



Bursa Barosu

DERGİSİ

Yıl:45 Sayı:113 Temmuz Ağustos Eylül 2020

BARO
BAŞKANLARI
ve AVUKATLAR,
her türlü
baskıya rağmen
sonuna kadar
direndi!



ADIMIZI DA GÜCÜMÜZÜ DE BURSA'DAN ALIYORUZ

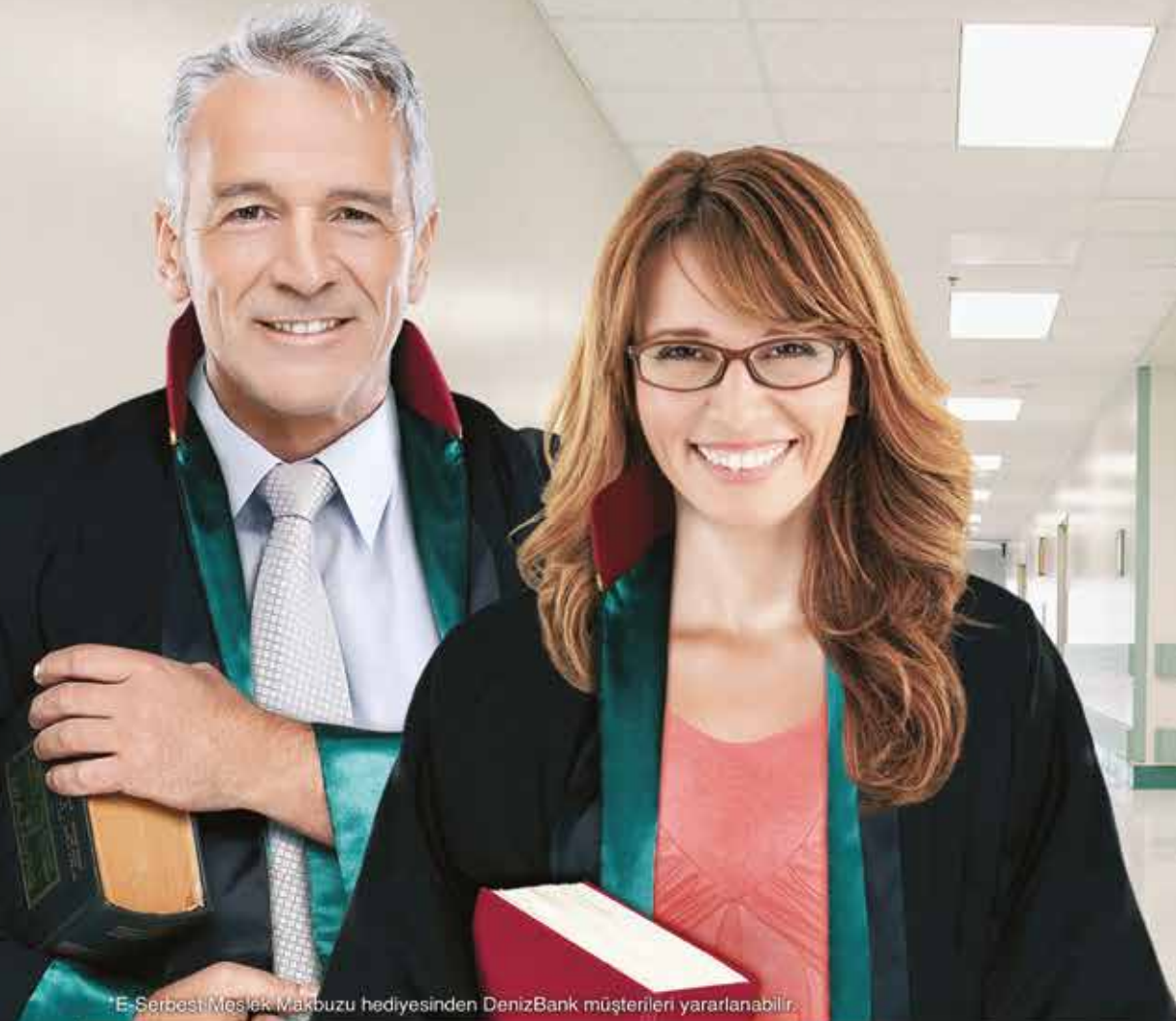


BAĞLAN
RÜVENİLİR
UZMAN
MENNUNİYET ODAKLI
TENİLİKGİ
VERİMLİ
DEĞER VE FARK YARATAN
GEVBEYE DOĞAYA VE İNSANA SAYGILI

DenizBank'ta Bursa Barosu avukatları her zaman ayrıcalıklı!

DenizBank ve Bursa Barosu işbirliğiyle avukat müşterilerimize 2 yıl boyunca E-Serbest Meslek Makbuzu hizmeti hediye!*
Size özel E-Serbest Meslek Makbuzu hediyemiz, ücretsiz havale / eft işlemleri ve diğer ayrıcalıklarımızla ilgili detaylı bilgi için www.afilideniz.com'u ziyaret edebilirsiniz.

Afili Bankacılık size ve ailenize özel, çünkü hayat Deniz'de güzel.



*E-Serbest Meslek Makbuzu hediyesinden DenizBank müşterileri yararlanabilir.

EYLÜL 2020

bursabarosus.org.tr

içindekiler



**BARO BAŞKANLARI VE
AVUKATLAR, HER TÜRLÜ
BASKIYA RAĞMEN SONUNA
KADAR DİRENDİ**

SAYFA >> 14

AYM, ÇOKLU BARO YASASININ YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI İSTEMİNİ REDDETTİ **SAYFA >> 16**



6

Başkan'dan...

8

Bursa Barosu
30 Ağustos Zaferi'ni
kutladı

10

2020-2021 Adli Yılı sessiz
sedasız açıldı!

13

Barodan adli yıl açılış
ziyaretleri

Yenişehir Kirazlıyayla'da
halk ve hukuk kazandı

14

Baro Başkanları ve Avukatlar,
her türlü baskıya rağmen
sonuna kadar direndi

16

AYM, Çoklu Baro Yasasının
Yürütmesinin Durdurulması
istemini reddetti

18

"Paralel Baro" yasası
kabul edildi

20

"Şiddet son bulsun,
kadınlar yaşasın diye..."

TBB Kadın Hukuku
Komisyonu ve Barolardan
İstanbul Sözleşmesi
hakkında ortak açıklama

22

İstanbul Sözleşmesi
Dilekçesi

24

Meslek Şehitlerimiz
Cengiz Göral ve Özgür
Aksoy'u andık

25

Av. Cengiz Göral Makale
Yarışması sonuçlandı

26

RÖPORTAJ:
Av. Turgut Bulut
"Hukuka adanmış bir ömür!"

29

Basın Açıklaması
20 Haziran Dünya
Mülteciler Günü

30

74 Baro Başkanından
Hatay Barosu Başkanı
Ekrem Dönmez'e Destek,
polise tepki

31

Online CMK Eğitimi

32

İş ve Sosyal Güvenlik
Hukuku Komisyonu'ndan
8 ayrı başlıkta 3 gün atölye
çalışması

33

Şiir
Lunita
Stj. Av. Kadir Çelik

34

Şiir
Ay Vurulmuş Diyorlar
Av. Temindar Hasanhanoglu
Torna ve Tığ
Av. Yasir Cihat Yalın

35

İNSAN HAKLARI VE HUKUK DEVLETİNDE
BÜYÜK GERİ SIÇRAYIŞ: OHAL İLE
KALICILAŞAN DÜŞMAN CEZA HUKUKU
REJİMİ VE ALTERNATİF BİR YAKLAŞIM
DENEMESİ: "PERFORMATİF HUKUK"

Av. Doğan ERKAN

44

BİREYSEL BAŞVURULARLA
OLUŞTURULAN ANAYASA MAHKEMESİ
İÇTİHATLARININ "ÖZGÜRLÜK,
DEMOKRASİ VE ADALET" KAVRAMLARI
AÇISINDAN EMEK KESİMİNE ETKİLERİ

Av. İsmail İŞEL

63

CUMHURBAŞKANINA HAKARET
Stj. Av. Muzaffer DEMİRSOY

74

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR
AÇISINDAN CİNSEL TACİZ
SUÇUNUN UZLAŞTIRMA
KAPSAMINDA OLDUĞUNA DAİR
YARGITAY KARARININ ELEŞTİRİSİ
(18. C.D. 15.11.2017,
2015-42460/ 2017-12981)

Av. Dr. Ş. Cankat TAŞKIN

81

TÜRK HUKUKU'NA GÖRE TOPLU İŞ
SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ

Av. Özkan ESENBOĞA

87

ROMA; CUMHURİYETTEN
İMPARATORLUĞA
TÜRKİYE CUMHURİYETİ;
PARLAMENTARİZMDEN BAŞKANLIĞA

Av. Tekin ÖZTÜRK

96

TÜRKİYE'DE BİREYSEL ANLAMDA LAİKLİK
UYGULAMASI

Av. Nezih SÜTÇÜ

101

ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİ
PİYASASINDAKİ REKLAM
YASAKLARININ TEMEL HAK VE
HÜRRİYETLER İLE REKABET
HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN
DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Ece Fatma ASLAN

119

PARMAK İZİ VE SAİR
BIYOMETRİK VERİLERİN
İŞLENMESİ VE KVKK ENGELİ

Av. Yunus Emre AYTEMUR



Bursa Barosu

Yıl: 45 Sayı: 113 - Eylül 2020

Yerel Süreli Yayın (3 Aylık)

İmtiyaz Sahibi

Bursa Barosu adına
Av. Gürkan Altun

Sorumlu Yazışleri Müdürü

Av. Hulusi Tığlıoğlu

Dergi Komisyonu Başkanı

Av. Nisa Ören

Editör

İhsan Bölük

Sayfa Tasarımı

Mahir Bora Kayıhan

Yapım



www.balabanprodüksiyon.com

Baskı



İmak Ofset

www.imakofset.com.tr

Dağıtım



www.seckurye.com.tr

Yayıncı / Yönetim

Bursa Barosu
Başkanlığı

Kıbrıs Şehitleri Cad.

Adalet Sarayı

G-Blok Kat:1

Osmangazi

BURSA

T: 444 50 99

0224 272 11 94

0224 251 66 06

F: 0224 251 62 49

basin@bursabarusu.org.tr

Bursa Barosu Dergisi,
Bursa Barosu Başkanlığı
tarafından T.C.
yasalarına uygun olarak
yayınlanmaktadır. Bursa
Barosu Dergisi'nin isim
ve yayın hakkı Bursa
Barosu Başkanlığı'na
aittir. Yayımlanan yazı,
fotoğraf ve konuların
her hakkı saklıdır ve
tüm sorumluluğu
eser sahiplerine aittir.
İzin alınmadan alıntı
yapılamaz. Reklamların
sorumluluğu reklam
verenlere aittir. Bursa
Barosu Dergisi, Basın
Meslek İlkeleri'ne uymaya
söz vermiştir.

Başkan'dan...

Sevgili meslektaşlarım;

Teveccühünüzle bizleri getirdiğiniz görevde 4. yılımızı tamamladık. Bu sürenin su gibi akıp geçtiğini söyleyemiyoruz ne yazık ki! Zira bu süreçte olağan insan ömrüne sığmayacak olumsuzluklarla karşılaştık. 2016 yılında ilk görev dönemimizde gerçekleşen darbe girişimi, ardından gelen OHAL sürecinin olumsuzluklarını en fazla hisseden meslek grubu olduk. Askıya alınan özgürlükler, yargı mercilerindeki FETÖ operasyonları sonucu terör örgütüyle iltisaklı binlerce hakim ve savcıya görevden el çektilmesi sonucu yargı makamlarında oluşan boşluk ve bunun liyakatsiz kadrolarla doldurulmasıyla birlikte savunma mesleğine yönelik kısıtlamalar aldı yürüdü. Öyle bir raddeye geldi ki, "Şu avukatlar, barolar olmasa yargıda sorun kalmayacak" düşüncesinin açıkça söylenmediği kaldı sadece...

Ülkemiz, cumhuriyet tarihi boyunca temel insan hak ve özgürlükleriyle ekonomik refah konusunda ne çektiyse, hep olağanüstü hallerde yapılan anayasalardan çekti. Bunu bile bile yine OHAL koşullarında Anayasa değişikliği yapmanın sakıncalarını haykırdık aylarca... Anayasa referandumunu, genel seçimler, tekrar edilen yerel seçimler ve bunların dayandırıldığı hukuka aykırı idari uygulamalara itirazımız her ne kadar "siyaset yapmakla" suçlanmamıza neden olduysa da söylemekten geri durmadık. Çünkü tek derdimiz "hukukun üstünlüğü" idi. "Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine and içerim" diye yemin etmiştik her birimiz. Sadece bu yemin de değil, Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde barolara verilen "hukukun üstünlüğünü, insan

haklarını savunmak ve korumak" görevinden ötürü sessiz kalamazdık. Kalmadık da...

"Madem barolar susmuyor, 'hukuksuzluk var' diye haykırıyorlar. Öyleyse seslerini kesmek, güçlerini kırmak gerek" diye düşünmüş olmalı ki, FETÖ projesi olduğu herkesçe bilinen "paralel baro yasası" diye adlandırdığımız değişikliği gözlerini kırpmadan yaptılar. İtiraz eden 60 baro başkanını gözaltına aldılar, üstlerine polisi sürdüler. En demokratik hakkımızı kullanmak için günlerce yollarda, parklardaydık ve nihayetinde Meclis bahçesinde yattık ama dinlemediler, yasağı geçirdiler.

Sanıyorlardı ki, yasa çıkar çıkmaz barolar bölünecek! Umdukları gibi olmadı. Yasa 15 Temmuz'da yürürlüğe girmesine karşın, eylül ayının sonuna kadar yasanın öngördüğü imzaları toplayıp İstanbul, Ankara, İzmir ve Antalya'da ikinci baroların kurulmasını sağlayamadılar. Paniğe kapıldılar. Ta ki baro genel kurullarına iki hafta kala amiyane tabirle 'ıkına sıkına' İstanbul'da ikinci baronun kurulmasını sağladılar! Ne acıdır ki, TBB Yönetim Kurulu, ikinci baro için toplanan imzaların teyidini almadan, oy çokluğuyla kuruluşu onay verdi. Aynı gün Anayasa Mahkemesi'nin, yasa değişikliği iptali talebini reddetmesi manidardı. TBB yönetimine ilişkin utancımızı daha da artıran bu gelişmeyle de istediklerini elde edemeyeceklerini anlayan zihniyet, son olarak, değiştirdikleri yasa hükmünü de bir genelgeyle yok sayıp baro genel kurullarını 1 Aralık 2020 tarihine kadar erteledi. Ertelemeye gerekçe gösterilen pandemi koşulları nedense siyasi parti ve sendikaların genel kurulları için geçerli değildi! AVM'ler açıkken, düşünlerde halay çekilirken, toplu

taşıma araçlarında balık istifi yolcu taşınırken pandemi tehlikesi yoktu nedense! Her türlü hukuksuzluk içinde hukukun üstünlüğünü savunan biz avukatların yapması gereken hukuk yoluna başvurmaktı. İdare Mahkemesi'ne başvurarak ertelemeye ilişkin idari kararın yürütmesinin durdurulmasını ve iptalini istedik.

Sevgili meslektaşlarım;

Bütün bu hukuksuzluklarla mücadele bir insanı ya da kitleyi ne kadar yorar dersiniz, hayır yorulmadık, yılmadık. Bursa Barosu'nun tarihten gelen ve bizim de sonuna kadar mücadelesini verdiğimiz demokratik, laik, sosyal, hukuk devletinden taraf olarak üstünlerin hukukuna değil hukukun üstünlüğüne olan inancımızla, mesleğimizin, meslektaşlarımızın haklarını ve saygınlığını en üst düzeye çıkarıncaya kadar mücadelemizi sürdüreceğiz. Bunu yapmak için öncelikle Türkiye Barolar Birliği'ni demokratik ve hukuksal çizgiye çekmemiz gerektiğine, dahası çekeceğimize yönelik inanç ve azmimiz var.

Sevgili meslektaşlarım;

Görev dönemimizde övündüğümüz bir numaralı projemiz Barohan'ı hayata geçirmenin mutluluğunu yaşıyoruz. 48 genç meslektaşımıza ücretsiz ofis hizmetiyle başladığımız BaroHan projesinin ikinci etabı, Eylül 2020'de TBB YK onayı ile ihale aşamasına geldi. Nilüfer FSM'deki binada da 85 genç meslektaşımıza mesleğin ilk iki yılında ücretsiz yararlanmaları için yeni ofisler oluşturacağız.

Hukuk ve Atatürk Araştırmaları Kütüphanesi, 350 kişilik tiyatro konferans salonu, 110 ve 120 kişilik çok amaçlı toplantı/egitim salonları, 2 toplantı odası, sergi salonu, danışma ofisi, eğitim ve sanat atölyeleri, kafeterya ve lokanta açarak meslektaşlarımıza ve ailelerine yönelik kapsamlı hizmetler sunacağız. Nilüfer 100. Yıl Mahallesi'nde bulunan arsamızı

kafeterya/kamp/piknik/sosyal etkinlik/kır düğünü yapılabilecek şekilde düzenleyeceğiz.

Bölge Adliye Mahkemesi'nin açılması ve hukuk mahkemelerinin de bu binaya taşınmasıyla iki adliye arasında karşılıklı servis hizmeti vermek için bir minibüs daha satın aldık. Pandemi koşullarında siz meslektaşlarımızın maddi destekleriyle gerçekleştirdiğimiz dayanışmayı kurumsallaştırmak ve iktisadi işletme kurmak için çalışmalarımız yol aldı. Yine pandemi nedeniyle yapamadığımız eğitim ve seminerleri teknolojik olanakları kullanarak webinar

yöntemiyle yapmaya başladık. Barodaki işleriniz için baroya gelmenize gerek bırakmayacak web ve mobil uygulama güncellemelerini de yapıyoruz.

Sevgili meslektaşlarım; Bursa Barosu Genel Kurulu'na sunmak üzere hazırladığımız 2 yıllık çalışma raporumuzu baromuz web sitesinde yayınladık. Genel kurul öncesinde dijital ortamda inceleyebilirsiniz.

Pandemi koşullarına uygun olarak yapacağımız genel kurulumuzda görüşmek üzere, sağlıklı günler dileriz.



Ar. Gürkan Altun
Bursa Barosu Başkanı



BURSA BAROSU 30 AĞUSTOS ZAFERİ'Nİ KUTLADI

30 Ağustos Zafer Bayramı, Bursa Barosu tarafından Adalet Sarayı bahçesindeki Atatürk anıtı önünde kutlandı. Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, "Ne yaparlarsa yapsınlar unutturamazlar bize bu zaferleri ve Gazi Mustafa Kemal'i" dedi.



Törene, Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri, Bursa Barosu önceki başkanlarından Av. Ali Arabacı ile avukatlar katıldı. Törene katılan meslektaşlarına hitaben konuşan Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, şunları söyledi: “Tarih 13 Kasım 1918... Mustafa Kemal Güney cephesinden trenle İstanbul’a gelir. 13 Kasım 1918 günü, aynı zamanda İngiliz, Fransız, İtalyan, Yunan düşman donanmasının İstanbul’u işgal ettiği gündür. 1915’in Anafartalar kahramanı İstanbul’a demirlemiş donanmaya bakar ‘Geldikleri gibi giderler!’ der.

Bu üç cümlede müthiş bir kararlılık gizlidir. Sonra bu kararlı direniş ruhunu ilmek ilmek örgütler Mustafa Kemal. Önce Samsun’da yakar umudun, direncin ışığını. Her 19 Mayıs’ta güneş gibi doğması üzerimize ondandır. Milli sınırlar içinde vatan bölünmez bir bütündür, parçalanamaz... İşgale karşı millet topyekun kendisini savunacak ve direnecektir der Erzurum’da... Ve ardından Sivas’ta mandayı kabul etmez ve ‘ya istiklal ya ölüm’ der ‘ezelden beridir hür yaşamış hür yaşayacak’ olan bu millete... Ve sonra telgraf başında yeni kaderini örmeye devam eder bu milletin Mustafa Kemal.

Sonra da karanlıkları bir bir delmeye başlar ve 23 Nisan’da milletin iradesini köhnemiş bir avuç saraylıdan alıp milletin kendi avuçlarına verir ‘egemenlik senin’ der. ‘Al yerle bir et’ der ‘sana biçilen

bu makus kaderi’. Sonra o makus kaderi 13 Eylül’de Sakarya’da Başkomutanın eline tutuşturduğu umutla, inançla, dirençle yener bu millet ve Zümrüdü Anka gibi küllerinden yeniden doğar.

Ve 26 Ağustos 1922 olur; “Dağlarda tek tek ateşler yanıyordu. Ve yıldızlar öyle ışıltılı, öyle ferahtılar ki şayak kalpaklı adam nasıl ve ne zaman geleceğini bilmeden güzel, rahat günlere inanıyordu ve gülen bıyıklarıyla duruyordu ki mavzerinin yanında, birdenbire beş adım sağında onu gördü. Paşalar onun arkasındaydılar. O, saati sordu Paşalar: ‘Üç’, dediler. Sarışın bir kurda benziyordu Ve mavi gözleri çakmak çakmaktı. Yürüdü uçurumun başına kadar, eğildi, durdu. Bıraksalar ince, uzun bacakları üstünde yaylanarak ve karanlıkla akan bir yıldız gibi kayarak Kocatepe’den Afyon ovasına atlayacaktı.”

Bedenen atlamaz belki Başkomutan ama Afyon’da tek tek her Mehmetçiği birer bayrak yapar ve ‘Ordular ilk hedefiniz Akdenizdir’ diye gönderir, emperyalizmin tetikçisi Yunan ordusunun üzerine. Ve kalbini bir şahan gibi göklere salar ve pırlıtlar görür ve çok uzak çok uzak bir yerlere çağıran sesler duyarak, bir müthiş ve mukaddes macerada, ön safta, en ön sırada,



şahlanıp ölesi gelerek atılır Mehmetçik. Toprak olur, rüzgar olur. Başkomutanın emriyle koşar yağmur olur yağar Akdeniz’e ve İzmir’in dağlarında her bahar sonsuzluğa açan şerham şerham çiçek olur.

İşte bu yüzden sevgili meslektaşlarım ne yaparlarsa yapsınlar unutturamazlar bize bu zaferleri ve Gazi Mustafa Kemal’i. Çünkü o bizim her daim karanlığı delen yıldızımızdır. Çünkü naçiz vücudu toprak olan Mustafa Kemal bizim için hedef gösterdiği muasır medeniyet seviyesi, akıl ve bilimle yoğrulmuş tam bağımsızlık şiarı ile donanmış bir fikirler bütünüdür. Vücutlar ölür ama fikirler ölmez, öldürülemez. Akıl ile bilim ile dolu fikirlerse her daim karanlıkları delip yolumuzu aydınlatır.

Selam olsun Dumlupınar’a, selam olsun VATAN, NAMUS ve İSTİKLAL uğrunda kanını bu toprağa döken Mehmetçiğe. Selam olsun Gazi Mustafa Kemal Atatürk’e. 30 Ağustos zafer bayramımız kutlu olsun.”



2020-2021 ADLİ YILI SESSİZ SEDASIZ AÇILDI!

BURSA ADLİYESİ'NDEKİ TÖRENDE SADECE ÇELENK KONULDU, SAYGI DURUŞUNDA BULUNULUP İSTİKLAL MARŞI OKUNDU

2020-2021 Adli Yılı, Bursa Adalet Sarayı bahçesinde düzenlenen törenle başladı. Hiçbir konuşmanın yapılmadığı tören, Atatürk Anıtı'na çelenk konulup, saygı duruşunda bulunulması ve İstiklal Marşı okunmasıyla sona erdi. Pandemi koşulları nedeniyle törene sadece Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Gökhan Şen, başsavcı yardımcıları, Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanı Ali Rıza Bir, komisyon üyesi hakim ve savcılar ile Bursa Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun ve yönetim kurulu üyeleri katıldı.

Adli yıl açılış töreni geleneği bu yıl da bozulmadı ancak covid-19 pandemisi nedeniyle Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan açılış programına hem katılım kısıtlı tutuldu hem de konuşmalar yapılmadı. Bursa Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun ise avukatlık mesleği ve yargının sorunlarını bir mesajla dile getirdi. Altun'un 2020-2021 Adli Yıl mesajı şöyle:

"2020-2021 adli yılını; dünyayı ve ülkemizi etkisi altına alan COVID-19 küresel salgını koşulları bahane edilerek, tamamen antidemokratik yollarla gündeme getirilen, 80 baronun tamamının itirazına ve demokratik yöntemlerle karşı duruşuna rağmen, çoklu/ paralel baroların önünü açan, bağımsız savunmaya darbe niteliğindeki Avukatlık Kanunu değişikliğinin yasalaştığı bir süreçte karşılıyoruz.

MESLEKTAŞLARIMIZ ZOR DURUMDA

Meslektaşlarımız, salgının etkileri nedeniyle uzun süredir ekonomik sorunlarla boğuşurken, mesleki güvenceleri her geçen gün erozyona uğratıldı, meslek alanları daraltıldı. Avukatlara yönelik baskı, tehdit ve fiili saldırılar hiç olmadığı kadar arttı. Böyle bir süreçte, yıllardır mesleğimizi ifa ederken yaşadığımız yakıcı sorunlara hiçbir çözüm getirmeyen, baroların ve avukatların hiçbir talebinin karşılanmadığı Avukatlık Kanunu değişikliği teklifi maalesef yasalaşmıştır.

Adalet bekleyen yurttaşlarımızı doğrudan ilgilendiren pandemi nedeniyle yargıda sürelerin durdurulması, adalet terasisine zarar vermemelidir. 'Gecikmiş adaletin, adalet olmayacağı' gerçeğiyle birlikte, yargıda zaten yaşanan gecikmelerin, pandemi sebebiyle daha da geciktirilerek toplumun maruz kalabileceği hak kayıplarının önüne geçilmesi çok önemlidir. Bu çerçevede, yurttaşın

adalet kavramına ve yargıya karşı zayıflayan güveni yeniden tesis edilmeli, her kademedeli iyakat esaslı oluşum bir an önce hayata geçirilmelidir.

BAROLARIN ANAYASAL GÖREVİ VAR

Anayasamızda açıkça yazılı olduğu üzere; Türkiye Cumhuriyeti laik, demokratik, sosyal bir hukuk devletidir. Bağımsız ve tarafsız yargı, hukuk devleti ve demokrasinin olmazsa olmazıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde 'yargının kurucu unsuru olan avukat, bağımsız savunmayı temsil eder' denilmiştir. 76 ve 95. maddelerde yer alan 'Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak' görevi barolara meslek örgütü olmasının yanı sıra, çağdaş demokratik bir hukuk devletinin tüm organlarıyla hakim kılınması için çok önemli bir görev yüklemektedir.

Barolarımız, avukatın müvekkiline ve her türlü otoriteye karşı, bağımsızlığının ve özerkliğinin koruyucusu, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin, adil yargılanma hakkının, hak arama özgürlüğünün teminatı ve savunucusu, Anayasa uyarınca da kamu kurumu niteliğinde, yargının kurucu unsuru olan Cumhuriyet kurumlarıdır. Barolar halkın avukatıdır. Ciddi boyutlara ulaşan hak ihlallerine, kadına şiddete, kadın cinayetlerine, çocuk istismarına, doğanın rant uğruna vahşice katledilmesinin yasalarla meşru hale getirilmesine ve tek kelimeyle adaletsizliğe karşı durmak baroların Anayasal görevleridir.

AVUKATLIK KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ İPTAL EDİLMELİ

Yargı kurumlarının tekliği ve bölünmezliği, yargı bağımsızlığı, savunma bağımsızlığı ve nihayetinde demokratik hukuk devleti ilkeleri bakımından Anayasa'ya aykırılığı tartışmasız,

baroların parçalanıp bölünerek etkisizleştirilmesine, paralel baroların ve hatta siyasi parti barolarının kurulmasına yol açan, temsilde adalet söylemleri ile barolar ve TBB'nin seçim usullerini adaletsiz hale getiren Avukatlık Yasası değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiği yönündeki görüş ve taleplerimizi yineliyoruz.

Hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı ilkeleri gereği yargı mensuplarının tarafsız ve bağımsız olmalarının yanında, toplum nezdinde tarafsız ve bağımsız olduklarına ilişkin inancın sarsılmasına yol açacak davranışlardan kaçınmaları zorunludur. Yargının tarafsız ve bağımsızlığı ilkeleri gereğince adli yıl açılış törenlerinin yürütme ya da yasamanın mekânında değil, görev yerimiz olan yargı mekanlarında, yani adliyelerde düzenlenmesini umuyor ve bekliyoruz, geçen yıl olduğu gibi bu yılda adli yıl açılış töreninin yürütme erkinin en üst makamı olan Cumhurbaşkanlığı'na ait külliye yapılacak olmasını öğrenmiş bulunmaktayız.

Bu durumu yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile kamu vicdanında adaletle duyulan güveni zedelemesi açısından üzüntüyle ve kaygıyla karşılıyoruz.

PANDEMİ, YARGININ YÜKÜNÜ AĞIRLAŞTIRDI

Her yıl ifade ettiğimiz üzere maalesef yargının ağır sorunları ile karşı karşıya olduğumuz açıktır. Yargı yükü, uzun süren yargılamalar, adalet erişim hakkının kısıtlanması, yargıya erişimin pahalılığı gibi kronikleşen ve Covid-19 pandemisi nedeniyle daha da ağırlaşan bu sorunların baroların görüşleri de alınarak bir an önce çözülmesi bu yıl da öncelikli talebimizdir.

Yargının her türlü baskı ve etkiden uzak, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde yargılama faaliyetinde bulunmasının



AVUKATLIK MESLEĞİNİN GELECEĞİ KARANLIK

koşullarının oluşturulması gerekmektedir. Beklentimiz halkın sosyal medya üzerinden adalet arayışında olması değil, yargı makamları nezdinde adalet arayışını sürdürmesidir. Bunun için de yargının hukuka uygun ve adil yargılama ilkelerine bağlı olarak yargılama faaliyeti gerçekleştirmesi ve nihayetinde vereceği kararlardan hareketle adalete duyulan güvenin bir an önce sağlanması zorunludur.

YARGI MENSUPLARINDA LİYAKAT ESAS ALINMALI

Anayasa ile güvence altına alınmış hakimlik teminatı ve "hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmemesi" ilkesine aykırı bir şekilde hakimleri özgür iradesi dışında, fikri sorulmadan, terfi yoluyla dahi başka bir göreve veya yere atama gibi uygulamalardan vazgeçilmeli, mesleğe kabulde liyakat ve eşitlik esas alınmalıdır.

Her fırsatta ifade ettiğimiz üzere avukatlara ve örgütlü gücü olan barolara yönelik baskı, saldırı ve her türlü sindirme girişi esasen halka, halkın adil yargılanma hakkına ve demokratik hukuk devletine yöneliktir. Tüm bunların yanında meslektaşlarımıza yönelen kolluk şiddeti de en son baro başkanlarına yönelik hukuksuz ve ölçsüz müdahaleler ile akıl almaz boyutlara ulaşmıştır.

Avukatlara mesleki faaliyetleri nedeniyle yönelen baskı, tehdit, sözlü ve fiziki saldırılar da günden güne artmaktadır. Mesleğin icrası nedeniyle avukatlara yönelik saldırılarda, saldırganların çoğunlukla tutuksuz yargılanmaları, yargılama neticesinde de hak ettikleri şekilde cezalandırılmamaları, avukatı uyuşmazlığın tarafı gören hastalıklı zihniyetin yeni saldırılarına adeta davetiye çıkarmaktadır. Yine meslek alanlarımız sürekli kapsamı genişletilen zorunlu arabuluculuk uygulamaları, uzlaştırma, noterlere devredilen işlerle iyice daraltılmıştır. HMK değişikliği ile de avukatsız duruşma yapılmasının önü açılarak yüzyüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkeleri zedelenmiş, avukat adeta yargılama faaliyetlerinden uzaklaştırılmıştır. Sayısı yüzlerle ifade edilen ve nerdeyse her ilde birden fazla bulunan hukuk fakültelerinden her yıl yirmi bine yakın genç mezun olarak mesleğe adım atmakta, mesleki, sosyal ve ekonomik sorunlarla boğuşmaktadır.

MESLEKİ FAALİYET SUÇ OLAMAZ!

Yine mesleki faaliyetleri nedeniyle çok sayıda meslektaşımız soruşturma ve kovuşturmayla maruz kalmakta, birçok meslektaşımız da tutuklu olarak yargılanmaktadır. Yargılama sürecindeki

hukuksuzluklar nedeniyle adil yargılanma talebi karşılanmayan meslektaşlarımızdan ölüm orucu eylemi gerçekleştiren, Adli Tıp Kurumu'nun cezaevi koşullarında kalmasının uygun olmayacağı yönündeki raporlarına rağmen tahliye edilmeyen meslektaşımız Ebru Timtik maalesef geçtiğimiz gün vefat etmiştir. Bizler yaşam hakkının en temel hak olduğunu savunan hukukçular olarak, yargı kurumlarını adil yargılanma talebi ile ölüm orucu eylemini sürdüren diğer meslektaşımız Aytaç Ünsal'ın Adli Tıp Kurumu raporları doğrultusunda bir an önce tahliyesine karar vermeye, meslektaşımızı da çok geç olmadan eylemini sonlandırmaya davet ediyoruz.

Barolar Cumhuriyet'in, demokrasinin, hukuk devletinin, laikliğin ve hak arama özgürlüğünün savunucuları, adli yargılanma hakkının, demokratik hukuk devletinin de teminatıdır. Bu bağlamda hukuk mücadelemizi sürdürme kararlılığımızı kamuoyuyla paylaşıyor, hak ve adalet arayışı yolunda fedakarca çalışan, demokrasi ve hukuk devletinden yana olan avukat, hakim, savcı meslektaşlarımız ile adliye ve avukatlık bürosu çalışanlarımız başta olmak üzere tüm yurttaşlarımızın yeni adli yılını kutluyoruz.



BARODAN ADLİ YIL AÇILIŞ ZİYARETLERİ

BURSA Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun ve Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, 2020-2021 Adli Yılı açılışı nedeniyle Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Gökhan Şen ile Bursa Adli

Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanı Ali Rıza Bir'i makamında ziyaret etti. Ziyaretlerde, pandemi nedeniyle yaşanan sorunlar ve alınacak önlemler ile yargı

yerlerindeki sorunlara yönelik ortak geliştirilebilecek çözümler ele alındı. Ziyaretler, karşılıklı olarak yeni adli yılın hayırlı olması dilekleriyle sona erdi.



YENİŞEHİR KIRAZLIYAYLA'DA HALK VE HUKUK KAZANDI

Bursa 1. İdare Mahkemesi, Yenişehir Kirazlıyayla Köyü'nde Meyra Madencilik tarafından hukuksuz bir şekilde yapılan maden atık havuzu inşaatının yürütmesini durdurdu.

YABANCI sermayeli Meyra Madencilik tarafından Yenişehir'e bağlı Kirazlıyayla Köyü'nde yapılan maden atık havuzu inşaatının durdurulması için aylardır sürdürülen mücadele sonuç verdi. Kadınlar ön sırada olmak üzere tüm köy halkının mücadele ettiği doğa katliamına karşı, Bursa Barosu öncülüğünde Bursa Tabip Odası, TMMOB Genel Merkezi, köylüler ve Kirazlıyayla Yardımlaşma Dayanışma Derneği'nce açılan ve Bursa 1. İdare Mahkemesi'nde görülen orman-ağaç kesim izinlerinin iptali davasında yürütmeyi durdurma kararı verildi.

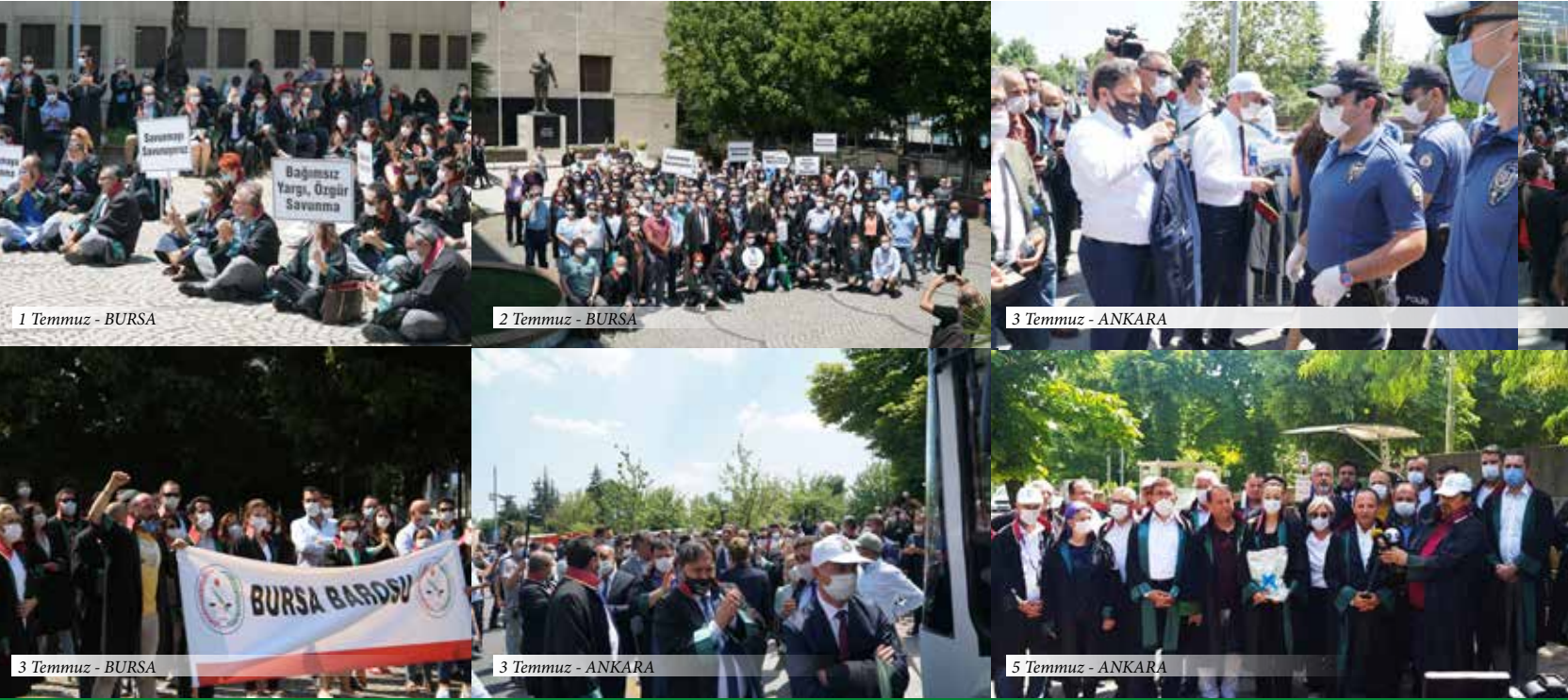
İLGİLİ MAKAMLARA DİLEKÇE YAĞMURU

Karar Kirazlıyayla köyünde bayram havası yaratırken, köylüler Bursa Barosu Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Başkanı Av. Eralp Atabek ile birlikte harekete geçerek Orman Müdürlüğü ile Jandarma'yı

adeta dilekçe yağmuruna tuttu. Bunun üzerine Meyra Madencilik aylardır koruma görevi yapan jandarma kontrolünde sahadan çıkarıldı. 15 Ağustos günü de davacı sivil toplum örgütlerinin başkan ve temsilcileri, siyasetçiler ve çevreci vatandaşların katılımıyla köy meydanında kutlama yapıldı.

KÖYDE KUTLAMA

Meyra Madencilik, yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle şantiyeyi kapatıp gittiği için jandarma engeli de olmayan köyde toplanan kalabalığa hitap eden Bursa Barosu Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Başkanı Av. Eralp Atabek, Kirazlıyayla köylülerinin direnç ve kararlılığı sayesinde kazanılan davanın sürecini anlattı. Eralp Atabek, Kirazlıyayla halkının direnişinin yurdun pek çok yerinde gerçekleştirilen doğa katliamlarına karşı verilecek mücadeleye örnek olması gerektiğini ifade etti.



1 Temmuz - BURSA

2 Temmuz - BURSA

3 Temmuz - ANKARA

3 Temmuz - BURSA

3 Temmuz - ANKARA

5 Temmuz - ANKARA

BARO BAŞKANLARI VE AVUKATLAR, HER TÜRLÜ BASKIYA RAĞMEN SONUNA KADAR DİRENDİ

Paralel baro yasasının son maddeleri TBMM Genel Kurulu'nda görüşülürken, Ankara Kuğulu Park'ta gece boyunca nöbet tutan, 80 baro başkanının imzaladığı bildirge doğrultusunda tamamını temsilen 55 baro başkanı, günün ilk ışıklarıyla birlikte meslektaşlarıyla buluşmaya başladı. Ancak polis ablukası altındaki Kuğulu Park'a avukatların girmesine izin verilmeyince baro başkanları Tunalı Hilmi Caddesi'ne çıktı. Caddedeki kafelerde toplanan baro başkanları ve avukatların bekleyişi saat 14.00'e kadar sürdü.

Baro başkanları ve avukatlar, kanun teklifinin geri çekilmesini istedikleri dilekçelerini TBMM'ye sunmak için pandemi kuralları ve TBMM çevresindeki eylem yasağı nedeniyle tek sıra halinde Tunalı Hilmi Caddesi'nden harekete geçtiler. Baro başkanları ve avukatlar, Tunus Caddesi'ne yönlendirildi. Cadde boyunca sloganlar atarak yürüyen avukatlar, cadde sonunda bir kez daha durduruldu. Bir süre bekleyişin ardından barikatı yeniden açan polis, avukatları Kennedy Caddesi'nin köşesindeki Ankara Sanayi Odası önünde bir kez daha durdurdu. Baro başkanları ile polis şefleri arasındaki görüşmelerde, dilekçelerin meclise iletilmek üzere tek elde toplanması kararlaştırıldı.



Dilekçeler TBMM'ye iletilmek üzere toplanırken, baro başkanları ve arkalarında avukatlar, Ankara Adliyesi'ne yürümeye başladı ve Tunus Caddesi, Karanfil Sokak, Selanik Caddesi, Mithatpaşa Caddesi üzerinden Sıhhiye Kavşağı'na çıkıp Adalet Sarayı'na gittiler.

Yürüyüş boyunca Ankara sokaklarını "Paralel baro istemiyoruz", "Barolar halkın avukatıdır", "Ankara uyuma savunmana sahip çık", "Savunma susmadı susmayacak", "Susmuyoruz, korkmuyoruz, biat etmiyoruz" sloganlarıyla inleyen avukatları bir sürpriz de burada bekliyordu.

Adalet Sarayı'nın bahçesine alınmaya avukatlar, otopark girişinin bulunduğu Altınsoy Caddesi'ne yönlendirildi. Burada habercilere ve meslektaşlarına günün değerlendirmesini baro başkanları adına Bursa Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun yaptı. Altun şöyle konuştu:

"Alternatif baro ya da bizim tespitimize göre paralel baro kavramına şiddetle karşı çıktık.

Ne iktidar çevresinde, ne basında, ne Adalet Bakanlığı ne de Barolar Birliği'nden ortada bir teklif olmadığı, teklif olmadığı için de görüşülecek bir şey olmadığı söylendi. Yaygın medya bizi boşa gürültü çıkardığımızı, rüzgar olmadığı halde yelkenlerimizi şişirdiğimizi iddia etti. Ancak öyle değildi. Bu öyle bir kanun ki, kenar süsü bile yok. Bu öyle bir kanun ki tek bir avukata, tek bir baroya yaramayacak. Bütün baroları bölecek, bütün avukatları ayrıştırarak bir yasa teklifi. İçinde genç avukatlara yönelik aidat indirimi olduğunu söyleyebilirsiniz ama bu da baroların genel kurullarında kabul edilmiş mevcutta olan bir uygulamaya zaten. Devlet, Hazine ve Maliye Bakanlığı veya Adalet Bakanlığı meslektaşlarımıza yönelik en ufak bir kolaylık getirmiş değil. En ufak bir iş alanı açmış değil. Yani kendi kesesinden vermiyor devlet. Kamu adına yapılan adli yardım ve CMK müdafiliği hizmetlerinde bile KDV'yi kaldırmıyor. Burada bile gelir vergisini kaldırmıyor. Aidatlardaki gibi 5 yıl da istemiyoruz, mesleğin ilk 2-3 yılında alması. Avukatlar lehine bir düzenleme olsun dedik olmadı. Bu kanun sadece çoklu

baroyu düzenlemiyor. İçerisinde alternatif baronun, nispi temsilin kalıntıları da barındırıyor. Kendi için çelişen metinler var. Bunların tümünü gerek 19 Mayıs, gerek 1 Haziran bildirgelerimizde ortaya koyduk. Bütün baro başkanları olarak bulduğumuz bütün mecralarda itirazlarımızı tek tek dile getirdik. Bu kanun çıkmamalı dedik. Ama bizi dinlemediler. Önce 22 Haziran'da Ankara'nın girişinde önümüze set çektiler. 28 saat boyunca fiili gözaltında tutulduk. Sonra 200 metrelik sembolik yürüyüşümüzü yaptık. Ata'nın huzuruna çıkıp onları şikayet ettik. Tekrar belki sözümüz dinlenir dedik. Komisyonun önüne geldi teklif. Görüşme istedik. Bizi içeri sokmadılar. Milletin meclisine girmek istedik. Küçümsediler, 20-30 baro başkanı dediler, 50'nin üstünde baro başkanıydık ama 80 baronun ruhunu ve iradesini taşıyorduk. Hepimiz aynı anda girelim demedik. İkişerli, üçerli alını dedik almadılar. Bu yasa bizimle ilgili, temsilcisi olduğumuz barolar için, üyesi olan avukatlar için, sesi nefesi olduğu yurttaşlar için dedik, sesimizi duymadılar, içeri almadılar. Ancak yalanlar söylediler. Bizi kabul etmemişiz, müzakereden

AYM, ÇOKLU BARO YASASININ YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI İSTEMİNİ REDDETTİ



TÜM baroların karşı çıkmasına karşın TBMM Genel Kurulu'nda 15 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilen ve kamuoyunda "Paralel Baro Yasası" olarak bilinen 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle ve Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ilişkin ilk inceleme 23 Temmuz'da sonuçlandı. AYM, yürürlüğün durdurulması istemini reddetti.

İKİ BARONUN ÖRNEĞİ YOK

Başvuruyu Anayasa Mahkemesi'ne 16 Temmuz'da CHP Grup Başkanvekili Engin Altay teslim etti. Altay, kamuoyunda "çoklu baro düzenlemesi" olarak bilinen kanunun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru dilekçesini teslim ettikten sonra yaptığı açıklamada, bu kanunun milleti kutuplaştırmaya, ayrıştırmaya yönelik olduğunu

söyledi. Baroların görevinin, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak olduğunu hatırlatan Altay, "Aynı yargı çevresinde iki baronun örneği yok" diyerek şöyle devam etti:

"İstanbul'da 23, Ankara'da 8, İzmir'de 4 baro kurulabilir. 'Ne var bunda' denilebilir. Barolar arası ideolojik, ekonomik ve siyasi rekabet düzeni, disiplini ortadan kaldırır. Ayrıca farklı dinsel, etnik, ideolojik ve hatta yaşam tarzı üzerinden oluşacak barolar adliyerleri çatışma merkezine dönüştürür."

AYM, BAŞVURUYU REDDETTİ

Anayasa Mahkemesi, çoklu baro yasasıyla ilgili CHP'nin başvurusunda ilk incelemeyi 23 Temmuz'da tamamladı. Başvuruda eksiklik tespit etmeyen Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nca, düzenlemenin yürürlüğünün durdurulması istemi reddedildi. İptal istemleri, daha sonra belirlenecek bir günde esastan görüşülerek karara bağlanacak.

kaçınmışız gibi gösterdiler. Oysa Adalet Bakanlığı'nın önüne hep beraber gittik, 31 baro başkanı 80 baroyu temsilen gittik. Bu kendi aramızda aldığımız karardı, gelebilen başkanlarla gittik. Yine Millet Meclisi'ne kendi aramızda seçtiğimiz 17 baro başkanı ile gittik 80 baronun temsilcisi olarak. Tek bir şey söyledik. Bu yasa teklifini geri çekin dedik. Barolarla, avukatlarla birlikte yeni yasama yılında müzakere ederiz, çağa yakışan, avukata yakışan bir yasayı birlikte yapalım dedik. Elbette yasa koyucunun yerine geçmeyecek, yasayı biz çıkarmayacaktık ama bizim önerilerimiz bir hayvan hakları derneği kadar, Atıcılık Federasyonu kadar dikkate alınsın istedik. Avukat hakları da, yurttaşın hakları da en az hayvan hakları kadar önemliydi, ama komisyonda konuşturulmadık.

Birlik başkanımız orada da bizi suçladı. Arabuluculuk etmek istedi. Biz ise sadece görevini yapsın istedik. Birlik başkanının görevi arabuluculuk yapmak değil orada baroların çoğunluk görüşünü dile getirmek, orada bizi savunmak, değiştirilmek istenen Avukatlık Kanunu'nun arkasında durmaktı. Bunu da yapmadı. Dedi ki, 'ben araya girdim, 3 başkan, sonra 5 başkan gidip fikirlerinizi açıklayabilirsiniz dedi. Kendisiyle ilgili yaptığımız talebi, uzman kadrosunda hiçbir baro başkanımı gösteremem dedi. Daha sonra birlik başkanı gitsin dediğimizde onu da kabul etmedi. Türkiye Barolar Birliği Başkanının sözü dinlenirdi eğer gitseydiniz. Eğer konuşsaydınız. Eğer bizimle birlikteyseniz, bu yasaya siz de karşıysanız, giderdiniz, konuşurdunuz, meramımızı anlatırdınız. Mesele o değilmiş, ancak Genel Kurul'da dinleyici localarında yerinizi aldınız. Orada mevsimlik tarım işçilerinin sorunu konuşulurken bulundunuz ama Avukatlık Kanunu görüşülürken salondan ayrıldınız. Biz Kuşulu Park'ta bekleyen 80'i temsil eden 50'yi aşkın baro başkanı, 130 bin meslektaşımızı temsil eden baro başkanlarına yönelik hiçbir ziyaret girişiminiz olmadı. Başkanların bulunduğu alana avukatların da girebilmesi adına hiçbir girişiminiz olmadı. Kolluk üstümüze gelirken de bir girişiminiz olmadı ve locada oturmaya devam ettiniz belki de devam edeceksiniz. Ama bizler

yasamızı savunmaya devam edeceğiz. Yurttaşın sesi olmaya devam edeceğiz. Mücadeleye devam edeceğiz. Bu yasa genel kuruldan geçinceye veya geri çekilinceye kadar biz baro başkanları Ankara'yı terk etmeyeceğiz."

Altun sözlerini, kendilerine desteğe gelen meslektaşlarına, illerine dönme çağrısında bulunarak tamamladı. Baro başkanları, daha sonra Ankara Adalet Sarayı'nın 5. katındaki Ankara Barosu'na çıkmak istedi. Ancak Başsavcılığın talimatı nedeniyle bir süre adliye sokulmadılar. Başta Ankara Barosu Başkanı Erinç Sağkan olmak üzere tüm başkanlar, sosyal medya hesaplarından yaptıkları canlı yayınlarla, maruz bırakıldıkları uygulamayı eleştirdiler. Başkanlar, yapılan görüşmeler üzerine bir süre sonra Adalet Sarayı'na girebildi.

Baro başkanları, "Paralel Baro Yasası"nın TBMM Genel Kurulu'nda kabul edildiği ana kadar Ankara Barosu Eğitim Merkezi'nde bir aradaydı.

POLİSTEN EN SERT MÜDAHALE KUĞULUPARK'TA

"Paralel Baro Yasası" TBMM Genel Kurulu'nda görüşülürken, baro başkanları geceyi Ankara Kuğulupark'ta geçirdi. Bazı başkanlar, çocuk oyun araçları ve banklarda uyurken, parkın çevresi emniyet araçları ve çevik kuvvet ekipleri tarafından çevrildi, desteğe gelen avukatların parka girmesine izin verilmedi.

CHP İstanbul Milletvekili Mahmut Tanal, Kuğulu Park'ın halka kapatılmayacağını ifade ederek bariyeri kaldırmaya çalıştı. Bu sırada başkanların yanına gitmek isteyen avukatlar da harekete geçince polis sert müdahalede bulundu ve dakikalarca arbeye yaşıandı.

Polis, avukatların bulunduğu alana polis aracı çekmek istedi; ancak avukatlar tepki gösterdi. Polis, avukatları kalkanlarla iterek güvenlik koridorunu genişletti. Avukatların engellenmesi üzerine baro başkanları avukatların yanına gelmek istedi. Polis, baro başkanlarının alandan çıkmasına izin vermedi. Arbeye sırasında Bursa Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun'un kollarında çizikler oluştu.

Baro başkanlarına destek vermek amacıyla Kuğulu Park'a gelen ancak polis kordonunu aşip içeriye giremeyen çok sayıda avukatın Kuğulu Park girişinde alkış ve sloganları saatlerce sürdü. Baro başkanları, zaman zaman 'Çav Bella', 'Güzel günler göreceğiz çocuklar' gibi şarkılar çaldı, avukatlar da şarkılara eşlik etti. Baro başkanları, tüm avukatları cübbeleri ile birlikte desteğe ve Anayasa'nın 74. maddesi uyarınca TBMM'ye dilekçe vermek üzere Kuğulu Park'a davet etti.



“PARALEL BARO” YASASI KABUL EDİLDİ

Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisi’nin imzasıyla TBMM’ye sunulan ve çoklu baro sistemi getiren 28 maddelik yasa teklifi Meclis Genel Kurulu’nda kabul edildi. İstanbul, Ankara ve İzmir’de birden fazla baro kurulmasının önünü açan kanunun yürürlüğe girmesiyle ekim ayında tüm barolar, aralık ayında da Türkiye Barolar Birliği seçimi yapılacaktır.

8 0 baronun karşı çıkarak “paralel baro”, muhalefet partilerinin de “hayır” dediği yasa teklifi, 80 baro başkanının aylardır süren itiraz ve eylemlerine karşın AK Parti ve MHP milletvekillerinin oylarıyla 11 Temmuz’da kabul edilerek yasalaştı. Yapılan elektronik oylamaya 417 milletvekili katılırken, 251 milletvekili “kabul”, 163 milletvekili “ret” oyu kullandı.

Kanun teklifine karşı çıkan baroların “Paralel baro” olarak nitelendirdiği düzenlemenin Meclis Adalet Komisyonu’ndaki görüşmeleri 5 gün, 52 saat sürdü. Baro başkanlarının komisyon toplantısına alınmadığı için günlerce Meclis kapısında sabahladığı kanun teklifi birçok itiraza karşın hiçbir değişiklik yapılmadan AK Parti ve MHP oylarıyla kabul edilerek komisyondan

geçti. CHP, HDP ve İYİ Parti teklife şerh düştü.

MUHALEFETİN TÜM ÖNERGELERİ REDDEDİLDİ

Teklif Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerin ardından hızla genel kurul gündemine alındı. Teklifin genel kuruldaki görüşmeleri de 3 gün sürdü. Muhalefet "FETÖ projesi" olarak nitelendirdiği teklifin bölünme yaratacağı, yargıya güveni daha da zedeleyeceği yönünde itirazlarda bulundu, her madde için değişiklik önergesi verdi. Ancak önergelerin tamamı reddedildi.

2 MADDEDE DEĞİŞİKLİK YAPILDI

Adalet Komisyonu'nda virgülü değişmeyen teklifin genel kurul görüşmelerinde AK Parti ve MHP grup başkanvekillerinin verdiği önergelerle 7 ve 15'inci maddelerde iki değişiklik yapıldı. Teklifin "Avukatlar mahkemelere cübbeyle çıkmak zorundadır. Kılık ve kıyafetle ilgili başkaca bir zorunluluk getirilemez" maddesine staj dönemi de eklendi. Maddeye "Avukatlara staj dönemi dahil olmak üzere, baro ve birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemez" eklemesi yapıldı.

15. maddesinde yapılan değişikliğe göre de 5 binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla yeni baro kurulurken bu sayıların belirlenmesinde baro levhasına kayıtlı avukatların yanı sıra baroya kayıt yaptırmak zorunda olmayan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatlar da dahil edilecek.

3 büyükşehirde birden fazla baro kurulmasını, TBB yönetiminin belirlenmesinde bu illerin etkisini azaltan kanunun dikkat çeken noktaları şunlar:

AYNI İLDE İKİNCİ, ÜÇÜNCÜ BAROLARIN YOLU AÇILDI

5 binden fazla avukat bulunan illerde en az 2 bin avukatla bir baro kurulabilecek. Bu durumda İstanbul, Ankara ve İzmir'de birden fazla baro kurmanın önü açıldı. Kısa bir süre sonra bu illere 4 bin 957 avukat bulunan Antalya'nın da eklenmesi bekleniyor. Barolar, Noterler gibi 1'inci, 2'nci baro olarak adlandırılacak. Mevcut barolar "bir numaralı baro" olacak. Çoklu baro ile ilgili sayıların belirlenmesinde baro levhasına kayıtlı avukatlar ile normalde kayıt zorunluluğu bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatlar da esas alınacak.

TBB'DE İSTANBUL, ANKARA VE İZMİR'İN ETKİSİ AZALACAK

Her baro, TBB Genel Kurulunda, baro başkanı ile sabit üç delege ve ilaveten her 5 bin avukat için ilave bir delegeyle temsil edilecek. Böylece 49 üyeli bir baro da 4 delege ile 4 bin 900 üyeli bir baro da 4 delege ile temsil edilecek. TBB Genel Kurulu'nda İstanbul, Ankara ve İzmir'in belirleyiciliği azaltılacak.

TBB OLAĞANÜSTÜ GENEL KURULUNDA SEÇİM YAPILAMAYACAK

En az 25 baronun yönetim kurulunun çağrısıyla Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırılacak ancak olağanüstü toplantıda seçim yapılamayacak. Daha önce bu çağrıyı 10 baro yapabiliyor ve olağanüstü genel kurulda seçim yapılabiliyordu.

BAROLAR EKİM'DE, TBB ARALIKTA SEÇİME GİDECEK

Kuruluş tarihine bakılmaksızın tüm baro seçimleri 2 yılda bir ekim ayında, TBB organlarının seçimi ise 4 yılda bir aralık ayı

içinde yapılacak. Yasa yürürlüğe girdikten sonra görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda ekim 2020'de seçim yapılacaktır. Henüz 1 yılını dolduran 7 baro da seçime gidecek. TBB seçimi ise 2020 yılı aralık ayı içinde gerçekleştirilecek.

ADLİ YARDIM İÇİN YÖNETMELİK ÇIKACAK

Birden fazla baro kurulan illerde, adli yardım büroları ve diğer kurullar, baroların üye sayısına göre eşit temsille oluşturulacak. Görevlendirmelere ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenecek.

AVUKATLARA CEZAYA TEMYİZ YOLU

Avukatların, avukatlık ile TBB ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararlarına temyiz yolu açılacak. Bu kapsamda ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları da temyiz edilebilecek.

YENİ AVUKATLAR DAHA AZ AİDAT ÖDEYECEK

Yeni avukatlar, mesleklerinin ilk 5 yılında, kayıtlı olduğu baronun öngördüğü keseneği (aidatı) yarı oranında ödeyecek.

KILIK KIYAFET DÜZENLEMESİ

Avukatlar için tek zorunlu kıyafet cübbe olacak. Avukatların kılık kıyafetiyle ilgili başka bir zorunluluk olmayacak. Avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemeyecek.

“ŞİDDET SON BULSUN, KADINLAR YAŞASIN DİYE...”

Bursa Barosu, İstanbul Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesinin yıldönümünde, sözleşme hükümlerine uyulmasının aciliyetine vurgu yaptı.



İstanbul’da imzaya açıldığı için İstanbul Sözleşmesi olarak anılan, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin ilk imzacısı Türkiye’dir ve 2011 yılında imzalanmış, 1 Ağustos 2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

İstanbul Sözleşmesi, kadınlara yönelik şiddet ve ev içi şiddeti hedef alan, şiddeti önleme ve mücadelede temel standartları olan, devletlerin bu konudaki yükümlülüklerini belirleyen, imzacı ülkeler için bağlayıcı ve denetim mekanizması olan ilk uluslararası sözleşme olması nedeni ile önemlidir. Sözleşme, şiddet her kimden gelirse gelsin ve şiddet gören ister kadın, ister çocuk, ister erkek olsun, cinsiyet ayrımı yapmaksızın, evli olsun olmasın, eş, eski eş, sevgili, partner, ısrarlı takip mağduru gibi, şiddet gören her bireyin korunması gerektiğini düzenlemiştir. İstanbul Sözleşmesi şiddeti tanımlarken fiziksel şiddet dışında ekonomik, psikolojik, cinsel, duygusal şiddet tanımlarına da yer vermiş özel veya kamusal alan ayırt etmeksizin, şiddeti önleme ve koruma yükümlülüğü getirmiştir.

Sözleşmenin en önemli hukuki getirilerinden birisi şiddet gören kadının beyanını esas almasıdır. Şiddet görme, yahut şiddet görme tehlikesi içerisindeyken herhangi

bir delil sunmadan bu tedbirlerden ivedilikle yararlanabilme hakkı, şiddet mağdurunun hayatını kurtarmaktadır.

Sözleşme kadına yönelik şiddeti, insan hakkı ihlali olarak tanımlamaktadır. Bugün sözleşmenin yürürlüğe girişinin 6. yıldönümünde, kadının yaşam hakkının güvencesi olan İstanbul Sözleşmesi’nin içeriği, kazandırdıklarını ve uygulamadaki aksaklıkları konuşmak yerine kaldırılmasının konuşuluyor olması doğru değildir. İstanbul Sözleşmesi’nden çekilmek demek, kadının şiddet karşısında yalnız kalması, devlet güvencesinden mahrum bırakılması, en önemlisi de şiddeti devletin önlemek istememesi demektir. Bu sebeple öncelikle kadına yönelik şiddetin önlenmesinde, kadınlar ve erkekler arasındaki hukuki ve fiili eşitliğin gerçekleştirilmesini ve İstanbul Sözleşmesi ile 6284 sayılı yasanın etkin olarak kullanılmasını talep ediyoruz.

Bursa Barosu olarak İstanbul Sözleşmesi ve Avukatlık Kanunu’nun, bize yüklediği görev ile kadına yönelik şiddetin ve ayrımcılığın sona ermesi için önceden de olduğu gibi mücadele etmeye devam edeceğiz. Şiddet son bulsun, kadınlar yaşasın diye...

[#İstanbulSözleşmesiYaşatır](#)

TBB KADIN HUKUKU KOMİSYONU ve BAROLARDAN İSTANBUL SÖZLEŞMESİ HAKKINDA ORTAK AÇIKLAMA

İSTANBUL Sözleşmesi, şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması için devletlere yol haritası çizen ve atılması gereken somut adımlar konusunda kılavuzluk eden uluslararası bir sözleşmedir.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve bugüne kadar 45 ülke ve Avrupa Birliği’nin imzaladığı sözleşmeyi ülkemiz ilk imzalayan ve onaylayan ülkedir.

Son yıllarda kadına karşı şiddet katlanarak artmışken ve biz alanda çalışan Barolar ve Kadın Hakları Merkezler/ Komisyonları olarak İstanbul



Sözleşmesi'nin ve 6284 Sayılı Kanun'un etkin olarak uygulanması için taleplerimizi ifade ederken; ne yazık ki İstanbul Sözleşmesi aleyhine algı oluşturularak İstanbul Sözleşmesinden imzanın çekilme hususunun tartışılmasını büyük bir kaygıyla izlemekteyiz.

İstanbul Sözleşmesinden imzanın çekilmesi söylemi bile şiddeti arttırıcı bir etki yaratmakta, kadınları şiddete karşı korumasız kılmaktadır. Sözleşmeden imzanın çekilmesi kadınları, çocukları şiddete açık hale getirecek, devlete başvuranların önü kesilecek; bundan kadınlar, çocuklar olumsuz etkilendiği kadar ülkemizin dış dünyadaki itibarı da zedeleneyecektir.

Kadın kazanımlarını geri götürecek, kadının insan haklarının ihlaline yol açacak, kadını özgür birey olmaktan uzaklaştırıp ayrımcılığa muhatap hale getirecek, kadının kazanılmış yasal haklarını zedeleyecek hiçbir girişimi kabul etmiyoruz. Kadına yönelik şiddetin önlenmesi için ihtiyacımız olan İstanbul Sözleşmesinin ve 6284 Sayılı Kanun'un etkin bir şekilde, tavizsiz uygulanmasıdır.

Bir kere daha yetkililerden ve ilgili kurum ve kuruluşlardan; İstanbul Sözleşmesinden imzanın çekilmesi söylemlerinden vazgeçmeleri, artan kadına yönelik şiddetin önlenmesi için etkin ve kararlı politikalar oluşturmalarını, kadın

hakları mücadelesinde önemli işlevleri olan sivil toplum örgütleri, meslek odaları ile birlikte koordineli çalışmalarını beklediğimizi belirtiyor, kadınların kazanılmış yasal haklarını tehdit eden söylem, davranış ve değişikliklere imkan sağlamamalarını talep ediyoruz.

Biz Barolar ve Kadın Hakları Merkezler/ Komisyonları olarak kadının insan haklarının ihlaline yol açacak her türlü girişimin karşısında olacağımızı ve kadına yönelik şiddeti önleme mücadelemize dayanışma ruhuyla devam edeceğimizi kamuoyuna saygılarımızla iletiyoruz.

TÜBAKKOM

(Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu)

1. Adana Barosu Başkanlığı
2. Adıyaman Barosu Başkanlığı
3. Afyonkarahisar Barosu Başkanlığı
4. Ağrı Barosu Başkanlığı
5. Aksaray Barosu Başkanlığı
6. Amasya Barosu Başkanlığı
7. Ankara Barosu Başkanlığı
8. Antalya Barosu Başkanlığı
9. Ardahan Barosu Başkanlığı
10. Artvin Barosu Başkanlığı
11. Aydın Barosu Başkanlığı
12. Balıkesir Barosu Başkanlığı
13. Bartın Barosu Başkanlığı
14. Batman Barosu Başkanlığı
15. Bilecik Barosu Başkanlığı
16. Bingöl Barosu Başkanlığı
17. Bitlis Barosu Başkanlığı
18. Bolu Barosu Başkanlığı
19. Burdur Barosu Başkanlığı
20. Bursa Barosu Başkanlığı
21. Çanakkale Barosu Başkanlığı
22. Çankırı Barosu Başkanlığı
23. Çorum Barosu Başkanlığı

24. Denizli Barosu Başkanlığı
25. Diyarbakır Barosu Başkanlığı
26. Düzce Barosu Başkanlığı
27. Edirne Barosu Başkanlığı
28. Erzurum Barosu Başkanlığı
29. Eskişehir Barosu Başkanlığı
30. Gaziantep Barosu Başkanlığı
31. Giresun Barosu Başkanlığı
32. Hakkari Barosu Başkanlığı
33. Hatay Barosu Başkanlığı
34. Isparta Barosu Başkanlığı
35. İstanbul Barosu Başkanlığı
36. İzmir Barosu Başkanlığı
37. Kahramanmaraş Barosu Başkanlığı
38. Karabük Barosu Başkanlığı
39. Karaman Barosu Başkanlığı
40. Kars Barosu Başkanlığı
41. Kastamonu Barosu Başkanlığı
42. Kırıkkale Barosu Başkanlığı
43. Kırşehir Barosu Başkanlığı
44. Kilis Barosu Başkanlığı
45. Kocaeli Barosu Başkanlığı
46. Konya Barosu Başkanlığı
47. Kütahya Barosu Başkanlığı
48. Malatya Barosu Başkanlığı
49. Manisa Barosu Başkanlığı
50. Mardin Barosu Başkanlığı
51. Mersin Barosu Başkanlığı
52. Muğla Barosu Başkanlığı
53. Muş Barosu Başkanlığı
54. Niğde Barosu Başkanlığı
55. Ordu Barosu Başkanlığı
56. Osmaniye Barosu Başkanlığı
57. Rize Barosu Başkanlığı
58. Sakarya Barosu Başkanlığı
59. Samsun Barosu Başkanlığı
60. Siirt Barosu Başkanlığı
61. Sinop Barosu Başkanlığı
62. Şanlıurfa Barosu Başkanlığı
63. Şırnak Barosu Başkanlığı
64. Tekirdağ Barosu Başkanlığı
65. Tokat Barosu Başkanlığı
66. Trabzon Barosu Başkanlığı
67. Tunceli Barosu Başkanlığı
68. Uşak Barosu Başkanlığı
69. Van Barosu Başkanlığı
70. Yalova Barosu Başkanlığı
71. Yozgat Barosu Başkanlığı
72. Zonguldak Barosu Başkanlığı

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ DİLEKÇESİ:

KAMU DENETÇİLİĞİ
KURUMU'NA

ANKARA

KONU: İSTANBUL
SÖZLEŞMESİ HAKKINDA



Ülkemizde kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olması çalışmaları Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren yasal bir zemine oturtulmaya çalışılmış ve Medeni Kanun'un 1926'da kabulü ile kadın hakları açısından bu süreçte yeni bir döneme girilmiştir. Örneğin; çok eşlilik yasaklanmış, resmi nikah zorunlu kılınmış, kız ve erkek çocuklara mirasta eşit pay ilkesi getirilmiş; boşanma, nafaka gibi yasal düzenlemeler aile kavramı nazara alınarak düzenlenmiş, kısaca kadının toplumsal yaşamdaki yeri güçlendirilmiştir. O günden günümüze, dünyadaki kadın hakları hareketleriyle koordineli şekilde ülkemizde de kadın ve erkeğin yasalar önünde eğitim, iş, aile ve toplumsal hayatta eşit bireyler olarak yaşaması için pek çok yasal düzenleme yapılmıştır. Yapılan düzenlemeler sadece yasalar ile sınırlı kalmamış bu alanda pek çok uluslararası sözleşmeye ülkemiz imzacı olmuştur. Birleşmiş Milletler düzeyindeki 9 temel insan hakları sözleşmesinden biri olan "Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi" (CEDAW), bu sözleşmeler arasında özellikle kadınların insan haklarını ve toplumsal cinsiyet eşitliğini odağına alan tek sözleşmedir. Ülkemizde bu sözleşmenin imzacılarından biridir.

Sadece Türkiye'de değil tüm dünyada kadına karşı şiddetin

her türlüyle mücadele etmek ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Bu ihtiyaçtan yola çıkan ve hazırlık aşamasında Türk kamu yetkililerinin de aktif olarak yer aldığı tam adı "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" diğer adıyla "İstanbul Sözleşmesi" ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme toplumda şiddete maruz kalan zayıf bireylerin korunması açısından devrim niteliğinde hükümler getirmiş, böylece devletlerin en temel görevleri olan birey hak ve özgürlüklerini koruması konusunda devletlere görevler yüklemiş, bu yolla toplumsal barışın sağlanmasında bu sözleşme adeta yol gösterici olmuştur. Özel olarak bu sözleşme kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddet ve ev içi şiddeti hedef alan ilk Avrupa Sözleşmesi olma niteliğini de taşımaktadır. Bugüne kadar Türkiye dâhil 34 ülke tarafından onaylanmıştır. Türkiye, sözleşmeyi imzaya açıldığı 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalamış, 14 Mart 2012 tarihinde ise onaylamıştır. Böylece Türkiye sözleşmeyi onaylayan ilk ülke olmuştur. Bu sözleşmenin bir önemli tarafı Cumhuriyet devrimleri ile toplumda zayıf konumda olan bireylerin yerinin sağlamlaştırılmasında bir merhale işlevi görmesi ve böylece dünyada İstanbul Sözleşmesi adı ile anılarak Cumhuriyet devrimlerinin sonuçlarının uluslararası alanda

görülmesi özelliğini taşımasıdır. Bu sözleşmenin böyle bir manevi değeri, tarihsel bir işlevi olduğunu burada ayrıca belirtmek isteriz. İstanbul Sözleşmesi'nde, sözleşmeyi parlamentolarından geçirmiş hükümetlerin kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddetin her türlüyle mücadele etmek için bir dizi kapsamlı tedbir alması istenmektedir. Sözleşmenin her bir maddesinde şiddet eylemlerinin meydana gelmesinin önlenmesi, mağdurlara yardım edilmesi ve failerin adalet önüne çıkartılması amaçlanmaktadır. Sözleşme; aile içi şiddet, ısrarlı takip, cinsel taciz ve psikolojik şiddet gibi, kadına yönelik farklı şiddet türlerinin suç olarak kabul edilmesini ve bunlara karşı yasal yaptırımlar getirilmesini gerekli kılmaktadır.

Sözleşme'nin 1. Maddesinde belirtildiği üzere amacı;

- Kadınları her türlü şiddete karşı korumak ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, kovuşturmak ve ortadan kaldırmak,
- Kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınları güçlendirmek de dâhil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliği yaygınlaştırmak,
- Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarının korunması ve bunlara yardım

edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politika ve tedbirler tasarlamak,

- Kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırma amacıyla uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak,
- Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin ortadan kaldırılması için bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi maksadıyla kuruluşların ve kolluk kuvvetleri birimlerinin birbiriyle etkili bir biçimde işbirliği yapmalarına destek ve yardım sağlamaktır.

Bu Uluslararası Sözleşmenin iç hukuka uygun hale getirilmesi için hayata geçirilmesini teminen 6284 Sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi” adıyla yasal bir düzenleme yapılmıştır. İçinde yaşadığımız süreçte kadın ve çocuklara yönelik artan psikolojik, ekonomik, cinsel, fiziksel saldırılar bize söz konusu yasal düzenlemelerin ne kadar gerekli hatta hayati olduğunu ispatladığı gibi artan vakıalar işbu tehdidin ortadan kaldırılması için yapılması gereken daha pek çok düzenleme olduğunu da göstermektedir.

Cinslerin biyolojik farklılığı kabul edilirken, toplumda kadın ve erkek cinsine atfedilen anlamların insan hakları eşitliği bağlamında değerlendirilerek, kadın erkek eşitliğinin toplumun her kesimine yayılması ve böylece bir cinsin diğer cins üzerinde baskı kurma, hakimiyet tesis etme, kendinde diğer cins üzerinde hak iddia etme temelli kişisel saldırıların önüne geçilmesi için atılması gereken çok adımımız olduğu da açıktır.

Bugün ilk imzacısı olmaktan yıllardır tüm kurumlarımızın öğündüğü İstanbul Sözleşmesi’ndeki imzadan geri adım atılması talepleri yüksek dille gerek iktidarın siyasi temsilcileri aracılığı ile TBMM’de, gerekse bazı STK’lar aracılığı ile yazılı ve görsel basında dile getirilmekte ve bu konu kamuoyunda tartışılmaktadır. Bugün basında yer alan haberlere

göz attığımızda, hemen her gün bir hatta birden fazla kadın cinayeti ile karşı karşıya gelmekteyiz. 2020 yılı Temmuz ayı sonu itibarıyla öldürülen kadın sayısı 285’dir. Meslektaşlarımıza müvekkillerinden gelen şiddet içeren tedbir talebi başvuruları ve 6284 Sayılı Yasa çerçevesinde alınan uzaklaştırma kararları da, Adalet Bakanlığı’nın ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın verilerinde yer almaktadır. Söz konusu yasal düzenlemeye toplumun ihtiyacı olduğu açıktır. Bundan geri adım atılması halinde, hak savunucusu olan baroların insan hakkı ve kadın hakkı ihlalleri ile mücadelede; yasal dayanağımız olan İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Yasadan mahrum kalmamız neticesi hak arama mücadelesinde olan bireylerin zarar göreceği de açıktır. Kadına, çocuğa, kısaca mağdura yönelik şiddetle etkin mücadele edemeyen bir devletin toplumsal olarak da bu durumdan zarar göreceği aşikardır.

Bu nedenle ısrarlı bir şekilde demokrasiden uzak, en temel insan hakları kavramlarından ve her şeyden önce hak temelli hukuk felsefesinde uzak anlayışla Sayın Kamu Denetçiliği Makamı’na sunulan raporlarda, bu sözleşmeden Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin çekilmesi talep edildiği gibi haberleri basından üzülerken öğrendik, bizi en çok üzen de kadınların bugüne kadar toplumsal hayatta elde ettikleri kazanımlardan bu yolla vazgeçilmesinin istenmesidir. Bu sözleşmeden vazgeçmek demek tam da budur, kadınların, çocukların artan şiddet sarmalı içerisinde seslerinin daha çok kesilmesidir. Bizler Barolar olarak Cumhuriyetimizin temel değerlerine bağlılığımızı burada bir kez daha ifade ederek sadece kadınların değil şiddete maruz kalan tüm bireyleri koruyucusu İstanbul Sözleşmesi’nden Devletimizin çekilmesini talep eden dilekçelerin ve bu dilekçeler çerçevesinde hazırlanan raporların dikkate alınmamasını, İstanbul Sözleşmesi’nden çıkılmaması

hususunda TBMM’ne tavsiye kararı verilmesi talebini içerir İş bu başvurumuzu yapıyor, gereğinin yapılmasını saygılarımızla arz ve talep ediyoruz.

1. Adana Barosu Başkanlığı
2. Ağrı Barosu Başkanlığı
3. Ankara Barosu Başkanlığı
4. Antalya Barosu Başkanlığı
5. Amasya Barosu Başkanlığı
6. Ardahan Barosu Başkanlığı
7. Artvin Barosu Başkanlığı
8. Aydın Barosu Başkanlığı
9. Balıkesir Barosu Başkanlığı
10. Batman Barosu Başkanlığı
11. Bartın Barosu Başkanlığı
12. Bilecik Barosu Başkanlığı
13. Bingöl Barosu Başkanlığı
14. Bolu Barosu Başkanlığı
15. Burdur Barosu Başkanlığı
16. Bursa Barosu Başkanlığı
17. Çanakkale Barosu Başkanlığı
18. Çankırı Barosu Başkanlığı
19. Çorum Barosu Başkanlığı
20. Denizli Barosu Başkanlığı
21. Diyarbakır Barosu Başkanlığı
22. Düzce Barosu Başkanlığı
23. Edirne Barosu Başkanlığı
24. Erzurum Barosu Başkanlığı
25. Eskişehir Barosu Başkanlığı
26. Gaziantep Barosu Başkanlığı
27. Giresun Barosu Başkanlığı
28. Hakkari Barosu Başkanlığı
29. Hatay Barosu Başkanlığı
30. Isparta Barosu Başkanlığı
31. İstanbul Barosu Başkanlığı
32. İzmir Barosu Başkanlığı
33. Kahramanmaraş Barosu Başkanlığı
34. Karabük Barosu Başkanlığı
35. Kars Barosu Başkanlığı
36. Kastamonu Barosu Başkanlığı
37. Kırıkkale Barosu Başkanlığı
38. Kırklareli Barosu Başkanlığı
39. Kırşehir Barosu Başkanlığı
40. Kocaeli Barosu Başkanlığı
41. Konya Barosu Başkanlığı
42. Kütahya Barosu Başkanlığı
43. Malatya Barosu Başkanlığı
44. Manisa Barosu Başkanlığı
45. Mardin Barosu Başkanlığı
46. Mersin Barosu Başkanlığı
47. Muğla Barosu Başkanlığı
48. Muş Barosu Başkanlığı
49. Ordu Barosu Başkanlığı
50. Osmaniye Barosu Başkanlığı
51. Sakarya Barosu Başkanlığı
52. Samsun Barosu Başkanlığı
53. Siirt Barosu Başkanlığı
54. Sinop Barosu Başkanlığı
55. Sivas Barosu Başkanlığı
56. Şanlıurfa Barosu Başkanlığı
57. Şırnak Barosu Başkanlığı
58. Tekirdağ Barosu Başkanlığı
59. Tokat Barosu Başkanlığı
60. Trabzon Barosu Başkanlığı
61. Tunceli Barosu Başkanlığı
62. Uşak Barosu Başkanlığı
63. Van Barosu Başkanlığı
64. Yalova Barosu Başkanlığı
65. Yozgat Barosu Başkanlığı
66. Zonguldak Barosu Başkanlığı



MESLEK ŞEHİTLERİMİZ CENGİZ GÖRAL VE ÖZGÜR AKSOY'U ANDIK

Bursa Barosu, 1979 ve 2017 yıllarında kaybettiği iki meslek
şehidini Av. Cengiz Göral ve Av. Özgür Aksoy'u bugün
mezarları başında ayrı ayrı törenlerle andı.



Gemlik'te baktığı bir davanın tarafınca 2017 yılında uğradığı silahlı saldırıda meslek şehidi olan Av. Özgür Aksoy, ölüm 3. yıldönümünde Orhangazi İlçesi Yeniköy'deki saat 12.00'de mezarı başında anıldı.

Anma törenine Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri Av. Gonca Gülçin, Av. Sefer Bülent

Yaylalı, Av. Yener Poroy, avukatlar, Gemlik Belediye Başkanı Mehmet Uğur Sertaslan, Özgür Aksoy'un ailesi, yakınları ile meslek ve siyaset arkadaşları katıldı. Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun, yaptığı konuşmada "Sevgili Özgür, ömrünü sevgiyle, aşkla, dostlarla, edebiyatla sanatla, tiyatroyla, adaletle, vicdanla, evlatlarla, haksızlığa itirazla ve en önemlisi Cumhuriyet değerlerini koruma mücadelesi ile dolduran güzel bir adamdı" dedi.

Öztosun, arkadaşı Av. İsmail İsel'in Özgür Aksoy için yazdığı "Kimimiz denize, kimimiz göle, Sen ise her ikisine de aşkıttın, adil bir yürekle, Kuşkusuz bundandır körfezden denize doğru son bakış, doyusıya... Ve elbette göle doğru ebedi uzanış, Özgür'ce... Özgürlük ve Adalet ve Aşk... Hem de üçü birden, Kim bilir, belki de; Baharda açacak bir zeytin fidanının çiçeğinde..." şeklindeki dizeleri okudu.

Öztosun konuşmasına şöyle

devam etti:

"Dostumuz arkadaşımız yoldaşımız. Bazen kelimeler kifayetsiz kalır bazı insanları anlatmaya ama anlatmak lazımdır böyle güzel adamları gelecek kuşaklara. Şafak vaktinde söğütten bir dal dikerek kibleye doğru, inandığımız tüm mukaddes değerler uğruna kıyam durarak ve topraktan ve yüreğimizden gelen tüm sesleri dinleyerek gözünü kırpmadan bir şarkı söyler gibi ölüme giden bir kuvayı milliyeciye O... Mehtaplı bir gece, gümüş bir kutunun içindesin: Ortalık öyle bir tuhaf aydınlık, öyle ıssız. Ya çok seslidir ya hiç ses vermez mehtaplı gece zaten diyen namuslu Kartallı Kazım'dı Sevgili Özgür... Ömrünü sevgiyle, aşkla, dostlarla, edebiyatla sanatla, tiyatroyla, adaletle, vicdanla, evlatlarla, haksızlığa itirazla ve en önemlisi Cumhuriyet değerlerini koruma mücadelesi ile dolduran güzel bir adamdı. Işığıyla karanlığı delen yıldız adamlarımızdandı. O yüzden Özgür hep bizimle olacak! Gecenin karanlığı artınca Özgür bizimle o karanlığa ışık

olmak için orada olacak. Bir haksızlık mücadelesinde hep yanibaşımızda olacak. Yoksul ezilen insanların karnını doyuracak bir kavga varsa Özgür bizimle orada olacak. Nerede kolluk birini dövse eziyet etse barikat kursa Özgür bizimle orada olacak. İnsanların haksızlığa haykırırlarında hak için ter dökenlerin mücadelesinde, adalete erişmiş güzel insanların gülüşlerinde Özgür bizimle olacak. Hep bir ağızdan türkü söyleyip, hep beraber sulardan çekmek ağı, demiri oya gibi işleyip hep beraber, hep beraber sürebilmek toprağı, ballı incirleri hep beraber yiyebilmek, yarin yanağından gayrı her şeyde her yerde hep beraber diyebilmek için... diyenlerin hep yoldaşı olacak. Selam olsun güzel atına binip giden güzel adam... Selam olsun"

Diğer konuşmaların ardından anma törenine katılanlar, meslektaş, babası Ali Aksoy'un yanında yatan Özgür Aksoy'un mezarına karanfil ve gül bıraktılar. Son olarak Aksoy için Kuran okundu, dua edildi. Bursa Barosu heyeti saat



15.00'te de Gemlik'e bağlı Adliye Köyü'ndeydi. 3 Temmuz 1979 tarihinde Bursa'da evinin sokağında öldürülen demokrasi şehidi Av. Cengiz Göral, ölümünün 41. Yıldönümünde anıldı.

Bursa Barosu Başkan

Yardımcısı Av. Metin Öztosun burada yaptığı konuşmada da "Hani Nazım diyordu ya, yok edin insanın insana kulluğunu diye... İşte, insan, insana kulluk etmemek için hukuku icat etti. Ama hukukun gerçekleşebilmesi için de demokrasiyi... Tabii ki demokrasinin de türlü zaafı ve hataları var. En önemli zaafı da düşmanlarına bile fırsat tanınması. Ancak bu bile demokrasiyi kötülemeye yetmiyor. Biz biliyoruz ki demokrasinin bütün hastalıkları da daha fazla demokrasi ile tedavi edilir. O yüzden biz avukatların parolası hep hukuk, işareti de demokrasidir.

Ancak maalesef, halen düşüncelerinden dolayı hakaret gören, aşağılanan, hapse atılan insanların yaşadığı ve herkesin eşit olmadığı bir toplumda yaşıyoruz. O yüzden halen ülkemizde gerçek bir demokrasiden söz edemiyoruz. O olmayınca da gerçek bir hukuk düzeninden. İşte bugün de buraya Bursa Barosu ve Gemlik'te iz bırakmış bir demokrasi şehidimiz olan Av. Cengiz Göral'ı anmaya geldik.

O'nun aydınlık için, umutlu güzel günler için yaptığı mücadele yolumuzu aydınlatmaya devam ediyor. Ve mücadelesi bugün de Bursa Barosu'nda bizlere yoldaşlık ediyor.

Onun adına da 3 yıldır 'Özgürlük, Demokrasi, Adalet' temalı makale yarışması düzenliyoruz. Adını ve mücadelesini yeni kuşaklara taşımaya çalışıyoruz. Bu çabamız devam edecek. Selam olsun O'na ve onun mücadelesine, hatırasına sahip çıkanlara... Selam olsun güzel adam Cengiz Göral'a..."

Öztosun'un konuşmasının ardından Kuran okundu, dua edildi. Katılımcılar, Av. Mehmet Cengiz Göral'ın mezarına çiçek bıraktı.

AV. CENGİZ GÖRAL MAKALE YARIŞMASI SONUÇLANDI

1979 yılında katledilen Av. M. Cengiz Göral adına düzenlenen "Özgürlük demokrasi ve adalet" temalı makale yarışması sonuçlandı.



AV. Metin Öztosun, Av. Hüsnüye Altın Yeşil, Av. İlker Yılmaz, Av. Buket Gülçin Özel, Av. Halit Giray Ülker ve gazeteci İhsan Bölük'ten oluşan jürinin değerlendirmesine göre;

"İnsan hakları ve hukuk devletinde büyük geri sıçrayış" başlıklı makalesi ile Av. Doğan Erkan (Ankara Barosu) yarışmanın BİRİNCİSİ olurken;

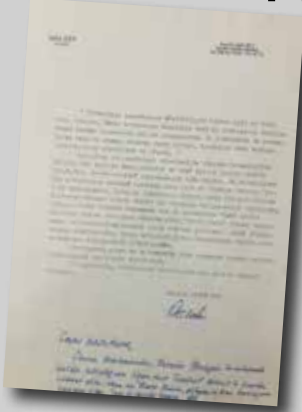
"Bireysel başvurularla oluşturulan AYM içtihatlarının özgürlük, demokrasi ve adalet kavramları açısından emek kesimine etkileri" başlıklı makalesi ile Av. İsmail İşel (Bursa Barosu) İKİNCİ;

"Cumhurbaşkanına hakaret" başlıklı makalesi ile Stj. Av. Muzaffer Demirsoy (Adana Barosu) ÜÇÜNCÜLÜK ödülüne layık görüldü.

Jüri, rumuzla gönderilen makaleler arasından 1-10 arası puanlama yaparak en çok puan alandan başlayarak sıralama yaptı.

Yarışmacılara ödülleri yeri ve zamanı daha sonra duyurulacak bir ödül töreni ile verilecek.

ATILA SAV'DAN BAYRAM VE TAZİYE MESAJI



Türkiye Barolar Birliği
önceki başkanlarından,
siyasetçi ve tiyatro
eleştirmeni Av.
Atıla Sav, "Yargı
bağımsızlığının
vazgeçilmez temeli olan
savunma bağımsızlığı
tehlikededir" dedi.

BURSA Bursa Barosu
Başkanı Av. Gürkan
Altun'a kurban bayramı
ve Bursa Barosu'nun
14. Başkanı Av.
Turgut Bulut'un vefatı
nedeniyle taziye mesajı
gönderen Av. Atıla Sav
mesajına "Görevimizi
yaparken, ne müvekkile,
ne hakime hele
ne iktidara tabiyiz.
Bizim aşağımızda
kişilerin varlığı
iddiasında değiliz.
Fakat hiçbir hiyerarşik
üst de tanımıyoruz.
En kıdemsizin en
kıdemliden veya ün
yapmış olandan farkı
yoktur. Avukatlar esir
kullanmadılar, fakat
efendileri de olmadı"
sözleriyle başladı.

Sav şöyle devam etti:
"Avukatlar yüklendikleri
görevleri, bu görevin
kutsallığına yakışır bir
biçimde özen, doğruluk
ve onur içinde yerine
getirir (Av.K.34). Avukat
mesleki çalışmasında
bağımsızdır. Bu
nitelikleri ile avukatların
mesleki kuruluşu olan
baro ve Türkiye Barolar
Birliği bağımsızdır.
Bağımsız olmalıdır.

Cumhuriyetin ilk
yıllarından itibaren
Muhamat Kanunu
(1924) ile başlayan
bağımsızlığı
korumuşuz; baronun
tüzel kişilik kazanması
ile il çevresinde 'tek'
meslek kuruluşu olarak
varlığını sürdürmüştür.
'Çoklu baro' düzeni
savunmanın
bağımsızlığını siyasal
-daha doğrusu partisel-
gücün doğrultusuna
çekilmesidir. Yargı
bağımsızlığının
vazgeçilmez temeli olan
savunma bağımsızlığı
tehlikededir.
Savunmanın onuru
ve bağımsızlığı için
yaşamını vermiş
meslektaşlarımızın
uyanıklığı zorunludur."

Av. Atıla Sav, Turgut
Bulut'un vefatıyla ilgili
olarak da "Önceki
başkanlardan, Barolar
Birliği'nin kuruluşunda
birlikte çalıştığımız
Sayın dost Turgut
Bulut'a tanrıdan rahmet
diler; sayın eşi Tomris
Bulut'a, ailesine ve baro
topluluğuna başsağlığı
diler, saygı ve sevgiler
sunarım" diye yazdı.

BURSA BAROSU'NUN 14. BAŞKANI
VE BUGÜN KULLANILMAKTA
OLAN AVUKATLIK CÜBBESİNİN
TASARIMCISI AV. TURGUT BULUT,
94 YAŞINDA VEFAT ETTİ

HUKUKA ADANMIŞ BİR ÖMÜR!

**Bursa Barosu Dergisi'nin 2016 yılında yayınlanan
97. sayısında Av. Turgut Bulut ile yapılan röportaj**

Adalete, hukuka, doğrulara adanmış bir ömür
onunki... İsmet Paşa'nın avukatlığıyla,
inandıklarını savunarak; sanatla, üretmekle,
mücadeleyle, emekle geçen 90 yıl... Onun,
hayatına sığdırdığı o kadar çok şey var ki onu
dinlerken anlattığı yıllarda buluveriyorsunuz kendinizi.
Ucu bucağı olmayan bir okyanus gibi hayatı. İdamın
var olduğu o en zor yıllarda avukatlık mesleğini icra
etmiş bir dava adamı o. Bursa Barosu'nun 14. başkanı
Turgut Bulut ile onun zamanını, avukatlığı, adaleti,
Bursa Barosu'nun dününü, bugününü ve üzerinden
geçen onca yıla rağmen unutamadıklarını konuştuk.
Yalnızca bir kısmına yetti zamanımız. Bir kitaba bile
zar zor sığacak olan hayatının yalnızca küçük bir
kısımını konuk edebildik sayfalarımıza...

Öncelikle sizi biraz tanıyabilir miyiz?

1944-45 Bursa Erkek Lisesi mezunuyum.
Bizim zamanımızda liseden mezun olmak çok
önemliydi çünkü lise mezunu insan parmakla
gösterilirdi. Babamın da benden tek bir ricası vardı,
liseyi bitirmem. "Sonrasında ister yüksek tahsil yap
istersen burada kal evlen, bir işe gir ama ne olursa
olsun liseyi bitir." demişti bana. Ben de baba sözü
dinleyip lise mezunu oldum. Birçok açıdan avantajlıydı
lise mezunları. Örneğin askerliği yedek subay olarak
yapıyorlardı. Resim yapmayı çok severdim gençken.
Halk Evi'nde kursa gittim hatta burada açılan
yarışmalarda dereceler aldım. Fotoğraf çekmeyi de
severdim. Sanat düşkünü bir gençtim aslında.

Avukatlık maceranız nasıl başladı?

Ben resimle, sanatla uğraşırken bir gün babam,
daha önce hayatımda hiçbir arada görmediğim

“İnanmadığım
hiçbir davayı almadım.
Çünkü avukatlık
kutsal bir meslek ve
ancak inandıklarınızı
savunabilirsiniz.”



kadar yüksek bir meblağ para tutuşturdu elime. “Al bu parayı, git İstanbul’a” dedi. Orada kalacağım yeri ayarlamış, akrabalarla konuşmuş. Bana da “Git eğitimini almak istediğin okula yaptır kaydını ama bir tek yıl bile sınıfta kalırsan Bursa’ya gelirsin. Seni birinin yanına çıkararak verir, evlendiririm.” dedi. Sanata olan ilgime göre bir bölüm seçmeye karar verdim. Dâhili Dekorasyon ve İç Mimarlık Bölümüne kayıt yaptırdım. Ama derslerim hiç iyi gitmiyor, sınavları veremiyordum. Ne yapacağımı kara kara düşünürken bir gün Ulus Gazetesi’nde bir ilan gördüm. Gazetede “Ankara Hukuk Fakültesi kayıtları için yarın son gün!” yazıyordu. O an kararımı verdim. Ankara, daha önce hiç gitmediğim, bilmediğim bir şehirdi. Orada yaşayan tek akrabamızı hatırladım ve hemen onu arayıp yola koyuldum. O zamanlar öyle bir okula girmek için sınavlar yok, gidip kayıt yaptırmak yetiyor. Ben de son günün son dakikasında, okula kayıt olan son öğrenci olmayı başardım. Babamın sözlerini hiç unutmadım ve bir yıl bile kalmadan bitirdim okulu. Hem korkudan, hem saygıdan, hem sevgiden hem de hukuk beni her geçen gün biraz daha içine çektiğinden 1950 yılında mezun oldum.

Mezun olunca hemen Bursa’ya mı döndünüz?

Babam hukuk okuduğumu öğrenince planını yapmıştı bile. Bana Koza Han’dan bir ofis tutmuş. Her şeyim hazırды. Ankara’da kalmayı da düşündüm aslında. Çünkü benim mezun olduğum yıllar Ankara’nın en iyi şartlara sahip olduğu yıllardı. Seçim olmuştu, devir değişmişti. Bursa dönüşü yaptığımız kazadan sonra 4-5 ayım da hastanede geçti. Bir an önce mesleğimi icra etmeye başlamak isterken zaman kaybetmiştim çünkü sonrasında da beni askerlik görevim bekliyordu. Ofisim hazırды, baroya gidip kaydımı da yaptırmıştım. Kayıt numaramı bile hatırlıyorum: 142. Unutmak mümkün olamazdı çünkü okuldaki gibi Bursa Barosu kaydım da o yılın en son üyesi olmuştum. Bülent Ecevit ile altı ay boyunca aynı ranzayı paylaştığım Ankara’da yedek subay olarak yaptım askerliğimi. Askerlik biter bitmez avukatlıkta yarım kalan stajımı tamamladım ve 1953’te resmen avukat olarak çalışmaya başladım.

Avukatlığın ilk yılları nasıldı?

Heyecanlıydı tabii. Yapacağım bir sürü iş, mücadele edeceğim davalar, savunacağım haklar vardı. Ofisteki ilk yıllarımda gelen giden çok oluyordu ama para kazanmaya

henüz başlamamıştım. Çok gençtim, sabretmem gerektiğini biliyordum. Baroya üye olan belki de en genç avukattım. Görünüşüm de öyle olacak ki bir gün ofiste otururken içeri biri girdi. Bana selam verdikten sonra “Oğlum, avukat bey daha gelmedi mi?” diye sordu bana. Hiç bozuntuya vermeden “Hayır, henüz gelmedi” dedim ama kendimi de bayağı kötü hissettim. Aynaya baktım, tıfıl, çelimsiz, toy halimle yüzleştim. Buna bir çare bulmam gerektiğini düşünüp ilk iş bıyık bıraktım. Daha olgun, daha yaşını başını almış en azından bakınca avukat olduğu anlaşılan biri gibi görünmekti niyetim. Kendimce böyle bir çözüm bulmuştum.

Uzun bir dönem avukatlığını da yaptığınız İsmet İnönü ile tanışmanız nasıl oldu?

Okul yıllarıma denk gelen 1950’li yıllardaki seçimlerde çok şey gördük, çok olaya şahit olduk. İsmet Paşa ile tanışmam da aslında bu döneme dayanır. Hakkında kötü konuşulduğu, bana göre kendisine son derece haksızlık edildiği zamanlardı. Hatta bu sebeple birçok kişiyle tartışmışlığım da vardır. Bir gün okulda arkadaşlarla otururken İsmet Paşa’nın Çankaya’yı terk edeceği haberini aldık. Hemen

toplanıp İsmet Paşa'ya gitme kararı aldık. Tüm fakültelerden temsilciler seçtik. Amacımız İsmet Paşa'nın yanında olduğumuzu ifade etmek, kendisini yalnız hissetmemesini sağlamaktı. "Türk genci yanınızda" diyecektik ve moral verecektik ona. Gittik de... İsmet Paşa bizi görünce çok memnun oldu. Arkadaşlarımızdan biri birden duygulanıp ağlamaya başladı, onun duygusallığı kısa süre içinde herkesi etkiledi. Biz Paşa'ya destek vereceğiz diye gittik ama bir anda herkes gözyaşlarına boğuldu. İsmet Paşa da buna dahil. Sonra kendini toparladı. Bizim teskin etmek için güç vermek için ziyaret ettiğimiz Paşa "Gençler, biz bugüne dek iktidardaydık. Bundan sonra muhalefet olarak bu memlekete hizmet edeceğiz. Demokrasi budur. Muhalefette de aynı şeyleri savunacağız" sözleriyle teselli etti bizi.

Uzun süre de İsmet Paşa'nın avukatlığını da yaptınız. Nasıldı o yıllar?
İsmet Paşa'nın Çankaya'dan

ayrıldıktan sonra yaşadığı o en zor dönemlerinde yanındaydık onun. Cumhurbaşkanlığı dışında Cumhuriyet Halk Partisi genel Başkanı'ydı. Onun varlığının da etkisiyle partiye girdim. Partinin de en zor günleri. 400-500 milletvekilinden 33 kişiye düştüğü dönemler. Bu aralar çok temasımız oldu Paşa ile. 3-4 kez Bursa'da misafir ettik onu. 1959'da, ona edilen hakaretlere, uğradığı haksızlıklara karşı bir şeyler yapma gereği duyduk. Zor da olsa Paşa'yı ikna ettik ve vekâletini alıp onun adına davalar açtık. Hepsini de kazandık. Onun vekâletini taşımak benim için büyük bir onurdu. Bu onura, her zaman elimden gelenin en iyisini yaparak layık olmaya çalıştım. Başardığımı da düşünüyorum. Paşa'ya hakaret eden, ona hak etmediği muameleleri yapan herkes gerekli cezayı aldı. Bilirsiniz mübaşir davalı ve davacının isimlerini okur mahkemelerde, her dava öncesi mübaşirin "Davacı İsmet İnönü vekili Avukat Turgut Bulut" diye seslenişi hala kulaklarımda.

Avukat olarak başka neler yapıyordunuz?

Paşa, parti başkanı olduğu için tüm parti davalarına girdim. Hep mücadeleyle dolu bir ortam içinde oldum. Partiye girmiş olmam bana mesleğim için de olumlu sonuçlar verecek, oldukça geniş bir çevre kazandırdı. Oradan oraya koşturup duruyordum. İlçe davalarına giriyordum, benden büyük avukat ağabeylerim birçok işe beni gönderiyordu. Mesleğimin en hızlı en tempolu dönemindeydim.

Bir yandan da Bursa Barosu'ndaydınız. Başkan seçilmeden önce, üye olarak neler yaptınız baroda?

Para odaklı olmaktan ziyade, dava adamı olmak

için yaşadım hep. Barodaki arkadaşlarımız, gençlerimiz gibi. Benim dönemimde gördüğüm kadarıyla şimdi de baro hep bir aile gibiydi. Avukatlar ailesi. Orada olmak, o ailenin bir üyesi olmak bir avukatın yaşayabileceği en güzel şeylerden biriydi benim için. Baroda olmayı, orası için bir şeyler yapmayı çok sevdim hep. Bu dönemde Baro İdare Heyeti'ne girdim. Çok etkindik, konferanslar, toplantılar, türlü etkinliklerle hep bir arada oluyorduk. Ve Bursa Barosu Başkanlığı... Bu koşuşturmalarımızın arasında başkanlık seçimleri de yaklaşıyordu. Ben Zeki Bey (Av. Mehmet Zeki Yücel) döneminde girmiştim idare heyetine. Bir yandan da Barolar Birliği kuruluyordu. Seçimlerden kısa bir süre önce, çoğu benim eski stajyerim olan baro avukatları gençler geldiler ofisiye. Dediler ki "Sizden bir ricamız var. Başka adaylar da var ama biz sizi başkan seçmek istiyoruz. Kabul eder misiniz? Başkanlığa adaylığınızı koyar mısınız?" Kıramadım çocukları ve katıldım seçimlere. Ciddi bir oy farkıyla seçildim. 1972'de yapılan seçimlerle 14. Bursa Barosu Başkanı oldum.

Nasıl geçti başkanlık döneminiz?

Başkan olmadan önce bir vaadim vardı. O zamanlar Bursa Adliyesi'nde kışın soba ile ısınılırdı. Hatta mahkeme sırasında avukatların cübbeleri yanar, tutuşurdu. Bunu değiştirmeyi ve Bursa Adliyesi'ne kalorifer getirmeyi vaat etmiştim. Bu sözümü tuttum öncelikli olarak. Raporlar hazırladım, projeler geliştirdim. Görevimi sürdürdüğüm 4 yıl boyunca çok hareketli bir başkanlık dönemi geçirdim. Baromuzun konferans salonu neredeyse hiç boş kalmazdı. Sürekli etkinlikler olurdu. Hâkimler, avukatlar, komutanlar, belediye reisleri burada, özel günler için düzenlenen organizasyonlarda bir araya gelirdi. Böylece hem her fırsatta bir araya gelmiş hem de baromuzun tanıtımını yapmış olur, adımızı duyururduk.



Balalarımız dönemin ünlü sanatçılarıyla renklenirdi. Her etkinliğimizin ardından günlerce konuşulurdu. Futbol maçları da düzenlerdik. Baroyu bugün hala hem sanatta hem sporda hem de çeşitli alanlarda etkin görmek benim çok mutlu ediyor.

Başka neler yaptınız?

Baro evleri. O dönem çok kazanmayan, genç, çiçeği burnunda avukatlar için Yönetim Kurulu olarak toplandık ve onları taksitle ev sahibi etmenin bir yolunu aradık. Çekirge yolu üzerinde yıkılan binaları bilirsiniz. Onların arkasında temelini attık baro evlerinin. Hem birbirimize olan inancımız ve güvencimiz hem de dostlarımızın destekleriyle hakından geldik birçok şeyin. Bu arada Barolar Birliği'ni kurduk. Türkiye Barolar Birliği Delegeşi olarak 2 kez Ankara'ya gittik. 3. Kez gidişimde Barolar Birliği İdare Heyeti'ne girdim. Bu vesileyle bütün ülkeyi dolaştık. Sadece kendi ülkemizi değil farklı ülkeleri görme şansımız da oldu. Örneğin; 80'lerde Dünya Barolar Birliği'nden gelen davet ile Berlin'e gittik. Yine 80'lerde o zamana kadar tamamen siyah olan avukat cübbelerini Kadri Şankaya'nın da desteği ile değiştirdik. Ancak onun fabrikasında üretiliyordu bu tür kumaşlar. Bizi destekledi ve şu an bütün Türkiye'de kullanılan cübbeler ilk kez Bursa'da üretilmiş oldu.

Avukatlığı ne zaman, nasıl bıraktınız?

80'li yılların ortalarında bıraktım avukatlığı. Fiziksel nedenler, yaşlılık belirtileri neden oldu buna. Artık geri çekilmem, gençlere yol vermem gerektiğine inandım. Manevi olarak desteğimi hiç eksik etmedim, etmeyeceğim de. Baroda meslek hayatımın en renkli, en güzel yıllarını geçirdim. Hem üyeyken hem de başkanken. Ofisimden dışarı asla çıkmayan ve son nefesime kadar bende kalacak olan sırlarla dolu meslek hayatım. İnanmadığım hiçbir davayı almadım. Çünkü avukatlık kutsal bir meslek ve ancak inandıklarınızı savunabilirsiniz. Bugün genç avukatlara, avukat adaylarına baktığımda gözlerinin içi pırıl pırıl.

Umutlu bir gelecek bekliyor onları. Yeter ki inandıklarının peşini bırakmasınlar.



BİRLEŞMİŞ Milletler (BM) Yüksek Mülteci Komiserliği'nin yayınladığı son rapora göre dünya nüfusunun yüzde 1'ini oluşturan 79,5 milyon insan zorla evlerinden ve yurtlarından edilmiştir. Türkiye, zorla yerinden edilmiş 4 milyonu aşkın insana ev sahipliği yapmaktadır. Bu konuda ülkemiz dünyada birinci sıradadır. Ancak Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne koyduğu çekince sebebiyle, sadece Avrupa'dan gelen sığınmacılara mültecilik statüsü tanınmaktadır. Uluslararası ve geçici koruma statüsünde olan sığınmacıların Türkiye'de kalıcı bir korunma statüsü bulunmamaktadır. Bu durum başta sağlık hakkı olmak üzere birçok hakka erişim konusunda ciddi sorunlara yol açmaktadır.

Bunun yanı sıra geçtiğimiz mart ayında Türkiye-Yunanistan sınırında yaşananlar sırasına pek çok mülteci hayatını kaybetmiş, binlerce mülteci de hak ihlaline uğramıştır. Sınırdaki yaşanan bu insanlık dramının üstüne bütün dünyayı etkisi altına alan Covid-19 pandemisi, hassas ve kırılgan durumdaki mültecilerin durumunu daha da kötüleştirmiştir. Ülkemizde kayıt dışı istihdam edilen sığınmacılar ya çok uzun saatler düşük ücretle çalışmaya mecbur bırakılmış ya da hiçbir hakkı verilmeden işten çıkarılmışlardır. 6458

sayılı kanunda çalışma izni olmadan çalışma sınır dışı etme sebeplerinden biri olarak sayıldığı için hak ihlaline uğrayan mülteciler hukuki statülerini kaybetme veya sınır dışı edilme kaygısı ile herhangi bir şekilde yargı sürecine başvuramamaktadırlar. Bu durum hem ülkemizdeki kayıt dışı istihdam oranını arttırmakta hem de birçok mülteciyi kötü çalışma koşulları altında çalışmak zorunda bırakmaktadır. Gerekli yasal düzenlemeler yapılarak bu sorunun çözülmesi gerekmektedir.

Bursa Barosu olarak karşılaşılan her hak ihlalinde olduğu gibi mültecilere yönelik yapılan bütün hukuka aykırı uygulamaların ve hak ihlallerinin de karşısında olduğumuzu kamuoyuna duyuruyoruz. Yetkilileri de, ulusal mevzuatımızı, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere uyumlu hale getirilmesi için harekete geçmeye ve tüm devletler ile uluslararası kuruluşları; hak ihlallerini durdurmaya ve sorumluluklarını yerine getirmeye çağırıyoruz. Kimsenin zorla yerinden edilmediği günlerin gelmesini umut ediyoruz.

**BURSA BAROSU
MÜLTECİLER VE
YABANCILAR HUKUKU
KOMSİYONU**



74 BARO BAŞKANINDAN HATAY BAROSU BAŞKANI EKREM DÖNMEZ'E DESTEK, POLİSE TEPKİ

29 Temmuz 2020 tarihinde, kendisinden kimlik isteyen polislere işlemin dayanağını soran Hatay Baro Başkanımız Av. Ekrem Dönmez'in, yasaya, ahlaka ve insanlık onuruna aykırı bir şekilde gözaltına alınmasına tanıklık ettik. Bu tanıklığı ise yaşananların olay anında kaydedilmesi ve sosyal medyadan paylaşılmış olması mümkün kılmıştır. Olay sonrasında yapılan açıklamalar gösteriyor ki; Olay anına ilişkin görüntüler olmasa idi, türlü gerçek dışı tutanaklar bugün polis memurları tarafından kendi aralarında imzalanarak işleme konulacak ve medyaya servis edilecekti.

Nitekim yaşanan hukuk dışı olay görüntüler ile sabit ve bu kadar aleniyken bile, çeşitli yayın organlarınınca gerçek saptırılarak vatandaşa servis edilmekten geri kalınmamıştır. Hatay Baro Başkanımızın basın toplantısında değinmiş olduğu üzere, mevcut mevzuat gereğince; kolluk kuvvetlerinin yolda, kafede, lokantada sıradan bir vatandaşa durdurma işlemi yapması ve kimlik sorması için kanunun aradığı koşullar oluşmalıdır. Genel uygulama dışında kimlik sorabilmesi için, işlemi yapan polis memurunda o kişiye ilişkin makul bir şüphenin oluşması şarttır. Ailece halka açık bir işletmede yemekte olan başkanımıza karşı böyle bir şüphenin oluşmadığı açıktır.

KENDİLERİNİ DEVLET SANIYORLAR!

Genel bir uygulamanın mevcudiyeti halinde ise bu işleme dayanak bir karar bulunması şarttır. Video görüntülerinde sabit olduğu üzere, başkanımız da ısrarla ve sabırla polis memurlarına bu yasal dayanağı görmek istediğini belirtmektedir. Kolluk görevlileri ise kararı göstermek yerine; kendilerini devlet memuru değil de "devletin ta kendisi" olarak gördüklerini beyan ederek başkanımızı gözaltına almışlardır.

İBRET LİK AÇIKLAMA

Gözaltı işlemi sonrasında serbest bırakılan Hatay Baro Başkanımız, hukuksuz durdurma, kimlik sorma ve gözaltı işlemi yapan memurlar hakkında şikayette bulunmuş olup, soruşturma süreci tüm baro başkanlarımızca titizlikle takip edilecektir. Ne vahimdir ki, Hatay Emniyet Müdürünce başkanımıza geçmiş olsun denileceği yerde "ne vardı, kimliğini gösterseydin" şeklinde serzenişte bulunulmuştur. Yine Emniyet Genel Müdürlüğü'nün açıklaması da ibretliktir. EGM, yapılan hukuksuzluk için özür dileyeceğine, sahadaki polis memurunun olay günü sarf ettiği "biz devletizi!" sözüne adeta arka çıkmış; Anayasa ve kanunları yok sayarak, yapılan hukuksuz işleme kılıf uydurmak amacıyla olayla ilgisi dahi olmayan bir yönetmeliği işlemin ana unsuru olarak gösterebilmektedir.

BU CÜRETİ NEREDEN ALİYORLAR?

Hiçbir biçimde kabul edilemez nitelikteki

bu açıklamalar; kolluk güçlerinin hukuka aykırı davranışları sürdürmek konusundaki cüreti nereden aldıklarını göstermesi bakımından da ibretliktir.

BEN YAPTIM OLDU!

Tüm bu yaşananlar sonucunda; emniyet teşkilatı içinde Anayasamızda belirtilen ve Devletimizin temel nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti kavramına bağlılıktan çok, polis devleti gibi bir fiili oluşuma ve bunun getirdiği 'ben yaptım, oldu' anlayışına yönelindiğini bir kez daha müşahade etmiş olduk. Baro başkanları olarak bizler, yılmadan ve usanmadan polis devletinde değil, hukuk devletinde yaşadığımızı ve yapılan tüm hukuksuzlukların karşısında olduğumuzu bugüne kadar haykırdık ve haykırmaya da devam edeceğiz. Bu vesile ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nü ve tüm ilgilileri "biz devletiz" diyen kişinin hukuka aykırı tavrını görmezden gelen açıklamaları nedeni ile kınadığımızı belirterek; hukukun gereklerini yerine getirmeleri ve sorumluları derhal görevden alarak, haklarında soruşturma açmaları gerektiğini bildiriyoruz.

HER KOŞULDA YANINDAYIZ

Yaşanan olay nedeni ile avukat ya da baro başkanı olduğunu söylemeye gerek duymayarak sıradan bir vatandaşın kolluk kuvvetleri karşısında yaşadığı mağduriyeti resmeden ve vatandaşın haklarını öğrenmesine vesile olan Hatay Baro Başkanımız Av. Ekrem Dönmez'e teşekkür ediyor, her koşulda yanında olduğumuzu imzalarımız ile beyan ediyoruz.

- | | |
|---|--------------------------------|
| • Adana Barosu Başkanlığı | • Karabük Barosu Başkanlığı |
| • Adıyaman Barosu Başkanlığı | • Kars Barosu Başkanlığı |
| • Afyonkarahisar Barosu Başkanlığı | • Kastamonu Barosu Başkanlığı |
| • Ağrı Barosu Başkanlığı | • Kayseri Barosu Başkanlığı |
| • Amasya Barosu Başkanlığı | • Kırıkkale Barosu Başkanlığı |
| • Ankara Barosu Başkanlığı | • Kırklareli Barosu Başkanlığı |
| • Antalya Barosu Başkanlığı | • Kırşehir Barosu Başkanlığı |
| • Ardahan Barosu Başkanlığı | • Kilis Barosu Başkanlığı |
| • Aydın Barosu Başkanlığı | • Kocaeli Barosu Başkanlığı |
| • Artvin Barosu Başkanlığı | • Konya Barosu Başkanlığı |
| • Balıkesir Barosu Başkanlığı | • Kütahya Barosu Başkanlığı |
| • Bartın Barosu Başkanlığı | • Malatya Barosu Başkanlığı |
| • Batman Barosu Başkanlığı | • Manisa Barosu Başkanlığı |
| • Bilecik Barosu Başkanlığı | • Mardin Barosu Başkanlığı |
| • Bingöl Barosu Başkanlığı | • Mersin Barosu Başkanlığı |
| • Bitlis Barosu Başkanlığı | • Muğla Barosu Başkanlığı |
| • Bolu Barosu Başkanlığı | • Muş Barosu Başkanlığı |
| • Burdur Barosu Başkanlığı | • Nevşehir Barosu Başkanlığı |
| • Bursa Barosu Başkanlığı | • Niğde Barosu Başkanlığı |
| • Çanakkale Barosu Başkanlığı | • Ordu Barosu Başkanlığı |
| • Denizli Barosu Başkanlığı | • Osmaniye Barosu Başkanlığı |
| • Diyarbakır Barosu Başkanlığı | • Sakarya Barosu Başkanlığı |
| • Düzce Barosu Başkanlığı | • Samsun Barosu Başkanlığı |
| • Edirne Barosu Başkanlığı | • Siirt Barosu Başkanlığı |
| • Erzurum Barosu Başkanlığı | • Sinop Barosu Başkanlığı |
| • Eskişehir Barosu Başkanlığı | • Sivas Barosu Başkanlığı |
| • Gaziantep Barosu Başkanlığı | • Şanlıurfa Barosu Başkanlığı |
| • Giresun Barosu Başkanlığı | • Şırnak Barosu Başkanlığı |
| • Gümüşhane-Bayburt Bölge Barosu Başkanlığı | • Tekirdağ Barosu Başkanlığı |
| • Hakkari Barosu Başkanlığı | • Tokat Barosu Başkanlığı |
| • Isparta Barosu Başkanlığı | • Tunceli Barosu Başkanlığı |
| • İstanbul Barosu Başkanlığı | • Trabzon Barosu Başkanlığı |
| • İzmir Barosu Başkanlığı | • Uşak Barosu Başkanlığı |
| • Kahramanmaraş Barosu Başkanlığı | • Van Barosu Başkanlığı |
| | • Yalova Barosu Başkanlığı |
| | • Zonguldak Barosu Başkanlığı |

ONLINE CMK EĞİTİMİ

BURSA Barosu CMK Uygulama Merkezi eğitimleri, pandemi sebebiyle webinar yöntemiyle yapılmaya devam ediliyor. Aynı anda iki ayrı eğitim webinar oturumuyla 6 saat süren on-line bağlantıyla 96 avukata CMK sertifika eğitimi verildi.

Webinar (on-line seminer) eğitimini Bursa Barosu Başkan Yardımcısı, CMK eğitimcisi Av. Metin Öztosun, CMK Uygulama ve Koordinasyon Merkezi Başkanı Av. Türker Sarnık ile CMK eğitimcisi Av. Murat Özdemir tarafından verildi.



BAOB DEVİR TESLİM



BURSA Akademik Odalar Birliği dönem sözcülüğünü bir yıldır sürdüren Bursa Barosu, bayrağı Ziraat Mühendisleri Odası'na devretti. Bursa Barosu Başkanı Av. Gürkan Altun, sözcülüğü Ziraat Mühendisleri Odası Bursa Şubesi Başkanı Prof. Dr. Erkan Yaslıoğlu'na devretti. Yaslıoğlu, Altun'a plaket verirken devir teslim töreninde TMMOB İl Koordinasyon Kurulu Sekreteri Feridun Tetik ile Bursa Barosu Yönetim Kurulu Üyesi Av. Gonca Gülçin ve bazı meslek odalarının başkan ve temsilcileri de bulundu.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KOMİSYONU'NDAN 8 AYRI BAŞLIKTA 3 GÜN ATÖLYE ÇALIŞMASI

Bursa Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu'nca düzenlenen ve 7-9 Eylül tarihleri arasında 3 gün süren atölye çalışmaları, Nilüfer Cumhuriyet Mahallesi'ndeki FSN Park Bulvarı'nda gerçekleştirildi. Atölye çalışmalarının sonunda Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Metin Öztosun konuşmacı ve katılımcılara Bursa Barosu'nun sertifikasını verdi. Atölye çalışmalarında ele alınan konular ve konuşmacılar şöyledi:



- Basın çalışanlarına ilişkin ilgili mevzuatın Yargıtay kararları ve İş Kanunu ile karşılaştırması - Av. Ömer Vatansever, Av. Erhan Yaşbey, Av. Tuğçe Alsaç
- İş uyuşmazlıklarına ilişkin AYM'nin bireysel başvuru kararlarının irdelenmesi - Av. İsmail İşel, Av. Nisa Ören
- Tüm açılardan kayıt dışı çalışma - Av. Mert Can Çiçek
- Borçlar Kanunu kapsamında alan iş sözleşmesi tipleri ve 4857 Sayılı İş Kanunu ile karşılaştırması - Av. Selin Cıbrır, Av. Rümeysa Avcı
- 696 Sayılı KHK kapsamında kamuya geçirilen alt işveren işçilerinin hukuki durumu - Av. Sedat Gökdemir, Av. Yağmur Büyükuysal, Av. Atilla Bulut
- İş güvenliği işçi sağlığı mevzuatı, iş kazaları, tarafların hak ve sorumlulukları - Av. İrfan Koçak, Av. İrem Nur Korkusuz, Av. Tuğba Uyanık
- İş hukukunda mobbing - Av. Burak Giray, Av. Gizem Ramazanoğlu, Av. Berna Durgut
- Yargıtay iş hukuku dairelerinin 2020 yılı kararlarının değerlendirilmesi - Av. İsmail İşel

Bursa Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı Av. İsmail İşel, etkinliğin çok verimli geçtiğini ve dönemin son etkinliği olduğunu söyledi.



Av. Özgür Aksoy

Şiir Yarışması

BİRİNCİSİ

LUNİTA

*"Zindandakilere özenirim, gece sohbetlerine
Konuştukları hep zincir halkasıdır"*

*Seni düşünürüm Lunita
Güneşin konumundan bihaber
Suçu kati zalim yerine
Bir garip yiğit zindana girer*

Yurdun zindan arkasıdır

*Gözlerine özgürlüğü kaktım Lunita
Kırpıklarına hançer taktım
Şavkına kurban gitti seneler
Beni sorarsan eğer
Durmadan sana baktım Lunita
Durmadan sana baktım*

Giydiğin hannan hırkasıdır

*Binlerce ten tanıdım Lunita
Cansız lakin servetiyle muteber
Düşecekler ateşe birer birer
Adın topraktır senin
Düşülecekse bir yere eğer
Ben sana düşerim Lunita
Ben sana düşerim*

Uyduğun erkan fırkasıdır

*Bir sebebi olmalı Lunita
Sensizliğin bir sebebi olmalı
Adınla başlamalı efsaneler
Ölüm bir tanrı şarkısıdır
Britomartis, Santa Maria ya da Yoyesle beraber
Bu alemde göçtüysen eğer
Bir sebebi olmalı Lunita
Bilmeli yolunda canveren pervaneler*

Yokluğun peykan yarasıdır

*Bilir misin Lunita
Bilir misin galatimeshur nedir
Yanıp kül olmadan
An olup zamana dolmadan
Yaprakları dökülüp solmadan
Ve, ve Lunita'yı bulmadan
Seni seviyorum demektir
İşte budur asıl yalan*

Aşk hala balçıkla kan arasındır

*Tüm bunların üstüne sevdiğim
Bütün bunların üstüne
Bir meczubun söylediği gibi
"Sensizlik bir kıvılcım olabilir bazen"
Bir kıvılcım bir ateş
Bir ateş bir yangın
Bir yangın bir savaş
Bilinenle bilinmeyen arasında bir savaş
Özgürlükle esaret arasında bir savaş
Şafakla günbatımı arasında
Sorarsanız bu savaş kimin
Ya benimdir ya hepimizin*

Özgürlük, adaletle can arasındır.

Stj. Av. Kadir Çelik



Av. Özgür Aksoy

Şiir Yarışması

İKİNCİSİ

AY VURULMUŞ
DİYORLAR

Ay vurulmuş diyorlar
Kurşun sıkılmış birileri
Yasaklar başlamış şehirde
Adressiz bırakma geceyi
Kimlik soruyor polisler
Suç ortağı görülünce
Eski nizam sorgularda
Takvimlerden atılmış nisan

Bekleme mayısı
Gelincikler öldü ölecek
Belli vurgun yapacak haziran
Sular yanar belki
Yılkılarla gelir ay kıran
Bekleme diyorum mayısı
Gelincikler öldü ölecek...

Av. Temindar
HASANHANOĞLU



Av. Özgür Aksoy

Şiir Yarışması

ÜÇÜNCÜSÜ

TORNA VE TİĞ

Baba Kampanyadan nasipsiz
Lakin karşılıyor reçetenin yeşilini,
gri bir duvar apoletlisi.
Sosyal güvenlik kurumunun yalnızlığını
giderdiği olmamıştır hiç
Vergilerim en ihtiyaç duyduğum anda merhaba
ile çıkagelebilecek mi?
Beklediğim de olmadı hiç.
Müessese ikramıdır dereceli gözlükler eğer,
Yapışıyorsa avuçların, alnından yağ akan bir torna aletine.
Promosyona avunan kız kardeş
Yedek düğme değerlendirme hayalinde bir anne
Anne ki, ekonomik bağımsızlığı yazma örtünür.
Katarakt, bir ters bir yüz nakış ile gelir.
Sırtını lifler iktisatın ve ayağına sarı sarı patikler.
İşte yine, sıradan bir milenyumda
İncir çekirdeği dolduran planlı bir aile.
Ve çelimsiz çocuklar...

Terazi kollu yoğurtçular ardışık bakraçlardan mı satıyorlardı?
Bir kefe neden ağır ağır basmıyordu mesai bitimi?
Bir adamın omuzlarında dünya dengesini kuruyorduk
Sorularım Atlas'ın bel fıtığı üzerinedir
Boğa ile güreştiriyorum simitçileri
Sizin dünyanız tepsi değil diyen kandili anıyorum
Sen söyle şimdi bir kilo susam mı ağır bir kilo dünya mı?

Av. Yasir Cihat Yalın



Av. Cengiz Göral

Makale Yarışması

BİRİNCİSİ

MAKALE

İNSAN HAKLARI VE HUKUK DEVLETİNDE BÜYÜK GERİ SİÇRAYIŞ: OHAL İLE KALICILAŞAN DÜŞMAN CEZA HUKUKU REJİMİ VE ALTERNATİF BİR YAKLAŞIM DENEMESİ: “PERFORMATİF HUKUK”

Av. Doğan ERKAN

Özet: Bu bildiri, OHAL ile Ceza Hukukunun “Yurttaş” hukukundan “Düşman Ceza Hukuku”na Dönüştüğünü, Hukuk Devleti taahhüdünün terk edildiğini anlatmaya çalışmakta ve bunun Yeni Dünya Düzeninin küresel bir revizyonu olduğunu ortaya koyarak, 11 Eylül ile birlikte yeniden inşa edilen Düşman Ceza Hukukunun politik, felsefi ve hukukpratik temellerini göstermektedir. Bir alternatif önerme olarak Performatif Hukuk kavramını ortaya atan bildiri, “toplumsal gerçeklik” ile “norm” ilişkiseliliğini yeniden tanımlamaya çalışmakta ve bu önermesinin Diyalektik Hukuk perspektifindeki bağlamlarını öne sürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hal, İstisna Hali, Düşman Ceza Hukuku, Ceza Normu, Performatif Hukuk, Diyalektik Hukuk

Birey ile devlet arasındaki ilişkiler ve karşılıklı hak ve ödevler arasındaki göreceli denge sorunu, bugüne değin “ceza hukuku” diye nitelendirilen hukuk dalında, çarpıcı biçimde ortaya çıkar. Gerçekten bu hukuk dalının çerçevesinde birey, bir yandan kendi bağımlılığının en belirgin anlatımını bulurken, devlet de öte yandan kendi istenç (irade ve gücünü benimsetmek için, en etkili araçların arayışı içindedir (Gramatica, 2005:33).

Burada her şeyden önce, hukuksal olmaktan çok, siyasal alanda etkin olan evrensel bir eylemin değerlendirmesini yapmak daha tutarlı olacaktır (34).

Bu alanda, yani birey ile devlet arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ya da yetkin bir dengenin araştırılıp kurulması kaygısı, yüzyıllardan beri düşünürleri, hukukçuları ve siyasacıları, ilkin bu sorun üzerinde durmaya zorlamıştır. Bir başka deyişle, devlet gücünün en çarpıcı anlatımı olan “cezalandırma hakkı” ve bu doğrultudaki “ceza” kavramı, bunun sonucu olarak da toplumsal iradeye, yani yasal metinlerin buyruklarına karşı işlenmiş suçlar nedeniyle ortaya “cezai sorumluluk” ilkesi üzerinde insanları kafa yormaya itmiştir (34).

Toplum savunması, insan ve toplumsal varlık olarak bir kez bireyde yoğunlaşmaya görsün; artık bugün olduğu gibi, ceza yaptırımı sonucuyla sınırlandırılmaz. O artık çok daha iyi ve çok daha akılcı olarak, toplum savunmasıyla birlikte suç öznesinin iyileştirilmesine, topluma dönmesine ve özellikle bireyi topluma karşı kıskırtmış olan nedenlerin önlenmesine yönelik olmak zorundadır (37).

Filippo Gramatica, 1961 yılında yukarıdaki görüşlerin kaynağı olan “Toplumsal Savunma İlkeleri” isimli eserini yayımladığında, Kara Avrupası ekolü içinde büyük ses getirmişti. Bir iyimser ceza hukukçusu olarak Gramatica, 90’ların sonlarına ve belki 2000’lerin başlarına kadar hakim olduğu söylenebilecek liberalize edilmiş ceza hukuku politikasının köşe taşlarını buradan kurmuştu: Bireyin topluma

karşıtlığının sebeplerinin ortadan kaldırılması odaklı “toplumsal savunma” ceza hukuku ideali. “Bireysel ve toplumsal genel iyiliğin-erincin etkinliğine ulaşmak için “toplum yaşamına karşıtlığa” karşı eski savaşımı aşan “Toplumsal savunma politikasının” en geniş anlayışını saptamak yolundaki önerimiz iyiden iyiye doğrulanmaktadır” diyordu idealini ortaya koyarken (461).

Hukukta liberalleşmeye açılım sağlayan bu toplumsal savunma ceza hukuku, liberalizasyonun başlangıç momentini için tarihsel imkan bulduğu İkinci Paylaşım Savaşı nihayetinde Faşizm yenilgisinden sonraki inşa sürecinde iki konjonktürel kırılma yaşadı: Bunların ilki analitik hukuk karşısında “emekçi sınıf” eksenli, insanın eylemli doğası (Praksis) alternatifini koyarak, burjuva hukukunun liberalleşme dinamiklerini ileri doğru zorlayan bir karşı devrim olarak Sovyetler Birliği’nin yıkılması ve tek kutuplu dünya hegemonyasının açılışı; ikincisi ise burjuva hukukunun kendi taahhüdünün reddiyesine sebep olan 11 Eylül...

“11 Eylül saldırılarından sonra, 19. Yüzyıl ile start alan “hukuk devleti” hülyasının terki 1990’larda tek kutuplaşan ve yakın “tehdit”ini yitiren Batı’nın “küreselleşme” yönelimiyle başladı. Hukuk devleti taahhüdünün parçası olan toplumsal haklar/ toplumun hakları, sermayenin merkezileşmesi önünde bürokratik bir engele dönüşmeye başlamıştı. Ancak batı egemenlerine yeni bir dönüşüm enstrümanı olacak politik düşman ve fırsat gerekiyordu, bulundu: 11 Eylül saldırısı... ABD bu süreçte tüm ceza usul hukukunu ve terör hukukunu değiştirdi. “Patriot Act” paketiyle hak ve özgürlükler askıya alındı, polisin, CIA’nın ve FBI’nın yetkileri olağanüstü hale getirildi, 200 bin kişi “terör bağlantısı” sebebiyle izlenmeye ve dinlenmeye başlandı. Terör bağlantısı (bizdeki daha sofistike karşılığı terör iltisakı

olmuştu) kavramı ABD’de ilk kez geliştirildi. Bu bağ, doğrudan terör örgütleriyle ilişkili olan süjelere tedbir alınmasından çok daha geniş bir halka içinde, bu süjelerle herhangi bir biçimde irtibatı olan kişilerin de takibine imkân veriyordu. Örneğin Müslümanların yaşadığı bir mahallede, El Kaide bağlantısından şüphelenilen bir bakkal dükkanından alışveriş yapan diğer mahalleli Müslümanlar da bu “bağlantı” kategorisine girebiliyordu. Bu 200 bin kişinin tüm elektronik haberleşmelerinin takibine dayanan yeni adli rejim, istihbarat sistemiyle iç içe ve esasen onun bir parçasıydı artık. Adli rejim, bir siyasal istihbarat rejimine dönüşmüştü. Avrupa El-Kaide saldırıları ve sonrasında IŞİD saldırılarıyla bu sarkaç Avrupa ülkelerine sırayla uyarlandı” (Erkan, 2018:423-424).

Bu süreci, 11 Eylül minvalli ABD güvenlik hukukuna geçiş dinamiklerini ve bunun zorlayıcı yansımasıyla Avrupa OHAL’lerine uygulanışını etüt eden Jane Claude Paye, Türkiye 15 Temmuz OHAL’i örneğinden önce anlatmıştı. Şöyle demişti: İlk terörle mücadele yasaları siyasal alandan şiddet eylemlerinin bütününe dışlamaya izin verirken daha yeni yasalar daha çok siyasal alanı tekrardan tanımlarlar. Terör olarak belirlenen eylemlerdeki siyasal karakter aksine alınan önlemlerin özgürlükleri öldürücü doğasını haklı gösterir. Fakat bu eylemler toplumsal talepleri taşıdıklarından değil, devletin istikrarını bozmaya yatkın oldukları için böyle tanımlanırlar. Siyaset, iktidarın siyasal örgütlenmesine indirgenir. İktidar kendisini yine kendisine göre tanımlar ve kendisinden kısmi olarak dışarıda olanların tüm siyasal ifadelerini inkâr eder (Paye, 2009: 116). Böylece halkın siyaset yapması yahut iktidarın siyasal programı dışında bir siyaset yapılması doğrudan veya dolaylı olarak engellenir. Yeni Dünya Düzeni’nin, yukarıda bahsedilen iki tarihsel kırılma momentini öncesindeki “hukuk

devleti” taahhüdünden ve bu taahhüdün ceza hukukundaki açılımı olan “toplumsal savunma” perspektifinden, özellikle 11 Eylül momentinden sonra vazgeçerek, “olağanüstü yönetim sistemi”ne ve “düşman ceza hukuku”na geçiş yaptığını anlatmaya çalışıyoruz. “Batı” iktidarının bu geçişi, buna ayrıksı gibi görünen, gerçekte ise tümel programın parçası olan Türkiye uzvunda aynı minvalle sağlanmıştır. Bu tezimizi somut olarak OHAL ceza usul değişiklikleri üzerinden, pozitif hukuk revizelerini göstermek yoluyla daha önce de ortaya koymaya çalışmış, tüm OHAL KHK değişiklikleri üzerinden ceza usul hukuku değişimiyle yeni bir devlet siyasası, güvenlikçi devlet kuruluşunu anlatmayı denemiştik (Erkan, 375-433). Makalenin Ankara Barosu Dergisinde yayımlanmasından sonra da, OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi isimli kitabımızın son basısına “OHAL İle Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi” başlığıyla eklemiştik (Erkan, 2019).

Bu kez aynı izleri; esasen OHAL hukukuyla da birbirinin geliştirici olan “Düşman Ceza Hukuku”na geçiş tezimizi ortaya koymak üzere yeniden –ve bir oranda daha kuramsal çerçeve kazandırarak - takip etmek muradındayız. Böylece “istisna hali”nin “kural” haline dönüştüğünü ortaya koymayı amaçlamaktayız.

“-Batman’i kim atadı?

-Biz atadık. Şehrimizi o pisliklerin ele geçirmesine izin veren herkes.

-Ancak burası demokrasi Harvey.

- Demokrasi tehlikeye girince Romalılar demokrasiyi askıya alır ve bir kişinin şehri koruması için yetki verirdi”

[Savcı, Batman’ın neden yasal ve meşru olduğunu anlatıyor, The Dark Knight, Film, 2008]

HUKUK, KİMİN ÜRÜNÜDÜR?

Bu ara tespite – esasa ilişkin ve çetrefilli bir tartışmaya tekabül etmekle birlikte bu yazının bağlamında ara aşamada kalan

tespite – girmeden güncel soruna geçmek bilimsel metodolojiye uygun olmama riski taşıdığından, kısaca değinmeyi gereksindik. Gerek normatif/analitik hukuk ekolünün; gerekse öncesinde Pound, sonrasında Fuller ile rönesans yaşayan (Cotterrell, 2018: 197-206) ve ceza hukuku alanında Gramatica ile kendisini devam ettiren çağdaş doğal hukuk ekolünün bu soruya verdiği yanıtların, gerçek toplumsal ilişkiyi tarif etmediği düşüncemizi ifade etmemiz gerekir.

Normativistlerin (pozitif hukuk) otoritesi Kelsen’le birlikte hukukun sosyolojik bağının reddiyesi üzerine kurulan ekolü, YDD hukukpolitik rejimini de, onun dizgesindeki değişimi izlemeye olanaklı araçları da, teknik indirgemecilikle ve ustalıkla örterken; en doğrudan pozitif hukukçu Austin “hukuk bir iktidar faaliyetidir” tanımıyla bile (95) bunun meşrulaştırılmasıyla ilgilenmektedir: “hukuk politik üstler tarafından, politik astlara yönelik çıkarılmış kurallardır (95).

Hukuk ve sosyoloji, hukuk ve etik bağlarını kurmaya çalışan ve bunu doğal hukuk kategorisi içinde fakat bu “doğal”lığı tarihsel öncüllerinden farklı olarak totaliterci homojenlik dışında yorumlamaya gayret eden Pound, Fuller, Neumann ve takipçileri dahi; Düşman Ceza hukukunun karşısındaki tutumlarına rağmen, doğal hukukun toplumdaki eşitsizlikleri eşit gösterme mistifikasyonunu (Yelkenci, 2013:365) aralamayı başaramamışlardır. Kısacası “doğal hukuk, yoksulluktan türeyen radikal talepler söz konusu olduğunda, devlet mantığıyla hiçbir zoru olmadığını, dahası onunla uyum içinde bulunduğunu gösterir” (13).

Toplumsal, gerçekte tarihsel pozisyonları, çıkarları ve “hukuk”ları zıt olan sınıflardan oluştuğu gerçeği üzerinden kurulan – ve halen kurulmakta olan – Marksist devlet ve hukuk

teorisinin takipçileri Engels-Lenin-Pashukanis-Stucka-Gramsci-Althusser-Poulantzas önermeleri ise devlet-iktidar-hukuk-toplum ilişkilerine dair daha güçlü, daha gerçekçi başlıklar ve imkanlar sunmaktadır.

Stucka’ya göre “hukuk, egemen sınıfın çıkarlarıyla örtüşen ve onun sistematik şiddetini/iktidarını muhafaza eden bir toplumsal ilişkiler sistemi ya da düzenidir (akt: Yelkenci, 89).

Bu görüşe göre bir iktidar politik tekniği olarak hukuk, hem devletin “baskı aygıtı” hem de “ideolojik aygıtı”dır (Althusser). Bu aygıt hem “zor” hem “rıza” örgütler (Gramsci). Althusser böylece “işçi sınıfının egemen ideolojiye itaatının yeniden üretiminin garantiye alın”diğini savunur (265).

Erken dönem ve geç dönemlerdeki yaklaşım farklılaşmalarına rağmen Poulantzas da paradigmatik olarak bu düşünceyi takip eder ve pratik bazı imkanlar arar. Hukuku “güç ilişkilerinin maddileşmiş yoğunlaşmasının aygıtları” olarak tanımlar (82).

“Özerk” istisna anları/alanları tartışması ise yine bu yazı sınırlarında ele alınamayacak oranda geniş bir tartışmadır. Kanaatimizi ifade etmek gerekirse, belirlenimci genel teoriyi kabul etmekle birlikte, görece özerk kimi “hukuksal” anları ya da sınıflar arası denge kuran istisnai “ortak alan”ları gösteren hukuksal kategorileri, ve “hukuk içi kazanımları” reddetmediğimizi ifade etmeliyiz.

Bu ara tespitimizin amacı, 2000’ler sonrası “Düşman Ceza Hukuku”na büyük geri sıçramadan önceki burjuva devlet hukukunun en liberal halinin dahi, mistik ve örtük olarak sınıf düşmanlarına karşı korunma ve ideolojik/politik iktidar kurma aracı olduğu, hatta iktidarın ideolojisinin ana taşıyıcısı olarak kurumlara ve usullere

kavuşturulan bir formasyon olduğunu kabul etmemize rağmen; artık başka bir “yeni” olgu-durumu göstermeye odaklandığımızı söylemektir: Düşman Ceza Hukuku, Burjuva Devlet Hukuku’nun dahi taahhütlerinin ve egemen sınıf blokajında da olsa “adil” yargılama ve “yurttaş” yargılanması usullerinin geri alınmasıdır. Bu yalnızca bir nicelik farkı değil, bir nitelik farkıdır. Bu tezimizi argümanlarıyla anlatmaya çalışacağız.

DÜŞMAN CEZA HUKUKU

20. YY “Çağdaş Hukuk” arayışı; hukuku bir teknik forma indirgemiş Carl Schmitt öncüllü ceza hukukunun özellikle Nazizm deneyiminden sonra reddiyesiyle, hukuk koyucu olarak egemenin iradesini (voluntas), ratio (akıl) ve ilkeler ile sınırlayan bir irade –yine egemenin iradesi de olsa – biçimine kavuşturma çabasıdır (Karadağ, 2018:1-10).

Modern devlet, normal suç fiili söz konusu olduğunda, onu yok edilmesi gereken bir düşman değil, davranışlarıyla normun geçerliliğini zedeleyen ve verdiği zararı ceza (zor) yoluyla telafi etmeye çalışan bir kişi olarak görür (Jakobs, 2008:496, akt: Şanlı, 2019:92-93).

Hukuk devleti çerçevesinde ceza hukuku bireylerin kontrol altında tutulması için bir araçtı. Bugün ise toplumsalın parçalanmasının bir aracı olarak siyaseti içeriden yeniden yapılandırır. Günümüz devletin ceza hukuku politikaları organize bir sosyal güç üzerine değil ‘yüksek-riskli gruplar’ üzerine odaklanır. Devamlı olarak, tekrardan tanımlanan potansiyel bir düşmana karşı gerçek bir savaş yaratır (Paye, 225-226).

Olağanüstü usulün üstünlüğü, hukukta bir değişikliğe sebep olur. Bu değişiklikte devlet, toplumu oluşturur ve sürekli olarak toplum ile onun dışı arasındaki sınırı tekrardan tanımlar. Terörle mücadele, hukukun askıya alınmasını gerektirir ve yeni bir

hukuk düzeni yaratırken aynı zamanda maddi ve formel olarak savaşılabilecek düşmanı da üretir. Hukuk düzeninin adaptasyonu sıkıyönetimde olduğu gibi sisteminin dışında bir tehdidi değil, sistemin kendisinin içinden bir düşman hedefler. Araçlarla amaçlar arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesine tanık oluyoruz. Terör örgütünün düşman olarak belirlenmesi onu, hukuki ve siyasi düzenleri değiştirmek için bir araç haline dönüştürür. Siyaseti kendi sureti ile kuran iktidarın kendisidir (244).

Düşman ceza hukuku kavram ve kuramsallaştırmasının 11 Eylül konjonktüründe rekonstrüksiyoncusu olan Jakobs, düşman ceza hukuku kavramının anlam kötüleştirici bir yanı bulunmadığını savunur (Şanlı, 43).

Schmitt'in dost-düşman ayrımını form olarak hukuk içinde tanımlamaya çalışan ve hukuku bir desizyonizme (egemenin kararına) indirgeyen yaklaşımı yarım kalan hukuk sistematiğini Jakobs ile tamamlamıştır. Yurttaşlar ve düşmanlar için iki ayrı ceza hukukunun yaratılmasının temeli Schmitt ise, Schmitt'in kuramının "istisna hali"ni hukuki bir bağlama yerleştirme amacını (Agamben, 2006:44) tamamlayanın Jakobs olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Ceza hukukunda bu tür bir değişim aracılığıyla yapılmak istenen şey, halkın egemenliği ile devlet egemenliği arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesi, yeni bir siyasal rejim ve örgütlenme yaratılmasıdır (Paye, 222-224).

Bu süreç aynı zamanda otoriter bir devletin gelişimi ve yurttaşları daha az özgür kılan bir "içgüvenlik devletin" de tesisi sürecidir (Chossudovsky, 2010: 49, 51; akt: Şanlı, 72).

Sürekli değişen bir düşmana karşı yapılan uzun soluklu savaş, bu savaşla biçimlenen kalıcı bir hükümet tipi yaratır. Yeni siyasal rejimin temeli, kalıcı bir olağanüstü

durumdur ve bu aynı zamanda yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması anlamına gelir (Paye, 220-229).

Jakobs, toplum düzenine ilkesel ve aktif biçimde karşı olanlara düşman ceza hukuku uygulanmasını savunur. Kuramında "toplum düzeni" dediği şeyin muhtevasına dair bir netlik koymasa da, bu muğlaklığın Jakobs'un öncülleri olan formel toplumsal sözleşmecilerden ve toplumu temsil etme ve karar verme yetisini -kapsayıcı olduğunu tahayyül ettiği- iktidarda bulan desizyonizmin kurucusu Hobbes'dan beri sürdüğünü söylemeliyiz. Peki kimdir bu "düşman"lar? Jakobs'a göre düşman ceza hukukunun yöneldiği ilkesel muhalifler "teröristler"dir. "Tutumumu gereği ilkesel ve aktif karşıtlık içinde olanlar"dan anlaşılması gereken teröristlerdir." (Jakobs, 523; akt:Şanlı, 99)

DÜŞMAN CEZA HUKUKUNDA "YURTTAŞ" YERİNİ "KİŞİ"YE BIRAKIR

"Yurttaş-düşman" ayrımı, düşman ceza hukuku çerçevesinin diğer tüm temalarını ve uygulama araçlarını kendisine bağlayan, onları temellleyen, teorinin üzerine yükseldiği bir "ayırma tezi" (Bung, 2008:595, akt: Şanlı, 83) olarak ortaya çıkar. Bu ayırım teorisinin en esaslı noktasıdır (83).

Normal suçlulukta fail ile halen bir iletişim söz konusudur. Ancak tehlikeli bireyde iletişim yerini tehlikeyle mücadeleye, yurttaş ceza hukuku da yerini düşman ceza hukukuna terk eder (Jakobs, 490).

Artık geçmiş eylemlerin cezalandırılmasından daha çok, gelecek (tehlikeli eylemlerin) önlenmesi ve bu eylemlerin yaratacağı tehlikelilikten korunma söz konusudur.

Devlet, hukuki ve kuralına uygun biçimde HAKLARI UYGULAMADAN KALDIRIR ve bu kişilere SAVAŞ AÇAR (500-504).

Sonuç olarak gerek maddi,

gerekse usuli anlamda ceza hukuku "düşmana karşı savaş" düşüncesinin bir aracı ve bu düşüncenin bir sonucu olarak anlam kazanır (Şanlı, 105). Hukuku düşman düşüncesinin bir parçası kılmakla, hukukun anlam ve sınırları ile ilgili oluşan sorun, düşman ceza hukukunun da kurallar yoluyla yürütülmesidir. Buradaki "hukuk" vurgusu "düşmanların haklarını ortadan kaldırma amacına odaklanan bir 'hukuk'a yöneliktir (108). Yani bir hukuksuzluk "hukuku"...

Düşman ile savaş, düşmanın İHRAÇ EDİLMESİ olgusuna dayanmakla, normal ceza sürecinden farklıdır ve mahkumun hak sahibi olduğu bir süreç değildir (Jakobs, 505). Bu hukukun sınırı, düşmana karşı uygulanma ve düşmanı ihraç etme amacının getirdiği doğal bir istisnailik ve süreksizliktir.

DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN USUL HUKUKU

Jakobs'a göre düşman ceza hukuku, yargılama usulü bakımından da aynen geçerli olmalıdır. Tehlikenin bertaraf edilmesi amacı, usul hukukunun da amacı olmalıdır (Şanlı, 123).

Normal suçlulukta ilke olan şüphelinin yargılama sürecine katılması durumu, tehlikeli kimse olduğunda bütünüyle kalkar. TÜM USULİ GÜVENCELER ORTADAN KALKAR (Jakobs, 505; akt: Şanlı, 124).

Jakobs'un önerdiği düşman ceza usul hukuku yöntemlerine örnekler:

- İletişimin denetlenmesi
- Gizli gözlem usulleri
- Gizli soruşturmacı görevlendirme
- Müdafî ile görüşmenin ve müdafîyle iletişimin engellenmesi (Şanlı, 124-125).

Şanlı, benzer yöntemleri Gasser'den alıntıyla bir başka kategoride daha sayar:

- Polis gözetimini sıklaştırmak
- İnsanlık dışı muameleye ve

hatta işkenceye varacak daha kuvvetli sorgu yöntemlerinin benimsenmesi

- Teröristlerin adil yargılanma hakkının kısıtlanması
- Savunma hakkının sınırlandırılması
- Masumiyet karinesini yürürlükten kaldırmaya eşdeğer nitelikte tedbirlere başvurulması (Gasser, 2008:117-118; akt: Şanlı, 65)

Tam bu noktada, yukarıda atıf yaptığımız makalemizde yayımladığımız (Erkan, 2018 içinde 412-416) ve bir kitapçığını Ankara Barosu Toplumsal Davalar ve Hukuk Araştırmaları Merkezi olarak yayımladığımız ceza usul kanununu kalıcı olarak değiştiren OHAL KHK'larından bazılarını kısaca değinmek, bağlamı doğrudan kurmayı sağlayacaktır:

- Anayasal suçlar ve terör suçlarına özgü tutuklama süresinin 684 sayılı OHAL KHK'sıyla uzatılması
- El konulan malvarlığına kayyım atanmasını düzenleyen 674 sayılı OHAL KHK'sı
- Gizli soruşturmacının mahkemede sanık ve müdafisi olmadan dinlenilmesine dair düzenleme getiren 694 sayılı OHAL KHK'sı
- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından duruşmada 3 avukat sınırlaması getiren 676 sayılı OHAL KHK'sının 1. Maddesi
- Hakkında örgüt suçlarından soruşturma bulunan avukatın, başka bir örgüt suçu şüphelisi veya sanığının müdafiliğinden yasaklanmasını düzenleyen 676 sayılı OHAL KHK'sının 2. Maddesi (CMK 151/3 bendini değiştiren ve 7070 sayılı kanunla yasanan bu hüküm geçtiğimiz günlerde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir)
- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda 24 saat avukatla görüş yasağı getirilmesini düzenleyen 676 sayılı OHAL KHK'sının 3. Maddesi
- Sanık müdafisi tarafından

duruşmada hazır edilen tanık ve bilirkişinin dinlenmesi kuralını ortadan kaldıran 676 sayılı OHAL KHK'sının 4. Maddesi

- Müdafisiz duruşma yapmayı – zorunlu müdafisi de olsa – olanaklı kılan 676 sayılı OHAL KHK'sının 5. Maddesi
- Aynı yöndeki 696 sayılı OHAL KHK'sının 96. Maddesi
- 696 sayılı OHAL KHK'sının 147. Maddesi ile, sanık ve müdafisini birlikte savunma yapmaktan alıkoyan SEGBİS yönteminin genişletilmesi
- 696 sayılı OHAL KHK'sının 97. Maddesiyle, duruşmada okunarak aleniyet kazandırılması gereken belgelerin okunmamasına olanak getirilmesi
- 694 sayılı OHAL KHK'sı ile sanığın söz hakkının kaldırılması, müdafisiz bırakılmasına olanak sağlanması
- Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikle gözaltı süresinin uzatılması.
- Benzer kısıtlamaları İstinaf ve Temyiz aşamalarına da getiren diğer maddeler...

Tüm bu düzenlemeler OHAL KHK'lariyle sınırlı kalmayıp, CEZA USUL YASASI İÇİNDE KALICI DEĞİŞİKLİK YAPAN MADDELER...

Yukarıdaki anlatımlarımızdan sonra tüm bu tedbirlerin düşman ceza usul hukuku tedbirleri olduğunda tereddüt yoktur.

Düşman ceza hukukunun maddi boyutu olarak "terör" isnadının ise, Cumhuriyet gazetesi yazarlarından, Sözcü gazetesi yazarlarına, milletvekilleri ve belediye başkanlarına, öğrencilere, kadın eylemcilere, havaalanı işçilerine, döviz artışlarının sebebini siyasal iktidara bağlayanlara, intihar haberlerini ve yoksulluk haberlerini yapanlara, cumhurbaşkanını eleştirenlere, iktidarın savaş politikalarını eleştirenlere, barış talep eden akademisyenlere, bazı banka müşterilerine, bazı okulların

ve dershanelerin sadece öğrencisi oldukları için bu öğrencilere, askerlere, öğretmenlere atfedildiği siyasi davaları düşünerek okuyucu kendisi belirginleştirebilecektir.

Kalıcı olarak yasal düzende değişiklik yapan OHAL'in, yukarıdaki düzenlemelerle, kalıcı bir Düşman Ceza Hukuku yerleşikleştiğini söylemek de bağlamın doğrudan sonucu olmaktadır.

Bu, "istisna"nın "kural" olmasıdır. Paye'nin tespit ettiği gibi kurulan artık yeni bir siyasal rejimdir. Halkın egemenliği yerine devletin egemenliğinin geçirilmesidir.

Böylece terör suçları önlemleri, hukukun üstünlüğünün yıkılması için bir mazeret olarak kullanılmaktadır (Melia, 2017:126).

Ve Yeni Dünya Düzeni'nin "yeni düşman ceza hukuku" bize içinde yaşadığımız olağanüstü halin gerçekte kural olduğunu öğretmektedir (Benjamin Walter).

Yeniden "olağan hukuk"a, "hukuk devleti" tahhüdüne dönmek mi? Bu hülya politik araçlar tartışması yapılmadan salt hukuk akımları üzerinden yürütülemez haldedir.

Elbette "başka bir hukuk", "başka bir dünya"da yaratılacaktır.

Ve fakat, hukuksal mücadele imkanları da vardır, dahası yaratılmalıdır. Bu noktaya son bağlamda döneceğiz.

ALT BAŞLIK ve BİR YENİ ÖNERİ: NORMATİVİZM ELEŞTİRİSİ VE HUKUKA PERFORMATİF BAKMAK (Ceza Hukuku İdeolojisinin Anlatısı "Suçlu"ya Uygulanan Hukuktur)

Devlet-İktidar-Hukuk-Norm dizgesini, tüm toplumsal bağamlarına gözlerini kapatan ve ölü bir form/formlar haline getiren "Saf Hukuk" teorisinin, hakikati dahi normla açıklaması ve devlet

kutsaması Jacobs'u da etkilemiştir.

Şöyle demiştir Jakobs: "işte tam da bu sebeple 20. yüzyılın büyük normativisti Hans Kelsen, devleti, normların müşterek hiyerarşisi olarak yorumladı. Buna göre, sadece mutlak olarak müessir bir anayasa ve bu anayasaya uygunluk içinde türemiş mutlak olarak müessir olan bir zor düzeni temel norm olarak ele alınabilir. Öyleyse Kelsen'e göre, bu anılan etkili olma olgusu haricinde geçerli normatif bir ilişkiden bahsedebilmek mümkün değildir. Örneğin şu anda biri diğerinden daha isabetli temellendirilmiş milyonlarca farklı biçimde ve karşılıklı norm ilişkisi tasavvur edilebilir, ama bunlar sadece düşünce oyunu olacaktır. Buna karşın gerçek devlet ve gerçek hukuk toplumsal hayatta hakikate dönüşerek, sadece düşünsel bir olgu olmaktan çıkar" (Jakobs, 2008:512-513).

Jakobs'un bu noktadan şu kurala varması kendi içinde anlaşılır olmaktadır: "normun ihlali söz konusu olduğunda, bu normun değil, suçlunun davranışının hatalı olduğunu ifade eder."

Peki ya Kelsen'de ve Jakobs'da gerçekleşmeyeceği varsayılan ve bu varsayımla kutsanan o soyut ve ilahi "Norm" hatalıysa? Bu sorunun cevabına döneceğiz ancak bir başka bağlama daha ihtiyacımız var...

Jakobs bir aktarma da Luhmann'dan yapar ve şöyle der: "Toplumsal gerçekliğin ne olduğuna bir tikel parçacık olan suçlu değil, toplumun bizatihi kendisi karar verir." (Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, akt: Jakobs, 2008:513)

Bu iddiayı hukuksosyolojik ve hukukpolitik manada karşılayacaksa, "toplumsal gerçek"liği belirli bir anda kendi gerçekliği üzerinden tanımlayan ve kendini gerçekliğini blok/hegemonya kurarak "toplumun gerçekliği" olarak gösteren, dayatan ve ne olduğuna "karar

veren" toplumun kendisi değil; toplumu içindeki egemen sınıfın siyasal erkidir. Öncelikle bu itirazı düşelim.

Peki kendini "toplumsallık" ardına gizleyen egemen sınıfın anlattığı "toplumsal gerçeklik" hikayesi statik midir? Bu aşamada, dilbilimsel bir kavrama ve bunun hukuk alanına taşınmasına ihtiyacımız olacak: Performatiflik... Performatiflik ya da edimsellik terimi yirminci yüzyılın önemli dil felsefecilerinden biri olan J. L. Austin'e aittir. Terim, icra etmek, gerçekleştirmek, sahnelemek gibi anlamlara gelen 'to perform' fiilinden türetilmiştir. Austin'e göre performatif tümceler, bir şey "betimlemez" ya da "aktarmazlar", "doğru" ya da "yanlış" olmazlar; performatif bir tümceyi sözcelemek, eylemde bulunmaktır (Austin, 2009: 42, akt: Oralgöl, 2016:52). Başlangıçta bir dil kavramı olarak ortaya atılan performatif/lik kavramı, 1960'lı yıllardan itibaren sanat, antropoloji, sosyoloji, iktisat, yeni kültür tarihi (New Cultural History), feminizm gibi birçok alanda kullanılan disiplinler arası bir terim haline gelmiştir (Burke, 2008: 108, akt: Oralgöl,52). Performatif/lik, dil, sanat, bilim, gündelik hayat gibi farklı alanlarda edimde bulunarak, toplumsal gerçekliği temsil etmekten (representation) çok inşa ettiğimizi (construction) öne sürmektedir (52).

Yani "toplumsal gerçeklik" durağan/statik bir durum değil, sürekli yeniden inşa edilen performatif bir durumdur. Onu temsil etmekten çok inşa ederiz.

Bu hareket/inşa halindeki duruma bir temsil ve karar verme bağlamından ziyade ilişkisellik üzerinden bakmak doğru olacaktır: Hangi toplumsal ilişkiler "toplumsal gerçeklik" dediğimiz "şey"i inşa eder? Oralgöl alıntılanan makalesinde özel olarak, performatif kavramını kadın haklarına, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet meselesine

muazzam biçimde uygulayan Judith Butler'i inceler. Biz bu felsefe ve sosyoloji tartışmasını konumuzla, ceza hukuku felsefesi ile sınırlamak durumundayız.

Jakobs kurmaya çalıştığı Düşman Ceza Hukuku Metodolojisinde, bu performatif ilişki sürecini toplum ile suçlu arasında bir kez kurar ve bitirir görünmektedir: "Toplumsal gerçeklik" vardır, buna karşı çıkan "suçlu" vardır ve toplum burada bir karar verir: toplumsal ceza hukuku ya da düşman ceza hukuku kararı... Böylece pratikte toplumsal gerçeklik yine toplumsal gerçeklikle açıklanır Jakobs'da. Analjisi bir totoloji üzerine kuruludur ve kendine döner, kavramı kendisiyle açıklar (logical fallacy). Özetçe: "Toplumsal gerçeklik, toplumun gerçekliğidir." Peki suçlu? O "Toplumsal gerçekliğin dışındadır!"

Oysa gerçek hareketli performatiflik, Jakobs normativizminin çok ötesinde, ama onun dedüksiyonunun birinci denklemini kabul ederek dahi kurulabilir: "Toplum ile suçlu çelişmektedir." Bu birinci önermeyi doğru kabul edelim ve devam edelim: Toplum zaten verili, tanımlanmış, statik bir kavram ise, toplumsal gerçekliğin ne olduğuna ya da ne olmadığına, ne yapacağına ya da ne yapmayacağına, hareketlenmesi halinde toplumun vereceği tepki üzerinden inşa eden kimdir? Toplumsal gerçeklikle bağdaşmadığı varsayılan suçlu! Yani toplumsal gerçekliği görülür kılan toplumun müessir düzeninin, toplumun zor düzeninin, toplumun devletinin nasıl tepki vererek toplumsal kuralı nasıl koyacağına karar vermesini, ezcümle toplumsal gerçeklik denen şeyin nasıl performe olacağını ortaya çıkaran hareketli güç bizatihi SUÇLUDUR! Eğer suçlunun "toplumsal gerçeklik" denen belirsiz, amorf ve anda sabitlenmiş katı haliyle uyuşmayan bir "norm ihlali" hareketliliği olmasaydı, o bir soyut kavram, bir hikmet-i mutlak olarak yerinde duracaktı.

Bir düşünce oyunu olacaktı. Buna karşın gerçek devlet ve gerçek hukuk, suçluya vereceği tepkiyle - tepkinin biçimiyle, usulüyle, muhtevasıyla - toplumsal hayatta hakikate dönüşür ve sadece düşünsel bir olgu olmaktan çıkar. "Suçlu"; durağan ve soyut "toplumsal gerçeklik" idesini, hareketliliğiyle tepki vermeye zorlayan eylemli güçtür. Hareketli olan unsur, hareketsiz durumu harekete geçirir ve ancak bu hareketlenmeye verilen tepki kendisini pratik hakikatte inşa eder. Yani "toplumsal gerçeklik" kendinin inkarı olan "suçlu" sayesinde inşa olur ve toplumsal gerçeklik dediğimiz şeyin kendisi oluşur.

Üstelik toplumsal gerçeklik, bu sıkıcı statik hayatından sonra kendisini hareketlendiren suçluya verdiği tepkiyle artık başka bir şey de olur. Belki de yeni suç tipine ve yeni suçlu tipine vereceği ve daha önce nasıl vereceğini hiç düşünmediği yeni tepkiyle birlikte toplumsal gerçeklik yeni bir şey olur ve yeniden inşa olur.

"Biliyor musun neyi fark ettim, her şey plana göre gittiğinde kimse paniklemiyor. Plan korkunç olsa bile..."
"Kurulu düzeni altüst ettiğinde herşey bir anda kaosa sürüklenir. Ben kaosun elçisiyim, kaos adildir" **[Joker, The Dark Knight, Film, 2008]**

"Plan"ı bozan "suçlu", toplumun "yeni plan" yapmasını sağlayan kişidir. "Kurulu düzeni altüst" eder ve toplum yeni ceza adalet sistemini inşa eder. Bunun ne yönde olacağı, toplumsal düzeni alt üst eden performatif öznenin politik gücüne, örgütlü gücüne ve ideolojik dizgesine ilişkindir. O tartışmaya şimdilik girmeksizin demek istediğimiz hasılı şudur ki; Jakobs normativizminin aksine; toplumsal gerçekliği hareketlendirerek, onu performe ederek onun ne olacağına karar veren, tam da SUÇLUDUR! Kendisine dönen fasit Hegelci diyalektikle değil, ama yeniden inşa sentezlerini kurma perspektifiyle

Marksçı diyalektikle tam olarak bunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda Pashukanis'in, "normun bizatihi ihlal üzerine kurulduğu" görüşü bizim görüşümüzün de temelidir. Ancak Pashukanis'de bu tespit başlangıç momentinde yapıp donuklaşmaktadır.

Pashukanis'i Türkçe'ye kazandıran ve anlaşılır kılan bir başka isim bu noktayı tekrar hareketlendirmek üzere yardımımıza gelmektedir: "Hukuk, yerleşmiş kuralların bozulmasıyla, sakatlanmasıyla gelişir. Söz konusu bozmaların yerleşebilmesi için bunların toplumsal ve uygulamalı gereksinimlere denk düşmesi gerekir" diyen Onur Karahanoğulları'nın görüşü (2017:140).

Biz "hukuk"un kendisinin tam da bu hareketlilik üzerine kurulduğunu, bir normun doğması, onun yıkılması ve yeni norm kurulması olduğunu ileri sürüyor ve bu hareket halindeki sürekli yeniden inşa sürecine "Performatif Hukuk" adını veriyoruz.

Bu dolayısıyla kaldığımız noktaya dönebiliriz: Bizce normun ihlali söz konusu olduğunda, bu suçlunun değil, normun hatalı olduğuna da delalet edebilir. İnsan hakları hukuku ve insan hakları tarihi perspektifinden bu çok olasıdır.

1789 öncesine gidelim. İşkenceyle ifade almak kilise hukukunun olağan soruşturma usulüydü. Suçu itiraf etmemenin kendisi "suç"tu. Bu belirli andaki formel durumun reddiyeleri doğdu, ve ihlallerden yeni norm doğdu: Susma hakkı, masumiyet karinesi, işkence yasağı vb... Bruno'nun evrenin sonsuz olduğunu ileri sürmesi "norm" ile çelişen bir "suç"tu, norm ortadan kalktı, bir "suçlu"nun o "norm"a uymamasıyla... 1848'de, işçilerin grev yapması yasaktı, suçtu. Newyork'da kadın işçiler buna rağmen grev yaptılar ve öldürüldüler! "Norm" mu hatalıydı, "suçlu" mu? O günün anısına her yıl 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar

Günü kutluyoruz artık... İhlal, andaki "toplumsal gerçekliği" değiştirdi ve yeniden inşa etti...

Türkiye'de kamu emekçilerinin sendika hakkı yoktu. Sendika kurmaya, üstelik grev de yapmaya kalktılar, yargılandılar, cezalandırıldılar... "norm"u ihlal eden "suç" işlediler... Şimdilerde en çok üyesi olan kamu emekçileri sendikası bizzat iktidarın kurdurduğu... Şerri hukuk "norm"unun dışına düşmenin recm cezası olduğu bir ceza hukuku rejiminden çıkalı henüz yüzyıl olmadı bu topraklarda. Cumhuriyet "ihlali" şerri hukuku kaldırmasaydı ya da kaldıramasaydı, cumhuriyet "teşebbüsçüleri" suçlu, hilafet ve saltanat teokratizmi "toplumsal gerçek" ve "norm" olmaya devam ediyordu belki de...

Peki bu halde, hangi formasyon bir toplumsal gerçek performatikliği açıklayabilir?

Buna verilmiş ve çoğuna katıldığımız bir yanıt var:

PRAKSİS VARLIĞI OLARAK İNSAN TASARIMI – İNSAN HAKLARI İÇİN FELSEFİ BİR TEMEL

İnsan haklarının nihai temeli – belli tarihsel koşullar altında, gerçekleşmesi toplumsal var oluş ve gelişmenin zorunlu bir koşulu olan– her bireyin temel ihtiyaçları tarafından oluşturulur. Yasa, sadece, eğer belirli kurallar ve hukuki fiiller böyle evrensel ihtiyaçları dile getiriyorsa adildir, insancıldır ve evrensel olarak geçerlidir. Aksi takdirde, yalnızca kaba gücün bir ifadesi olacaktır. Hukuk, eğer pozitif hukuka, bir devletin yasalarında yazılı olana indirgenirse, o hukuk yönetici elitin belli çıkarlarının haklılaştırmasından başka bir şey olmaz. Böyle bir durumda hukuk, Platon'un Devlet'inde Thrasymachus'un savunduğu tarzda "en güçlünün çıkarına olan" anlamına gelecektir (Markovic, 2013). O halde, hukukun son

derece gayri adil olabileceği açıktır. Adil hukuk, devlet otoritesine dayandırılmaz. Hukuk, devletin kendisini de mümkün ve anlamlı kılan üst bir ilke üzerine temellenir. Bu daha yüksek ilke, pozitif hukukun felsefi eleştirisi bağlamında çeşitli tarzlarda yorumlandı: “Doğal hukuk”, “akıl yasası”, “akıl”, “özgürlük”, “dışsal, değişmez adalet”, “mutlak ahlaksal değerler”, “tarihin logosu” gibi. Bu yorumlar, hukuki pozitivizme bir meydan okuma, kendisini mevcut tiranca ve gaddar bir düzenin hukuki savunusuyla bağdaştıramayan eleştirel düşüncenin bir ifadesi olarak anlam kazanmıştır. Ne var ki, böyle yorumların temel sınırı onların tarihsel olmayışı hatta tarihsel karşıtı olmalarıdır (Markovic, agy).

Bu yaklaşımın statik, tarih-dışı doğası onu burjuva toplumunun muhafazakâr güçleri için kabul edilebilir kıldı. Ne var ki, insan türünün salt verili olmadığı bir olgudur. İnsan sürekli bir kendi kendini belirleme ve kendi kendini geliştirme sürecinden geçer. Aslına bakılırsa mevcut insan hakları ve özgürlükleri bu giderek artan tarihsel özgürleşme sürecinde sadece bir aşama oluşturur (Markovic, agy).

Kişinin kendini tarihteki artan yaratıcılığa, temel aksiyolojik bir ilke olarak praksiye adanması demek, onun evrensel olarak erişilebilir olması gerektiği, her kişinin yaşamının normu olması gerektiği iddiasında bulunmak demektir. Böylesi bir kendini adayış, aynı zamanda mevcut toplumsal formların, kurumların ve eylem tarzlarının temel sınırlarının keşfini cesaretlendirme anlamına gelir. Bu, farklı, daha zengin, daha karmaşık, kendini gerçekleştiren yaşamın yeni, saklı olanaklarını deneme ve keşfetme, olanakları idealler şeklinde ifade etme ve onları ortaya çıkaran stratejileri inceleme demektir. Bu türden bir etik konumlanış açıkça eleştirel ve özgürleştiricidir (Markovic, agy). Markovic mevcut insan hakları

diyaloglarının bu analizinden, şu koşullar gerçekleşirse gelecekteki pek çok çatışmanın çözülebileceği sonucunu çıkarır:

1. İnsan hakları sadece siyasal hakları değil, ekonomik ve kültürel hakları da içerecek şekilde genelleştirilirse;
2. İnsan hakları ihlallerinin eleştirisi daha tutarlı ve tarafsız olursa ve düşmanlara olduğu kadar müttefiklere de yöneltirirse;
3. Devlet egemenliği halkın egemenliğine tabi kılınırsa. (Markovic, agy)

Markovic’in 3 numaralı önermesini biraz geliştirelim:

Duguit, hukukun devletin üzerinde olduğu tezini yüksek perdeden şöyle dillendirir:

“Şiddetle protesto eder ve Devletsiz ve Devletin üstünde de hukuk olduğunu beyan eylerim. Hukuk kuralının ancak Devlet tarafından ihdas edilebileceği ve Devletin mutlak kudreti olduğu pratikte kabul edilemez. Pozitif kanunların dışında ve üstünde de hukuk kuralları vardır.” (1954: 18)

Duguit’in tezini “komünist hipotez” olarak adlandırdığı perspektifinden geliştiren ve bunu en radikal biçimde yapan Mustafa Bayram Mısır ise, Kamu Hukukunu devlete karşı bir mücadele aracı kertesine yükseltir. Duguit’in tezinin, Lenin’in devletin baskı aygıtı ile kamu hizmeti örgütlenmesi aygıtını “sert biçimde” ayıran ‘Devlet ve Devrim’deki bu ayırım argümanına bağlanabileceğini ileri sürer ve şöyle sürdürür: “Duguit’in maddeci gözlemleri üzerine kurduğu devlet görüşü, devletin sönmülmesi tezi üzerine kurulan tarihsel materyalist devlet görüşü için bir dizi geçiş programı talebi bakımından olanaklar yaratmakla kalmaz, bizzat hukukun kendisini de devlete karşı bir mücadele alanı olarak yeniden düşünmeyi kışkırtır.” (2013:226,227)

Bu geçişlerle, insan hakları perspektiflerini içine almış, hukuk-devlet özdeşliğine karşı

kamusal normları devletin norm dediği “şey”e karşı yerleştiren bir performatif hukuku ve buradan kurulacak bir “hukuk normunu” kabul edebileceğimizi söylemeye çalışıyoruz. Biçim-öz ilişkisi yeniden kurulmaya açık olmak ve toplumsal durum değiştiğinde eski normu yıkmaya açık olmak şartıyla.

Ancak bir soruyu daha tartışmamıza ihtiyacımız var: Mevcut hukuk düzeni içinde buna olanak var mıdır?

DIYALEKTİK HUKUK BİLİMİ

Türkiye hukuk felsefesi akademisinde Marksist Hukuk kuramına dair açılımlar geliştirme düzeyi ve hukuk içindeki devinimleri izleyerek, normu, onun biçimini ve içeriğini yeniden kurma imkanları sunma açısından yetkin bir yaklaşımı yukarıda sözünü ettiğimiz Onur Karahanoğulları sunmuş ve “Diyalektik Hukuk Bilimi” tezini ortaya koyduğu aynı eserinde bunu tartışmaya açan bir “çağrı” da yapmıştır (Karahanoğulları, 2017:7). Oradan esinlendiğimiz diyalektik yönetime, “performatif hukuk” önermemizle nesnel olarak örtüşen dayanaklar da sunması bakımından değinmek yerinde olacaktır. Hukuk tasvirlerine dair Marksist hukukçularca dahi statik kalan dilemmaya şöyle bir diyalektik sağlar Karahanoğulları: “Hukukun oluşumu, toplumsal ilişkilerden türeyen kurallara iradi müdahale ile gerçekleşir” (235).

Dolayısıyla hukukun “toplumsal gerçeklik” unsuru ile, buraya dair bir “iradi müdahale” unsurunu bir arada görür Karahanoğulları. Elbette iradi müdahalenin egemeni “devlet”tir. Ancak müdahale süreçlerinde:

1. Doğalında çatışmalı kurallar ve kavramlar vardır (çünkü hukuki söylem ve biçimi eşitsizlikleri bir arada taşır).
2. Karşıt güçler mücadelesi vardır.

Ona göre, toplumsal ilişkilerde mevcut olan düzenliliklerin devlet

tarafından söylenmesi, soyut kurallar olarak düzenlenmesi ve bunların arkasına güç konulması hukuk düzeninin temel kaynağıdır (235). Devletin oluşumuna katkıda bulunduğu ama her halükarda toplumsal ilişkilerden türemiş kuralları iradesinden geçirerek biçimselleştirmesinden hukuk düzeni oluşur. Hukuk düzeni toplumsal ilişkilerin kurgusudur (235).

Hukukun oluşumunun toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe dolayımlanması uğrağına değil de, kuralların toplumsal ilişkilerden türemesi uğrağında - hukukun oluşumunun her iki uğrağı da geçilerek gerçekleştiği kabulüyle - uzlaşmaz karşıtlıklara sahip toplumsal öznelerin ilişkilerinden bu nitelikte kuralların türediği görülür (236).

Son kertede taraflardan birinin egemenliğini kurmaya yarasa da bu seçiş toplumsal öznelerin çatışmasını da yansıttığı için hukuk düzeni bir yığın çatışmalı kural, kavram ve kurum barındırır. Hukukun bu özelliğine yapılan vurguyla hak, henüz devlet tarafından biçimselleştirilerek hukuk düzenine dahil edilmese de toplumsal ilişkiden türemiş olan kurallara dayanılarak talep edilebilir (236-237). Toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların, devlet iradesinden geçmeden hukuk kuralı olarak kabul edilmesi ikili hukuk anlayışını da beraberinde getirir. Egemen sınıfın hukuk düzeninin içinde veya yanı sıra, ezilen sınıfın hukuku mevcuttur. Ezilen sınıfın hukukunun eksikliği siyasal iktidardır (238).

Bir seçim olarak toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe biçimselleştirilmesiyle kurulan hukuk düzeninin içindeki kural, kavram, kategori ve ilkeleri kullanarak hak taleplerini kabul ettirmeye çalışabiliriz veya biçimselleştirilmiş kuralların dışında oluşmuş olduğunu düşündüğümüz hukuk kurallarını

taleplerimizin temeli yapmaya çalışırız (238-239).

Hukuk düzeni içinde sonuç doğurma mücadelesi sınıf mücadelesinin kısa veya uzun süreli almak zorunda olduğu bir biçimdir, görünümünden birisidir (244). Toplumsal özneler etkin olup hak taleplerini geliştirdikçe devletin tek yanlılık gücü, taleplere yanıt vermek zorunluluğu ile demokratikleşecektir (247).

SON SÖZ

Henüz tamamlanmış bir ceza hukuku felsefesi kuramı yok. Bu makalenin önermelerinin sınırı da bu değil. Ceza hukuku felsefesinin tamamlanması belki ve ancak sınıfsız bir dünyada mümkün. O eşiğe henüz yolumuz var. Ancak Yeni Dünya Düzeni ve onun Türkiye ayağında kurulmakta olan Düşman Ceza Hukuku da asla sürdürülebilir değil. Buna karşın performatif ve praksişçi bir toplumsal ceza hukuku felsefesi "hangi köşe taşları üzerine kurulmalıdır" sorusuna dair cevaplar hukuksal, politik, felsefi ve pratik olarak "var"dır. Pratik-politiğin bir ayağı fabrikadaki sınıf mücadelesinden ve sokaktaki hak mücadelesinden, keza bu mücadelenin müdahale ettiği "toplumsal gerçeklik" in performe olmasından; diğer ayağı ise yurttaşlık hukuku talebi olarak adil yargılanma mücadelesinin avukatlık pratisyenliği üzerinden norma müdahale/normun içeriğini ve biçimini tartışmaya açma performatiğinden geçer. Hukuk-politiğin bu diyalektik yürüyüş ile birlikte üretilmesi çabası... Alternatif önermemize dair bir amaç sunabilirsek en makulü bu olur.

"Başka bir Dünya" ve "Başka Bir Hukuk" mümkün. Birlikte yeniden inşa edelim.
19 Aralık 2019

KAYNAKÇA

- Cotterrell, Roger (2018), Hukuk Biliminin Politikası, Pinhan Yayıncılık
- Erkan, Doğan (2018), Ohal Hukukuna Dahi Uymayan Türkiye

2016-2018 Ohal'i Yahut Hukuk Devleti Taahhüdünün Sonu, Ankara Barosu Dergisi 2018/4 sayısı, s. 375-433

- Erkan, Doğan (2019), OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL İle Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi, Ekin Basım Yayın Dağıtım
- Gramatica, Filippo (2005), Toplumsal Savunma İlkeleri, İmge Kitabevi
- Jakobs, Günther (2008), Düşman Ceza Hukuku-Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme, Yener Ünver (Ed.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku içinde s.507-526, Çev. Mehmet Cemil Özansü, Seçkin Yayıncılık
- Karadağ, Ulaş (2018), Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut-Düzen'e, Hukuk Kuramı, C. 5, S. 2 içinde ss. 1-10
- Karahanoğulları, Onur (2017) Marksizm ve Hukuk, Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap
- Duguit, Leon (1954) Kamu Hukuku Dersleri, çev. Süheyp Derbil, Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Melia, Manuel Cancio (2017), Terörizm ve Ceza Hukuku: Engel Olma Hayali, Hukukun Üstünlüğü'nün Karabasanı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Serkan Oğuz, S.1. s-115-126
- Markovic, Mihailo (2013), İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, sendika63.org/2013/07/insan-haklarinin-felsefi-temelleri-mihailo-markovic-129833/
- Mısır, Mustafa Bayram (2013), Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku, Ankara Barosu Dergisi, sayı: 2013/3
- Oralgül, Ezgi Demir (2016), Judith Butler'in Kimlik ve Siyaset Anlayışı, www.ethosfelsefe.com/ethosdiyaloglar/mydocs/JudithButler.pdf
- Paye, Jean Claude (2009), Hukuk Devletin Sonu, Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, İmge Kitabevi
- Pashukanis, Evgeny B.(1926), Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, çev. Onur Karahanoğulları, Birikim Yayınları (2013)
- Şanlı, Denizler (2019), Düşman Ceza Hukuku, Notabene Yayınları
- Yelkenci, Taner (ed.) (2013), Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, Notabene Yayınları



Av. Cengiz Göral

Makale Yarışması

İKİNCİSİ

MAKALE

“Yaşamı boyunca emek savunuculuğu yapan
Avukat Mehmet Cengiz Göral anısına...”

BİREYSEL BAŞVURULARLA OLUŞTURULAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARININ “ÖZGÜRLÜK, DEMOKRASİ VE ADALET” KAVRAMLARI AÇISINDAN EMEK KESİMİNE ETKİLERİ

Av. İsmail İŞEL

GİRİŞ;
2010 yılında yapılan referandum
ile Anayasa değişikliği
sonucu 23.09.2012 tarihinde
mevzuatımıza giren “Anayasa
Mahkemesine Bireysel Başvuru”
hukuk yolu kurumu birkaç ay
sonra 8. yaşına girecek.

Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesine (AİHM) başvuru
öncesi de zorunlu bir Anayasa
şikayeti yolu olarak karşımızda
duran bireysel başvuru
kurumunun, bu süreçte içine
girdiği Anayasa Yargısı kavramını
da şekillendirdiği görülmektedir.

Esasen bir içtihat mahkemesi
niteliğinde olan ve oluşturduğu
içtihatları etrafında hüküm
veren Anayasa Mahkemesinin
(Mahkeme) aradan geçen 8 yıllık
sürede bireysel başvurulara
ilişkin yaptığı incelemeler ve
verdiği kararlarla genel olarak
içtihat zenginliği ve bütünlüğünü
oluşturduğu görülmektedir.

Bu makalemizin konusu ise,
emek kesimince (işçi, memur
veya sendikaları tarafından)
yapılan başvurular sonucu
Anayasa Mahkemesinin
oluşturduğu içtihatlarla “özgürlük,
demokrasi ve adalet” kavramları
açısından bakmak, özellikle
temel hak ve özgürlüklerin
niteliklerine, koruma alanlarına,
sınırlamalarına ve ihlal

ölçütlerine yönelik oluşturulmuş
Anayasa Mahkemesi içtihatlarına
bu yönlerden yaklaşarak
içtihatları etrafıca irdelemek
olacaktır.

Bu bakış açısıyla özellikle sendika
hakkı, örgütlenme özgürlüğü,
toplantı ve gösteri yürüyüşü
hakkı, eşitlik ve ayrımcılık yasağı,
zorla çalıştırma yasağı gibi
doğrudan emek kesimine ilişkin
koruma altındaki temel haklara
ilişkin Anayasa Mahkemesinin
içtihatları üzerinde durulacak, bu
kapsamda bağlantılı diğer haklara
ilişkin Anayasa Mahkemesi
içtihatlarına da incelemelerimizde
yer verilecektir. Ayrıca konunun
önemi ve daha anlaşılır olması
açısından Anayasa Mahkemesinin
önüne gelen başvuruları esastan
inceleme yol ve yöntemi üzerinde
de durulacak, bunun yanında
Anayasa Mahkemesi içtihatlarının
başvurulara ilişkin kararlara
ne şekilde yansıdığı, verilen
kararların her açıdan etkileri ve
etkinliği de tartışılacaktır.

İncelemelerimizin tamamı
emek kesimince yapılan
bireysel başvurularda Anayasa
Mahkemesinin esasa ilişkin
yaptığı incelemeler sonucunda
vermiş olduğu kararlar üzerinden
olup, bu kararlara erişime açık
haldeki Anayasa Mahkemesinin
resmi web sayfasından
erişilmiştir.¹

DİPNOT

¹ Anayasa Mahkemesi Bireysel
Başvuru Kararları, <https://>

kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/,
18.05.2020-29.06.2020 tarihleri arası

1- BİREYSEL BAŞVURU ESASININ ELE ALINMA YÖNTEMİ;

Bireysel başvurular, nitelikleri gereği istisnai olarak genel kurulda görüşülüp karara bağlananlar dışında, bölümlere ayrılmış ve 5 Mahkeme üyesinden oluşan heyetlerce görüşülüp karara bağlanmaktadır.

Heyetler ve heyet başkanları Mahkeme üyeleri arasında değişebilmekte olup, heyet değişikliklerinin kararların yazım ve ifade şeklini kısmen de olsa etkilediği görülmektedir.

Buna karşın Mahkemece esastan inceleme sonucu verilen kararların genel olarak bir içtihat bütünlüğü içerisinde ele alındığı, kararların çok sayıdaki içtihatlarca zenginleştirildiği, sonuçtan bağımsız olarak karar içeriklerinin kapsamlı ve titiz incelemeler içerdiği gözlemlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi esasa girmeden önce sürece ilişkin geniş bir özetleme yapmakta, önce konuya ilişkin ulusal/iç hukuk ile yargısal içtihatları, hemen ardından da ihtilafa ilişkin iç hukuk yönünden bağlayıcı nitelikte olan uluslararası hukuk mevzuatı ve AİHM kararlarını ortaya koymakta, bu yolla ihlal iddialarının hukuksal denetimini yaparak başvuruyu ele almaktadır.

Önemle belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmeler ve olguların hukuki tavsifiyle bağlı olmayıp, bu hususlardaki tüm takdir hakkının kendisinde olduğunu içtihat etmektedir. Bu nedenle başvurunun bir ihlale ilişkin olarak vardığı hukuki olgu ve nitelendirmelerin esasa ilişkin hiç bir etkisi olmayacaktır.

DİPNOT

erişilmiştir.

2 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/9/2013, B.No: 2012/696, Tahir Canan Başvurusu.

3 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 13/9/2017, B.No: 2014/8090, Okay

“Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.”²

“Başvurucunun Anayasa’nın 9., 12., 13., 17., 20., 49. ve 51. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiği iddialarının Anayasa’nın 36.maddesindeki adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.”³

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, iddiaya, talebe ve ispata ilişkin olarak başvurunun bazı yükümlülüklerinin olduğu da belirtilmektedir.

“Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda başvuru yapanın başvurularını titizlikle hazırlama ve takip etme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak başvuru, ihlal edildiğini iddia ettiği Anayasa hükmünün nasıl ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını kanıtlamak zorundadır. Başvurucu tarafından soyut şekilde birtakım Anayasa hükümlerine atıfta bulunulmuş olması iddiaların ispatlandığı anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, Anayasa’ya aykırılığın soyut biçimde ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir.”⁴

“Başvurucunun ihlal iddiasının dayanağı olan tüm olayları göstermesi, başvuruyu aydınlatacak ve hükmün esasını etkileyecek argümanları destekleyici tüm belgeleri başvuru dilekçesine eklemesi gerekir. Şayet bir belge elde edilememişse bunun da nedenleri açıklanmalıdır.

Somut başvuruda başvuru bu koşulları yerine getirmeyerek iddialarını temellendirmede olmadığından başvurusunun esasının incelenmesi imkanı bulunmamaktadır.”⁵

Yine iç hukuk yollarının tüketilmesi yönündeki kanuni zorunluluğa da vurgu yapan Anayasa Mahkemesi, başvurunun başka bir yükümlülüğünden daha söz etmektedir.

“Bireysel başvuru yolunun ikincilik niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikayetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.”⁶

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddiaların bireysel başvuruya konu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgelerin de bireysel başvuru dosyasına sunulamayacağı da belirtilmektedir.⁷

A) MAHKEMENİN YETKİSİ AÇISINDAN;

Anayasa Mahkemesi esastan incelemesini öncelikli olarak kişi, yer, zaman ve konu itibarıyla mahkemenin yetkisi açısından ele alıp çözüme kavuşturmaktadır. İçtihatlarından da görüleceği üzere Mahkeme hakkın hukuksal niteliğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) 6.maddesi ve AİHM içtihatlarını

Serçinoğlu Başvurusu.

4 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/2/2015, B.No: 2014/2496, Adnan Güzel Başvurusu.

5 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/1/2014, B.No: 2013/276, Veli Özdemir

Başvurusu.

6 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/3/2013, B.No: 2013/1177, İsmail Buğra İşlek Başvurusu.

7 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/9/2016, B.No: 2014/11572, Müslim

takip edip yapmakta, bu çerçevede yaptığı geniş yorum ve çıkarımlarla ihlali konu bakımından yetkisi içine almaktan da çekinmemektedir.

Özellikle sendikaların yaptığı başvurularda, Mahkemece başvurucunun müdahaleden etkilenmediğinin tespit edilmesi üzerine kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle başvuruya ilişkin kabul edilemezlik kararı verildiği görülmektedir.

“Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu Sözleşme’ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir. Bu nedenle bireysel başvuru kapsamındaki hakların içeriğinin tespit edilmesinde Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak koruma alanının tespit edilmesi gerekir.”⁸

“Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünüşleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında -ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak

suretiyle- gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen ilke ve haklara Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir. Karar düzeltme yoluna başvuru hakkı, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi Sözleşme ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına da girmemektedir. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁹

“Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme’de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme’de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir.”¹⁰

“Buna göre başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekilde ihlal edildiğini ileri sürdüğü bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı, Anayasa ve Sözleşme ile Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden başvurucunun bu iddiasının konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”¹¹

Anayasa Mahkemesi 23.09.2012 tarihli Anayasa değişikliği öncesi meydana gelen ihlal iddialarına ilişkin yapılan başvuruları ise

zaman bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.¹²

B) MÜDAHALENİN NİTELİĞİ AÇISINDAN;

Anayasa Mahkemesi, anayasal bir hakka müdahalenin var olup olmadığını ve varsa müdahalenin niteliğini de öncelikli olarak ele almaktadır. Başvuruda anayasal bir müdahalenin varlığını tespit etmesi halinde ise bu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında ele almaktadır. “Anayasa’nın 13. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anılan müdahale, Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa’nın 33. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.”¹³

Anayasa Mahkemesi’nin müdahale yönünden genel olarak 3 aşamalı bir inceleme yaptığı görülmektedir; **Kanunilik:** Hakka yapılan bir müdahalenin varlığı, kanuni dayanağının olup olmadığı ele alınmaktadır.

Meşru Amaç: Müdahalenin meşru amacının bulunup bulunmadığı sorgulanmaktadır.

DİPNOT

Karakuş Başvurusu.

8 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/3/2013, B.No: 2012/1049, Onurhan Solmaz Başvurusu.

9 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 6/2/2014, B.No: 2013/816, Set Makine

Tic.Ltd.Şt. Başvurusu.

10 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No: 2013/1613, Serkan Acar Başvurusu.

11 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No: 2018/27900, Fatih

Durlanık Başvurusu.

12 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 5/7/2017, B.No: 2014/2458, Ali Rıza Baylı Başvurusu.

13 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/5/2019, B.No: 2017/29263, Ahmet

Amaca Uygunluk/Ölçülülük:
Müdahalenin meşru amacı uygunluk ve ölçülülük kriterleri bakımından değerlendirilmektedir.

C) YARGILAMANIN SONUCUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRİLMELER AÇISINDAN;

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların birçoğunda yargılama sonucunun adil olmadığına, hakkaniyetsiz olduğu dair ihlal iddialarının yer aldığı görülmektedir.

Mahkeme bu başvurularda genel olarak Anayasa'nın 148. maddesinin 4. fıkrasını gerekçe yaparak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikayetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi adeta bir "süper mahkeme" hüviyetine büründürülmekten çekinircesine kararlarında sık sık bu yöndeki içtihatlarını ortaya koymaktadır.

Mahkeme bu yönlerden yapılan başvuruları "kanun yolu şikayeti" olarak nitelendirmiş ve bu yöndeki iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, yargılamayı yapan mahkemelerin hukuk kurallarının olay ve olgulara uygulanması sırasındaki takdirine müdahale etmesinin, kendisini onların yerine koyarak değerlendirme yapmasının mümkün olmadığını, bu hususların Anayasa Mahkemesinin değerlendirme yetkisi dışında kaldığını da içtihatlarında yeri geldikçe vurgulamıştır.

"Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen

DİPNOT

Parmaksız Başvurusu.

14 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/4/2013, B.No: 2012/1056, Miras Mühendislik...A.Ş. Başvurusu.

başvuruların açıkça dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır."¹⁴

Ancak Mahkemece bazı istisnai durumlar da belirlenmiş ve böyle durumlarda yargılama sonucunun da Mahkemece değerlendirmeye tabi tutulabileceği kabul edilmiştir.

Mahkemece, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması hali Anayasa'nın 148/4. maddesinin istisnası olarak sayılmış, bu istisnai durumlar yönünden mahkemece esastan inceleme yapılabileceği kabul edilmiştir.

"Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular için benimsediği temel yaklaşım doğrultusunda kural olarak, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde ve hukuk kuralını yorumlamasında bariz bir takdir hatası bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire

müdahalesi söz konusu olamaz."¹⁵

"Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanınması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir."¹⁶

Derece Mahkemelerindeki dava dosyalarına konu ihtilafın taraflarının özel hukuk kişileri olması, yargılama erkini etkin ve amaca uygun şekilde işlevsel hale getirme yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) bulunan devleti sorumluluktan kurtarmamakta ve buna uygun düşmeyen durumlar da Anayasa Mahkemesince ihlal olarak kabul görmektedir. Bu anlamda hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devletin, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracak nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlü olduğu, bu yükümlülüğün de adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olduğunun Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kabul edilmektedir.¹⁷

2- ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ, SENDİKA HAKKI, TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI;
Doğrudan koruma altında bulunan emek kesimine ilişkin hak ve özgürlüklerin başında örgütlenme özgürlüğü, sendika hakkı ve

15 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 19/12/2013, B.No: 2012/989, Kenan Özteriş Başvurusu.

16 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

12/1/2017, B.No: 2014/13916, Mehmet Arif Madenci Başvurusu.

17 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 8/11/2017, B.No: 2015/19816, Engin

toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının geldiği kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında AİHM kararlarını takip ederek söz konusu hak ve özgürlüklere ilişkin geniş tanımlamalar yapmış, içtihat bütünlüğünü bu tanımlamaların üzerinden kurmaya çalışmıştır. Mahkeme kararlarında, bu hakların birbiriyle iç içe geçmiş ve birbirlerinin özel şekilleri ve tamamlayıcısı oldukları açıkça vurgulanmıştır.

“Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü; düşünceyi korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sıra bu düşünceler çerçevesinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma hakkını da kapsamaktadır.”¹⁸

“Sendikalar, dernekler ve vakıflar örgütlenme özgürlüğünün daha özel şekilleridir. Bununla birlikte bunların faaliyetleri içinde yer almayan veya bunlarla dolaylı bağlantısı bulunan belli sayıda kişinin sürekli şekilde bir araya gelerek aynı amaca yönelik toplu ifade açıklamaları ya da eylemleri de Anayasa’nın 33. maddesi çerçevesinde ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır.”¹⁹

Ancak sendika hakkı ile örgütlenme özgürlüğü özünde iki ayrı temel hak olduğundan Anayasa Mahkemesi de maddi olgulara ilişkin hukuki nitelendirme ve tavsif esnasında bu farkı zaman zaman ortaya koymuştur. “Sendikaların, üyelerinin çalışma

hayatına ilişkin mesleki, ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak dışında ikincil nitelikte ya da tali kabul edilebilecek faaliyetleri de söz konusudur. Bu faaliyetler demokrasinin gelişmesi ve toplumda yerleşmesine katkı sunar. Bu tür faaliyetler sendikalar yönünden siyasi otorite karşısında kamu politikalarının oluşmasında etkili birer baskı grubu olan sendikaların yürüttükleri tüm çalışmaları ve eylemleri de kapsar. Bu kapsamdaki çalışmalar sendika üyelerinin çıkarları ile birlikte toplumun çıkarlarına da yönelik olup salt sendikal faaliyet niteliğinde değildir. Bu çalışma ya da eylemler örgütlenme özgürlüğünün genel tanımı içinde yer alan -başvurucunun somut olaydaki eylemi gibi- bireylerin üye oldukları örgütün çağrısına uyarak toplu şekilde ve siyasi otorite karşısında baskı grubunun birer katılımcısı olarak yaptıkları faaliyet niteliğindedir. Dolayısıyla bireylerin sendikanın çekirdek faaliyet alanında kalmayan eylemlerinin sendika hakkı kapsamında değil örgütlenme özgürlüğü kapsamında ele alınması isabetli olacaktır.”²⁰

Mahkeme, Anayasa’nın 54.maddesinde yer alan grev ve toplu sözleşme haklarına ilişkin olarak da önemli tespitlerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarında grev hakkının Sözleşme’nin 11. maddesindeki sendika özgürlüğü kapsamında yer aldığının kabul edildiğini dile getirmektedir.

“Bu çerçevede 11. madde içerisinde açıklıkla zikredilmemekle birlikte grev hakkı, sendika üyelerinin çıkarlarının korunmasına hizmet eden en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir (bkz. Schmidt ve Dahlström/İsveç, § 36). Toplu iş sözleşmesi hakkı ise

sendika hakkının asli bir unsuru olarak değerlendirilmelidir (bkz Demir ve Baykara/Türkiye).”²¹

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında ihlali doğrudan grev hakkı başlığı altında inceleyerek bu hakkın ihlal edilip edilmediğinin esasına ilişkin karar vermiş ise de²², bu konudaki içtihadı grev hakkının sendika hakkı kapsamında kaldığı yönündedir.

“Anayasa Mahkemesi daha önce benzer şikayetlerin yapıldığı Kristal-İş Sendikası [[Genel Kurul], B.No: 2014/12166, 2/7/2015] başvurusunu sendika hakkı kapsamında incelemiştir. Mevcut başvuruda da bahsi geçen içtihattan ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur.”²³

A) DEMOKRASİ KAVRAMI AÇISINDAN;

Mahkeme, Anayasa’nın 13.maddesi kapsamında ele aldığı başvurusunun hakkına yapılan müdahalenin ihlal niteliğinde kalıp kalmadığına ilişkin denetimini “demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık” açısından da yapmaktadır.

Bu nedenle içtihatlarında mahkemece “demokrasi” ile ilgili kavramlara sık sık vurgu yapıldığı görülmekte olup, kararlarda ağırlıklı olarak demokrasi kavramının; toplantı ve gösteri hakkı, örgütlenme özgürlüğü, sendika hakkına ilişkin değerlendirmeler açısından öne çıktığı görülmektedir.

“Demokrasi; farklılıkların bir tehdit olarak değil, bir zenginlik kaynağı olarak algılandığı toplum anlayışında güçlenecektir. Bununla birlikte demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde

DİPNOT

Selek Başvurusu.

18 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/2/2017, B.No: 2014/4711, Hikmet Neğüç Başvurusu.

19 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/5/2019, B.No: 2017/29263, Ahmet

Parmaksız Başvurusu.

20 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/5/2019, B.No: 2017/29263, Ahmet Parmaksız Başvurusu.

21 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2015, B.No: 2014/12166, Kristal İş

Sendikası Başvurusu.

22 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/12/2015, B.No: 2013/6717, Sema Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu.

23 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/5/2018, B.No: 2015/14862, Birleşik

sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler.”²⁴

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında yer alan “demokrasi” kavramına ilişkin atıfların genel olarak AİHM kararlarından alıntılandığı, Mahkemenin AİHM içtihatlarını dikkate alarak demokrasiyle ilgili yaptığı tanımlamalar üzerinden bir yaklaşım geliştirdiği göze çarpmaktadır.

“Anayasa Mahkemesi AİHM içtihatlarını takip ederek demokratik toplumda gereklilik deyiminin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca işaret ettiğini pek çok kararında teyit etmiştir. (Tayfun Cengiz, § 56). O halde örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olup olmadığına ve bu bağlamda toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakmak gerekecektir.”²⁵

Örgütlenmenin özel bir biçimi olan sendika hakkının örgütlenme özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu Mahkeme içtihatlarında da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu iki temel hakkı içtihatlarında demokrasi kavramı içerisinde değerlendirmektedir. Mahkeme, AİHM içtihatlarındaki demokrasi kavramıyla birlikte ele alınan çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik gibi temel ilkeleri de demokratik toplumla özdeşleştirerek hukukun uygulanmasında göz önünde

tutmuştur.²⁶

“Demokrasilerde, vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Ayrıca böyle bir örgüt, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir.”²⁷

“Bu itibarla örgütlenme özgürlüğü; bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkanı sağlar. Siyasi bir amacı olsun veya olmasın vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir “örgüt”, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir.”²⁸

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında örgütlenme özgürlüğü ve sendika haklarının önemli ve etkin bir tamamlayıcısı niteliğinde olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının da demokrasinin gelişmesi ve somutlaştırılması açısından önemli bir yer bulduğu görülmektedir.

“Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer alır. Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirleri toplantı ve diğer yasal araçlarla ifade edilebilmesi imkanı sunulmalıdır. Bu sebeple şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler demokrasiye zarar verir.”²⁹

“Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir. Buna karşılık toplanma özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan kamu düzenine yönelik tehditlerin gerçeklik değeri taşıması halinde yetkili makamlar bu tehditleri bertaraf edecek tedbirleri alabilirler. Alınan bu tedbirlere aykırı toplantılar düzenlenmesi, bu tür toplantılara katılınması veya bu tür toplantılarda suçlar işlenmesi halinde de cezalar verilebilir. Buna karşın alınan tedbirler veya öngörülen cezaların barışçıl toplantı hakkına dolaylı olarak usulsüz sınırlamalara dönüşmesine müsaade edilemez. Birey güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı da bireyin korunması gerekir.”³⁰

B) HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRMASI

DİPNOT

- Metal İşçileri Sendikası Başvurusu.
24 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2015, B.No; 2014/12166, Kristal İş Sendikası Başvurusu,
25 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/5/2018, B.No; 2015/14862, Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu,
26 Anayasa Mahkemesi, Karar

- Tarihi 8/11/2017, B.No; 2014/3793, Abdulvahap Can ve Diğerleri Başvurusu.
27 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/5/2017, B.No; 2014/920, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Başvurusu.
28 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

- 18/09/2014, B.No; 2013/8463, Tayfun Cengiz Başvurusu.
29 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 6/1/2015, B.No; 2013/3924, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu.
30 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 6/1/2015, B.No; 2013/3924, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu.

AÇISINDAN;

Anayasa Mahkemesi, bu temel hakların sınırlandırılmasını olanaklı ve meşru kabul etmekte, ancak sınırlandırmanın genel ilkelerini de açık bir şekilde belirlemektedir.

Mahkeme bu sınırlamaların istisnai olduğunu ve ancak demokratik toplum düzeninin zorunlu kıldığı ölçüde yapılabileceğini belirterek böylece hakların sınırlandırılmasını da yine demokrasi kavramı içerisine oturtmuştur.

Anayasa Mahkemesi, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesini de keyfiyeti engellemek adına içtihatlarıyla somutlaştırmıştır ve pek çok kez bu gerekleri açıklama ihtiyacı da hissetmiştir.

Mahkeme içtihatlarında, Anayasa kapsamında örgütlenme özgürlüğünden yararlanan tüzel kişiler veya gruplar demokratik yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden, bu temel hakka getirilecek sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının sıkı denetim altında olduğunun altı çizilmektedir.

Hemen aşağıdaki içtihat niteliğindeki karar bölümlerden Mahkemece sınırlandırmanın sınırlarının da net bir şekilde çizildiği görülecektir.

"Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Bununla birlikte demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik

toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler."³¹ "Örgütlenme özgürlüğü, sınırlanabilir bir haktır ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler gözönüne alınmak zorundadır. Bu sebeple örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 33. ve 51. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir."³²

"Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvuru alan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır."³³

"Örgütlenme üzerindeki sınırlamanın kamu düzeninin korunması gibi demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması

gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir. (Bazı farklılıklarla birlikte toplantı hakkı bağlamında bkz. Dilan Ögüz Canan [GK], 2014/20411, 30/11/2017, Sendika hakkı bağlamında Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, Adalet Mehtap Buluryer, 2013/5447, 16/10/2014, Grev hakkı bağlamında Kristal-İş Sendikası, İfade özgürlüğü bağlamında Bekir Coşkun, Mehmet Ali Aydın, Tansel Çölaşan, 2014/6128, 7/7/2015)"³⁴

"Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin örgütler kurmak ve bunlara üye olmak suretiyle örgütlü bir şekilde fikirlerini ifade etme hakları ile Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru alan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya -müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise- diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin

DİPNOT

³¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2015, B.No; 2014/12166, Kristal İş Sendikası Başvurusu.

³² Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

2/2/2017, B.No; 2014/2282, Mehmet Yüzgeç Başvurusu.

³³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/6/2015, B.No; 2014/12151, Bekir

Coşkun Başvurusu.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 11/9/2019, B.No; 2018/5558, Tayyip Akbudak Başvurusu.

diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlere müdahale ederken bu özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Buna göre örgütlenme özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez. (Birleşik Metal İşçileri Sendikası, 43; Kristal-İş Sendikası, Tayfun Cengiz,) O hâlde örgütlenme özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olup olmadığına, bu bağlamda toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına ve sınırlamanın izlenen amaçlarla orantılılığına bakmak gerekecektir.”³⁵

3- EMEK EKSENLİ DİĞER TEMEL HAKLAR; A) EŞİTLİK İLKESİNE VE AYRIMCILIK YASAĞI;

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddialarla yapılan başvurularda, bu yöndeki iddiaların diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olması koşulunu aradığı, tek başına bu hak iddialarını soyut olarak nitelendirdiği görülmektedir.

Ancak Mahkeme, iddia edilen

DİPNOT

35 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/5/2019, B.No; 2017/29263, Ahmet Parmaksız Başvurusu.

36 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

olaylara ilişkin ihlal iddialarının hukuki nitelendirmesini kendisi yapmakta ve buna göre hüküm kurmakta olduğundan, salt bu haklara ilişkin ihlal iddiaları kapsamında başvuru yapılsa dahi eşitlik ve ayrımcılık ilkelerinden birini ihlal eden müdahalenin diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını da olayın özelinde resen sorgulamakta ve bağlantının varlığını tespit etmesi halinde başvuruyu kabul edilebilir bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin ihlal iddialarıyla ilgili başvuruları, genel olarak Sözleşme ile de koruma altına alınmış olan “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi” kenar başlıklı Anayasa’nın 17. maddesindeki haklarla birlikte ele aldığı, bu yöntemle bağlantıyı sorguladığı görülmektedir.

Mahkeme, bu hak ve yasağa ilişkin olarak, “kanun önünde eşitlik” kenar başlıklı Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin ve sonucu ayrımcılık yasağının “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri nedeniyle koruma alanının sınırlı tutulamayacağını uluslararası hukuka da atıf yaparak kabul etmektedir.”³⁶

B) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI;

Anayasa Mahkemesi bu yasağın da uluslararası hukukta koruma altında olduğunu belirterek ihlal nedeni olarak saymıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında salt bu yasağa dayalı ihlal iddialarının oldukça dar ve sınırlı şekilde ele alındığı, ihlalin varlığı için birçok koşulun aynı anda ve açıkça bulunması gerektiğinin arandığı da gözlemlenmiştir.

“Anayasa’nın 18. maddesinin birinci fıkrasında “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz...” düzenlenmesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi “zorla çalıştırma” kavramını, temel insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ve ilgili uluslararası otoritelerin yorum ve uygulamalarından yararlanarak tanımlamıştır. Buna göre, zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için, kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir.”³⁷

“Bir eylemin zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılabilmesi için: 1) Kişinin işi kendi iradesine aykırı olarak yapması, 2) İş yapma yükümlülüğünün “haksız” veya “baskıcı” olması veya yapılmasının katlanılmaz sıkıntılara yol açması gerekir. Ayrıca kişinin bu işi önceden rızasıyla yapıp yapmadığı, bir kuruma isteyerek girip girmediği, normal yurttaşlık veya mesleki yükümlülüğünün bir parçası olan bir hizmeti ifa edip etmediği de dikkate alınmalıdır.”³⁸

“Anayasa’da “zorla çalıştırma” yasaklanmakla birlikte bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu kavramın tanımı ve içeriği belirlenirken temel insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ve ilgili uluslararası otoritelerin yorum ve uygulamalarından yararlanılabilir. Zorla çalıştırma yasağına ilişkin uluslararası kurallar, 29 No.lu Cebri ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin ILO Sözleşmesi’nde düzenlenmiştir. Anılan Sözleşme’nin 2. maddesinde yapılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme/AİHS) 4. maddesinde yer alan zorla çalıştırma yasağının kapsamının belirlenmesinde esas alınan tanıma göre zorla çalıştırma “herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin

38 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No; 2013/1613, Serkan Acar Başvurusu.

tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri” ifade etmektedir. Buna göre zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir.”³⁹

C) ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE ÇALIŞMA HAKKI;

Anayasa Mahkemesi çalışma özgürlüğü ve hakkının anayasal bir temel hak olduğunu kabul etmekle birlikte, hakkın Sözleşme’de yer alan haklardan olmadığı gerekçesiyle çalışma özgürlüğü ve hakkını koruma alanı dışında saymış ve bu nedenle de bu hakka ilişkin ihlal iddialarını konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

Yine konumuz dışında olduğu için burada ele alınmayan bazı anayasal haklar da ek protokolün bazılarında (4, 7, 12. nolu Ek Protokol’ler) yer almasına rağmen Türkiye’nin bu Ek Protokol’lere taraf olmaması gerekçesiyle bu anayasal hakların da bireysel başvurularda koruma alanı dışında tutulduğu görülmektedir.⁴⁰

“Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme’de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme’de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir.”⁴¹

“Buna göre başvurunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekliyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü

ve çalışma hakkı, Anayasa ve Sözleşme ile Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden başvurunun bu iddiasının konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁴²

Anayasa Mahkemesinin “Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı” ihlali iddialarına ilişkin başvuruların birçoğunu yargılamanın sonucuna ilişkin adil yargılanma hakkının ihlali açısından değerlendirmeye tabi tutup esas incelemesini bu yönden yaptığı da görülmektedir.

“Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucu, anılan karar sonucunda çalışma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştü de şikayetlerin özü işe iade isteğinin reddine dair kararın sonucuna yönelik olduğundan iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.”⁴³

4- EMEK KESİMİNİN ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA KORUMA ALTINDA BULUNAN HAKLARI;

Doğrudan emek eksenli temel haklar niteliğinde değerlendirilmese de genel olarak adalet kavramı içerisinde, dolaylı olarak emek kesimi haklarını da koruma altında tutan diğer bazı haklar da Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında önemli bir yer bulmaktadır. Emek kesiminin özellikle hukuk arayışı içerisinde derece mahkemelerine müracaat eden taraf olduğu gerçeği karşısında, adalet kavramı açısından bu kısımda ele

alacağımız temel hakların sıkı bir denetime alınması, etkin şekilde uygulanması doğrudan emek kesimine ilişkin temel haklar açısından önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi adalet kavramının içini, “hak arama hürriyeti” kenar başlığıyla düzenlenmiş Anayasa’nın 36. maddesindeki “adil yargılanma hakkı” kapsamında doldurmaktadır.

Mahkeme, Anayasa’nın 36. maddesine adil yargılanma ibaresinin eklendiği gerekçesinden hareketle Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılama hakkının koruma altında olduğunu belirtmektedir.

Yine bu bakış açısı üzerinden Mahkeme, başlıklar halinde aşağıda yer alan hakları AİHM kararlarına da atıfta bulunarak adil yargılanma hakkı kapsamında alt ilke ve haklar olarak değerlendirmekte ve başvuruları bu esaslara göre karara bağlamaktadır.

“Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında -ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle- gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen ilke ve haklara Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.”⁴⁴

DİPNOT

³⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 14/2/2013, 2011/150 E.

⁴⁰ Bknz, <https://www.ihd.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler/>

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No; 2013/1613, Serkan Acar Başvurusu.

⁴² Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No; 2018/27900, Fatih Durlanık Başvurusu.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 12/9/2018, B.No; 2017/37823, Bayram Şeker Başvurusu.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2013, B.No; 2012/13, Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu.

Mahkemenin içtihatlarında, devletin hakka doğrudan bir müdahalesi olmamasına, uyuşmazlığın iş sözleşmesinin feshi gibi özel hukuka ilişkin taraf ve nedenlerle yapılmış olması durumu karşısında, devletin de usule ilişkin pozitif yükümlülükleri olduğunun altı çizilmekte, işveren tarafından yapılan hukuka aykırılıklara ilişkin olarak usule ilişkin güvenceler kapsamında oluşturulan yargısal mekanizmaların etkili bir şekilde işletilmesi gerektiği belirtilmektedir.

“Somut olayda uyuşmazlık, gerçek kişiler arasındaki iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla kamu makamlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Bununla birlikte devletin, kişilerin maddi ve manevi varlığını ve özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından da anılan hakların korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir (Adnan Oktar [3], B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32; Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36). Bu nedenle başvuru konusu uyuşmazlık devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde incelenmelidir. Devletin pozitif yükümlülüğü öncelikle kişiler arasındaki ilişkiler yönünden maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı haklarını etkili şekilde güvenceye alan yasal bir altyapının oluşturulmasını gerektirir (Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 46). Bunun yanı sıra kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı hakları kapsamındaki uyuşmazlıkların yargı makamlarınca anılan temel haklara ilişkin anayasal

güvencelerin gözetildiği ve adil yargılanma güvencelerini haiz bir yargılama faaliyeti kapsamında incelenmesi gereklidir. Bu gereklilikler, üçüncü kişilerin bireylerin hak ve özgürlüklerine yaptığı haksız müdahalelere kamu makamları tarafından müsamaha gösterilmemesi zorunluluğundan kaynaklanır. Zira mahkemeler, özel hukuk ilişkisi kapsamındaki uyuşmazlıkları çözümleyerek temel hakka ilişkin güvenceleri korumaktadır. Bu noktada uyuşmazlıkların yargısal makamlar önüne taşınması ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılarak çözümlenmesi devletin pozitif yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturur (Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 4 7). Kamu makamlarınca gerekli yapısal önlemler alınmış olsa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkanı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir (Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 49). Bu doğrultuda özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda, derece mahkemelerince söz konusu güvenceler göz ardı edilmemeli; işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli; başvuru sahiplerinin temel haklarına yönelik müdahalenin meşru amaca dayalı ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır (Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 50).“⁴⁵

A) MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI;

Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla anlamlandırılan bu hakkın ihlaline ilişkin iddialar birçok bireysel başvurunun da konusunu oluşturmaktadır.

“Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir.”⁴⁶

“Anayasa’nın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle Sözleşme’den farklı olarak mahkemeye başvurma hakkı açıkça düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihadına paralel şekilde mahkemeye başvurma hakkının adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğunu ifade etmektedir.”⁴⁷

“Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38). Devletler bir davanın açılabilirliğine ilişkin olarak takdir hakları gereği bazı sınırlamalar getirebilir ve bu davalar niteliği gereği düzenleyici işlemlere konu olabilir.

DİPNOT

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 1/2/2017, B.No: 2014/19081, T.A.A. Başvurusu.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 7/11/2013, B.No: 2012/791, Özkan Şen Başvurusu.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/2/2012, 2012/19 E.

Bununla birlikte, bu sınırlamalar dava açmak isteyen bir kişinin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmamalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, B.No: 28028/95, 19/2/1998, § 34 ve Rodríguez Valín/İspanya, B.No: 47792/99, 11/10/2001, § 22)⁴⁸

“Mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkanı tanınmış ise üst mahkemelere etkili bir şekilde başvurma hakkını da içerir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Bayar ve Gürbüz/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42). Bunun yanında davanın taraflarına gerekçeli mahkeme kararının usulüne uygun olarak bildirilmesi ve tarafların bu gerekçeye göre ayrıntılı itiraz nedenlerini bildirerek temyiz hakkını kullanmaları; kanun yolunun etkili bir şekilde kullanılması ve bu suretle de hakkaniyete uygun yargılamanın sağlanması açısından zorunludur. Ancak gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkansız hale getirmedikçe ya da aşırı derecede zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez.”⁴⁹

“Bununla birlikte dava açma ya da kanun yollarına başvuru için

belli sürelerin öngörülmesi -bu süreler dava açmayı imkansız kılacak ölçüde kısa olmadıkça- hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir.”⁵⁰

B) GEREKÇELİ KARAR HAKKI;

Gerekçeli karar hakkı da adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen haklar arasında kabul görmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında, genel olarak hükme ulaşılması için yeterli gerekçenin varlığı kafi sayılmıştır. Mahkeme, Yargıtay onama ilamlarının yerel mahkeme kararındaki gerekçeyi içerdiğini belirtilerek ayrı veya kapsamlı bir onama gerekçesi aramamaktadır.

“Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca adlarına verilen yargı kararlarının

sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir.”⁵¹

“Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Ancak derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değildirler de (Yasemin Ekşi, 2013/5486, 4/12/2013, § 56) davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması halinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.”⁵²

“Aksi bir tutumla mahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında “ilgili ve yeterli bir yanıt” vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir (Sencer Başat ve diğerleri, § 39). Öte yandan temyiz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması halinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus temyiz merciinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir.”⁵³

DİPNOT

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/7/2014, B.No: 2013/2491, Hüseyin Gönel Başvurusu.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No: 2013/1613, Serkan Acar Başvurusu.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No: 2013/1718, Remzi Durmaz Başvurusu.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/6/2014, B.No: 2013/7800, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu.

⁵² Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/6/2014, B.No: 2013/7800, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/12/2013, B.No: 2013/5486, Yasemin Ekşi Başvurusu.

C) SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKELERİ HAKKI;

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından bir diğeri de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri olarak kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında özellikle usul hakları bakımından bu hakkın ihlalini tespit ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine yönelik yargılamanın bütünlüğü içinde açık ve görünür bir ihlalin bulunmasıyla birlikte ihlalin adil yargılanmayı etkileyebilecek ağırlıkta olmasını da aramaktadır. Mahkemenin ihlali bu ölçüler etrafında değerlendirdiği dikkati çekmektedir.

“Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir.”⁵⁴

“Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılama hakkı, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkanı vermektedir. Bu çerçevede başvuranların, bilirkişi raporunun sonucuna itiraz edememesi ya da delillerle ilgili görüş bildirmelerine fırsat verilmemesi çelişmeli yargılama hakkının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.”⁵⁵

“Yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre de, savunma makamının tanık dinletme taleplerinin gerekliliği ya da bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları ulusal mahkemelerin yetkisi dahilindedir (SN/İsveç, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesi’nin görevi kapsamında olmayıp Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir.”⁵⁶

D) HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI;

Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hakkın da genel olarak bütünlüğü içinde yargılamanın adil olup olmadığının değerlendirilmesi olarak ele alındığı görülmektedir.

Özellikle aynı olaylara ilişkin farklı Yargıtay Daireleri tarafından

verilen birbiriyle çelişen kararlar Mahkemece bu hakkın ihlali olarak kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başvuruya ilişkin verdiği kararında⁵⁷, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin içtihat değişikliğine giderek benimsediği yeni yaklaşımın uygulanması nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde görev alan daire ve kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıktığını ve usule ilişkin müktesep hak gerekçesiyle de olsa aynı somut olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki birbirinden zıt sonuçların hukuki belirsizliğe yol açtığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvuru için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, yargı merciileri arasındaki içtihat farklılıklarının tek başına ihlal niteliğinde kabul edilemeyeceği de belirtilmektedir. Ancak Mahkeme, somut benzer olaylara ilişkin farklı kararların hukuki belirsizliğe yol açtığını tespit ederek, öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşmaktadır.⁵⁸

Mahkemenin bu yönden verdiği ihlal kararlarında dikkat çekici bir diğer husus ise, birbirinden farklı kararlarda varılan sonuçla ihlal arasında bir bağlantının olmadığı, bu nedenle de ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasının kararlardan birine üstünlük tanımak anlamına gelecek olduğunu belirterek ihlale ilişkin doğrudan tazminata hükmetme yoluna gitmiş olmasıdır.⁵⁹

Öte yandan Anayasa Mahkemesi

DİPNOT

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/5/2013, B.No: 2013/1134, Yaşasın Aslan Başvurusu.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/9/2014, B.No: 2013/1793, Hüseyin Sezen Başvurusu.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/12/2013, B.No: 2013/1213, Muhittin Kaya ve Diğerleri Başvurusu.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/5/2018, B.No: 2016/13021, Hakan Altınca Başvurusu.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/9/2019, B.No: 2015/14955, Ömer Gökenci Başvurusu.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/12/2018, B.No: 2017/29896, Yasemin Bodur Başvurusu.

içtihat farklılığını değerlendirdiği bir kararında, Yargıtay'ın istikrarlı olarak uygulanan içtihattan ayrılarak yeni bir yaklaşımı benimsemesi hâlinde kamuoyu nezdinde yargıya olan güvenin muhafaza edilmesi bakımından yeni yaklaşımın istikrarlı bir şekilde uygulanması gerektiğine de dikkat çekmiş ve içtihat değişikliği sonucunda benimsenen yaklaşımın uygulamada birliği sağlamakla görevli yüksek mahkemeler tarafından istikrarlı olarak uygulanmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğine karar vermiştir.⁶⁰

Mahkemenin önüne gelen bir başvuruda verdiği karar⁶¹ konuyu netleştirmek için önemlidir. Anayasa Mahkemesi daha birkaç ay önce verdiği bu kararında, iş hukukçularını da uzun süre meşgul eden vakıf bünyesinde çalışan işçilere ilave tediye ödenip ödenmemesi hususunda Gaziantep BAM 7. Hukuk Dairesi tarafından kesin olarak verilen derece mahkemesi kararını ele almıştır. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nden farklı olarak belirlediği içtihatlarına dayanılarak BAM 7. Hukuk Dairesi tarafından kesin olarak verilen kararı hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi, kararda içeriğe ilişkin bir takım tespitlerde de bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaya yönüyle içtihat değişikliklerini olumlu bulmakla birlikte, uygulamadaki birlikteliği sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmasını, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir

daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkaracağını, bunun ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceğini, ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin de zarar görebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi başvuru karara bağlarken şu gerekçelere yer vermiştir: "Somut olaya konu Sosyal Yardımlaşma Ve Dayanışma Vakfı çalışanlarının ilave tediye alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derinleşmiş ve sürekli bir nitelik kazanmış olması, dairelerin ve buna bağlı olarak alt dereceli mahkemelerin verdiği sonucun davaların somut özelliğinden kaynaklanmaması ve hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan daire ve kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır."⁶²

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının ilgi uyandıran diğer bir kısmı ise, "benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan bu durumun gözden geçirilmesi konusunda Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Yargıtay Birinci

Başkanlık Kuruluna bildirimde bulunmak gereklidir. Böyle bir durumda aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıkları içtihadı birleştirme yoluyla ortadan kaldırılarak yeni ihlallere neden olacak uygulamanın önüne geçilmesi de mümkün olacaktır." tespitleriyle hükümde bu yönde bir bildirim yapılmasına da karar verilmiş olmasıdır.

İş hukukunun dinamik yapısı, aynı uyuşmazlıklara ilişkin birden fazla Yargıtay İş Daireleri'nin mevcut olması ve bu dairelerin aynı hukuki uyuşmazlıklara ilişkin birbirinden farklı kararlarının bulunması ve bunun iş hukukunda önemli bir sorun olarak önümüzde durması nedenleriyle değerlendirmelerimizde bu konuda özellikle olay örneklemeleriyle durulmuş, Anayasa Mahkemesinin bu duruma bakışı, geliştirdiği içtihatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

E) MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI;

Mahkemenin adil yargılanmanın ihlal edildiğine ilişkin verdiği kararların ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olduğu görülmektedir.

Son 3 yılda Mahkemeye yapılan bireysel başvuru sayısının ortalama yıllık 40.000 civarında olduğu, bireysel başvuru kurumunun faaliyete geçtiği dönemden bugüne kadar Mahkemenin ihlale ilişkin kararların yarısından fazlasının (%50,5'i) adil yargılanma hakkının ihlaline, bunun da %57'sinin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olduğu görülmektedir.⁶³

Derece mahkemelerinde yıllarca süren yargılama süreçlerine

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/5/2018, B.No; 2016/13021, Hakan Altıncan Başvurusu.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

13/2/2020, B.No; 2017/22650, Aziz Buluntu ve Fırat Savğa Başvurusu.

⁶² Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 13/2/2020, B.No; 2017/22650, Aziz

Buluntu ve Fırat Savğa Başvurusu.

⁶³ Bknz, https://www.anayasa.gov.tr/media/6617/bb_istatistik-2012-2020-ilk_ceyrek.pdf

bakıldığında yapılan başvuru sayısının yine de oldukça düşük kaldığı düşünülmektedir.

Mahkemenin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olarak dosya bazında değerlendirme yaptığı, yargılama sürelerinin uzunluğuna ilişkin genel bir ölçü koymadığı da karar içeriklerinden görülmektedir. Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkına ilişkin verdiği kararlarında iş yargısının kendine has özelliklerini ve özel usule tabi olmasını da ihlalin tespiti açısından dikkate aldığı görülmektedir.

Mahkemece ihlal sonucu verilen tazminat miktarına (manevi tazminat) ilişkin olarak belirli bir içtihat oluşturulmadığı, başvurularda verilen tazminat miktarlarının farklılıklar gösterdiği dikkati çekmektedir. Mahkemenin bazı kararlarında hiç içeriğine değinilmeden yargılamanın süresinin uzunluğu üzerinden doğrudan ihlal ve tazminat kararları verildiği görülmekteyken, bazı kararlarında ise yargılamanın uzamasının sebeplerinin geniş şekilde irdelendiği ve buna göre sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Mahkemenin makul sürenin tespiti açısından esas alınacak zamanın başlama ve bitiş sürelerine ilişkin de bir ölçüt oluşturduğu içtihatlarında görülmektedir.

“Madeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan iş mahkemeleri nezdinde açılan davalarda yargılama süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak davanın açıldığı tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak yargılamanın sona erdiği (Nesrin Kılıç, 2013/772, 7/11/2013 § 69), yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede

yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır.”⁶⁴

“İş mahkemelerinde görülen davalarda yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır.”⁶⁵

“Anayasa’nın 36. maddesi ve Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekmektedir. Başvuru konusu olayda iş akdinin feshi üzerine açılan işe iade davasının söz konusu olduğu görüldüğünden 4857 sayılı Kanun ve 6100 sayılı Kanun’da yer alan usul hükümlerine göre yürütülen somut yargılama faaliyetinin medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılama olduğuna kuşku yoktur.”⁶⁶

“Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede önemli bir ölçüt olan başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriteri çerçevesinde bireylerin ekonomik geleceği ile çalışma barışı açısından arz ettiği önem dikkate alındığında iş uyuşmazlıklarının ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, iş hukukunun çalışanı koruyucu niteliğini ve iş davalarının özelliklerini dikkate alarak genel mahkemelerin dışında sözlü yargılama usulüne tabi özel bir

iş yargılaması sistemi ihdas ederek iş davalarının konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır. 6100 sayılı Kanun’un 447. maddesiyle daha önce yürürlüğe girmiş olan kanunlarda yer alan sözlü ve seri yargılama usulleri kaldırılmış, bunun yerine iş hukuku uyuşmazlıklarına da uygulanmak üzere basit yargılama usulü getirilmiştir. Basit yargılama usulü yazılı yargılama usulünden daha basit ve çabuk işleyen, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilir dava ve işler için kabul edilmiş bir yargılama usulüdür.”⁶⁷

“Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesi neticesinde celse aralarının uzun tutulduğu, üç defa hakim değişikliği nedeniyle duruşmanın ertelendiği, yargılama süresinin büyük kısmının delillerin toplanması aşamasında geçtiği ve davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddedildiği anlaşılmakta; iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özellikle de işe iade talebini içeren feshe itiraz davalarının niteliği, başvuru açısından taşıdığı değer ve başvurucunun davadaki menfaati dikkate de alındığında sonuç olarak 4857 sayılı Kanun’da öngörülen sürelerle oranla haklı görülemeyecek derecede uzun bir süre olan 2 yıl 9 ay 21 günde yargılamanın tamamlandığı görülmektedir.”⁶⁸

“Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda Üsküdar 3. İş Mahkemesinde (İstanbul Anadolu 10. İş Mahkemesi) 17/2/2010 tarihinde açılan işçilik alacağı davasında, Mahkemenin 11/4/2012 tarihinde

DİPNOT

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/11/2014, B.No; 2012/397, Mehmet Salih Ayyıldız Başvurusu.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 7/11/2013, B.No; 2013/772, Nesrin Kılıç

Başvurusu.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2013, B.No; 2012/13, Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

7/11/2013, B.No; 2013/772, Nesrin Kılıç Başvurusu.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 29/06/2016, B.No; 2014/6235, İdris Timur Başvurusu.

davayı kısmen kabul ettiği, temyiz üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 8/3/2013 tarihli kararıyla hükmün bozulduğu, bozma ilamına uyan Mahkemece 20/6/2013 tarihinde davanın reddedildiği ve kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 3/12/2013 tarihli kararıyla onandığı anlaşılmıştır. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda yaklaşık 3 yıl 10 aylık yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmak gerekir.”⁶⁹

“Somut olayda Bakırköy 9. İş Mahkemesinde 26/3/2010 tarihinde açılan hizmet tespiti davasında, Mahkemenin taraflarca sunulan delilleri dosyaya celp ettiği, tanıkları dinlediği, bilirkişi raporuna göre başvurunun sigorta sicil kaydına işlenmemiş çalışmaların tespit edilmesi nedeniyle bu durumun aydınlatılması için SGK’nın farklı şubelerine yazılar yazıldığı, yazışmaların ardında 25/10/2013 tarihinde başvurunun sigorta dosyasına sehven işlenmediği ancak yanlışlığın düzeltildiği anlaşılan 1993/2 ve 1994/1 dönemlere ait çalışmalarla ilgili talebin konusuz kalması nedeniyle esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve diğer taleplerin reddine karar verdiği, temyiz üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 17/4/2014 tarihli kararıyla hükmün onandığı anlaşılmıştır. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda 4 yıl 21 günlük yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmak gerekir.”⁷⁰

5- İHLAL TESPİTLERİNİN HUKUKİ SONUÇLARI;

DİPNOT

69 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 19/4/2017, B.No: 2014/3261, Ercüment Nejad Eldem Başvurusu.

70 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 14/9/2017, B.No: 2014/11229, Nimet

Anayasa Mahkemesi ihlale ilişkin tespitinin ardından nasıl karar vereceğine dair de mevzuata atıflarla içtihatlarını oluşturmuştur.

Mahkeme maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında güçlü bir illiyet bağı ve belgeye bağlanmış maddi zararın varlığını aramaktadır.

Dikkate değer diğer bir husus ise, Mahkemenin talep edilen tazminatın nitelendirilmesine sıkı ve katı şekilde bağlılığıdır.

“30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir: (1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. .. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”⁷¹

“Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan [[GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel

ilkeler belirlenmiştir. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük’ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan, §§ 57, 58). Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.”⁷²

“Başvurunun manevi tazminat talebi bulunmadığından yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlalinin tespiti sonucunda tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.”⁷³

“Anayasa Mahkemesinin maddi

26/9/2019, B.No: 2015/14955, Ömer Gökenci Başvurusu.

73 Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No: 2018/33324, Adem Direl Başvurusu.

tazminata hükmedebilmesi için başvuru sahiplerinin uğradıklarını iddia ettikleri maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Talepte bulunan başvuru sahibinin bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”⁷⁴

6- MAHKEME KARARLARININ EMEK KESİMİNE ETKİSİ VE ELEŞTİRİSİ;

İncelememizde yer alan çok sayıdaki başvuru kararına yansımış içtihatlardan, aradan geçen 8 yılda Mahkemenin içtihat bütünlüğü ve zenginliği sağladığı, birçok kararında AİHM içtihatlarına da atıflar yaptığı, bu anlamda kararların olumlu olduğu düşünülmektedir.

Ancak önemle belirtelim ki incelemelerimize konu kararlar, Anayasa Mahkemesince kabul edilebilir bulunup esastan hükme bağlanmış başvurulara ilişkindir. Esastan incelemeye alınmış bu başvuruların 2019 yılı için toplam başvurunun sadece %16’sı oranında kaldığı görülmektedir. Yine bugüne kadar yapılan başvuruların %90’ının Mahkemece kabul edilemez bulunduğu, %5’inin idari red ile sonuçlandırıldığı, %0,3’ünde hak ihlali tespit edilemediği, %1’inde ise düşme, kapama, başvurunun reddi gibi gerekçelerle başvuruya dair olumsuz kararlar verildiği, en az bir hakkın ihlaline karar verilen başvuru oranının ise sadece %4 oranında olduğu Mahkeme istatistiklerine yansımıştır.⁷⁵

Esasen önemli ve değerli olan bir diğer nokta ise hiç şüphesiz zengin ve olumlu içtihatların Mahkemece olaylara ne şekilde uygulandığı, etkin şekilde uygulanıp

uygulanmadığı ve her yönden etkileridir.

Örgütlü emek kesiminin en önemli gücü niteliğinde olması, geniş emek kesimlerini yakından ilgilendirmesi ve siyasal iktidarların da doğrudan hakka müdahalesinin varlığı açısından oldukça önemli bulduğumuz grev hakkı ihlal iddialarına ilişkin başvuruların irdelenmesi bize bu soruların cevaplanmasında yol göstericilik yapacaktır.

Son yıllarda çok fazla grev ertelemesine şahit olunup, siyasal iktidarın iradesiyle verilen bu grev erteleme kararları nedeniyle grevlerin fiilen yasaklama halini aldığı, sendikaların grev hakkını kullanamaz duruma geldiği görülmektedir. 2013-2018 yılları arasında Türkiye’de sendikalarca alınan 14 grev kararının “milli güvenlik”, “genel sağlık” gibi gerekçelerle Bakanlar Kurulu tarafından ertelendiği görülmektedir.⁷⁶

Bu grev erteleme kararlarının ikisi, idari yargı yollarından olumlu sonuç alınamaması sonucu bireysel başvuru yoluyla sendikalarca Anayasa Mahkemesi önüne de getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi başvurulara ilişkin olarak, Bakanlar Kurulu tarafından verilen grev erteleme kararlarını içtihat içeriklerine uygun şekilde sendika hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.⁷⁷

Mahkeme, Birleşik Metal İşçileri Sendikası başvurusunda sendika hakkının ihlalinin tespitinin yanı sıra, ihlale neden olan devleti manevi tazminata da mahkum etmiştir.

İhlale ilişkin kararında, Danıştay’ın davaya ilişkin olumsuz içeriklerini

eleştiren Mahkeme, Kristal-İş Sendikası başvurusundaki kararında Danıştay 10. Dairesi’nin 12/1/2004 tarihli ve 2003/6134 E. sayılı yürütmenin durdurulmasına ilişkin verdiği kararındaki “milli güvenlik” sınırlama sebebine ilişkin olarak geliştirdiği ölçütü benimsediğini ve benzer başvurularda bu ölçütü uygulayacağını açık bir şekilde ifade etmektedir.

Mahkeme karar içeriklerinin özellikle üzerinde durulması gereken kısımları da vardır. Anayasa Mahkemesinin bu kararında ölçüt olarak kabul edilen Danıştay kararı 15 yıl öncesine ait olup, sürekli ilerleyen pozitif haklar niteliğinde olan sendika hakkının iç hukukta zamanla geri gidişi çarpıcı şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu durumun grev sayıları ve greve katılan işçi sayılarına da yansıdığı görülmektedir. Türkiye’de 1985-2000 yılları arasında yılda ortalama 127,5 grev gerçekleşirken grevlere katılan ortalama işçi sayısı ise 47534 olmuştur. 2001-2015 yılları arasında ise yıllık grev ortalamasının 20,2’ye, grevlere katılan işçi sayısının da 6713’e gerilediği, son 15 yıldaki gerilemenin 6 kattan fazla olduğu görülmektedir.⁷⁸

Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına rağmen aynı gerekçelerle siyasal irade tarafından grev erteleme kararları verilmeye devam ettiği, derece mahkemelerinden de bu yönde olumlu sonuç alınamadığı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki ihlal kararlarının etkisiz kaldığı anlaşılmaktadır.

Bunun yanında Birleşik Metal İşçileri Sendikası’nın grev kararına karşı başvurunun 27/8/2015 tarihinde yapılmasına ve bu tarihte Anayasa Mahkemesinin Kristal İş

DİPNOT

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No: 2018/27900, Fatih Durlanık Başvurusu.

⁷⁵ Bknz, https://www.anayasa.gov.tr/media/6617/bb_istatistik-2012-2020-

ilk_ceyrek.pdf

⁷⁶ Bknz, <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/grev-yasaklari-suruyor>

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2015, B.No: 2014/12166, Kristal İş

Sendikası Başvurusu ile

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/5/2018, B.No: 2015/14862, Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu.

⁷⁸ Bknz, <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/grev-yasaklari-suruyor>

Sendikası'nın başvurusuna esastan karar vermiş olmasına rağmen aynı konudaki başvuruyu neredeyse başvurudan 3 yıl sonra, 9/5/2018 tarihinde vermiş olması da kararın etkisini ve olumlu sonuçlarını fiilen ortadan kaldırıcı niteliktedir.

Yine 2019 yılında Türkiye Demiryolları İşçileri Sendikası'nın aldığı "İzban Grevi" kararının da benzer gerekçeler öne sürülerek Cumhurbaşkanlığı kararıyla ertelenmiş olması da Anayasa Mahkemesi kararlarının emek kesiminin grev hakkını ne kadar koruduğu açısından önemli bir göstergedir.

Sendikaların toplu sözleşme yapma yetkisini de ortadan kaldıracabilecek sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde Anayasa Mahkemesinin sendika hakkının ihlali ve sendika lehine tazminat kararlarına karşın derece mahkemelerinin sendikal tazminat miktarını belirlerken sadece çalışma süresi ölçütüne bağlı kalmaları, sendikanın toplu sözleşme yapma yetkisine yapılan müdahaleleri değerlendirme dışı bırakmaları da Anayasa Mahkemesi kararlarının derece mahkemesi kararlarına yeterince yansımadağının bir göstergesidir. Anayasa Mahkemesi, Petrol İş Sendikası'na üye işçilerin açtıkları işe iade ve sendikal tazminat talepli davalarda yerel mahkeme kararını bozan ve sonradan bozma doğrultusundaki kararı onayan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin kararını içerik olarak da oldukça sert bir şekilde eleştirerek hem ihlal kararı vermiş, hem de kararın içeriğinde sendikal nedenlerle işten çıkarmanın sonuçlarının etkin olarak uygulanabilir olması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹

Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunma alanını ve ihlallere geniş ve etkili bir bakış açısıyla yaklaştığını

gözlemlediğimizi belirtmiştik. Bu açıdan Mahkemenin temel hakların korunmadığını düşündüğü derece mahkeme kararlarının içeriğine girdiği, bu şekilde ihlal kararı verdiği de görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi ihlale ilişkin verdiği bir kararında, yerel mahkemece ilgili delil ve olguların değerlendirilmesi sonucu edinilen ve detaylı olarak gerekçelendirilen kanaate dayanan hükmün, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından gerekçesiz olarak bozulmasını ihlal olarak saymış, kararların içeriğini de esastan tartışmaya açmış, bu açıdan yerel mahkemenin değerlendirmesinin yeterli ve ikna edici olmasına karşın yerel mahkeme kararının Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından gerekçesiz bir şekilde bozulmasını devletin yargısal mekanizmalarını etkili bir şekilde işletmesi gerekirken usule ilişkin pozitif yükümlülükleri yerine getirmediği ve somut olayda başvuruçunun sendika hakkını koruyamayarak bu hakkı ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁰

"Sonuçta ilk olarak başvuruçunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır."⁸¹

Diğer yandan makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinde Mahkemenin ölçü aldığı süreler ortadayken dosya üzerinden

inceleme yapan Mahkemenin de ortalama 3-4 yıl gibi bir sürede başvuruları karara bağlaması eleştiriye açık olup, bu durum Mahkemenin kararlarının etkisini de azaltan niteliktedir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ve verilecek tazminata ilişkin Mahkeme içtihatlarında da yeterince somutlaştırma yapılamadığı, bu anlamda birbirinden farklı ve uyumsuz kararlara rastlandığı, tazminat miktarlarının da hangi kriterlere göre belirlendiğinin yeterince açıklıktan ve hukuki tatminden uzak kaldığı düşünülmektedir.

Mahkemenin ihlaller sonucu hükmettiği tazminat miktarlarının da kararların etkisi, caydırıcılığı ve ihlale uğrayanın tatmini açısından düşük kaldığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal iddialarının koruma alanı sınırlarını değerlendirirken yaptığı geniş ve etkin bakış açısına karşılık Mahkemenin tazminat taleplerine gereğinden fazla dar ve katı bir şekilcilikle yaklaştığı, bunun bireysel başvuru yolunun amacına da aykırı olduğu, özünde yorumlamaya dayalı çıkarımlarının hak kayıplarına neden olduğu fikrindeyiz. .

Anayasa Mahkemesinin özellikle aynı olaylara ilişkin farklı Yargıtay Daireleri tarafından verilen birbiriyle çelişen kararları hakkın ihlali olarak kabul etmesine rağmen Yargıtay'ın İş Daireleri arasında birbiriyle uyumsuz ve sonuç itibarıyla birbiriyle çelişen kararlarının halen fazlaca olması, Mahkemenin ihlal kararlarına rağmen Yargıtay'ın İçtihadi Birleştirme yolunu yeterince etkin şekilde kullanmadığı veya Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kurullarından çıkan kararların Yargıtay Daireleri arasındaki görüş ayrılıklarını

DİPNOT

com/bulten/grev-yasaklari-suruyor

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 5/10/2017, B.No; 2014/15627, Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 5/10/2017, B.No; 2014/15627, Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi

1/2/2017, B.No; 2014/19081, T.A.A. Başvurusu.

ortadan kaldırmadığı sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan derece mahkemelerinde yapılan hak ihlallerini emek kesiminin de etkin şekilde Anayasal şikayet yolu olan bireysel başvuruya konu yapmadığı, bu anlamda başvuru sayılarının yetersiz kaldığı, çok sayıdaki başvurunun da şekil eksikliği, ispat, içerik yoksunluğu, talep yokluğu gibi nedenlerle esasa ilişkin inceleme dahi görmeden kabul edilemez bulunduğu tespit edilmiştir.

Bireysel başvuru kurumunun yürürlüğe girmesinden bugüne kadar 10 grev kararının ertelenmesine karşın sadece 2 başvuruya ilişkin karar verilmiş olması da bu açıdan ilgi çekicidir. Yine sendikal fesihlerle birçok sendikanın örgütlülüğünün kırıldığı gerçeği karşısında, sendika hakkının ihlaline ilişkin yeterince ihlal başvurusu yapılmadığı da anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının etkinliği açısından bir diğer önemli husus ise aradan 8 yıl gibi uzun süre geçmesine rağmen hukukçuların (özellikle avukatların) Anayasa Mahkemesi içtihat ve kararlarını yeterince takip etmediği, derece mahkemelerindeki yargılamalarda bu içtihatları gereğince kullanmadığı, taleplerini de buna göre biçimlendirip genişletmediği düşüncesindeyiz.

Bu açıdan iş hukukçularının özel hukuk ile derece mahkemesi kararları alanına sıkışmaması, Anayasa Yargısı ve Anayasa şikayetleri konusunda da çalışmalar yapması ve avukatlık pratiğinde Mahkeme kararlarını etkili şekilde kullanması Anayasa Mahkemesinin kararlarının etkisini ve etkinliğini arttıracaktır.

Sonuç olarak; bireysel başvurulara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarının sonuçlarının emek

kesiminin hakları açısından daha etkin ve etkili korunabilmesi ve genişlemesi için başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm kesimlere daha fazla çaba ve görev düştüğünü düşünüyor ve böyle olmasını umuyoruz.

KAYNAKÇA

Kaynakçada bulunan "Anayasa Mahkemesi Kararları", başvuruda bulunan kişi veya kurum adlarına göre alfabetik olarak listelenmiştir.

- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 8/11/2017, B.No; 2014/3793, Abdulvahap Can ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No; 2018/33324, Adem Direl Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/2/2015, B.No; 2014/2496, Adnan Güzel Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/5/2019, B.No; 2017/29263, Ahmet Parmaksız Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 5/7/2017, B.No; 2014/2458, Ali Rıza Baylı Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 6/1/2015, B.No; 2013/3924, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 5/10/2017, B.No; 2014/15627, Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 13/2/2020, B.No; 2017/22650, Aziz Buluntu ve Fırat Savğa Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 12/9/2018, B.No; 2017/37823, Bayram Şeker Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/6/2015, B.No; 2014/12151, Bekir Coşkun Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/5/2018, B.No; 2015/14862, Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 14/2/2013, 2011/150 E..
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/2/2012, 2012/19 E.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/5/2017, B.No; 2014/920, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 8/11/2017, B.No; 2015/19816, Engin Selek Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 19/4/2017, B.No; 2014/3261, Ercüment Nejad Eldem Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 10/12/2019, B.No; 2018/27900, Fatih Durlanık Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2013, B.No; 2012/13, Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/5/2018, B.No; 2016/13021, Hakan Altıncan Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/2/2017, B.No; 2014/4711, Hikmet Neğuç Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/7/2014, B.No; 2013/2491, Hüseyin Gönel Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 20/4/2016, B.No; 2013/3440, Hüseyin Kesici Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/9/2014, B.No; 2013/1793, Hüseyin Sezen Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 29/06/2016, B.No; 2014/6235, İdris Timur Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/3/2013, B.No; 2013/1177, İsmail Buğra İşlek Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 19/12/2013, B.No; 2012/989, Kenan Özteriş Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/7/2015, B.No; 2014/12166, Kristal İş Sendikası Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 12/1/2017, B.No; 2014/13916, Mehmet Arif Madenci Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 17/11/2014, B.No; 2012/397, Mehmet Salih Ayyıldız Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/2/2017, B.No; 2014/2282, Mehmet Yüzgeç Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/4/2013, B.No; 2012/1056, Miras Mühendislik...A.Ş. Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/12/2013, B.No; 2013/1213, Muhittin Kaya ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 22/9/2016, B.No; 2014/11572, Müslim Karakuş Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 7/11/2013, B.No; 2013/772, Nesrin Kılıç Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 14/9/2017, B.No; 2014/11229, Nimet Yılmaz Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 13/9/2017, B.No; 2014/8090, Okay Serçinoğlu Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/3/2013, B.No; 2012/1049, Onurhan Solmaz Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 26/9/2019, B.No; 2015/14955, Ömer Gökenci Başvurusu,

MAKALE

- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 7/11/2013, B.No; 2012/791, Özkan Şen Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No; 2013/1718, Remzi Durmaz Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/12/2015, B.No; 2013/6717, Sema Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 2/10/2013, B.No; 2013/1613, Serkan Acar Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/6/2014, B.No; 2013/7800, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 6/2/2014, B.No; 2013/816, Set Makine Tic.Ltd.Şt. Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 1/2/2017, B.No; 2014/19081, T.A.A. Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/9/2013, B.No; 2012/696, Tahir Canan Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 18/09/2014, B.No; 2013/8463, Tayfun Cengiz Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 11/9/2019, B.No; 2018/5558, Tayyip Akbudak Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 9/1/2014, B.No; 2013/276, Veli Özdemir Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 25/12/2018, B.No; 2017/29896, Yasemin Bodur Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 4/12/2013, B.No; 2013/5486, Yasemin Ekşi Başvurusu.
- Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi 16/5/2013, B.No; 2013/1134, Yaşasın Aslan Başvurusu.

WEB KAYNAKLARI

- Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> 18.05.2020-29.06.2020 tarihleri arası erişilmiştir.
- https://www.anayasa.gov.tr/media/6617/bb_istatistik-2012-2020-ilk_ceyrek.pdf
- <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/grev-yasaklari-suruyor>
- <https://www.ihd.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler/>



Av. Cengiz Göral

Makale Yarışması

ÜÇÜNCÜSÜ

MAKALE

CUMHURBAŞKANINA HAKARET

Stj. Av. Muzaffer DEMİRİSOY (Adana Barosu)

Cumhurbaşkanının hukuken özel olarak korunması çok eskiden beri var olan bir uygulamadır. Cumhuriyet sonrası geç dönem Roma İmparatorluğu'nda imparatorlar, cumhuriyet rejimine yönelik özelemleri yok etmek üzere kendi şahsiyetlerini devlet ile bütünleştirmek suretiyle, kendilerine yönelik her eleştirinin devlete karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesini sağlamışlardır. Aynı eğilim, daha dar kalıplar içerisinde olmakla birlikte, Orta çağ dönemi krallıkları tarafından da kabul edilmiş ve hatta feodal dönemde kapsamı iyice genişletilerek, doğrudan feodal otoriteye yönelmeyen bazı suçlar dahi bu kategoride değerlendirilmiştir.¹

Cumhurbaşkanı ile devlet tüzel kişiliğinin birleştirilmesi ve bu yolla cumhurbaşkanına hakaret suçu mağdurunun devlet olması düşüncesi, baskıcı bir anlayışın da uzantısıdır. Liberal döneme tepki olarak ortaya çıkan, bizim ceza yasamızı da etkileyen despotik Rocco Yasası, devletin korunması bahanesiyle bireyi dışlayarak, bireyin hak ve özgürlüğünü yok eden sistemi oluşturup, uygulamıştır. Korunan hukuksal yararın bireysel haklar olduğu anlayışının egemen olmasıyla, eski düşünce biçimleri değişmiş ve özellikle devlete karşı siyasal sayılan suç tipleri, "suç olmaktan çıkartılmıştır" (discriminazione). Bu kapsamda "devlet" kendine özgü haklara sahip şahsiyet sayılmamaktadır. Bugünkü anlayışa göre devlet,

insan haklarını gerçekleştirmekle görevli ve yükümlü bağımlı iktidardır. Çağdaş devlet; saydam yönetimi, bilgilenmeyi, özgür düşüncüyü, bireyin kendinin gelişimini, bireyin korkusuz yaşamasını güvenceye alan siyasal örgütlenmedir.²

Geçmişte nasıl ki kral/monark ülkenin temsilcisi ise, bugün cumhurbaşkanı da devletin temsilcisi haline gelmiştir. Pek tabi, kralın sahip olduğu pek çok yetkiye artık cumhurbaşkanı sahip değildir. Ancak yine de devletin kişiliği ile bütünleşen Cumhurbaşkanının kişiliğinin korunması amacıyla ceza hukukunda Cumhurbaşkanına hakaret suçuna yer verilmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 158. Maddesinde ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde bulunan Cumhurbaşkanına hakaret suçu krallık dönemlerinin kalıntısı olarak devam etmektedir.³

5237 Sayılı TCK'da 299. maddede düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçu, TCK'nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçunun bir unsuru olarak değil; Devletin egemenlik alametlerine ve organlarına karşı suçlar başlığında düzenlenmiştir. Kuşkusuz Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kanun koyucu tarafından devlete karşı işlenmiş bir suç olarak görüldüğü için bu bölümde ele alınmıştır. Söz konusu madde "(1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Değişik: 29/6/2005- 5377/35 md.)

DİPNOT

¹ Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları, Sınar Hasan, s. 30
² "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na

İlişkin Düşünceler", Çetin Özek, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı:14, Temmuz 2011, s. 22
³ Cumhurbaşkanına Hakaret, Prof.

Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. {3} Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır” şeklinde kaleme alınmıştır.

Her şeyden önce bir kişiye Cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlediğine dair isnatta bulunulabilmesi için, Cumhurbaşkanının sadece seçilmiş olması yetmez, usulüne uygun yemin etmiş olması gerekir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 02/04/1990 tarihli, 1990/9-84 Esas ve 1990/106 sayılı kararında: “Cumhurbaşkanının 156. maddedeki (1982 Anayasasının 299. Maddesi) hükümlerin konusu olabilmesi için, salt seçim yeterli değildir. Zira, Anayasamızın 96. maddesine göre (1982 Anayasasının 103. maddesi) Cumhurbaşkanının görevine başlayabilmesinin için ön şartı, yemin etmiş bulunmasıdır” denmektedir. Bu suç tipinde mağdurun sıfatı özel bir önem taşımaktadır. “Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmesinden anlaşılabacağı üzere, burada Cumhurbaşkanı sıfatının arkasında devletin saygınlığı, kişiliği korunmaktadır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, fail yönünden bir özellik göstermez. Diğer bir deyişle cumhurbaşkanına huzurda veya yokluğunda ya da alenen hakaret eden herkes bu suçun faili olabilir. TCK 299. maddenin lafzından anlaşıldığı

üzere, TCK 125/3-a’de yer alan kamu görevlisine karşı hakareten farklı olarak “Cumhurbaşkanına hakaret” suçunun oluşması için, suçun Cumhurbaşkanının görevinden dolayı işlenmiş olması şartı aranmamaktadır.⁴ Söz konusu madde Cumhurbaşkanının kişiliğini bir bütün olarak korumuştur zira kanun koyucu adeta devletin kişiliği ile, Cumhurbaşkanının kişiliğini birleştirmiştir. “Ona yapılan hakaretin görevinden dolayı olup olmamasının bu suç açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devlet Başkanlığı sıfat veya vazifesi ile alakalı saika lüzum yoktur.”⁵

TCK’nın 299. maddede Cumhurbaşkanına hakaret eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiş ancak suçun maddi ve manevi unsuru ayrıntılandırılmamıştır. Cumhurbaşkanına hakaret suçunun kapsamını, maddi ve manevi unsurunu anlamak için TCK 125. maddesinde yer alan hakaret suçunu incelemek gerekmektedir. Buna göre, birinin Cumhurbaşkanına hakaret etmesi için, Cumhurbaşkanının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmesi veya sövmesi gerekecektir.

Örneğin Cumhurbaşkanına ‘Katil’ demek somut bir olgu isnadı içerir ve hakaret içerdiğini söylemek mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus gerçekten somut olarak Cumhurbaşkanının birini öldürmekle mi suçlandığı

yoksa Cumhurbaşkanı olmasından dolayı siyasi bir sorumluluk mu atfedildiğidir. Bilindiği üzere, ilgili slogan bir dönem pek çok kişi veya grup tarafından dile getirilmekteydi.⁶ Kuşkusuz kimse Cumhurbaşkanını doğrudan birini öldürmekle suçlamamıştır. Recep Tayyip Erdoğan’ın başbakanlık ve devamında Cumhurbaşkanlığı yaptığı dönemde Soma’da 301 kişinin öldüğü maden kazası, Gezi Parkı direnişçilerinin polis şiddeti ile hayatını kaybetmesi gibi kamuoyunca tartışma yaratan pek çok olay gerçekleşmiştir. Bu sebeple kimi muhalif gruplar söz konusu ifadeleri iktidar partisini ve Recep Tayyip Erdoğan’ı ülkede gerçekleşen olaylardan doğan sorumluluğu nedeniyle eleştirmek için kullanmıştır. Bu nedenle “Katil Erdoğan” demek somut bir isnat değil, siyasi bir eleştiridir.

Cumhurbaşkanının Anayasa 104. maddesi gereği devletin başıdır, bu sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Bu özgün konumundan kaynaklı olarak Cumhurbaşkanı kamu görevlileri arasında istisnai bir konum taşır. Burada bir kişinin yararını korumaktan ziyade “devlete ilişkin bir hukuki yararın korunmasının amaçlandığı” açıktır. Daha somut bir ifade ile bu suç, “Cumhurbaşkanı olan kişiye karşı işlenmekte ise de, suçla korunan hukuki değer devletin siyasi iktidar yapısıdır”.⁷ Bu nedenle TCK lafzında yalnızca “Cumhurbaşkanı” için ayrı bir suç düzenlemesi mevcuttur.

DİPNOT

Dr. Faruk Erem, s. 21

⁴ Hakaret Suçu, Özkan Gürdoğan, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Doktora Tezi, 2012, s. 189.

⁵ Cumhurbaşkanına Hakaret, Prof. Dr. Faruk Erem, s. 19

⁶ TMMOB İzmir tarafından, AKP hükümetinin Torba Yasa hazırlığına yönelik tepki göstermek amacıyla 12 Şubat 2015 tarihinde Alsancak Kıbrıs Şehitleri Caddesinde gerçekleştirilen basın açıklamasından sonra ‘Katil Erdoğan’ şeklinde slogan atılmıştır. Bu nedenle dönem sözcüsü Melih

Yalçın ve oda üyesi Devrim Cem Erturan hakkında Cumhurbaşkanına Hakaret suçunu işlediklerinden bahisle dava açılmıştır. Mahkeme Cumhurbaşkanını’nın söylem ve icraatlarına karşı politik eleştiri amacıyla söz konusu sloganın atıldığını ifade ederek, sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. <https://www.evrensel.net/haber/341165/hirsiz-katil-erdogan-sloganina-beraat>.

Yalova Birleşik Haziran Hareketi’nden yaklaşık 100 kişi, 13 Mayıs 2015’te Soma’daki iş cinayetini protesto etmek üzere bir yürüyüş düzenledi.

Söz konusu yürüyüşte, “Katil Erdoğan” sloganı atmaları ve bu yolla “Cumhurbaşkanına hakareten” ile yargılanan 8 kişi hakkında beraat kararı verilmiştir. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/489681/_Hirsiz_katil_Erdogan_sloganina_beraat.html. Komünist Parti “Katil Erdoğan” başlıklı bir açıklama yapmıştır. <https://www.kp.org.tr/tr/basin-aciklamalari/hirsiz-katil-erdogan> Pek çok örnekte söz konusu sloganın muhalif kişiler ve gruplarca siyasi bir eleştiri olarak kullanıldığını görmek mümkündür. ⁷ Bu bölümde yer verdiğimiz bir

Bakanları ve hatta yasama organı başkanını ve diğer herhangi bir kamu kişisini/makamını ayrıca korumayı amaçlayan bir başka suç düzenlemesi ceza yasamızda yer bulmamaktadır. “Cumhurbaşkanına hakaret edilmesi durumunda, onun her insan gibi sahip olduğu şeref varlığından çok, temsil ettiği makamın yani devletin manevi dokunulmazlığı korunmaktadır. Bu nedenledir ki, söz konusu suç kişilere karşı suçlar bölümünde değil “Devlete karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiştir.”⁸

Bugün her ne kadar 104. madde de Cumhurbaşkanının “devletin başı” olduğu ve “milletin birliğini temsil” ettiği lafzı şeklen korunsa da; herkesçe kabul olduğu üzere Cumhurbaşkanı artık doğrudan bir siyasi aktördür, bir siyasi taraftır, doğrudan yürütme erkinin bir öznesidir.

Şu an dahi muhalefet partileri ile arasında ciddi çekişme olan mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın siyaset yapmadığını iddia etmenin maddi gerçeğe bir alakası yoktur. Ortaya çıkan hukuki ve maddi tablo artık Cumhurbaşkanının TCK’nin 299. maddesi tarafından korunan “bedeninde devleti temsil eden” hukuki ve siyasi olgudan farklı bir durumda olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir anlamda 5237 sayılı TCK 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesinin “hukuki konusu”, dolayısıyla bu suçun varlığı artık ortadan kalkmış, en azından başkalaşmış bulunmaktadır.

Bugün TCK 299. maddede yer alan suç düzenlemesi siyasi farklılıklar üstünde bulunan Cumhurbaşkanını değil; doğrudan bir siyasi partinin üyesi olan, bir siyasetçiye korumaktadır. Bu durumda siyasi yaşamda eşitlik ve hakkaniyetten söz etmek olanaklı olmayacaktır.

Cumhurbaşkanı artık yürütme organının başı olarak siyasi bir aktördür. Cumhurbaşkanın tarafsız kişiliğine ve devletin temsilcisi olmasına yapılan vurgu temellerini yitirmiştir.

Cumhurbaşkanı ilk olarak 10 Ağustos 2014’te halk tarafından seçilmiştir. Bu seçimle birlikte Cumhurbaşkanı, belli bir siyasi görüşün temsilcisi olmuştur. Artık politik bir kişilik olması dolayısıyla, eleştirilmeli ve yaptıkları tartışılmalıdır. 21/01/2017 tarihinde kabul edilen rejim değişikliği ile birlikte siyasi bir parti üyesi olan bir kişiliktir. Bu halde, devletin ve kanun koyucunun söz konusu suç mevzuatta bulundurmasının temel nedeni artık ortadan kalkmıştır.

DİPNOT

kısım hukuki kabul ve alıntılarını;
Prof. Dr. Çetin ÖZEK, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU, E. Yargıç Osman YAŞAR
(Yargıtay 4. Ceza Dairesi Onursal

Başkanı), Yargıç Hasan Tahsin GÖKCAN
(Anayasa Mahkemesi Başkanvekili),
Yargıç Mustafa ARTUÇ (Türkiye
Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı)

tarafından yayımlanmış eserlerde yer
aldığını belirtmeliyim.
8 Ceza Hukuku Özel Kısım, Nevzat
Toroslu, Savaş Yayınları, Ankara 2013,

Cumhurbaşkanını özel olarak koruyan bir düzenlemeye artık ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca, yeni sistemle cumhurbaşkanının Anayasa’da olağanüstü yetkileri vardır. Bu durum Cumhurbaşkanının kararlarının daha çok tartışılmasını gerektirir. TCK 299 zırhı ile korunan bir Cumhurbaşkanının kararları toplum nezdinde ne kadar derin tartışılabilir? Şüphesiz TCK 299 Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu kaldırılmalı ve siyasi ifade özgürlüğü üzerindeki baskıya son verilmelidir. Düne kadar yasanın/yasa koyucunun hukuki değer olarak korumayı amaçladığı bir “cumhurbaşkanı”; artık hukuki ve maddi anlamda mevcut değildir. Cumhurbaşkanına Hakaret, hukuki varlığını ve hukuki meşruluğunu yitirmiştir.

SAYILARLA

‘CUMHURBAŞKANINA HAKARET’

Bu bölümde Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından 1986 yılından 2018 yılına kadar yayınlanan verileri inceleyerek Türkiye’de Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile ilgili genel bir tablo ortaya koyacağız.

Cumhurbaşkanına Hakareten Dolayı Açılan Davalardaki Sanık Sayıları (1986-2018)



Cumhurbaşkanına hakareten dolayı açılan davalardaki sanık sayısı:

7. Cumhurbaşkanı Kenan Evren döneminde 340,
8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal döneminde 207,
9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel döneminde 158,
10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer döneminde 163,
11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminde bir önceki döneme göre %420 artış göstererek 848,
12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın ilk 4 yıllık görev süresinde ise ilgili davalardaki toplam sanık sayısı bir önceki döneme göre yaklaşık 19,5 kat artarak (%2052 artış) 17.406 oldu.

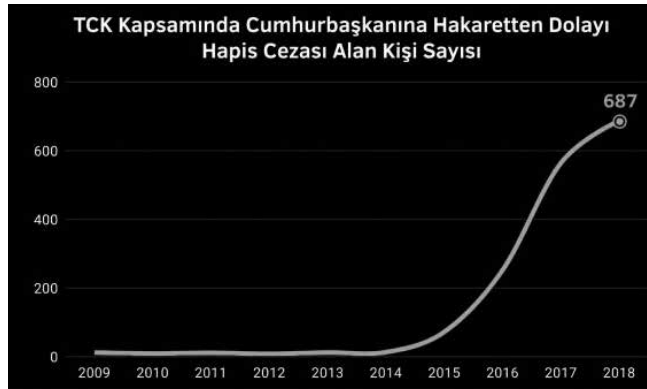
Karara Bağlanan Davalardaki Mahkûmiyet ve Beraat Sayıları (1994-2018)

Karara Bağlanan Davalardaki Sanık Sayısı				
	Mahkûmiyet	Beraat	Diğer	Toplam
1994	5	4	2	11
1995	11	6	0	17
1996	6	9	11	26
1997	13	5	11	29
1998	20	12	3	35
1999	16	15	9	40
2000	23	7	17	47
2001	4	2	2	8
2002	19	3	1	23
2003	3	1	2	6
2004	7	1	3	11
2005	14	27	38	79
2006	7	16	11	34
2007	5	0	3	8
2008	15	2	5	22
2009	25	10	21	56
2010	28	26	54	108
2011	41	37	105	183
2012	40	33	119	192
2013	44	39	120	203
2014	40	25	76	141
2015	238	120	320	678
2016	884	544	1151	2579
2017	2099	873	2178	5150
2018	2462	1114	2694	6270
	6069	2931	6956	15956

Cumhurbaşkanına hakaret nedeniyle mahkûmiyet kararı verilen sanık sayısı:

9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel döneminde 71,
10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer döneminde 82,
11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminde 233,
12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın ilk 4 yıllık döneminde ise hakkında mahkûmiyet kararı verilen sanık sayıları bir önceki döneme göre yaklaşık 23 kat artış göstererek toplam 5.683 oldu.

Cumhurbaşkanına Hakaretten Dolayı Hapis Cezası Alan Kişi Sayısı (2009-2018)



Son olarak cumhurbaşkanına hakaretten dolayı

DİPNOT

s.103

9 <https://www.milligazete.com.tr/haber/3160225/cumhurbaskanina->

hakarete-rekor-ceza

10 <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2019/09/22/>

cumhurbaskanina-hakaretten-12-yil-hapis-cezasi/

11 <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2019/09/22/>

yargılanan sanıklar hakkında verilen hapis cezası kararı sayılarını da yıllara göre inceledik. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce yayınlanan adalet istatistiklerine göre hapis cezası kararları da son yıllarda oldukça artış gösterdi.

11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminin son 6 yılında toplam 65 hapis cezası kararı verilmişken, bu sayı 12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın ilk 4 yıllık döneminde 1575'e çıkıyor.

Yukarıda paylaşılan tabloların ve verilerin kaynağı Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüdür. Net olarak söyleyebileceğimiz husus; Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanı olduğu dönemde eleştiri ve hakaret kavramları arasındaki fark neredeyse ortadan kalkmıştır. Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçu isnat edilerek başlatılan soruşturmanın sayısı her geçen gün artmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunun lafzında hiçbir değişiklik yapılmamasına rağmen, bu suçu işlediği iddia edilen kişilerin sayısının son yıllarda hızla artması ülkemizin içinde bulunduğu politik kutuplaşma ile yakından ilgilidir. Aynı zamanda bu artış Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunun Erdoğan hükümeti tarafından muhalif kesime baskı aracı olarak kullanıldığı iddialarını destekler niteliktedir. Cumhurbaşkanı'nın avukatları, yüzlerce davada siyasetçilerden, gazetecilerden, sanatçılardan, öğrencilerden müvekkilinin zarara uğradığı gerekçesiyle yüzbinlerce lira tazminat da talep etmektedir. Türkiye'de adalet sisteminin önemli düzeyde bir mesaisi Cumhurbaşkanı'na hakaret edilip edilmediğini saptamakla geçmektedir.

Türkiye'de Cumhurbaşkanı'na Hakaret yargılamalarının ne boyutlara ulaştığını gözler önüne seren iki somut örnek vererek bu bölümü bitireceğim:

- Van'da yaşayan Burhan Borak adlı yurttaşın 2014 yılında sosyal medyada yaptığı 7 paylaşım hakkında 'Cumhurbaşkanına hakaret' davası açıldı. Van 2'nci Asliye Ceza Mahkemesinde görülen davada, mahkeme Borak'ın yaptığı her bir paylaşımı için 1 yıl 9 ay olmak üzere toplam 12 yıl 3 ay ceza verdi. Ayrıca hükmün açıklanması geri bırakılmadı ve ceza ertelenmedi.^{9 10 11}
- Facebook sayfasında yaptığı paylaşımında "Cumhurbaşkanına hakaret" ettiği iddiasıyla hakkında dava açılan 13 yaşındaki A.Ş.'nin görülen duruşmasında karar çıktı. İstanbul 2. Çocuk Mahkemesi'nde görülen duruşmaya çocuk A.Ş. katılmazken, müdafî Avukat Fatma Hopikoğlu duruşmada hazır bulundu. Duruşmada karar veren mahkeme, "Cumhurbaşkanına hakaret"

suçunun sabit olduğunu ileri sürerek 13 yaşındaki A.Ş.'ye 3 yıl hapis cezası verdi. Mahkeme cezaı "suçu alenen işlemesi" nedeniyle 3 yıl 6 aya çıkardı. Mahkeme, A.Ş.'nin 15 yaşını doldurmamasını göz önünde bulundurarak verdiği cezaı yarı oranında indirerek 1 yıl 9 aya düşürdü.^{12 13}

AVRUPA'DA DURUM

Avrupa Konseyi üyesi ülkelere baktığımızda Cumhurbaşkanına Hakaret ya da Devlet Başkanına Hakaret suçunun Macaristan'da 1994'te, Çek Cumhuriyeti'nde 1998'de kaldırıldığını görüyoruz. Avusturya'da cumhurbaşkanına hakareti düzenleyen Madde 171 var ancak 1975'ten bu yana kullanılmıyor. Hollanda'da kral ve ailesine yönelik hakaret suçu var olmasına karşın 60'lardan bu yana kullanılmıyor. Benzer bir durum Belçika, Portekiz, Romanya ve İspanya için de geçerli. Polonya ve İtalya'da bu konuda ceza hükmü bulunuyor ancak nadiren uygulanıyor ve uygulamada mahkemeler para cezası vererek bir tazminata hükmediyor. Fransa'da 2000'de verilen kararlar artık, devlet başkanına hakaret suçundan dolayı hapis cezası verilemiyor. Almanya'da ise ceza kanunu devlet başkanına hakareti suç saymasına rağmen Federal Anayasa Mahkemesi çok ağır bir eleştiri olsa dahi bunun bir suç sayılamayacağına sık sık karar veriyor. Zaten Almanya'da bu hükümden yargılanma da oldukça nadir görülüyor. Avrupa Konseyi gözlemci üyelerinden Amerika'da ise başkana hakaret suçu yok, tehdit suçu düzenlenmiş. Özetlemek gerekirse Avrupa ülkelerinin genelinde geçmiş

zamandan kalan bu yasalar nadiren uygulanmaktadır ve genelde para cezasına hükmedilmektedir. Bir kısım ülkenin ceza kanununda ise 'Devlet Başkanına/ Cumhurbaşkanına Hakaret' maddesi yoktur, tamamıyla kaldırılmıştır.^{14 15}

Tutuklama, Ceza Muhakemesindeki hürriyeti sert şekilde kısıtlayan en ağır koruma tedbiridir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Ancak uygulamada özellikle Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu açısından 'kuvvetli suç şüphesi' ve 'tutuklama nedenleri' kavramlarının hoyratça kullanıldığı görülmektedir. Ülkemizde bu suçtan dolayı oldukça sıklaşan "tutuklama tedbiri", Avrupa ülkelerinde devlet başkanına hakaret suçu sebebiyle neredeyse hiç görülmemektedir. Çoğu Avrupa ülkesinde bu suçun yaptırımı para cezasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkan Yardımcılığına seçilen Türk Yargıç Işıl Karakaş da bir röportajında "Cumhurbaşkanına hakaret yüzünden sürekli davalar açılıyor. Bu, Avrupa'da başka bir yerde yok. Yani hakaret etmek ceza kanununda düzenlenen bir suç değil. Eğer saygınlığınıza bir müdahale olduğunu düşünüyorsanız ancak tazminat davası açarsınız, başka bir dava açamazsınız. Türkiye'ye bakıldığı zaman ifade özgürlüğünün yeterli ölçüde korunmadığı, güvence altına alınmadığı, Avrupa standartlarında olmadığı bir ülke olarak görüldüğünü düşünüyorum." diyerek bu konuyu vurgulamıştır.¹⁶

Benzer şekilde Uluslararası

Af Örgütü Türkiye Araştırmacısı Andrew Gardner, 'Cumhurbaşkanına hakaret suçu' ile ilgili açıklamasında devlet görevlilerinin eleştiriyi açık olması gerektiğini söyleyerek "Avrupa'da benzer suç tanımları var ama hiçbir ülkede Türkiye'deki gibi kullanılmıyor. Burada absürt bir şekilde senede binlerce dava açılıyor" diyerek Türkiye'de benzeri olmayan bir uygulamanın var olduğunu belirtmiştir.¹⁷

SİYASİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de İnsan Hakları Bildirisinde bulunan hakları topluca güvence altına almak için Avrupa Konseyi üyelerinin üzerinde anlaştıkları metindir. 04.11.1950 tarihinde Avrupa Konseyine üye devletler tarafından imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir: Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini 10.03.1954 tarihinde onaylamıştır.¹⁸ Onay belgesinin 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine

DİPNOT

com.tr/gundem/2019/09/22/cumhurbaşkanına-hakaretten-12-yil-hapis-cezası/

¹² <https://t24.com.tr/haber/13-yasindaki-cocuga-cumhurbaşkanına-hakaretten-hapis-cezası,459710>

¹³ <https://www.evrensel.net/haber/334547/13-yasindaki-cocuga-cumhurbaşkanına-hakaret-cezası>

verildi

¹⁴ <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/avrupa-da-devlet-baskanina-hakaretin-yaptirimlari>

¹⁵ <https://www.dw.com/tr/cumhurba%C5%9Fkan%C4%B1na-hakaret-cezas%C4%B1-kald%C4%B1r%C4%B1lma%C4%B1/a-19117691>

¹⁶ <https://www.hurriyet.com.tr/>

gundem/aihm-baskan-yardimcisi-isil-karakas-cumhurbaşkanına-hakaret-davasi-avrupa-da-yok-30174841

¹⁷ <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201812091036538745-cumhurbaşkanı-hakaret-dava-rekor-artist/>

¹⁸ Türkiye Sözleşmeyi, 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri

iletilmesi ile Sözleşme, Türkiye açısından da yürürlüğe girmiştir.¹⁹ Böylece Türkiye, kendi yetki alanı için de bulunan herkese, bu Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri tanıyacağı taahhüdünde bulunmuş, sözleşme ile bağlanmıştır.²⁰ Sözleşmeyi imzalayıp yürürlüğe koyan devletler şüphesiz bu sözleşmeye uyma yükümlülüğü altındadır. İnsan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunmasında yeni bir dönem başlatan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, öngördüğü denetim mekanizması ile insan hakları alanında dünyada mevcut sözleşmelerin en gelişmiş ve etkili olanıdır. Sözleşme öngördüğü denetim mekanizması ile bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma olanağı vermiştir. Sözleşmenin öngördüğü denetim mekanizmasının en önemli ayağını teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kurulduğu tarihten bugüne kabul edilen Ek Protokollerle birçok değişikliğe uğrayarak çok daha etkin bir hâle gelmiştir.

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki değeri konusunda da söylenmesi gerekenler vardır. Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası iki temel kural koymuştur. Bunlardan birincisi “uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir”, ikincisi “uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla 1982 Anayasasının 90. maddesine eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası

antlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi, yasalar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi tesis etmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk normlar hiyerarşisinde yasaların üstünde yer almaktadır ve iç hukukumuzun doğrudan bir parçasıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası bir teşkilat olan Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş uluslararası bir mahkemedir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların çiğnenmesi durumunda bireylerin, toplulukların, tüzel kişilerin ve diğer devletlerin, belirli usul ve kurallar dahilinde başvurabileceği bir yargı merciidir. 47 Avrupa Konseyi üyesi ülke Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımaktadır. Türkiye'de Avrupa Konseyi üyesi bir ülke olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir.

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DEVLET BAŞKANINA HAKARET

İnsan hakları kavramı açısından ifade özgürlüğü, düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Düşünce ise “bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim

vb. gibi araçlarla yansıtmaktır. Düşünce insanın iç dünyasıyla ilgilidir, açıklanmadığı sürece başkaları tarafından bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle özgür düşünmenin anlam ifade edebilmesi için bireyin düşüncesini açıklama özgürlüğüne de sahip olması gerekir. Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlardan dolayı insanın “kılanmaması” da gerekmektedir.²¹ Bu bağlamda, günümüz demokratik hukuk devletlerinde en çok önem verilen hakların başında ifade özgürlüğü hakkının geldiğini görmekteyiz.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde devletin etkin bir işlevi söz konusudur. Kuşkusuz ifade özgürlüğünü sağlayacak olan devlettir. Dahası devlet, çoğulcu demokratik ilkeler çerçevesinde kendisinin koyduğu normlara uygun düşünmemeyi de güvenceye almalıdır. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğüne ilişkin olup, sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içermektedir. Çünkü ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz; ayrıca, sözleşmeden kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Sözleşmenin 10. maddesi “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat

DİPNOT

Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun” ile onaylamıştır

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, 7.Bası,

s.18.

²⁰ Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan birinci maddesine göre, “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan

herkese bu Sözleşmenin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.” başvurulamaz.”

²¹ Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Bülent Tanör, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.13-15.

özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.” diyerek ifade özgürlüğünü koruma altına almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkını içtihatlarıyla açıklamış ve evrensel ölçütleri ortaya koymuştur.

İfade özgürlüğü, büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir.²² AİHM kararlarında en çok yer tutan ifadeler siyasi nitelikli ifadelerdir. AİHM siyasi ifade özgürlüğüne diğer ifade türleri ile karşılaştırıldığında ayrıca bir önem atfetmektedir. AİHM e göre siyasi ifade özgürlüğü “Tüm demokratik sistemlerin temel ilkesidir”.²³ Mahkemeye göre hükümetler yalnızca yasama organı ve yargı tarafından denetlenmemelidirler, hükümetlerin aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmeleri gerekmektedir.²⁴ Hükümetler hem ağır eleştirilere hoşgörü göstermeli, hem de öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemelidirler,²⁵ AİHM’in siyasi ifadeler konusundaki yaklaşımına göre kamusal organların denetimi bir yurttaşlık görevidir ve yurttaşların bu görevi yerine getirirken ağır ve sert bir üslup kullanması mümkündür. Özellikle hükümetlerin, vatandaşın ifade özgürlüğünü kullandığı durumlarda daha az sınırlayıcı olabilecek müdahaleye başvurması beklenmektedir.²⁶ Siyasi tartışma özgürlüğünün ‘tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi’ olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem

vermek gerekmektedir.^{27 28} Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Cumhurbaşkanına Hakaret” davalarındaki tutumunu somut olarak daha detaylı görebilmek amacıyla vermiş olduğu kararlardan bazılarını inleyeceğiz.

LINGENS

AVUSTURYA KARARI

Mahkeme Lingens adlı bir gazetecinin Avusturya Başbakanı Kreisky hakkında bir yazısında “aşağılık oportünist, ahlaksız, onursuz” ifadelerini kullanmasının cezalandırılması ile ilgili verdiği kararın 42. paragrafta şu yorumda bulunmuştur:

“Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme’nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Ayrıca olay Kreisky’nin bir siyasetçi sıfatıyla ilgili olduğundan bu yazıların yazıldığı ortama bakılması gerekir. Bu yazılar Ekim 1975 seçimlerinden hemen sonra çıkmıştır. Seçimler öncesinde birçok Avusturyalı Kreisky’nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini ve hükümet kurabilmek için Peter’in partisile bir koalisyon oluşturacağını düşünmüştür. Seçimlerden sonra Peter’in nazi geçmişiyle ilgili açıklamalarda bulunulması nedeniyle başbakan da Peter’i savunmuş ve Peter’i kötüleyenlerin faaliyetlerini “mafya yöntemleri” olarak tanımlamak suretiyle onlara

saldırmıştır; işte bunun üzerine Lingens sert bir tepki göstermiştir. O halde tartışma konusu ifadeler seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içinde ele alınmalıdır. Başvurucuya verilen Ceza ve buna dair ulusal mahkemelerin gerekçeleri sözleşme bakımından değerlendirilirken bu koşullar göz ardı edilmemelidir...” “... başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasına yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” bir müdahale olmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre sözleşmenin 10.maddesi ihlal edilmiştir...”

EON

FRANSA KARARI

Eon v. Fransa davasında mahkeme, Fransa Cumhurbaşkanı Sarkozy hakkında “Defol Git Gerizekalı” yazan bir döviz kaldıran başvuruna verilen para cezasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü üzerinden giderek burada verilen cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmış, bu tarz cezaların caydırıcı bir etkisi olduğundan bahsetmiştir. Siyasi söylem ve tartışma alanında ifade özgürlüğünün en üst düzeyde önem taşıdığı ve kamuyu ilgilendiren genel nitelikli sorunlara ilişkin alanlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine kesinlikle izin vermediğini hatırlatmıştır. Mahkeme Eon’un Cumhurbaşkanı Sarkozy için açtığı ‘Defol git, geri zekâli’ yazılı pankartı, ‘hiciv’ olarak nitelemiş ve ifade özgürlüğü kapsamında saymıştır.

OTEGI MONDRAGAON

İSPANYA KARARI

15/03/2011 tarihli ve 2034/07

DİPNOT

22 AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 64.

23 AİHM, Lingens/Austria, Appl. No: 9815/82, 08.07.1986, p. 41-42.

24 AİHM, Şener/Turkey, Appl. No: 26680/95, 17.08.2000, p. 40.

25 Ulaş KARAN, İfade Özgürlüğü, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2”, s. 8.

26 D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü, Ulaş

Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 468

27 AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 69.

28 AYM, Tansel Çölaşan Kararı, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, p. 66

başvuru numaralı Otegi Mondragon/İspanya kararına göre, İspanya Kralı Juan Carlos, Bask bölgesini ziyaret etmiştir. Başvurucu, Sosyalista Abertzaleak grubunun sözcüsü olarak basın toplantısında Kralın ziyaretini eleştirmiştir ve Mondragon elektrik santrali açılışının Kral ile yapılması durumu için 'Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao'da fotoğraf çekilebiliyor', 'gerçek bir utanç' ifadelerini kullanmıştır.²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu ifadelerin provokatif olduğunu kabul etmekle birlikte, şiddet çağrısında bulunmayan ifadeye müdahalenin haksız olduğunu, başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini vurgulamıştır.³⁰

TUŞALP TÜRKİYE KARARI

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, gazeteci-yazar Erbil Tuşalp'e, eleştirel bir yazısı nedeniyle 10 bin YTL'lik tazminat davası açmış, dava sonucunda Tuşalp tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Tuşalp, 2008 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine giderek yazısının ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu iddia etmiştir.

Tuşalp'in dava konusu olan yazısı şöyledir:

"Ama hiç kimse meraklanmasın. İstikrar devam ediyor. Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde saçmalıyor. Ergenlik yaşında 'imam hatipte yaladığı mürekkeple beynine kazınan İslam hukukunu', ne yaparsa yapsın modern hukukla örtüştüremiyor. İstikrar devam ediyor. Tasalanmayın, Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde küfretmeyi sürdürüyor. Dışarıda

'memuru olduğu' Amerika'yı, içeride 'memuru olan' savcıyı tahrik ediyor...İnsanların gözünün içine baka baka yalan söylemenin adı ülke yönetmek oluyor...İstikrar devam ediyor. Adam ulusal gelirden büyümeye, enflasyondan bütçeye kadar herşeyi yalanla kuşatıyor. İnanmayın. İstikrar devam ediyor. Öğretmenden yargıca, savcıdan polise, imamdaki doktora kadar her kadroyu partisinin malı gibi kullanmaya kalkıyor. Hırslanmayın... Suç ne, ceza ne bilmiyor. Üstelik okumuyor, öğrenmiyor. İmam hatipte 12-13 yaşlarında 'bingıldağına' girenlerle yetiniyor."

Ayrıca yazar 'Geçmiş Olsun' isimli makalesinde başbakanın herkese karşı tehditkar ifadelerde bulunmaktan çekinmediğini, başbakanın eleştiriye tahammülü olmayan "psikolojik sorunu olan bir hasta" olduğunu ifade etmiştir.

AİHM, 21/02/2012 tarihli ve 32131/08, 41617/08 başvuru numaralı Tuşalp v. Türkiye kararında önceki kararlarından farklı olarak başvuruçunun gazeteci olduğunu vurgulamış, bu kimliği nedeniyle gazetecinin ifade biçiminin de koruma altında olduğunu değinmiştir. Köşe yazısı içerisindeki ifadelerin Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın kişiliğine kişisel saldırı niteliğinde olmadığını, siyasal eleştiri olarak değerlendirilmesi gerektiğini; gazetecinin kendine has üslubunun ve ifade biçiminin de korunmasının gerektiğini; üstelik başvuruçuya verilen cezanın da başkalarını siyasi kişileri eleştirmekten caydırabileceğini belirtmiştir.³¹

Sonuç olarak mahkeme Tuşalp Kararında, "Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade ve düşünce özgürlüğüyle ilgili 10. maddesini ihlal ettiğine"

hükmetmiş ve Türkiye'yi, Tuşalp'e 5 bin euro para cezası ödemeye mahkum etmiştir.

Özetlemek gerekirse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi noktasında her şeyden önce ifadenin ortaya çıktığı somut koşulları incelemekte; daha sonrasında mağdurun politik bir şahsiyet olmasına vurgu yaparak, sıradan vatandaşla göre eleştirilere katlanması yükümlülüğünün çok daha fazla olduğunu belirtmektedir. Mahkeme ifadelerin provokatif, kaba, rahatsız edici, şok edici olmasını olağan kabul etmektedir. Mahkeme açıklamalarda bulunanların, basın mensubu olması durumunda, koruma alanını daha da genişletmektedir. Mahkemeye göre bu durum hem basının kamuyu bilgilendirme görevinden hem de kamunun bilgi alma hakkından kaynaklanmaktadır.³² Mahkeme ifadenin bilgi içermemesi halinde, değer yargısını ifade etmesi halinde de bu değer yargısını destekleyecek gerçeklerin olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, ifadelerin açık bir şiddet çağrısı içermesi durumunda ve somut olayın koşulları içerisinde incelendiğinde sövme içerdiğine kanaat getirilmesi halinde ifade özgürlüğünün kapsamı dışında bırakmaktadır. Ancak bu halde de verilen para cezasının orantılı ve ölçülü olmasına dikkat çekmekte ve verilen cezanın başkalarının ileride dile getirebileceği ifadeleri kısıtlayacağı etki yaratmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin siyasetçilerin eleştirilere karşı hoşgörülü olması gerektiği yorumu istikrarlı bir içtihattır. Kararlarda siyasal tartışmaların sertliği ve siyasetçinin bu tartışmadaki payının da değerlendirildiği bir denge unsuru gözetilmektedir.

DİPNOT

²⁹ AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü. Erhan Tanju, 2. Baskı, s. 213

³⁰ AİHM, Otegi Mondragon v. İspanya

Davası. No: 2034/07, Karar Tarihi: 15/03/201

³¹ AİHM, Tuşalp v. Türkiye Davası No: 32131/08, 41617/08, Karar Tarihi:

21/02/2012

³² Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunun İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi, Onur Atakan,

Tüm bu nedenlerle Türkiye Cumhuriyeti'nde aynı zamanda Parti Genel Başkanı da olan Cumhurbaşkanı hakkındaki ifadelerin söylendiği ortam, suçun maddi ve manevi unsurlarının tespiti bakımından önem arz etmektedir.

CUMHURBAŞKANINA HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI EĞİLİMİ

Kamu görevlilerine, devlet başkanlarına veya siyasetçilere yönelik eleştirilerin demokrasinin en önemli unsurlarından biri olduğunu vurgulamak amacıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu yayımlamıştır. AİHM içtihatları ile uyumlu olan Deklarasyonda temel ilkeler belirlenmiştir. Buna göre:

1. Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir gereğidir.
2. Devlet ve kamu kuruluşları eleştiri konusu yapılabilir.
3. Siyasi şahsiyetler, haklarında kamuoyunda tartışma olmasını ve buna bağlı olarak da görevlerini yerine getiriş tarzları konusunda kendilerine gerektiğinde şiddetli eleştiriler yöneltilebileceğini peşinen kabul etmişlerdir.
4. Memurlar kamuoyunun denetim ve eleştirilerini kabul etmelidirler.
5. Kişilerin, kamuoyunu olaylar hakkında yanıltmaması kaydıyla, ileri bir abartma, hatta tahrik boyutuna varabilen hiciv özgürlüğü bulunmaktadır.
6. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip olmaması gerekir. Bundan hareketle iç hukukta, siyasi şahsiyetleri eleştiren medya

kuruluşlarına karşı daha ağır cezalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır.

7. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin özel yaşamları, medya kuruluşları tarafından yapılabilecek haberlere karşı Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca korunmalıdır.
8. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından hak ihlallerine karşı sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının aynalarına sahip olmalıdırlar. Cumhurbaşkanı hakaret suçunun mevzuattan kaldırılması gerektiği vurgusu, Avrupa Konseyi'nin anayasal konularda uzman organı olan Venedik Komisyonu tarafından da yapılmıştır. Komisyon, 15/03/2016 tarihli görüşünde de bu hususu belirtmiştir. Venedik Komisyonu Türkiye için hazırladığı raporda sadece Cumhurbaşkanı doğrudan sövme içeren ifadelerle karşı soruşturma başlatılmadığını; kamuoyunda tartışılmasında fayda olan konular hakkında da vatandaşların özellikle de gazetecilerin ifade özgürlüğünün kısıtlandığını tespit etmiştir. Ayrıca 6 Ocak 2016 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğünün, Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere üst düzey devlet memurlarına hakaret eden kişilere karşı derhal yasal işlem başlatmasını isteyen bir genelge yayınladığını, pek çok soruşturmayı ve tutuklamayı kaygıyla izlediklerini belirtmiştir.

Özellikle 16 yaşında bir çocuğun okulundan gözetaltına alınmasının toplumda ürpertici bir etki yaratmaya yönelik olduğu; Cumhurbaşkanı Hakaret Suçunun cezai yaptırımının

orantısız ve ifade özgürlüğünü oldukça kısıtlayıcı olduğu; mahkemelerin ifade hakkında değer yargısı ve olgu isnatları arasında ayırım yapmadığı belirtilmiştir. Komisyon, söz konusu maddenin ifade özgürlüğünü oldukça kısıtlayıcı uygulamalara yol açtığı, devlet başkanlarına hakaret suçunun suç olmaktan çıkartılması gerektiği ve suçun yaptırımının hapis cezası olmasının Avrupa hukukunun bu konudaki eğilimlerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. 14 Ekim 2016 tarihli ve 858/2016 sayılı görüşünde de Cumhurbaşkanı hakaret suçunun mevzuattan kaldırılması gerektiği yeniden dile getirilmiştir. 14 Ekim 2016 tarihli görüşünde Venedik Komisyonu, TCK 299'da yer alan Cumhurbaşkanı Hakaret Suçunun aşırı yaptırımlara neden olduğunu ve fazlasıyla geniş uygulandığını tespit etmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklara Dair Sözleşme kapsamında koruma altına alınan ifadelerin cezalandırıldığı sonucuna varmıştır. Açıkça "Aşırı derecede kullanılmasından dolayı, 229. Madde (Cumhurbaşkanına Hakaret) tamamen kaldırılmalıdır" demiştir.³³ [33]

AİHM içtihatlarında, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonunda ve Venedik Komisyonunun 15/03/2016 tarihli ve 14/10/2016 tarihli görüşlerinde kamu görevlilerinin ve devlet başkanlarının özel bir kanunla koruma altında olmasının gerekmediği belirtilmiştir. Şüphesiz bir demokrasinin zenginliği, ifade özgürlüğünün genişliğiyle ölçülebilir. Oysa cumhurbaşkanına hakaret suçu, sivil aktörlerin yürütmenin karar ve eylemleri üzerindeki kamu denetimini fiilen sınırlamaktadır. Hakaretin yaptırımı, taraf olunan

DİPNOT

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:141, s. 207
33 Venedik Komisyonu'nun 14/10/2016

tarihli ve 858/2016 sayılı Raporu için bkz. <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik->

Komisyonu-Yasama-kunulmaz

uluslararası sözleşmelerin de tavsiye ettiği üzere, ceza hukukuyla değil, özel hukukla düzenlenmelidir. Demokratik bir ülkede ifade özgürlüğü, gücü elinde bulunduranların karar ve eylemlerine dönük eleştirinin sınırlarıyla ölçülebilir. Burada temel ilke, seçilmişlerin, siyasi sorumluluklarının gereği olarak, ağır ya da hafif her türlü sözlü ifade, eleştiri, hiciv ve ithama karşı toleranslı davranmayı kabul etmeleri, bu eleştiri ve hicvin kendisine ulaşma yollarını açık tutmalarıdır. Bu, siyasi görgü ve kültürün apaçık bir yansıması; dahası idareye talip olmanın doğal sonucudur. Siyasette zaman zaman sert tartışma ve sataşmaların yaşanması ve ülkemizi yönetenlerin de sık sık sert ifadeler kullanması göz ardı edilmemelidir. Türkiye’de giderek daha sık başvurulanan Türk Ceza Kanunu’nun 299. maddesinde düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçu, seçilmişlerin bu demokratik kültürü içselleştirmeleri ile seçenlerin ifade özgürlükleri için bir engeldir. Halihazırda Türkiye’de son yedi yılda cumhurbaşkanına hakaret gerekçesiyle 13 bin civarı dava açılmıştır. Bu filli durum, yasanın amacının ötesinde bir saikle kullanıldığı ve ifade özgürlüğünü tehdit ettiği tespitlerinin yapılmasını haklı kılmaktadır.

SONUÇ

Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunu içeren 299. madde ile ilgili genel olarak şu sonuçlar açığa çıkmaktadır: Hakaret suçları, bugün tüm dünyada ifade özgürlüğünü engelleyen bir düzenleme olarak görülmekte ve hakaret suçlarının ceza kanunlarında yerleri olmadığı düşünülmektedir. Her şeyden önce hakaret suçunun, ceza kanununda yer alması, çağdaş uygulama ve önerilere terstir; olgun bir demokraside gerekliliği ve etkisi tartışmalıdır. Mevcut haliyle kanunun varlığı, caydırıcılık yaratmadığı gibi, ifade özgürlüğü önünde açık bir engeldir. Nitekim Türkiye’nin kurucu üyelerinden

olduğu Avrupa Konseyi, hakaret suçunun ceza Kanunu’nun dışına çıkmasını özendirilmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesine göre, hakaret suçunun cezası üç aydan iki yıla kadar değişirken, bu suç cumhurbaşkanına karşı işlendiğinde, ceza bir yıldan dört yıla kadar değişecek şekilde artmaktadır. Ceza Kanunu’nun 125. maddesi kamu görevlilerine, 299. maddesi de cumhurbaşkanına ceza yoluyla fazladan koruma sağlamaktadır. Bu durum, Anayasanın 10. maddesinde tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Ek olarak 299. madde, suç basın ve yayın yoluyla işlendiğinde ceza artırımı öngörmektedir, ki bu durum medya üzerinde fiili bir sansüre yol açmaktadır. Bu haliyle kanunun uygulanması, Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin dışına çıkmak anlamına gelmektedir.

Demokratik birçok ülkede devlet başkanına hakaret, suç olarak ceza kanunlarında halen yer bulsa da, bu durum Türkiye’de farklıdır. Çünkü devlet başkanına hakaret suçu parlamenter demokrasilerde tarafsız ve siyasi olarak sorumsuz cumhurbaşkanı, devlet başkanı ya da monarkı, siyasi tartışmaların dışında tutmayı özendirmek için kurgulanmıştır. Başkanın seçimle geldiği ve yürütme organını tek başına temsil ettiği başkanlık sistemlerinde bu suç ve cezanın varlığı, gerekçeden ve meşruiyetten yoksundur. Türkiye’de cumhurbaşkanına hakaret dava sayısının ve yoğunluğunun, cumhurbaşkanının halk oyuyla seçilmeye başlamasıyla arttığı görülmektedir. Partili ve seçimle gelen bir siyasinin, hiciv ve ithamın odağı olmaktan kaçınması olası değildir. İkinci olarak istatistikler Türkiye’de bu maddeye başvurunun, parlamenter sistemdeki varoluş amacının da ötesine geçtiğini kanıtlamaktadır. Bu, suç tanımı ile ceza arasındaki dengenin açıkça bozulduğunu ve

orantılılık ilkesinin çiğnendiğini göstermektedir. Cezanın ölçülülüğü açısından da Türkiye iyi bir örnek değildir. Avrupa’da genel düşünce, zaten sayıları hayli az olan hakaret davalarında verilebilecek olası cezaları sembolik düzeye indirmek yönündedir. Kaldı ki bu sembolik cezaların bir kısmı dahi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Hakaret davalarında mahkemelerin normu yorumlarken, değere dayalı eleştiri ile (value based) olaya dayalı eleştiri (fact based) arasında ayırım yapmaması, öznel değerlendirmelere kapı aralamakta; bu da yargı bağımsızlığı açısından sorunların çoğaldığı bir dönemde davaların ifade özgürlüğü aleyhine sonuçlanmasına neden olmaktadır. Çünkü siyasi eleştiri belli olaylara dayalı olduğu sürece, hangi dozda olursa olsun, ifade özgürlüğü olarak görülmelidir.

Cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla açılan davalar uzun süre devam etmekte ve soruşturma sürecinde sık sık tutuklama önlemi yoluna gidilmektedir. Kişi bu mahkumiyetle yaşamak zorunda bırakılmaktadır. Bu durum, ifade özgürlüğü literatüründe, soğutma etkisi olarak adlandırılan, eleştirilerin kanuni süreçler yoluyla susturulmasına neden olmaktadır.

Son olarak, hakaret suçlarıyla ilgili verilen hükümler sonrası, iç hukuk yollarından yanıt alınamamakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru sayısı hızla artmaktadır. Bu davalardan genelde 10. maddenin ihlali kararı çıkmakta ve Türkiye’nin insan hakları karnesi ve kurumsal itibarı zarar görmektedir. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu gerekçesiyle açılan binlerce soruşturma ve kovuşturma, dördüncü kuvvet olması beklenen medyanın, sivil toplumun ve vatandaşların ifade haklarının fiilen askıya

alınmasına neden olmaktadır. Bu, demokratik olduğunu iddia eden bir idare açısından kabul edilebilir değildir. Özgür basın, özgür ifade ve eleştirinin olmadığı yerde, demokrasinin de varlığından söz edilemez. Bu nedenle konuya bir kanunun yürürlükten kalkması perspektifinden değil, demokrasi ve ifade özgürlüğü perspektifinden bakılmalıdır. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu, çoğu zaman ifade özgürlüğüne sınırlamak üzere kullanılmaktadır. Herhangi bir yasanın, temel hakları sınırlamak için kullanılması, toplumda infial yaratır ve kutuplaştırmayı derinleştirir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu kaldırılmalı ve hakaret sorunu özel hukuk disiplin hükümleriyle çözülmelidir.

MAKALE

KARAR İNCELEMESİ

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR AÇISINDAN CİNSEL TACİZ SUÇUNUN UZLAŞTIRMA KAPSAMINDA OLDUĞUNA DAİR YARGITAY KARARININ ELEŞTİRİSİ (18. C.D. 15.11.2017, 2015-42460/ 2017-12981)

Dr. Ş. Cankat TAŞKIN*

ÖZET:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde cinsel suçlar hakkında şikayete tabi olsalar dahi uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı, ikinci cümlesinde ise, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsamda olmayan başka bir suç ile birlikte işlenmesi durumunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay 18'inci Ceza Dairesi 2015/42460 Esas 2017/12981 Karar ve 15.11.2017 tarihli kararında, cinsel taciz suçunda, suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma işlemlerinin uygulanması gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bozma kararı, Ceza Muhakemesi Hukuku'nun genel kurallarına, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/3 hükmü ile Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'ne ciddi aykırılıklar taşımaktadır. Bu çalışmada adı geçen karara eleştiri getirilmiştir.

GİRİŞ;

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde cinsel suçlar hakkında şikayete tabi olsalar dahi uzlaştırma

hükümlerinin uygulanamayacağı, ikinci cümlesinde ise, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsamda olmayan başka bir suç ile birlikte işlenmesi durumunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay 18'inci Ceza Dairesi (C.D.) 2015/42460 E. 2017/12981 K. ve 15.11.2017 T. kararında,¹ cinsel taciz suçunda, suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma işlemlerinin uygulanması gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Adı geçen kararında Yargıtay, CMK'nın 253'üncü maddesinin 1-c bendine dayanarak, cinsel taciz suçunun faili olan bir suça sürüklenen çocuk hakkında, yerel mahkeme tarafından uzlaştırma hükümlerinin uygulanmamasını ve hakaret suçu ile birlikte işlenen cinsel taciz suçu yönünden de suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğini gerekçe göstererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bozma kararı, Ceza Muhakemesi Hukuku'nun genel kurallarına, CMK'nın 253/3 hükmü ile Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'ne ciddi aykırılıklar taşımaktadır.

Bu çalışmada adı geçen karara,

DİPNOT

* Avukat, Bursa Barosu üyesi, sctaskin@yahoo.com

¹ Karar yayınlanmamıştır. Kararın tam metni, yazımızın en sonunda

karar tahlil yöntemi uygulanarak eleştiri getirilmiştir.

I.) MADDİ VAKIA-MERCİ KARARLARI VE ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ MESELE

A.) MADDİ VAKIA VE MERCİ KARARLARI

İçtihadada konu maddi vakia, suça sürüklenen çocuklar açısından cinsel taciz suçunun, 02/02/2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesi ile değişik CMK’nın 253/1. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi uyarınca uzlaştırma kapsamında olup olmadığıdır.

Adı geçen kararda Yargıtay, 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesi ile değişik CMK’nın 253/1. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi uyarınca cinsel suçun faili olan suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma usulünü uygulamayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Bozma kararından anlaşıldığı kadarıyla bir suça sürüklenen çocuk tarafından, mağdura/katılana karşı cinsel taciz ve hakaret suçları işlenmiştir. Karardan, yerel mahkemenin gerekçesi açıkça anlaşılamiyor olsa da yerel mahkemenin kararının 02/02/2016 tarihli CMK değişikliğinden önce verildiği anlaşılmaktadır. Bozma kararından mağdurun/katılanın yaşı da açıkça anlaşılammamaktadır. Bozma kararından anlaşıldığı kadarıyla, çocuk mahkemesi suça sürüklenen çocuğu, uzlaştırma hükümlerini hiç uygulamadan cinsel taciz ve hakaret suçlarından mahkum etmiş, suça sürüklenen çocuğun müdafii tarafından adı geçen karar temyiz edilmiştir.

Adı geçen kararda özetle
“Hükümden sonra 02/02/2016

tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6763 sayılı Kanunun 34. maddesi ile değişik CMK’nın 253/1. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi uyarınca, üst sınırı üç yılı geçmeyen atılı cinsel taciz suçunun uzlaştırma kapsamına alınmış olması karşısında; anılan Kanunun 35. maddesiyle değişik CMK’nın 254. maddesi gereğince cinsel taciz suçu ve onunla birlikte işlenen hakaret suçu yönünden suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir” denmiş ve yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Yargıtay 18’inci C.D. 2015/42460 E. 2017/12981 K. ve 15.11.2017 T. kararında, failin suça sürüklenen çocuk olması durumunda, cinsel taciz suçu ve bu suça birlikte işlenen hakaret suçu açısından, CMK’nın 253’üncü maddesinin 1-c bendinin uygulanmasına ilişkin yeni, fakat yasal düzenlemeden farklı bir yorum getirmiştir. Görebildiğimiz kadarıyla Yargıtay’ın bu yönde başka bir kararı yoktur. Bu karar da oybirliği ile verilmiş olan bir karardır. Aşağıda çalışmada adı geçen kararın tahlili yapılmıştır.

B-) ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ UYUŞMAZLIĞIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çözümü gereken hukuki sorun, CMK’nın 253’üncü maddesinin ilk fıkrasının son cümlesindeki “c) [Ek: 24/11/2016-6763/34 md.] Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.” şeklindeki hükmün, suça sürüklenen çocuklar bakımından cinsel taciz suçlarını uzlaştırma

kapsamına alıp almadığı ile, bu düzenlemenin CMK’nın 253/3 hükmündeki “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olsa bile, (...) [1] cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009-5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz” şeklindeki kural karşısında nasıl yorumlanması gerektiğidir. Bu yoruma göre, cinsel taciz suçunun suça sürüklenen çocuklar açısından uzlaştırma kapsamında olup olmadığı ve bu suça birlikte işlenen hakaret suçu bakımından da uzlaştırma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Başka bir deyişle, çözülmesi gereken hukuki uyumsuzluk, cinsel taciz suçunda uzlaştırma açısından CMK’nın 253/1-c bendinin mi yoksa CMK 253/3’ün mü öncelikle uygulanması gerektiridir.

II.) HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Tahlil edilen kararda Yargıtay’ın vermiş olduğu kararın pek çok yönden hatalı olduğu görüşündeyim.

1-) Her ne kadar gerekçeli kararda “Hükümden sonra 02/02/2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6763 sayılı Kanunun 34. Maddesi ile değişik CMK’nın 253/1. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi uyarınca, üst sınırı üç yılı geçmeyen atılı cinsel taciz suçunun uzlaştırma kapsamına alınmış olması karşısında; anılan Kanunun 35. Maddesiyle değişik CMK’nın 254. Maddesi gereğince cinsel taciz suçu ve onunla birlikte işlenen hakaret suçu yönünden suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir” denmiş ve

yerel mahkemenin kararı bozulmuş ise de CMK'nın 231/1-c maddesi uzlaştırmaya tabi olan tüm suçlar açısından genel uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Başka bir deyişle, CMK 231/1-c gereğince, suça sürüklenen çocuk hakkında uzlaştırma işlemlerinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce CMK'nın 253'üncü maddesinde sayılan ve uzlaştırma kapsamında olan bir suçun bulunması gerekir.² Oysa, CMK 253/3 fıkrasında hiçbir istisna gözetmeksizin ve suça sürüklenen çocuklar açısından da bir ayrıkı tanımaksızın tüm cinsel suçların, şikayete tabi olsa dahi uzlaştırmaya tabi olmadığı ifade edilmiştir.³ Bundan çıkan anlam, cinsel suçların faili çocuk da olsa

yetişkin de olsa tüm cinsel suçların uzlaştırma kapsamı dışında tutulduğudur.⁴

Ceza muhakemesi hukukunda kuralların birbirleriyle yakınlıkları, ilişkili oldukları süje (taraf) veya işlemin niteliği esas alınarak sınıflandırıldığı görülmektedir⁵. Bu sınıflandırma ve sıralama, başka bir deyişle, yasadaki sistematik, bir kuralın nasıl yorumlanması gerektiği hakkında fikir verir. Bu nedenle, bir hükmün yorumunda, o hükmün içinde yer aldığı bölüm, kısım, kitap ilişkisi hatta bir maddenin içindeki fıkra-bent ilişkisi de bir hükmün yorumunda sistematik açıdan önem taşıyabilir⁶.

Bu yönden bakıldığında CMK'nın

253/3 düzenlemesi cinsel suçlar bakımından özel ve istisnai nitelikte bir düzenlemedir.⁷ Bu nedenle, CMK 253/3'ün CMK 253/1-c bendine göre öncelikle uygulanması gerekir⁸. Nitekim, CMK 253/3 hükmü, CMK 253/1-c'ye göre, sistematik açıdan da 253/1-c bendinden daha sonra⁹ düzenlenmiştir.¹⁰ Şu halde, hukuktaki sistematik yorum¹¹ yöntemi gereğince, 253'üncü maddenin bütüncül şekilde yorumlanması¹² ve bu yoruma göre bir kanaate varılması gerekir.¹³ Amaçsal yorum¹⁴ esas alınacak olursa da CMK 253/3 hükmünün uygulanması gerekecektir; zira kanun koyucu cinsel suçları özellikle uzlaştırmadan dışında tutmuştur.¹⁵

DİPNOT

paylaşılmaktadır.

2 "CMK 253. maddesinde belirtilmeyen suçlar uzlaştırma kapsamı dışındadır." (Berrin Akbulut/Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 111)

3 Akbulut/ Aksan, s. 104

4 Nitekim öğretide Bayındır/Ersöz tarafından da benzeri bir görüş öne sürülmüş ve "CMK 253/3 ve CMUY 8/4 hükümleri karşısında suça sürüklenen çocuklar bakımından da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği kanaatindeyiz. CMK 253/3 ve CMUY 8/4 hükümleriyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; şikayete bağlı olsun ya da olmasın veya üst sınırları üç yılı aşsın ya da aşmasın, yetişkinler ve suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırma yolunun kapalı olduğu suçlardır." denerek görüş ifade edilmiştir. (Sinan Bayındır/Oğuz Ersöz, Uzlaştırma, 2. Baskı, Ezgi Matbaacılık, İstanbul 2019, s.117, dipnot 258)

5 Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Beta Yay. İstanbul 2019, s. 48

6 Centel/Zafer, 2019, s. 48

7 Kuralın istisnai olduğu ve bu nedenle dar yorumlanması gerektiği hakkındaki benzeri görüş için bkz Can Canpolat/ Zeyyat Sabuncuoğlu, Uzlaştırma, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Legal Yay. İstanbul 2019, s. 84; Ayrıca bkz Ali İhsan İpek/Engin Parlak, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 69

8 Aynı yönde bkz Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2020, s. 106

9 "Gramatik yorumun tamamlayıcısı olan bu yorum yöntemine göre maddenin anlamı kanundaki yerine göre belirlenir. Yasakoyucu, muhakemeye ilişkin hükümleri aralarındaki ilişkiye, niteliğine vb göre sınıflandırmıştır." (Veli Özer Özbeke/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, Seçkin Yay. Ankara 2019, s.88)

10 Akbulut/Aksan, s.104

11 "Sistematik yorum yöntemi, kanunun maddelerinin tek tek ele alınarak yorumlanmasından ziyade, tüm maddelerin tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasını önerir. Kanun maddeleri birbirleriyle tutarlı hale getiren bağıntılar üzerinde durur." (Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Yay., 11. Baskı, Bursa Ağustos 2014, s.270)

12 "Sistematik yorum yönteminin altında şu Latince ilke yatar: "Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit (Kimse bütünü okumadan bir parçayı doğru olarak anlayamaz). Yani bu özdeyişe göre bir metnin bütünü okunmadan o metnin parçasını doğru anlamak mümkün değildir. ...Yani metnin bir bölümünün en iyi yorumu o bölümden önce ve sonra gelen bölümler göz önünde bulundurularak yapılır. Aynı şekilde bir cümle, o cümleden önce ve sonra gelen cümlelere bakılarak

yorumlanmalı, bir kelimenin anlamı o kelmeden önce ve sonra gelen kelimelerin anlamına bakılarak tespit edilmelidir." (Gözler, s. 270)

13 "Gerçekten aykırılık olmadığı açık olan hallerde birbirine aykırı gibi gözüken normlar arasında kural-istisna ilişkisi olduğunda şüphe edilmemelidir. Örneğin aynı kanun içerisinde aykırı iki norm bulunmasına, üstü kapalı ilga söz konusu olamayacağına göre, mantık müsaade etmez. O halde bunların birbirine aykırı olduklarını değil, birinin kural, diğerinin istisna olduğunu kabul etmek mantık yönünden zorunludur." (Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 104)

14 "Amaca göre (teleolojik) yorum, yasanın anlamını ortaya çıkarmak için amacının esas alınması demektir. Amaca göre yorum yönteminde önemli olan husus normun Ratio Legis'inin (öz amaç) nasıl tespit edileceğidir. Her normun korumayı amaçladığı değer veya değerler vardır. Amaca göre yorumla, norma ilişkin kanun koyucunun sübjektif iradesi değil, normun kendi varlığından kaynaklanan amacı ortaya koyulur. Bunun için öncelikle kanun metni, kanunun sistematigi, normun objektif anlamı araç olarak kullanılır. Eğer bu araçlarla bir sonuca ulaşılamazsa kanun koyucunun sübjektif iradesi tarihsel yorum yöntemi bu yorum türünü destekler." (Centel/Zafer, 2019, s. 48)

15 Özen, s.108

Eğer CMK 253/3'te "cinsel suçların failinin çocuk olması durumunda uzlaştırma uygulanabilir" şeklinde bir düzenleme olsa idi Yargıtay'ın yorumu haklı bulunabilirdi. Ancak, CMK 253/3'te suça sürüklenen çocuklar açısından bu şekilde bir istisnai düzenleme getirilmediğine ve CMK 253/3 hükmü, cinsel suçlar açısından CMK 253/1'e göre "özel düzenleme" olduğuna göre, Yargıtay'ın yorumunun aksine, 2.2.2016 tarihli kanun değişikliği ile suça sürüklenen çocuklar açısından cinsel suçların uzlaştırma kapsamına alındığını söylemek hukuken mümkün görünmemektedir.¹⁶

2-) Yargıtay, bahsi geçen içtihadı ile kanunda uzlaştırma kapsamına girmede açıkça ifade edilmiş olan bir suçu uzlaştırma kapsamına almıştır. Oysa, kanun ile açıkça uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuş olan (istisnai kural konan) bir suçun içtihat yoluyla geniş (sanık veya suça sürüklenen çocuk lehine) yorumlanarak genişletilmesi ceza muhakemesi hukuku ile ceza hukukundaki yorum ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Yargıtay'ın bozma kararının ancak atılı

cinsel taciz suçunun 6.12.2006 tarihinden önceki bir tarihte işlenmiş olması durumunda sanık lehine uygulanma ilkesi kuralı gereğince hukuki bir temele oturabileceği söylenebilir.¹⁷ Ancak, karardan cinsel taciz suçunun ve bu suçla birlikte işlenen suçun 6.12.2006 tarihinden önce (TCK 73/8 yürürlükteyken) işlenmiş olduğuna ilişkin açık bir bilgiye ulaşılamamaktadır. Bilakis, kararın tebliğname numarasının 4-2014/154163 olmasından yola çıkarak, yerel mahkemenin kararının 6.12.2006 tarihinden sonra verilmiş olma olasılığının yüksek olduğu ifade edilebilir.

Cinsel suçların şikayete tabi olsa da olmasa da uzlaştırma kapsamı dışında tutulmasının bir mantığı vardır. Bu da cinsel suçların mağdurunun uzlaştırma müzakereleri sırasında başından geçen travmatik olayı tekrar yaşamamasının sağlanmasıdır.¹⁸ Öğretide de son derece isabetli bir şekilde, cinsel suçlarda mağdura uzlaştırma teklifinde bulunulmasının dahi mağdurun onurunu zedeleyeceği ifade edilmiştir.¹⁹

Ayrıca, bu tip suçların özelliği gereği, Türkiye'deki sosyo-kültürel toplum yapısı da gözetildiğinde, mağdurların kendini toplumsal yahut ailevi baskı altında hissedip istemeseler de uzlaştırma yoluna başvurmaları söz konusu olabilecektir. Oysa uzlaştırmanın tamamen tarafların özgür iradesi ile gerçekleştirilmesi gerekir.²⁰ Uzlaşma tarafların özgür iradesine dayanmazsa, kararlaştırılan edim de geçerli olmaz.

Nitekim Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 18/5 maddesinde soruşturma aşamasında savcının; 25/5 maddesinde ise kovuşturma aşamasında mahkemenin uzlaştırma raporu veya belgesini, "uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanmaması, edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması nedeniyle onaylamama" yetki ve görevinin bulunduğu ifade edilmiştir. Şu halde, uzlaşmanın tarafların özgür iradesine dayanması uzlaştırmanın geçerlilik şartıdır. Eğer cinsel suçlarda uzlaştırma uygulanamayacağına dair CMK 253/3'teki açık ve kesin kurala Yargıtay içtihadı ile istisna getirilirse uzlaştırma kurumuna olan güven nasıl tesis edilecektir?

DİPNOT

16 Aksi yöndeki görüş için bkz Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaştırmacılar İçin Ceza Hukuku, [Yazarın Kendi Yayını], İstanbul 2017, s. 41

17 Ancak ifade etmek gerekir ki 6.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan TCK 73/8'de soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan tüm suçlar bakımından uzlaştırma işlemlerinin uygulanabileceği ifade edilmekteydi. Bu nedenle 6.12.2006 tarihinden önce işlenmiş olan cinsel suçlar uzlaştırma kapsamındaydı. 6.12.2006 tarihinden sonra ise cinsel suçlar hakkında CMK 253/3 hükmü gereğince uzlaştırma işlemlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Yargıtay'ın da benzeri yönde muhtelif kararları bulunmaktadır. (14.CD, 6.3.2013 T., 2012/7591 E., 2013/2298 K., 14.CD, 19.3.2012 T., 2011/7584 E., 2012/3194 K. sayılı kararları: Aktaran: Mümin Güngör, Ceza Yargılamasında Uzlaştırma,

Adalet Yay., Ankara 2019, s. 156)

18 Ancak, uzlaştırma sürecinde ve sonrasında gizlilik yükümlülüğü olmasını ve bu nedenle de yaşanan travmatik sürecin hakim önündeki aleni yargılamada tekrarlanmasının mağdur açısından çok daha sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini, kaldı ki uzlaştırmanın zorunlu olmadığını ifade eden görüşe katılmamızın mümkün olmadığını da ifade etmeliyiz: "Ceza Muhakemesi Hukukunda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yolunun açılması önemli bir yeniliktir. İlk bakışta, bu tür suçlarda uzlaştırma olanağının tanınmasının ahlâk kurallarıyla bağdaşmayacağı, mağdurun onurunu zedeleyebileceği ve hatta bazı hâllerde mağdurun aleyhine olabileceği düşünülse de, aslında uzlaştırma süreci, özellikleri itibarıyla mağdura birçok yarar sağlayacaktır. Her şeyden önce, bu tür suçlarda travmatik bir tecrübe yaşayan mağdur, yargılama sürecinde çeşitli vesilelerle (örneğin beden muayenesi) tekrar bu

olayları hatırladığı için psikolojik olarak zarar görmektedir. Bu tür işlemlerden kurtulan mağdur, uzlaştırma sürecinin gizli olması sayesinde, aleniyet ilkesinin hâkim olduğu dava sürecinde maruz kaldığı utanma duyusuna katlanmayacaktır. Ayrıca, uzlaştırmaya başvurulmasının zorunlu olmadığı, mağdurun istediği takdirde bu yola gideceği de unutulmamalıdır." (Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", AÜHFD, C.54, S.3, 2005/3, s.297, dipnot 25)

19 Ayşe Nuhoğlu, "Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar", Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, [Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey], İstanbul 2005, s. 284

20 "Soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin mağdur üzerindeki travmatik etkilerinden korunmak için uzlaştırma teklifinin kabul edileceği yaklaşımı, uzlaştırmanın kişinin özgür iradesine dayanması ve gönüllü olması ilkeleri ile de çelişir. Mağdur psikolojik veya toplumsal baskıdan

Devlet, bir yandan alternatif çözüm yollarından olan uzlaştırmayı teşvik edip bu konuda düzenlediği eğitim ve sınavlarla nitelikli uzlaştırmacılar yetiştirmeye gayret ederken, diğer yandan Yargıtay tarafından verilen bu tip hatalı kararlarla uzlaştırmaya olan güven sarsılmaktadır.

Yaptığımız araştırmada Yargıtay'ın bu yönde verilmiş olan başka bir kararına rastlamadık. Bu nedenle, tahlil ettiğimiz kararın yerleşik içtihat haline geldiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Uzlaştırmacının bir amacı onarıcı adalet kapsamında mağduru (ve failin) haklarının belirlenen ortak bir edim yolu ile korunması suretiyle toplumsal barışın sağlanmasıdır. Onarıcı adalet anlayışı suç olgusuna karşı mağdur merkezli bakan, affedici, sorumluluk yükleyici bir adalet anlayışıdır.²¹ Ancak cinsel suçların onarıcı adalet kapsamında uzlaştırmaya dahil edilmesi ile toplumsal barışın sağlanabileceği kuşkuludur. Kaldı ki cinsel suç işleyen faillerin çoğunun yeniden sosyalleştirilmemesi halinde yaşamı boyunca ortalama 300 kadar cinsel suç işleyebileceği de tahmin edilmektedir.²² Bu durumda, fail ile mağduru bir cinsel suçta uzlaştırılması durumunda edim olarak failin yeniden sosyalleşmesi için ne kararlaştırılabilir? Hangi edim türü faili bir daha cinsel suç işlemekten alıkoyacaktır?

3-J) Yargıtay, ceza muhakemesi kurallarının derhal uygulanması kuralını hatalı yorumlamıştır. CMK'da yapılan değişikliklerin DİPNOT

kurtulmak veya ceza muhakemesi işlemlerinden kaçınmak için uzlaşmayı kabul ediyorsa, orada gönüllülüğten veya özgür iradede söz edilemez. Mağduru uzlaşmaya sevk eden saik, suçtan kaynaklanan maddi veya manevi zararının giderilmesi olmalıdır. Cinsel suçlarda ise suçtan kaynaklanan zararın uzlaştırma yoluyla giderilmesine çalışılması çok daha büyük ahlaki ve toplumsal sorunlara

sanığın/şüphelinin lehine de aleyhine de olsa derhal uygulanması esası vardır.²³ CMK'nın 253/1-c maddesi 2.12.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği anda derhal uygulanır. Yerel mahkemenin hükmü verdiği tarihte ise adı geçen düzenleme yürürlükte olmadığına göre, uzlaştırmacının kapsamında olan ve mağduru özel hukuk tüzel kişisi yahut gerçek kişi olması kaydıyla, üst sınırı üç yılı geçmeyen tüm suçların (kanunda özellikle istisnası belirtilmiş olmadıkça) uzlaştırma kapsamına alınması, değişikliklerin suça sürüklenen çocuklar bakımından derhal uygulanması gerektiği kuşkusuzdur. Ancak, bu kuralın uygulanabilmesi için CMK'da uzlaştırmaya tabi olmayan suçlar açısından herhangi bir istisna olmaması gerekir. Oysa, biraz yukarıda da ifade edildiği üzere CMK 253/3'te cinsel suçların şikayete tabi olsa dahi, uzlaştırma kapsamı dışında tutulduğu kanunda açıkça ifade edilmiş ve suça sürüklenen çocuklar bakımından bu kurala bir istisna da konmamıştır. Başka bir deyişle, CMK'nın aynı maddesindeki (daha eski tarihli de olsa) farklı bir düzenleme ile uzlaştırma açısından istisnai bir hüküm konmuştur. İstisnai kuralların sanık/şüpheli lehine de olsa genişletici şekilde kıyasa konu edilememesi de CMK'nın temel kurallarındandır.²⁴ Yargıtay, bu kararıyla kanunda açıkça sayılmış ve kapsam dışında tutulmuş bir suçu uzlaştırma kapsamına almıştır. Bu durumda, CMK 253/3 düzenlemesinin ve burada ifade edilen cinsel suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin

istisna suça sürüklenen çocuklar bakımından "kadük" kalmıştır. Yargıtay'ın kararı bu yönüyle de hukuka aykırıdır.

4-J) Yargıtay'ın "CMK'nın 254. Maddesi gereğince cinsel taciz suçu ve onunla birlikte işlenen hakaret suçu yönünden suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu bozmayı gerektirmiş" yönündeki gerekçesinin ayrıca CMK 253/3.c.2 ve Uzlaştırma Yönetmeliği 8/5'teki "Şüpheli ya da sanık tarafından uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmesi hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilemez" şeklindeki düzenlemelerle örtüşmediği de söylenebilir.

CMK 253/3 hükmünün, CMK 253/1-c'ye göre, sistematik açıdan da 253/1-c bendinden daha sonra düzenlenmiş olduğu da gözetilerek CMK 253/3'teki kuralın suça sürüklenen çocukların işlediği tüm suçlar açısından da geçerli olduğunu ve bu nedenle de suça sürüklenen çocuğun uzlaştırma kapsamına giren bir suçu bu kapsama girmeyen başka bir suç ile (karara konu edilen olayda cinsel taciz suçu) birlikte işlenmesi söz konusu olduğu için, suça sürüklenen çocuk açısından, hakaret suçu bakımından da uzlaştırma işlemlerinin uygulanamaması gerekir.²⁵

Nitekim Yargıtay 18. C.D. 16.4.2018 T., 1394/5522 sayılı kararı ile de "CMK'nın 253/3. maddesinin ikinci cümlesine göre, uzlaşma kapsamına giren bir suçun, bu

yol açar. Zira, böyle bir durumda cinsel ilişkinin satın alınması gibi durumlara karşı karşıya kalınabilir." (Meral Ekici Şahin/Kürşat Yemenici, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", ERÜHFD, C.XIII, S.1, 2018, s. 474)

²¹ Ekrem Çetintürk, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Adalet Yay., Ankara 2017, s.9

²² Timur Demirbaş, Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 261

²³ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 46

²⁴ Şahin/Göktürk, s.45

²⁵ Akbulut/Aksan, s. 105.

kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Somut olayda da, her ne kadar, suça sürüklenen çocuğa yükletilen konut dokunulmazlığının ihlali suçu, CMK'nın 253/1-b maddesi uyarınca uzlaştırma kapsamında bulunsun da, sözü edilen suçun, bu kapsamda bulunmayan ve TCK'nın 142/1-b maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu ile birlikte işlenmesi nedeniyle, uzlaştırma yolunun Kanunen kapalı olduğu anlaşılmaktadır.” diyerek bu konuya işaret etmiştir.²⁶

Benzeri şekilde Yargıtay 18. C.D. 18.2.2020 T, 2019/100072 E., 2020/4564 K sayılı kararında da “Uzlaşma kapsamında olmayan TCK 86/2-3-e maddesinde düzenlenen silahla kasten yaralama suçu ile uzlaşma kapsamında olan hakaret suçunun birlikte işlenmesi nedeniyle kamu davası açılması karşısında, CMK 253/3. maddesi uyarınca uzlaşma hükümleri uygulanamayacağından soruşturma aşamasında yapılan uzlaşma teklifinin geçersiz olduğu, ancak sanık hakkında silahla kasten yaralama suçundan beraat kararı verilmesi karşısında, TCK 125/1. maddesinde düzenlenen hakaret suçundan uzlaşma hükümlerinin uygulanma zorunluluğunun meydana geldiği anlaşılmakla, CMK 253 ve devamı maddeleri uyarınca uzlaştırma hükümlerinin uygulanması ve sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi” diyerek uzlaştırma kapsamında olan bir suçla bu kapsamda olmayan bir suçun birlikte işlenmiş olması durumunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağına işaret etmiştir.²⁷

Zira eleştirdiğimiz karardan anlaşıldığı kadarıyla, olaydaki suça sürüklenen çocuk, mağdura karşı hem cinsel taciz hem de hakaret suçunu aynı anda işlemiştir. Yine eleştirdiğimiz karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme, doğru olarak, CMK 253/3.c.2 ve Uzlaştırma Yönetmeliği 8/5'teki kuralı 253/3.c.1 ile birlikte ve doğru şekilde yorumlayıp suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma hükümlerini işletmemiştir. Oysa, Yargıtay'ın eleştirdiğimiz kararı ile, CMK 253/3.c.2 ve Uzlaştırma Yönetmeliği 8/5'teki kural da içtihat yoluyla geçersiz kılınmıştır.

Kanundaki “birlikte işlenmiş olması” şeklindeki ifadeyi TCK 44'teki “fikri içtima” hali olarak yorumlamak gerekir.²⁸ Şu halde eğer bir fail uzlaştırmaya konu iki ayrı suçu aynı anda (aynı hareketle) aynı mağdura karşı işlemişse her suç için ayrı ayrı uzlaştırma süreci işletilmelidir.²⁹ Ancak bu kuralın işletilmesi için her iki suçun da uzlaştırma kapsamında olması gerekir.

Buna karşın, eğer tek fiil (tek hareket) ile birden fazla farklı suçun işlendiği ve bunlardan birinin uzlaştırma kapsamı dışında olduğu düşünülecek olursa, bu durumda, fikri içtima durumunda suçlardan biri uzlaştırma kapsamı dışındaysa 253/3-7 hükümlerine göre uzlaştırma sürecinin işletilebilmesi mümkün olamayacaktır.³⁰ Aynı şekilde, aynı zaman dilimi (zaman birliği/bütünlüğü) farklı fiiller (farklı hareketler) birden fazla suçun işlenmesi söz konusu ise, bu suçlardan en az birisi uzlaştırma kapsamı dışındaysa yine CMK 253-3-7 gereği uzlaştırma süreci işletilemeyecektir.³¹

Ancak şunu ifade etmeliyiz ki tahlil etmekte olduğumuz Yargıtay kararının verildiği tarihte CMK'nın 253/3 maddesi bakımından birlikte işlenmiş olma kavramının nasıl yorumlanacağına ilişkin tartışmalar vardı.³² Çünkü, CMK'nın 253'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına, ancak 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 26'ncı maddesiyle, “birlikte” ibaresinden sonra gelmek üzere “aynı mağdura karşı” ibaresi eklenmiştir. Bu durumda, 17.10.2019 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından uzlaşma kapsamına giren bir suç ile bu kapsama girmeyen bir suçun farklı mağdurlara karşı işlenmesi durumunda uzlaştırma uygulanabilecektir; oysa değişiklik öncesinde birden çok suçun mağdurunun aynı veya farklı olup olmayacağı belirsizdi.³³

Kanaatimizce uzlaştırmaya tabi olan kesintisiz suçlar bakımından, diğer suçun da kesintisiz suç olarak işlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Aksi halde, bir suç ani suçken diğeri kesintisiz suçsa, bu durumda birlikte işlenmiş olma şartının oluşmadığı söylenebilir. Suçların birlikte işlenmiş olması için her iki suç arasında fiili bir bağlantının da bulunması gerekir.³⁴ Ancak bu konuda Yargıtay kararlarında bir istikrar olmadığını³⁵ ve ayırt edici (somut) bir ölçütün de bulunmadığını da belirtmek gerekir.³⁶

Şu halde, Yargıtay'ın suçun birlikte işlenmiş olmasına ilişkin yorumu, bozma kararına konu edilen olayda cinsel suç uzlaştırma kapsamında olmadığı için de hatalıdır. Zira, biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, aynı mağdura karşı işlenmiş olması koşulu CMK 253/c.3'e ancak 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun değişikliği ile eklenmiştir.

DİPNOT

- 26** Aktaran: Akbulut/Aksan, s. 105
27 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 13.06.2020)
28 Özen, 2020, s. 109
29 Akbulut/Aksan, s. 74
30 Özen, 2020, 109
31 Özen, 2020, 109

- 32** Tartışmalar için bkz Canpolat/Sabuncuoğlu, s. 80
33 Özen, 2020, 109
34 Canpolat/Sabuncuoğlu, s.82
35 Canpolat/Sabuncuoğlu, s.80
36 Canpolat/Sabuncuoğlu, s.83. Aynı eserde suçun mağdurlarının aynı

olması, bu suçlar arasında zamansal ve mekânsal yakınlık ilişkisinin kurulması, ya da suçlar arasında “araç ilişkisi” şeklinde bir irtibatın bulunması gibi bazı ölçütlerin ele alınması gerektiği savunulmaktadır. (Canpolat/Sabuncuoğlu, s. 84)

SONUÇ

Sonuç olarak, biraz yukarıda da vurgulandığı üzere, Yargıtay, bu kararıyla kanunda açıkça sayılmış ve kapsam dışında tutulmuş bir suçu “içtihat yolu ile” uzlaştırma kapsamına almıştır. Bu durumda, CMK 253/3 düzenlemesinin ve burada ifade edilen cinsel suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin istisna sadece suça sürüklenen çocuklar açısından “kadük” kalmıştır.

Uzlaştırmının kapsamının ve istisnalarının ancak kanun ile belirlenmesi gerekir. Kapsam, içtihat yolu ile genişletilemeyeceği gibi, kanundaki istisnai kurallar sanığın lehine de genişletilemez. Belirtelim ki bu içtihattan başka Yargıtay’ın bu yönde verilmiş başka bir içtihadına da rastlamadık.

Karara karşı, süresi geçtiği için CMK 308/1’deki “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtirazı” şeklindeki olağanüstü kanun yolunun işletilmesi de mümkün görünmemektedir. Bu durumda, kanunda açıkça yasaklanan bir kuralın içtihat yoluyla genişletilmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır. Bu durum da hukuka ve uzlaştırma kurumuna olan güveni sarsacaktır.

- Akbulut Berrin/ Aksan Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019
- Apaydın Cengiz, Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaştırmacılar İçin Ceza Hukuku, (Yazarın Kendi Yayını), İstanbul, 2017
- Bayındır Sinan/ Ersöz Oğuz, Uzlaştırma, 2. Baskı, Ezgi Matbaacılık, İstanbul 2019
- Canpolat Can/Sabuncuoğlu Zeyyat, Uzlaştırma, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Legal Yay., İstanbul 2019
- Centel Nur/ Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Baskı,

Beta Yay. İstanbul 2019

- Çetintürk Ekrem, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Adalet Yay., Ankara 2017
- Demirbaş Timur, Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2016
- Ekici Şahin Meral/Yemenici Kürşat, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, ERÜHFD, C.XIII, S.1, Yıl: 2018/1
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yay., 11. Baskı, Bursa Ağustos 2014
- Güngör Mümin, Ceza Yargılamasında Uzlaştırma, Adalet Yay. Ankara 2019
- İpek Ali İhsan/Parlak Engin, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2016
- Kazancı İctihat Bilgi Bankası
- Nuhoğlu Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2005
- Özbek Mustafa, “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, AÜHFD, C.54, S.3, 2005/3
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pinar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, Seçkin Yay. Ankara 2019
- Özen Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2020
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2019
- Yenisey Feridun / Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019

EK-KARAR METNİ³⁷

T.C.

YARGITAY

18. Ceza Dairesi

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Esas No: 2015/ 42460

Karar No: 2017/12981

Tebliğname No: 4-2014/154163

KARAR

Yerel Mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü: Hükümden sonra 02/02/2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6763 sayılı Kanunun 34. Maddesi ile değişik CMK’nın 253/1. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi uyarınca, üst sınırı üç yılı geçmeyen atılı cinsel taciz suçunun uzlaştırma kapsamına alınmış olması karşısında; anılan Kanunun 35. Maddesiyle değişik CMK’nın 254. Maddesi gereğince cinsel taciz suçu ve onunla birlikte işlenen hakaret suçu yönünden suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiş ve suça sürüklenen çocuk O.U müdafiinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmeyle, tebliğnameye kısmen uygun olarak, başka yönleri incelenmeksizin, HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 15.11.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Başkan

H.Y.A

Üye

C.K.

R.A

Z.D.

Ö.C.

DİPNOT

37 Karar yayınlanmamıştır. Karardaki isimler ve kararı veren yargıçların isimleri gizlenmiştir. Karar, bunun

dışında, elimize ulaşan şekliyle aynen aktarılmıştır. Elimize ulaşan kararda yerel mahkemenin hangi mahkeme

olduğu belirtilmediğinden kararda ve makalede zikredilmemiştir.

MAKALE

TÜRK HUKUKU'NA GÖRE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ

Av. Özkan ESENBOĞA

GİRİŞ

1982 Anayasasının 53.maddesine göre işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Anayasa, toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına ise kanunla düzenleneceğini belirtmiştir.

Mevcut 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, yaklaşık otuz yıl uygulanan ve doktrin tarafından ağır eleştirilere maruz kalan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yerini almıştır. Yeni kanun hazırlanırken Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 'nün 87 ve 98 No'lu Sözleşmeleri dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. Nitekim yasanın gerekçesinde "2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hale gelmiştir. Dolayısı ile yapılması gereken Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır." İfadeleri kullanılmaktadır.

DİPNOT

1 Başbuğ, Aydın; Toplu İş İlişkileri

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TARAFRLARI

Toplu iş sözleşmesinin taraflarından birini kanunda belirtilmiş şartları taşıyan işçi sendikası oluştururken, diğer tarafını ise bir işveren sendikası veya işveren sendikası üyesi olmayan işveren oluşturmaktadır.

A. İŞÇİ TARAFI TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİNE SAHİP İŞÇİ SENDİKASI'NIN TAŞIMASI GEREKEN KOŞULLAR

6356 sayılı kanun her işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olmadığını, bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için belli koşulları taşıması, bir başka ifade ile yetkili işçi sendikası olması gerektiğini belirtmiştir.

İŞKOLU BARAJINI GEÇMEK

İşçi sendikasının bir toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olabilmesinin ilk koşulu, kurulu bulunduğu iş kolundaki iş kolu barajının aşılmasıdır.¹

Yasa, toplu sözleşme yapmak isteyen işçi sendikasının Türkiye genelinde kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az %1'ini üye kaydetmesi şartını aramıştır (6356 s.K.m.41/1). Eski 2822 sayılı Kanuna göre bu baraj % 10 idi ve sendikal örgütlenmenin güç olduğu tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kollarında bu baraj aranmamaktaydı. Yeni kanunda ise böyle bir istisna bulunmamakta, artık toplu sözleşme yapmak isteyen tarım,

ve Hukuk, Şeker-iş yay. Ankara 2012,

ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkollarındaki işçi sendikalarının da Türkiye genelinde bu işkollarında çalışan işçilerin en az % 1'ini üye kaydetmeleri gerekmektedir.

Bir işçi sendikasının bu barajı geçip geçmediğinin tespitinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımladığı istatistikler dikkate alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez. (6356 s.K.m.41/5) Bakanlığın yayınlamış olduğu bu istatistiklerdeki sayılar e-devlet sistemi üzerinden 4-a sigortalısı yani, işçi olanların sayısına göre belirlenmektedir. Buna karşılık 6356 sayılı Kanun, sendikaya üye olabilecekleri düzenlerken iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız bir meslekî faaliyet olarak yürüten kişileri de işçi saymaktadır (Sen. ve TİSK. m. 2/IV). Kanun bir yandan işçi sayılan kişilerin sendikaya üye olabileceğini düzenlerken bir yandan da istatistiklerin belirlenmesinde "sadece işçi sayısını" dikkate almaktadır. Kanaatimizce, Kanuna göre işçi sayılanların sendikaya yazılı başvurusu ile üyelikleri kazanılmalıdır. Ancak bu tür üyeler istatistik çoğunluğunun tespitinde nazara alınmamalıdır.²

Yayımindan itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistikler

kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırır. Mahkemece verilen karar hakkında, ilgililerce veya Bakanlıkça istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, temyiz talebini bir ay içinde kesin olarak karara bağlar. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. (6356 s.K.m.41/6/7)

Başvuru Tarihinde İşyerinde veya İşletmede Belirli Bir Çoğunluğu Üye Kaydetmiş Olmak İşyeri ile işletme kavramları günlük hayatımızda çoğu zaman birbirinin yerine kullanılsalar da aslında aynı anlamı ifade etmezler. İşyeri kelimesinin tanımı 4857 sayılı İş Kanunu'nun tanımlar başlığı altındaki 2.maddesinde iki defa belirtilmiştir. Buna göre birinci tanıma göre işyeri "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime denir." Diğer tanıma göre ise işyeri "işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" şeklinde ifade edilmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41.maddesinin birinci fıkrası "toplular iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi

bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir." hükmünü haizdir.

Kanunun yetkiye ilişkin bu maddesine göre işyeri ve işletme için yapılacak toplu iş sözleşmelerinin koşulları farklıdır. İşyeri için toplu iş sözleşmesi yapacak olan işçi sendikasının başvuru tarihinde, söz konusu işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmesi gerekmektedir. Uygulamada yarısından fazla bazen yarısından bir fazla olarak anlaşılmaktadır. Oysa her ikisi farklıdır. Bu fark işçi sayısının tek rakamlı olduğu durumda ortaya çıkar. Örneğin 101 kişinin yarısından fazlası, 51 kişi; yarısından bir fazlası 52 kişidir. Yetki tespiti bakımından bir kişinin önemi oldukça büyüktür.³ Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi sadece kanunda belirtilen şartları taşıyan işçi sendikasına tanınmış olup, işyerinde çalışmakta olan bir işçiye ya da işçi temsilcisine, veyahut sendika oluşturmamış belli çoğunluktaki bir işçi topluluğuna tanınmamıştır. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti sadece işçi sendikalarına tanındığından sendika şubelerinin de toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti yoktur.⁴ Aynı şekilde örgütlenmemiş işçi topluluklarının da toplu iş sözleşmesi ehliyeti bulunmamaktadır.⁵ Yargıtay kararlarında bu husus "Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu toplu iş sözleşmesi yapılmasını prosedürel olarak düzenlenmiştir. Disiplin hükümleri ihtiva eder. Ağırlıklı olarak da kamu düzenindedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, toplu iş sözleşmesine taraf olacak kişi ve kurumları belirtir. Toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası

DİPNOT

s.169 vd.

2 Başbuğ, Aydın; Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi, dergipark.org.tr, s.61

3 Başbuğ, Aydın; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Şeker-iş yay. Ankara 2012,

s.169 vd

4 Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, Mayıs 2013, İstanbul, s. 327; "TİS, işveren veya işveren kuruluşları ile işçi sendikaları arasında bağitlanabilir. İşçi konfederasyonunun

TİS niteliğinde protokol yapması mümkün değildir.", Yarg. 9. HD., 05.11.2001, 2001/12986 E., 2001/17311 K., www.kazanci.com.tr, 13.01.2017.

5 Karaçöp, Eda, Türk Toplu İş Hukukunda Ehliyetsizliğin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, D.E.Ü. Hukuk

veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılabilir. Dolayısıyla örgütlenmemiş işçi toplulukları toplu iş sözleşmesine taraf olamazlar.”⁶ ifadeleri ile belirtilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu veya 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda işletme kavramı için yapılmış bir tanım bulunmamaktadır. Buna karşı doktrinde yapılmış bazı tanımlar şu şekildedir : “İnsan ihtiyaçlarını karşılamak üzere bilgi, insan, teknoloji, finans kaynak ve benzeri güncel üretim faktörlerini en etkin ve verimli bir şekilde kullanarak öncelikle uzun dönemde kâr, süreklilik ve sosyal sorumluluk amaçlarını yerine getirmek için ekonomik mal ve hizmet üretme amacıyla kurulmuş iktisadi birimlere işletme denir.”⁷ İşletme, insanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla para, araç ve gereç, malzeme, hammadde ve personel gibi faktörleri bilinçli ve sistemli bir şekilde bir araya getirerek ve bir takım faaliyetlerde bulunarak mal ve hizmet üreten bir iktisadi varlık veya bir iktisadi birim şeklinde ifade edilir.⁸

İşyeri ile işletmeyi birbirinden ayıran en önemli ölçüt, işyerinin teknik üretim birimi, işletmenin ise ekonomik üretim birimi olmasıdır. İşletmenin ekonomik üretim birimi olduğu konusunda fikir ayrılığı yoktur. İş hukuku alanında işletmenin konusunu oluşturan faaliyetlerin mutlaka ekonomik nitelikte ve kâr sağlama amacına yönelik olması zorunlu değildir. Bir dernek veya bir sendika, ücretli işçi çalıştırdığı takdirde iş hukuku anlamında bir işletme niteliğindedirler. Bunun gibi işletmenin ticari nitelikte olması da gerekli değildir. Örneğin, kamu

hizmeti gören işletmelerde durum böyledir (Güzel, 1987: 66; Akdemir, 2009: 3). İşletmeler, bir işyerinden oluşabileceği gibi birden fazla işyerinden de oluşabilir. Buradan, işyeri kavramının ekonomik bir kavram olan işletmeden daha dar bir üretim ve hizmet birimi olduğu sonucu çıkarılabilir (İnce, 1998: 72). Örneğin, bir banka, işyeri niteliğinde olan birden fazla (yüzlerce) şubeye veya bir market farklı bölgelerde satış yerine sahip bulunabilir.⁹

İşçi sendikasının işletme toplu iş sözleşmesini imzalayabilmesi için, işletmenin dahil olduğu iş kolunda Türkiye geneli çalışan işçilerin en az % 1’ni üye kaydetmiş olmasından sonraki koşul, işletmede çalışan işçilerin başvuru tarihinde % 40’nın kendi üyesi olmasıdır. Yapılacak işletme toplu iş sözleşmeleri için birden fazla işyeri varsa, bu işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır. İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (6356 s.K.m.41/1.2.3). Burada belirtilen yüzde bir ve yüzde kırkın tespitinde işletmede belirsiz süreli çalışan işçiler dışında belirli süreli, kısmi süreli, geçici işçilerin veya diğer sözleşme türlerine göre çalışanların dikkate alınıp alınmayacağı kanunda belirtilmemiştir. Fakat eski kanun döneminde kabul edildiği gibi yeni kanun döneminde de Yargıtay hakim, avukat gibi kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, işyeri için yapılmış bir toplu iş sözleşmesi varsa bu sözleşmede kapsam dışı bırakılan personel, geçici işçi olarak çalıştırılanlar, işyerine bağlı

olarak merkezde veya işyeri dışında satış elemanı olarak çalışanların da sayının tespitinde göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir.¹⁰

B. İŞVEREN TARAFI

I. Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (6356 s.K.m.41/4). Kanuni şartları taşıyan bir işçi sendikası ile toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen taraf, bir işveren sendikası ya da işveren sendikasına üye olmayan işveren olabilir. Kanunda işçi sendikası için ön görülen şartlar işveren sendikası için aranmamıştır.

İşveren, sahip olduğu işyeri veyahut işletmenin sahibi olup da sendika üyesi değilse toplu iş sözleşmesini bizzat kendisi yapacaktır. Bu yönüyle yasanın toplu iş sözleşmesi ehliyeti bakımından işçiler ile işverenler arasında farklılık yarattığı görülmektedir. İşverenin sendika üyesi olması durumunda ise işverenin tek başına toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti söz konusu olmayacak üyesi olduğu işveren sendikası toplu iş sözleşmesi akdedecektir.¹¹

Sendika üyesi olmayan işveren her ne kadar işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesi yapabilse de, grup toplu iş sözleşmesini yapabilme yetkisine sahip değildir. Zira yasanın tanımıyla grup toplu iş sözleşmesi, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılır (6356 s.K.m.34/3). İşyeri ve işletme toplu iş sözleşmesinde aynı işverenin işyerleri veya işletmeleri mevcut

DİPNOT

Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2271-2298

⁶ Yarg. 9. HD., 06.10.2009, 2009/33799 E., 2009/26113 K., www.legalbank.net

⁷ Altın H.; Başar E. ve Doğan S. (2010) İşletme, Ankara: Nobel Yayınları.

⁸ Cemalcılar Ö., Benligiray Y. ve Sürmeli F. (2006) Genel Muhasebe, (Ed: Fevzi Sürmeli), 5. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları

⁹ Taşkın, Ahmet, İş Hukukunda İşletme Kavramı, <http://www.calismatoplum.org/sayi32/taskin.pdf>

¹⁰ aktaran Çelik, Nuri, Toplu İş Hukuku, 531 vd, 24. baskı, Beta Yayınları

¹¹ Karaçöp, Eda, Türk Toplu İş Hukukunda Ehliyetsizliğin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-

iken, grup toplu iş sözleşmesinde aynı işveren sendikasına üye farklı işverenlerin işyerleri ya da işletmeleri bulunmaktadır. Farklı işverenlere ait olsa da söz konusu işyeri veya işletmelerin aynı işkolunda faaliyette bulunması gerekmektedir. 2822 sayılı Yasa döneminde grup toplu iş sözleşmeleri doktrin ve Yargıtay kararları ile şekillenmekteydi. Zira yasada işyerleri toplu iş sözleşmesi akdedilebileceği belirtilmiş ancak grup toplu iş sözleşmesi kavramına yer verilmemişti. Doktrinde grup toplu iş sözleşmesine taraf olabilme ehliyetinin işveren sendikasına ait olduğu ağırlıklı olarak savunulmakta idi.¹² 6356 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konudaki tartışmalar da ortadan kalkmış oldu.

Sendikaların üst kuruluşu olan, en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları işveren Konfederasyonlarının da işçi Konfederasyonları gibi toplu sözleşme yapma yetkisi bulunmamaktadır.

II. YETKİ TESPİTİ İÇİN BAŞVURU

Yukarıda belirtilen koşulları taşıyan işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolunda yetkili olduğunun tespiti için görevli makama yazılı olarak başvurur. Belirtilen görevli makam Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'dır. Her ne kadar uygulamada pek görülmesi de işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Yasaya göre daha önce uygulanan bir toplu iş sözleşmesi varsa, bu toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda

bulunulabilir. Ancak, bu süre içinde sözleşme yapılsa bile önceki sözleşme sona ermedikçe yeni sözleşme yürürlüğe giremez (6356 s.K.m.35/4). Yargıtay'a göre toplu sözleşme prosedürü devam ederken işverence açılan grevin kanun dışı olduğunun tespiti davası sonuçlanmadan başka bir sendikaya yetki verilemez.¹³

Bakanlık yetkili işçi sendikasını belirlerken başvuru tarihinde işyerinde veya işyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınacaktır (Sen. ve TISK m. 41/I). Bu yasal düzenleme çerçevesinde bir işyerinde ya da işyerlerinde başvuru tarihinden sonraki üye değişiklikleri ve işyerinde çalışan işçi sayısında işyerine yeni girme ya da işten çıkma, emekli olma gibi nedenlerle meydana gelecek değişiklikler yetki tespitinde dikkate alınmayacaktır.¹⁴

6356 sayılı yasanın 42.maddesinin 5. Fıkrasına göre, yetki tespiti ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Buna uygun olarak çıkarılan Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmeliğe göre işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olabilmesi için, Bakanlık tarafından yapılacak tespitlere göre toplu iş sözleşmesi kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerin yardım fazlasını, işletmede ise yüzde kırkını üye olarak kaydetmesi gerekmektedir. İşletme toplu iş sözleşmeleri için işletmeye bağlı bulunan işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunlukta buna göre hesaplanır. Yine bu yönetmeliğin 4.maddesinin 4. fıkrasına göre, aynı işkolunda kurulu işçi sendikalarının aynı işyeri veya

işletme için farklı tarihlerde yetki tespit başvurusunda bulunması halinde Bakanlık ilk başvuruyu öncelikle sonuçlandıracaktır.

Başvuru yapıldıktan sonra Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir. İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığına ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığına tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir (6356 s.K.m.42./2./3). Aynı tarihli başvurularda işletmedeki üye sayılarının eşit olması halinde olumsuz yetki tespiti verilir.

2822 sayılı Kanun döneminde açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle, Yargıtayca yetki tespitinde çoğunluk bakımından Bakanlığa bildirilmemişler de dahil, başvuru tarihinde işyerinde çalışan işçilerin tamamının dikkate alınması gerektiği kabul edilmekteydi.¹⁵ 6356 sayılı Kanun buna bir düzenleme getirmeye çalışarak "Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz." hükmünü getirmiştir (m.42/4). Fakat kimi yazarlarca bu maddenin kaleme alınış şekli isabetli bulunmamıştır.¹⁶ Hükmün amacı işverenlerin işyerinde çalışan işçi sayılarını yükselterek yetki başvurularını bertaraf edebilmek için cezai yaptırımları

DİPNOT

2017, s. 2271-2298

12 aktaran Karaçöp, Eda, Türk Toplu İş Hukukunda Ehliyetsizliğin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2271-2298

13 Yarg.9.HD, 22.12.1994E.1994/28490 K.1994/18404, aktaran Çelik, s.536

14 Başbuğ, Aydın; Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi, dergipark.org.tr, s.61

15 Yarg.9.HD. , 19.7.2005, E.2005/23001, K.2005/26468 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

16 Canbolat, Talat, (6356 sayılı

Kanun) 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 - 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları – Seçkin Yayınları, İstanbul 2013, s.55-56.

göze alarak geriye doğru işe giriş bildirimi vermelerinin önüne geçmektir. Bu nedenle yetki başvuru tarihinden sonra geriye doğru yapılan bildirimlerin dikkate alınmayacağı şeklinde anlaşılması isabetli olacaktır.¹⁷

Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir. İşçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığına ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgiler sadece başvuruyu yapan tarafa bildirilir. (6356 s.K.m.42/3) Bakanlığa başvuru tarihinden sonra sendika üyelerinin azalması ve hatta hiç kalmaması¹⁸ veya işverenin değişmesi¹⁹ toplu sözleşme yetkisini olumsuz yönde etkilemez ve tarafların toplu görüşmeyi sürdürmeleri olanağını ortadan kaldırmaz.

III. YETKİ İTİRAZI

Bakanlıkça kendilerine gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir. (6356 s.K.m.43/1) Madde metninde yetkili mahkemenin neresi olduğu özellikle belirtilmemiştir.²⁰ Zira 6356 sayılı Kanun görevli ve yetkili mahkemeyi farklı maddelerde ayrı ayrı belirtmek yerine; "Bu Kanunun uygulanmasından doğan

uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak 7. ila 11. bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (m.79)." hükmünü içermektedir. Belirtilen 7. ila 11. bölümler Kanunun toplu iş sözleşmesi ve toplu iş uyuşmazlıklarına ilişkin hükümlerini içermektedir. Buna göre 6356 sayılı yasada görevli makam ; işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığa ifade eder (m.2 / 1 / c) şeklinde tanımlanmıştır.

Somut delilleri içermesi gereken itiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Usule ilişkin olan bu şart yerine getirilmeden mahkemeye verilecek itiraz dilekçesi esasa girilmeden ret edilecektir. İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını

verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Bakanlıkça, kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur. Mahkeme, açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirerek iki ay içinde sonuçlandırır (m.43/4). Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.

IV. YETKİ BELGESİ

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 42. Maddesi uyarınca, Bakanlık tarafından başvuruyu yapan işçi sendikasının yetkili olduğuna dair işçi ve işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverene gönderilen yetki tespit yazısına, bunlar tarafından süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; itiraz edilmiş olup da yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasının itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğu kesinleşmiş mahkeme kararı ile tespit edilmişse, bu kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir.

Yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren kırk

DİPNOT

¹⁷ Canbolat, Tasarı, 217-218, aktaran Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 756 vd.

¹⁸ Yarg.HGK,4.11.1992, E.1992/9469. K.1992/639.aktaran Çelik, Nuri/

Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s.758 vd.

¹⁹ Yarg.9.HD. 14.10.1999.,E 1999/15658 K.1999/15844.aktaran Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/

Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 758 vd.

²⁰ Subaşı,İbrahim, <http://static.dergipark.org.tr/article-download/ce4e/1aeb/11aa/5d5af03f92a61.pdf?>

beş gün içinde, ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilir. Talep hâlinde mahkeme, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını dava sonuna kadar durdurabilir (6356s.K.m45)

V. YETKİ BELGESİNİN DÜŞTÜĞÜ DURUMLAR

Taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. Çağrı tarihi, çağrıyı yapan tarafça derhâl görevli makama bildirilir. Bu süre içerisinde çağrı yapılmazsa, işçi sendikasının almış olduğu yetki belgesinin hükmü kalmaz. (m.46) İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer. (m.47.f.2)

Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer. (m.49)

VI. SONUÇ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, gerekçesinde belirtildiği üzere Türk sendikacılığını ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren bir kanun yapmak amacıyla 2821 sayılı Sendikalar ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunlarının yerine getirilmiştir. Söz konusu mülga kanunlar Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 'nın belirlemiş olduğu prensiplere ve Avrupa müktesebatına uyum açısından önemli eksikliklere

sahipti. Yeni kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine ilişkin de bu eksiklikleri gidermeye çalışmış, toplu sözleşme yapmak isteyen işçi sendikasının ülke genelinde kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin % 10'unu üye kaydetmesi şartını % 1'e düşürmek gibi yenilikler getirmiştir. Her ne kadar bu tarz olumlu gelişmeler olsa da getirilen kimi düzenlemeler önceki kanunlara göre belli işkollarında çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini zorlaştırmıştır. Nitekim önceki kanun döneminde sendikal örgütlenmenin güç olduğu tarım, ormancılık, avcılık ve balıkçılık iş kollarında herhangi bir baraj aranmamaktaydı. Yeni kanun döneminde ise artık bu işkollarında çalışan işçiler için de yüzde birlik baraj bulunmaktadır.

Sürekli globalleşen ve gelişen dünyada yeni işkollarının açılması, yeni işçi örgütlenmelerinin oluşması gibi yeniliklerin olacağı ve buna paralel olarak gerek Uluslararası Çalışma Örgütü gerekse Avrupa müktesebatının yeni düzenlemeler getireceği açıktır. Bunlara ayak uydurmak isteyen ülkemizde söz konusu yasalarını buna göre iyileştirecek ve uyum sağlamaya çalışacaktır.

MAKALE

ROMA; CUMHURİYETTEN İMPARATORLUĞA TÜRKİYE CUMHURİYETİ; PARLAMENTARİZMDEN BAŞKANLIĞA

Av. Tekin ÖZTÜRK

İki cahan sığar mende
Men bu cahana sığmazam
Seyyid Nesimi

Tarih bilimi, bir yanıyla laboratuvar değil mi? Tarih bilimi, sosyal olayların, bir anlamda gözlenmesi anlamına geliyor ve astronomiyle aynı yöntemi kullanıyor; Geçmişin gözlenmesi... Astrofizik de, milyonlarca veya milyarlarca yıl önce kaynağından çıkmış ancak bize bugün ulaşmış ışığı inceler. Öyleyse, sosyal bilimlerde ve astrofizikte geçmişin açıklayıcı, aydınlatıcı gücü yadsınamaz. Bu anlamda Türkiye Cumhuriyeti'ni yorumlamada, Roma tarihinden yararlanılabileceğini düşünüyorum.

Server Tanilli Hoca'nın, "Yüzyılların Gerçeği ve Mirası" çalışmasının, Adam Yayınları'na 1999 yılında yapılmış beşinci baskısının birinci cildinden aktarıyorum: "Roma'da Cumhuriyet rejiminin bunalımını, giderek çöküşünü hazırlayan nedenlerin tohumları çok önceden atılmıştı. Ancak Sylla rejimiyledir ki bunalım açıkça başlar. Kendi yıkılışını hazırlayan bu koşullarda, köleci rejim, kölelerin yeni ve korkunç bir başkaldırmasıyla beraber, Roma'da demokratik harekette de yeni bir canlanış görülür; ancak, sonucu olmaz bunların. Her biri Cumhuriyetin kuyusunu daha da kazan diktatörlükler görülür arka arkaya. Monarşiye doğru gitmektedir Roma." (s.455)

Monarşi için olgunlaşmış Roma, zaten yitirilmiş zemini kaybetmeye mahkum

demokratların umutsuz direnişlerine rağmen, Demokrat Parti'nin liderlerinden Marius'un kestörü Sylla'nın açtığı yoldan monarşiye geçiyor. Aktarıyorum: "Böylece, 80 yılına doğru, Roma'da ve egemenliği altındaki topraklarda sosyal mücadele doruk noktasına varmıştı." (s.446) Köleci, dolayısıyla doğası gereği, çatışmalı Roma, bünyesindeki sorunları çözmek yerine bastırmayı, özünde katı bir rejimi, seçiyor.

Doruğuna varmış sosyal mücadeleler karşısında çaresiz Roma, çaresizliği içinde çözümü, Demokrat Parti'nin liderlerinden Marius'un kestörü "demokrat" Sylla'da arıyor ve sayesinde monarşiye giden yola sapıyor: "İşte bu felaketli durumdadır ki, Roma, Marius'un yarattığı yeni askere alma sistemini, ilk kez ve büyük çapta uyguladı. Çok asker gerektiriyordu bu savaş. Bunu köylüler arasından toplamak güven verici değildi; öyle olduğu için de paralı askerliğe ve gönüllülere başvuruldu. Barbarlar (Galyalı, Numidyalı) arasından asker kiralandığı zaten oluyordu ve ilk kez azatlılar askere alınmaya başlandı. Özellikle kentlerin aşağı tabakaları, kitleler halinde askerliğe başvuruyorlardı; para ve ganimet umuduydu onları çeken. Hükümet ise ücretleri ödemek için, tapınakların gelirlerine ve kutsal yerlerdeki yüzyıllardan beri birikmiş hazinelere el koyuyordu. Roma ordusu gerçekten değişmişti; baştan aşağıya mesleki ve halka karşı bir nitelik kazanmıştı artık. Bunu, iç savaş sırasındaki davranışlarıyla

pek güzel koyacaktır ortaya: Ele geçirilen İtalyan siteler, tıpkı yabancı siteler gibi yağmalanacak ve içindeki insanlar da köle diye satılacaktır. Askerler, yalnız kendi üstlerine bakmaktadırlar; onlar ise, böylesine aşırılıkları önlemek şöyle dursun, kendileri de katılmaktadırlar buna.

Marius'un Jugurtha seferinde kestörlüğünü yapmış olan Lucius Cornelius Sylla, büyük bir ün kazandı bu savaşta. Varını yoğunu yitirmiş büyük bir patrici ailesinden geliyordu; zeki ve bilgiliydi. Siyasal yönden serüvenci, yalnız kendi kişisel çıkarına bakan, yıldızına inanan bir kişiydi. Bu nitelikleriyle, Sylla, devrin çözülme içine girmiş aristokrasisinin tipik bir temsilcisiydi. İtalyanlara karşı bir sefer için kumandan seçildiğinde, parayla ödüllendirerek, yağmalara göz yumarak, özetle her yola başvurarak askerleri kendine bağladı. Ve büyük bir ün sağladı bununla.

Roma, 89 yılında, işte bu nitelikte birlikler ve bu tiyette generallerle zaferi elde edebildi.

Başkaldıran halkların arasına diplomatik yoldan da ayrışıklıklar sokuluyordu. Örneğin, 90 yılında Senato, kendisine bağlı kalan ve başkaldırıya katılmamış tüm İtalyanlara yurttaşlık hakkı bahsettiğini ilan etti; arkadan bir başka kanun, iki ay içinde silah bırakacak olan tüm başkaldıranlara da bu hakkı veriyordu. 'Bağlaşıklar' içinde uzlaşmaya en yatkın olanlar da yüksek ve varlıklı sınıfların temsilcileriydi; zengin tacirlerin oturduğu büyük kentler zaten kavganın dışında kalmışlardı, hatta hareketin ezilmesi için Romalılara yardım bile ediyorlardı. Bütün bunlar sonucunu verdi: Birkaç istisnaıyla İtalyanlar, 88 yılında silahlarını bıraktılar ve Roma'ya baş eğdiler.

Sosyal savaş, yine de büyük ölçüde değiştirdi İtalya'yı. Eski Roma-İtalya Federasyonu birleşik bir devlete dönüştü. Bu devlette hemen

tüm özgür insanlar birbirlerine eşitler; en azından özel hukuk açısından böyleydi bu. Bütün İtalyan kentleri, Roma'yı örnek tutarak belediye kurmak hakkını kazandılar ve Roma da hepsinin başkenti oldu. Ayrıca, birbirleriyle çatışan partilerin safları da -büyük ölçüde- genişledi: İtalyan kentlerinin soyluları, optimatların ve şövalyelerin saflarını genişlettiler; bağlaşıklar sitelerdeki aşağı tabakaların temsilcileri de Roma pleblerinin saflarını kabartıp güçlendirdiler." (s. 447-448)

Türkiye tarihinde de, 'Onuncu Yıl Affı'ndan başlayarak, kural olarak şiddetin zirveye ulaştığı dönemler olmak üzere yaklaşık on yıllık aralarla aflar izledi. Eylülüst Darbe'den sonra pek çok kez "pişmanlık yasaları" çıkarıldı ancak Roma'nın aldığı aynı sonuçlar burada alınamadı. Ne var ki; zaman içinde adı suçları işlemek bir tür örtülü, ancak resmi itibar sağlamaya başladı. Türk ordusu da son birkaç yılda gerçekleştirilen düzenlemelerle, bir millet ordusu, milli ordu olmaktan, paralı askerleri istihdam eden profesyonel orduya hızla dönüşmekte. Zamanla, paralı ordunun Roma orduları gibi davranmayacağını kimse ileri süremez; özellikle tarihinde esnaf-asker örgütlenmesi Yeniçerilik olan bir toplum!..

Roma tarihine dönüyorum: Bu, Roma'nın İtalya Yarımadası sitelerini yurttaş kabul etmesi anlamında demokratik gelişme, aslında zıddına gebedir. Roma tarihindeki ilk askeri darbe demokratik partinin saflarının gelişip güç kazandığı bu gelişmenin üzerine gelir:

"İtalya'ya barışın gelmesi, Mitridat'a karşı daha etkili bir savaş sürdürmek, giderek Doğu eyaletlerindeki başkaldırıları bastırmak olanağını verdi Roma'ya: Büyük bir 'Doğu Ordusu' hazırlandı ve başına da Sylla geçirildi. Ne var ki Doğu sorunu, Romalı olsun, İtalyan olsun, özellikle tacir ve tefeci çevreleri

hareketlendiriyordu. Bu çevrelerin Doğu'da, başta da Asya eyaletinde bir yığın girişimleri vardı çünkü. Sylla'yı değil Marius'u tutuyorlardı. Doğu Ordusunun kumandanlığının ona verilmesini istiyorlardı. Yeni İtalyan yurttaşlarının orta katları ile aşağı tabakalarının da isteği buydu. Ayrıca Sosyal Savaş'ın yıkıp çökerttiği yığınla İtalyan, kendilerine zengin bir ganimet kapısı açacak olan bu sefere katılmak istiyorlardı.

Doğu savaşı, Forum'daki parti mücadelelerini de canlandırdı. Bu mücadelelerde Demokrat Parti, eski 'bağlaşıklar'a yurttaşlık hakkı verilmesiyle hatırı sayılır derecede büyümüş ve güçlenmişti. Ne var ki, bu yeni yurttaşların siyasal haklarındaki bazı kısıtlamalar, demokratik öğelerin üstün duruma gelmesini engelliyordu. Tam eşitlik, temel sorun olup çıktı o tarihten başlayarak.

Genç ve cesur demokrat, aynı zamanda Marius'un yandaşlarından halk temsilcisi Publius Sulpicius Rufus, 88 yılında bir kanun tasarısı sundu bu amaçla. Tasarı, pek geniş kapsamlı bir anayasa reformu da içeriyordu: Halk Meclisi'nin bütün niteliğini değiştiriyor, Romalı meclis İtalyan olduktan başka, İtalyan öge üstün bir duruma da geliyordu mecliste. Bu önlem, Roma'da bütün partilerde büyük bir kaynaşmaya yol açtı doğallıkla. Yine taşlar sopalar karıştı işin içine. Her şeye karşın, tasarı onaylandı mecliste. Yeni bir içeriğe kavuşan Halk Meclisi, hemen arkasından, Sylla'dan Doğu Ordusunun komutanlığını aldı ve Marius'a verdi. Eski başkaldıranların arzusuna uygun olarak da yeni birlikler alınacaktı orduya.

Ne var ki, demokrasinin düşmanları, içinde bulundukları önemli anın tam bilincinde olduklarından, iktidarlarının tasfiyesini önlemek için her şeyi yapmaya hazırdılar. İki aristokrat konsül, Sylla ile Quintus Pompeis Rufus, Halk Meclisi'nin kararını tanımadılar ve Roma'dan kaçtılar.

Sylla, Roma dışındaki askerlerini yeni rejime karşı ayaklandırdı ve kente saldırdı. Halk, demokratları tutuyordu; Marius da kölelere özgürlük vaat etti. Başkaldıran ordu, Roma'da korkunç bir direnişle karşılaştı böylece.

Ancak, büyük güçlüklerle de olsa direniş kırıldı: Sulpicius öldürüldü; Marius ve Demokrat Parti'nin birkaç şefi canlarını kurtarabildiler ve Roma, Sylla'nın ve askerlerinin eline geçti. (MÖ 88).

Ne anlama geliyordu bu zafer? İki anlamı vardı. Önce yeni ordu, sivil hükümet üzerinde bir zafer kazanmıştı: Ordu, Roma devletinin yalnız savunucusu değil, sahibi olduğunu da göstermişti ve iradesi, Halk Meclisi'nin, Senato'nun ve öteki normal hükümet organlarının iradesinden çok daha ağır basıyordu.

İkinci olarak, tam bir gericiliğin zaferi idi bu zafer. Nitekim Sylla, aldığı ilk önlemlerle, halk iradesinin ortaya çıkışında aracılık yapan tüm demokratik organları yıkıp parçaladı. Kenti alışının ertesinde, dehşetten hala titreyen yurttaşları bir 'Halk Meclisi'nde topladı ve o meclis de, yenilerin doğrudan baskısı altında, halkı her türlü siyasal ağırlıktan ve iktidardan yoksun kılan yeni bir anayasa kabul etti. Sulpicius'un kanunları kaldırılarak, bağlaşıklar yeniden ikinci sınıf yurttaş durumuna itildiler. En demokratik kuruluş olan Comices Tributes yasaklandı; servet esasına göre kurulmuş olan ve zenginlerin egemen olduğu Comices Centuriates kaldı yalnız. Halk temsilcilerinin elinden, başlıca silahları olan veto hakkı alındığından, hemen hemen hiçe indi halk temsilciliğinin önemi. Sylla'nın en kudurgan yandaşlarıyla bir hamlede doldurulan Senato, en üst hükümet organı olarak ilan edildi. Ne türlü önlem alınırsa alınsın, zaten içiğdi edilmiş olan Halk Meclisi'ne sorulmadan önce Sylla'nın uşağı olan bu Senato'da

tartışılıp onaylanacaktı.

Özetle, Roma'da siyasal yaşam, dört yüzyıl geriye götürülmüş oluyordu böylece ve İtalyanların da katılmasıyla, Roma devletini yeni bir temel üzerinde yeniden örgütleyerek, demokrasiye daha başka bir kapsam veren ilk girişim de korkunç bir yenilgiye uğramış bulunuyordu." (s.448-449-450)

Alıntıdan Türkiye tarihine paralellik kurmak mümkün mü? Mümkün olduğunu düşünüyorum. Türkiye tarihinde, kurucu Kemalist ideoloji, yaklaşık onbeş yıllık Takrir-i Sükun Düzeni, on yıllık Milli Şef Dönemi, on yıllık Menderes İstibdadı, 1960, 1971 ve Kemalizm'in son restorasyonu 1980 darbeleri ile demokratik talepleri boğarak, kendisini 2002 yılına kadar tek iktidar olarak sürdürebildi. Bu tarihten sonra iktidarı koruyamadı ve dinsel referanslı hükümete devretmek zorunda kaldı. O kadar öyle; 19 Aralık 2009 tarihinde kozmik odayı hükümete açmak zorunda kaldı ancak sonrasında hükümetle bir koalisyon içine girerek iktidara ortak olabildi. Cumhuriyet tarihi, çeşitli kesimlerden yükselen demokratik taleplerin Syllacı yöntemlerle bastırılmasının tarihidir denebilir ancak şu da eklenmeli: Türkiye'de demokratik taleplerin ve aktörlerin çeşitliliği ile bu taleplerin bazıları arasındaki çelişkinin uzlaşmazlığı, Roma İmparatorluğu'nun aksine, birleşik bir demokrat partinin, hatta en azından demokratik bir koalisyonun oluşmasını önlemektedir. Nasıl mı?

Sylla'nın Pontus Kralı Mitridat'la savaşmak üzere, Doğu'ya gitmesinden sonra Demokrat Parti Cinna'nın liderliğinde bir restorasyona giriyor ise de Doğu'dan dönen Sylla restorasyon hükümetine, bir buçuk yıllık bir iç savaştan sonra, son veriyor. MÖ 78 yılında öldüğünde geride korkunç bir enkaz bırakıyor: "Sylla öldükten sonra, Roma'ya dayatmış olduğu oligarşik rejim, başı kopmuş bir halde, tam bir

istikrarsızlık ve güçsüzlük içine yuvarlandı. Böyle bir ortamda parasayı, her çeşidinden iş adamları ve spekülâtörler topladı; nice kanunsuzluk, şiddet ve yıkılışlarla dolu bir dönemde, 80-70 yılları boyunca, utanılacak biçimde, rezilce, kepazece zenginleştiler." (s.456)

Üretilen zenginliklerin peşkeşi konusunda Roma'dan eksiğimiziz yok. Cumhuriyet tarihi boyunca hükümet başkanlarının zengin yaratma pratiği değişmedi. Bu anlamda, Türkiye sivil kapitalistten dahi yoksundur çünkü sermayedar hükümet tarafından atanan bir memurdur aslında...

Tarihimize laboratuvar olacak denli benzer biçimde, Roma'da yenilgiyi kolayca kabul etmeyen inatçı ancak özgüveni hayli aşınmış Demokrat Parti son bir girişimde bulunuyor; Sylla'nın yarattığı ahlaksızlıkla ülke yönetilemeyeceğine inanan generalleri, yardımcılarını Pompeius ve Crassus arasında bir uzlaşma sağlayarak ikisini de konsül ilan ediyor. Sylla'nın etkisini silmek için bir "karşıt-Sylla" arayan Demokrat Parti, Sylla'nın bu iki generalinin yanına, kendi şeflerinden Julius Sezar'ı katarak gelmekte olan monarşie peşinen teslim oluyor. Bu aşamada Sylla'nın generallerinden Crassus yararına, diğer general Pompeius'a karşı hazırlanan Katilina Tertibi uygulamaya geçiriliyor. Böylece monarşie gidişin önünde hiçbir engel kalmıyor. Yine de demokratlar, son ve umutsuz, hatta çılgınca denebilecek bir girişimde bulunup, Server Hocanın "Gerçekten, dört dörtlük bir devlet adamıydı o. Olağanüstü bir hatip, politikada uzağı gören ve cesur bir kişi, yetenekli bir yazar, parlak bir toplum adamı, kalabalıkların gerçekten taptığı bir insandı. Her türlü ahlaki ilkedden kopmuş, içinden çıktığı aristokrasiden, şefi olduğu halde demokrasiden, başrahiplik yaptığı halde dinden nefret ediyordu. Böylece her şeyden sıyrılmış ve azade, sınırsız bir tutkunun beslediği düşlerini

ve planlarını gerçekleştirebilirdi.” (s.469-70) sözcükleriyle tanımladığı Sezar’ı öldürüp birinci üçlü yönetimi sonlandırıyorlar; daha kötüsüne, ikinci üçlü yönetime yer açmak için. Çünkü halk da farkında olmaksızın, monarşiyi istiyor. Nasıl mı?

Şöyle: “Tertipçiler, orduda yüksek mertebelere erişmiş, ileri gelen Cumhuriyetçi senatörlerdi. Sezar’ın yakınlarıydı hepsi de. Ama aslında hemen hemen tümü Pompeius’un eski yandaşlarındandı ve Sezar tarafından da affedilmişlerdi. Başlarında da Roma’nın zengin Junius Brutus ailesinin iki üyesi bulunuyordu. Marcus Junius Brutus, Decimus Junius Brutus. Her ikisi de Sezar’ın gözbebeği olan iki kişi.

Ne var ki, onlara akıl verenler, başta soylular olmak üzere, Sezar’dan nefret eden çeşitli çevreden insanlardı. Katillerin cinayet yeri olarak Senato’yu seçmiş olmalarının da bir anlamı vardı; Senato, hareketlerini uygun görece ve onlar da Cumhuriyeti geri getireceklerdi. Umutları buydu. Gerçekten, katiller Sezar’ı sardıklarında, Senato üyeleri yerlerinden kımıldamadılar bile. Saldırı sonuçlanınca da büyük çoğunluğu tertipçilerin yanını tuttular ve Sezar’ın çıkardığı tüm emirnamelerin ortadan kaldırılmasını istediler; cesedin gömülmeyp Tiber Irmağı’na atılmasını bile önerenler oldu. Tertipçilerin ve soylu yandaşlarının tek korkuları orduydu: Roma’daki bütün birlikler, Sezar’ın iki yardımcısının Marcus Antonius ile M. Emilius Lepidus’un emrindeydi çünkü. Bu tehlikeyi önlemek için tertipçiler, Kapitol’ü işgal ettiler ve muhafız olarak da gladyatörleri aldılar yanlarına.” (s.476-477)

Ancak tehlike beklemedikleri yanda beliriyor: “Ne var ki halk, tertipçiler gibi düşünmüyordu. Tersine, katilleri kovalıyor ve taşıyorlardı. Hele, ölümünden birkaç gün sonra, Sezar’ın naaşı Forum’a konup da herkesin huzurunda vasiyetnamesi

okunup her yurttaşın mirasından bir şey bıraktığı öğrenilince halk başkaldırdı; senatörlerin ve soyluların evlerini yakıp yıktı. İçlerinden -belki de azatlı- Herofil adlı biri başlarına geçti; Sezar’ı yoksulların bir temsilcisi ve zenginlerce öldürülmüş bir kişi olarak gösterip, bu cinayete karışmış herkesi, Senato’yu ise tümüyle öldürmek için halkı kışkırtmaya başladı.” (s.476-477)

Roma halkı, Sezarcı birliklerin Senato’yla anlaşp Sezar’ın katlinin üstünü örtmesini, bir süre için engelleyemiyor ancak tarihin monarşiyeye yürüyüşünü durduramıyor. Tarihin ilerleyişi başka olasılıkların karşısında başka güçlerle sürüyor: “Senatodaki oligarşinin yeniden dirilişi tehlikesi, o zamanın belirleyici gücü, yani orduyu harekete geçirdi. Sonunda, 43 yılı sonbaharında, üç Sezar’cı şef bir araya geldiler. Varılan anlaşmaya göre, askeri diktatörlük yeniden kabul ediliyor ve Antonius, Lepidus ve Octavianus’a veriliyordu. ‘Cumhuriyet anayasası için üçlü yönetim’ adının arkasına gizlenmiş olan bu ortaklaşa diktatörlük beş yıl için, 1 Ocak 37 tarihine kadar uygulanacaktı. Arkadan Roma işgal edildi, hükümet dağıtıldı ve birliklerin sardığı Halk Meclisi’nden çıkarılan bir kanunla üçlü yönetim yasallık kazandı.

İkinci üçlü yönetim, birincisinden farklı olarak, resmi bir nitelik de kazanmıştı böylece. Hemen arkasından, Sezar’ın öcünü alma bahanesiyle ve askerleri hoşnut etmek amacıyla, üçlülerin emri üzerine bütün İtalya’da oluk gibi kan aktı. Sylla’nın yaptığı gibi, sürgün listeleri tertiplendi. Yığınla senatör, zengin ölüme mahkum edildi ve mallarına el kondu. Cicero da bunlar arasındaydı. Sezarcı ordunun askerleri her şeyi yakıyor, yıkıyor ve bölüşüyorlardı. Bir sürü asker ve görevli zengin oldu bu arada.” (s.479)

Yağmaya alışmış ordunun İtalya’nın yağmalanışı ile doymayacağını

düşünen ikinci üçlü yönetim Doğu eyaletlerini yağmalamaya yolluyor askerleri. Yunanistan’da Brutus komutasındaki cumhuriyetçi birlikler, Philippes savaşında, üçlü yönetimin birliklerine yeniliyorlar. Philippes savaşı, geri dönmemesine, Cumhuriyet’in sonunu ve diktatörlüğün güçlenişini işaret ediyor; Roma Cumhuriyeti artık geçmişe ait bir hatıradan öte anlam taşıyor.

Üçlü yönetimin en ahlaksız, en ilkesiz üyesi Octavianus, yağmaladığı mülklerin eski sahiplerinin öfkeli isyanını Perugia savaşında bastırdıktan sonra, terör rejiminin sürdürülemeyeceğini anlayarak mülk sahipleriyle uzlaşma sağlayıp katliam, yağma ve sürgün politikasını gevşetiyor. MÖ 36 yılında Lepidus’u, 30 yılında da Markus Antonius’u tasfiye ediyor ve izleyen çeşitli manevralarla Roma’nın monarkı olup çıkıyor. Rejiminin adı Principatus’tur; monarşi kurulmuştur.

Sürecin benzerini yaşadığımız söylenebilir; Cumhuriyet’in kuruluşunda etkili parlamento, yaklaşık yüzyıllık pratik içinde temel sorunların hiçbirine çözüm üretemeyince, özellikle sağ politikada başkanlık sistemi öne çıkarıldı ve mevcut ideolojik kalıplar içerisinde başkanlık sisteminin hızla yarattığı yıkımın izleyicileriyiz. Her geçen gün rasyonalizmini yitiren toplumumuzda, başkanlık sisteminin de çare olmadığı iyice anlaşıldıktan sonra çare dinde aranmaya başlandı. Diyanet İşleri Başkanlığı, mevcut sistem içerisinde, adım adım ülkenin temel ideolojik ve yönetim organı olmaya doğru ilerliyor.

Nedir Principatus dönemi insanının ruh hali? Kölelerin ve yoksul kesimlerin sıkıntıları azalmıyor; onlar ağır sömürünün pençesinde bırakılıyorlar. “Aynı zamanda, İtalya’nın varlıklı çevrelerinde, Perugia savaşından sonra, siyasette edilgenlik, olan biten karşısında umursamazlık, elindeki olanaklardan rahatça yararlanmak

için özel yaşama çekiliş ve gitgide yumuşayan Octavianus rejimiyle uzlaşma eğilimleri görülmeye başlanıyordu.” (s.482)

Monarşinin kültüre etkisi ne olmuş?

“Ne var ki, İsa’dan sonra 1. yüzyılın ortalarından başlayarak, Roma İmparatorluğu’nun köleci çevrelerinde, kültürün her alanında, pek açık bir düzey düşüklüğü görülür. İmparatorluk rejiminin gevşetici, uyuşturucu, paslandırıcı, giderek duygusuzlaştırıp körleştirici etkisinden geliyordu başta bu. Bu rejimde, özgür durumdaki mülksüzler kadar, lüks içinde yüzen zengin köle sahipleri de şu bakımdan birbirine benziyordu: ‘Köleler, efendileri karşısında nasıl her türlü haklardan yoksun idilerse, devlet, yani imparator karşısında köle sahipleri de öyleydi hemen hemen.’ İmparatorluk iktidarı, her türlü sosyal düşünceyi, özellikle halktan gelenleri bastırıyordu.” (s.528)

İnsanı bir cendereye koyup sıkmanın, insanın yaşamı ve kültürü üzerinde başka etkileri de olmalı. Var; “İmparatorların ezici boyunduruğu, bir başka sonuç olarak, köleci toplumun efendileri arasında bile bir boyun eğiş ruhunu yayarken, kamuyu ilgilendiren sorunlara karşı her türlü ilgiyi söndürüyor ve karşılığında da en bayağı bedensel hazları tatma açlığını uyandırıp duruyordu. Bu hava, sanatın her alanında, özün zararına, biçimciliğin, yüzeysel etkilerle oyalanma, özentili ve yapmacıklı biçimlerin öne geçmesine katkıda bulunuyordu. Neron’un hocası Seneca’nın o aşırı derecede ince, karışık, anlaşılması güç ve ağız kalabalık tragedyaları bir örnektir buna ve o zamanın Roma toplumunun tüm yüksek katlarını saran kötümserliğin sonucu olarak, alçakça cinayetler, aşırı duygularla dolu bu eserlerde, trajik öge ölçsüz derecede ağır basar.” (s.529)

Ancak yozlaştırıcı etki bununla

sınırlı kalmıyor, insanı tümünden entelektüel yetenek ve merak duygusuna mesafeli, görsel olana tepki veren maymun türünden bir yaratığa dönüştürüyor: “Bu kültürel çöküş döneminin belirgin niteliklerinden biri de, tiyatrodaki ciddi türlerin, güncel temalar üzerine trajedi ve komedinin yerini, ‘mim’ denen, çok kez anlatılmaz patavatsızlıkta, açık saçık kaba güldürülere, şatafatlı, ama duygudan yoksun ‘peri oyunları’na bırakmasıdır. İlk planda gelen sirk ve araba yarışlarıydı şimdi ve Roma toplumunu öylesine heyecanlandırıyordu ki bunlar, Kaligula’dan başlayarak, sirk seyircileri tuttukları sürücülerin ceketlerinin renklerine göre, ‘beyazlar’, ‘kızılar’, ‘maviler’ ve ‘yeşiller’ diye cephelere bölünmüşlerdi.” (s.531)

Bilimin bu çöküşten etkilenmemesi mümkün mü? Mümkün olmadığını Server Hoca yazıyor: “Bu devrin bütün düşünce ürünlerinde bilimsel anlayışın da çöküşünü görüyoruz. İnsan aklının, doğanın sırlarını ve kanunlarını kavramaya yeterli olduğu inancı; Yunan materyalizminin temsilcileri Demokritos’la Epicuros’ta, Aristoteles’te, Lucretius’ta o kadar açık olan insan aklına bu güven kaybolmuştur artık. Uzun zaman reddedilmiş olan gizemli ve anlaşılmaz güçlere inanç uyanmaktadır yeniden. Cumhuriyetin sonlarında, Roma’nın -Sezar gibi- başrahiplerinin kendileri de bu tür düşüncelerle alay ediyorlardı ve o zamanlar böylesine inançlar en kaba biçimleriyle, halkın aşağı tabakalarının en az aydınlanmış katlarında sürüp gidiyordu. Şimdi ise bu tür inançlar, düşüncedeki çöküşle yeniden uç veriyor, kendilerine uygun bir zemin, eskiden alabildiğince aydın olan, ama artık yaşama da, kendilerine de inancı yitirmiş olan çevrelere varıncaya dek ateşli yandaşlar bulabiliyordu. Olağanüstüne, doğaüstüne, ‘öbür dünya’ ile ilgili her şeye karşı ilgi, tarihçi Suetونیus Tranquillus’ta (75-

160) pek açıktır. Onun ‘On iki Sezar’ın Yaşamı’ adlı eserinde, ilk imparatorların yaşamı ile ilgili belgelere, bir yığın kehanet, yora ve mucize karışır. Thoukudides ve Polybios bu tür şeyleri ‘boş masallar’ olarak karşılıyorlardı; şimdi ise, böylesine zırvalar, II. yüzyılın Roma toplumunda, büyük istekli kitleleri buluyordu. Her cinsten sihirbazlar, büyücüler, münecimler, kahinler, Roma’da kaynaşmış duruyorlardı. O kadar ki, imparatorluk hükümeti, birçok kez onlara karşı sert önlemler almak zorunda kaldı; sürgüne yolladı onları, öldürttü. Ne var ki, bu mistik salgının durdurucu denemeler boşa çıktı. Roma imparatorlarının en bilgili olanları bile bu salgına tutulmuşlardı. Örneğin Klaudius, resmen bir kahinler okulu açmış ve Hadrianus da astrolojiyle, hatta büyücülükle uğraşıyordu.” (s.532)

Biz de çok farklısını yaşamıyoruz. Tamamen çökmüş bir ekonomi; ekonomisine güvenini kaybetmiş, döviz ve altına yönelmiş yurttaş; bir soruşturmadaki şüpheliyi aynı soruşturma konusundan üretilen diğer bir davada tanık yapan; yürütmenin açıklama ve demeçlerini talimat kabul eden ancak bir türlü hızlanamayan ve toplumsal yaşama katkısı olumsuz bir yargı; etkisizleşmiş ve tek adamın talimatlarını yasalaştıran meclis; her türlü denetimin tamamen dışına çıkarılmış kamu maliyesi; elindeki varlıkları dövizdeki yükselişi durdurmak uğruna harcayan bir merkez bankası; sosyal medyayı kuşatma altına alıp kuş uçurtmayan bir içişleri bakanlığı; meslek örgütlerini teslim almaya uğraşan bir cumhurbaşkanlığı; sanat, kültür üretemeyen, futbolu entelektüel yaşamının tek merkezi yapmış, çaresini türbelerde, tarikatlarda arayan; emeksiz, bedava zenginleşme hirsına kapılmış, bu hırsı sonucu hep dolandırılan taşralı bir yurttaş tipi; bütün olarak her tür rasyonaliteyi yitirmiş toplumsal gerçekliğimizin mutlakiyetçi Roma toplumundan temelde ne farkı var? Her ikisinde

de kapılar sadece katlanması zor sıkıntılara ve acılara açılıyor.

Bu toplum, sonradan mı, yoksa bir kesimin iddia ettiği üzere 2002 yılından itibaren mi bu yöne saptı? Sorunun bir tarihi olduğunu düşünüyorum. Demokrasiye, akla ve aynı anlama gelmek üzere evrensel direnen bu yapı Cumhuriyet kurulurken inşa edildi. Bu konuda Roma İmparatorluğu'ndan ayrıldığımızı inanıyorum; Roma'nın tarihi cumhuriyetten monarşiye ilerledi ancak biz birebir bu yoldan ilerlememekle birlikte, an itibarıyla aynı yere vardık. Bunun kanıtı olarak resmi tarihin iki önemli dayanağını tartışacağım. Resmi tarihin üzerine inşa edildiği bu iki çok önemli tarihi olgu Atatürk'ün Hareket Ordusu içindeki ve Çanakkale Savaşı'ndaki yeridir.

Atatürk'ün her iki olaydaki rolünü; Atatürkçülüğünü Ergenekon Yargılamaları sırasında hapis yatarak kanıtlamış, Kıbrıs gazisi, Aydınlar Dilekçesi Davası'nda Aziz Nesin ile birlikte çok cesur bir savunma yapmış Yalçın Küçük'ün Türkiye Üzerine Tezler çalışmasının, Tekin Yayınları'nca 1987 tarihli ikinci basımının üçüncü cildinden aktarmalarla tartışacağım.

"Mustafa Kemal'in Hareket Ordusu içindeki yeri, netlikle, bilinmiyor. Bundan sonraki bölümün tezini şimdiden yazıyorum: Mustafa Kemal'in 19 Mayıs 1919 öncesi yaşamı önemli ve parlak değildir. Yaşamın hiçbir eylemi, Çanakkale Savunması dahil, tarihin akışı açısından vazgeçilmez bir nitelik taşıyor (*) Mustafa Kemal'in otobiyografik çalışması, Nutuk; 19 Mayıs 1919 tarihiyle başlıyor.

Bunun, hiçbir zaman açıklıkla kabul edilmeyecek, büyük bir eksiklik sayıldığı anlaşılıyor. Bu nedenle Kemalist Historiografya, Mustafa Kemal'in 19 Mayıs 1919 öncesi önemli olmayan yaşamına önem katabilmek için tarihi ve tarihsel kanıtları zorluyor.

Bu işi en çok İttihat ve Terakki içinde eylemli olanlardan Cumhuriyet döneminde belli bir statüye kavuşturulanlar yapıyorlar. İttihat ve Terakki'nin son Genel Sekreteri Mithat Şükrü Bleda, İstiklal Mahkemesi'nde ölüm terleri dökdükten sonra beraat ediyor, İzmir'de sakin ve ticari işlerle uğraşiyor. Daha sonra Mustafa Kemal'in zamanında Çankaya Köşkü'nden gelen bir telefonla milletvekili oluyor. Anılarında ise şunu yazıyor: "Kısa zamanda hazırlanan askeri kuvvetin ismi 'Hareket Ordusu' olarak kabul edildi. Bu askeri birliğin başı harbiye reisi Rahmi Bey'in kayınpederi Hüseyin Hüsnü Paşa olup yardımcısı da Mustafa Kemal Beydi." İttihat ve Terakki'nin son Genel Sekreteri uyduruyor.

İttihat ve Terakki'nin eylemli üyelerinden, Cumhuriyet dönemi milletvekili Tahsin Uzer de uyduruyor. Şöyle uyduruyor: "Akşam Beyaz Kule karşısındaki Askeri Kulüp'te bir toplantı yaptık. Bu ayaklanmanın bütün askeri birliklere bulaşması söz konusu idi. Nihayet İstanbul'daki isyanı bastırmak üzere müşir Mahmut Paşa'nın komutasında bir askeri kuvvetin süratle gönderilmesine karar verdik. Mustafa Kemal'in teklifiyle gidecek olan bu kuvvete Hareket Ordusu adı verildi."

Mahmut Şevket Paşa'nın komutasındaki Hareket Ordusu'nda Mustafa Kemal'in kurmay başkanlığı yaptığı da ileri sürülüyor çok zaman. Mustafa Kemal'in ne eylem birikimi ne de kolağası olan rütbesi, Hareket Ordusu'na isim önermeye veya müşir olan bir paşaya, bugünkü kullanımla orgeneral, kurmay başkanlığı yapmasına yeterli olmaktan çok uzak görünüyor.

Gönüllü, silahlı, burjuva ordusu olan Hareket Ordusu'nda düzenli bir kurmay hizmeti düşünmek bile abartmalı olmalı. Ancak bir kurmay başkanının belirlendiği düşünülebilir, ferik rütbesinde, bugünkü kullanımla tümgeneral,

bir paşa olması gerekiyor. Gerçeğin de böyle olduğu görülüyor. Hareket Ordusu'nda kurmay başkanı olarak Ferik Ali Paşa geçiyor." (s.323-324)

Bildiğim kadarıyla Osmanlı geç dönem rütbe silsilesinde müşir, mareşal rütbesinin karşılığıdır. Orgeneral, ordu generali rütbesinin karşılığı 1. Feriktir. Yine Osmanlı geç dönem rütbe silsilesinde yüzbaşı, Türkiye Cumhuriyeti ordusunda 1980 yılına kadar yürürlükte olan önyüzbaşı rütbesine, kolağası ise pratik anlamda yüzbaşı rütbesine karşılık geliyor. Demek oluyor; yüzbaşı Mustafa Kemal Atatürk mareşal ile aynı masaya oturup kurulan devrimci orduya isim takdir ediyor ve mareşalin kurmay başkanlığını üstleniyor; mantık dışı...

Müşir, Mareşal Mahmut Şevket Paşa'nın kurmay başkanı; zamanındaki rütbesiyle kolağası, günümüzdeki karşılığı kıdemli yüzbaşı Mustafa Kemal... Yalçın Hoca'nın alıntı yaptığı Tahsin Uzer'e göre Hüseyin Hüsnü Paşa'nın yardımcısıdır. Aktarıyorum: "Hareket Ordusu, parça parça hareket ediyor. İlk giden birliklerin başında Hüseyin Hüsnü Paşa var; redif komutanıdır. Osmanlı ordu kuruluşunda redifler düzenli askerlerin dışındaki redifleri anlatıyor; bu durum da Hareket Ordusu'nun çok büyük ölçüde gönüllülerden meydana geldiğini gösteriyor." (s.320) Kurmay başkanı, görevi gereği, kurmay başkanlığını yaptığı birliğin lojistik planını hareket planına uygun yürütmekle yükümlü karargah subayıdır ancak Müşir Mahmut Şevket Paşa'nın kurmay başkanı Mustafa Kemal Bey, aynı zamanda, öncü redif, yedek, birliklerin komutanı Hüseyin Hüsnü Paşa'nın da yardımcılığını yapmaktadır ancak öncü birlikler arasında da yoktur: "Hareket Ordusu parça parça hareket ediyor. Parça parça Ayastefanos'a, şimdi Yeşilköy ve Çatalca'ya ulaşıyorlar. Çeşitli kaynaklar, ilk ulaşan birlikleri, komutanlarıyla birlikte anıyorlar. 1800 gönüllünün başında

Niyazi'nin, 1000 gönüllünün başında Yarbey Selahattin'in, Binbaşı Yusuf Rasih'in, Cemal, Remzi, Enver Beyler'in, Ohrili Eyüp Sabri'nin olduğunu gösteren kayıtlar ve bazı fotoğraflar var. Mustafa Kemal'in adı geçmiyor." (s.324-325)

Bizzat Kemalist tarih kaynakları dahi Atatürk'ün Hareket Ordusu içindeki rolünde mutabık değiller; Mustafa Kemal Atatürk Hareket Ordusu'nun başkomutanı Müşir Mahmut Şevket Paşa'nın kurmay başkanı mı, öncü redif kuvvetlerin komutanı Hüseyin Hüsnü Paşa'nın yardımcısı mı, anlaşılamıyor.

Sıra Atatürk'ün Çanakkale Savaşları'ndaki yerinin belirlenmesinde. Türkiye'nin en donanımlı aydınlarından Yalçın Hoca yazıyor: "Burada bu parantezi de kapatıyorum ve bir yenisini açıyorum. Bu parantez içinde Türk tarih yazımının büyük çarpıtmalarla dolu olduğu tezini tekrarlıyorum. Buna yeni bir kanıt olarak, 1918 yılında yayınlanmış ve yalnızca Çanakkale Savunması'nda Mustafa Kemal Paşa'nın rolünü konu alan çok uzun bir görüşmeyi gösteriyorum. Kemal Paşa, bu görüşmede, pek çok ayrıntı vererek Çanakkale Savunması'nı ve kendi katkısını anlatıyor. Görüşmeyi ve herhalde bu görüşme için olmalı, Mustafa Kemal'in iktidarı süresince hep elçilik ve milletvekilliği yapan Ruşen Eşref, bu görüşme ile bir yeni 'kahraman' yaratmak istiyor. Ruşen Eşref, millici Yeni Mecmua'nın 'Çanakkale nüsha-i mümtazesi', Çanakkale özel sayısında, 1918 yılında yayınlanan bu görüşmesinin bir yerinde şöyle yazıyor: 'Bana Kaniye müdafii Tiryaki Hasan Paşa ile yahut Plevne Arslanı Gazi Osman Paşa ile görüşmek mukadder olsaydı, bugünkü muhavereye daha fazla mı heyecan duyacaktım?' Genç Komutan Mustafa Kemal'i, Türk tarihinin üçüncü kahramanlık kürsüsüne çıkarmak istemesine karşın, bu uzun görüşme Kemalist Historiografi'de pek az veya hiç

kullanılmıyor. Neden mi? Çünkü Mustafa Kemal, Çanakkale Savunması'nı anlatıyor. Bu parantezi de kapatıyorum ve devam ediyorum." (s.462-463)

Ruşen Eşref bunları yazarken, Kemal Paşa'nın, bir gün cumhurbaşkanı olabileceğini, konuşacağını, konuşmalarının bazısının plağa alınacağını ve sesinin yeni nesiller tarafından da tanınacağını düşünmüyor; öyle anlaşıyor. Düşünmüş olsa, Mustafa Kemal'in sesinin kalın olduğunu yazmazdı. Mustafa Kemal'in sesi, ilkokul çocuklarının da bildiği türden, kısık ve incedir. Ancak bir kahraman yaratılırken, sesinin de kalın olması gerektiği düşünülüyor. Kahramanlara kalın ses yakışır.

Bütün bunlara ve Ruşen Eşref'in herkesten önce, Tiryaki Hasan Paşa ve Gazi Osman Paşa'dan sonra Türk tarihinin üçüncü savunmacı kahramanı olarak Anafartalar Kahramanı Mustafa Kemal Paşa'yı yazmış olmasına karşın, bu uzun röportajın Türk tarih yazımında pek az veya hiç kullanılmaması, üzerinde düşünülmeğe değer görünüyor. Düşünüldüğü zaman birçok neden ortaya çıkıyor.

Mustafa Kemal, Çanakkale Savunması'nı anlatırken ve 27 Temmuz 1915 tarihinde bir görevden bir başka göreve giderken 'yanıma fırka sertabibi Hüseyin Bey'i aldım' diyor. Bir tümen komutanının cephede hep doktor ile gezmesi Ruşen Eşref'in de dikkatini çekiyor. 'Niçin' diye soruyor ve 'hastaydım çünkü' cevabını alıyor. Bunu kaydediyorum. Bunun dışında, bir Genelkurmay Başkanı, bir Milli Eğitim Bakanı, bir Türk Tarih Kurumu Genel Sekreteri'nin de içinde bulunduğu bir kurul tarafından hazırlanan İslam Ansiklopedisi'nin 'Atatürk' maddesinden yapılan bir aktarmayı tekrarlamak gerekiyor. İslam Ansiklopedisi'ne göre 1915 sonlarına doğru Mustafa Kemal, bu sırada yalnızca bir

yarbaydır, komutanlarına taarruza geçilmesini öneriyor ve bu öneri kabul edilmeyince, ordudan istifa ediyor. 10 Aralık 1915 tarihinde 'büyük bir fırsatın kaçırılmakta olduğunu gören Mustafa Kemal, ordu komutanına istifa ettiğini' bildiriyor. Bu, Türk tarih yazımındaki büyük çarpıtmalardan birisini meydana getiriyor. 'Mustafa Kemal'e saygı gösteren Liman Paşa bu istifayı hava tebdiline' çeviriyor. Bu da çarpıtmanın devamı oluyor. Hiçbir ordu veya silahlı kuvvetlerde bir cephe komutanının bir yarbaya 'saygı' göstermesi görülmez.

Şimdi 1918 Mart ayında Şişli'deki evinde Mustafa Kemal Paşa anlatıyor: 'İşte bu Kayacıktağılı muharebesinden sonra nihayete kadar artık ciddi hiçbir muharebe vuku bulmamıştır. Bu uzun müddet zarfında gerek biz gerekse düşman tahkimat ve tertibatla iştigal ettik. Bütün tafsil ettiğimiz bu muharebelerde düşman pek büyük zayıata duçar olduğu ve bizim taht-ı hakimiyetimizde kalmaktan kurtulamadığı için bütün ümitleri kırıldı. Ben 27 Teşrin-i Sani'de rahatsızlandım.' Kasım 1915 tarihinde rahatsızlanıyor.

Ruşen Eşref soruyor: 'Demek her gün sarsıp emellerinden uzaklaştırdığınız düşmanınızın hacaletle kaçtığını görmediniz?' Kemal Paşa cevap veriyor: 'Hayır! Fevzi Paşa Hazretlerini yerime tevkil ettim. İstanbul'a geldim.' Hepsî, Mustafa Kemal Paşa'nın anlatımına göre, böyle oluyor. Mustafa Kemal Paşa, kendi tarihçilerini yalanlıyor. Bu mülakat kullanılmıyor. Çünkü, Ruşen Eşref'in tüm zorlamalarına karşın, Mustafa Kemal Paşa, Çanakkale Savunması'nın baş rolünü üzerine almıyor. Bütün aktörlerin yaşadığı bir sırada böyle bir zorlamanın bütün çekiciliğine karşın, bir ihtiyat tümeninin komutanı olarak katıldığı Çanakkale Savunması'ndaki kahramanlık nişanını, kendi hakkı saymıyor."

"Çünkü Çanakkale Savunması'nda

Alman Liman Paşa bir yana, en önemli rol ve komutanlık Üçüncü Kolordu Komutanı Cevad Paşa'ya düşüyor. Mustafa Kemal Paşa'nın rolünü abartmak mümkün görünmüyor; Çünkü Kemal Bey, o sırada Çanakkale Savunması için 'ihtiyat' olarak ayrılan bir fırkanın, şimdi tümen komutanı olarak bulunuyor. Bu, Ruşen Eşref'in röportajında da var: 'Ve o mıntıka kumandanlığına Halil Sami Bey isminde diğer bir zat tayin ediliyor. O zaman kaymakam rütbesinde bulunan Mustafa Kemal Bey de kumanda ettiği fırkayla icabında Anadolu cihetine harekete müheyya bulunmak üzere 'ihtiyat-ı umumî' olarak terkediliyor, Rumeli sahili mıntıkası muhafazasına yalnız o Miralay Bey'in fırkası tahsis ediliyor.' Pek açık olarak görülüyor; Çanakkale Savunması'nın aktörlerinin hayatta olduğu bir zamanda Çanakkale'de Mustafa Kemal Bey'in rolünü büyütmek imkansızdır." (s.463-464-465 -466-467)

Atatürk'ün kendisi Çanakkale'de önemli bir rolünün olmadığını gazeteci Ruşen Eşref'e açıkladığına göre bu destansı savunmayı gerçekleştiren komutanlar kim?

"1926 yılında Paris'te yayınlanmış olan 'Türk Savaşı' başlıklı ayrıntılı çalışmadan aktarıyorum; çalışmada Mart Savunması'nın yol açtığı kayıplar sayıldıktan sonra devam ediliyor: 'C'etaient la', des degats peu importants en regard de la victoire dont les Turcs accordaient tout le merita a' Djevad Pacha''. La Guerre Turque adını taşıyan bu çalışma da Kemal Paşa'nın Ruşen Eşref'e söylediklerini doğruluyor. Zaferin yanında kayıplar önemsizdi, bütün Türkler zaferin tüm onurunu Cevad Paşa'ya veriyorlar; Cevad Paşa, bu kahraman asker, Kurtuluş Savaşı'ndan sonra Çanakkale Savaşı üzerinde hiç konuşmamayı tercih ediyor." (s.470-471)

Çanakkale'de Şimal, Kuzey, Grup Kumandanlığı Esad Paşa'nın, Cenubu Garbi Kumandanlığı

kardeşi Vehip Paşa'nın deruhtesindedir. Mustafa Kemal Paşa Esad Paşa'nın emrindedir.

Çanakkale Savaşı'nda Atatürk'ün göğsüne isabet eden şarapnelin hikayesini yazmadan konu tamamlanmış olmaz.

"Bu ünlü saatin de ilk kez, Ruşen Eşref'in röportajı ile duyurulduğunu anlıyorum. Bu nedenle, röportajın bu bölümünü de aktarmak gereğini duyuyorum.

Buraya kadar muhaveremizi, yakın bir vaziyetle dinleyen Yüzbaşı Cevad Bey, Paşa'nın yaveri, kalın, sertliği hoşla giden bir sesle 'bu şarapnel misketlerinden bir tanesi de Paşa'nın göğsünü okşamıştır!' dedi. 'Nasıl?' dedim. Paşa tesbihiyle oynuyordu. Cevad Bey, parlak çizmelerindeki mahmuzlar şıkırtı yaparak, göğsünün sol tarafındaki nişan kurdeleleri sırası ve ipek kordonu kabara ine anlattı. 'Bulunduğumuz yer tamamen muhacimlerin arasıydı' dedi. 'Paşa da ilerleyen efradımızı seyrederken göğsüne bir şeyin gayet kuvvetli çarptığını duymuşumdur.' Bunları Yaver Yüzbaşı Cevad söylüyor. Bunun üzerine söze Kemal Paşa katılıyor ve konuşma şöyle sürüyor;

-Evet, sağ tarafta ceketimde bir kurşun yeri gördüm. Yanımda bulunan bir süvari zabiti, 'Efendim vuruldunuz!' dedi. Ben böyle bir söz suyu bulursa askerimizin kuvve-i maneviyesi üzerinde yapacağı tesiri düşündüm. Elimle zabitin ağzını kapadım. 'Sus' dedim.

-Bir şarapnel misketi göğsünün sağ tarafına, tam saatin bulunduğu cebe isabet etmiştir. Saat parça parça oldu. Fakat o darbe ile Paşa'nın göğsünde hafif bir lekeden ileri geçmemiştir.

-O saat sizin için tarihi bir saattir. Onu görebilir miyim efendim?

-O saatin enkazını bu muhabereden sonra Liman Paşa Hazretleri hatıra olarak aldılar. Bana da kendilerinin aile-i asalet armasını havi bulunan saatlerini verdiler. Von Liman'ın bu saati almış olmasına pek çok üzülüyorum.

Türk tarih yazımı adına üzülüyorum. Çünkü doğru olduğundan kuşku duymadığım bu olayın çok kötü anlatılmış ve yazılmış olduğunu görüyorum. Mustafa Kemal Paşa adına utanıyorum ve bu saat öyküsünün yeniden yazılması gerektiğini düşünüyorum. Öyle sanıyorum ki, Yüzbaşı Cevad ile Kemal Paşa bu saat olayını, her halde önemsemedikleri için, daha önce hiç konuşmamışlar. İlk kez Ruşen Eşref ile röportaj sırasında ortaya çıkmıştır. Bu röportajın havası içinde bazı ayrıntılara dikkat edilmemiştir.

Türk tarih yazıcıları, bu saat öyküsündeki, bazı küçük tutarsızlıkları düzeltmek durumundalar. Bunları sıralıyorum:

1- Yüzbaşı Cevad, Kemal Paşa'nın göğsüne şarapnel parçasının geldiğini söylüyor. Mustafa Kemal Paşa kurşundan söz ediyor. Büyük Kumandan Mustafa Kemal Paşa'nın kurşun ile şarapnel arasındaki ayrımı bilmemesi düşünülebilir mi?

2- Cevad, şarapnel parçasının saati parça parça yaptığını söylüyor. Paşa'nın göğsünde hafif bir leke bıraktığını belirtiyor. Kuşkusuz bu, elbisenin göğsü oluyor ve saati parça parça eden şarapnel parçasının hafif leke bırakması imkansız görünüyor. Elbiseyi yakması gerekiyor.

3- Kemal Paşa ise 'bir kurşun yeri gördüm' diyor. Kurşunun da elbiseyi yakarak delmesi, etrafında yanık yerleri bırakması, her türlü filmler nedeniyle, artık herkesin bildiği bir gereklilik olarak ortada duruyor." (s.468-469)

Yaptığım alıntılardan kendi önerilerimi yazmalıyım: Cumhuriyet, çok büyük yazık, gerçek üzerine kurulmamış. Bizzat Atatürk, gerçeğin değiştirilmesini teşvik etmiş, gerçeği değiştirenleri milletvekilliği, diplomatlıkla ödüllendirmiş. Atatürk'ün, başkalarına ait başarıları sahiplenmekte sakınca görmediği anlaşılıyor. Cumhuriyet tarihi başından itibaren, gerçeklikle sorunlu bir kurgu ile yazılmış ve

geleceğine sorun taşıyor.

Geriye bir soru kalıyor; Cumhuriyetin ve Atatürk'ün, gerçek olmayan bu tür bir yeniden tarih yazımına gerçekten ihtiyacı var mıydı, tarihi gerçekler üzerine inşa edilmiş olsaydı? Cumhuriyet için daha iyi olmaz mıydı, örneğin biz daha özgür bir toplum olmaz mıydık?

Eksik kalmaması ve bugüne bağlantının netlikle kurulabilmesi için Atatürk Türkiye'si'nden bir uygulamayı da eklemem gerekiyor. Eklemeyi Yalçın Küçük'ün Türkiye Üzerine Tezler'inin, Tekin Yayınları'nca 1989 yılında basılmış beşinci basımının birinci cildinden aktararak yapacağım: "1930 yılında kurulan üç 'cumhuriyet' partisi de ard arda kapatılıyor. Ancak egemen sınıflar parti kapatmakla yapmaları gereken işlerin bitmediğini bilecek kadar deneyim sahibi. Devletçilik adı verilen, bir yandan üretici güçler düzeyini yükselten ve dolayısıyla sömür oranını artıran, diğer yandan, egemen sınıfların iktidarını güçlendiren uygulamanın, geniş yığınların üzerinde her türlü baskıyı yoğunlaştırmadan gerçekleştirilemeyeceğini bilecek kadar deneyim ve bilinç sahibi. Her türlü baskı içinde geniş işçi ve emekçi yığınları saptırma ve oyalama da var.

Çünkü sadece parti kapatmak yetmiyor. Çünkü her yerde aynı düzenin işçi ve emekçilere mutluluk bir yana sadece artan sıkıntı getirmiş olduğu görülüyor. Kemalist tarihçiler, bütünüyle Cumhuriyet döneminin ve özellikle kuruluş ve 1930 yıllarının küçük burjuva iktidarı olduğunu söylüyorlar. Söylerler. Çünkü söylemek çok kolay. Gerçeklere dayanmadan söylemek çok kolay. Gerçeklerle yan yana getirmeden söylemek çok kolay. Fakat gerçeklerle söylenenleri yan yana getirmek de çok zor değil.

Öğretmenler üzerine yazılmış bir çalışmada şu var: 'Hiçbir yerde

öğretmenin karnı doymamaktadır. Muallimler Mecmuası'nın yazdığına göre 1931'de yalnız İstanbul ilköğretim öğretmenleri arasında 225 veremli sayılmıştır.' (Doç. Dr. Yahya Akyüz, Türkiye'de Öğretmenlerin Toplumsal Değişmedeki Etkileri, 1848-1940, Ankara 1978, sayfa 241) Aynı çalışma, Muallimler Mecmuası'nın 1932 yılına ait bir sayısında yer alan 'Tekaütlük ve Hasta Muallimler' başlıklı yazıdan şu alıntıyı yapıyor: 'Umumi zaafiyetleri dolayısıyla sık sık muallimleri hasta olmayan hemen hemen bir tek mektep yok gibidir.' Bu çalışmada şöyle bir bilgi de yer alıyor: 'Bir yazarın iddiasına göre 1932'de bir ilkokul öğretmeni yırtık pabuç ve yama tutmayacak kadar bir giysi ile ve yarı aç öğrencilerinin önüne çıkmayı bilim ve haysiyetine hakaret sayarak intihar eder.'

Tabii sadece intihar etmez. Samsun'un Çarşamba İlçesinde, 1930 seçimlerinde bazı kadınlar bir bayan öğretmene 'hangi fırkaya oy verelim?' diye sorarlar. Bayan öğretmen de 'istediğiniz fırkaya verin' der. Aç olduğu için özgürlüğünü kullanır. Ancak aç karnına özgürlük kullanmanın daha çok açlık demek olduğunu hemen öğrenir. Çünkü görevinden uzaklaştırılır." (s.133-134)

1930'ları aktarırken bugünü yazıyormuş duygusuna kapılıyorum. Ülke insanının, özellikle her düzeyde aydın özellikler gösteren kamu görevlisinin, akademisyenin kendisini güvende hissetmemesi Cumhuriyetin kuruluşundan geliyor; yeni değil. Öyle anlaşıyor; hukuk bu ülkeye uğramamış. Hukuksuzluğun ve hukuksuzluk içinde daha derine inmenin de bir mekanizması var. Bu mekanizmayı, Roma İmparatorluğu'nun tarihinin sağladığı açıklıkla aktarmayı denedim.

Sorunlarını çözme yeteneğinde olmayan toplumlar, giderek, en sağlıklı yanları olan demokrat kesimlerini etkisizleştirip hep daha fazla akıl dışına düşmeye ve otoriterleşmeye mahkumdurlar.

Roma tarihinin, ideolojik devlete, tek adam yönetimine laboratuvar işlevi gördüğü yeterince açık değil mi?

TÜRKİYE'DE BİREYSEL ANLAMDA LAİKLİK UYGULAMASI

Av. Nezh SÜTÇÜ

I. TANIM VE KAVRAMLAR

Konuyu incelemeye başlamadan önce bazı tanım ve kavramların açıklamasının yapılma zorunluluğu vardır. "Laik" en basit anlamıyla "din işlerini devlet işlerine karıştırmayan, devlet işlerini dinden ayrı tutan" anlamındadır.¹ Bu tanım, beraberinde, "din", "din işleri", "devlet" tanımlarının da yapılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Din, "Tanrı'ya, doğa üstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum veya inanılıp çok bağlanan düşünce, inanç veya ülkü, kült"² olarak tanımlanır, din işleri dine ait tüm iş ve işlemler olmaktadır. Ancak bazen din işi ile devlet işi birbiri ile örtüşebilir. Burada nasıl hareket edilmesi gerektiği aşağıda incelenecektir.

"Din insanın ilah, diğer insan ve varlıklarla münasebetlerini düzenleyen ve hayatına yön veren, onlarla ilgili davranışlarına esas olacak kurallar bütününe verilen addır. Arapça kökenli bir kelime olan din sözlükte 'örf ve âdet, ceza ve karşılık, mükâfat, itaat, hesap, boyun eğme, hâkimiyet ve galibiyet, saltanat ve mülkiyet, hüküm ve ferman, makbul ibadet, millet, şeriat' gibi çeşitli anlamlara gelir. Bugün batı dillerinde din karşılığı kullanılan religion kelimesinin aslı Latince'dir ve 'bir şeyi vazife edinmek, tekrar tekrar okumak, yapmak', ayrıca 'insanları Tanrı'ya bağlayan bağ' anlamlarını içermektedir. İnsan dinî bir varlık olması, başka bir ifadeyle dinî duygunun, fitrî (doğuştan gelen) bir özellik olarak insanın kendi öz varlığı hakkındaki şuur ile birlikte ortaya çıkması, bu şuur ile birlikte gelişmesidir. Din duygusu insanın doğuştan beraberinde getirdiği bir duygudur. İnsan, her zaman ve her yerde yüce, kudretli ve ulu bir varlığa sığınma, ona güvenme ve ondan

yardım dileme ihtiyacını hissetmiştir. Bu sığınma ve güvenme duygusu, din ile karşılanmaktadır. İnsan, yapısı itibarıyla dine muhtaçtır. Çünkü insan ruh ve bedenden ibarettir. Bedenî ihtiyaçları karşılamak nasıl hayatın bir gereği ise, mânevî varlığın devamı da ruhî ihtiyaçlarının karşılanmasına bağlıdır. Onun bu ihtiyaçlarını karşılayan en köklü müessese ise dindir. İnsanın, yüce bir kudretin mevcudiyetini kabul edip ona yönelmesi, dua ve niyaz ile ona sığınması, doğuştan getirdiği sığınma, güvenme ve bağlanma duygularının en güzel karşılığıdır. Bu güvenme, sığınma ve bağlanma duyguları insanda öylesine köklüdür ki tarih boyunca bütün insanlar şu veya bu şekilde bir kişi, nesne veya varlığa kutsallık ve yücelik nispet edip bağlanmışlardır.³

Din kurallarının statik (durağan), değişmez ve değiştirilemez olması söz konusudur. Oysa toplum hızla değişmekte ve gelişmektedir. Bu değişim ve gelişmeye aynı dine mensup kişilerin getirdiği yorumlar sonucu, alt ayrımlar ve mezhepler doğmuştur. Daha da ileri gidilerek hiçbir dine ve hatta ilaha inanmayan insan veya gruplar türemiştir. Din kuralları, insanın ilah, diğer insan ve varlıklarla münasebetlerini düzenleyen ve hayatına yön veren, onlarla ilgili davranışlarına esas olacak kurallar bütünü olunca, her inanç kendisine ait kuralları hakim kılmak istemiş ve bunun sonucunda din ve mezhep çatışmaları ortaya çıkmıştır. Her din için farklı kurallara göre işleyecek birden fazla hukuk sisteminin çatışması kaçınılmazdır. Bu çatışmaları ortadan kaldırmak ve bir arada yaşayabilmek için din kuralları yerine gelişme ve değişimleri dikkate alan, akla dayanan (beşerî) kuralların (hukuk kurallarının), din

kurallarından bağımsız olarak kabul edilmesi zorunlu olmuş ve laiklik kavramı ortaya çıkmıştır. Doğa üstü olayların bilimsel olarak açıklığa kavuşturulması, teknoloji ve iletişimin gelişmesi, fabrikalaşma, iş bölümü, ekonomik kalkınma, eğitim seviyesinin yükselmesi, şehirleşmenin artması toplumların da sekülerleşmesine (dünyevileşmesine) neden olmuştur.

Laiklik, siyasal ve dinsel otoritelerin/ kurumların birbirinden ayrılıp, birbirine karşı özerklik kazandığı, egemenliğin tanrıya veya daha kapsayıcı bir ifadeyle söylersek, kutsal olana dayandırılmadığı, devletin siyasal örgütlenmesini, hukuk düzenini, herhangi bir eylem ve işlemini kutsal olan ile meşrulaştırmadığı, bununla birlikte de, devlete, hukuk sistemini mutlak olarak dinsel olanla örtüşmeyecek biçimde düzenleme, tamamen dinsel olanın dışında düzenlemeler yapma gibi bir zorunluluk da yüklemeyen, devleti dinler karşısında tarafsız bir konuma iterek, farklılıkların (değişik inanç gruplarının), hiyerarşik bir derecelendirmeye tabi tutulmadan, eşit koşullar içerisinde bir arada yaşamasının güvencesi olan bir ilkenin adıdır.⁴ Devlet, "Toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal bakımdan örgütlenmiş millet veya milletler topluluğunun oluşturduğu tüzel varlık veya bu tüzel varlığın yönetim organları"⁵ şeklinde tanımlanabilir. Görüldüğü gibi tanımlar, tanrı, millet, mezhep, şeriat gibi başka tanımların yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. O nedenle temel bilgi, veriler burada kesilmiştir. Ancak, uygulamada birbirinin yerine kullanılan 'Laiklik' ve 'sekülerleşme' kavramları üzerinde kısaca durmak gerekmiştir.

DİPNOT

1 <https://sozluk.gov.tr/>2 <https://sozluk.gov.tr/>3 <https://www.yenisafak.com/din->

nedir-h-2694993

4 MERTCAN, Hakan, Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de laiklik, s. 311

5 <https://sozluk.gov.tr/>

1. LAİKLİK VE SEKÜLERİZM⁶:

Her iki kavram da egemenliğin dini bir referanstan değil, milleten alınmasını ifade etmektedir. Bir başka anlatımla her iki kavram, dinin dünyevi gücünün ortadan kaldırılmasına yönelik kullanılmaktadır. Anayasamızda 'laik' ifadesi yer almaktadır. O nedenle 'laik' kelimesi daha çok ön planda olup, bu iki kavram birbirinin yerine kullanılabilir. Laiklik, din ve devlet arasındaki ilişkiye, sekülerleşme (dünyevileşme) ise din ve toplum arasındaki ilişkiye dairdir. Laik devletlerin seküler olmayan toplumları ya da laik olmayan devletlerin seküler yaşam tarzına sahip toplumları olabilir.

Örneğin Türkiye ve Fransa laiklik ile yönetilirken, Türkiye toplumu seküler değildir. Çünkü toplumda din kuralları oldukça yaygın ve etkindir. Anayasaya konulan hükümle, dinin toplumsal hayattaki varlığı azaltılamamıştır. Devletin başının kilisenin de başı olduğu, devletin resmi bir dine sahip olduğu İngiltere, Danimarka, İsveç (2000 yılına kadar), Norveç gibi ülkeler devletin temsili de olsa bir dini olduğu için laik değildir, ama devletin her inanç grubuna aynı uzaklıkta olduğu, hiç kimsenin bağlı olduğu dini inançtan dolayı devlet kadrolarından uzaklaştırılmaması ya da bürokraside yükseltilmemesi toplumun seküler nitelikte olduğunu gösterir.

Aynı şekilde devletin laik olmaması, şeriat ilkeleri ile yönetiliyor olması halkın ise seküler yaşam tarzını benimsemesi mümkündür. İran'da devletin vereceği cezalardan korkan kadınların devletin olmadığı noktalarda -özellikle evlerinin içinde- ev partileri yapmaları, dekolteli, kadınlık hatlarını ortaya koyan kıyafetler giymeleri, erkeklerin alkol tüketmeleri halinde seküler yaşam tarzını benimsemeleri söz konusu olmaktadır. Bireylerin değil, devletlerin laikleştikten bahsedilir. Eğer bireylerin geçmişe nazaran dinden uzak bir hayat

yaşadıkları ifade edilmek isteniyorsa, onların laikleştikten değil sekülerleştikten bahsedilebilir. Sonuç olarak laiklik siyasal alanı, sekülerlik ise bireysel alanı kendisine konu edinir. Laik devlet, seküler insan vardır. O nedenle, Anayasamızda Türkiye Devleti bir Cumhuriyet'tir (AY m 1) denildikten sonra, Türkiye Cumhuriyeti'nin (Devletin) laik olduğu ifade edilmiştir (AY m 2).

II. 1982 ANAYASASINA KADAR TÜRKİYE'DE LAİKLİK UYGULAMASI

Cumhuriyet döneminden itibaren laiklik konusunda atılan adımlar aşağıda kronolojik sırada sunulmuştur.

- 20.1.1921 tarihli Anayasada (1921 Anayasasında), din veya İslamiyetle ilgili bir madde bulunmamaktadır.
- 29.10.1923 tarihinde 1921 Anayasasının 2. maddesi değiştirilerek Türkiye Devletinin dininin İslam olduğu belirtilmiştir.
- 3 Mart 1924'te kabul edilen bir yasayla Türkiye sınırları içinde bütün öğretim ve eğitim kurumları Maarif Vekâleti'ne (Eğitim Bakanlığı) bağlandı. Şer'îye ve Evkaf Vekâleti (Din İşleri ve Vakıflar Bakanlığı) kaldırılarak din işleriyle ilgili olarak Diyanet İşleri Başkanlığı kuruldu. Böylece Türkiye'de din hizmetleri, devlet kontrolü dışında değil, devletin denetiminde yürütülecekti.
- 3.3.1924 tarihinde Tevhidi Tedrisat Kanunu (Öğretimin Birleştirilmesi Yasası) ile dinî okullar kapatıldı, tüm okullar Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlandı, halifelik kaldırıldı.
- 1924 Anayasasının (20.4.1924 tarihli Anayasasının) 2. maddesinde Türkiye Devletinin dininin İslam olduğu belirtilmiştir.
- 1925 yılında tekke, zaviye ve türbeler kapatıldı.
- 1926'da yürürlüğe giren Medeni

Kanun ile hukuk alanında da laiklik ilkesi geçerli kılındı. Lise ders programlarından Arapça ve Farsça dersleri kaldırıldı.

- 1928'de çıkarılan yeni bir yasayla Anayasanın ikinci maddesinde yer alan "Türk Devleti'nin dini, İslam dinidir" cümlesi Anayasadan çıkarıldı ve latin alfabesine geçildi.
- Laiklik, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin tek partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin programında altı okla simgelenen ilkelerden biri olarak 1931'de yer aldı.
- 14 Mayıs 1931 tarihli CHP Kongresinde parti programına ilave olunan ek maddede, Din telakkisi vicdan işi olduğundan fırka din fikirlerini devlet ve dünya işlerinden ve siyasetten ayrı tutmayı milletimizin muasır telakkisinde başlıca muvaffakiyet olarak görür biçiminde ifade olundu ve din dersleri 1933'te okul programlarından çıkarıldı.
- 1937 yılında laiklik anayasaya girdi.
- 1949'da ilköğretim, 1956'da ortaöğretim programlarına din dersi "seçmeli ders" olarak yeniden konuldu.
- 1961 Anayasası m2 hükmünde de laiklik ilkesi yer almıştır.

Yukarıdaki süreç bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sadece devletin laikleştirilmesinin değil, toplumun da seküler hale getirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Laiklik ilkesi ile din kamusal alandan tamamen çıkartılıp, devamlı kontrol edilebilecek bir konuma getirilmeye çalışılmıştır. Özellikle Diyanet İşleri Başkanlığı eliyle devletin dini kontrol altına almaya çalışması söz konusudur.⁷ Hem bu kurumun varlığı ve hem de görevlerini yerine getirirken ortaya koyduğu yaklaşım laiklik ilkesinin içeriğiyle ciddi biçimde çelişmektedir.⁸ Başkanlığın, toplumu aydınlatmak üzere yaptığı yayınlarda, verdiği hutbelerde

DİPNOT

⁶ ERTİT, Volkan, Birbirinin Yerine Kullanılan İki Farklı Kavram: Sekülerleşme ve Laiklik, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/17680>

⁷ Bunun gerekçesi olarak, Türkiye'de

İslam dininin cemaatlara bırakılması sonucunda cemaatlerin din hizmetlerini yerine getirmek için örgütlenecekleri, bu örgütlerin denetiminin zorluğunun yanı sıra yerli ve yabancı kaynaklardan destek görüp,

ekonomik açıdan da güçlenip, laikliği tehdit edecekleri düşüncesi ileri sürülmektedir, TUĞRUL, Saim, Türkiye'de Laik Hukuk Sisteminin Kuruluşu, İstanbul, 2004, s. 13. ⁸ Fakat bu çelişkili tutumların sadece

bütünüyle Sünni İslam'a dayanan bir anlayışın benimsendiği ve bu anlayışa dayalı bir din propagandası yapıldığı görülmektedir. Sünni İslam temel alınarak yapılan yorumlarda devlete yurttaşlık bağıyla bağlı olan insanlar arasında bir ayırım yapılmakta ve bu insanlardan bir kısmı, Aleviler, Nusayriler, Hristiyanlar, Yahudiler, Bahailer, dinsizler, ateistler vs. dışlanmaktadır.⁹ Özetle söylersek; varlığıyla laikliğe aykırı olan kurum, yerine getirdiği görevler bakımından da laiklik ilkesine tamamen aykırı bir konumdadır.

Burada,

- a)** Bir dinin belli bir mezhebinin benimsenmesi ve devlet eliyle din propagandasının yapılması ile din ve devletin kurumsal ayrılığı ilkesi,
- b)** Yurttaşlar arasında ayırım yapılması ile eşitlik ilkesi,
- c)** Yurttaşlardan bir kısmının sahip olduğu inançlara hakaret edilmesi¹⁰ dolayısıyla da din ve inanç özgürlüğü ihlal edilmektedir.¹¹

III. MEVCUT ANAYASA HÜKÜMLERİ VE BİREYSEL UYGULAMA

1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde, laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı belirtildikten sonra, Türkiye Cumhuriyeti'nin, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu (AY m 2); Temel hak ve hürriyetlerin, özlere dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı

DİPNOT

Türkiye'ye özgü olmadığına, Laikliğin "anavatani" olarak addedilebilecek Fransa'da da çeşitli biçimlerde sorunların bulunduğuna dair, MERTCAN, s. 306-307, 9 Nitekim 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanunun "Görev" başlıklı 1. Maddesinde Başkanlığın İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulduğu belirtilmektedir.

olamayacağı (AY m 13); Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı (AY m 14); Herkesin, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu ve kimsenin devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı (AY m 24)¹²; Eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı (AY m 42); Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getireceği (AY m 136) ifade edilmiştir.

AY m 2 gerekçesinde Laiklik tanımı ile ilgili olarak "Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen laiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesini, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabi kılınmaması anlamına gelir" denilmektedir. AYM 7.3.1989, 1/12 sayılı kararı ile "Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir" şeklindeki hüküm, laiklik ilkesine

aykırı bulunmuştur.

Aynı şekilde, 9.4.1991, 1990/36, 8 sayılı AYM kararı ile "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" şeklindeki hüküm, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmediğinden Anayasaya aykırı bulunmamıştır. 17.6.1994, 1993/61, 327 sayılı DİDDGK kararında derslere başörtüsü ile giren ve uyarılara rağmen bu davranışında ısrar eden davacıya disiplin Yönetmeliği gereğince verilen kınama cezasının iptaline dair Danıştay 8. Daire kararı bozulmuştur.¹³

Anayasa Mahkemesi'nin, siyasî partilerin kapatılmasına dair verdiği kararlarındaki gerekçelerden biri de siyasî amaçlarla dinî simgelerin kullanılmasıdır (AYM 16.1.1998, 1997/1, 1 Refah Partisi ve 22.6.2001, 1999/2, 2 Fazilet Partisi kararları). 24.6.2004, 2002/382, 702 DİDDGK kararı ile öğrenci seçme ve sınav kılavuzunun başvuru formunda başı açık fotoğraf olması gerektiğine ve başörtülü olarak sınava girilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin iptali için açılan davada Danıştay 8. Dairesi'nce verilen ret kararı onanmıştır.¹⁴ 28.6.2004 tarihinde AİHM Leyla Şahin, Türkiye Başvurusu [Başvuru no. 44774/98] ile ilgili olarak taraf devletlere bırakılan takdir yetkisinin alanı göz önüne alınarak, İstanbul Üniversitesi'nin İslamî başörtüsü takılmasına sınırlamalar getiren düzenlemelerinin ve bunları uygulamaya yönelik tedbirlerin (genelge ve düzenlemelerin), güdülen amaçlarla orantılı ve haklı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla herkesin düşünce, vicdan

anlamda laiklik ilkesi ile çelişmektedir, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul, 1992, s. 133, 140-144.

13 AKTAN, Hamdi Yaver / ÜNSAL, Levent, Gündem Oluşturan Yargı Kararlarında Laiklik ve İfade Özgürlüğü, Ankara, 2009, s. 91-94.

14 AKTAN / ÜNSAL, s. 95-96.

ve din özgürlüğüne sahip olduğuna dair AİHS m 9 hükmünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Kanımca, AİHM diğer Orta Doğu ve Arap ülkelerindeki kötü uygulamaları ve Türkiye'nin geldiği ve içinden geçtiği süreç ile koşulları dikkate alarak, şeriat devletine dönüşüm endişesi ile bu yönde bir karar vermiştir.¹⁵ AYM 5.6.2008, 16/116 sayılı kararında, AY m 10/4 hükümdeki "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmündeki parantez içinde yer alan "her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" hükmünün ve AY m 42 hükmüne eklenen "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" şeklindeki hükmün laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.¹⁶ AYM 30.7.2008, 1/2 sayılı kararıyla Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılma davasında 2008 yılında aldığı devlet yardımı miktarının yarısından mahrum bırakılmasına karar verilmiştir.

2010 yılında YÖK Başkanı'nın üniversitelere gönderdiği bir yazı ile öğrencilerin başörtüsü takma yasağı kaldırılmıştır. 30 Eylül 2013 tarihinde Kılık Kıyafet Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak kamu kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağı kaldırılmıştır.¹⁷ Ankara Barosu'na kayıtlı avukat olarak çalışan başvuru, duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek duruşmayı ertelemesinin

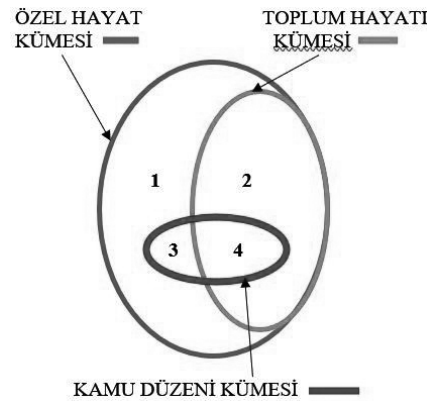
DİPNOT

15 Benzer yöndeki, Karaduman ve Bulut başvurularında, türbanlı fotoğraf verilmesi nedeniyle mezuniyet diploması alınamamasına ilişkin uygulamanın sözleşmeyi ihlal etmediğine karar (kabul edilmezlik kararı) verilmiştir.

16 Her ne kadar AY m 148 hükmünde, Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleme ve denetleme yetkisi verilmişse de, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliği olan laikliği dolaylı bir biçimde değiştiren ve

din ve vicdan özgürlüğü, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş; AYM, Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan hürriyetinin ve Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.¹⁸

IV. DİNİ ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASININ ŞARTLARI



Yukarıdaki şemadan da görüleceği üzere kamu düzeni kümesi içine girilmedikçe bireysel özgürlüklerin dilediği gibi yaşanmasında bir engel bulunmamaktadır. Yukarıdaki bölgeleri açıklarsak;

1 nolu bölge kişinin mahrem alanını (örneğin evini) ifade etmekte olup, kişi bu alanda dini özgürlüğünü dilediği gibi yaşamakta serbesttir. 2 nolu bölge ise kişinin dini özgürlüklerinin toplumsal alanda da kullanabilmesi imkanına sahip olduğu alandır. Örneğin, kişinin başında türban, fes, bandana, kipa boynunda haç

işareti taşıyan kolye, kulağında küpe takması, cüppe, çarşaf, peçe ile dolaşması gibi. Kamu düzenini bozmadığı sürece hizmet veren alan ayırımına girilmeksizin toplum hayatında dini özgürlüğün kullanılması serbest olmalıdır. 3 nolu bölgede, kişinin dini özgürlüğünün kamusal düzeni bozduğu için sınırlandırılması söz konusudur. Bariz bir örnek vermek gerekirse, şeytana tapan birisinin kedileri canice öldürmeye yönelik ayin törenini evinde dahi yapmasının yasaklanması gibi. Kocanın eşinin başını açmasına ya da kapatmasına yönelik zorlayıcı davranışları da bu bölge içinde kalmakta olup bu davranışlar yaptırıma tabi tutulmakta ve engellenmektedir. 4 nolu bölge ise esas sorun oluşturan, henüz üzerinde tam bir mutabakata varılmamış alandır. Çünkü, toplumsal alanda kamu düzeninin ne zaman ve ne şekilde bozulduğuna dair tespit bir yorum sorunudur. Bu yorumun her olaya ve kişiye özgü olarak değerlendirilerek, sonuca varılması gerekmektedir.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde, "kamu düzeni", bütün toplumu ilgilendiren düzen olarak tanımlanmıştır. İdare hukukundaki klasik anlamıyla kamu düzeni, idarenin korumak ve sağlamakla görevli olduğu maddi düzendir ve idarenin kolluk faaliyetinin nihai amacını oluşturur. Kamu düzeni, bir taraftan kendiliğinden var olan bir düzeni ifade etmektedir. Var olan düzen karışıklığın ve düzensizliğin olmayışı şeklinde belirir.¹⁹ Kamu hizmeti veren öğretmenin veya doktorun ya da hakimin dini simgeyi kullanması (örneğin başörtü takması) bir sorun yaratmaz. Ancak öğretmen mensubu olduğu dini öğrencilere

işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı bulunduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif (ŞEKİL) koşulunun yerine getirilmediği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

17 Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik (Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi : 16/7/1982, No: 8/5105 Dayandığı Kanunun Tarihi : 14/7/1965, No: 657 Yayımlandığı R. Gazetinin Tarihi :

25/10/1982, No: 17849) m 5/a hükmündeki "Kadınlar; ... görev mahallinde baş daima açık..." şeklindeki ibare, Bakanlar Kurulunca alınan karar uyarınca 8.10.2013 tarih ve 28789 sayılı RG'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

18 TUĞBA ARSLAN Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/256, Karar Tarihi: 25/6/2014).

19 OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul, 2011, s. 319.

empoze etmeye; doktor mesleğini ifa ederken ayrımcı davranmaya (örneğin kadın doktor erkek hastaları muayene etmekten kaçınmaya); hakim de karar verirken mensubu olduğu dinin etkisinde kalarak tarafsızlığını bozmaya (örneğin din değişikliğine ilişkin davaya bakmaktan imtina etmeye) başlarsa, burada kamu düzeninin bozulması söz konusu olur. Tersî durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, başı açık hakim, başörtülü sanık hakkında yanlı davranabilir. Ya da dışarıdan tarafsız bir görünüme sahip olan hakim, dini simge kullanan hakimden daha çok bağımlı ve taraflı olabilir. Bu ihtimaller nedeniyle dini simgelerin tümünden yasaklanması, kişinin din ve vicdan özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale oluşturacaktır.

Ancak kamusal alanda hizmet verenlerin başörtüsü kullanımı, toplumu bölen, ayrıştıran bir boyuta dönüşürse burada artık düzenin sağlanması için dini simgelerin kullanılmasına sınırlama getirilebilir. Eğer kamu hizmetine girmede, liyakat yerine dini referanslar ve simgeler ön plana alınıyorsa, kamu hizmet kuruluşlarının işletilmesinde din kurallarına göre davranılıyorsa (örneğin belediye tarafından işletilen tesislerin veya kamu tesislerinin tamamında alkol alımı yasaklanıyorsa) burada sorun var demektir. Çok sayıda dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne genel sınırlamalar getirilmesi, ancak kamu düzeninin bozulmasına yol açtığında mümkün olmalıdır. Yalnızca devletin ve kamu hizmeti ifa eden görevlilerin sahip olması gerektiği tarafsızlığın sivil topluma empoze edilme eğiliminin var olması halinde buna sınırlama getirilebilir. Örneğin mevcut düzeni yıkarak şeriate, diktatörlüğe vs. dayalı devleti düzeni kurma amaçlı olarak faaliyet gösteren bir grubun

simgesi kamu düzenini bozduğundan yasaklanabilir. Gerçekten, şeriat esaslarına göre bir İslam devleti kurma hedefine yönelen, demokrasi ve laiklik konusunda bir uzlaşma arayışı içinde olmayan fundamentalist yaklaşımların yaygınlaşması halinde²⁰ kamu düzeninin bozulması söz konusu olur.

SONUÇ VE ÖNERİLER: Ortaçağda kilise ve devlet arasında başlayan siyasal yetki mücadelesi, din ve devlet iktidarının ayrılması ile sonuçlanmıştır. AB ülkelerinde laiklik, kilise ile dünyevi otorite arasındaki mücadelenin, dünyevi otorite lehine sonuçlanması ile ortaya çıkmıştır. Rönesans ve aydınlanma çağı düşünürlerinin bilim, sanat, felsefe ve siyaset üzerindeki dini dogmaları kaldırma çabaları ve Fransız ihtilali ile laiklik kavramı ivmelenmiştir. Avrupa’da burjuvazinin, egemenliğin kaynağının Tanrı’dan alınarak ulusa verilmesini çıkarlarına uygun görmesi, laiklik anlayışının gelişmesinde önemli bir etken olmuştur. Batıda laiklik, öncelikle sınıfsal bir olgu olarak ortaya çıkmıştır. Burjuvazi, aristokrasinin kiliseyle ilişkisini kesmek için dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılmasını istemiş ve bunu da başarmıştır. Bu sayede aristokrasinin siyasi gücünü elinden almıştır.²¹ Türkiye’de ise laiklik, Osmanlı Devleti’nin²² yıkılması, yeni bir devlet düzeninin kurulması ve Cumhuriyet devriminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Cumhuriyet ile egemenlik millete verilmiş, laiklikle de dünyevileştirilmiştir. Daha önceki İslami yapıdaki devletin siyasi, hukuki ve sosyal düzenini dinin dışına çıkarmak ve etkisinden uzak tutmak için yapılan devrimler katı bir laikçilik anlayışını benimseme zorunluluğunu doğurmuştur. Bu zorunluluğun olumsuz sonuçlarının zaman içinde azalması beklenmektedir.

Yapılan devrimler halktan (tabandan) gelen bir talebe dayanmamaktadır. Dönemin en ileri kanunları yurt

dışından getirilerek uygulamaya konulmuştur. Avrupa’daki gibi Rönesans, Reform hareketleri, burjuva ve işçi sınıfının talepleri sonucu yapılan ihtilallere dayalı bir gelişim söz konusu değildir. O nedenle evrensel ilke ve esasların sindirilmesi sürecinden geçilmekte ve sancılar yaşanmaktadır. Ancak, Avrupa’nın yaşadığı süreçten günümüzdeki iletişim araçları, özellikle de internet nedeniyle çok daha hızlı bir şekilde geçilmekte ve kavram kargaşaları oluşmaktadır.

Mevcut sürecin hasarsız bir şekilde atlatılması için, öncelikle, Anayasal bir kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı sadece İslam veya Sünni mezhebi temsil eden bir kurum olmaktan çıkarılmalı, siyasetin müdahalesine kapatılarak mümkün olduğunca özerk bir yapıya kavuşturulmalı, her türlü inancı, hatta inançsızlığı temsil eden bir kurum haline dönüştürülmeli; kamu düzenini bozmadığı sürece, kamu hizmeti verenlerin inanç özgürlüğüne müdahale edilmemeli; zaman içinde eğitim seviyesinin artması, teknoloji, iletişim, iş bölümünün daha da gelişmesi, sanayileşme, şehirleşme sonucu bu tartışmaların geride kalacağı dikkate alınmalıdır.

DİPNOT

²⁰ VURAL DİNÇKOL, s. 2.

²¹ KAHRAMAN, Mehmet, Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye’de Laiklik, s. 57-77

²² İslam devleti niteliğindeki Osmanlı

İmparatorluğunda, din ve devlet arasında, Hristiyanlıkta olduğu gibi kilise ile devlet arasındaki gibi bir ayrım yoktur. İslam devletinde, devletle ilişkiler metafizik

ve dinsel tabanlı olduğundan, dinsel muhalefet vatana ihanetle eşdeğer olup, din siyasetten, siyasette ahlaktan ayrılmamıştır, VURAL DİNÇKOL, s. 19.

MAKALE

ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİ PİYASASINDAKİ REKLAM YASAKLARININ TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER İLE REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Ece Fatma ASLAN

ÖZET

Çalışmamız kapsamında özel sağlık hizmetleriyle ilgili olarak mevzuatımızda yer alan reklam yasakları incelenmiştir. Konuya reklamın ve sağlığın tanımı, sağlık alanında reklam yasaklarının gerekçeleri ve mevzuatımıza konuyla ilgili düzenlemelerin nasıl ve ne zaman girdiği açıklanarak başlangıç yapılmıştır. Ardından reklamları yasaklayan mevzuat düzenlemelerine detaylı şekilde yer verilmiştir. Daha sonra ilgili düzenlemelerin Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerden olan çalışma ve sözleşme hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini orantılılık ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırıp sınırlandırmadığı sorusuna yanıt aranmıştır. Bu çerçevede anılan mevzuat düzenlemelerinin 1982 Anayasa'sı ile benimsenen serbest piyasa ekonomisine ve bu düzeni oluşturup korumak amacıyla yürürlüğe koyulmuş rekabet kurallarına uygunluğu da değerlendirilmiştir. Bu noktada ortaya çıkabilecek soru işaretlerini gidermek amacıyla özel sağlık hizmetleri piyasasının rekabete açık olup olmadığı ve bu piyasada rekabetin faydalarının neler olabileceği hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Çalışmayı tamamlamadan önce mahkemeler ve idari merciler tarafından reklam yasaklarına yönelik kuralların

ne şekilde uygulandığı da ayrı bir bölüm altında incelenmiştir. Araştırmamızın sonucunda mevzuatta yer alan ve uygulamaya yansıyan reklam yasaklarının temel hak ve hürriyetleri orantısız şekilde sınırlandırıp serbest piyasa ekonomisi ile çelişecek kadar sert ve geniş kapsamlı olduğu tespitine ulaşılmıştır. Bu sorunu çözmek amacıyla mevcut mevzuat hükümlerinin değiştirilmesi, konuyla ilgili daha detaylı ve daha az sınırlandırıcı nitelikte kurallar benimsenmesi önerilmiştir.

GİRİŞ

Günümüzde sağlık sektöründe kamu ve özel olmak üzere hizmet veren birçok işletme yer almaktadır (Ekiyor & Tengilimoğlu, 2014).¹ Bu işletmeler, rekabet güçlerini arttırabilmek için pazarlama faaliyetleri gerçekleştirmektedirler. Söz konusu pazarlama faaliyetlerinin başında ise reklam ve tanıtımlar gelmektedir.

Reklam; bir ürün ve/veya hizmetin çeşitli vasıtalar kullanılarak, ilgilenmesi muhtemel geniş kitlelere ulaştırılmak suretiyle tanıtımı ve pazarlanması faaliyeti olarak tanımlanabilir. Reklamlar tüketicilere ihtiyaçları doğrultusunda birbirlerine alternatif ürün ve hizmetler arasından tercih yapabilme

DİPNOT

¹ EKİYOR, A. ve TENGİLİMOĞLU D. (2014) "Sağlıkta Reklam Serbest Olmalı mı? Tüketici Görüşleri", Gazi Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 2, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/287221>, Erişim

imkânı tanımaktadırlar (Gürdin, 2017, s.18).²

Tüketiciler tıpkı diğer ürün ve hizmetlerde olduğu gibi, sağlık alanında da muhtelif alternatifler arasından tercih yapabilmelidirler (Gürdin, 2017, s.18). Bu amaçla pek çok gelişmiş ülkede sağlık alanında reklam yapılmasının uzun süredir serbest bırakıldığı görülmektedir. Oysaki ülkemizde sağlık sektöründe reklam konusu yakın zamanda piyasaya girmeye başlamış olan özel sağlık işletmelerinin artmasıyla gündeme gelmeye başlamıştır. Ne var ki mevzuatımızdaki reklam yasakları nedeniyle sağlık alanına ilişkin alternatifler arasından doğru bir tercih yapabilmek diğer ürün ve hizmetlere kıyasla oldukça zordur. (Gürdin, 2017, s.19)

Sağlık, gerçek kişilerin sosyal, ruhsal ve bedensel refah durumunun bir bütünü olarak tanımlanmaktadır. (Gürdin, 2017, s.19) Sağlığın insan hayatı üzerindeki önemine binaen bu alandaki reklamların, diğer sektörlere nazaran daha fazla sınırlandırılmasının gerektiği iddia edilmektedir. (T. C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2011). Bu argümana göre reklam ve diğer tanıtım biçimlerinin tüketicilerin yaşam tarzı ve seçimleri üzerinde oldukça fazla etkisi bulunmaktadır ve bu nedenle sağlık alanındaki reklamların kontrol edilmesi gerekmektedir (Garde, 2009, s.226).³

Yukarıda belirtilen nedenlerle devletler sağlık sektöründeki reklamları düzenlemek amacıyla birtakım kısıtlamalar getirme eğilimindedirler. İlerleyen bölümlerde daha detaylı şekilde değinileceği üzere ülkemizde bu

konuda aşırıya kaçan sınırlayıcı düzenlemeler ve uygulamalar olduğu görülmektedir. Örneğin mevzuatımızda sağlık alanında "reklam" kelimesinin dahi kullanılmasından imtina edilerek bunun yerine "bilgilendirme ve tanıtım" kelimelerinin kullanılmasının tercih edildiği gözlenmektedir (Gürdin, 2017, s.5). Günümüzde kamu hastanelerinin talepleri karşılama yetersiz kalması ve sağlık alanındaki gelişmelerle birlikte özel sağlık kuruluşları giderek artmıştır (Gürdin, 2017, s.19). Sağlık sektörünün ticarileşmeye başlamasıyla özel sağlık kuruluşlarının kurulması ve sağlık alanında yaşanan gelişmelerle beraber bu kuruluşlarda sunulan sağlık hizmetleri özel sağlık hizmeti ve özel sağlık hizmeti sektörü olarak nitelendirilmeye başlamıştır. Tıpkı kamu hastaneleri ve bu hastanelerde çalışan hekimler gibi özel hastaneler ile diğer hastaneler ve hekimleri gibi sağlık alanındaki bilgilendirme ve tanıtımlara ilişkin düzenlemelere uymak zorunda kalmış hatta özel hastaneler için ayrı bir yönetmelik oluşturulmuştur. (Gürdin, 2017, s.18) Öte yandan, özel sağlık hizmetleri sektörünün sağlık hizmetlerinin ticarileşmesiyle ortaya çıkan bir sektör olarak devlet hastaneleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinden farklı olarak, her ticari ürün ve hizmet kadar reklam ve bilgilendirmeye ihtiyaç duyduğu söylenebilecektir.

Bu noktada sağlık alanında mevzuata ve uygulamaya yansıyan reklam yasaklarının temel gerekçelerinin meşru olup olmadığı ve sınırlamaların orantılılığı gibi sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere Anayasa⁴ 'nın 13. maddesine göre temel hak ve

hürriyetlerin sınırlandırılması ancak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez birliğinin, cumhuriyetin, milli egemenliğin, milli güvenliğin, genel asayişin, kamu düzeninin, genel ahlakın ve kamu yararının korunması amacı için gerekli olan hallerde mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda öngörülen sınırlamada başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun ve orantılı olması gerekmektedir. Buna ölçülülük ilkesi de denilmekte olup, anılan ilke dikkate alınmadan sınırlandırma getirilmesi halinde ilgili hakkın özü ihlal edilmiş olacaktır (Çakıroğlu, 2010, s.18.).

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde hekimlerin ve özel hastanelerin sundukları sağlık hizmetlerine yönelik olarak mevzuatımızda yer alan ve uygulamaya yansıyan reklam yasaklarının niteliği, gerekliliği ve orantılığı tartışılacaktır. Bu çerçevede konu Anayasa ile teminat altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, çalışma ve sözleşme hürriyeti ile piyasaların denetimi ve serbest rekabetçi piyasaların tesisi ilkeleri kapsamında ele alınacaktır. Çalışmamız dahilinde sadece özel sağlık hizmetleri piyasasına yönelik olan reklam yasakları değerlendirilmiş olup; diğer mal ve hizmet piyasalarına (örn. ilaç, tıbbi malzeme, uyuşturucu madde, tütün, alkol, hukuk hizmetleri) yönelik olarak getirilen reklam yasakları kapsam dışında tutulmuştur.

ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİNE YÖNELİK REKLAM YASAĞI DÜZENLEMELERİ

Mevzuatımızda özel sağlık hizmetlerinde faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin reklam

DİPNOT

Tarihi: 25.12.2018, s. 45-71.

2 GÜRDİN B. (2017) "Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yasağı: Uygulama Örnekleri", Sosyal ve Beşeri Bilimleri Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/437978>, Erişim Tarihi: 21.12.2018, s. 5.

3 GARDE, A. (2009) "Freedom Of Commercial Expression And Public Health Protection", The Cambridge Yearbook

of European Legal Studies, Oxford, Hart Publishing, Cilt 12, s.226.
4 09.11.1982 tarih ve 17863 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

vermesi çeşitli düzenlemelerle yasaklanmış bulunmaktadır. Bunların ilki 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunudur⁵. (1219 sayılı Kanun) İlgili Kanun'un 24'üncü maddesi, hekimlerin tanıtım faaliyetlerini, iletişim bilgilerinin ve uzmanlık alanlarının kamuya bildirilmesiyle sınırlandırmaktadır.⁶ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁷, 1219 sayılı Kanun'un getirdiği yasağın kapsamını 8, 9 ve 39. maddeleri ile hem hekim hem de diş hekimlerini kapsayacak şekilde genişletmektedir.⁸

Esasen Nizamname'nin 8. maddesi, mevzuatımızdaki reklam yasağının temel gerekçesini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, reklam yasaklarının amacı, sağlık hizmetlerinin ticarileştirilmesinin, bir diğer ifade ile rekabete açılmasının önüne geçilmesidir. İşbu amaç doğrultusunda anılan maddeler kapsamında hekimlerin ışıklı tabelalar kullanması ve hasta kazanmak amacıyla herhangi bir reklam faaliyeti yürütmesi yasaklanmıştır.

1219 sayılı Kanun'a benzer olarak, burada da tabiplerin sadece isim, adres ve uzmanlık alanına ilişkin bilgileri paylaşabileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen hükümlerin yanı sıra, Özel

Hastaneler Yönetmeliği⁹, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik¹⁰ ve 01.02.1999 tarihinde yayınlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ile Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği¹¹ 'nde de benzer yönde kurallar karşımıza çıkmaktadır.¹²

Örneğin Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 60. maddesi uyarınca özel hastanelerin yanlış, yanıltıcı, talep yaratmaya yönelik, haksız rekabet yaratıcı tanıtımlar yapmaları yasaktır. Sadece sağlığı koruyucu ve geliştirici bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri yasak kapsamı dışındadır. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 60. maddesinde yer alan düzenlemeye göre bilgilendirme esnasında yanlış, yanıltıcı, abartılı, talep yaratmaya yönelik açıklama yapılamaz ve özel hastaneler sadece hizmet alanlarına, açılış bilgilerine ilişkin toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir veya ilan verebilirler. Ayrıca özel hastanelerin internet sitelerinde yer verecekleri sağlık bilgilerinin meslek mensuplarınca hazırlanması zorunludur ve söz konusu internet sitelerinde tedavi edici sağlık hizmetlerine ilişkin ilave bilgiler verilmesi yasaktır.

Görüldüğü üzere mevzuatımızda

sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşların reklam bir yana dursun, bilgilendirici tanıtımlar yapması dahi birçok düzenlemeyle yasaklanmıştır. Tüm düzenlemeler ele alındığında, sağlık hizmeti sunanların iletişim ve kimlik bilgileri dışında paylaştığı herhangi bir bilginin ve hatta kendilerinden hizmet alan kişilerin sosyal medya vb. mecralarda yapmış oldukları yorumların dahi mevzuatı ihlal edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. İlerleyen bölümlerde daha detaylı izah edileceği üzere, mevcut düzenlemelerin içine bulunduğumuz çağın gereksinimlerini karşılamaktan uzak ve orantısız olduğu değerlendirilmektedir.

REKLAM YASAĞINA YÖNELİK DÜZENLEMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Önceki bölümde belirtilen düzenlemelerden görüldüğü üzere ülkemizde, sağlık kuruluşlarının ve hekimlerin ticari amaçlarla faaliyet göstermeleri engellenmekte, aralarındaki rekabet giderilmek istenmekte ve bu çerçevede rekabetin önemli bir unsuru olan reklam verme imkanları sınırlandırılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin esaslarının 1928 yılında yürürlüğe girmiş olan

DİPNOT

5 14.04.1928 tarih ve 863 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

6 1219 sayılı Kanun'un 24. madde şu şekildedir: "İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnurdur."

7 12.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

8 "Madde 8 - Tabiplik ve diş tabipliği; mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez. Tabip ve diş tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklâmını yapamaz. Tabip ve diş tabibi, gazetelerde ve diğer

neşir vasıtalarında reklâm mahiyetinde teşekkür ilânları yazdıramaz.

Madde 9 - Tabip ve diş tabibi, gazete ve sair neşir vasıtaları ile yapacağı ilânlarda ve reçete kâğıtlarında ancak ad ve soyadı ile adresini, Tababet İhtisas Nizamnamesine göre kabul edilmiş olan İhtisas Şubelerini, akademik unvanını ve muayene gün ve saatlerini yazabilir.

Muayenehane kapılarına veya binaların dışına asılacak tabelâların ebadı ve adedi, mahallî tabip odaları tarafından tespit edilebilir. Tabipler ve diş tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler.

Tabelâlarda en çok iki renk kullanılabilir. Işık verici vasıtalarla tabelâları süslemek yasaktır.

Madde 39 - Tabip ve diş tabibi meslektaşlarının hastalarını elde etmeğe mâtuf hareket ve teşebbüslerde

bulunamaz."

9 27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Hastaneler Yönetmeliği

10 03.02.2015 tarih ve 29256 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik

11 28.4.2004 tarih ve 254446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği

12 "Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik-Madde 25:

(1) Sağlık kuruluşları tarafından reklam yapılamaz.

(2) Sağlık kuruluşları ağız ve diş sağlığını koruyucu ve geliştirici nitelikte bilgilendirme yapabilir. Sağlık kuruluşları bu madde hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla açılışı, hizmet alanları ve sunduğu

1219 sayılı Kanun'a dayandığı görülmektedir. Mezkûr Kanun'un 24. maddesi doktorlar; 25. maddesi ise diş hekimleri için reklam yasaklarını düzenlemektedir.

Bununla birlikte 1219 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 1928 yılı, aynı zamanda dönemin Türkiye'sinde yeterli sermaye birikiminin olmaması, teknik ve ticari bilgi yetersizliği gibi sebeplerle liberalizmin başarısız olduğu; devletçi, korumacı farklı bir ekonomi modeline geçiş yapıldığı bir döneme tekabül etmektedir (Özdemir, Yiğit & Oral, 2016).¹³ Bu nedenle serbest rekabeti önleyici bazı politika tercihlerinin söz konusu dönemde

yürürlüğe koyulmuş olan yasalara yansıdığı, özel sağlık hizmetleri alanındaki reklam yasaklarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Öte yandan 1982 yılında yürürlüğe giren yeni Anayasa ile söz konusu dönem sona ermiş ve serbest piyasa modeli benimsenmiştir. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. ve "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddelerinin gerekçelerinde belirtildiği üzere; Devlet, toplumun huzur, refah ve mutluluğunu tesis etmek için serbest piyasa ekonomisini benimsemiştir.¹⁴

Bu nedenle farklı ve eski bir

ekonomi politikası tercihinin ürünü olan özel sağlık hizmetlerine yönelik reklam yasaklarının, 1982 Anayasası'nın özüne ve ruhuna uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi hali hazırda yürürlükte olan Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5.¹⁵, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26., "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48.¹⁶ ve "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" başlıklı 167. Maddeleri¹⁷ mevcut reklam yasağı düzenlemeleri ile çelişmektedir. Bilindiği gibi Anayasa'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı

DİPNOT

hizmetler ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir. Ancak, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep oluşturmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.

(3) Tabelaları ile basılı ve elektronik ortam materyallerinde, ruhsatnamesinde kayıtlı sağlık kuruluşu ismi dışında başka bir isim kullanılamaz.

(4) Sağlık kuruluşları, tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep oluşturmaya yönelik, diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar.

(5) Sağlık kuruluşları tarafından her türlü yayın mecralarında yer alan sağlık bilgileri, konusuna göre yetkili sağlık meslek mensupları tarafından vermek zorundadır. Bu mecralar yoluyla yapılan bilgilendirme ve tanıtımlar, hastayı ilgili sağlık kuruluşuna doğrudan veya dolaylı biçimde yönlendirecek içerikte olamaz.

(6) Bu maddede belirtilen esaslara uymayan sağlık kuruluşu işletenleri ve mesul müdürleri hakkında ilgili mevzuat hükümlerindeki müeyyideler uygulanır." "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları -Madde 11: Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne göre kabul edilmiş

olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır."

"Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği- Madde 4: Para cezası, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (b) bendinde belirtilen sınırlar dâhilindeki paranın odaya ödenmesine dair verilecek cezadır. b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak, c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak, d) Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari mal veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek, e) El ilanları, tabelalar, basın ve benzeri yollarla meslektaşlar arası haksız, tıp dışı rekabete yol açacak duyurular yapmak, j) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış tabela ile ilgili kurallara uymamak."

13 ÖZDEMİR, Ü., YİĞİT G. ve ORAL M. (2016), "Cumhuriyetten Günümüze Ekonomi Politikaları Bağlamında Türk Dış Ticaretinin Gelişimi", Doğu Coğrafya Dergisi, Cilt 21, Sayı 35, <http://e-dergi.atauni.edu.tr/ataunidcd/article/view/5000172917/5000171184>, Erişim Tarihi: 18.01.2019, s.139-174.

14 35. maddenin gerekçesinde "[...] Mülkiyetin ve bu arada üretim araçlarının anayasal güvence altına alınması, anayasal güvence altına alınmış olan bu mülkiyet konularının tekelleşmesinin ve kartelleşmenin sakıncalarının da önlenmesini gerekli kılmaktadır. Aksi halde ekonomik kudretin toplum zararına

kullanılması yolu açık olurdu. Bu ihtiyaç ise Anayasanın 182 inci maddesinde, Devletin «piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği» düzenlenerek giderilmiştir. Böylece hem mülkiyete anayasal bir güvence sağlanmış hem de tekellerin ve kartellerin sakıncaları engellenmek istenmiştir. (...)», denmektedir. Ek olarak 48. maddenin gerekçesinde, "[...] Devletin özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışması için gerekli tedbirleri almasında hem özel teşebbüs sahiplerinin hem de bu teşebbüsler aracılığı ile toplumun diğer fertlerinin ve sonuçta toplumun refahının sağlanacağı düşünülmüştür. (...)", ifadeleri yer almaktadır.

15 "V. Devletin temel amaç ve görevleri Madde 5 – Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, 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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

16 "IV. Çalışma ve sözleşme hürriyeti Madde 48 – Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

17 "II. Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi

Madde 167 – Devlet, para, kredi, sermaye,

11. maddesi kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını hüküm altına almaktadır. Bu nedenle sağlık hizmetlerini, özellikle serbest piyasa ekonomisinden ayırık tutmaya çalışan ve bu konuda reklam yapılmasını engelleyen hukuki düzenlemelerin doğrudan Anayasa'ya ve rekabet mevzuatına aykırı olduğu iddia edilebilecektir. İşbu hususa ilişkin açıklamalarımıza ilerleyen bölümlerde detaylı olarak yer verilmektedir.

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra, sağlık alanında getirilen reklam ve rekabet yasakları esasen Anayasa'nın sağlık hizmetlerini düzenleyen "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesine de aykırı olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Şöyle ki, ilgili maddede "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere yasa koyucu, ilgili maddede kamu sağlığının korunup sürdürülmesini sağlamak ve bu alanda verimliliği arttırmak için devlete pozitif bir yükümlülük getirmiştir. Devletin ise bu görevi kamu kuruluşlarının ve özel kuruluşların faaliyetlerini topyekûn yasaklayarak ya da aşırı derecede sınırlandırarak değil, denetleyerek yerine getirmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

DİPNOT

mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler

Daha önce belirtildiği üzere, 1219 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile hekimlerin tanıtım faaliyetleri, iletişim bilgileri ve uzmanlık alanlarının kamuya bildirilmesiyle sınırlandırılmıştır. Buradan da anlaşıldığı gibi sağlık alanında "reklam" kelimesi yerine "tanıtım faaliyetleri" ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Dolayısıyla, bu düzenlemeler bir denetleme faaliyeti değil, aşırı sınırlandırma ve yasaklama faaliyeti niteliğindedir. Ancak yasa koyucu tarafından devlete yüklenen pozitif yükümlülük gereği, devletin kamu kuruluşları ve özel kuruluşların faaliyetlerini denetlemesi gerekmektedir.

Yine devletin bu görevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için Anayasa'nın bütünü kapsamında tercih edilmesi gereken politikanın serbest rekabetin tesisi olduğu izahtan varestedir. Sağlık hizmetlerinin rekabete açılması ile kamu sağlığını koruma hedefine en kısa yoldan ulaşılacağı açıktır. İlerleyen bölümlerde daha detaylı şekilde değinileceği üzere, rekabet ve reklamlar aracılığıyla sağlık hizmetleri konusunda kamuoyunun bilgi asimetrisi giderilebilecek, halk anılan hizmetlere daha kolay ulaşabilecek ve daha bilinçli tercihlerde bulunabilecek, hizmet kalitesi artacak, fiyatlar düşecek ve hizmetin bulunurluğu artabilecektir. Serbest rekabeti sınırlandıracak politika tercihleri ve kurallar ise açıkça Anayasa'nın sağlık hizmetlerini düzenleyen 56. maddesine aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Anayasa ile benimsenen ekonomi politikalarının değişimi ve globalleşme süreci ile özel sağlık

hizmetlerinde geçmişten kalmış reklam yasakları arasında bir uygunsuzluk olduğu açıktır. Bu noktada ilgili mevzuatın çağımızın gerisinde kaldığı ve ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu değerlendirilmektedir. İlerleyen bölümlerde reklam yasaklarıyla ilgili olarak Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. ve "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddeleri ile rekabet hukuku ilişkisi bağlamında daha detaylı açıklamalara yer verilecektir.

ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Teşebbüs kurma ve hizmet sunma hürriyetleri, Anayasa'nın 48. maddesinde "çalışma ve sözleşme yapma hürriyeti" adı altında düzenlenmektedir. Her ne kadar hakkın isimlendirmesi ile ilgili AB hukukuyla hukukumuz arasında bir fark bulunmaktaysa da her iki düzenlemenin de özü itibarı ile aynı değerleri koruduğu ifade edilebilecektir (Göçmen, 2011, s.74-78,84).¹⁸

Çalışma ve sözleşme serbestisi ekonomik haklar kapsamında yer almaktadır. Bu haklar, tüketicilerin ekonomik ve sosyal ilişkilerindeki hak ve özgürlüklerini liberal ekonomi felsefesine uygun olarak düzenler ve güvence altına alır (Tanör & Yüzbaşıoğlu, 2013, s.183-184).¹⁹ Çalışma serbestisi tıpkı diğer ekonomik haklar bakımından da geçerli olduğu gibi devlete pasif davranma ve engel olmama görevi getirmektedir (Tanör & Yüzbaşıoğlu, 2013, s.184).

Bu kapsamda düşünüldüğünde

koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir."

18 GÖÇMEN İ. (2011), "The Freedom Of Establishment And To Provide Services: "A Comparison Of The Freedoms In European Union And Turkey- EU Association Law", Ankara Law Review, Vol. 8, No.1, s. 74-78, 84.

Teşebbüs Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi Avrupa Birliği hukukunda

sermayenin, malların, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlamayı amaçlayan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 49 ila 56. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca Ankara Anlaşması'nın 13 ve 14. maddelerinde de ilgili hakka yer verilmiştir. **19** TANÖR B, YÜZBAŞIOĞLU N. (2013), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,

sağlık sektöründe reklamların tümünden yasaklanmasının anılan sektörde faaliyet gösteren kişilerin çalışma serbestilerinin ihlali niteliğinde olduğu iddia edilebilecektir. Zira reklama başvuramayan gerçek veya tüzel kişilerin sağlık sektöründe kazanç kaybına uğradıkları, çalışmalarının dolaylı olarak engellendiği ve Anayasa ile devlete yüklenmiş olan engel olmama sorumluluğunun yerine getirilmediği ifade edilebilecektir.

Sözleşme serbestisi ise devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması, kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların geçerli biçimde doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir (Karagülmez, n.d.).²⁰ Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir.

Özel teşebbüs kurma özgürlüğü 1924 Anayasası döneminden beri mevcuttur ve sözleşme

hürriyetinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir (Tiryaki, 2010). Özel teşebbüs kurma hakkından gerçek ve tüzel kişilerin serbest çalışabilmeleri (self-employed) ve dilerlerse teşebbüs kurabilmeleri veya müteşebbis olabilmeleri anlaşılmaktadır (Sanlı, 2000). Bu noktada hizmet sunma serbestisinin de teşebbüs kurma ve sözleşme serbestileri kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Hizmet, gerçek ve tüzel kişiler tarafından görülen sınai nitelikteki faaliyetler ile bedel karşılığında sunulan ve geçici nitelik arz eden ticari nitelikteki faaliyetlerdir. Zanaat faaliyetleri ve serbest meslek faaliyetleri hizmet kapsamına girmektedir. Avrupa Birliği mahkemelerinin içtihatlarına göre hizmet kapsamına turistik, medikal, finansal, işletmesel, eğitsel ve sportif faaliyetler girmektedir (Göçmen, 2011, s.74-78, 84). Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) Konstantinides kararında (Case C-475/11, Konstantinides, 2013)²¹ tıbbi hizmet tedarikinin de hizmet sunma serbestisi

kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (European Commission, n.d.).²²

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma²³ 'nın (ABİHA) 49. ve 56. maddelerinde düzenlenmekte olan teşebbüs kurma ve hizmet sunma özgürlüklerini üye devletlerin sadece vatandaşlık temelinde ayrımcılık yaparak değil, diğer herhangi bir şekilde de sınırlandırmaları engellenmiştir. ABİHA'nın 51, 52 ve 62. maddelerine göre anılan özgürlükler sadece kamu yararı, kamu güvenliğinin sağlanması ve kamu sağlığının korunması gerekçeleri ile orantılılık prensibi gözetilerek sınırlandırılabilir (Göçmen, 2011, s.74-78, 84).

Yukarıda yer verilen bilgiler kapsamında, reklam yasaklarının hizmet sunma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim ABAD'ın da sağlık sektöründe reklam uygulamalarına ilişkin bu doğrultuda kararları mevcuttur. Divan, 2017 tarihli Luc Vanderborght kararında (Case C-339/15, Criminal

DİPNOT

s.183-184.

20 KARAGÜLMEZ, A., "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Sosyal Şartı", http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_2/KaragulmezAYMveSosyalSart.doc, Erişim Tarihi:18.01.2019.

21 Case C-475/11, Konstantinides, 12.09.2013. Söz konusu dosya, başka bir üye devlette çalışmaya başlayan bir hekimin oradaki mesleki etik kuralları ile bağlı olup olmayacağına yönelik olarak ABAD önüne gelmiş bir ön karar başvurusudur. Kararda öncelikle ilgili mesleki etik kuralları uyarınca muayene ücretlerinin bu konuyla ilgili yönetmelik temelinde ve makul seviyede belirlenmesi gerektiğine ilişkin kural ile doktorların reklam faaliyetlerinde bulunmasını yasaklayan kuralın hizmet sunma serbestisini düzenleyen ABİHA'nın 56. maddesine aykırı olup olmadığının incelenmesi gerektiği; ardından aykırı oldukları kanaatine varılırsa bu sınırlandırmaların kamu yararına olup olmadığının ve orantılı bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi

gerektiği belirtilmiştir.

22 European Commission, "Guide To The Case Law Of The European Court Of Justice On Articles 56 Et Seq. TFEU, Freedom To Provide Services", <http://Guide to the Case Law of the European Court of Justice on Articles 56 et seq. TFEU, Freedom To Provide Services>, Erişim Tarihi: 17.01.2019, s.230.

23 T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, [2011] "Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma", Ankara, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2019. "Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan antlaşmalar, 1951 yılında Paris'te imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve 1957 yılında Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'dır. Kurucu Antlaşmalar olarak da bilinen bu belgeler arasına, 1992 yılında Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması da dahil olmuştur. Avrupa Birliği Antlaşması, aynı zamanda o tarihte mevcut Kurucu Antlaşmalara

değişiklik getiren bir tadil antlaşması idi. Söz konusu belgelerden Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, 50 yıllık bir süre için akdedilmiş olduğundan, 23 Temmuz 2002 tarihinde sona ermiştir. Kurucu Antlaşmalarda çeşitli tarihlerde değişiklikler de yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin en önemlileri şu belgeler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir: Avrupa Tek Senedi (1987), Avrupa Birliği Antlaşması (1993), Amsterdam Antlaşması (1999), Nice Antlaşması (2003) ve Lizbon Antlaşması (2009). Kurucu Antlaşmalardan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle, içeriğinin yanı sıra, ismi bakımından da değişikliğe uğramıştır. Öncelikle, 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Antlaşmasıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın adı Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma olarak değişmiştir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ise, Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın adını Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma olarak değiştirmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Atom

proceedings v Luc Vanderborght, 2017, para.77/1,2.)²⁴, “...her ne kadar toplum sağlığı ve diş hekimliğinin meslek onurunun korunması bakımından hekimlerin seçecekleri platform ve yöntemlerin denetlenmesi mümkün olsa da diş ve ağız sağlığı hizmetlerinin reklamının tümünden yasaklanmasının AB hukukuna ve hizmet sunma özgürlüğüne aykırı olduğuna hükmetmiş” ve internet sitesinden hizmetlerinin tanıtımını yapan diş hekimi Vanderborght lehine karar vermiştir.

Temel hak ve hürriyetler bakımından aynı hususun ele alındığı 2008 tarihli Corporation Dermoestética SA kararında (Case C-500/06, Corporación Dermoestética SA v To Me Group Advertising Media, 2008)²⁵ ABAD, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin reklamının yapılmasını yasaklayan İtalyan hukuku hükümlerini “teşebbüs kurma serbestisine (right of establishment)” aykırı bulmuştur. Ek olarak ABAD’ın hizmet sunma özgürlüğü temelinde şekillendirdiği Mediawet I kararında, belirli ürünlere ilişkin reklamların yasaklanması, belirli günlerde reklam yapılmaması,

reklam sürelerinin sınırlandırılması gibi kısıtlamalara ancak kamu menfaati söz konusu ise başvurulabileceği ifade edilmiştir (Çakıroğlu, 2010, s.34).

İlerleyen bölümlerde daha detaylı şekilde değinileceği üzere, mevzuatımızda yer alan ve uygulamaya yansıyan reklam yasaklarının orantısız olduğu ve adeta reklamları topyekün engelleme noktasına geldiği düşünülmektedir. Bu nedenle ilgili mevzuat hükümlerinin ve bunlara dayanarak verilmiş mahkeme kararlarının Anayasa’nın 48. maddesini ihlal ettiği iddia edilebilecektir.

DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA HÜRRİYETİ

Reklam yasaklarına yönelik düzenlemelerin Anayasa’nın 26. Maddesinde²⁶ yer alan ifade özgürlüğüne de aykırı olarak değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Düşünce özgürlüğü bir bütün olarak Anayasa’nın 25 ve 26. maddelerinde düzenlenmiş olup, düşüncelere ve bilgilere ulaşma, düşüncelerinden ötürü kınanmama ve düşüncelerini açıklama, yayma

ve başkalarına aşılama özgürlüğü katmanlarından oluşmaktadır (Tanör & Yüzbaşıoğlu, 2013, s. 173). İfade özgürlüğü bireylerin sağlıklı ilişkiler kurması bakımından önemli olduğu kadar demokratik ve çoğulcu sistemlerde halkın kendi geleceğiyle ilgili konularda düşüncelerini açıklayabilmesi, toplumda yaşanan aksaklıkların ifade edilmesi, eksikliklerin görülerek telafi edilmesi ve toplumsal barışın sağlanması için de ayrı önem taşımaktadır (Bozkurt, 2002, s.48).²⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne AİHM göre ticari ifade özgürlüğü de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir (App. No. 10572/83, Markt Intern Verlag GmbH and Beermann v Germany, 1990). Dolayısıyla ekonomik konularda bilgi ve fikir verme özgürlüğünü temin eden ticari reklam ve tanıtımlar da ifade özgürlüğü kapsamına girmektedir (Bychawska-Siniarska, 2018)²⁸. Ticari bilgi yayma özgürlüğü sayesinde işletmeler kendi ürün ve hizmetlerini tanıtmaya imkânına

DİPNOT

Enerjisi Topluluğu’nu Kuran Antlaşma ise, aynı isimlerle mevcudiyetlerini sürdürmektedir.” İşbu çalışmada Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın, 30 Mart 2010 tarihli ve C serisi 83 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayımlanan versiyonu esas alınmıştır.

24 Criminal proceedings against Luc Vanderborght [2017] European Court of Justice, C-339/15, para.77/1,2.) (European Court of Justice).

Kararda, Luc Vanderborght adında Belçikalı bir dişçinin, Belçika reklam düzenlemelerine aykırı olarak reklam yapması sonucu kendisi hakkında bir meslek odasının şikâyeti üzerine yürütülen ceza kovuşturması Divan’ın önüne taşınmıştır. Kovuşturma kapsamında Vanderborght’un iletişim bilgilerini üzerinde gülen insanların görselleri bulunan bir tabela vasıtasıyla sergilemesi, uyguladığı tedavileri açıkladığı bir internet sitesi kurması ve bazı yerel gazetelere ilanlar vermesi Belçika reklam hukukuna aykırı bulunmuştur. Belçika ilgili İlk Derece

Mahkemesi, konuyu Divan’a götürmüştür.

25 Case C-500/06, Corporación Dermoestética SA v To Me Group Advertising Media, 17.07.2008. Corporación Dermoestética SA tarafından, To Me Group Advertising Media aleyhine açılmış olup Genova Sulh Mahkemesi tarafından Divan’ın önüne getirilmiş olan dosyada, özel sağlık kuruluşlarında yürütülen tıbbi ve cerrahi hizmetlere ilişkin reklamların ulusal televizyon kanallarında gösterilmesinin yasaklanması ve reklam bütçesinin bir önceki senenin cirosunun %5’i ile sınırlandırılmasını öngören ulusal yasaların Avrupa Birliği hukukuna uygun olup olmadığı incelenmiştir.

26 “VIII. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Madde 26 – Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra

hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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 sınırlandırılabilir.”

27 BOZKURT E. (2002), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, s. 48.

28 BYCHAWSKA-SİNİARSKA D. (2018), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün

kavuşurken tüketiciler de birbirine rakip ürün ve hizmetler ile bunları sunan üretici veya hizmet sağlayıcılar hakkında detaylı şekilde bilgi sahibi olma imkânı elde ederler (Garde, 2009, s.229). Dolayısıyla ticari ifade özgürlüğü iki yönlüdür, ilk olarak işletmelerin reklam yapma ve kendilerini tanıtmaya özgürlüğü korunurken ikinci olarak da rekabetin korunup sağlanması bakımından da son derece önemli olan kamuoyunun bilgilendirilme hakkı korunmuş olmaktadır (Krzenińska, 2005, s. 7-8)²⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de konuya yaklaşımı benzer yöndedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 20.04.2016 tarih ve 2012/316 başvuru numaralı kararında³⁰ İlker Erdoğan isimli dış hekiminin Dış Hekimleri Odası tarafından, katıldığı televizyon programında reklam yaptığından bahisle idari para cezası ile cezalandırılması ve sonrasında idari para cezasının iptaline ilişkin olarak başvurusunun açtığı davanın neticeden reddine karar verilmesini ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir. Kararda; kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımalarının, bireylerin düşüncelerini açıkça ifade etmeleri üzerinde kesintiye uğratici bir etki doğuracağı belirtilmiş; kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme risklerinin bulunduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, aynı karar kapsamında AİHM'in Barthold/Almanya kararına (App. No. 8734/79,

Barthold v Germany, 1985)³¹ atıf yaparak reklama yönelik uygulanacak kriterlerin reklam yasağı uygulanan alanlardaki serbest meslek sahiplerinin kamusal tartışmalara katılmasını engelleyecek yahut caydırarak nitelikte olmaması gerektiğini aksi bir yorumun ifade özgürlüğüne aykırı olacağını kabul etmiştir.

Open Door and Dublin Well Woman vs. Ireland kararı da AİHM tarafından sağlık hizmetlerine ilişkin bilgiye erişimin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği önemli bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır (App. No. 8734/79, Open Door and Dublin Well Women v. Ireland, 1993, para. 78-80). İrlanda'da uygulanan kürtaj yasaklarının bir yansıması olarak, "kürtaj kliniklerinin iletişim bilgilerinin dağıtılması ve kişilerin kürtaj kliniklerine yönlendirilmesinin devlet tarafından ahlaka aykırılık gerekçesiyle engellenmesi AİHM tarafından ifade özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilmiştir." (Doğru & Nalbant, 2013, s.231)

Görüldüğü üzere, düşünceyi açıklama özgürlüğü çok katmanlı bir hak olup, ilk bakışta reklama ilişkin konularla ilişkili olmadığı düşünülebilecek olsa dahi, özellikle Avrupa'da, reklam yasaklarının düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale sayıldığı içtihatlarla rastlanmaktadır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin de İlker Erdoğan kararında, söz konusu sınırlamaların ifade özgürlüğünü ihlal ettiği tespit olunmuştur.

SERBEST PİYASA

EKONOMİSİ

Görüldüğü üzere, mevcut Anayasal düzen serbest piyasa ekonomisini ve zengin bir rekabet ortamını desteklemektedir. Nitekim bu doğrultuda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar Anayasa metninde açıkça belirtilmemiş olsa da rekabet etme hakkı Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüs kurma özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir (Aslan, 2017, s.20).

Bu noktada belirtmek gerekir ki Anayasa ile benimsenmiş olan serbest piyasa modelinin oluşturulmasında rol oynayan serbest rekabetin tesisi ve korunması amacıyla ortaya çıkan rekabet hukuku ile reklam yasağı düzenlemelerinde yer bulan haksız rekabet kavramları aynı amaca hizmet etmeyip aralarında önemli farklar bulunmaktadır. Rekabet hukuku tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti korumayı amaçlamaktadır. Rekabet kurallarının amacı; rekabetin önündeki engelleri kaldırarak sağlıklı bir piyasa yapısı oluşturmak ve rekabetin devamını sağlamaktır (Pinar, 2014, s.61).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54. Maddesinin ikinci fıkrasında "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar" haksız rekabet olarak tanımlanmıştır³².

DİPNOT

Korunması", çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, <https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5>, Erişim Tarihi:17.01.2019.

²⁹ KRZENIŃSKA J. (2005), "Freedom of Commercial Speech in Europe", Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen, Research Training Network, Fundamental Rights and Private Law in the European Union, <http://aei.pitt.edu/3043/> Erişim Tarihi: 17.01.2019, s. 7-8.

³⁰ 20.4.2016 karar tarihli ve 2013/316 başvuru numaralı Anayasa Mahkemesi kararı,

³¹ Barthold v Germany, Merits, App. No. 8734/79, (1985) 7 EHRR 383, IHRL 49 (ECHR 1985), 25th March 1985, European Court of Human Rights [ECHR] Barthold'un Almanya'ya karşı AİHM'e başvurması üzerine mahkeme, veteriner cerrah Dr. Barthold'un veteriner kliniklerinin günün her saati açık

olması gerektiği fikrini kamusal alanda savunmasının reklam etkisi yarattığı gerekçesiyle yerel mahkemeye mahkûm edilmesinin, Barthold'un ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine ve olağan çalışma saatleri dışında açık veteriner kliniklerinin mevcut olduğunun duyurulmasının reklam yasağı düzenlemelerine nazaran daha önemli olduğuna karar vermiştir.

³² 14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6102 sayılı

Bu tanımda özellikle rakipler adına dürüst ve bozulmamış rekabet kavramına dikkat çekilmektedir. Temel olarak rekabet hukuku mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arası ekonomik kararların özgürce verilebilmesini sağlamayı, haksız rekabet hukuku ise rakipleri korumayı amaçlamaktadır (Aslan, 2017, s.31).

Pazarda arz ve talebin herhangi bir müdahale ya da kısıtlama olmaksızın oluşması, kaynakların etkin dağılımı, daha kaliteli mal veya hizmetlerin daha ucuz fiyata sunulması, araştırma geliştirme faaliyetlerinin teşvik edilerek bunlara kaynak ayrılması ile küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin de pazarda yaşamlarını devam ettirebilmesi, nihayet bütün bunların sonucunda tüketicinin bu süreçten azami düzeyde fayda sağlamasını öngören bir yapının oluşması, rekabetten beklenen sonuçlardır (Aşçıoğlu Öz, 2000, s.31).

Haksız rekabet kuralları ise rakipleri ve rakip işletmeleri haksız, aldatıcı ve dürüstlüğü aykırı davranışlardan korumayı amaçlar (Badur, 2001, s.12). Haksız rekabet hukukunun temelinde yatan fikir, hiç kimsenin diğeri

karşısında kendisine ait çıkar sağlamak amacıyla izin verilmeyen bir üstünlüğe yeltenmemesidir (Badur, 2001, s.12.). Bu çerçevede haksız rekabet hükümlerinin kamu yararından önce bireysel faydayı korumayı amaçladığı ifade edilebilecektir.

Oysaki ABAD kararlarında rekabet hukuku hükümlerinin amacının sadece doğrudan bir rakibi veya tüketicilerin menfaatlerini korumak olmadığı, aynı zamanda piyasa yapısının ve böylelikle rekabetin koruması olduğu vurgulanmaktadır (Case C-8/08, T Mobile Netherlands and others, 2009; Case C-501/06 GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Other, 2009; Case C-52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, 2011).³³ Benzer şekilde Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/764-272 sayılı kararı göstermektedir ki, haksız rekabeti önlemek için getirilen alt düzenlemeler ve teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararlarla genellikle 4054 sayılı Kanun'a aykırı olarak rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuracak uygulamalar hayata geçirilmektedir. Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarihli ve 02-04/40-21 sayılı kararında ise haksız rekabetin engellenmesi amacıyla rekabeti kısıtlayıcı

davranışlarda bulunmanın söz konusu davranışları makul kılmayacağı ifade edilmiştir şeklinde ifade edilmiştir.

Kısaca, Anayasa'da, özel kuruluşlar tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin rekabet hukuku kurallarından muaf tutulması gerektiğine yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. İlgili mevzuat hem günümüz ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır hem de bizzat Anayasa'ya aykırıdır.

Kanaatimizce, hekimler ve sağlık kuruluşları arasında oluşturulacak rekabetin bir parçası olan ticari reklamların engellenmesi, yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa'nın 167. maddesine ve 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine³⁴ aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Zira reklamlar teşebbüslerin ticari hayatta ön plana çıkmalarını sağlayan, sunduğu rekabetçi hizmetleri tanıtmasına imkân veren başlıca araçlardan biridir. Dolayısıyla reklamlar bütün piyasalardaki rekabeti ilgilendiren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır (Comision Nacional De Los Mercados Y La Competencia, 2019)³⁵. Nitekim Rekabet Kurulunun 23.03.2017 tarihli ve 17-11/127-56 sayılı kararının 9.

DİPNOT

Türk Ticaret Kanunu.

33 Cases C-8/08, T Mobile Netherlands and others, 04.06.2009; C-501/06, GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others, 06.10.2009, C-52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, 17.02.2011.

34 "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

Madde 4 – Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım

şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs

durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, Bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

35 Comision Nacional De Los Mercados Y La Competencia (2019), "La CNMC lanza una consulta pública sobre la publicidad

paragrafında reklamların önemi "Yayıcılık ve bununla ilişkili reklamcılık hizmetlerinin bu dinamik ve değişken yapısına karşın değişmeyen tek unsur reklamların ürün ve servis sağlayıcıları nezdinde artan önemidir. Öyle ki "Marka Ekonomisi" olarak nitelendirilen yeni ekonomik düzen, marka imajına ve dolayısıyla kitle iletişimine yatırımı vazgeçilmez bir unsur kılmaktadır." şeklinde açıklanmıştır.

Bu açıdan ele alınacak olursa, teşebbüslere reklam gerçekleştirme imkânı tanınmayan piyasaların bazı rekabetçi endişeleri barındıracağı düşünülmektedir. Gerçekten de ticari reklamların engellenmesi hekimler ve sağlık kuruluşlarının müşteri elde etmek için birbirleriyle rekabet etme güdülerini zedeleyebilir, tüketicilerin geçiş maliyetlerini artırarak pazarın durağan bir yapıda seyretmesine neden olabilir veyahut teşebbüslerin piyasadaki davranışlarının paralelleşmesine yol açabilir. En nihayetinde bu kaygılar, rekabete aykırı oluşumların kurulmasına zemin hazırlayan bir piyasa yapısı yaratarak, fiyatların artmasına ve hizmet kalitesinin düşmesine sebep olabilir.

Bir sonraki bölümde daha detaylı şekilde belirtileceği üzere tıpkı diğer sektörlerde olduğu gibi özel sağlık hizmetlerinde de arz ve talebin herhangi bir müdahale ya da kısıtlama olmaksızın oluşması, kaynakların etkin dağılımı ve daha kaliteli mal veya hizmetin, daha ucuz fiyata sunulmasını en nihayetinde tüketici refahını arttıracaktır. Bu bağlamda özel sağlık hizmetlerinde reklam ve rekabet yasaklarının, temel hak ve hürriyetleri engelleyen ekonomik engeller olarak değerlendirilmesi

DİPNOT

online en España", <https://www.cnmc.es/node/374542>, Erişim Tarihi: 09.05.2019.

36 Case SA.39913 Commission v Italy, Alleged compensation of public hospitals in

ve yürürlükten kaldırılması gerektiği düşünülmektedir.

ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİ ALANINDA REKABET

Özel sağlık hizmetlerindeki rekabete değinmeden önce, sağlık hizmetlerinin ekonomik faaliyet niteliğinde olup olmadığını incelemek önem arz etmektedir. Zira sağlık hizmetleri bazı durumlarda ücretsiz olarak sunulabilmekteyken bazı hallerde önemli seviyelerde ücretlendirilebilmektedir. Bu durumda sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olması sebebiyle rekabete konu olup olmayacağı hususu gündeme gelebilecektir. Bununla beraber, özellikle özel sağlık hizmetleri, doğrudan hastalardan ya da hastaların sigortalarından alınan ücretlere binaen sunulduğundan ekonomik faaliyetin söz konusu olduğu argümanı güçlendirilebilecektir (Commission v Italy, 2017).

Nitekim İtalya'da kamu hastanelerine yapılan devlet yardımlarının rekabeti ihlal edip etmediğini inceleyen Avrupa Komisyonu (Komisyon), bu sorunun yanıtlanması için öncelikle milli sağlık sistemi adına hizmet sunan kamu hastanelerinin ekonomik faaliyette bulunup bulunmadıklarının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, üye ülkelerdeki sağlık hizmetlerinin ekonomik yapısının birbirinden farklı olduğunu belirtmiş ve sağlık hizmeti ücretlerinin hastaların sigortalarından karşılandığı hallerde hastaneler arasında rekabet yaşandığını tespit etmiştir. Komisyon'a göre, sağlık hizmetinin bir kamu hastanesi tarafından verilmesi, anılan hizmetin ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte,

Komisyon sağlık hizmetlerinin kamu kaynaklarından karşılanarak ücretsiz veya maliyetlerin küçük bir kısmı karşılığında evrensel kapsamda tek tip, ayrımcı olmayan ve benzer kalite koşullarıyla verilmesi halinde, söz konusu sistemin ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmeyeceğini açıklamıştır (Commission v Italy, 2017).³⁶

Ülkemiz açısından ele alındığında, devlet hastaneleri aracılığıyla yapılan sağlık hizmetlerine ilişkin ödemelerin büyük çoğunluğunun devlet tarafından karşılandığı söylenebilecektir³⁷. Ancak, özel hastanelerin sunduğu sağlık hizmetinin bedeli, genellikle doğrudan hastalardan veyahut hastaların özel sağlık sigortalarından karşılanmaktadır. Pek tabi ki devletin de Sosyal Güvenlik Kurumu ile anlaşmalı özel hastanelerde verilen hizmetlere yönelik katkıda bulunduğu bilinmektedir. Bununla birlikte, sağlanan devlet katkısı sınırlı olup, özel hastanelerde hizmet alan hastaların önemli bir kısmı özel sağlık sigortası veya tamamlayıcı sağlık sigortasından yararlanmaktadır. Bu durumda ülkemizdeki özel hastanelerin ekonomik faaliyette bulunduğu, dolayısıyla sundukları hizmetlerin rekabete konu olduğu açıktır.

Sağlık hizmetlerinin; karmaşıklığı, müşterilerin ulaşabildiği sınırlı bilgi ve sunduğu kişiye özel hizmetler nedeniyle diğer sektörlerden farklı olduğu iddia edilmişse de bu durum sağlık sektöründe rekabetin işlemeyeceği anlamına gelmemektedir (European Commission, 2015)³⁸. Aşağıda sağlık hizmetleri bakımından rekabetin faydaları ele alınmaktadır.

TÜKETİCİLERİN

Lazio, 04.12.2017. para. 56-57.

37 Nitekim 13.08.1992 tarih ve 21314 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların

Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulanması Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

38 European Commission (2015), Expert

BİLGİLENDİRİLMESİ

Sağlık hizmeti temin etmek isteyen hastalar, medikal uzman olmadıkları sürece, genellikle rasyonel davranıp riskleri değerlendiremez ve farklı tedavi yöntemleri arasında seçim yapamaz konumda olurlar. Bu sebeple, sağlık sektöründe tüketiciler aleyhine önemli derecede bilgi asimetrisi bulunmaktadır. Oysaki gün geçtikçe hastalar ve aileleri muayene ve tedavilerinin her alanında bilgi ve söz sahibi olmak istemektedirler. Buna mukabil sağlık piyasası müşteri bağımlılığı oluşturma açısından her geçen gün daha fazla rekabetin yaşanmaya başladığı bir sektör halini almaktadır (Coşkun, 2014, s.58).³⁹

Sağlık sektöründeki rekabetin en önemli faydalarından biri, bilgi asimetrisi probleminin giderilmesi ve tüketicilerin bilinçli tercihte bulunmalarının sağlanması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla reklamlar aracılığıyla ticari bilgilerin sağlıklı bir şekilde piyasaya akışı, yalnızca piyasa ekonomisinin değil aynı zamanda tüketicilerin ve toplumun da yararına (Garde, 2009, s.229). Zira ticari bilgilerin serbest bir şekilde yayılması, teşebbüslere ürün ve hizmetlerini tanıtmaya imkân verirken tüketicilerin de ilgili ürün ve hizmetler hakkında bilgilendirilmesini sağlamak ve böylelikle hizmet sağlayıcılar arasındaki rekabeti artırmaktadır.

Tüketicilerin bilgilendirilmesinin arkasında yatan rasyonel ise, bu bilinçlenme sonucunda doğru tercihlerde bulunabilmelerinin mümkün olmasıdır. Örnek vermek gerekirse, içerdiği yüksek orandaki şeker, yağ veya tuz sebebiyle bir yiyeceğin pazarlanmasının engellenmesi yerine, ürünün

alıp almayacaklarına dair kendi kararlarını verebilmeleri için, bu ürünün içeriği hakkında tüketicilerin bilgilendirilmesi daha yerinde olacaktır. Bu husus, bireylerin kısıtlandıkları bir toplum yerine otonom olarak hareket ettikleri ve tercihlerinin birincil sorumluluklarını üstlendikleri bir toplum yapısının oluşmasını sağlayacaktır (Garde, 2009, s.231). Nitekim hem Avrupa Birliği hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde gündeme getirilen obeziteyi engelleme stratejileri de tüketicilerin bilgilendirilmesinin önemi üzerine inşa edilmiştir (Garde, 2009, s.231-232). Benzer şekilde özel sağlık hizmetleri alanında da tüketicilerin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirme sayesinde de piyasada rekabetin artacağı düşünülmektedir.

Bilgilerin tüketicilere ne şekilde sağlanacağı ve hangi unsurları içereceği ise, tüketicinin seçim hakkına çok fazla müdahale edilmeksizin devlet tarafından regüle edilebilecektir. Böylelikle sağlıklı seçimlere ilişkin sorumluluk, kendisine aktarılan bilgiyi değerlendirerek hizmet temin eden tüketiciler ile söz konusu bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olmamasını sağlayacak düzenleyici otoriteler arasında paylaşılabilecektir (Garde, 2009, s.232).

HİZMET KALİTESİNİN ARTMASI VE FİYATLARIN DÜŞMESİ

Sağlık sektöründeki rekabetin bir diğer faydası ise, hizmete erişim engellerinin ortadan kaldırılması ve bunun neticesinde tüketicilere daha çok seçenek sunulmasıdır. Hizmetin kolay erişim ve yüksek seçenek ise, dolaylı olarak fiyatların düşmesine

de tesir edebilecek niteliktedir. Sağlık hizmetlerinde rekabetin olmaması halinde, sağlık hizmeti sunan kuruluşlar, talebin (hasta) arzdan (hastane veya hekim) fazla olduğu durumlarda yeterli kalitede ve tatmin edici hizmet verememektedir. Rekabetin olması için bir yandan verimlilik teşvik edilirken bir yandan da kaliteli sağlık hizmetinin evrensel kapsayıcılığının dikkate alınması gerekmektedir. Bunu gerçekleştirmenin yolu ise, belirli bir kalitenin altına inmeden maliyetleri düşürmekten geçmektedir. Ayrıca, özel sağlık hizmetlerinde rekabet yaratılmasının, yalnızca hastaneler ve doktorlar bakımından değil sigorta hizmeti sunanlar bakımından da olumlu etkiler doğuracağı belirtilmektedir. Zira rekabet, sigorta paketlerinin daha ucuzlamasını ve kapsamının genişlemesini sağlayabilecek niteliktedir (Andre & Hermann, 2009).⁴⁰

Komisyon tarafından özel sağlık hizmetlerindeki yatırımlara ilişkin efektif yollar hakkında yaptırılan çalışmada, rekabetin sağlık hizmetlerindeki etkilerine dair değerlendirmelerde bulunulmuştur. Hangi durumlarda rekabetten yararlı sonuçların beklenebileceği açıklanmıştır. Buna göre rekabet (European Commission, 2015); fiyatların düşürülmesi için efektif bir yol olabilecektir. Etkinlik ve inovasyon güdüsü oluşturabilecek ve aynı hizmeti veren sağlık hizmeti sağlayıcıları hastalara düşük fiyat, yüksek kalite gibi daha çekici koşullar sunabilecektir. Hızlı şekilde çözüm alınmasını ve hastaların karakteristikleri ile tercihlerine uyum göstermesini sağlayabilecektir. Yeni ürün ve hizmetlerin pazara sunulması ve

DİPNOT

Panel on Effective Ways of Investing in Health (EXPH), Report on Investigating policy options regarding competition among providers of health care services in EU Member States,, s. 9, 40. Nitekim ilgili kaynakta sağlık sektöründeki karmaşıklık,

bilgi asimetrisi ve hastalar ile doktorlar arasındaki bireysel ilişkiden bahsedilerek, bu unsurların sektördeki rekabet üzerindeki etkilerine değinilmiştir.

³⁹ COŞKUN, B. (2014), "M. Porter'in 5 Kuvvet Modeline Göre Sağlık Hizmetleri

Sektörünün Rekabet Analizi", Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, 7. Sayı, s. 58. ⁴⁰ ANDRE C. ve HERMANN C. (2009), "Privatisation of Health Care in Europe", Researchgate, https://www.researchgate.net/publication/252807825_

mevcut hizmetlerin daha düşük maliyetlerle gerçekleştirilmesi bakımından yeniliği teşvik edebilecektir.

Ülkemizde yapılan bir çalışmada⁴¹, Kahramanmaraş'ta faaliyet gösteren kamu ve özel hastanelerinin rekabet stratejileri ile kalite düzeyleri arasında bir ilişki olup olmadığı araştırılmıştır (Doğan, Bakan & Hayva, 2017). Çalışmada elde edilen bulgulara göre hastanelerin kalite düzeyleri ile uygulanan rekabet stratejileri arasında korelasyon analizi sonucunda istatistiksel olarak anlamlı ilişkilerin bulunduğu tespit edilmiştir. Yapılan regresyon analizi sonuçlarına göre de maliyet liderliği, farklılaştırma ve odaklanma olmak üzere rekabet stratejilerinin tüm kalite boyutları üzerinde anlamlı, pozitif etkiye sahip olduğu görülmüştür.

Rekabette temel araç olan reklam ve benzeri pazarlama yöntem ve süreçleri ise, sağlık hizmetleri için de geçerliliği olan önemli bir çalışma sahasıdır (Şahar vd., 2014).⁴² Teşebbüsler bu sahada özverili ve dengeli çalışmalar yaparak müşteri memnuniyetini en üst seviyeye ulaştırıp, hastalar açısından da kurumlar arası tercih edilme derecelerini istedikleri konuma getirmek için bir dizi sürecin tamamlandığı önemli girişimlerde bulunmaktadır. Böylelikle sağlık hizmeti kuruluşları daha kaliteli hizmet sunma eğilimine girmektedirler.

DİPNOT

PRIVATISATION_OF_HEALTH_CARE_IN_EUROPE, Erişim Tarihi: 27.12.2018.

⁴¹ DOĞAN İ.F., BAKAN İ. ve HAYVA S. (2017), "Sağlık Sektörünün Temel Aktörleri Olan Hastanelerde Rekabet Stratejilerinin Kaliteye Etkisi", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 16, Sayı 62, s. 817-835.

⁴² ŞAHAR L., GÜMÜŞ S., GÜMÜŞ T. B., BİLİM T., GÜMÜŞ H. G. ve GÜMÜŞ S. (2014), Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanmasında Eksik Rekabet Koşulları, Uluslararası Hakemli Ekonomi Yönetimi Araştırmaları Dergisi, Sayı 2, s. 66.

⁴³ California Dental Association v FTC [1999] 526 U.S. 756.

ÖZEL SAĞLIK HİZMETLERİ PİYASASINDA REKABETE İLİŞKİN YABANCI KARARLAR

Sağlık hizmetlerindeki rekabete ilişkin benzer değerlendirmeler, çeşitli kararlara da yansımış bulunmaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen Kaliforniya Dış Hekimleri Birliği davasında (California Dental Association v FTC, 1999)⁴³, ilgili birliğin etik kurallarında düzenlenen reklamlara ilişkin sınırlamalar değerlendirilmiştir. İlgili düzenleme ile birlik, dış hekimlerinin reklam vermesini serbest bırakmaktadır. Bununla birlikte birlik, dış hekimlerinin yaptığı fiyat indirimlerine ilişkin reklamlara çok katı kısıtlamalar getirmekte, kalite farklarına ilişkin ifadeleri ise tamamen yasaklamaktadır. Birlik, kısıtlamaların yanıltıcı reklamları önlemek amacıyla getirildiğini belirtmiş olmasına rağmen; mahkeme bu gerekçeyi geçerli bulmayarak kısıtlamaları rekabete aykırı bulmuştur. Dolayısıyla, özel sağlık hizmetleri piyasasında reklamlara katı sınırlamalar getirilmesine izin verilmediği görülmektedir.

Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission - FTC), sağlık hizmetlerini verenlerin ücret ya da diğer sözleşme konularında toplu pazarlıklarının rekabet yasalarından muaf tutulmasını

öneren yasa tekliflerine itiraz etmiştir. Bu konuda ilgililere gönderdikleri raporlarda, muafiyetlerle hedeflenen iyileşmelerin mümkün olmadığını, aksine muafiyetlerin, sağlık hizmetlerinde maliyetleri yükselteceğini, kaliteyi düşüreceklerini savunmuştur (Çokgezen & Toksoy, 2013, s.12).⁴⁴ Ayrıca sağlık alanındaki profesyonel meslek örgütünün yürürlüğe koymayı düşündüğü yeni mesleğe giriş kısıtlamalarına, tüketicilerin refahını düşürecekleri gerekçesiyle karşı çıkmıştır (Federal Trade Commission, 2012).⁴⁵ Görüldüğü üzere, özel sağlık hizmetleri piyasası rekabete açık bir piyasa olarak değerlendirilmiştir.

Bunlara ek olarak Fransız Rekabet Otoritesi, yakın zamanda verdiği bir kararda Fransız Sağlık Yasası'ndaki reklamlara yönelik genel ve mutlak bir yasağın Avrupa Birliği hukuku ile bağdaşmadığını belirtmiş, Fransız Hükümeti'nin ilgili hükümleri değiştirmesi gerektiğini vurgulamıştır (19-D-02 Décision, 2019; 19-D-02 Décision, 2019).⁴⁶

REKABET KURULUNUN ÖZEL SAĞLIK HİZMETİ PİYASASINA YAKLAŞIMI

Sağlık hizmetlerindeki rekabet kısıtlamalarına ilişkin hususlar Rekabet Kurulunun gündemine de gelmiştir. Rekabet Kurulunun 30.10.2013 tarihli ve 03-70/851-369 sayılı kararında, Türk Tabipler Birliğinin (TTB) düzenlemiş olduğu

dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux 19-D-02 Décision du 15 janvier 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet de soins dentaires Fransız Rekabet Otoritesi, indirim sağlayan çevrimiçi günlük fırsat sitesi Groupon'un Fransa'daki tıp ve dişçilik konseylerine yönelik şikayetlerini reddetmiştir. Otorite, söz konusu birliklerin faaliyetlerinin soruşturulması noktasında yetkisinin olmadığını, zira bu faaliyetlerin yasal dayanağa sahip kamu hizmeti görevi çerçevesinde gerçekleştiğini belirtmiştir.

asgari ücret tarifesinin rekabet ihlaline neden olduğu iddiası incelenmiştir. Şikâyet konusu olayda, söz konusu tarifenin uygulama alanı olan “özel muayene ve tetkik hizmetleri pazarı” esas alınmıştır. Bu kararında Rekabet Kurulu, konuyu 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında ele alarak ilgili pazardaki rekabetin önemine değinmiş ve TTB’nin asgari ücret tarifesi belirlemesinin 4054 sayılı Kanun’a aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Rekabet Kuruluna göre sabit veya asgari değil ancak tavsiye niteliğinde ücret tarifesi belirlenmesi rekabet kurallarına aykırı olmayacaktır.⁴⁷ Aynı şekilde, Rekabet Kurulunun TTB hakkında tesis etmiş olduğu 13.11.2003 tarih ve 03-73/876 (c)-376 sayılı kararında da benzer tespitlerde bulunulmuştur. Tüm bu hususlardan anlaşıldığı üzere, özel sağlık hizmetlerinin rekabete açık olması piyasada yaşanan aksaklıkların giderilmesine ve hem tüketicilerin hem de genel olarak toplumun bu durumdan faydalanmasına imkân tanıyacaktır. Özel sağlık kuruluşları arasındaki rekabetin ve bunun bir aracı olan reklam faaliyetlerinin aşırı regülasyonla engellenmesi, genel sağlığın korunması yoluyla hedeflenen kamu yararının ortaya çıkamaması anlamına gelecektir.

REKLAM YASAKLARININ UYGULAMAYA YANSIMASI

Bu bölümde mevzuatımızda yer alan reklam yasaklarının mahkemeler ve idari makamlar tarafından nasıl uygulandığı ele alınacaktır. İlerleyen paragraflarda daha detaylı şekilde izah edileceği üzere ülkemizde karar mercileri

reklam yasaklarını oldukça geniş ve sert bir şekilde yorumlamakta olup, sağlık alanında çalışan kişilere konuyla ilgili hiçbir serbesti tanınmamaktadır. Oysaki kamunun yararına olması için getirilen sınırlamaların bu denli sert olması tam tersine kamuoyunun doğru bir şekilde bilgilendirilememesi, sağlık hizmetlerinin sunumunda fiyatların artması, kalitenin düşmesi ve hizmet bulunurluğunun azalması gibi tüketici aleyhine sonuçlar yaratmaktadır.

Kaldı ki tüketicilerin sağlık hizmetlerinde reklam serbestisi konusundaki düşüncelerini belirlemek amacıyla yapılan bir araştırmada, tüketicilerin bu sektörde reklama karşı olmadıkları ve özel sağlık hizmetleri alanında reklam serbestisi ile ilgili düzenlemeleri yeterli bulmadıkları ortaya çıkmıştır. Buna göre katılımcıların büyük çoğunluğu sağlık sektöründeki reklamların kontrollü şekilde serbest bırakılması gerektiğini ifade etmiş olup, sağlık hizmetlerine ilişkin reklamların televizyonda yayınlanması ve sosyal medyada, internette yer almasının etkili olacağını belirtmişlerdir (Ekiyor & Tengilimoğlu, 2014, s.68). Sadece bu araştırma özel sağlık hizmetleri alanında reklam yapılmasının kamuoyu tarafından ahlaka aykırı olarak değerlendirilmediğini ve dolayısıyla ahlaka aykırılık gerekçesi ile ticari reklamların engellenmesinin mümkün olmadığını gözler önüne sermektedir.

Önceki bölümlerde detaylı şekilde yer verilen mevzuat düzenlemeleri

incelendiğinde, sağlık profesyonellerinin tanıtım amacıyla sadece iletişim bilgilerini, uzmanlık alanlarını ve mesai saatlerini ilan edebilecekleri anlaşılmaktadır. Oysaki günümüzde tüketicilere iletişim, uzmanlık ve mesai saatleri dışında kalan muhtelif bilgilerin de sunulması icap etmekte olup, sunulabilecek bilgilerin bu şekilde sınırlandırılmış olması orantısız olarak nitelendirilebilecektir. Zira tüketiciler sağlık hizmeti alacakları gerçek ve tüzel kişileri seçerken sağlık tesisinin sahip olduğu donanım, uzman personelin mesleki başarıları ve tecrübesi, ameliyat ya da tedavi görselleri, kullanıcı yorumları, sunulan hizmetin fiyatı ve ödeme koşulları gibi daha pek çok bilgiye ihtiyaç duymakta ve kendi ihtiyaçlarına her açıdan uyan bir hekimi ya da sağlık kuruluşunu tercih etmeye çalışmaktadırlar.

Dolayısıyla bir kişinin doğru sağlık profesyonelinin ve kuruluşunu seçebilmek için en azından ilgili kurumun niteliklerine, sahip olduğu tıbbi cihaz ve donanımlara hekimin daha önce gerçekleştirdiği işlemlere, öncesi-sonrası fotoğraflarına, tedavi videolarına, mesleki başarılarına, diğer hasta yorumlarına ve akademik çalışmalarına da ulaşabilmesi gerektiği düşünülmektedir. Sayılan bilgilerin sunulmasının, tüketicileri yanlış kararlar vermekten koruyacağı ve seçimlerine yardımcı olacağı düşünülmektedir (Garde, 2009, s.231). Hekimlerin iletişim bilgileri dışında kendi çalışmalarına ilişkin bilgilerin de paylaşılması, kişilerin kendi şahsi durumlarını da göz önüne alarak, kendileri ve

DİPNOT

Karara ilişkin basın duyurusu için bkz. http://www.otoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=697&id_article=3334&lang=en, Erişim Tarihi: 11.02.2019.

⁴⁷ “Kanun maddesinin konu açısından önemi, bir teşebbüs birliğinin (TTB’nin) bir hizmet piyasasında (özel sağlık hizmetleri) rekabeti doğrudan engelleme, bozma ve kısıtlama amacı taşıyan (hizmet karşılığı alınacak ücretlerin asgarisini belirleme)

karar ve uygulamasını yasaklamasıdır. Bu çerçevede TTB’nin özel muayene ve tahlil hizmetleri için uyulması zorunlu ücret tarifeleri düzenlemesi 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırıdır. Bununla birlikte, mahkeme kararlarıyla da tespit edildiği üzere, asgari ücret belirleme yetkisi, esasen 6023 sayılı Kanun’un 28. maddesine dayanmaktadır. (...) Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun’un 27

(g) maddesi kapsamında ilgili sürecin işletilerek yasal düzenleme değişikliği talebi ile ilgili makamlar nezdinde girişimlerde bulunulması ve söz konusu düzenleme değişiklikleri sağlandıktan sonra, fiyat tarifesi yayınlama talebinde bulunan meslek birliklerinin olası taleplerinin, 4054 sayılı Kanun’un muafiyet hükümleri çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.”

aileleri için neyin faydalı olacağına karar vermelerine olanak sağlayacaktır (Garde, 2009, s.231).

Oysaki durum böyle olduğu halde Danıştay bir kararında, Dünya Göz Hastanesi'nin gazeteyle ilan vermesini dahi sakıncalı bulunmuştur (Gürdin, 2017, s.17-30).⁴⁸ Aynı şekilde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Aydın Üniversitesi Hastanesi aleyhine hükmedilen disiplin cezasında, internet sitesi ve ilanlarında hastanenin fiziki özellikleri ile teknolojik donanımından ve doktorlarının uzmanlık alanlarından söz ediliyor olması⁴⁹ verilen cezanın gerekçeleri arasında yer almaktadır (Gürdin, 2017, s.17-30).⁵⁰

Yapılabilecek tanıtımın içeriğinin yanında, sağlık profesyonellerinin kullandığı tabelaların boy ve renklerine de mevzuat ve belirli durumlarda meslek örgütleri tarafından müdahale edilmesi de orantısız bir sınırlama olarak değerlendirilebilecektir. Günümüzde özel sağlık sektörünün

gelişmesiyle, sağlık kuruluşu ve hekim alternatifleri oldukça artmıştır. Dolayısıyla bir hekimin ya da hastanenin kendisini diğer alternatiflerden farklılaştırması amacıyla kullanabileceği araçların başında gelen tabelanın sıkı şekil kurallarına tabi tutulmuş ve bu konuda çeşitliliğin engellenmiş olması kanımızca uygun değildir. Gerçekten de uygulamada idare mahkemelerinin hastanelerin binalarına astıkları afişleri ve tabelaları abartılı tanıtım ve reklam yasağı kapsamında değerlendirip, bu nedenle anılan kuruluşlara idarece verilen disiplin cezalarını onadıkları görülmektedir (Gürdin, 2017, s.17-30).⁵¹

Bunun yanında hekimlerin kendileri için teşekkür kaleme alıramamaları, gerçekten de üçüncü kişiler tarafından yazılan yorumların dahi ceza sebebi olarak karşımıza çıkmasına sebep olmaktadır. Örneğin, Reklam Kurulu tarafından Aydın Üniversitesi aleyhine verilen disiplin cezasının gerekçelerinden biri olarak, sosyal medya

hesaplarında Üniversitenin sağlık hizmetlerine ilişkin yapılan kullanıcı yorumları gösterilmiştir.⁵²

Günümüzde sosyal medya kanalları üzerinden kontrol edilemez bir bilgi akışı sağlanmaktadır. Bu mecralarda kaleme alınan her yorumun hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının kendileri tarafından dikte edildiğinin değerlendirilmesi, gerçek dışı ve hayatın akışıyla bağdaşmayan bir senaryo ortaya koymaktadır. Başarıların takdir görmesi ve ilgili doktorların diğer kişilere tavsiye edilmesinin engellenmeye çalışılması, esasen hekimler arası rekabeti ve başarılı olan hekimin öne geçmesini engellemeye matuf olup, yarardan çok zarar getirmekte ve sağlık hizmetlerinin gelişmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Kaldı ki hekimler arası rekabetin önüne geçen bu gibi durumlar aynı zamanda ifade özgürlüğüne de aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca söz konusu uygulama, tüketicilerin bilgi edinme ve bu doğrultuda kendileri için en iyi tercihi yapma imkanlarını sınırlandırmaktadır.

DİPNOT

48 Gürdin 2017, s. 17-30. "Dünya Göz Hastanesinin bir gazetede yer alan 4 tam sayfa ilanı üzerine özel hastane sorumlu hekimine verilen disiplin cezasının iptali istemi ile açılan davada Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından 'Bu durumda, davaya konu ilanda talep yaratmaya yönelik, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratacak şekilde yanıltıcı ve abartılı tanıtım yapıldığı, bu durumun 1219 sayılı Kanunun 24. maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 8. ve 9. maddeleri ile Özel hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesine aykırılık taşıdığı anlaşıldığından, Dünya Göz hastanesi Ataköy Şubesi mesul müdürü olan davacıya Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60. maddesinin 5. fıkrası ve Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 4. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi gereğince verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır...' gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. (2005/1725 E., 2006/1515 K.) Bu karar Danıştay 8. Dairesinin 2006/5389 E., 2007/7175 K. Sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir."

49 Gürdin 2017, s17-30. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 93327413/402

sayılı ceza tebligatı kapsamında "Hayata sağlıklı gülümsememiz için..." ibareli broşürlerde; "Bizi tercih etme nedeniniz... Akademisyen Uzman Hekim Kadromuz. Dış hekimliğinin 8 anabilim dalında faaliyet gösteren hastanemizde tüm hastalarımıza tedavi hizmetleri... teknolojinin ulaştığı son noktadaki nitelikli cihazlarla donatılmış kliniklerimiz...deneyimli sağlık personeli tarafından sağlanarak koşulsuz hasta memnuniyeti en üst seviyede tutulmaktadır..." gibi ifadeler mevzuata aykırı bulunmuştur.

50 Gürdin 2017, s17-30. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 93327413/402 sayılı ceza tebligatı kapsamında İstanbul Aydın Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Hastanesi'ne ait "Hayata sağlıklı gülümsememiz için..." ibareli broşürler ile <http://www.dentaydin.com>, www.facebook.com/dentaydin ve www.instagram.com/dentaydin adresli internet sitelerinde yer alan tanıtımların, abartılı ifadeler içerdiği, yanıltıcı olduğu ve yukarıda yer verilen mevzuata aykırılığından ötürü Bakanlık tarafından idari para cezasına hükmedilmiştir.

51 Gürdin 2017 s.17-30. Bir göz hastanesinin "binası üzerine asılı ilan

nedeniyle bir özel hastane sorumlu hekimine verilen disiplin cezasının iptali istemi ile açılan davada Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından; "... dosyada yer alan davacıya para cezası verilmesine neden olan ilanın incelenmesinden, ilanın hastanenin sunmakta olduğu hizmete yönelik tanıtıcı ve halkı bilgilendirici nitelikten öte reklam mahiyetinde olduğu, başka bir ifade ile herhangi bir hastalık hakkında bilgi vermeden sadece hastaneyi tanıtmayı hedeflediği, böylece ilanın ticari amaçla talep yaratmaya yönelik olduğu, bu haliyle haksız rekabete yol açtığı sonucuna varılmakla yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca tıbbi müessese ve tabiplerin her ne mahiyette olursa olsun reklam vermesinin yasak olduğu ve Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 16. ve 17. maddeleri gereğince davacının sorumlu müdür sıfatıyla hastanenin bu tür faaliyetlerinden sorumlu olduğu açık olduğundan belirtilen gerekçeler ile adına ceza kesilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır..." gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. (2006/1428 E., 2007/329 K.).

52 Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 93327413/402 sayılı ceza tebligatı

Dolayısıyla ticari ifade özgürlüğü ve halkın bilgi alma hakkı da söz konusu uygulama nedeniyle zedelenen hak ve menfaatlerdendir.

Yine Aydın Üniversitesi'ne ilişkin cezada, sağlık kuruluşuna yönelik talep yaratmak da cezaya gerekçe olarak gösterilmiştir. Özel sağlık kuruluşları, ismiyle müsemma, ticari amaçla kurulmuş teşebbüslerdir. Bu kuruluşlar Türkiye gibi ücretsiz sağlık sisteminin tam anlamıyla kapsayıcı olmadığı ülkelerde kişilere gelişmiş tedavi olanakları sağlamaktadır. Sağlık sektöründe özelleşme ve rekabet, potansiyel olarak hizmet sunumunda kalitenin yükselmesini sağlayabilecek olduğundan, kuruluşlar tarafından talep yaratılmasında bir sakınca olmaması gerektiği değerlendirilmektedir.

Ayrıca talep yaratıcı reklam ve tanıtımların yasaklanmasına ilişkin kuralların uygulamaya kampanya duyurularının yasaklanması ve sağlık kuruluşlarının indirim yapmasının engellenmesi olarak da yansdığı görülmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında sağlık hizmeti veren kuruluşların yaptıkları kampanya ve indirimlerin broşür ve sair yöntemlerle halka duyurulmasını reklam yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Bu durum anılan hizmetler bakımından rekabeti sınırlandırmakta ve tüketicilerin aleyhine fiyatların düşmesini engellemektedir (Gürdin, 2017, s.17-30).⁵³ İlaveten bu durum yukarıda ele alındığı üzere

Anayasa'nın 48. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

ÖNERİLER

Öneriler ile ilgili değerlendirmelere geçmeden önce dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta ise, günümüzde ortaya çıkan "kendi kendini tedavi etme" kavramıdır. Kendi kendini tedavi etme, yaygın sağlık problemlerinin özellikle doktor gözetimi olmadan kullanılabilmesi için üretilen ve bu niteliği taşıdığı üzerlerinde belirtilen, etkin ve güvenli olduğu kanıtlanmış ilaçlarla kişilerin kendilerini tedavi etmesi olarak tanımlanmaktadır (World Self-Medication Industry, n.d.).⁵⁴ Kendi kendini tedavi sürecinin doktor gerektirmeyen belirtileri ve rahatsızlıkları kolayca tedavi etmeyi sağlayacağı, sağlık personelinin yetersiz olduğu hallerde sağlık hizmetleri üzerindeki baskıyı azaltacağı, kırsal alanlarda yaşayan nüfusun ilaç erişimini arttıracığı ve hastaların kendi kronik durumlarını bizzat kontrol edebilmesini sağlayacağı düşünülmektedir (Gürdin, 2017, s.17-30).

Tüketicilere kendi kendini tedavi etme hakkı tanındığında sağlık okur yazarlığı artacak, buna mukabil bilinçli tercihler artış gösterecektir. Tüketicinin aydınlatılması da tedavinin bir parçası haline geldiğinde "tüketicinin korunması" görevinin "korunma" safhasının sorumluluğu yoğunlukla tüketici üzerine yüklenerek, müdahale gerektirmeyen otonom bir sistem kurulabilmesi olacaktır (Garde,

2009, s.239). Belirtilen nedenlerle kendi kendini tedavi etme hakkının tanınması ve geliştirilmesi gerekirken, tam tersine Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 25.maddesinde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgi verilmesi engellenmek sureti ile bu hakkın sağlanması imkanı ortadan kaldırılmıştır. Diğer bir deyişle, kendi kendini tedavi hakkının önünün açılması için bilgiye erişim özgürlüğü tam olarak sağlanmalı, hastaların kendi inisiyatifi çerçevesinde bilgi edinmesi engellenmemelidir.

Bu doğrultuda belirtmek gerekir ki, yanıltıcı bilgi verilmemesi amacıyla tanıtımları tümüyle engellemek yerine, kanun koyucu tarafından sağlık kuruluşlarının yanıltıcı bilgi verilmemesine yönelik yeni düzenlemeler yoluna gidilmesi günümüz ihtiyaçlarına daha fazla cevap verecektir. Zira, böylece sağlıklı seçimler yapma sorumluluğu, bir yandan sahip olduğu bilgiye dayanarak doğru seçimler yapması beklenen tüketiciler ile bir yandan da sunulan bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olmamasını sağlamakla yükümlü düzenleyici otoriteler arasında eşit olarak paylaşılacaktır (Garde, 2009, s.232). Diğer bir deyişle, yanıltıcı reklam yapılmasını sağlamanın yöntemi tümünden bir yasaklamaya gitmek değil, bu reklamların nasıl yapılması gerektiğinin devlet tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu yaklaşım Anayasa'nın 56. maddesine de daha

DİPNOT

içerisinde "...Alanında uzman hekimler ile kaliteli hizmet veren SGK anlaşmalı diş hastanesi. Tedavinizi emin ellerde gerçekleştirebilmeniz için herkese tavsiye ederim..." ifadelerini barındıran ve www.facebook.com/dentaydin sayfasının 19.04.2018 tarihli görünümünde yer alan yorum mevzuatın ihlali olarak kabul edilmiştir.

53 Gürdin 2017, s. 17-30. "Bir güzellik merkezine ilişkin indirim kuponlarının, banka ekstreleri ile birlikte banka müşterilerine gönderilen broşürde yer

alması nedeniyle güzellik merkezinin sorumlu hekimine verilen disiplin cezası üzerine Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından; '[...] Söz konusu indirim kuponunun incelenmesinde, Dr. ... Lazer Epilasyona ait %15 indirim uygulanacağına açıkça belirtildiği ve adres ve telefon numarasının da yer aldığı görülmüştür. Bu durumda, davacının Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün yukarıda yer alan hükümlerini ihlal ettiği açık olduğundan verilen cezada hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı kendisinden habersiz

yayınlandığını iddia etmekte ise de bir bankanın hiçbir talep olmadan bir kuruluşun ya da kişinin üstelik indirim içeren bir reklamını yapması mutad olan bir uygulama olmadığından, davacının bu iddiası yerinde görülmemiştir...' gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir." (2004/3683 E., 2005/2437 K.) Bu karar Danıştay 8. Dairesi'nin 2006/1592 E., 2006/3449 K. sayılı kararı ile onanmıştır. **54** World Self-Medication Industry, What is Self-Medication ?, <http://www.wsmi.org/about-self-care-and-self-medication/>

uygun düşecektir.

Yukarıda yürütülen tartışma ışığında, Türkiye’de özel sağlık sektöründe uygulanmakta olan reklam yasaklarının kaldırılması ve yanıltıcı bilgi verilmesine engel olacak bir mevzuat hazırlanması gerekliliğinin hâsıl olduğu değerlendirilmektedir. Bu noktada mehzaz düzenleme olarak Avrupa Birliği’nin 2001/83/EC sayılı Beşerî İlaçların Kullanımına Dair Direktifi’nin 89. ve 90’ıncı maddelerinin kıyasen uygulanmasının söz konusu olabileceği düşünülmektedir. Buna göre, ilaçların kamuya sunulmasında kullanılan reklamlarda ürünün ilaç olduğunun ve ilgili yayının reklam teşkil ettiğinin açıkça belirtilmesi ve bu reklamların ilacın adını, ilacın düzgün kullanımı için gerekli bilgiyi, ilacın kutusu ve prospektüsünün okunması için açık ve anlaşılır bir açıklamayı içermesi gerekecektir (Directive 2001/83/EC, 2001).⁵⁵

Ek olarak işbu reklamların herhangi bir cerrahi müdahale ya da tıbbi teşhis konulmasının gereksiz olduğunu ima etmemesi, ilacın etkilerinin kesin olduğu ve yan etkiye sebep olmayacağını ifade etmemesi, ilaç alımının kişinin sağlığını olumlu yönde etkileyeceğini belirtmemesi, reklamın özellikle ve münhasıran çocuklara yönelik olmaması, bir sağlık profesyoneli tarafından önerildiğinin iddia edilmemesi, ilacın gıda maddesi/kozmetik ürünü ya da başkaca tüketim ürünlerinden olduğunu ileri sürmemesi, ilacın doğal içerikli olduğunu belirtmemesi, kişinin kendi durumunu doğru olmayan bir şekilde teşhis etmesine olanak sağlamaması ve endişe verici, uygunsuz veya yanıltıcı ifadeler barındırmaması

gerekmektedir(Directive 2001/83/EC, 2001).

Özel sağlık hizmetlerine yönelik reklamlar yapılırken de benzer şekilde gerekmediği halde tıbbi teşhis ve tedavilerin yahut cerrahi operasyonların teşvik edilmemesi; belirli hastalıklarla veya hastalıkların tedavisinde kullanılan yöntemlerle ya da hastane teknik ekipmanı ve çalışanları ile ilgili hastalara yanlış, yanıltıcı yahut eksik bilgiler verilmemesi; çocukları hedef alan yayınlar yapılmaması gibi temel bazı kuralların benimsenmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede kalınmak kaydı ile ticari ilan ve reklamlara izin verilmesinin halkın sağlık hizmetlerine ilişkin bilgi eksikliğinin giderilmesi, özel sağlık hizmetlerinin ve sigorta bedellerinin ucuzlaması, erişilebilirliğinin, kalitesinin ve ülke genelinde yaygınlığının artırılmasının ve genel halk sağlığının korunup geliştirilmesi bakımından gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda mevzuatımızda yer alan özel sağlık sektörüne yönelik reklamları yasaklamaya ve bu piyasada faaliyet gösteren oyuncuların arasındaki haksız rekabeti engellemeye dönük düzenlemelerin ve bu düzenlemeler dayanak gösterilerek muhtelif mahkemeler ve idari merciler tarafından alınan kararların Anayasa’ya, Rekabet Kanunu’na ve rekabet ile alakalı uluslararası uygulamalara uygun olmadığı değerlendirilmektedir.

Öncelikle özel sağlık sektörü oyuncularının tabi oldukları haksız rekabet etmeme ve reklam yapmamaya yönelik kuralların temelini teşkil eden kanun

metinlerinin mevcut anayasamız yürürlüğe girmeden önce, eski anayasa döneminde kaleme alındıkları ve kabul edildikleri zamanın iktisadi politikaları gözetilerek oluşturuldukları görülmektedir. Hali hazırda bu düzenlemelerin 1982 Anayasası ile benimsenmiş olan serbest rekabet sistemi ile bağdaşmadıkları değerlendirilmektedir. (Özdemir, Yiğit & Oral, 2016).

Zira Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. ve “Mülkiyet Hakkı” başlıklı 35. maddelerinin gerekçelerinde Türkiye Cumhuriyeti’nin serbest piyasa ekonomisi sistemini benimsediği vurgulanmış; yukarıda yer verilen haklarla birlikte “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” de hali hazırda yürürlükte olan Anayasa ile güvence alınmıştır. Ancak özel sağlık sektöründeki reklamların yasaklanması, söz konusu piyasada faaliyet gösteren kişilerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan başta ifade özgürlüğü olmak üzere çeşitli temel hak ve özgürlüklerinin ihlal etmektedir. Söz konusu yasakların Anayasa’nın özüne uygun olmadığı ve Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesine aykırı şekilde ve orantısız biçimde sınırlama getirdikleri değerlendirilmektedir. Yine söz konusu sınırlamaların serbest piyasa ekonomisine hâkim olan ilkelerle çelişecek derecede sert ve kapsamlı olduğu düşünülmektedir.

Sonuç olarak özel sağlık kuruluşlarının ve bu sektörde faaliyet gösteren çalışanların, reklam ve tanıtım yapmak suretiyle pazarlama faaliyetleri gerçekleştirebilmeleri gerektiği; devletin ise müdahalesini faaliyetleri engelleyerek değil

DİPNOT

what-is-self-medication/, Erişim Tarihi: 07.01.2018.

⁵⁵ Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6

November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (2001), Md. 89, <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/>

vol-1/dir_2001_83_cons2009/2001_83_cons2009_en.pdf, Erişim Tarihi: 18.01.2019.

bu faaliyetleri düzenleyerek ve denetleyerek kullanması gerektiği değerlendirilmektedir.

Ayrıca konuyla ilgili yabancı mahkeme uygulamaları incelendiğinde Avrupa ve Amerika'da ülkemizdeki aksine bir yaklaşımın mevcut olduğu, özel sağlık sektöründeki reklam faaliyetlerine yönelik daha serbest bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Çalışmamızda detaylıca belirttiğimiz üzere Avrupa Birliği yargı organları reklam yasalarını hizmet sunma ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.

Ayrıca bu tip yasakların Anayasa'nın 167. maddesinde ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen rekabete aykırı kartel tipi anlaşmaların ortaya çıkmasına, fiyatların artıp hizmet kalitesinin düşmesine, hizmetin bulunabilirliğinin ve erişilebilirliğinin azalmasına ve piyasanın tekelleşmesine neden olabileceği unutulmamalıdır. Bununla birlikte özel sağlık sektöründeki reklam yasaklarının kaldırılması halinde hizmet kalitesinin artırılması, fiyatların düşürülmesi, tüketicilerin etkin bir şekilde bilgilendirilmesi gibi tüketici refahını arttıran birçok faydanın ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.

Sonuç olarak gerçek ve tüzel kişi sağlık çalışanlarının Anayasal haklarının korunması, 1982 Anayasası ile benimsenen serbest piyasa ekonomisi anlayışının gerekliliklerinin yerine getirilmesi, sağlık hizmetlerinin kalitesinin ve bulunabilirliğinin artırılması ve tüketicilerin tam ve eksiksiz bir şekilde bilgilendirilmiş tercihlerde bulunmasının sağlanması için bu alanda mevzuatta yer alan reklam yasaklarının ve haksız rekabet etmeme düzenlemelerinin yürürlükten kaldırılması, devlet tarafından regüle edilecek şart ve koşulları sağlayan reklamların serbest bırakılması önerilmektedir.

KAYNAKÇA

- ANDRE C. ve HERMANN C. (2009). Privatisation Of Health Care in Europe, Erişim Tarihi:27.12.2018, https://www.researchgate.net/publication/252807825_PRIVATISATION_OF_HEALTH_CARE_IN_EUROPE
- ASLAN, İ.Y. (2017). Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000). Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara: Rekabet Kurumu.
- BADUR, E. (2001). Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar. Ankara: Rekabet Kurumu.
- BOZKURT E. (2002). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi.
- BYCHAWSKA-SINIARSKA D. (2018). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması. Erişim Tarihi:17.01.2019, <https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5>,
- Comision Nacional De Los Mercados Y La Competencia (2019), "La CNMC lanza una consulta pública sobre la publicidad online en España", Erişim Tarihi: 09.05.2019, <https://www.cnmc.es/node/374542>.
- COŞKUN, B. (2014). M. Porter'in 5 kuvvet Modeline Göre Sağlık Hizmetleri Sektörünün Rekabet Analizi, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi.
- ÇAKIROĞLU, N. (2010). Avrupa Birliği-Türkiye Ortaklık Hukuku ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Yerleşme Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı, Erişim Tarihi: 26.12.2018. <http://www.ikg.gov.tr/wp-content/uploads/pdf/NurettinCakiroglu.pdf>,
- ÇOKGEZEN M. ve TOKSOY M. F. (2013). Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Deregülasyon Ve Rekabet Hukuku, Ankara: Rekabet Kurumu, s. 3-38.
- DOĞAN İ.F., İ. BAKAN ve S. HAYVA. (2017). Sağlık Sektörünün Temel Aktörleri Olan Hastanelerde Rekabet Stratejilerinin Kaliteye Etkisi, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi
- DOĞRU O. ve NALBANT A. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Ortak Proje.
- EKİYOR, A. ve TENGİLİMOĞLU D. (2014). Sağlıkta reklam serbest olmalı mı? Tüketici görüşleri. Erişim Tarihi: 25.12.2018, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/287221>
- ERKEŞ, H. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre ifade hürriyeti. Erişim Tarihi:17.01.2019. <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1700/294531.pdf?sequence=1>
- European Commission. (2015), Expert panel on effective ways of investing in health (exph), report on investigating policy options regarding competition among providers of health care services in eu member states.
- European Commission. Guide to the case law of the european court of justice on articles 56 et seq. tfeu, freedom to provide services, Erişim Tarihi: 17.01.2019, <http://Guide to the Case Law of the European Court of Justice on Articles 56 et seq. TFEU, Freedom to Provide Services>,
- Federal Trade Commission, Competition in Professional Services in the United States, Erişim Tarihi:17.01.2019, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/iberto-professional-services.pdf>
- GARDE, A. (2009). Freedom of Commercial Expression and Public Health Protection. Oxford: Hart Publishing
- GÖÇMEN, İ. (2011). The Freedom of Establishment and to Provide Services: "A Comparison of the Freedoms in European Union and Turkey- EU Association Law, Ankara Law Review.
- GÜRDİN B. (2017). Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yasağı: Uygulama Örnekleri. Erişim Tarihi: 21.12.2018 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/437978>
- KARAGÜLMEZ, A., Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Sosyal Şartı. Erişim Tarihi:18.01.2019, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_2/KaragulmezAYMveSosyalSart.doc

- KARAN, U. (2018). İfade Özgürlüğü. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2.
- KRZEMIŃSKA J. (2005). Freedom of Commercial Speech in Europe. Erişim Tarihi: 17.01.2019, <http://aei.pitt.edu/3043/>
- ÖZDEMİR, Ü., YİĞİT G. ve ORAL M. (2016). Cumhuriyetten günümüze ekonomi politikaları bağlamında Türk dış ticaretinin gelişimi. Erişim Tarihi: 18.01.2019, <http://e-dergi.atauni.edu.tr/ataunidcd/article/view/5000172917/5000171184>
- PINAR, H. (2014). Rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku ilişkisi. Ankara: Rekabet Kurumu.
- SANLI, K. C. (2000). Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da öngörülen yasaklayıcı hükümler ve bu hükümlere aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliği, Erişim Tarihi: 18.01.2019, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/akademik-calismalar/3-pdf>
- ŞAHAR L., GÜMÜŞ S., GÜMÜŞ T. B., BİLİM T., GÜMÜŞ H. G. ve GÜMÜŞ S. (2014). Sağlık hizmetlerinin pazarlanmasında eksik rekabet koşulları. Uluslararası Hakemli Ekonomi Yönetimi Araştırmaları Dergisi
- TANÖR B, YÜZBAŞIOĞLU N. (2013). 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi.
- T. C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü. (2011), Sağlıkın teşviki ve geliştirilmesi sözleşmesi. Erişim Tarihi: 11.02.2019, <https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/Sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9-F%C4%B1n%20Te%C5%9Fviki%20S%C3%B6zl%C3%BCk.pdf>,
- TİRYAKİ, R. (2010). Mülkiyet ve sözleşme özgürlükleri ekseninde anayasal ekonomik özgürlüklerin tartışılması, Erişim Tarihi: 17.01.2019, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn132.pdf>
- World Self-Medication Industry. What is self-medication?. Erişim Tarihi: 07.01.2018, <http://www.wsmi.org/about-self-care-and-self-medication/what-is-self-medication/>

AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI

- Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, T.C.

- Başbakanlık
- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara, 2011. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, [17.01.2019].
- Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use (2001)
- T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği. (2011). Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Erişim Tarihi: 17.01.2019, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>,

KARAR LİSTESİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI

MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARI

- Barthold v Germany (App. No. 8734/79) ECHR 1985
- Markt Intern Verlag GmbH and Beermann v Germany (App. No. 10572/83) ECHR 1989
- Open Door and Dublin Well Women v. Ireland (App. No. 14234/88 and 14235/88) ECHR 1992 and 1993
- AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI (ABAD) KARARLARI
- Case C-500/06 Corporación Dermostética SA v To Me Group Advertising Media [2008]
- Case C-8/08 T Mobile Netherlands and others [2009]
- Case C-501/06 GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others [2009]
- Case C-52/09 Konkurrenter v TeliaSonera Sverige [2011]
- Case C-475/11 Konstantinides [2013]
- Case C-339/15 Criminal Proceedings v Luc Vanderborght [2017]

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU KARARLARI

- Case SA.39913 Commission v Italy, Alleged compensation of public hospitals in Lazio, [2017]

FRANSA REKABET OTORİTESİ KARARLARI

- 19-D-01 Décision du 15 janvier 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux
- 19-D-02 Décision du 15 janvier 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet de soins dentaires

AMERİKA FEDERAL TİCARET KOMİSYONU (FTC) KARARLARI

- California Dental Association v FTC [1999] 526 U.S. 756.

TÜRK REKABET KURULU KARARLARI

- Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarihli ve 02-04/40-21 sayılı kararı.
- Rekabet Kurulu'nun 13.11.2003 tarihli ve 03-73/876 (c)-376 sayılı kararı.
- Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarihli ve 07-63/764-272 sayılı kararı.
- Rekabet Kurulu'nun 30.10.2013 tarihli ve 03-70/851-369 sayılı kararı.
- Rekabet Kurulunun 23.03.2017 tarihli ve 17-11/127-56 sayılı kararı

DANIŞTAY KARARLARI

- Danıştay 8. Dairesinin 2006/5389 E., 2007/7175 K. sayılı kararı

GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI KARARLARI

- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 93327413/402 sayılı ceza tebligatı

MAKALE

PARMAK İZİ VE SAİR BİYOMETRİK VERİLERİN İŞLENMESİ VE KVKK ENGELİ

Av. Yunus Emre AYTEMUR

Günümüz dünyasında günlük hayatımızın hemen hemen her yerinde karşımıza biyometrik veri çıkmaktadır. Üye olduğumuz spor salonuna, çalıştığımız iş yerine, hastanelere veya öğrenci yurdumuza giriş yapmak istediğimizde, parmak izimiz, avuç izimiz veya göz tarama sistemi için göz irisimizin istenmesi bu duruma birkaç örnek olarak verilebilir.

Şüphesiz bu verilerin istenmesinin en önemli nedeni güvenli ve aldatılamaz olmasıdır. Gerçekten de bir başkasının parmak izi, avuç izi veya göz irisini kullanıp giriş yapmamız mümkün değildir. Oysa bu kontrolün bir alternatifi olan kart veya şifre sisteminde bir başkasının yerine giriş yapılması ve sistemin kötüye kullanılması ihtimali her zaman mümkündür.

2016 yılında yürürlüğe giren 6698 Sayılı KVKK (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu) arşiv verilerin (kanundan önce işlenen verilerin) kanuna uyumlu hale getirilmesi için 2 yıl süre tanımış olup şuan (2020 yılı itibarıyla) tüm işlenmiş verilerin kanuna uyumlu olması gerekmektedir. Dolayısıyla 2016 öncesinde alınmış biyometrik

verilerin de şuan yürürlükte olan kanuna uygun hale getirilmiş olması gerekmektedir. Kısaca biyometrik veri işleme de diğer veri işlemlerde olduğu gibi kanuna uygun olmalıdır.

PEKİ KVKK, GÜNÜMÜZDE DAHİ ÇOK YOĞUN KULLANILAN BU VERİ İŞLEME FAALİYETİNE ENGEL TEŞKİL ETMEKTE MİDİR?

Bu soruya cevap verebilmek için KVKK mevzuatında biyometrik verinin nasıl işlenmesi gerektiğine, kanunun genel ilkelerine ve kurul kararlarına bakmak gerekir. Aşağıda bu hususlar incelenmiştir.

**KVKK MEVZUATI VE
BİYOMETRİK VERİ İŞLEME**
6698 sayılı KVKK'da veri işlemeye ilişkin düzenlemeler 5. ve 6. maddelerde yapılmış olup konumuzun biyometrik veri dolayısıyla özel nitelikli kişisel veri olması sebebiyle 6.madde üzerinde durulacaktır. 6.madde özel nitelikli kişisel verilerin nasıl işleneceğini düzenlemiş olup, kendi içerisinde özel nitelikli verileri aşağıdaki gibi ikiye ayırmıştır.

1. GRUP	2. GRUP
Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi	Sağlık
Felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları	Cinsel hayat
Dernek,vakıf ya da sendika üyeliği	
Ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri	
Biyometrik ve genetik verileri	

1. Gruptaki veriler ancak kanunlarda öngörülmüş olması veya öngörülmemişse açık rıza alınarak işlenebilir. Ayrıca her durumda kurulca belirlenen önlemlerin alınması gerekmektedir. [2. Grup verilere ilişkin işleme şartları farklı olup makalemizin konusu olmadığından incelenmemiştir.]

Dolayısıyla 6698 Sayılı KVKK uyarınca biyometrik veriler ancak kanunlarda öngörülmüşse işlenebilecek, kanunlarca öngörülmemişse ancak açık rıza alınarak işlenebilecektir.

KANUNUN GENEL İLKELERİ

Genel ilkeler 6698 sayılı kanunun 4. maddesinde düzenlenmiş olup aşağıda sayılmıştır.

- Hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma.
- Doğru ve gerektiğinde güncel olma.
- Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.
- İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.
- İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

Biyometrik veri işlerken yukarıda sayılan ilkelerden işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine özellikle dikkat edilmelidir. Biyometrik veriler her ne kadar güvenilir ve aldatılamaz olduğundan sıklıkla tercih edilse de veri ilgisinin oldukça önemli bu verilerinin işleme amaçları ile ölçülü olup olmadığına her somut olayın koşullarına göre ayrıca bakılmalıdır. Veri ilgisinin parmak izi verisinin 3. kişilerce elde edilmesi halinde uğrayacağı zarar göz önüne alınarak verisinin önemi ve veri sorumlusunun bu güvenilir sistem sayesinde elde edeceği menfaat terazinin iki kufesine konulmalı ve bir ölçülülük denetimi

yapılmalıdır.

KURUL KARARLARI

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun konuya bakış açısını anlamak için biyometrik verilerin işlenmesine ilişkin vermiş olduğu 27.02.2020 tarihli 2020/167 sayılı ve 25.03.2019 tarihli 2019/81 sayılı kararlarını incelememiz gerekecektir.

25.03.2019 TARİHLİ 2019/81 SAYILI KARAR

- Kararda özetle, spor kulübünde giriş çıkış kontrolünün yapılabilmesi ve kulüp hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişilere ilişkin giriş kontrolünün alternatif yollar ile sağlanması mümkün iken kişilerin biyometrik veri niteliğindeki avuç içi izi verisinin alınmasının "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi" ile bağdaşmadığının,
- öte yandan bu verilerin alınması için açık rıza yoluna gidildiği fakat açık rıza verilmesinin hizmet şartı olduğu bu sebeple açık rızanın hukuken geçersiz olduğunu,
- tespit etmiş ve idari para cezası ile cezalandırmıştır. Ayrıca giriş ve çıkış kontrolü için biyometrik veri yerine başkaca yöntemlerle sağlanması yönünde veri sorumlusunu talimatlandırmıştır.

27.02.2020 TARİHLİ 2020/167 SAYILI KARAR

- Son derece güncel bu kararda da spor kulübüne giriş ve çıkışların kontrolü amacıyla getirilen avuç içi izinin taranması suretiyle kişilerin kimlik doğrulamasının yapılmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu,
- Üyelere alternatif çözümlerin sunulmasının ve biyometrik verinin alınmasının hizmet şartına bağlanmadığı bir diğer ifadeyle sadece isteyen

üyelerin biyometrik verilerinin alınması durumunda dahi ölçülülük ilkesine aykırı olacağı vurgulanmış ve 225.000 TL idari para cezası verilmiştir.

Sonuç olarak, biyometrik veri olan göz irisi, parmak izi veya avuç izi gibi sair verilerin alınması ve kullanılmasında mutlaka ilgili kişinin verisinin önemi ile veri sorumlusunun menfaati arasında ölçülülük testi yapılmalı, başkaca yöntemler ile aynı menfaatin sağlanıp sağlanamayacağı değerlendirmeli, ancak ölçülülük testinden geçebiliyorsa veriyi işlemeli, işlemeyen önce işlemenin kanuni dayanağı tespit edilmeli veya kanuni dayanağı yoksa açık rıza alınmalı, açık rıza alınacaksa bu rızanın bilgilendirmeye dayalı, özgürce ve hizmet şartına bağlanmadan alınmasına dikkat edilmelidir.

Kurulun, hukuka uygun şekilde alınan açık rıza ile dahi veri işlenmesinde genel ilkelere uygunluk testi yapması ve ölçülülük ilkesine aykırı bulmasını hukuka uygun bulmamaktayım. Kişiler kendi hür iradeleri ile özel nitelikli verilerinde dahi tasarrufta bulunabilmelidirler. KVKK ve diğer mevzuatlarında düzenlenen hükümler esasen Anayasa 20. maddesinde güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkının kullanılmasına yöneliktir. Bu hakkı korumak için getirilen ilkeler, hak sahibinin tasarruf yetkisini sınırlandırmamalıdır.

Kanaatimce spor salonunda hizmet sözleşmesinde üyenin, salona giriş ve çıkışların kontrolü için hangi yönteminin seçileceği hususunda serbest bırakılarak, hukuka uygun hazırlanan aydınlatma metni sonrasında ve veri ilgisinin hür iradesi ile biyometrik veriyi seçmesi durumunda, kurulun belirlediği teknik ve idari önlemlerin alınması şartı ile yapılan veri işlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir.

Ayrıca verilen bu kararlar spor

salonlarına ilişkindir. Öğrenci yurtlarında, hastanelerde, iş yerlerinde kullanılan biyometrik verilerimiz ölçülülük ilkesine uygun olarak mı alınmaktadır? Yine burada kanaatimce bir ölçülülük testi yapılmalı neticeye göre karar verilmelidir. Fakat hukuki belirlilik ilkesi uyarınca bu testi öncelikle kurumun yapması ve görüşlerini ivedilikle açıklaması gerekmektedir.

Makale ile ilgili görüş ve önerilerinizi
av.yunusemreaytemur@yaani.com
adresinden tarafıma iletebilirsiniz.

BURSA BAROSU İLE ANLAŞMALI ŞİRKETLER

EĞİTİM

- *Bursa Mentora Özel Dil Okulları
- *Bursa Murat Özel Eğitim Yayıncılık
Gıda San Ve Tic. Ltd.Şti
- *Özel Ataevler Koleji
- *Özel Ertuğrulkent Öğretim Kurumları
- *Özel İdea Fen Ve Anadolu Lisesi
- *Yoyo Anaokulu

SAĞLIK

- *Acıbadem Sağlık Hizmetleri Ve Tic. A.Ş.
- *Doruk Tıp Merkezi
- *Doruk Yıldırım Hastanesi
- *Dünya Göz Hastanesi
- *Pembemavi Tedavi Hizmetleri San. Tic. Ltd.
- *Hayat Hastanesi
- *Medical Park Sağlık Hizmetleri A.Ş.
- *Medicabil Hastanesi
- *Özel Bursa Anadolu Hastanesi
- *Özel Doruk Bursa Hastanesi
- *Romatem Fizik Tedavi Ve Rehabilitasyon Hastanesi
- *Rommer Fizik Tedavi Ve Rehabilitasyon Tıp Merkezi
- *Tham İyi Yaşam Çözümleri Merkezi

DİĞER

- *Artıç Otel
- *Chillbox Parkora Bursa Şubesi
- *Çiçek Izgara Özlüce Şubesi
- *Ezgi Kitabevi
- *Kafkas Kestane Şekeri&Pastane&Cafe&Restorant
- *Mng Kargo Yurt İçi Ve Yurt Dışı Taşımacılık A.Ş.
- *Nettel İletişim Elektronik İnşaat Ltd.Şti.
- *Orient Sigorta A.Ş.
- *Rüzgar Sportif Yatırımlar Ltd.Şti.
- *Uzay Gıda Pasta Şekerleme Tic.San.A.Ş.
- *Vitamin Cafe-Restaurant



Bursa Barosu

DERGİSİ



DERGİMİZİN
ÖNCEKİ SAYILARINI
ON-LINE OLARAK
www.bursabarosu.org.tr
ADRESİNDEN
OKUYABİLİRSİNİZ!

45 YIL
113 SAYI



bursabarosu



ULUDAĞ KOLEJİ

INTERNATIONAL SCHOLAR ACADEMY

TÜRKİYE’NİN İLK

en hijyenik *okulu*



Türkiye’nin İlk ve Tek Hijyen, Sanitasyon Sistemleri
ve ISO 9001 Belgelerine Sahip Okulu

BİLİM KURULUMUZ

PROF. DR. Kadir ÇÜÇEN Felsefe	PROF. DR. Kerime ÜSTÜNOVA Türk Dili ve Edebiyatı	PROF. DR. İsmail Naci CANGÜL Matematik	PROF. DR. Erkan IŞIĞIÇOK Ekonometri	PROF. DR. Zübeyde SİNEM GENÇ İngilizce Dili Eğitimi
PROF. DR. Tevfik ALICI Psikoloji	PROF. DR. Rıza SAM Sosyoloji	DOÇ. DR. Nuray PARLAK YILMAZ Bilgisayar ve Öğretim Teknolojileri	DOÇ. DR. Şenay ŞAHİN Spor	YRD. DOÇ. DR. İbrahim ÖZTAHTALI Sahne Sanatları