

*August 17, 2021*

*Ankara*

---

**5<sup>th</sup> INTERNATIONAL  
CONFERENCE ON FORENSIC  
SCIENCE AND LAW**

**PROCEEDINGS BOOK**

*EDITOR*

*Assist. Prof. Dr. Mehmet DOĞAR*



ISBN: 978 - 625 - 7464 - 05 - 5

*August 17, 2021*

*Ankara*

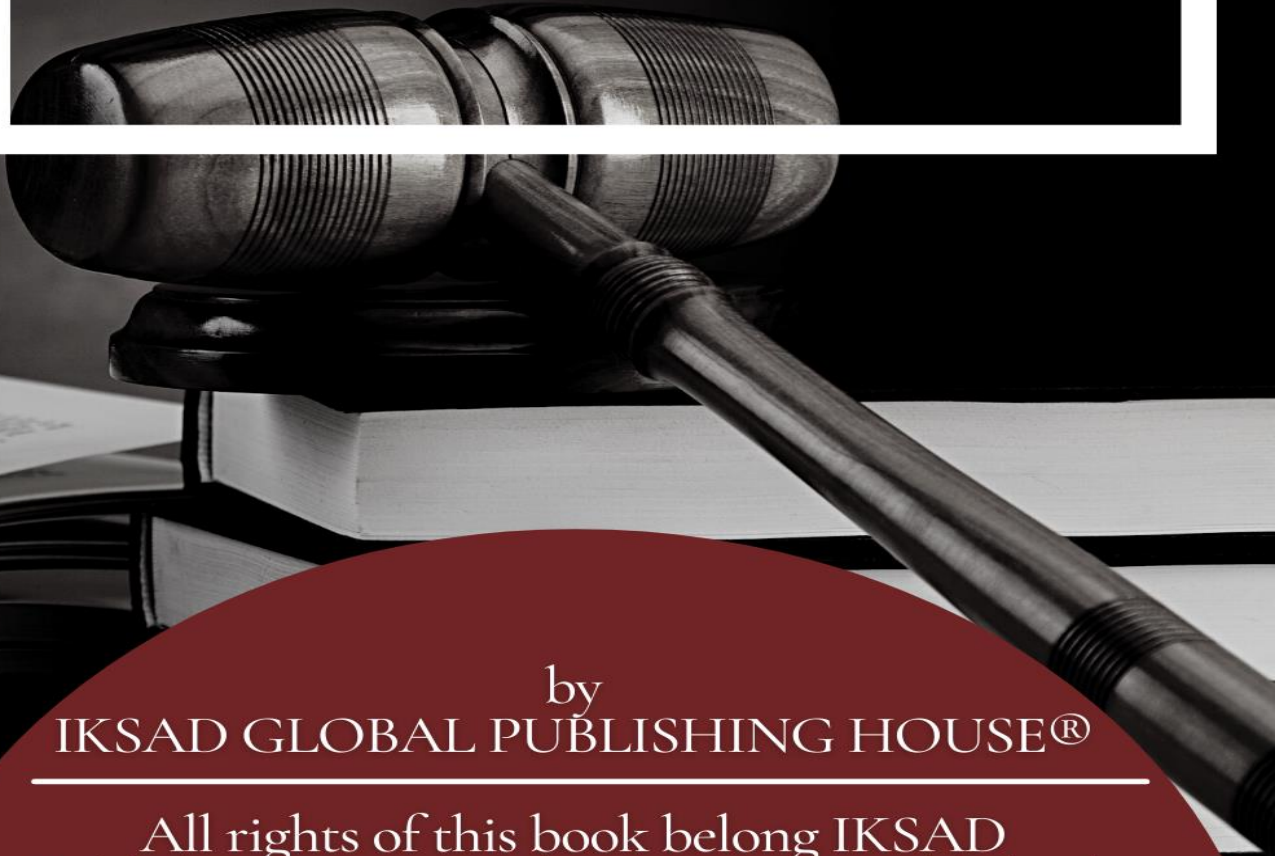
---

**5th INTERNATIONAL  
CONFERENCE ON FORENSIC  
SCIENCE AND LAW**

**PROCEEDINGS BOOK**

*EDITOR*

*Assist. Prof. Dr. Mehmet DOĞAR*



by  
IKSAD GLOBAL PUBLISHING HOUSE®

---

All rights of this book belong IKSAD  
PublishingHouse Authors are responsible both  
ethically and juridically IKSAD Publications –

2021©

Issued: \$&"\$-"&\$&%

---

ISBN: 978 - 625 - 7464 - 05 - 5

# CONFERENCE ID

CONFERENCE TITLE

*5th INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC SCIENCE AND LAW*

DATE and PLACE

*August 17, 2021 - Ankara*

ORGANIZATION

*IKSAD GLOBAL*

COORDINATOR

*Gizem ÖZKOL*

*NUMBER of ACCEPTED PAPERS- 22*

*TOTAL NUMBER OF PAPERS FROM TURKEY- 20*

*TOTAL NUMBER OF INTERNATIONAL PARTICIPANTS- 2*

*PARTICIPANT COUNTRY: Turkey - 20, Romania - 2*

*\*Double blinded evaluation proces*





# SCIENTIFIC COMMITTEE

*Prof. Dr. Gulizar İBRAHİMOVA- Bakü Avrasya Üniversitesi*

*Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN- Hatay Mustafa Kemal University*

*Prof. Dr. Joanna Studzińska- Kozminski University*

*Assoc. Prof. Dr. Hüseyin ÇAKIR- Gazi University*

*Assoc. Prof. Dr. Ivaylo Staykov- New Bulgarian University*

*Assist. Prof. Dr. Mehmet DOĞAR- Harran University*

*Assist. Prof. Dr. Hüseyin ERTUĞRUL- Ahi Evran University*

*Dr. Akbar VALADBİGİ- Elmi Korbordi University*

*Dr. Damezhan SADYKOVA- Kazak Kızlar Devlet Pedagoji Üniversitesi*

*Dr. Froliam MOBO- Philipinnes Merchant Marine Academy*

*Dr. Muntazir MEHDİ- Pakistan National University of Languages*

*Dr. Terane NAGIYEVA- Azerbaycan Devlet Pedagoji Üniversitesi*

*Kinga Luiza Flaga-Gieruszyńska- Pomeranian Medical University*

*Seitenova Saule Zhusupbekovna*



# GALLERY

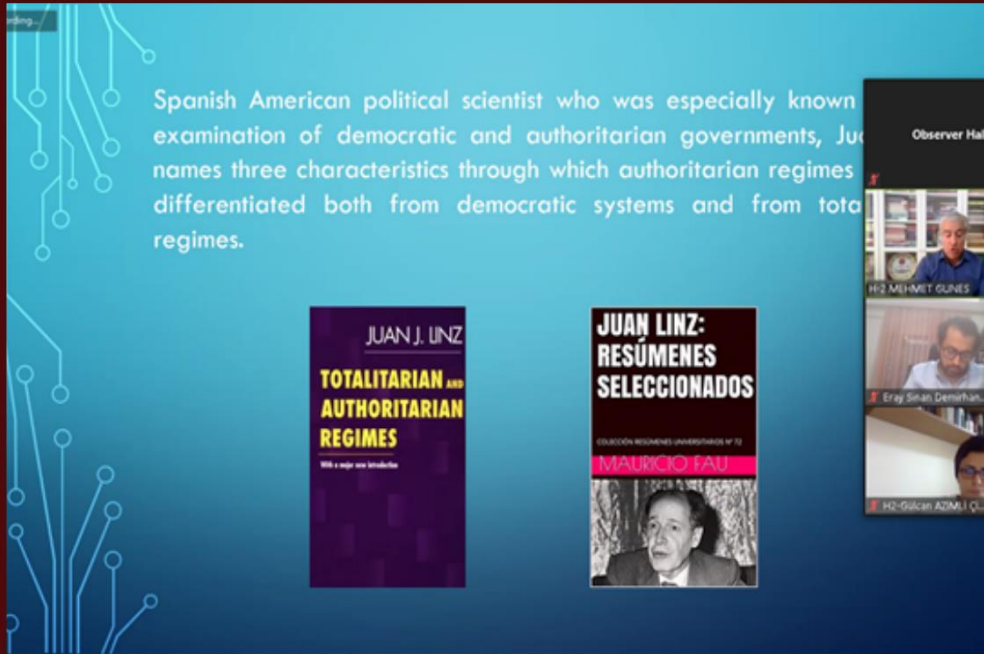

5TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC SCIENCE AND LAW



# GALLERY

5TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC  
SCIENCE AND LAW

Spanish American political scientist who was especially known for his examination of democratic and authoritarian governments, Juan Linz names three characteristics through which authoritarian regimes differentiated both from democratic systems and from totalitarian regimes.



The image shows a laptop screen displaying a presentation slide. The slide has a blue background with white circuit-like patterns on the left. The text on the slide describes Juan Linz as a Spanish American political scientist known for his work on democratic and authoritarian governments, and mentions that he identified three characteristics that differentiate authoritarian regimes from democratic systems and totalitarian regimes. Below the text are two book covers. The first is 'TOTALITARIAN AND AUTHORITARIAN REGIMES' by Juan J. Linz, published by Wile. The second is 'JUAN LINZ: RESÚMENES SELECCIONADOS' by Mauricio Fau, published by Ediciones Resúmenes Universitarios N° 10. To the right of the slide is a video conference interface with a grid of participants. The top participant is labeled 'Observer Hall'. Below are three other participants: 'H2 MEHMET GUNES', 'Eray Sinan Demirehan', and 'H2-Gülcan AZMÜLÜ Ç...'.





# GALLERY

5TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC  
SCIENCE AND LAW



# 5<sup>th</sup> INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC SCIENCE AND LAW

---

## CONFERENCE PROGRAM

August 17, 2021

Ankara



Meeting ID: 880 4968 3265

Passcode: 050505



# 5th INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC SCIENCE AND LAW

## **Önemli, Dikkatle Okuyunuz Lütfen**

- ❖ Kongremizde Yazım Kurallarına uygun gönderilmiş ve bilim kurulundan geçen bildiriler için online (video konferans sistemi üzerinden) sunum imkanı sağlanmıştır.
- ❖ Online sunum yapabilmek için <https://zoom.us/join> sitesi üzerinden giriş yaparak “Meeting ID or Personal Link Name” yerine ID numarasını girerek oturuma katılabilirsiniz.
- ❖ Zoom uygulaması ücretsizdir ve hesap oluşturmaya gerek yoktur.
- ❖ Zoom uygulaması kaydolmadan kullanılabilir.
- ❖ Uygulama tablet, telefon ve PC’lerde çalışıyor.
- ❖ Her oturumdaki sunucular, sunum saatinden 5 dk öncesinde oturuma bağlanmış olmaları gerekmektedir.
- ❖ Tüm kongre katılımcıları canlı bağlanarak tüm oturumları dinleyebilir.
- ❖ Moderatör – oturumdaki sunum ve bilimsel tartışma (soru-cevap) kısmından sorumludur.

## **Dikkat Edilmesi Gerekenler- TEKNİK BİLGİLER**

- ◆ Bilgisayarınızda mikrofon olduğuna ve çalıştığına emin olun.
- ◆ Zoom'da ekran paylaşma özelliğine kullanabilmelisiniz.
- ◆ Kabul edilen bildiri sahiplerinin mail adreslerine Zoom uygulamasında oluşturduğumuz oturuma ait ID numarası gönderilecektir.
- ◆ Katılım belgeleri kongre sonunda tarafınıza pdf olarak gönderilecektir
- ◆ Kongre programında yer ve saat değişikliği gibi talepler dikkate alınmayacaktır

## **IMPORTANT, PLEASE READ CAREFULLY**

- ❖ To be able to attend a meeting online, login via <https://zoom.us/join> site, enter ID “Meeting ID or Personal Link Name” and solidify the session.
- ❖ The Zoom application is free and no need to create an account.
- ❖ The Zoom application can be used without registration.
- ❖ The application works on tablets, phones and PCs.
- ❖ The participant must be connected to the session 5 minutes before the presentation time.
- ❖ All congress participants can connect live and listen to all sessions.
- ❖ Moderator is responsible for the presentation and scientific discussion (question-answer) section of the session.

## **Points to Take into Consideration - TECHNICAL INFORMATION**

- ◆ Make sure your computer has a microphone and is working.
- ◆ You should be able to use screen sharing feature in Zoom.
- ◆ Attendance certificates will be sent to you as pdf at the end of the congress.
- ◆ Requests such as change of place and time will not be taken into consideration in the congress program.

Before you login to Zoom please indicate your name surname and hall number,  
exp. H-1- Ercan ALTINSOY

17.08.2021

HALL-1

ANKARA TIME: 15:30-18:00

HEAD OF SESSION: Assist. Prof. Dr. Mehmet DOĞAR

AUTHORS	UNIVERSITY	PAPER TITLE
Lect. Ercan ALTINSOY	<i>Bursa Uludag University</i>	JUVENILE DELINQUENT AND INVESTIGATION OF JUVENILE DELINQUENCY
Assist. Prof. Dr. Hüseyin ERTUĞRUL	<i>Ahi Evran University</i>	THE PROBLEM OF REGULATION OF ADULTERY IN THE TURKISH PENAL LAW IN TERMS OF OFFENSE AND PENAL POLICY
Res. Assist. Dr. Yiğit İLTAŞ	<i>Cukurova University</i>	THE OFFENCE OF ALTERING THE LINEAGE OF A CHILD
Mustafa KOÇAK	<i>Dicle University</i>	A REVIEW ON THE DISCUSSION ON THE TERM LIMITS IN THE OFFICE OF STATE
Fatih SAYAR	<i>Selcuk University</i>	LAND SHARE PROVISION FLOOR CONSTRUCTION CONTRACT CONSTRUCTION DELIVERY LEGAL RESULTS
Assoc. Prof. Dr. Cengiz Mesut TOSUN	<i>Mersin University</i>	INJUSTICE OF THE LAW
Assist. Prof. Dr. Mehmet DOĞAR	<i>Harran University</i>	INTERPRETATION IN TESTAMENT

17.08.2021

HALL-2

ANKARA TIME: 15:30-18:00

HEAD OF SESSION: **Assoc. Prof. Dr. Mehmet GÜNEŞ**

AUTHORS	UNIVERSITY	PAPER TITLE
<b>Dr. Gabriela Boangiu</b>	<i>C.S.Nicolaescu-Plostor</i>	THE SOCIAL CONTEXTS OF LAWS REGARDING THE PROPERTY – MONARCHY, COMMUNISM AND POST-COMMUNISM
<b>Juanita GOICOVICI</b>	<i>University Babeş-Bolyai of Cluj-Napoca</i>	FORENSIC INVESTIGATIONS AND PERSONAL DATA PROCESSING: ARE PRIVACY RISKS ASSOCIATED TO LAW ENFORCEMENT ADEQUATELY HANDLED?
<b>Assist. Prof. Dr. Mehmet Seyman ÖNDER</b>	<i>Bingol University</i>	A SOCIOLOGICAL STUDY ON BORDER SMUGGLING IN DOGUBAYAZIT
<b>Assoc. Prof. Dr. Mehmet GÜNEŞ</b>	<i>Ufuk University</i>	THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW IN THE RISE OF AUTHORITARIAN REGIMES AND THE WITHDRAWAL OF DEMOCRACY
<b>Assist. Prof. Dr. Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR &amp; Hacı Şammas ALTAN</b>	<i>Yuzuncu Yil University Yuzuncu Yil University</i>	APPEARANCE OF THE DECISION OF STOPPING EXECUTION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION
<b>Dr. Eray Sinan DEMİRHAN</b>	<i>Gaziantep University</i>	THE DOCTRINE OF MARGIN OF APPRECIATION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
<b>Dr. Eray Sinan DEMİRHAN</b>	<i>Gaziantep University</i>	EUROPEAN CONSENSUS AND THE INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
<b>Res. Assist. Dr. Cansu Büşra ÖLMEZ</b>	<i>Selcuk University</i>	POSITIVE OBLIGATIONS FOR PROTECTION OF INDIVIDUAL PRIVACY AND FAMILY LIFE IMPOSED ON THE CONTRACTING COUNTRIES BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS



17.08.2021

HALL-3

ANKARA TIME: 15:30-18:00

HEAD OF SESSION: **Dr. Mehmet Zülfü ÖNER**

AUTHORS	UNIVERSITY	PAPER TITLE
<b>Dr. Mehmet Zülfü ÖNER</b>	<i>Ankara Bar Assosiation</i>	DRUG CRIMES REGARDEDIN LAW NO 2313
<b>Res. Assist. Dr. Seda Arslan DURMUŞ</b>	<i>Cukurova University</i>	OFFICIAL MEDIATION IN LAW NO. 6356
<b>Assist. Prof. Dr. Soner Hamza ÇETİN</b>	<i>Girne Amerikan University</i>	ON THE AMENDMENT IN THE ART. 103/3 OF CRIMINAL PROCEDURE LAW (CPL) VIA LAW NO: 7331
<b>Dr. Didem YARDIMCIOĞLU</b>	<i>Dicle University</i>	INSURANCE STATUS OF PHYSICIANS WITHIN THE SCOPE OF ADDITIONAL ARTICLE 10 OF LAW NO. 5510 AND PROBLEMS EXPERIENCED IN PRACTICE
<b>Assoc. Prof. Dr. Elçin ESMER</b>	<i>Mersin University</i>	CONCEPTUAL METAPHORS IN THE CRIMINAL COURT TRANSCRIPTS
<b>Deniz GÜNAŞTI CANTUTUMLU</b>	<i>Cukurova University</i>	THE APPLICABLE SECURITY MEASURES TO JUVENILES DRIVEN TO CRIME USING DRUGS OR STIMULANT SUBSTANCES ACCORDING TO THE CHILD PROTECTION LAW
<b>Berker KILIÇ &amp; Yüksel ÖNER</b>	<i>Ondokuz Mayıs University &amp; Ondokuz Mayıs University</i>	CLASSIFICATION OF SUPREME COURT DECISIONS ACCORDING TO THE TYPES OF CRIME BY MACHINE LEARNING METHODS



## 5th INTERNATIONAL CONFERENCE ON FORENSIC SCIENCE AND LAW

### CONTENT

CONFERENCE ID	i
SCIENCE COMMITTEE	ii
PHOTO GALLERY	iii
PROGRAM	iv
CONTENT	v

### ABSTRACTS AND FULL TEXT

<b>Ercan ALTINSOY</b> JUVENILE DELINQUENT AND INVESTIGATION OF JUVENILE DELINQUENCY	<b>1 - 8</b>
<b>Hüseyin ERTUĞRUL</b> THE PROBLEM OF REGULATION OF ADULTERY IN THE TURKISH PENAL LAW IN TERMS OF OFFENSE AND PENAL POLICY	<b>9-16</b>
<b>Yiğit İLTAŞ</b> THE OFFENCE OF ALTERING THE LINEAGE OF A CHILD	<b>17-18</b>
<b>Mustafa KOÇAK</b> A REVIEW ON THE DISCUSSION ON THE TERM LIMITS IN THE OFFICE OF STATE	<b>19-29</b>
<b>Fatih SAYAR</b> LAND SHARE PROVISION FLOOR CONSTRUCTION CONTRACT CONSTRUCTION DELIVERY LEGAL RESULTS	<b>30</b>
<b>Cengiz Mesut TOSUN</b> INJUSTICE OF THE LAW	<b>31-32</b>
<b>Mehmet DOĞAR</b> INTERPRETATION IN TESTAMENT	<b>33-34</b>
<b>Gabriela Boangiu</b> THE SOCIAL CONTEXTS OF LAWS REGARDING THE PROPERTY – MONARCHY, COMMUNISM AND POST-COMMUNISM	<b>35</b>
<b>Juanita GOICOVICI</b> FORENSIC INVESTIGATIONS AND PERSONAL DATA PROCESSING: ARE PRIVACY RISKS ASSOCIATED TO LAW ENFORCEMENT ADEQUATELY HANDLED?	<b>36-37</b>
<b>Mehmet Seyman ÖNDER</b> A SOCIOLOGICAL STUDY ON BORDER SMUGGLING IN DOGUBAYAZIT	<b>38-48</b>
<b>Mehmet GÜNEŞ</b>  THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW IN THE RISE OF AUTHORITARIAN REGIMES AND THE WITHDRAWAL OF DEMOCRACY	<b>49-53</b>

<b>Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR &amp; Hacı Şammas ALTAN</b>	
APPEARANCE OF THE DECISION OF STOPPING EXECUTION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION	54- 68
<b>Eray Sinan DEMİRHAN</b>	
THE DOCTRINE OF MARGIN OF APPRECIATION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	69
<b>Eray Sinan DEMİRHAN</b>	
EUROPEAN CONSENSUS AND THE INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS	70
<b>Cansu Büşra ÖLMEZ</b>	
POSITIVE OBLIGATIONS FOR PROTECTION OF INDIVIDUAL PRIVACY AND FAMILY LIFE IMPOSED ON THE CONTRACTING COUNTRIES BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS	71
<b>Mehmet Zülfü ÖNER</b>	
DRUG CRIMES REGARDEDIN LAW NO 2313	80-92
<b>Seda Arslan DURMUŞ</b>	
OFFICIAL MEDIATION IN LAW NO. 6356	93-94
<b>Soner Hamza ÇETİN</b>	
ON THE AMENDMENT IN THE ART. 103/3 OF CRIMINAL PROCEDURE LAW (CPL) VIA LAW NO: 7331	95-108
<b>Didem YARDIMCIOĞLU</b>	
INSURANCE STATUS OF PHYSICIANS WITHIN THE SCOPE OF ADDITIONAL ARTICLE 10 OF LAW NO. 5510 AND PROBLEMS EXPERIENCED IN PRACTICE	109-135
<b>Elçin ESMER</b>	
CONCEPTUAL METAPHORS IN THE CRIMINAL COURT TRANSCRIPTS	136
<b>Deniz GÜNAŞTI CANTUTUMLU</b>	
SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT: ISSUES AND CHALLENGES	137-144
<b>Berker KILIÇ &amp; Yüksel ÖNER</b>	
CLASSIFICATION OF SUPREME COURT DECISIONS ACCORDING TO THE TYPES OF CRIME BY MACHINE LEARNING METHODS	145- 146



## SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR VE ÇOCUK SUÇLARIN SORUŞTURMASI

**Ercan ALTINSOY**

Bursa Uludağ Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü  
Kriminalistik Ana Bilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi  
ORCID: 0000-0003-3114-3613

### ÖZET

Bugünün küçükleri yarının büyükleri olan çocukların suç işlemesi daha doğrusu suça sürüklenmesi kabul edilemez bir gerçekliktir. Ancak topluma, ülkeye hatta dünyaya yön verecek olan çocukları nasıl yetiştirirsek toplumu ya da ülkenin geleceğini o kadar güvence altına almış oluruz. Çocuk doğduğunda iyiyi veya kötüyü bilmediğine göre suç işlemesini nasıl öğrenmiş olabilir. Şüphesiz çocuklar doğduğu andan itibaren çevresiyle sürekli etkileşim içerisinde. Önce ailesiyle sonra yakın arkadaş grubu ile daha sonra okul vb gruplarla etkileşim içerisinde. Çocuğun suça sürüklenmesine neden olan başlıca faktörler çevresinde izlemlediği yanlış örnekler ya da çocuklukta yaşamış olduğu travmalar, ekonomik, sosyolojik, psikolojik, eğitimsel sorunlardan kaynaklandığı bilinmektedir.

Çocuk suçluluğu hala birçok ülkede önemli sorunlardan biridir. Son zamanlarda yapılan araştırmalar, çocukluk suçlarının sadece gelişmekte olan ülkelerde değil, birçok gelişmiş ülkede de artma eğiliminde olduğunu ortaya koymuştur. Hırsızlık, kapkaç, şiddet içeren davranışlar, cinsel suçlar, uyuşturucu kullanımı ve okuldan kaçma suçlarının başında gelmektedir.

Türkiye’de suç ve suçlulukla mücadele edebilmek için öncelikle suça sürüklenen çocuk sayısının minimize edilmesi ve topluma kazandırılması çalışmalarına ağırlık verilmesi gerekmektedir. Çocukların suça sürüklenme nedenlerinin ortaya konulması, çıkacak sonuçlara göre politikalar üretilmesi suça sürüklenen çocuk sayısını azaltacaktır. Suça sürüklenen çocukların suç işledikten sonra psikolojik, sosyolojik travmaların yarattığı olumsuz davranışlarla sonraki dönemlerde suç işleme potansiyelinin arttığı görülmektedir. Oysaki çocukların suça sürüklenmesini önleyici tedbirler alınması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması, suçtan zarar gören insanların zararının telafi edilmesi, psikolojik travmaların yaşanması gibi bir çok maddi ve manevi zararlar meydana gelecektir. Oysaki çocukların suça sürüklenmesinin önlenmesi halinde çok daha az maliyetle suç oluşmadan önlenmiş ve insanların suçtan zarar görmeden çok daha kolay bir şekilde suç ve suçlulukla mücadele edilmiş olacaktır. Burada Türkiye’nin çocuk suçluluğunun değerlendirilmesi yapılacak. Suça sürüklenmelerine etki eden faktörlere değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk, Suç, Kriminal, Soruşturma

## JUVENILE DELINQUENT AND INVESTIGATION OF JUVENILE DELINQUENCY

### ABSTRACT

It is an unacceptable reality that children who are today's juveniles are tomorrow's adults, committing crimes, or rather, being dragged into crime. However, the more we raise children who will shape the society, the country and even the world, the more we will secure the society or the future of the country. How could the child have learned to commit a crime since he did not know good or bad when he was born?

Undoubtedly, children are in constant interaction with their environment from the moment they are born. He interacts first with his family, then with his group of close friends, and then with groups such as school. It is known that it is caused by the wrong examples that the child follows around the main factors that cause him to be dragged into crime or the traumas he has experienced in childhood, economic, sociological, psychological and educational problems.

Juvenile delinquency is still one of the major problems in many countries. Recent studies have revealed that childhood delinquency tends to increase not only in developing countries but also in many developed countries. Theft, snatching, violent behaviour, sexual offenses, drug use and truancy are among the crimes.

In order to fight crime and delinquency in Turkey, it is necessary to focus on minimizing the number of children driven into crime and reintegrating them into society. Revealing the reasons why children are driven into crime and producing policies according to the results will reduce the number of children driven into crime. It is seen that the potential of committing crimes in the next periods increases with the negative behaviours created by psychological and sociological traumas after committing a crime. However, if measures are taken to prevent the delinquency of children, many material and moral damages will occur, such as investigation and prosecution, compensation for the harm of people who have been harmed by crime, and psychological traumas. However, if the delinquency of children is prevented, crime will be prevented before it occurs at much less cost, and crime and delinquency will be fought much more easily without harming people from crime. Here, Turkey's juvenile delinquency will be evaluated. The factors affecting their delinquency will be mentioned.

**Keywords:** Juvenile, Crime, Criminal, Investigation

## GİRİŞ

Suç nedir? İşlendiği iddia edilen suç aydınlatılabilir mi? İnsanoğlu yaradılışından bugüne kadar suç olgusu ile hep karşılaşa gelmiştir. İlk insanlar güvenlik ihtiyaçlarını karşılayabilmek ve suçtan zarar görmemek için tarih boyunca kendince bir takım tedbirler almaya çalışmışlardır. İlk çağlarda genelde küçük gruplar halinde yaşayan insanlar mağaralarda ve yüksek yerlerde kendini güvende hissetmiştir. Daha sonraları köy ve küçük şehirlerde yaşamaya başlayan topluluklar yine bulunduğu coğrafyaya göre kendini savunabilecek tepelerde kaleler inşa ederek her türlü tehlikeden kendini korumaya çalışmıştır. 18. Yüzyılda sanayi devrimi ile birlikte fabrikaların kurulması köyden kente göçü hızlandırmış. Toplumda daha büyük şehirler ortaya çıkmıştır. Kalabalık nüfusla birlikte suç ve suçlulukla daha çok karşılaşılır olmuş. Suç mağduru insan sayısında artış meydana gelmiştir.

İnsan neden suç işler sorusunun cevabı oldukça karmaşık olduğu gibi hiçbir yazar, düşünür, araştırmacı veya akademisyen, tek bir nedene dayandıramamıştır. İnsanın suç işlemesine neden olan birçok faktör vardır. Ancak biz burada suçun oluşumunda temel faktörlerden birisi olan çocukların suça sürüklenmesi veya suç işlemesi toplumda suç işleme oranını doğrudan etkileyeceği için çocukların suça sürüklenme nedenleri üzerinde duracağız. Çocuğun suça sürüklenmesine neden olan faktörler nelerdir sorusunun cevabını bulmaya çalışacağız.

## **SUÇ:**

Suç, toplum halinde yaşayan bireylerin aralarındaki çatışmanın ürünü olarak ortaya çıkan sapıcı davranışlardır. (Yavuzer,1996) Hukuken yasaklanmış fiil ve eylemleri gerçekleştirmek suç olarak tanımlayabiliriz. Suçun oluşabilmesi için hukuken bir yaptırım söz konusu olması gerekir. Kanunlarda cezai müeyyide veya güvenlik tedbiri vb. yaptırım söz konusu değilse ortada suçta yok demektir.

## **TÜRKİYE'DE DURUM:**

Türkiye'de 2020 yılında 0-18 yaş grubunda 209.689 çocuk suça sürüklenmiştir. En çok çocuğun suça sürüklendiği il 35.167 ile İstanbul'dur. Onu 13.172 ile İzmir 2. sırada, 12.687 Ankara 3. Sırada, 7.829 ile Bursa 4. sıradadır. (TÜİK 2020)

Yine 2020 yılı içinde açılan dosyadaki suça sürüklenen çocuk sayısına baktığımızda Marmara bölgesi 28.147 ile ilk sıradadır. Türkiye'de ceza mahkemelerince yıl içinde açılan dosyalardaki suça sürüklenen çocuk sayısı, 99.919'dur. Aynı yıl içerisinde toplam sanık sayısı 1.885.927'dir. 2020 yılındaki suça sürüklenen çocuk sayısı tüm sanıkların toplamına bakıldığında % 5.3'üne tekâmül etmektedir. Bölgelere göre toplam sanık sayısı içerisinde suça sürüklenen çocuk miktarına baktığımızda % 6.6 ile Güneydoğu Anadolu bölgesi bölgeler içerisinde Türkiye'de birinci sırada gelmektedir. (TÜİK 2020)

Niteliklerine göre mahkûmiyet karar sayısı ve oranlarına baktığımızda 2020 yılı için tüm Türkiye'de adli idari para cezası verilen çocuk sayısı 19.365 olup % 36.9'dur. Hapis cezası ertelenen çocuk sayısı 5.926'dır. Buda % 11.3'tür. Güvenlik tedbiri uygulanan çocuk sayısı 1.521 % 2.9'dur. Diğer mahkûmiyet 5.457 % 10.4'tür. Hapis cezası alan toplam çocuk sayısı ise 20.236 % 38.5 olduğu görülmektedir.

TÜİK verilerine baktığımızda 12-15 yaş grubundaki çocukların en çok işlediği suç türü erkeklerde 27.943 kızlarda 2.337 olmak üzere mal varlığına karşı işlenen suçlar oluşturmaktadır. 15-18 yaş grubu ise erkekler 32.454, kızlar 2.011 olmak üzere yine mal varlığına karşı işlenen suç türünü oluşturmaktadır. Mal varlığına karşı işlenen suçların toplamı 64.745 yapmakta tüm suç türlerinin % 41.2'sini oluşturmaktadır. 12-18 yaş arası çocuklar için İkinci en çok işlenen suç türü ise Hürriyete karşı suçlar oluşturmaktadır. 12-15 yaş arası erkeklerde 12.425, kızlarda, 1.094'tür. 15-18 yaş arası ise erkeklerde 15.407, kızlarda 1.163'tür. Bütün suç türleri içerisinde toplamda 30.089 olup % 19.20'sini kapsamaktadır.

## **ÇOCUKLARIN SUÇA SÜRÜKLENME NEDENLERİ**

Çocuğun suça sürüklenmesine neden olan başlıca 5 faktörü sayabiliriz. Bunlar:

Çocuğun kişisel özellikleri,

Kalıtımsal, biyolojik nedenler,

Psiko-patolojik nedenler,

Çevresel nedenler (aile, okul, arkadaşları),

Diğer nedenler, olarak sıralayabiliriz.

## **ÇOCUK YARGILAMASI İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER:**

Erişkin olmamış veya biyolojik ve psikolojik olarak yeterli olgunluğa ulaşmamış kişilerin hukuka aykırı davranışları anlamına gelir diyebiliriz. (Küntay, 1975:9 aktaran; Özkan, 1994:121,122). "Türk hukuk sisteminde suçlu çocuk bir hukuk kuralını ihlal etmiş, 18 yaşından küçük kimse olarak tanımlanmaktadır. Bu kişiler hafifletilmiş cezalara çarptırılmaktadır."(2253 Sayılı Çocuk Mahkemeleri Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun)



Türk Ceza Kanununa göre hafifletilmiş cezada yaş sınırlaması 0-18 arasındadır. “Yine 0-11 yaş arası ceza ehliyeti yoktur. 12-15 yaş arasındakilerin farik ve mümeyyiz olanların kısmi sorumlulukları vardır”(Doğan, 1996:366,808). 15-18 yaş arasındaki çocukların ise isnat yeteneklerinin tam oluşmadığı kabul edilir. Ergin olmadıkları için cezalarında indirim yapılır. Dolayısıyla 15-18 yaş grubu arasındaki suç işleyen çocuklar kısmi sorumluluk altındadır (Uluğtekin, 63,64; aktaran, Özçeşmeci Ünal, 1999: 11).

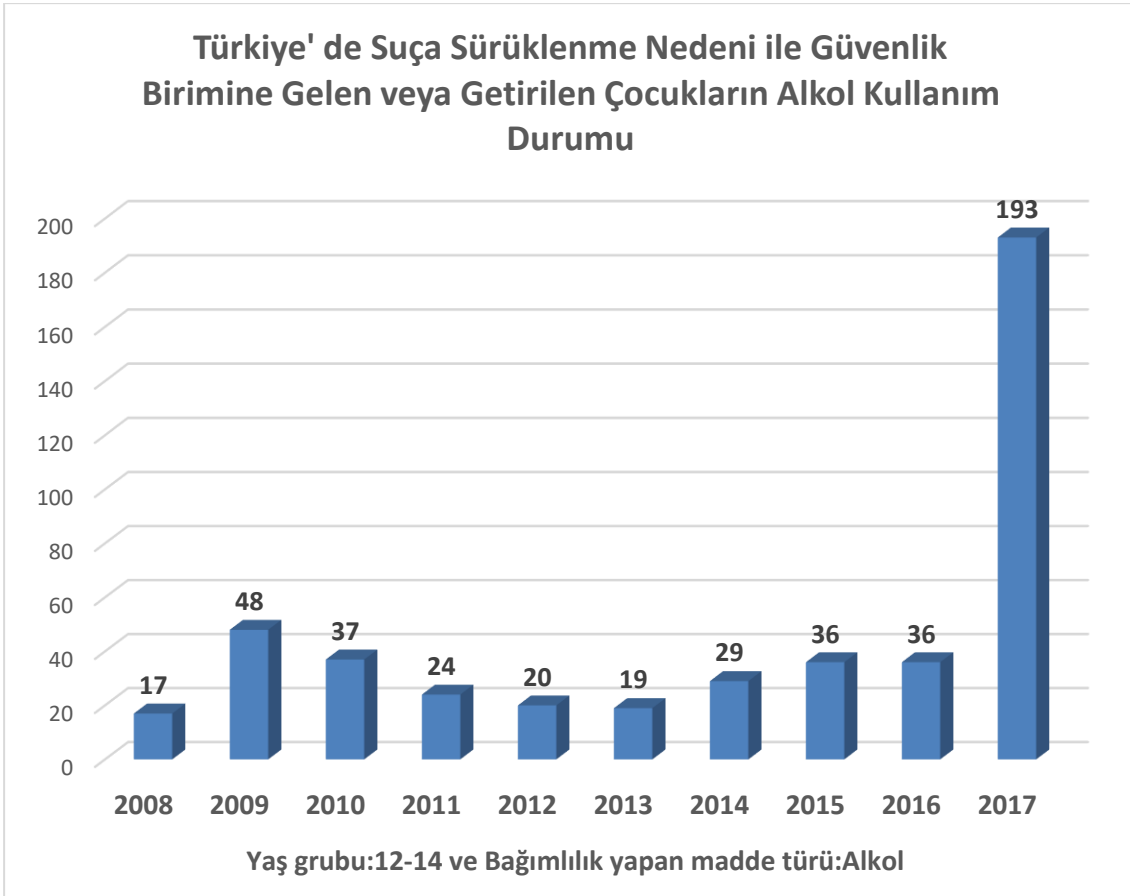
### MATERYAL VE YÖNTEM:

Türkiye’de çocukların suça sürüklenmesine neden olan faktörlerin neler olduğu TÜİK verilerinden yola çıkılarak nedenleri ortaya çıkartılacaktır. Araştırmanın sınırlılığı Türkiye sınırları içerisinde suça sürüklenen 12-17 yaş grubu çocuklar ile TÜİK tarafından paylaşılan 2008-2019 yılları arasındaki veriler incelenecektir.

Çalışmanın Amacı; suça sürüklenmesi nedeniyle bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen çocukların suç işlemesine etkileyen faktörlerin ve bunların düzeyini Türkiye düzeyinde anlamaya çalışmaktır. Bu verilerden yola çıkarak Türkiye genelinde suça karışan çocukların suç işleme nedenlerini çeşitli değişkenlere göre inceleyerek açıklama yapan araştırmadır.

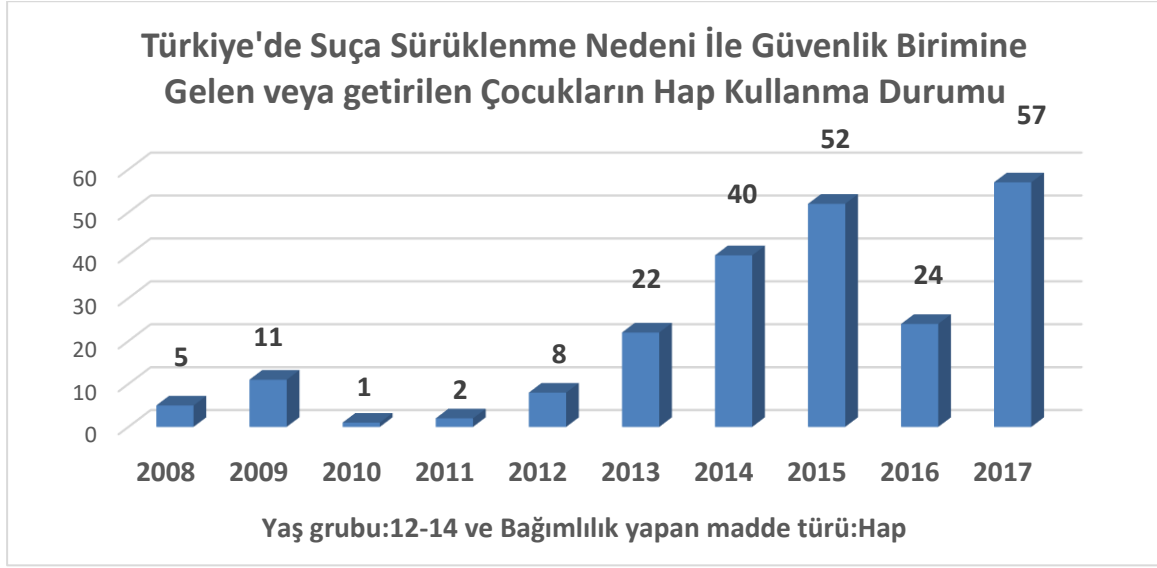
### BULGULAR VE TARTIŞMA:

2008 ile 2017 yılları arasında suça sürüklenme nedeni ile bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen çocuklar ile ilgili TÜİK tarafından paylaşılan veriler tablolara dönüştürülmek suretiyle aşağıda gösterildiği şekliyle anlamı hale getirilmiştir.



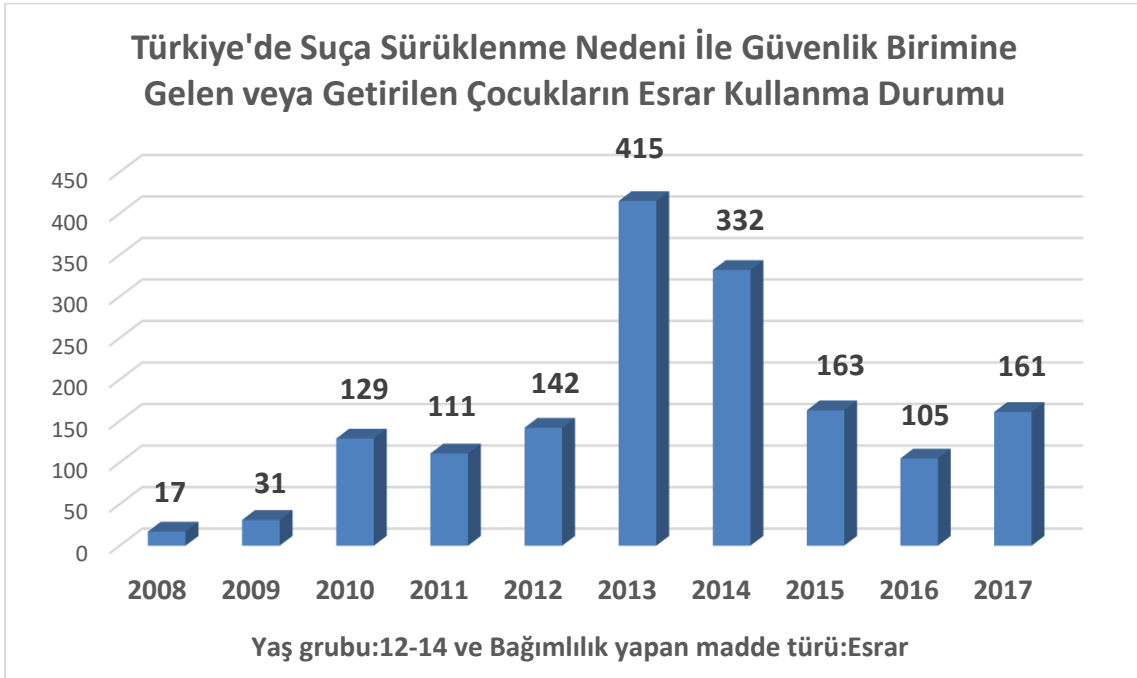
Şekil 1 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen çocuklar içerisinde alkol kullananların sayısı. (TÜİK 2021)

Şekil 1 incelendiğinde 2008'den 2017 yılına kadar 12-14 yaş grubu çocukların suç işlemesi sebebiyle güvenlik kuvvetlerine gelenler içerisinde alkol kullanım durumu görülmektedir. Burada dikkat çeken durum 2008 yılından sonra alkol kullanım durumunun artış göstermesi özellikle 2017 yılında bu artışın çok belirgin düzeyde ortaya çıkmasıdır.



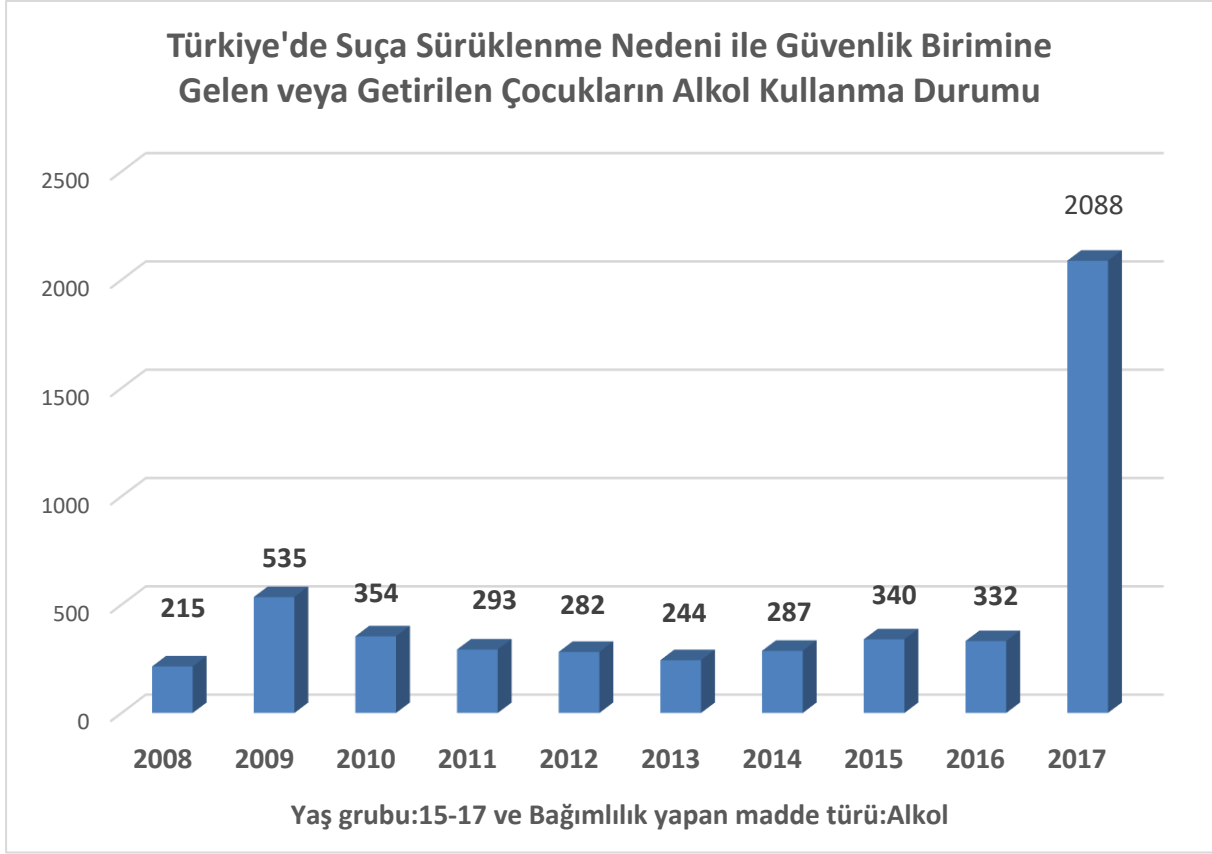
Şekil 2 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen çocuklar içerisinde hap kullananların sayısı. (TÜİK 2021)

Şekil 2'de bir şekilde güvenlik kuvvetlerine suça sürüklenme nedeniyle gelen veya getirilen çocuklardan eroin kullanım durumu görülmektedir. 2008 yılında bu sayı 5 iken 2017 yılında bu sayı 57'ye çıkmıştır.



Şekil 3 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen çocuklar içerisinde esrar kullananların sayısı. (TÜİK 2021)

Şekil 3'e baktığımızda bir şekilde güvenlik kuvvetlerine suça sürüklenme nedeni ile gelen çocuklar içerisinde esrar kullanan çocuk sayısını görmekteyiz. 2008 yılında bu sayı 17 iken 2017 yılında 161'e çıkmıştır.



Şekil 4 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen 15-17 yaş arası çocuklar içerisinde alkol kullananların sayısı. (TÜİK 2021)

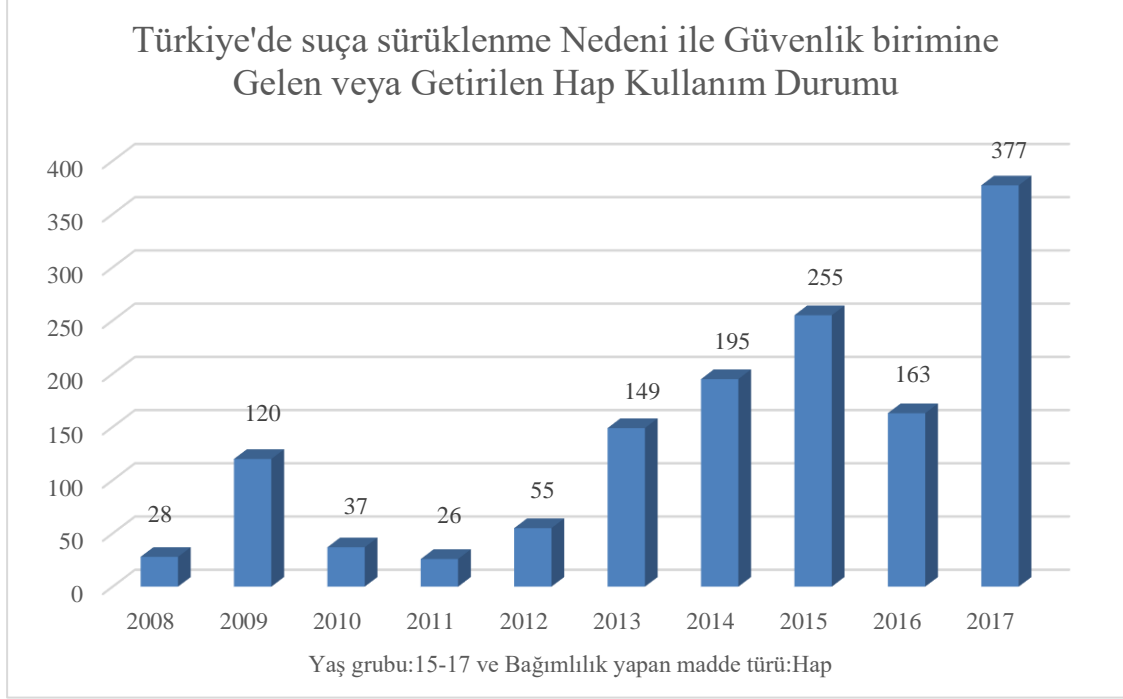
Şekil 4'e baktığımızda 2008 yılında suça sürüklenen çocuklar içinde alkol kullanan sayısı 215 iken 2017 yılında bu sayı 2088'e ulaşmıştır. Yaklaşık on kat artış olduğu görülmektedir.



Şekil 5 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen 15-17 yaş arası çocuklar içerisinde esrar kullananların sayısı.(TÜİK 2021)

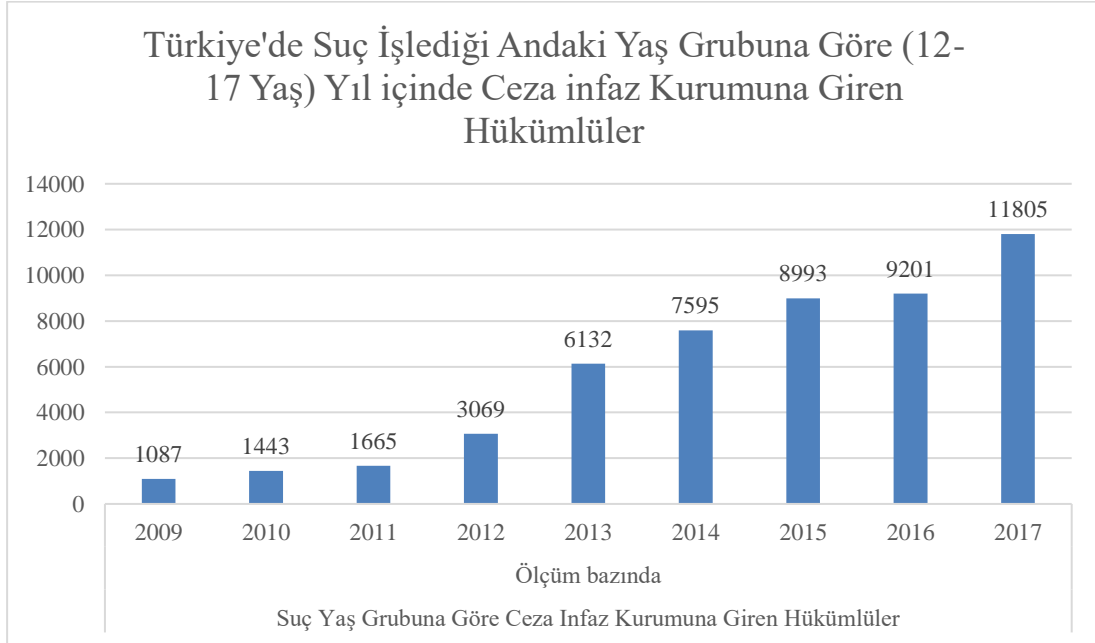


Şekil 5'i incelediğimizde 2008 yılında suça sürüklenen çocuklar içerisinde 208 çocuk esrar kullanıyor iken, 2017 yılında bu sayının 1795 çıktığı görülmektedir. Yaklaşık dokuz kat artış göstermiştir.



Şekil 6 Bir şekilde güvenlik kuvvetlerine gelen veya getirilen 15-17 yaş arası çocuklar içerisinde hap kullananların sayısı. (TÜİK 2021)

2008 yılında şekil 6'ya baktığımızda suça sürüklenen çocuklar içerisinde hap kullananların sayısına baktığımızda 28 iken, yılında 377'ye çıkmıştır. Yaklaşık on iki kat artış meydana gelmiştir.



Şekil 7 Suç ve yaş grubuna göre ceza infaz kurumuna giren çocuk hükümlü sayısı.(TÜİK 2021)

2009 ve 2017 yılları arasında cezaevine giren çocuk hükümlü sayısına baktığımızda cezaevine giren çocuk sayısının sürekli artış gösterdiğini görmekteyiz. 2009 yılında hüküm giyen çocuk sayısı 1.087 iken 2017 yılında 11.805 olmuştur. Yaklaşık on kat artış göstermiştir.

### **SONUÇ VE ÖNERİLER:**

Bu çalışmada özellikle bağımlılık yapan madde olan hap, esrar ve alkol kullanımı üzerinde durulmuştur. Hiç şüphesiz çocukların suça sürüklenmesine neden olan birçok faktör vardır. Ancak bunlardan bağımlılık yapan maddelerin çocuğun suça sürüklenmesinde çok önemli bir risk faktörü olduğu bilinen bir gerçektir. Öncelikle hap kullanım sayısına baktığımızda ürkütücü bir rakamla karşı karşıyayız. 15-17 yaş grubunda suça sürüklenen çocuklar içinde 2008 de 28 olan çocuk suçlu sayısı 2017 yılında 377 çıkmıştır. Aynı durum güvenlik kuvvetlerine getirilen ve suça sürüklenen çocuklar içerisinde de esrar ve alkol kullanım durumlarında da benzer artışları görmekteyiz.

Şekil 7 de cezaevine giren 2009 yılı ile 2017 yılları arasındaki çocuk hükümlü sayıları görülmektedir. 2009 yılında çocuk hükümlü sayısı 1087 iken 2017 yılında bu sayı 11.805 olmuştur. Yaklaşık 10.8 kat artış göstermiştir. Bağımlılık yapan maddeler olan hap ve esrar kullanımı ile alkol kullanımındaki artışların ortalamasına baktığımızda suça sürüklenen çocuklar içerisinde 10.5 kat artış meydana gelmiştir. Buradan şu sonuca varabiliriz. Bağımlılık yapan madde kullanımı ile cezaevine giren çocuklardaki artış oranında paralellik söz konusudur.

Özellikle hap ve esrar kullanımındaki hızlı artış çocukların bu maddelere ulaşımının kolay olduğunu göstermektedir. Bunun nedenlerinin araştırılarak çocukların uyuşturucu ve uyarıcı maddelerden uzak tutulması halinde suça sürüklenen çocuk sayısında da azalmalar meydana geleceği değerlendirilmektedir.

### **KAYNAKÇA**

“2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, suçu işlediği tarihte 15 yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmakta, buna karşın TCK. M. 55, suçu işlediği sırada 18 yaşını tamamlamamış failer yönünden de yaş küçüklüğünü ceza yönünden bir indirim nedeni kabul etmektedir.” DEMİRBAŞ, a.g.e., s.151.

DOĞAN, D. Mehmet (1996), Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul: İz Yayıncılık.

ÖZÇEŞMECİ Ünal, Hafize (1999), Ailesi Göç Etmiş Tutuklu Çocukların Uyumsal Davranış Özelliklerinin İncelenmesi. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.

ÖZKAN, Ömer (1994), Hukuki ve Sosyolojik Açısından Ülkemizde Çocuk ve Çocuk Suçluluğu. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

TÜİK 2021 E.T. 01.01.2021 ile 30.07.2021 <https://www.resmiistatistik.gov.tr/>

## SUÇ VE CEZA SİYASETİ AÇISINDAN ZİNA FİİLİNİN TÜRK CEZA KANUNUNDA DÜZENLENMESİ SORUNU

**Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL**

**Ahi Evran Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü**

ORCID: 0000-0003-1372-2451

### ÖZET

Resmi nikâhlı eşlerden birinin eşini aldatması olarak zina fiili, 1926 tarihli 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde suç olarak düzenlenmişti. Bu düzenlemede, “erkek eşin zinası” ve “kadın eşin zinası” olmak üzere iki ayrı suç tanımı yapılmıştı. Erkek eşin zinası ile kadın eşin zinasının ayrı düzenlenmesinin sebebi, bu suçlarda maddi unsur olarak fiilin farklı düzenlenmesinden kaynaklanmaktaydı. Mesela kadın eşin zinasının suç olabilmesi için bir başkasıyla bir kez cinsel beraberlik yaşaması yeterli iken; erkek eşin zinasında suçun tamamlanabilmesi için birden fazla cinsel beraberliğin yaşanmış olması gerekmektedir. Ayrıca kocanın zinasında suç oluşması için kadının evli olmaması şartı aranırken, kadın eşin zina suçunda buna gerek duyulmamaktaydı. Şu halde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun bu düzenlenmesinde suçun unsurları fiile göre olmayıp suçu işleyen sanıkların cinsiyetine göre belirlenmişti. Yaklaşık yetmiş yıl yürürlükte kalan bu düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi’nin 1996-1999 yılları arasında verdiği iptal kararlarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu tarihten itibaren Türk Ceza Mevzuatında evli eşin zinası cezasız kalmıştır. 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu’nun hazırlanma sürecinde zina fiilinin yeniden suç olarak tanımlanması önerilmişse de, bu talep kabul görmemiştir. Hali hazırda özel bir boşanma ve manevi tazminat sebebi niteliğinde olan zina fiilinin yeniden suç olarak Türk Ceza Kanununda düzenlenmesi, aile kurumunun saygınlığının ve aile düzeninin korunması açısından gereklilik arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Eş, sadakat yükümlülüğü, suç, ceza, zina.

### THE PROBLEM OF REGULATION OF ADULTERY IN THE TURKISH PENAL LAW IN TERMS OF OFFENSE AND PENAL POLICY

#### ABSTRACT

The act of adultery, as the cheating of one of the spouses of the civil marriage, was regulated as a offense during the abolished Turkish Penal Law No. 765 dated 1926. In this regulation, two separate definitions of offense were made, namely "adultery of the male spouse" and "adultery of the female spouse". The reason for the separate regulation of the adultery of the male spouse and the adultery of the female spouse was due to the different regulation of the act as a material element in these offenses. For example, for the adultery of the wife to be a offense, it is enough to have sexual intercourse with another person once; In order for the offense to be completed in the adultery of the husband, more than one sexual intercourse had to be experienced. In addition, while the condition that the woman should not be married was required for a offense to occur in the husband's adultery, this was not required in the adultery offense of the wife. Therefore, in this regulation of the Turkish Penal Law No. 765, the elements of the offense were not determined according to the act, but were determined according to the gender of the accused who committed the offense.

These regulations, which remained in force for nearly seventy years, were repealed by the annulment decisions of the Constitutional Court between 1996 and 1999.

As of this date, adultery of the married spouse has remained unpunished in the Turkish Penal Legislation. Although it was proposed to redefine the act of adultery as a offense during the preparation process of the Turkish Penal Law, which entered into force on 1 June 2005, this request was not accepted. The re-regulation of the act of adultery, which is currently a special reason for divorce and non-pecuniary damage, as a offense in the Turkish Penal Law, is necessary in terms of protecting the dignity of the family institution and the family order.

**Keywords:** Spouse, loyalty obligation, offense, penal, adultery.

## GİRİŞ

Kanun koyucu izlediği suç ve ceza siyaseti gereği, haksız fiiller arasından cezalandırmaya layık görülenler suç olarak yaptırıma bağlanmaktadır. Başka bir ifadeyle hangi fiillerin suç olarak düzenlenmesi ve nasıl bir yaptırımla cezalandırılması gerektiği, kanun koyucunun izlediği suç ve ceza siyaseti ile belirlenmektedir (Özbek vd., 2015:51).

Çalışma konusu evli bir eşin eşini aldatması olarak zina fiili ise, evlilik birliği olmaksızın kişilerin cinsel tatminine yönelik rızaları çerçevesinde beraber olmalarıdır (<https://sozluk.adalet.gov.tr>) ve mevcut Türk Ceza Mevzuatında cezalandırılmaya layık görülmemektedir.

Türk Ceza Hukuku sisteminde bir dönem izlenen suç ve ceza siyaseti gereği, evli bireylerin zina fiilleri suç olarak düzenlenmişken, evli olmayan yetişkin bireylerin zina fiilleri ise, hiçbir zaman cezalandırılmaya layık görülmemiştir. Bunun sebebini kanun koyucunun, evli bireylerin zina fiillerini, evli olmayan bireylere nazaran haksızlık muhtevasının daha ağır bulması olarak ifade edilmesi mümkündür (Özgenç, 2020:86).

Yani mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun<sup>1</sup> yürürlükte kaldığı dönemin önemli bir bölümünde evli bireylerin zina fiilleri suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı yeni TCK'da evli kişilerin zina fiilleri evli olsun olmasın suç olarak cezalandırmaya layık görülmemiştir. Oysaki 4721 sayılı Türk Medeni Kanun<sup>2</sup> eşlere birlikte yaşama ve yardımcı olma yükümlülüğünün dışında bir sadakat yükümlülüğü de yüklemiştir (m. 185/3). Yüklenin bu sadakat yükümlülüğünün ihlaline yönelik fiillerin ceza hukukunun müdahalesi dışında kalmasının, devletin temel yapı taşı olan aile kurumuna zarar vermekte olduğunda şüphe yoktur.

## MÜLGA 765 SAYILI TCK DÖNEMİ

01.03.1926 tarihinde yürürlüğe giren mülga 765 sayılı TCK, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK düzenlemesine kadar yürürlükte kalmıştır.

<sup>1</sup> Bundan sonra TCK olarak ifade edilecektir.

<sup>2</sup> Bundan sonra TMK olarak ifade edilecektir.



Mülga TCK'nın ilk halinde evli bireylerin zina fiilleri, kanunun "cürümler" başlıklı ikinci kitabının "sekizinci bab"ının "zina" başlıklı beşinci faslında düzenlenmişti. Bu fasılda, erkek eşin zinası(m.440)<sup>3</sup> ile kadın eşin zinası(m.441)<sup>4</sup> iki ayrı maddede ele alınmıştı.

Erkek eşin zinası ile kadın eşin zinasının ayrı düzenlenmesinin sebebi, bu suçlarda maddi unsur olarak fiilin farklı düzenlenmesinden kaynaklanmaktaydı. Mesela kadın eşin zinasının suç olabilmesi için bir başkasıyla bir kez cinsel beraberlik yaşaması yeterli iken; erkek eşin zinasında suçun tamamlanabilmesi için bir başkasıyla bir kez cinsel beraberlik yeterli görülmemektedir. Erkek eşin, eşi olmayan kadınla "birlikte ikamet ettiği veya herkesçe bilinecek başka bir yerde karı koca gibi geçinmesi" halinde suç tamamlanmış olacaktır. Başka bir ifadeyle, erkek eşin zinasının suç olabilmesi için, eşi olmayan kadınla cinsel beraberliği alışkanlık haline getirmesi söz konusuydu. İki suç tanımı arasında bir başka fark da, kocanın zinasında suç oluşması için kadının evli olmaması şartı aranırken, kadın eşin zina suçunda buna gerek duyulmamaktaydı. Başka bir ifadeyle, evli olsun olmasın bir erkekle cinsel beraberlik, kadın eşin zinası suçunun tamamlanması için yeterli görülmemektedir (Örsdemir, 1996:81; Temiz, 2014:501). Şu halde 765 sayılı TCK'nın bu düzenlenmesinde suçun unsurları fiile göre olmayıp suçu işleyen bireylerin cinsiyetine göre belirlenmişti. Kanun tekniğine aykırı olan bu düzenlemenin gerekçesi yargı kararlarında şu şekilde açıklanmıştı:

*"Kocanın, karısına göre cinsel arzusuna kapılmış olsa dahi hayat arkadaşına karşı saygı ve sevgisini devam ettirebileceğini, kadının ise böyle bir zina halinde kocasına olan bağlılığını kolayca koparabileceğini ... Bu farklı düzenlemeler yaratılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı bir ayırmadır (Any. Mah. 23.9.1996/15:34)."*

Bu düşünceyi savunan öğretilerdeki yazarlar, kadının zinasında, tek bir cinsel birleşmeyle hamile kalma riski olduğu, erkeğin zinasında bu kadar önemli bir durum olmadığını, keza kadının zina yaparak kendi şerefini kaybettiği bunun yanı sıra kocasını ve çocuklarını küçük düşürdüğünü ve toplumun yapısı ve kadın-erkek cinsiyetlerin doğasından kaynaklı farklılıkların olması gerektiğini ifade etmişlerdi (Dönmezer, 1975:358; Savaş ve Mollamahmutoğlu, 1995:3953). Aksi yöndeki görüşler ise, söz konusu düzenlemelerin Anayasanın eşitlik ilkesine ve hukukun temel ilkelerine aykırı bir düzenleme olduğunu ifade etmişlerdir (Dönmez, 1997:498; Baştürk, 2018:13 vd.).

<sup>3</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nın ilk halinde erkek eşin (kocanın) zinasını düzenleyen madde metni şu şekilde idi: *"Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hükmolunur" (m.441'in ilk hali).*

Bilahare bu düzenleme 09.07.1953 tarihli 6123 sayılı Kanunla, suça iştirak eden kadının aynı cezayla cezalandırılacağı hükme bağlanmakla birlikte; madde metninde "hane" kelimesi yerine "ev" ifadesi; "nikahsız kadın" yerine "evli olmayan bir kadın" ibareleri kullanılarak öngörülen hapis cezası artırılmıştır:

*"Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur.*

*Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir"*  
(6123 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik m.441'in son hali).

<sup>4</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nın ilk halinde kadın eşin (karının) zinasını düzenleyen madde metni şu şekilde idi: *"Zina eden zevce hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur" (m.440'ın ilk hali).*

Bilahare bu düzenleme 09.07.1953 tarihli 6123 sayılı Kanunla, suça iştirak eden kadının aynı cezayla cezalandırılacağı hükme bağlanmakla birlikte; madde metninde "zevce" kelimesi yerine "karı" ifadesi kullanılarak öngörülen hapis cezası artırılmıştır:

*"Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur.*  
*Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur"*  
(6123 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik m.440'ın son hali).

Mülga 765 sayılı TCK'da cinsiyete göre düzenlenen zina suçlarının iptaline yönelik ilk girişimler 1960'lı yılların sonuna doğru olmuştur.

09.11.1966 yılında kadın eşin zinası suçuna yönelik görülen bir davada, Alaca Asliye Ceza Mahkemesi söz konusu suçun Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddiasını ciddi bulmuş ve Anayasa Mahkemesi'ne kadın ve erkek için farklı düzenleme içeren ilgili kanun maddelerinin iptaline yönelik itiraz yoluyla bir başvuru yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.1967 tarihli kararıyla bu başvuru reddedilmiştir. Bir yıl sonra benzer bir başvuru daha yapılmış ve Anayasa Mahkemesi 28.11.1968 tarihli kararıyla bu başvuruya da reddetmiştir. Her iki başvuruda da Anayasa Mahkemesi tam anlamıyla bir değerlendirme yapmayıp, iddiayı 441. maddedeki suçun failleri olan kadın ve erkek açısından değerlendirmiş, eşitlik ilkesine uygun bulmuştur. Yapılan incelemenin usulen yanlış olduğunu belirten karşı oylar ise dikkate alınmamıştır (Temiz, 2004:503; Örsdemir, 1996:82 vd.). Bilahare Anayasa Mahkemesi düşüncesini değiştirmiş, birkaç yıl arayla mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 440 - 444. maddelerinde kadının ve erkeğin zinasını ayrı ayrı suç olarak düzenleyen hükümlerin iptaline karar verilmiştir<sup>5</sup>.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 441. maddesinde düzenlenen erkek eşin zinası suçu, Anayasa Mahkemesince gerek Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine gerek Türk Medeni Kanununda düzenlenen erkek ve kadın için sadakat yükümlülüğünün aynı ölçüde olmasına aykırı olmasından bahisle iptal edilmiştir<sup>6</sup>. 23.09.1997 tarihli bu iptal kararında, doğacak hukuksal boşluğun kamu yararını olumsuz yönde etkileyeceğinden bahisle gerekli düzenlemelerin yapılması için iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu 441. madde 23.09.1998 tarihinde yürürlükten kalkmış olmaktadır.

Erkek eşin zinasını suç olarak düzenleyen maddenin yürürlükten kalkmasına yakın 23.06.1998 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında ise, mülga 765 sayılı TCK'nın 440. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Gerekçe olarak ise, erkek eşin kadın eşe göre ayrıcalıklı bir konuma gelmesi ve Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olması gösterilmiştir<sup>7</sup>. Keza mülga 765 sayılı TCK'nın 442. maddesinde özel bir zina suçu<sup>8</sup> düzenlenmişti. Anayasa Mahkemesi'nin 13.07.1999 tarihli kararıyla bu madde de iptal edilmiştir. Bu maddeyle birlikte uygulama olanağı olmayan 443<sup>9</sup> ve 444.<sup>10</sup> maddeler de aynı şekilde iptal edilmiştir.

---

<sup>5</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.09.1996 gün, 1996/15 E.- 1996/34 K. sayılı kararı; 13.03.1999 tarih ve 23638 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 23.06.1998 gün, 1998/3 E.- 1998/28 K. sayılı kararı; 05.07.2000 tarih ve 24100 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 13.07.1999 gün, 1999/24 E.- 1999/30 K. sayılı kararı

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.09.1996 tarihli ve 1996/15 Esas ve 1996/34 Karar sayılı kararı.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.1999 tarih ve 23638 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.06.1998 tarihli ve 1998/3 Esas ve 1998/28 Karar sayılı kararı.

<sup>8</sup> "Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerin işlendiği sırada karı ve koca birbirinden nikâh baki olduğu halde hâkimin hükmüyle ayrılmış veya biri diğerini terk etmiş ise her birinin cezası üç aydan bir seneye kadar hapistir."

<sup>9</sup> Madde 443: Geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası karı kocadan biri tarafından şahsi dava ikamesinde bağlıdır. Bu keyfiyet cürümde şerik olanlar için de şarttır.

<sup>10</sup> Madde 444: Davanın vazgeçmek hükümden sonra daha makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfı nazar olunur. Karı kocadan birinin ölümü davayı iskat eder.

İptal gerekçesinde, daha önce 440 ve 441. maddelerin iptal edilmesi sonucu, yürürlükten kalkan erkek ve kadın eşin zina fiilleri karşısında, özel bir zina suçu olan 442. maddenin yürürlükte kalmasının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>11</sup>.

Bu düzenlemelerin iptali sonucu, mülga 765 sayılı TCK'da evli eşlerin zinası fiilleri yaptırımsız kalmış ve bilahare bu düzenlemelerin eşit ve adil bir şekilde yeniden düzenlenmesi mümkün olmamıştır. Başka bir ifadeyle, evli eşlerin zina suçları 1996-1999 yıllarında verilen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonucu Türk Ceza Mevzuatında suç olmaktan çıkarılmıştır.

### 5237 SAYILI TCK DÖNEMİ

Mülga 765 sayılı TCK döneminde düzenlenen 440. ila 444. maddeler arasında düzenlenen zina fiillerinin karşılığı 5237 sayılı TCK döneminde bulunmamaktadır. Fakat TCK'da aile düzenini korumaya yönelik bazı fiillerin suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

Gerçekten de Kanununun "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlıklı Sekizinci Bölümünde beş farklı suç tanımı düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle aile düzenini korumak adına belirli fiiller, izlenen suç ve ceza siyaseti gereği cezalandırılmaya layık görülmüştür. Bunlar, birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören (m. 230), çocuğun soybağını değiştirme (m.231), kötü muamele (m.232), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233) ve çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.234) suçlarıdır. Hemen ifade edelim ki, bu suç tanımlarının arasında, zina fiilinin de suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de, benzer haksızlık muhtevalarına sahip fiiller suç olarak düzenlenmişken, evli eşin aldatılması fiilinin bu bölümde düzenlenmemesi, izlenen suç ve ceza siyasetine uygun düşmemektedir. Başka bir ifadeyle, mesela aile bireylerine kötü muamele veya bu bireylerin bakım ve eğitimini yerine getirmemek bağımsız bir suç iken, daha ağır bir haksızlık muhtevalarına sahip zina fiilinin de suç olarak düzenlenmemesi kanun koyucunun izlediği suç siyasetine uygun düşmemiştir.

Keza aile kurumunun korunması ve aile düzeninin sağlanması açısından TMK'nın 185. maddesinin üçüncü fıkrasında şu şekilde bir düzenleme mevcuttur:

*"Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar."*

Bu düzenlemedeki yükümlülükleri koruma adına, TCK'nın "kötü muamele" başlıklı 232. maddesinde<sup>12</sup> ve "Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali" başlıklı 233. maddesinde<sup>13</sup> suç tanımları düzenlenmiştir. Bu suç tanımları incelendiğinden, TCK'nın 232. maddesiyle ailede "beraber yaşama" yükümlülüğünün; 233. maddesiyle ise "yardımcı olma" yükümlülüğünün koruma altına alındığını söylemek mümkündür. Fakat TMK'nın 185. Maddesinde belirtilen "sadık kalma" yükümlülüğünü korumaya yönelik TCK'da bir suç tanımı bulunmamaktadır. Oysaki belirttiğimiz üzere sadakat yükümlülüğünün ihlali, birbirine beraber yaşama ve yardımcı olma yükümlülüğünden haksızlık muhtevaları olarak daha ağır bir fiildir.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2000 tarih ve 24100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.07.1999 tarihli ve 1999/24 Esas ve 1999/30 Karar sayılı kararı.

<sup>12</sup> "(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>13</sup> "(1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."

TCK’da daha hafif haksızlık muhtevasına sahip fiillerin suç olarak düzenlenmesi yapılırken, daha ağırının düzenlenmemesi, kanun tekniğine uygun düşmemiştir. Dolayısıyla TCK’nın söz konusu bu bölümünde “zina” suçunun da yer alması gerekmektedir.

#### **4721 SAYILI TMK’DA YER ALAN DÜZENLEMELER**

Türk Hukuk Mevzuatında sadakat yükümlülüğü müessesesinin dayanağı ifade ettiğimiz üzere, 4721 sayılı TMK’nın “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı 185. maddesinde şekilde düzenlenmiştir.

Buna göre eşlere, aralarında cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit derecede bir “sadakat yükümlülüğü” yüklenmiştir. Bu yükümlülük, eşlerin birbirlerine karşı cinsel, duygusal, düşünsel ve eylemsel ilişkileri kapsayan geniş bir sorumluluğu ifade etmektedir. Hatta öğretilerde bu düzenlemenin sadece resmi nikâhlı eşler için değil, nişanlılar için de söz konusu olacağı ifade edilmektedir (Badur ve Başara, 2016:103).

Sadakat yükümlülüğünün en önemli görünümü, kuşkusuz cinsel sadakattir. Cinsel sadakat, eşlerin birbirleri haricindeki kimseyle cinsel ilişki kurmamalarını veya bu amaçla bir yakınlaşma yaşamamalarını gerektirmektedir. Fakat sadakat yükümlülüğünün cinsel boyutunun her ihlâli, zinâ anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle, zina dışında duygusal yakınlaşmalar da mesela eşlerden birinin başka bir kimseyle duygusal içerikli yazışmalarda bulunması veya sık sık beraber samimi bir şekilde gezip eğlenmeleri fiilleri de sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Zina durumunda ise, aldatılan eş için TMK’nın 161. maddesinde düzenlenen özel ve mutlak bir boşanma sebebi söz konusu olacaktır. Bu düzenlemeye göre eşlerden biri kusuruyla, eşinden başka birisiyle cinsel bir ilişki kurmakta ve diğer için boşanma ve tazminat hakkı söz konusu olmaktadır (Badur ve Başara, 2016:106). Hemen ifade edelim ki, eşlerden birinin diğerinin veya her ikisinin birbirlerinin cinsel sadakatsizliğine rıza göstermeleri, bu rızalar hem hukuka ve ahlâka aykırı olduğundan geçerli bir rıza kabul edilemeyecektir. Çünkü bu rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kişilik alanına dâhil tasarruf edilebilir bir açıklama değildir. Dolayısıyla kişinin sırrının eşi tarafından açıklanması bu tasarruf edilebilir alana dâhil iken, cinsel sadakatsizliğe ilişkin rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır (Badur ve Başara, 2016:109).

#### **SONUÇ VE ÖNERİLER**

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde, evlilik bağının eşlere yüklediği sadakatin ihlaline aykırı davranışları cinsiyete göre farklı değerlendirip suç olarak düzenlenmişti. Gerçekten de kadın eşin zinası suçunda bir tek cinsel beraberliğin yeterli olması ve bunun evli veya bekâr bir erkekle olmasının önemli olmaması karşısında; erkeğin zinasında ancak evli bir bayanla ve ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinen yerde bu fiilin işlenmesinin suç olarak tanımlanması, suç tanımlarının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olarak cinsiyete göre düzenlendiğini göstermekteydi.



Kanun tekniğine aykırı bu düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından birkaç yıl ara ile iptal edilmiştir. İptal gerekçelerinde ifade ettiğimiz üzere, Anayasanın eşitlik ilkesi ve eşlerin sadakat yükümlülüğünün eşit olmasına aykırılık hususu gerekçe gösterilmiştir. Gerçekten de eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin kanun önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Türkiye'nin taraf olduğu başta İnsan Haklar Evrensel Beyannamesi<sup>14</sup> olmak üzere, insan haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerde de<sup>15</sup> eşitlik ilkesi, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerin ve kadınların hak eşitliğine dayandırılarak korunması gerektiği ifade edilmiştir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinsle göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşmektedir. Elbette ki, eşitlik ilkesi bireyler arasındaki farklılıklar göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması demek değildir. Evlilik birliği içinde erkek eşe bu tür bir üstünlük hakkı tanımada haklı bir neden olmadığı gibi bir hukuki fayda da bulunmadığı kanaatindeyiz. Zina fiili bir yönüyle evlilik bağının eşlere yüklediği sadakat yükümlülüğünün ihlalidir. Bu yükümlüğün cinsel sadakat yükümlülüğüne indirgenmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Sadakat yükümlülüğü bir bütündür, bölünemez. Aksi takdirde zina fiilini işleyen eş, sadece cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş gibi bir kavram ortaya çıkacaktır. Keza çalışmada ifade edildiği üzere 5237 sayılı TCK'da "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında farklı suç tanımları düzenlenmiştir. Yani devletin temel taşı ailenin düzenini korumak amacıyla belirli fiiller, bir ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bunlar arasında en dikkat çekici olanları kötü muamele (m.232) ve aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233) suçlarıdır. Çünkü bu suç tanımlarıyla, aile içerisinde birlikte yaşama ve bakım-egitim gibi belirli sorumlulukların korunması amaçlanmıştır. Esasen bu sorumluluklar ifade ettiğimiz üzere, TMK'nın 185. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*"

---

<sup>14</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10.12.1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir. Türkiye bu beyannameyi 06.04.1949 tarihinde imzalamış, Bakanlar Kurulu kararıyla 27 Mayıs 1949 yılında Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Beyannamenin Başlangıç bölümünde, kişilerin temel insan haklarına, kişinin onuruna ve değerine, erkekler ile kadınların hak eşitliğine olan inanca vurgu yapılmıştır. Ayrıca metnin 2. Maddesinde "*Herkes ... cinsiyet .. gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ... bütün hak ve özgürlüklere sahiptir.*" denilmiştir. Sözleşmenin tam metni için bkz: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>, e.t: 16.08.2021.

<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 04.11.1950'de Avrupa Konseyi üyeleri tarafından hazırlanmış olup Türkiye bu sözleşmeyi 18.05.1950'de imzalamış, 28.01.1987'de de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Sözleşmenin giriş kısmında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine atıfta bulunularak "*Bu beyannamenin (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi) metninde yer alan hakların her yerde ve fiilen tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya yönelik*" bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin 14. maddesinde, "*İşbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden ... bilhassa cinsiyet ... veya her hangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefrike tabi olmaksızın sağlanmalıdır*" denilmiştir.

Sözleşmenin tam metni için bkz: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), e.t: 16.08.2021.

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmıştır. Bu Sözleşmeye katılmamız, 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin giriş bölümünde "*Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlal ettiğini, kadınların erkeklerle eşit olarak ... hayatlarına katılmalarını engellediğini, toplumun ve ailenin refahının artmasına engel teşkil ettiği*" ifade edilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin 2. maddesinde, "*Taraf Devletler ... taahhüt ederler: Kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ...*" denilmiştir. Sözleşmenin tam metni için bkz: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, e.t: 16.08.2021.

Yani TCK, TMK'daki yükümlülükleri koruma adına belirli suç tanımları düzenlerken, sadakat yükümlülüğünü korumaya yönelik bir suç tanımını düzenlememiştir. Bunun düzenlenmemesi hem izlenen suç ve ceza siyasetine hem de kanun tekniğine uygun düşmediği kanaatindeyiz. Bu eksikliğin giderilmesi adına TCK'da "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında "Zina" adıyla aşağıdaki şekilde bir suç tanımının eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz:

*"(1) Zina eden eş hakkında iki seneye kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(2) Eşin evli olduğunu bilerek zina fiilini işleyen kimse hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."*

## KAYNAKÇA

Badur, E., Başara, G. T. (2016), "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (1), s.101-136.

Baştürk, İ. (2018), "Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu", Hacettepe HFD, 8(1) 2018, s. 27-46.

Dönmez, B. (1997), "Anayasa Mahkemesi'nin Zina Suçuna İlişkin Kararının Düşündürdükleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, 81, s. 495-504.

Dönmezer, S. (1975), "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar", İÜHF Yay., B. 4, İstanbul.

Koca, M., Üzülmüş, İ. (2020), "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 13. Baskı, Ankara.

Örsdemir, D. (1996), "Zina (Tarihçeli, Açıklamalı, İçtihatlı)", İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Özbek, V. Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Özgenç, İ. (2020), "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Savaş, V. Mollamahmutoğlu, S. (1995), Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Temiz, Y. (2014), "Türk İslam Hukukundan Günümüze Zina", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (2).

Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.09.1996 tarihli ve 1996/15 Esas ve 1996/34 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.1999 tarih ve 23638 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.06.1998 tarihli ve 1998/3 Esas ve 1998/28 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2000 tarih ve 24100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.07.1999 tarihli ve 1999/24 Esas ve 1999/30 Karar sayılı kararı.

URL 1. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>, e.t: 16.08.2021.

URL 2. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), e.t: 16.08.2021.

URL 3. <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, e.t: 16.08.2021.

URL 4. <https://sozluk.adalet.gov.tr/zina>, e.t: 16.08.2021.

## ÇOCUĞUN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU

Yiğit İLTAŞ

Arş. Gör. Dr. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID ID: 0000-0001-5728-0902

### ÖZET

Bir kişinin kimin soyundan geldiğini gösteren bağ ya da ilişki olarak ifade edilen soybağı, başta ana ve baba olmak üzere kişinin aile fertleri ile olan ilişkisini ve yakınlığını ortaya koymaktadır<sup>1</sup>. Aileyi oluşturan kişilerin bu bağlarına ise hile karıştırılmaması ve söz konusu bağın gerçeğe uygun bir biçimde kurulması gerekmektedir<sup>2</sup>. Doğru bir şekilde kurulan soybağında ailenin ve toplumun yararı olduğu kadar çocuğun da yararı bulunmaktadır<sup>3</sup>. Öyle ki, soybağı nafaka, miras, vatandaşlık gibi konularda çocuğun hak sahibi olabilmesi açısından önemli olduğu gibi ceza hukuku bakımından da belirli derecede akrabalık ilişkisinin pek çok suç açısından nitelikli hal olarak kabul edilmesi gibi nedenlerden dolayı önem arz etmektedir<sup>4</sup>. Bu denli önemli bir bağ olan soybağına ilişkin hukuk sistemimizde çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden birisi de Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" üst başlığı altında 231. maddede (m.) yer verilen "*Çocuğun soybağını değiştirme*" suçudur<sup>5</sup>. Yapılan bu çalışmada öncelikle kavramsal olarak soybağı açıklanarak soybağının doğru bir biçimde kurulmasının önemine yer verilecektir. Daha sonra ise TCK m. 231'de yaptırıma bağlanan "*Çocuğun soybağını değiştirme*" suçu detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Soybağı, Soybağını Değiştirme, Soybağını Gizleme, Çocuğun Soybağını Değiştirme, Çocuğun Soybağını Gizleme

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 410.

<sup>2</sup> KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 826.

<sup>3</sup> YOKUŞ SEVÜK Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 527; TEZCAN Durmuş, ERDEM Ruhan, ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 731-732.

<sup>4</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 731; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 826.

<sup>5</sup> Türk Ceza Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Erişim tarihi: 31.07.2021

## THE OFFENCE OF ALTERING THE LINEAGE OF A CHILD

### ABSTRACT

The lineage which is defined as a bond or relationship that shows the descendant of a person, to reveal the person's relationship and closeness with firstly mother and father and other family members<sup>1</sup>. There is a need for not using fraud for this relationship of family members and the bond should be created truthfully<sup>2</sup>. There are benefits of family and society and also the child in a correctly established lineage<sup>3</sup>. Thus, lineage has great importance because it is significant that a child has rights in terms of alimony, legacy, citizenship, and a certain extent of family relationship is accepted as a qualified form for many crimes in terms of Turkish Penal Code. (TPC)<sup>4</sup>. There are some regulations in our law system for such an important issue as lineage. One of these regulations is the "*The offence of altering the lineage of a child*" which is regulated in Article 231 under the main heading of "*Offences against the family order*" in TPC<sup>5</sup>. In this study, first of all, lineage will be explained conceptually and the importance of creating lineage truthfully will be emphasized. Then, "*The offence of altering the lineage of a child*", which is the main subject of the study and regulated in Article 231 of TPC, will be discussed in a detailed way.

**Keywords:** Lineage, Altering the lineage, Concealing the lineage, Altering the lineage of a child, Concealing the lineage of a child.

---

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 410.

<sup>2</sup> KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 826.

<sup>3</sup> YOKUŞ SEVÜK Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 527; TEZCAN Durmuş, ERDEM Ruhan, ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 731-732.

<sup>4</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 731; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 826.

<sup>5</sup> Türk Ceza Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Erişim tarihi: 31.07.2021



## DEVLET BAŞKANLIĞI GÖREVİNDE SÜRE SINIRLAMASI TARTIŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

**Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KOÇAK**

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,

ORCID: 0000-0002-0645-9299.

### ÖZET

Siyasi-hukuki literatürde “süre sınırlamaları” olarak adlandırılan kısıtlamalar, anayasaya göre seçilmiş bir siyasi görevlinin hizmet edebileceği dönem sayısını ifade eder. Süre sınırlamaları hem yasama organı üyelikleri hem de devlet başkanlığı için söz konusu olabilmektedir. Bu çalışmada devlet başkanlığına ilişkin tartışmalarla ilgili sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

Son kırk yılda demokratik kazanımlarını pekiştirmek isteyen ülkelerdeki temel siyasi tartışmaların başında, devlet başkanlarının görev süresinin kısıtlanması meselesi gelmektedir.

Başkanlık görev süresinin sınırlarını değiştirmeye yönelik anayasa değişikliği girişimleri, genellikle halk talebi olarak sunulmaktaysa da derinden kutuplaştırıcı olma eğilimindedir. Süre sınırlarının değiştirilmesinin meşruluğu ve yasallığı konusundaki görüşler, çoğu kez toplum içinde keskin bir şekilde bölünme eğilimindedir. Zira süre sınırlarını kaldırmanın, seçim süreçlerine duyulan güven, barış, istikrar ve iktidarın devri gibi konular üzerinde önemli bir etkisi olabilmektedir.

Ancak tartışma sadece politik değildir. Tartışmanın taraflarının dayandığı normatif çerçeveler de vardır.

Süre kısıtlaması taraftarları, süre sınırlamalarını demokratik hesap verebilirliğin önemli bir unsuru, siyasi gücün ve devlet kaynaklarına erişimin bir kişi veya grubun elinde kalmayacağını ve seçimlerin adil koşullarda devam edebilmesinin garantisi olarak görmektedirler.

Süre kısıtlaması karşıtları ise başka demokratik prensiplerden hareketle görüşlerini gerekçelendirmektedirler. İlk gerekçe, süre kısıtlamalarının birinin -temel bir siyasi hak olan- seçilme için aday olması üzerinde haksız bir kısıtlama teşkil ettiğidir. İkinci olarak, seçmenin demokratik iradesine ön bir kısıtlama getirilmektedir. Süre sınırlaması karşıtlarının ileri sürdüğü diğer gerekçeler daha çok siyasi hayatın doğal işleyişine gelebilecek zararlarla ilgilidir. Bunlar; tekrar seçilemeyecek olan devlet başkanlarının son görev dönemlerinde seçmenlerin taleplerine ilgisiz kalabileceği; süre kısıtlamalarının siyasi iktidarın kullanılmasının fiilen bürokratlara devrini sonuçlayabileceği; ve süre kısıtlamalarının ülkeyi deneyimli başkanların verebileceği katkılardan mahrum bırakabileceği yönündeki görüşlerdir.

**Anahtar Kelimeler:** Süre sınırlamaları, devlet başkanlığı, demokrasi, iktidarın devri, hesap verebilirlik.

## A REVIEW ON THE DISCUSSION ON THE TERM LIMITS IN THE OFFICE OF STATE

### ABSTRACT

Restrictions, called “term limits” in the political-legal literature, refer to the number of terms a political official can serve, according to the constitution. Term limits may be in question for both legislative body memberships and the presidency. In this study, a limited review will be made with the discussions on the presidency.

In the last four decades, one of the main political debates in countries that want to consolidate their democratic gains is the issue of limiting the term of office of heads of state.

Attempts to amend the constitution to change the limits of presidential tenure, although often presented as popular demand, tend to be deeply polarizing. Opinions about the legitimacy and legality of changing term limits often tend to split sharply within society. Because removing term limits can have a significant impact on issues such as trust in electoral processes, peace, stability and the transfer of power.

But the debate is not just political. There are also normative frameworks on which the parties to the debate are based.

Proponents of term limits see term limits as an important element of democratic accountability, as a guarantee that political power and access to state resources will not be left in the hands of one individual or group, and that elections can be held under fair conditions.

Opponents of time restrictions, on the other hand, justify their views based on other democratic principles. The first justification is that term limits constitute an unjustified restriction on someone's standing for election, which is a fundamental political right. Secondly, a preliminary constraint is placed on the democratic will of the electorate. Other justifications put forward by the opponents of the term limits are mostly related to the damages that may occur to the natural functioning of political life. These; that the heads of state, who cannot be re-elected, may be indifferent to the demands of the voters during their last term of office; that term limits may result in the de facto transfer of political power to bureaucrats; and the view that term limits constraints may deprive the country of the contributions experienced presidents can make.

**Keywords:** Term limits, presidency, democracy, transfer of power, accountability.

### I. GİRİŞ VE KONUNUN TARİHSEL ARKA PLAN

Siyasi-hukuki literatürde devlet başkanlığı için ‘süre/dönem sınırlamaları’ olarak adlandırılan kısıtlamalar, anayasaya göre seçilmiş devlet başkanını hizmet edebileceği dönem sayısını ifade etmektedir. Son kırk yılda demokratik kazanımlarını pekiştirmek isteyen ülkeler anayasalarında devlet başkanlarının görev süresinin kısıtlayan hükümlere yer vermektedir. Süre sınırlaması, demokratik katılım, iktidarın devri, siyasi ve yargısal denetim, hesap verilebilirlik, hukuk devleti gibi bir anayasal düzenin temel prensipleri ile bağlantılı olarak gündeme gelmektedir.

1980’li yılların başlarından itibaren Latin Amerika, Doğu Avrupa ve Afrika’da pek çok devlet, ya ilk kez ya da uzun bir otokrasi döneminden sonra tekrar, demokratik yönetim tecrübesini yaşamıştır. Totaliter veya otoriter bir rejimlerden sonra kurulan bu yeni rejimlerde demokrasi

tecrübesi oldukça sınırlı olduğundan bu ülkelerde yeni diktatörlerin yeşermesini engellemek adına anayasalarda başkanlar için dönem sınırı öngörülmüştür.<sup>1</sup>

Ancak dönem sınırlaması tartışması sadece yeni demokrasilerde ve istikrarsız rejimlerde değil, konsolide olmuş demokrasilerde de yaşanmaktadır. Örneğin kırk dördüncü ABD başkanı Obama, 2015 yılında Afrika Birliği (African Union) toplantısında yaptığı bir konuşmasında şu ifadeleri kullanmaktadır: “(Görevimin) ikinci dönemimdeyim. ABD Başkanı olarak hizmet etmek benim için olağanüstü bir imtiyazdı. Daha ilgili çekici veya daha büyük onur veren başka bir iş hayal edemiyorum. İşime aşığım. Fakat Anayasamıza göre tekrar aday olamam. Aslında çok iyi bir başkan olduğumu düşünüyorum. Eğer tekrar aday olursam yine kazanırım diye düşünüyorum. Fakat yapamam. Amerika’yı daha da ilerletmek için yapmak istediğim çok şey var. Kanun kanundur ve kimse kanunun üstünde değil. Başkan bile.”<sup>2</sup>

Oysa Obama’dan sonra kırk beşinci başkan seçilen Donald J. Trump, 2018 baharında, Florida’daki malikanesindeki bir etkinlik sırasında bir bağışçı kalabalığına hitap ederken Çin Halk Cumhuriyeti Devlet Başkan Xi Jinping’in devlet başkanlığı makamında süresiz olarak görev yapmasına izin veren, Çin Anayasası’nın devlet başkanlığında dönem sınırlarını kaldıran son değişikliğinden söz ettiğinde, Xi Jinping hakkında şunları söyledi: “Artık ömür boyu başkan, ömür boyu başkan. Ve o harika. Ve bak, bunu başardı. Bence harika. Belki bir gün buna bir şans vermemiz gerekecek.” Kalabalık tezahürat ve alkışla karşılık verdi.<sup>3</sup>

Yukarıda ABD’nin iki başkanın çok kısa bir zaman aralığında konu hakkında birbirinden ne kadar farklı düşündüğünü gösteren bu iki örnek aslında konu hakkındaki fikir ayrılıklarının salt iktidar mücadelesinden ziyade bazı arka plan fikirlere dayandığını da bize göstermektedir.

-Aslında 1787 ABD Anayasası kabul edilirken, kurucular bu konuda bölünmüştü. Amerikan kuruluşuna kadar uzanan, dönem sınırlarının esası hakkında uzun süredir devam eden bir tartışma vardır.<sup>4</sup>

Amerikan kolonileri 1776’da bağımsızlıklarını ilan ettiklerinde genel olarak zayıf bir yürütme ve güçlü bir yasama organını hedefliyorlardı. 1787 Anayasası hazırlanırken, ilk taslakta başkanın tekrar seçilmemek üzere yedi yıl süre ile görev yapabileceği hükmü vardır. Ancak başta Alexander Hamilton olmak üzere bazı delegeler bu görüşe karşı çıktı ve dört yıl görev süresi ve dönem kısıtlamasına yer vermeyen, tekrar seçilmeyi mümkün kılan karşı görüşü sundular. Sağlanan uzlaşma sonucu bu görüş kabul edildi. Ancak ABD’nin ilk başkanı olan George Washington 1788-1796 yılları arasında iki kez gören yaptıktan sonra 1796’da üçüncü kez başkanlık için aday olmadı. Washington’dan sonra seçilen başkanlar da -İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sırasındaki koşulların izin vermesi ile 1932-1945 yılları arasında dört dönem seçilen Franklin Delano Roosevelt’e kadar- anayasal bir sınırlama olmamasına kadar iki dönemden daha fazla bir süre için başkanlık için aday olmadılar.

<sup>1</sup>Ahmet Ekinci ve Aslıhan Kaplan Arık, “Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi”, **YBHD**, Yıl 5, Sayı 2020/1, s. 73

<sup>2</sup> Ekinci ve Arık, “Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 73

<sup>3</sup> Mila Versteeg, Timothy Harley Anne Meng Maricio Guim ve Marilyn Guirguis, “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”, **Columbia Law Review**, Vol 120, No.1.

<sup>4</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

Washington ile başlayan aday olmama teamülünün Roosevelt ile sona ermesi karşısında ABD anayasasında 1951 yılında yapılan 22. değişiklik ile bir kişinin iki dönemden fazla başkan olamayacağı anayasal kural haline geldi.<sup>5</sup>

ABD’de Trump gibi başkanlara rağmen konu hukuken çözümlenmiş gibidir. Ancak 2000 yılının başlangıcından bu yana, dikkate değer ölçüde çok sayıda görevdeki devlet başkanı, anayasal olarak zorunlu görev sürelerinden sonra bir veya daha fazla dönem daha devlet başkanlığı görevini üstlenmek için çeşitli anayasal değişikliği girişimlerinde bulunmuştur.. Rusya’da Vladimir Putin, Ruanda’dan Paul Kagame ve Kolombiya’dan Alvaro Uribe, demokratik olarak seçilmiş, ancak orijinal görevlerinden çok daha uzun süre iktidarda kalan başkanlara örnek olarak gösterilebilir.<sup>6</sup> Aynı şekilde 1996’da Fujimori (Peru), 2009’da Chavez (Venezuela), 2013’te Correa (Ekvador), 2014’de Ortega (Nikaragua), 2015’te Nkurunziza (Burundi), ve Morales (Bolivya), 2017’de Denis Sassou-Ngueso (Congo-Brazzaville), anayasal süre sınırını ya tamamen kaldırmayı ya da üçüncü bir dönem için görevde kalmayı başarmışlardır.<sup>7</sup>

Daha fazla süre devlet başkanlığı görevinde kalma yönündeki bu tür girişimler yeni değildir, ancak son on yıllarda bunların doğası ve yöntemleri değişmiştir. Zira bu girişimler esasında otoriterliğin değişen doğasına özelliklerini yansıtmaktadır. Çünkü otoriterizmin doğası 1990’lardan bu yana derinden değişmiştir. Darbelerle iktidara gelmek ve kaba kuvvetle yönetmek yerine, günümüzün otoriterleri demokratik olarak seçilme ve görünüşte liberal anayasalar da dahil olmak üzere demokratik kurumlarla çalışma eğilimindedir. Yine de birçok durumda, başkanlar bu kurumları amaçlarına uygun şekilde kötüye kullanabilmektedirler.<sup>8</sup>

Anayasal kurumların ve usullerin kuruluş amaçlarından saptırılarak devlet başkanın görev süresini uzatmak yönündeki girişimler David Landau’nun deyimi ile ‘suistimalci anayasacılığın’ (abusive constitutionalism) bir türüdür.<sup>9</sup>

Dönem sınırlamasını ortadan kaldıran anayasa değişiklikleri bağlamında suistimalci anayasacılık anayasal değişim mekanizmalarının, otoriter ve yarı-otoriter rejim kurmak için anayasal araçların kullanılmasını ifade etmektedir. Söz konusu anayasal araçları iktidardaki güçlü başkanlar ve partiler, anayasal değişmeyi, onları görevlerinden almayı çok güçleştirecek ve onların iktidarlarını kullanılmasını denetlemeye yönelik mahkemeler gibi kurumları etkisiz hâle getirecek şekilde kullanmaktadırlar.<sup>10</sup> Bu türden anayasa değişiklikleri, anayasal yönetimin amacı olan temel hakları korumak, demokratik katılımı artırmak, kuvvetler ayrılığını sağlamak ve tüm devlet kurumlarının yargısal denetime tabi olduğu hukuk devletini işlevsel kılmak için yapılmadığından suistimalci anayasacılık olarak nitelendirilmektedirler. Devlet başkanlarının görev süresini kısıtlayan hükümleri aşmayı amaçlayan girişimlerinin bu arka plana çerçevesinde işlediğini anlamak çok önemlidir

Bir araştırmaya göre, pek çok gözlemci, dönem sınırlarının kesin olarak belirlenmediğine dikkat çekmişse de, liderlerin bu sınırlardan ne kadar düzenli olarak kaçmaya çalıştıklarını çok az kişi fark etmiştir.

<sup>5</sup> Bruce G. Peabody ve Scott E. Gant, “The Twice and Future President: Constitutional Interstices and the Twenty-Second Amendment”, **Minnesota Law Review**, 1999, s. 570-575.

<sup>6</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>7</sup> Ekinci ve Arık, “Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 74.

<sup>8</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>9</sup> David Landau, **Suistimalci Anayasacılık**, İzzet Eroğlu (Çev.), Astana Yayınları: Ankara, 2019.

<sup>10</sup> Ekinci ve Arık, “Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi”, s. 75.

2000 yılından bu yana anayasalarında devlet başkanlığı süresi sınırları olan tüm ülkelerle ilgili kapsamlı ve özgün bir araştırmaya göre öngörülen görev sürelerinin sonuna gelen devlet başkanlarının yaklaşık üçte birinin görevde kalmaya çalıştığı görülmektedir. Dünyanın maksimum demokratik performansa sahip konsolide demokrasileri hariç tutulduğunda, görev sürelerinin sonuna ulaşan liderlerin yaklaşık yarısı, anayasal olarak zorunlu kılınan sona erme tarihinden sonra iktidarda kalmak için bir stratejiler tasarlamışlardır. Ancak olgu, başarısız demokrasiler veya işlevsel otokrasilerle sınırlı değildir. Kosta Rika ve Güney Kore ve Türkiye gibi bazı olgun demokrasilerde bile, devlet başkanının anayasal süre sınırları devam eden tartışmaların konusudur.<sup>11</sup>

Başkanlık görev süresinin sınırlarını değiştirmeye yönelik anayasa değişikliği girişimleri, genellikle halk talebi olarak sunulmaktaysa da derinden kutuplaştırıcı olma eğilimindedir. Süre sınırlarının değiştirilmesinin meşruluğu ve yasallığı konusundaki görüşler, çoğu kez toplum içinde keskin bir şekilde bölünme eğilimindedir. Zira süre sınırlarını kaldırmanın, seçim süreçlerine duyulan güven, barış, istikrar ve iktidarın devri gibi konular üzerinde önemli bir etkisi olabilmektedir.

Bu bildirinin amacı dönem sınırlaması kısıtlamalarından kurtulmak için başvuru yöntemlerinin neler olduğu ve dönem sınırlarının yararları ve zararları hakkında ileri sürülen karşıt görüşlerin genel bir açıklamasını yapmaktır.

## **II. DÖNEM SINIRINI AŞMAYA YÖNELİK GİRİŞİMLERDE KULLANILAN YÖNTEMLER**

Öncelikle, görevdeki devlet başkanlarının dönem sayısını artırma girişimlerinin çok yaygın olduğu belirtilmelidir. Küresel olarak, öngörülen görev sürelerinin sonuna ulaşan görevdeki başkanların en az üçte biri ek dönem/ler elde ederek, görevde kalmak için bazı stratejiler izlemektedir. Dünyanın en güçlü demokrasileri hariç, görev sürelerinin sonuna gelen liderlerin yaklaşık yarısının anayasal kısıtlamaları aşmaya çalıştığı görülmektedir. Diğer yandan ayrıntıları aşağıda belirtilecek stratejiler anayasayı tamamen görmezden gelmeyi içermemektedir. Görevdeki başkanlar, anayasaya en azından nominal saygı göstermektedir ve dönem sınırlaması hükmünü aşmaya yönelik girişimlerin yaklaşık üçte ikisi kısıtlama getiren anayasa hükmünü değiştirme yöntemini izlemektedir.<sup>12</sup>

Ancak, kısıtlama hükmünü değiştiren anayasa değişikliği yöntemi, dönem sınırlaması hükmünü aşmaya çalışan başkanın kullandığı bir dizi araçtan yalnızca biridir. Anayasayı açıkça ihlal etmeden görevde kalmanın başka yolları da vardır. Anayasa değişikliğine ek olarak, şu yöntemlerden de söz edilebilir:

- Yeni Bir Anayasa İle Görev Sınırlamasını Sıfırlamak
- Yargısal İhtihatlarla Görev Sınırlaması Hükmünü Aşmak
- Vekil Bir Başkan İle Yönetmek
- Seçimleri Ertelemek

### **1. Mevcut Anayasanın Görev Sınırlamasına İlişkin Hükmünü Değiştirmek**

Anayasanın öngördüğü dönem sınırlamasına ilişkin kısıtlamayı aşmak için en yaygın strateji basitçe onu değiştirmektir. Bu amaçla yapılmış girişimlerinin yüzde altmış altısı anayasanın bir şekilde değiştirilmesini içermektedir.

<sup>11</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>12</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.



Güçlü bir başkan için değişiklik, ona en sağlam yasal dayanağı sağladığı için en yaygın stratejidir. Böylece, anayasaya nominal saygı gösterilmiş olmaktadır. Aynı zamanda ilk bakışta gayrimeşru bir girişim gibi görünen dönem sınırı kısıtlamasını değiştirme isteği, anayasa bir kez değiştirildiğinde, en yüksek kanunu tarafından yetkilendirilmiş ve meşru hale gelmiş olur.

Ancak değişikliğin riskli olduğuna dikkat çekilmiştir. Zira başkanın anayasayı değiştirmek için gereken çoğu kez nitelikli siyasal çoğunluğun desteğine sahip olacak kadar güçlü olması gerekir. Gerçekten de, başkanların veya partilerinin anayasa değişikliğini sürecini başlattığı vakıaların yüzde kırkında başarısız olduğu görülmektedir. Çoğu durumda, başarısızlığa Paraguay ve Burkina Faso'da olduğu gibi yaygın halk muhalefeti neden olmaktadır. Ayrıca, bu tür başarısızlıklar politik olarak maliyetlidir; başarısızlıkla sonuçlanan anayasa değişikliği girişiminin başkanın siyasal gücü ve prestijinde hasara neden olması kaçınılmazdır.<sup>13</sup>

## 2. Yeni Bir Anayasa İle Görev Sınırlamasını Sıfırlamak

Anayasanın öngördüğü dönem sınırlamasına ilişkin kısıtlamayı aşmak için izlenen bir diğer yöntem -yeni anayasanın dönem sınırlarında sıfırlama düğmesine basmak anlamına geldiği iddiasıyla birlikte- tamamen yeni bir anayasa taslağının hazırlanması ve kabul ettirilmesidir. Doktrinde buna “boş levha teorisi” denmektedir. Yeni anayasa ile birlikte devlet başkanı olacak kişinin -yeni anayasanın gereğince- ilk kez seçilmiş olacağı kabul edilmektedir. Peru'da Alberto Fujimori'nin bir anayasal meclis toplama ve yeni anayasanın görev süresi sınırlarında sıfırlama düğmesine bastığını iddia etmesi bu türe bir örnektir.<sup>14</sup>

## 3. Yargısal İçtihatlarla Görev Sınırlaması Hükümünü Aşmak

Bir diğeri strateji, Yüksek Mahkemeleri ve içtihatları anayasal süre sınırlarını ortadan kaldırmak için kullanmaktır. Bazı ülke Yüksek Mahkemeleri, anayasal dönem sınırlamalarını farklı yorumlayarak görevdeki başkana ek bir dönem daha ülkeyi yönetmek için seçime girme hakkı tanımışlardır. Bu strateji dikkate değerdir, çünkü dönem sınırlaması hükümleri, daha belirsiz bir standardın aksine, özellikle açık bir anayasal kuralın bir örneğidir ve görünüşte, yeniden yorumlanması özellikle zor görünmektedir. Buna rağmen, yüksek mahkemeleri -bir şekilde- kontrol eden başkanlar, süre sınırlamalarını etkin bir şekilde ortadan kaldıran mahkeme kararlarını elde etmeyi başarmaktadır. Bolivya'da Evo Morales en yüksek mahkemeye, anayasanın süre sınırı hükümünü yeniden yorumlamaya hevesli yargıçları atayarak doldurması ve sonuç alması bu stratejiye bir örnektir.<sup>15</sup>

Yüksek mahkemelerin dönem sınırlarının aşınmasını önlemede güçlü bir rol oynamadığı görülmektedir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi, son derece popüler olan Başkan Alvaro Uribe'nin bir anayasa değişikliği girişiminin anayasaya aykırı olduğunu ilan ederek üçüncü kez aday olmasını engellediğinden beri<sup>16</sup>, hukukçular bu davayı mahkemelerin demokratik erozyonu nasıl engelleyebileceklerine işaret etmek için kullandılar. Ancak mahkemelere olan inancın ampirik sonuçlarının bu inancı desteklemediği görülmektedir. Kolombiya Anayasa Mahkemesinin dönem sınırlamasını aşma girişimini durduran tek mahkeme olduğu görülmektedir. Örneğin Nijer'de Anayasa Mahkemesi farklı bir yol izledi ve değişikliği meşru gördü. Belki de daha dikkat çekici olanı, çoğu zaman mahkemelerin görevdeki devlet başkanının aracısı olarak hareket ettiği ve aslında onun orijinal görev süresinin sona erme tarihinin ötesinde de devlet başkanlığı yetkisini kullanmasına yardımcı olduğu söylenebilir.

<sup>13</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>14</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>15</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>16</sup> Detaylar için bkz. Landau, **Suistimalci Anayasacılık**, s. 31-36.

Devlet başkanının dönem sınırlaması kısıtlamasını başarıyla aştığı vakıların tam yüzde otuzunda mahkemeler bu sonuçta bir rol oynadı.<sup>17</sup>

Dönem sınırlamasını aşma girişimlerinde mahkemelerin, söz konusu girişimleri durdurmada çoğunlukla etkisiz kaldığı görülmektedir. Bu bulgu, mahkemelerin görev süresinin sınırlandırılmasında ve dolayısıyla devletlerin demokratik erozyona karşı korunmasında oynayabileceği potansiyel rolü vurgulayan bu konudaki mevcut literatürün çoğuyla çelişmektedir. Bu bulgu, anayasal süre sınırlarına riayet edilmesini isteyen muhalefetin kapsamlı muhalif hareketleri inşa etmesinin mahkemelere güvenmekten daha etkili olabileceğini ima etmektedir.<sup>18</sup>

#### **4. Vekil Bir Başkan İle Yönetmek**

Bir başka strateji, Rusya’da Vladimir Putin’inin yaptığı gibi, görev süresi bittikten sonra kontrol edilebilecek bir halef bulmaktır. Anayasal olmaktan çok fiili iktidar ve nüfuz ilişkilerine dayanan bu politik stratejide eski başkan resmi olarak devlet başkanlığı makamında değilken bile devlet başkanlığı yetkilerini fiilen kullanmaya devam ederek siyasal hayat ve devleti kontrol etmektedirler. Bu yöntem, eski başkanların yönetmeye devam edebilmeleri için kontrol edebilecekleri bir halefi gerekli kıldığından ‘sadık temsilci stratejisi’ olarak adlandırılmaktadır. Sadık bir temsilci bulmak zor gibi görülse de, bu stratejinin Putin-Medvedev ilişkisinde görüldüğü üzere çok başarılı bir örneği var.<sup>19</sup>

#### **5. Seçimleri Ertelemek**

Son bir strateji, bir tür siyasi istikrarsızlık ortamından yararlanarak seçimleri geciktirmektir. Siyasi istikrarsızlığa neden olan savaş, iç savaş, darbe girişimleri, büyük ölçekli şiddet olayları vs. gibi durumlarda birçok ülke anayasasında seçimlerin ertelenebileceği hükmü vardır. Görevdeki başkan bu tür durumların varlığını seçimleri ertelemek için kullanarak, görev süresini uzatmayı isteyebilir.<sup>20</sup>

Sözü edilen yargısal içtihatlarla görev sınırlaması hükmünü aşmak, vekil bir başkan ile yönetmek ve seçimleri ertelemek stratejilerinin başarı oranı, anayasa değişikliği yönteminden daha yüksektir: Toplu olarak, seçimleri erteleme girişimleri, girişimlerin yaklaşık üçte ikisinde başarılı oldu, boş sayfa teorisi her denendiğinde başarılı oldu ve mahkemelerin kullanımı yalnızca bir kez başarısız oldu.<sup>21</sup>

### **III. DÖNEM SINIRI OLMASI GEREKTİĞİ LEHİNE ARGÜMANLAR**

#### **1. Kuvvetler Ayrılığının Ortadan Kalkması veya İşlevsizleşmesi**

Dönem sınırının başkanlık hükümet sisteminin mantığı bir sonucu olduğu söylenebilir. Devlet başkanlarının halk tarafından seçildiği sistemlerde, başkan, parlamentoya karşı siyasi olarak sorumlu değildir. Zira kuvvetler birbirinden ayrıdır. Bu da sisteme belli ölçüde bir katılık (rigidity) sağlamaktadır. Başkanın kendisine tanınmış belirli ve normal şartlarda değiştirilemez bir süre boyunca politikalarını uygular. Böylelikle başkan, kısa dönem maliyetlerinden kurtulur ve uzun dönem planlamaları yapabilir.

<sup>17</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>18</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>19</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>20</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

<sup>21</sup> Versteeg vd., “The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion”.

Ancak başkanın bir dönem sınırı ile sınırlandırılmamış olması durumunda söz konusu katılımın bir sonucu olarak, parlamento tarafından denetlenemeyen ve yürütme görevini sürekli işgal etme potansiyeli bulunan bir başkan figürünü ortaya çıkarabilir.<sup>22</sup>

Dönem süresi sınırı olmadan uzun yıllara başkanlık yapan bir kişi bir çok önemli anayasal kuruma ve bürokrasiye kendisine bağlı görevlileri atayabilecek ve devlet zamanla yek pare bir politik renk alacaktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin ayakları olan yasama ve yargı başkanın politik kontrolüne geçtiğinde yürütme organını temsil eden başkanın denetlenmesi iyice güçsüzleşecektir. Bu durumun bir otokrazi yaratması muhtemeldir. Bu nedenle parlamenter sistemin aksine sert kuvvetler ayrılığı sistemi olan başkanlık sistemlerinde başkan için bir dönem sınırı öngörülmesi gerekmektedir.

## **2. Demokratik Seçimlerin İşlevini kaybetmesi (Muhalefetin Kazanma İhtimalinin Giderek Azalması)**

Her ne kadar dönem sınırlaması karşıtları demokrasinin halkın istediği kişileri süre sınırlaması olmadan iktidara taşıyabilmesi olduğu görüşünde ise de modern liberal demokrasi anlayışı, başkanların görev sürelerine sınırlandırma getirmeyi eğilimindedir. Bunun nedenlerinin teorik olmaktan ziyade ampirik bulgular olduğu söylenebilir. Zira ampirik veriler de bu sınırlandırmaların meşruiyetini ortaya koyar cinstendir. Zira görevli başkanın yarışmadığı boş pozisyon (open seat) seçimlerin demokrasinin niteliğini artırıcı bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Bunun birkaç izahı vardır. Öncelikle dönem sınırının olmadığı ya da bu sınırın başkan tarafından uygulanmadığı sistemlerde, -yukarıda belirttiğim gibi kuvvetler ayrılığının ortadan kalkması veya işlevini kaybetmesi durumunun gerçekleşmesi ile birlikte- başkan seçimi kazanmak için gayri resmi yollara başvurabilmektedir. Yolsuzluk, rüşvet ya da seçimlere hile karıştırılması gibi yollar dahil olmak üzere başkan, elinin altındaki devlet imkânlarını seçimleri tekrar kazanmak için harcayacaktır. En iyi ihtimalle başkanın, devletin ekonomik imkânlarını daha fazla oy elde etmek amacıyla kullanacağı kuşkusuzdur. Seçim görevlileri ise mevcut başkanın baskısı karşısında nadiren tarafsız kalabilir. Bu durumda halkın adaylar arasında gerçekten özgürce bir seçim yaptığını söylemek zordur.

Bu nedenledir ki Venedik Komisyonu, başkanlık seçimlerine dönem sınırı getirmenin demokratik bir toplumu korumak için gerekli olduğunu, bu yönüyle de başkanların tekrar seçilme ve kamu idaresine katılma hakları karşısında, dönem sınırının demokrasiyi, insan haklarını ve hukuk devletini korumak gibi bir meşru amacı bulunduğunu savunmaktadır.<sup>23</sup>

## **3. Güç Toplanması ve Denetimsizlik- Otoriterlik**

Uzun süreli başkanlık sistemlerinde belirli ölçüde kurumsallaşma sağlanamamış ise iktidar kişiselleştiği gibi sistemin işleyişi de statü sahibi devlet görevlilerinin (diğer) 'kişilere' dönüşmüş olması sebebi ile kişiler aracılığıyla sağlanır. İktidarın kişiselleşmesi, çoğu kez kişinin otoriterleşmesine sebebiyet vermektedir. Otokrat bir liderin izleyeceği muhtemel siyasal strateji kendisini sınırlandırdığını düşündüğü devletin diğer organlarını baskılamak olacaktır. Güce erişen ve uzun süre görevde kalan bir lider, artık buradan ayrılmak istemeyecek, adeta monark benzeri bir başkan olacaktır.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ekinci ve Arık, "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", s. 78-79.

<sup>23</sup> Ekinci ve Arık, "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", s. 80.

<sup>24</sup> Ekinci ve Arık, "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", s. 82.

#### 4. Temel İnsan Haklarının İhlal Riskinin Artması

Yukarıda anlatılan itiraz gerekçeleri ile birlikte düşünüldüğünde dönem sınırlaması taraftarları başkanın anayasal olarak sahip olduğu -atama veya kararname çıkarma gibi- önemli yetkileri de kullanarak sistemin kuvvetler ayrılığı prensibinden esaslı bir şekilde uzaklaşacağını ileri sürerler. Kuvvetler ayrılığının ortadan kalktığı ve giderek güçlenen bir otokratın olduğu sistemlerde ise özgürlüklerin saygı görme ve korunma ihtimali giderek azalacak ve muhtemelen ağır bir insan hakları ihlali bilançosu ortaya çıkacaktır.<sup>25</sup>

#### 5. Kıdem Yerine Yeteneği ve Yenilikçi Proje ve Politikaları Öne Çıkarır.

Süre sınırlamaları, farklı insanları göreve aday olmaya teşvik edeceğinden seçimler daha rekabetçi hale getirecek diğer reformlara geçişinin önünü açacaktır. Çünkü dönem süresi kısıtlamasının olmadığı bir rejimde uzun süre görevde kalan bir başkanın varlığı yeteneği ve reformist politikacıların görünürlüğü azaltacaktır. Oysa görev süresinin sınırlandırılması, birinin görevde kalma gücünden ziyade yetenek ve liderlik niteliklerinin adayın seçilmesinde belirleyici olacağı ileri sürülmektedir. Bu fikri destekleme babında Irvine'deki California Üniversitesi'nde siyaset bilimci Mark Petracca, "Profesyonellik ve kariyerlik, demokratik yönetimin belasıdır" görüşünü dile getirmektedir. Çünkü, "(Uzun süreli) Hükümet deneyimi, ciddi kamusal sorunları çözmekten çok hükümeti savunmakla ilgilenen yasa koyucular üretme eğilimindedir."<sup>26</sup>

#### IV. DÖNEM SINIRI OLMAMASI GEREKTİĞİ LEHİNE ARGÜMANLAR

Dönem sınırı olmaması gerektiği fikrinde olanlar, fikirlerini hem felsefi hem de pratik gerekçelere dayandırmaktadırlar. En önemli dayanak noktaları şunlardır:

##### 1. Demokratik Seçim Hakkına Getirilen Kısıtlama

Dönem sınırları seçmenlerin aslında daha fazla istedikleri adaylara seçim yolunu kapatarak demokratik seçim sürecini baştan kısıtladığı için doğru değildir.<sup>27</sup> Kısıtlamanın diğer boyutunu ise tekrar seçilmek isteyen adayın önünün kesilmesi açısından görmek gerekir. Seçilebilecek donanıma sahip adaylar seçilme hakkından mahrum bırakılmaktadır

Demokrasinin halkın istediği kişileri iktidara taşıyabilmesi ise bir kişi halk istediği müddetçe göreve kalabilmelidir. Dolayısıyla aynı liderler görevde kalmaya devam edebilmelidir. Diğer yandan aksi durumda görevli başkanın da seçilme ve kamu politikalarına katılma hakkı ihlal edilmektedir. Kaldı ki günümüzde Honduras, Nikaragua ve Bolivya gibi ülkelerin yüksek yargı organlarının da bu gerekçeyle anayasalarında yer alan dönem sınırını 'anayasaya aykırı' bularak iptal ettikleri görülmektedir.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Ekinci ve Arık, "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", s. 79 vd.

<sup>26</sup> John Fund, "Term Limitation- An Idea Whose Time Has Come", Cato Institute Policy Analysis No. 141, October 30, 1990.

<sup>27</sup> Fund, "Term Limitation- An Idea Whose Time Has Come".

<sup>28</sup> Ekinci ve Arık, "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", s. 82.

## 2. İktidarın Bürokrasiye Geçmesi

Dönem sınırlarının, iktidarın gelip geçen başkanlardan ziyade kalıcı olan bürokrasiye, personel yardımcılara, lobicilere ve gazetecilere daha fazla güç vereceği ileri sürülmektedir. Bu görüşün, bazı metaforlar kullanılarak daha çarpıcı şekilde dile getirildiği de görülmektedir; seçilmiş görevliler/başkanlar için zorunlu bir döner kapı, yalnızca 'sürekli bürokrasinin' (kapıyı) tutuşunu güçlendirecektir, çünkü deneyim eksikliği yasa koyucuları/başkanları personele daha da bağımlı hale getirecektir. Yeni seçilen bir başkanın neler olup bittiğini anlaması birkaç yıl sürebilir. Oysa doğa boşluktan nefret eder ve bürokrasi, deneyimsiz yöneticiler tarafından yaratılan boşluğu doldurmak için acele eder.

Ancak bu fikre karşı bürokratik personele ve lobicilere en çok bağımlı olanın yeni (ve genç) bir başkandan çok en kıdemli başkanlar olduğu karşı fikri de ileri sürülmektedir.<sup>29</sup>

## 3. Son Seçim Dönemlerinde Seçmen Beklentilerinin Yeterince Dikkate Alınması

Dönem sınırı olmaması gerektiği fikrinde olanların ileri sürdüğü diğer bir gerekçe de son kez seçilen başkanın bir daha aday olmayacağını bildiği için bu son dönemde genel olarak seçmen beklentilerine uygun politikaları uygulama konusunda motivasyon eksikliği yaşacağı itirazdır.<sup>30</sup> Bir daha seçilemeyecek başkanın politikaya olan ilgisini zayıflayabilir. Tekrar aday olma ihtimalinde ise seçilebilmek için daha fazla kamuoyu desteği arayışına girecektir.

## 4. Deneyimin Getirdiği Bilgi Birikimi ve Yönetimden Mahrum Kalma

Berkeley’de siyaset bilimi profesörü olan Nelson Polsby, “Uzun ömür yetkinliği artırır” fikrini ileri sürerek deneyimli başkanların göreve devam edebilmesi gerektiğini hatırlatır.<sup>31</sup> Özellikle zor zamanlarda veya kriz dönemlerinde deneyimli bir başkanın yönetimi gerekli olabilmektedir.

## V. SONUÇ

Devlet başkanlarının görev süresi sınırlaması ile ilgili tartışmalar ülkeden ülkeye farklılık gösterse de ortak temel sorunsal, süre sınırı olmadan işleyecek olan bir başkanlık sisteminin baştan itibaren veya zamanla anayasacılık teorisinin en önemli prensiplerinden olan kuvvetler ayrılığını ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Süre sınırı taraftarları bunun yüksek bir olasılık olduğu ve kuvvetler ayrılığı ortadan kalkarsa veya işlevini kaybederse çalışma da ileri sürdükleri diğer risklerin zincirleme gerçekleşeceği görüşündedirler.

Devlet başkanlarının görev süresine getirilen anayasal kısıtlamalara karşı çıkanların iddiaları ise temelde saf bir demokrasi teorisine ve muhafazakar deneyime güvenme refleksine dayanır görünmektedir. Ancak karşı çıkanların anayasacılık tarihinin tecrübelerini göz ardı ettiği söylenebilir.

Sonuç olarak dönem süresi kısıtlaması lehine ileri sürülen gerekçelerinin normatif açıdan tutarlı ve makul olduğu görülmektedir. Siyasi tecrübenin de başkanlık sistemlerinde dönem sınırlamasının realist nedenlere dayandığını yeterince gösterdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

<sup>29</sup> Fund, “Term Limitation- An Idea Whose Time Has Come”.

<sup>30</sup> Fund, “Term Limitation- An Idea Whose Time Has Come”.

<sup>31</sup> Fund, “Term Limitation- An Idea Whose Time Has Come”.



## **KAYNAKÇA**

- Ekinci, A., Arık, A.K. (2020). Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi YBHD içinde, Yıl 5, Sayı 2020/1, 71-122.
- Estlund, D. (2019). Suistimalci Anaysacılık, İzzet Eroğlu (Çev.). Astana Yayınları, Ankara.
- Fund, J.H. (1990). Term Limitation- An Idea Whose Time Has Com in Cato Institute Policy Analysis No. 141, October 30, 1990.
- Peabody, B.G., Gant, S.E. (1999). The Twice and Future President: Constitutional Interstices and the Twenty-Second Amendment in Minnesota Law Review, 1999, s. 565-635.
- Versteeg, M., Harley, T., Meng, A., Guim, M., Guirguis, M. (2020). The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion in Columbia Law Review, Vol 120, No.1, 173-248.

## ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN İNŞAATI TESLİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

**Av. Fatih SAYAR**

Konya Barosu - Selcuk University

ORCID: 000-0003-0677-8430

### ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kanunlarımızda özel olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi içtihatlar ile şekillenmiştir. Sözleşmeye taraf olanlar yüklenici ve arsa sahipleridir. Sözleşmede arsa sahibi yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, yüklenicide bunun karşılığında bağımsız bölümler inşa etmeyi üstlenmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahibinin asıl borcu arsa payının devri borcudur. Yüklenicinin ana borcu ise inşaatın sözleşme ile kararlaştırıldığı gibi teslimi borcudur. Yüklenicinin bu borcunu yerine getirmesi halinde; eser sözleşmelerindeki zamanaşımı sürelerinin başlaması, arsa sahibinin pay devri borcunun muaccel hale gelmesi, sözleşmede kararlaştırılan ve ifaya bağlanan cezaların düşmesi, yüklenicinin temerrüdü halinde gecikme tazminatı hesaplaması, ayıbın ihbar ve zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması ve eksik işler giderim bedeli hesabında göz önünde bulundurulması gibi hukuki olarak birçok önemli sonuç doğmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi, yüklenici, arsa sahibi, yüklenicinin inşaat teslimi, inşaatı teslim hukuki sonuçları.

### LAND SHARE PROVISION FLOOR CONSTRUCTION CONTRACT CONSTRUCTION DELIVERY LEGAL RESULTS

#### ABSTRACT

The land share provision floor construction contract has not been specifically regulated in our laws. On the other hand, The land share provision floor construction contract has been shaped with the case law. The parties to the contract are contractor and landowner. In the contract, the landowner is obliged to transfer the land shares to the contractor and undertakes to build independent sections in return for the contractor. The land share provision floor construction contract, the land owner's original debt is the transfer of the land share. The main debt of the contractor is the delivery of the construction. If the Contractor fulfills this debt, many legal consequences arise. In case the contractor fulfills this debt; There are many legal issues such as the start of the statute of limitations in the works contracts, the share transfer debt of the land owner becoming due, the reduction of the penalties agreed and executed in the contract, the calculation of delay compensation in case of default by the contractor, the start of the notice and statute of limitations period for the defect, and its consideration in the calculation of the missing works compensation cost. important result.

**Keywords:** Land share provision floor construction contract, contractor, landowner, contractor construction delivery, legal consequences of construction delivery, legal consequences of construction delivery.

## HUKUKUN ADALETSİZLİĞİ

**Doç. Dr. Cengiz Mesut TOSUN**

Mersin Üniversitesi Fen- Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

ORCID: 0000- 0003- 2558- 8560

### ÖZET

Adalet duygusu siyasal yaşamın temelidir. Adalet, hak edene hak ettiğinin verilmesidir. Adaletsizlik, hak ettiğini alamayana ya da hakkı verilmeyen mağdur olana işaret eder. Bu durum, mağdur olanı adalet uygulamalarıyla (hukuk) hakkını arama çabasına sevk eder. Mağdur olan, adaletin tecellisini, mağduriyetinin giderilmesini beklerken ikinci kez hem de hukuk tarafından mağdur edilebilmektedir. Bahsi geçen uygulamalar “ adli kontrol şartı” ve “denetimli serbestlik” olarak gösterilebilir. Buna benzer hukuki uygulamalar siyasal yaşamın paydası olan adalet duygusunu zayıflattığı gibi mağduriyete neden olanı da (suçluyu da) cesaretlendirmekte, mağdur olanın da ikinci kez adaletsizliğe uğramasına neden olmaktadır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Adli Kontrol Şartı getirmektedir. Bu kanuna göre şüpheli ya da sanık tutuklanma şartlarını taşıyacak fiilde bulunmasına rağmen denetim altına alınarak, kanunda sayılı bir ya da birkaç yükümlülüğe tabi tutulmaktadır. Yine, 5275 Sayılı Ceza İnfaz Kanununun 105/A maddesi gereği yapılan uygulamalar ise, ceza verilen kişinin sosyal hayat içerisinde infazına olanak sağlayan bir ceza hukuku uygulamasıdır. Bu her iki kanunda bir şekilde ceza hukukuna göre suçluyu ya ceza almaktan kurtarmakta ya da aldığı cezayı azaltmaktadır. Başka bir ifadeyle örtülü olarak affetmektedir

Bu iki yasa ile işlediği suçun cezası verilmeyen kişilerin varlığı, en başta toplum vicdanında ve bu kişilerin mağdur ettikleri kişilerin adalete olan güveni sarsmaktadır. Çünkü tanım gereği adalet, hak edene hak ettiğinin verilmesi iken cezayı hak edenin hukuk ile affedilmesine dönüşmektedir. Hukuk, özü gereği adaleti sağlaması gerekirken hukuki adaletsizliğin önü açılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Adalet, af, adalet duygusu, hukuk

## INJUSTICE OF THE LAW

### ABSTRACT

The sense of justice is the foundation of political life. Justice is giving what one deserves to those who deserve it. Injustice refers to those who do not get what they deserve or are victims who are not given their rights. This situation leads the victim to seek his or her right through the practices of justice (law). The victim, while waiting for the manifestation of justice and the elimination of his victimization, can be victimized a second time by the law. The aforementioned applications can be shown as "judicial control condition" and "probation". Similar legal practices not only weaken the sense of justice, which is the denominator of political life, but also encourage the one, who is responsible for the victimization (the criminal) and cause the victim to suffer injustice for the second time.

Criminal Procedure Law No. 5271 introduces Judicial Control Condition. According to this law, although the suspect or the accused has acted to meet the conditions of detention, they are

brought under control and subject to one or more of the obligations in the law. Again, the practices made pursuant to Article 105/A of the Penal Execution Law No. 5275 is a criminal law practice that allows the execution of the sentenced person in social life. These two laws, according to the criminal law, somehow either save the criminal from being punished or reduce the punishment s/he receives. In other words, they seem to forgive implicitly.

The existence of people, who are not punished for their crimes with these two laws, shakes the trust in justice, especially in the conscience of the society and the people they victimize. Because, by definition, while justice is giving what is deserved to the one who deserves it, it turns into the forgiveness of the one who deserves the punishment by law. While the law, by its very nature, should provide justice, it opens the way for legal injustice.

**Keywords:** Justice, Pardon, Sense of Justice, Law

## VASIYETNAMEDE YORUM

**Dr. Öğretim Üyesi, Mehmet DOĞAR**  
Harran Üniversitesi, İ.İ.B.F. İşletme Bölümü

### ÖZET

Bireyler hayatları boyunca edinmiş oldukları birikim ve malvarlığının kendi ölümlerinden sonra nasıl paylaşılacağını ve/veya bunların kimlere kalacağını ya da ne şekilde kullanılacağını hayatta iken belirlemek isteyebilir. Ölüme bağlı tasarruf, müteveffanın yani mirasbırakanın ölümü ardından hüküm ve sonuçlarını ortaya çıkarmak için yapmış olduğu, son isteklerini de kapsayan hukuki bir işlemdir. Ölüme bağlı bir tasarruf türü olan vasiyet ise en genel ifade ile “bir kişinin ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği şey” olarak ifade edilmektedir<sup>1</sup>.

Vasiyetname ne kadar doğru anlaşılır ve uygulanırsa mirasbırakanın son istekleri de o oranda gerçeğe dönüşmüş olur. Vasiyetnamede yorum, mirasbırakanın gerçek iradesinin anlaşılmadığı, irade beyanlarının anlamı üzerinde uyuşmazlık çıktığı hallerde başvurulan bir yöntemdir. Böylelikle mirasbırakanın tam olarak son arzusunun ne olduğu ortaya çıkarılmaya çalışılır. Nitekim miras hukukunun bir amacı da müteveffanın yani mirasbırakanın son arzusunun yerine getirilmesini sağlamaktır.

Mirasbırakan, üç farklı şekilde vasiyetname hazırlayabilir. Bunlar resmi vasiyetname, el yazılı vasiyetname ve sözlü vasiyetname olarak adlandırılmaktadır. Resmi vasiyetname, kural olarak resmi memur ve en az iki şahitin bulunduğu yerde düzenlenen bir vasiyetname türü olduğundan, bu tip vasiyetnamelerde genellikle mirasbırakanın istek ve arzuları daha iyi anlaşılmakta, dolayısıyla vasiyetnamede herhangi bir ek yorum yapmaya çoğunlukla ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak el yazılı vasiyetnamelerde mirasbırakanın o andaki düşüncesi ve neyi kastettiği tam olarak anlaşılmadığından, çeşitli yorum kurallarına başvurmak suretiyle mirasbırakanın gerçek iradesi araştırılmaktadır. Bu çalışmada, vasiyetnameye uygulanacak yorum kuralları, yorum çeşitleri ve bazı temel prensipler, genel ilkeler çerçevesinde kısaca ele alınmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vasiyetname, Yorum, Miras, Ölüme Bağlı Tasarruf, Hukuk

## INTERPRETATION IN TESTAMENT

### ABSTRACT

Persons may want to determine how their savings and assets that they have acquired throughout their lives will be shared after their death and to whom they will be left or how they will be used while they are alive. Testamentary disposition is a legal action that includes the last wishes of the deceased, that is, the decedent, in order to reveal the provisions and consequences after his death. The testament, which is a type of savings related to death, is expressed in the most general expression as "what a person wishes to be fulfilled after his death".

The more accurately the will is understood and implemented, the more the last wishes of the legator will come true. Interpretation in the will is a method used when the real will of the legator cannot be understood and there is a conflict over the meaning of the declarations of will. Thus, it is tried to reveal what exactly the last wish of the legator is. As a matter of fact, one of the purposes of the inheritance law is to ensure that this desire of the deceased, that is, the legator, is fulfilled.

<sup>1</sup> <https://sozluk.gov.tr> (08.06.2021).



Inheritance can prepare a will in three different ways. These are called official wills, handwritten wills and oral wills. The official will is a type of will that is drawn up in the place where the official and at least two witnesses are present, the wishes and desires of the legator are generally better understood in this type of will, so generally there is no need to make any additional explanation in the will. However, since the thought and meaning of the legator at that time cannot be fully understood in handwritten wills, the real aim of the legator is investigated by applying various interpretation rules. In this study, the rules of interpretation, types of interpretation and some basic principles to be applied to the testament will be discussed within the framework of general principles.

**Keywords:** Testament, Interpretation, Heritage, Testamentary Position, Law

## THE SOCIAL CONTEXTS OF LAWS REGARDING THE PROPERTY – MONARCHY, COMMUNISM AND POST-COMMUNISM

**Dr. Gabriela Boangiu**

C.S.Nicolaescu-Plopsor

### ABSTRACT

Life histories or social biographies, sometimes called “small histories”, fascinate not only from an aesthetic or slightly nostalgic perspective, as sometimes happens with memorialistic writings, but by the richness of the approaches it makes possible in the social sciences. As it is the “lived history”, the descent to the talking individual who becomes the main actant in a broader socio-cultural and historical context, the characteristics of the account of the living phenomenon should be highlighted when recording and registering some of its marks. Archiving inevitably involves the “freezing” of the lived fact, which is why the researcher is asked to pay particular attention in the “living” preservation of life's stories, taking into account the dynamics of the “open” document.

Hence, in fact, the exploratory nature of the collection of life's stories/social biographies, because it must respond to a research intention, a research question-hypothesis of the researcher's work, which is why “a story of life means above all exploring a field of possibilities: the details, the account of the concrete facts of life, the complexity of the emotional involvements that follow the perception of its increments and make it open to meaning, meanings”<sup>1</sup>. The researcher is in a position to tatonar, to explore life experiences, to “provoke” even attitudes towards certain events “forgotten” sometimes by the interviewed. Between the two – researcher and interviewee, a spontaneous relationship must be established, even if the intention of implicit research of the folklorist can place it in the area of the artificial, the created, the experiential. The nature of human relations fosters the establishment of a dialogue in which the researcher must have the ability to reveal himself as little as possible in order to avoid producing “desired answers”, while provoking revelations from the subject of research, already become a dialogue partner and not just a source of information.

The study presents several social biographies of respondents who lived the early period of the communist regime, political changes, nationalization, collectivization, deportations, serious issues of quotas, a dynamic of state politics, but also of mentalities.

**Keywords:** social biography, communism, collective memory, ethnological document, property

---

<sup>1</sup> Vultur, Smaranda, *Memoria salvată – Evreii din Banat, ieri și azi*, Polirom, Iași, 2002, p. 9.

**FORENSIC INVESTIGATIONS AND PERSONAL DATA PROCESSING: ARE  
PRIVACY RISKS ASSOCIATED TO LAW ENFORCEMENT  
ADEQUATELY HANDLED?**

**Juanita GOICOVICI**

University Babeş-Bolyai of Cluj-Napoca, Romania

ORCID: 0000-0002-0050-4511

**ABSTRACT**

The study addresses the problematics of the personal data processing during the forensic investigations, and the reverberations on the privacy rights associated to law enforcement activities, in the light of the specific provisions of Directive (EU) 2016/680 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties. Firstly, the study approaches the incidental rules on handling privacy risks in those fields which are addressed by Directive (EU) 2016/680 that lays down the specific rules relating to the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security, respecting the specific nature of those activities. Secondly, the study emphasises the purposes of the normative spectrum set out by the provisions of Directive (EU) 2016/680, which also ensures a high level of privacy security in the perimeter of data flow between competent authorities; such competent authorities may include not only public authorities such as the judicial authorities, the police or other law-enforcement authorities but also any other body or entity entrusted to exercise public authority and to conduct forensic investigations. Thirdly, the study underlines that, in hypotheses in which these entities process personal data for purposes of forensic investigations, Regulation (EU) 2016/679 therefore also applies in cases where a body or entity collects personal data for other purposes and further processes those personal data in order to comply with a legal obligation to which it is subject, such as for the purposes of investigation detection or prosecution of criminal offences financial institutions retain certain personal data which are processed, and provide those personal data only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law. Finally, a body or entity which processes personal data on behalf of public authorities within the scope of conducting forensic investigations is bound to ensure the respect of privacy rights by the provisions applicable to processors pursuant to Directive (EU) 2016/680, while the application of Regulation (EU) 2016/679 remains unaffected for the processing of personal data by the processor, thus its provisions being concurrently incident in these cases. The study also addresses the problematics of the data protection by design and by default during forensic investigatory activities, as regulated in Article 20 of Directive (EU) 2016/680, implying specific obligations for the data controllers, taking into account the risks of varying severity for rights and freedoms of natural persons posed by the data processing during the forensic investigations, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, to implement appropriate technical and organisational measures, such as data pseudonymisation (i) and data minimisation (ii).

While discussing the efficiency of such measures which are designed to implement data protection principles in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing, in order to meet the requirements of Directive (EU) 2016/680 and protect the privacy rights of data subjects, the study addresses the applying of data processing principles where the personal data are contained in a judicial decision or record or case file processed in the course of criminal investigations and proceedings.

**Key-words:** forensic investigations, personal data, data processing, privacy risks, law enforcement activities, Directive (EU) 2016/680, Regulation (EU) 2016/679

## DOĞUBAYAZIT'TA SINIR KAÇAKÇILIĞI ÜZERİNE SOSYOLOJİK BİR ARAŞTIRMA

**Dr. Öğr. Üyesi, Mehmet Seyman ÖNDER**

Bingöl Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

ORCID: 0000-0003-4317-1099

### ÖZET

Ülkeleri birbirinden ayıran sınır, sadece toprakları birbirinden ayıran bir çizgi değildir. O çizginin iki yakasında yaşayanların sosyal, kültürel ve ekonomik ilişkilerini de bölmektedir. Ancak bazı sınırlar siyasi kararlar gereği belirlendiği için aynı sosyal ve kültürel yapıları parçalayabilmektedir. Türkiye'nin İran, Irak ve Suriye sınırlarında, akrabalık ilişkileri olan grupların, sınırın farklı yakalarına bölüldüğü görülmektedir. Ancak bu bölünme akrabalar arasındaki ilişkileri tamamen engelleyememiştir. Yasal sınırlamalara rağmen ekonomik ilişkiler, akrabalık ilişkilerinin de etkisiyle illegal olarak devam etmektedir. İlegal alışverişlerin yani kaçakçılık faaliyetlerinin en yoğun olarak yaşandığı yerler arasında Ağrı-Doğubayazıt, Hakkâri-Yüksekova, Şırnak-Uludere ve Cizre, Mardin-Nusaybin, Hatay-Yayladağı yer almaktadır.

Bu çalışmada Ağrı'nın Doğubayazıt ilçesindeki kaçakçılık faaliyetleri ele alınmıştır. İran'ın Maku kenti ile komşu olduğu için kaçakçılık faaliyetlerinin yoğun olduğu Doğubayazıt'ta, illegal ticaret kaçakçılık yapanların bakış açısından ele alınmıştır. İlegal ticari faaliyetlerde bulunan yani Doğubayazıt'ta kaçakçılık faaliyetinde bulunan sekiz kişiye enformel görüşme tekniği uygulanmıştır. Örneklem grubunda yer alan bireylerin illegal faaliyette bulunmalarından dolayı herhangi bir kuruma kayıtları yoktur. Bu nedenle bu bireylere kartopu örnekleme tekniği uygulanarak ulaşılmıştır.

İlçede en çok rağbet gören ürünlerin, akaryakıt ve sigara olduğu, bunlarla beraber çay, cep telefonu, sebze ve meyvelerin yanı sıra göçmen kaçakçılığının da yapıldığını ifade edilmiştir.

İran'dan temin edilen ürünler, eğer dağdan getirilecekse; at, eşek ve katır sırtında yurda sokulmaktadır. Eğer kapıdan geçirilecekse, kamyon, minibüs ve tır kamyonları ile ilçeye getirilmektedir. Gece saatlerine getirdikleri ürünler ise herhangi bir tehlike durumunda sınıra yakın köylerde saklanmakta ve tehlike geçtikten sonra ilçeye getirilmektedir.

Kaçakçılık faaliyetlerinin ciddi ölüm riskleri oluşturduğu ve bu riskin güvenlik görevlilerinden kaynaklandığı, Türk güvenlik görevlilerinin yakalamaya yönelik faaliyetler yürüttüğü ancak, İran sınır güvenliğinin ise, ölümlere sebebiyet verecek tedbirler uyguladığı söylenmiştir. Yurda kaçak olarak sokulan malların ilçe merkezinde kurulan pasajlarda satıldığı ve bu satışların aleni bir şekilde yapıldığı belirtilmiştir. Kaçakçılık olgusu ilçe sakinleri için çok garipsenen bir olgu olmadığı, sakinlerin önemli bir kısmının alışveriş yaparken, ürünün kaçak olup olmadığına bakmadığı ileri sürülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Kaçakçılık, Sınır kaçakçılığı, Doğubayazıt'ta kaçakçılık



## A SOCIOLOGICAL STUDY ON BORDER SMUGGLING IN DOĞUBAYAZIT

### ABSTRACT

The border drawn between countries is not just a line separating their territories. That line also divides the social, cultural and economic relations of the communities living on both sides. However, some boundaries can deconstruct the same social and cultural structures as some political decisions determine them. On Turkey's borders with Iran, Iraq and Syria, some groups with kinship relations are divided into different sides of the border. However, this division has not completely hindered relations between relatives. Despite legal limitations, economic relations continue illegally by means of the influence of kinship relations. Doğubayazıt in Ağrı, Yüksekova in Hakkari, Uludere and Cizre in Şırnak, Nusaybin in Mardin, and Yayladağı in Hatay are among the places where illegal shopping, in other words, smuggling is most intense.

This study examines smuggling activities in Doğubayazıt district in Ağrı. In Doğubayazıt, where smuggling activities are intense due to being adjacent to the Iranian city of Maku, illegal trade is discussed in terms of smugglers. The informal interview technique was applied to eight people who carried out illegal commercial activities or engaged in smuggling activities in Doğubayazıt. Participants of the sample group do not have registration with any institution due to their illegal activities. Therefore, these individuals were reached by applying the snowball sampling technique. It was stated that the most demanded products in the district are fuel and cigarettes, as well as tea, mobile phones, vegetables and fruits, as well as migrant smuggling are at a high level.

If the products supplied from Iran are to be brought from the mountains, they are brought into the country on horses, donkeys and mules. If these products are passed through the border gate, they are brought to the district by trucks, minibuses and trucks. The products brought at night are kept in the villages close to the border in case of any danger, and these are brought to the district after the danger is passed.

It is said that smuggling activities pose a severe risk of death, that security officers cause this risk, and that Turkish security officers carry out activities aimed at arresting them, but that the Iranian border security implements measures to cause deaths. It is stated that the goods smuggled into the country are sold in the passages established in the district centre, and these sales are made publicly. It is claimed that the phenomenon of smuggling is not a very strange phenomenon for residents and that a significant number of residents do not look at whether the product is illegal while shopping.

**Key words:** Smuggling, Border smuggling, Smuggling in Doğubayazıt

### 1 GİRİŞ

Sınır, içerdiği iktisadi potansiyel nedeniyle, başlı başına bir dönüştürücüdür. Ek olarak etnisitenin tek belirleyici olmadığı, ancak etnisitenin vurgularının dönemlik olarak değişmekte olduğunu da söylemek mümkündür. Böylece her sınır içerisi ve dışarıyla etkileşimi açısından birbirinden farklı bir yapı haline gelir. Bunu belirleyen süreçteki değişkenler çokludur ve bu durum süreç içinde sınırın kültürünün oluşmasına katkıda bulunmaktadır. Öte yandan sınır politik bir kültür de yaratmaktadır. Bu kültürü oluşturan öğelerse tek başlarına dönüştürücü olmamakla birlikte, devletin iktidarının edilgen birer uygulayıcısı değildir; aksine merkezle beraber sınırın kültürü de değişir ve bu değişim de diyalektik bir ilişkidir. Bu diyalektik; sınıra özgü bir vatandaş tipi de yaratmıştır. Özgen'in tezinin Doğubayazıt ilçesi için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Etnik yapı açısından Doğu ve Güneydoğu ile aynı özelliklere sahip olan ilçede, politikleşme, sınır ticareti ile sınırlıdır. Ancak sınırdaki yapılan her ticaret legal olmamaktadır. Hem her sınırda illegal emtia ya da insan geçişi sağlamaya çalışanlar bulunmaktadır. Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde bunun yoğun yaşandığını söylemek mümkündür. Nitekim kaçakçılık dendiğinde sınırdaki doğu illeri akla gelmektedir. Doğubayazıt'ta mal ve emtia kaçakçılığı dendiğinde ise ilk akla gelen sigara, akaryakıt ve elektronik eşya kaçakçılığıdır.

Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı'nın 1993'ten beri her yıl düzenli olarak yayınladığı faaliyet raporlarına bakıldığında eylem miktarı açısından kaçakçılık faaliyetlerinin hem ekonomik hem de sosyal anlamda ciddi bir sorun olduğu görülmektedir. Bu sorunlara rağmen bu konuda yapılmış olan akademik çalışmalarının çok sınırlı olduğu gözlemlenmiştir.

Uluslararası çalışmalar daha çok insan kaçakçılığı üzerine yoğunlaşmıştır. Kaçakçılık türleri arasında insani anlamda en büyük sorunu yaratan ve etik değerler açısından en sıkıntı olanı, insan kaçakçılığıdır. Bu nedenle çalışmalar bu konuda yoğunlaşması anlaşılmalıdır. Uluslararası yayınlar daha çok Amerika Birleşik Devletleri ile Meksika arasındaki insan kaçakçılığı faaliyetlerine yoğunlaşırken (Gathmann, 2008; Martin & Miller, 2000; Roberts et al., 2010; Spener, 2004) Türkiye'de ise İçduygu ve Toktaş'ın (2002) insan kaçakçılığı üzerine çalışması mevcuttur.

ABD'de emtialar üzerinden yapılan kaçakçılıklar çoğunlukla sigara, uyuşturucu ve bazı özel tıbbi ilaçlar üzerinedir. Diğer metallerden farklı olarak eyaletlerin sigaraya yönelik verileme oranları farklılık göstermektedir. Bu da eyaletler arası sigara kaçakçılığına neden olmaktadır. İnsülin gibi özel lisansla üretilen tıbbi ürünler ise oldukça pahalı olduğu için Kanada'dan onda biri fiyatına getirilebilmektedir (Campbell, 2008; Lovenheim, 2008; Şarku'l Asvat, 2019). Avrupa'da emtia kaçakçılığı ise kaçak sigara üzerinde yoğunlaşmaktadır. Avrupa'da gümrük birliğinin olması genel olarak ürünlerin serbest dolaşımına imkan vermektedir. Ancak gümrük birliği antlaşmasında ülkelerin tütün ve tütün ürünlerine istedikleri oranda vergi koymasına imkan sağlamaktadır. Bu nedenle de tütün ürünlerinde ciddi miktarlarda kaçakçılık yapılmaktadır (Joossens & Raw, 1995; Lakhdar, 2008). Fakat Afrika ülkelerinde durum çok daha farklıdır. Bazı Afrika ülkeleri Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nu (ECOWAS) oluşturmuş olmasına rağmen, Afrika genelinde sınır geçişleri büyük oranda kontrolden uzaktır. Kıta ülkelerinin neredeyse hepsi üretici değil, tüketici konumundadır. Tüketim malları ise çoğunlukla Avrupa, sonrasında ise Asya ve Amerika ülkelerinden gelmektedir. Her ülkenin vergi ve ithalat politikası farklı olduğu için ürünlerde ülkeler arası fiyat farkı oluşmakta ve bu farktan dolayı da ürünler, sınırdan illegal geçişlere maruz kalmaktadır (Golub & Mbaye, 2009).

Literatürde Türkiye'de doğrudan sınır kaçakçılığına ilişkin bir saha araştırmasına rastlanılmamıştır. Sınır kaçakçılığına ilişkin Kahya'nın (2015) yoğunluklu olarak teorik verilerin yer aldığı araştırması, Özgen'in (2004; 2005) ve Tekin'in (2012) sınır sosyolojisi alanındaki çalışmaları ile sınır ticareti ve sınır güvenliğine yönelik Kara (2005), Öztürk (2006), Deniz ve Doğu (2008), Özçiloğlu ve Sakar (2011), Atasoy, Geçen ve Korkmaz (2012), Sarıybek (2013), Karabağ (2015), Özcan ve Taş (2017) Birdişi ve Gören'in (2018), çalışmaları mevcuttur. Ancak belirtilen çalışmaların hepsi, sınır kaçakçılığına yönelik kısmi veriler paylaşmaktadır.

Bu çalışma ise doğrudan sınır kaçakçılığının sosyolojik boyutunun kaçakçılık faaliyetlerinde bulunan bireylerin bakış açısıyla incelenmesi hedeflenmiştir. Aslında bu çalışmada daha kapsamlı veriler elde edilmek istenmiştir. Ancak kaçakçılık faaliyetinde bulunan bireyler, yaptıkları fiillerin illegal olduğu ve büyük cezai yaptırımlarla karşı karşıya oldukları bilgisine sahip olmaları nedeniyle görüşmeler sırasında verdikleri bilgiler konusunda son derece temkinli davranmışlardır. Bu nedenle de paylaştıkları veriler oldukça sınırlı kalmıştır. Araştırmanın evrenini Ağrı ilinin Doğubayazıt ilçesinde kaçakçılık faaliyetinde bulunan bireyler oluşturmaktadır. Bu araştırmanın evreni göz önüne alındığında istatistiksel verilerin elde edilmesi ve bunların paylaşılması durumu söz konusu değildir. Bu nedenle açıklayıcı araştırma modeli benimsenmiş ve bu kapsamda evreni temsil yeteneği olan ve illegal ticari faaliyetlerde bulunan 8 kişi ile enformel görüşme yapılmıştır. Yine evrenin niteliğinden kaynaklı olarak örnekleme grubuna, kartopu örnekleme tekniği kullanılarak ulaşılabilmektedir.

Çalışmada, kaçakçıların gözünden kaçakçılığın Doğubayazıt ekonomisine etkisi, bireyleri kaçakçılığa iten nedenler, kaçakçılığın tehlikeleri, kaçakçıların başka bir işe yönelme durumları, kaçakçılığı yapılan ürünler ve bunların ulaşım ile alış-veriş süreçleri ve kaçakçıların gözünden Doğubayazıt halkının kaçakçılara karşı tutumları ele alınmıştır.

## 2 DOĞUBAYAZIT'TA KAÇAKÇILIK

Kaçakçılığı yönelik yapılmış farklı tanımlamalar bulunmaktadır. Ancak 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3. Maddesine atıfta bulunularak şu şekilde genel bir tanım yapılabilir: Kaçakçılık, eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın, yasalara ve kurallara aykırı olarak, yurt içine sokmak, ya da yurt dışına çıkarmaktır.

Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde İran, Irak ve Suriye üzerinden yapılan kaçakçılıkta, dönemlere göre getirilen ürünlerde farklılıklar yaşanmaktadır. 1970'lerde, daha çok küçük elektrikli aletler, makyaj malzemeleri, çay, kahve, tütün, çikolata gibi ürünlerde olurdu. Türkiye'de üretim çeşitliliği arttıkça ve üretim maliyetleri düştükçe, getirilen ürünler de farklılaşmıştır. Örneğin et ve et ürünlerinin ucuz olduğu dönemlerde, hayvanlar yurt dışına kaçak olarak çıkarılıp satılırken, et ve et ürünlerinin pahalandığı dönemlerde ise kaçak hayvan getirilmiştir. Özellikle otomotiv sanayinin gelişmesi ile birlikte Türkiye'ye en çok kaçak getirilen ürünlerin başında akaryakıt yer almıştır (Deniz & Doğu, 2008; Özgen, 2004). Zengin yer altı kaynakları ile dünyanın en çok petrol üreten ve ihraç eden ülkelerin başında yer alan İran'ın sınırında yer alan Doğubayazıt, Türkiye'ye en çok kaçak akaryakıt girişi yapılan yerlerden biridir.

İran'dan Türkiye'ye ayrıca şeker, tarımsal ilaç, canlı hayvan, halı, kilim, battaniye, sigara, içki, çay, elektronik eşya, silah, tarihi eser, çeşitli uyuşturucu maddeler getirilmektedir. Türkiye'den İran'a genellikle marka tekstil ürünleri ve kozmetik ürünler, az miktarda da hurda altın ve ev eşyaları götürülmektedir. Sınırdaki mal kaçakçılığının yanı sıra, insan kaçakçılığı da ciddi boyutlara ulaşmış durumdadır. Her yıl, on binlerce insan Ortadoğu Afrika ve Asya'dan Avrupa'ya kaçak yollardan gitmek için Türkiye'yi transit ülke olarak kullanmakta ve geçiş güzergâhı olarak en çok, Türkiye-İran sınırını tercih etmektedirler (Deniz & Doğu, 2008).

Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2019 faaliyet raporuna bakıldığında, 2019 yılı akaryakıt kaçakçılığında Doğubayazıt ilçesinin bağlı olduğu Ağrı ili yakalanan miktar açısından yaklaşık 55 bin litre ile 20. sırada kendisine yer bulabilirken, Tekirdağ 1,5 milyondan fazla litre ile ilk sırada yer almaktadır. Ancak kaçak sigara bakımından ise Ağrı 5 milyondan fazla paket ile 5. Sırada yer bulmaktadır. İlk 4 sırada da sırasıyla Van, Gaziantep, Mardin ve Diyarbakır yer almaktadır.

Ancak Diyarbakır'ın bir sınır şehri olmadığı göz önüne alındığında burada yakalanan sigaraların bir kısmının Ağrı'dan gelmiş olabileceği ihtimali mevcuttur. Yine ilaç kaçakçılığında yaklaşık 49 bin adetle ağırlıkta 14. sırada kendine yer bulmaktadır.

## 2.1 Kaçakçıların gözünden kaçakçılığın Doğubayazıt ekonomisine etkisi

İran'la komşu olduğu için kaçakçılık faaliyetlerinin yoğun olduğu Doğubayazıt'ta, illegal ticaret ilçenin ekonomik faaliyetlerinde önemli oranda bir hacim kazanmıştır. Ancak bu hacmin büyüklüğü tam olarak bilinmemektedir. İlegal ticaretin, ilçenin ekonomik faaliyetlerini ne oranda etkilediği, enformel görüşme yapılan kaçakçılara sorulmuştur.

Yapılan görüşmelerde, yasa dışı ticaretin bir tercih değil, zorunluluktan kaynaklandığına yönelik ifadeler kullanılırken, görüşmecilerden beşi ilçe ekonomisini ayakta tutan şeyin kaçakçılık olduğunu ileri sürmüştür. Hatta bir görüşmeci kaçakçılığın halkın kaderi olduğunu vurgulamıştır. Bunun nedenini ise, bölge halkının yapacağı başka bir ekonomik faaliyetinin olmamasına bağlamaktadır.

Görüşmelerden ve ilçede yapılan gözlemlerden elde edilen verilerden, yurda kaçak olarak sokulan malların ilçe merkezinde kurulan pasajlarda satıldığı ve bu satışların aleni bir şekilde yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak Doğu ve Güneydoğu Bölgelerinde sınırlarda görev almış eski bir subay olan Sarızeybek (2013: 39) şu şekilde bir yorum getirmiştir;

Kaçak pazarı bir gariptir. Kimse çözememiştir sırrını. Her şey satılır kaçak olan, ama kimse karışmaz. Arada sırada bir arama yapılır ama kaçak olan bir şeye de rastlanmaz. Bir rivayete göre her vitrinde bir mal sergilenirmiş. Güya onun faturası olurmuş. Diğer mallar depoda, satıldıkça bir tane daha konurmuş. Olabilir belki bu ama bir de ilçeden çıkmaya görün! Yolda arama varsa ve siz de alışveriş yaptıysanız, elinizdeki tüm mala el konur kaçak diye. Anlamadım bu nasıl olur. Ama biliyorum ki yıllarca oldu bu. Bu anlattığım 1979 da ve 86'da geçer. Sonradan Ankara'da Amerikan pazarı Rus Pazarı kuruldu. Bunları İstanbul'da Doğu Bank mı öyle bir şey diğer pazarlar hızla takip etti. Fiş yok fatura yok hepsi yabancı menşeli mallar Ama satıldı yıllar boyu. Nasıl satıldı herkesin gözü önünde bilmem ama satıldı.

Münferit yada sistematik olduğuna yönelik bir açık bir ifade olmasa da, kendisi de eski bir güvenlik mensubu olan Sarızeybek'in ifadelerinde, güvenlik güçlerinin kaçak malların satılmasına müsaade ettiği, hatta aramalarda kaçak malları görmezden gelerek suça iştirak ettiği, güçlü bir şekilde ima edilmektedir. İçduygu ve Toktaş'ın (2002) ile Özgen'in (2005) çalışmalarında da kaçakçıların bazı kamu görevlileri ile işbirliği yapıldığı belirtilmiştir. 2000'li yılların öncesinde gerek güvenlik kontrollerinin yetersiz gerekse de güvenlik güçlerine yönelik denetim mekanizmalarının güçlü olmaması bu sonuçları doğurduğu söylenebilir. Ancak özellikle de son beş yılda teknolojik alt yapının gelişmesi ve terör eylemlerine karşı alınan güvenlik önlemleri nedeniyle güvenlik kontrolleri artmıştır. Sınırlara beton duvarların örülmesi ve insansız hava araçlarıyla denetimlerin 24 saat aralıksız sürdürülmesi, güvenliğin artmasını sağlamasıyla birlikte güvenlik birimlerinin bu durumu suistimal etme yeteneklerini de azaltmıştır.

Görüşmeciler ilçe ekonomisi için turizmin etkili olduğunu, İran'dan gelen yabancı turistlerin bölgede konaklamasının bölge ekonomisine katkı yaptığını vurgu yapmakta, ancak ilçe ekonomisinin asıl itici gücünün kaçakçılık olduğunu belirtmektedirler. Görüşmecinin ifadelerinden, İran'dan getirilen kaçak malların, hem ilçe ve bölgede, hem de büyük şehirlerde talep gördüğü anlaşılmaktadır. Talebin karşılanabilmesi için arzın ancak kaçakçılık ile sağlanabildiği, bu nedenle ekonominin işlerlik kazanabildiği görülmektedir.

## 2.2 Kaçakçılığa iten nedenler

Suç eylemini gerçekleştiren hemen herkes, eylemini gerçekleştirme nedenini mantıklı bir gerekçeyle açıklamaya çalışır. Bu mantıklı gerekçe hemen her zaman yaşanmış mağduriyet üzerine kuruludur. Görüşülen kaçakçılar da kendilerini bu eyleme iten nedenleri yaşadıkları mağduriyetler üzerinden açıklamışlardır. Tüm görüşmeciler benzer ifadeler de kullansalar, kurdukları cümleler içersinde, bir birinden farklı, önemli mesajlara yer vermişlerdir.

Genelde bölgede yasal ekonominin daha çok hayvancılık yürütüldüğü, ancak hayvancılığın eskisi kadar cazip olmadığı belirtilmektedir. En çok şikayet edilen hususlardan bir devletin hayvancılık faaliyetlerine yönelik politikalarıdır. Et fiyatlarının arttığı dönemlerde devletin hayvancılığı artırmak için teşvikler vermekte, bu nedenle bölge halkı teşviklerin de etkisiyle hayvancılığa yönelmektedir. Aynı dönemlerde, devlet et fiyatlarını düşürmek için bu defa ithal canlı ve cansız hayvan izni vermektedir. Teşvik'inde etkisiyle yüksek maliyetle hayvancılık yapmaya başlayanlar, hayvan ithalatı ve bir anda düşen et fiyatlarının da etkisiyle çok büyük maddi zararlara uğrayabilmektedir.

Bölge ekonomisindeki ikinci etkili faaliyetin sınır ticareti olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda da devletin tutarsız politikalar izlediği yönünde yakınmalar söz konusu olmaktadır. Bazı dönemlerde devletin bazı ürünlerde düşük vergi politikası izlediği ve bölge ekonomisinin bu ürünler üzerinde yoğunlaştığı dönemlerde vergi politikasının devlet tarafından tekrar değiştirilerek ticaretin baltalandığı ileri sürülmektedir.

Bölgenin İran pazarı için büyük bir potansiyel taşıdığını söyleyen görüşmeciler, güvenlik gerekçesiyle bölgeye yatırımın teşvik edilmediğini iddia etmekteydiler.

İfade edilen tüm bu ekonomik politikaların kendilerine kaçakçılıktan başka yol bırakmadığını belirtse de bazı görüşmeciler, kaçakçılığın ailelerinde önceki kuşaklardan beri yapıldığı ifade edilmiştir. Bazı görüşmeciler de ailenin tüm erkek fertlerinin kaçakçılıktan gelir elde ettiğini belirtmişlerdir. Yine bu illegal faaliyeti yapan bireylerin önemli bir bölümü faaliyetlerini anlatırken, suçluluk duygusu yaşadıklarına ilişkin herhangi bir emareye rastlanılmamıştır. Aksine, legal bir ticari faaliyeti yürütüyormuş gibi aktarılmıştır.

## 2.3 Kaçakçılığın tehlikeleri

Kolay para kazanan insanların tercihleri, genelde kazandıkları paraları şahsi konforları için kullanma yönünde olmaktadır. Özellikle de belli bir yaşa geldiklerinde, yaşlılık dönemlerini sıkıntısız geçirmek için hazırlık yapmaktadırlar. Ancak ilçede yaşı ilerlemiş bireylerin de kaçakçılık yaptığı görülmüştür.

Görüşmecilerin ifadelerinden illegal yollarla para kazanmanın, düşünüldüğü kadar kolay olmadığı anlaşılmaktadır. Kaçakçılık işinin çok tehlikeli olduğu ve bu tehlikelerine rağmen bu işi yapmaya devam ettikleri görülmektedir.

Sınırdan geçişler iki şekilde yapılmaktadır. Birincisi sınır kapısıdır. Buradan kaçak malları geçirmek için araçlarda yapılan gizli bölmeler kullanılmaktadır. Fakat çoğu zaman bu gizli bölmeler, dedektör cihazlar ya da dedektör köpeklerle kontrol edilmektedir ve yakalanma riski de oldukça yüksektir. İkinci geçiş yolu ise dağlık bölgelerdir. Ancak bu bölgelerin de güvenlik riski çok yüksektir. Bazı yerler mayınlı olduğu için ölüm tehlikesiyle karşılaşılmaktadır. Diğer bölgeler ise arkeri devriyelerden dolayı yakalanma riski taşır.

İfade edildiği üzere kaçakçılık yapmanın tehlikeleri kullanılan yola göre farklılık göstermektedir. Araçlara yapılan gizli bölmelerle yapılan kaçakçılığın riski, yakalanmak ve hapis cezası yemektir.



Ancak yakalanma olasılığı çok yüksek olduğu için çoğu kaçakçı dağlık sarp yollardan ürün kaçırmayı tercih etmektedir. Kaçakçıların, ölüm riskini göze alarak dağ yolunu tercih etmesinin nedeni, ölüm olasılığının yakalanma olasılığına göre daha düşük olmasıdır.

Yapılan görüşmelerde kaçakçılık yapan bireylerin ölüm tehlikesinden korktukları, bazılarının ise hapis cezası almaktan korktukları anlaşılmaktadır. Ölüm riski yaşayan görüşmecilerin dile getirdikleri önemli bir detay söz konusudur. Bu detay, ölüm riskinin Türk askerinden değil de, İran askerinden kaynaklandığıdır. Türk jandarmalar daha çok yakalamaya yönelik girişimlerde bulunmaktadır. Sadece tehlike hissettikleri durumlarda, karşılarındaki hedefleri vurma eğilimine girmektedirler. Ancak İran askerleri, kaçakçılara gördükleri yerde ateş etmektedirler.

Genellikle de amaç hedefi vurmaya yöneliktir. Ancak, ilginç olan husus bütün kaçakçıların ölüm ve yakalanma risklerini bütün benlikleriyle hissettikleri halde yapmaktan geri durmamaları ve durmayacaklarını da ifade etmelidir. Özellikle de bir görüşmecinin *“kabullendiğimiz ve alıştığımız için tehlikesini unutupuyoruz”* ifadesi dikkat çekicidir. Bu kişinin yaptığı işin tehlikelerini benimsediği görülmektedir. Kaçakçıların tehlikeyi yaşamlarının bir parçası haline getirdiği söylenebilir ve belki de bundan zevk aldığı dahi ileri sürülebilir.

Kaçakçılar, elbette doğrudan tehlikenin içine atılmamaktadırlar. Kendilerine göre çeşitli çözümler üretmiş ve yeni stratejiler geliştirmişlerdir. Sınır kapısını kullananlar, kapıya geliş güzel gitmemektedirler. Kontrollerin zaafıta kaldığı dönemlerde gitmektedirler. Bazen kapıya gidişler, kapı görevlilerinin nöbet durumlarına göre değişiklik gösterebilmektedir.

Dağlardan geçiş yapanlar ise, daha çok kış ve ilkbahar aylarını tercih etmektedirler. Sert iklim şartlarına sahip olan Doğubayazıt ilçesinde kış ayları oldukça soğuk ve çetin olmaktadır. Bu nedenle sınır devriyeleri de azalmaktadır. Ayrıca eksi 30’lu derecelere varan hava sıcaklığı, kalın kar tabakasını buz kütesine dönüştürmektedir. Dolayısıyla mayınlar da kalın buz kütesinin altında kalmaktadır. Kalın buz kütesi mayına olan basıncı düşürdüğünden patlama riski de en aza inmektedir.

Bahar aylarının kullanılma nedeni ise eriyen buz tabakası, vadilerde sel olarak akıp gitmektedir. Vadi kenarına dikilen mayınlar, suyun yüksek debisi nedeniyle toprak tabakasının akıp gitmesiyle ya görünür hale gelmektedir ya da toprakla beraber mayınlar da akıp gitmektedir. Bu nedenle, bahar aylarında vadi geçitleri kullanılmaktadır.

## **2.4 Kaçakçılar başka iş yapar mı?**

Sınır ticaretinin kapsamının daralmasının ilçe ekonomisini kötü etkilediği daha önce ifade edilmiş olsa da, ilçe de yavaş yavaş turizm sektörü oluşmaya başlamaktadır. Ancak, ilçenin turizm alt yapısının olmaması ya da az olması nedeniyle, turizmin, ilçenin temel ekonomik dinamiği haline alması, uzun bir zaman alacaktır. Ancak doğru yatırımlar ve istikrarlı politikalar, ciddi bir turizm potansiyeline sahip olan ilçenin kalkınmasını hızlandıracaktır. İlçe ekonomisinin turizm üzerinde gelişmesi ve turizmin ciddi bir ekonomik getiri sağlaması halinde kaçakçılık olgusunun Doğubayazıt’ın bir gerçekliği olmaktan çıkması oldukça zor olacaktır. Çok para kazanmayı deneyimlemiş bazı insanların bu alışkanlıklarından vaz geçmesi oldukça güçtür. Ancak bunu hepsi için söylemek doğru olmayacaktır.

Görüşmecilerin cevapları dikkate alındığında hiç biri bu işi etik yönüne vurgu yapmamaktadır. Genelde riskleri ve güçlükleri nedeniyle işe karşı bir tutum takınmaktadırlar. Yani görüşmecilerin aslında bu işin ahlaki boyutunu dikkate almadıklarını göstermektedir. Hatta bazı görüşmeciler, kaçak mal getirmenin ahlaki anlamda meşru olduğunu düşünmektedirler.

Kimsenin malını el koymadıkları, kimsenin malını çalmadıkları, alımlarının teriyle getirdikleri malları sattıkları düşüncesinde oldukları belirtilebilir. Onlar için tek sorun, daha önce de ifade edildiği üzere güvenlik riskidir.

Yukarıdaki ifadeler bakıldığında görüşmecilerin başka alternatifler sunulduğunda illegal işleri bırakmaya yönelik tutumlarının da farklılaştığı görülmektedir. Örneğin bir görüşmeci, “*bu işi bırakabilirim*” gibi olasılık bildiren bir cümle kullanırken bir başkası ise “*bırakma ihtimalim yüksek*” demiştir. Yani kaçakçılığı bırakma ihtimali olduğu gibi bırakmama ihtimalleri de vardır. Bu durum, muhtemelen kendilerine sunulacak işin maddi getirisi ve rahatlığıyla ilgilidir. Üç görüşmeci, kendilerine imkân sunulduğu anda kaçakçılığı bırakacaklarını ifade etmişlerdir. Bu üç görüşmecinin ifadeleri diğerlerine göre daha nettir. Biri de, kendisine yüksek bir kazanç sunulması halinde bu işi bırakabileceği yönünde açık ifadeler kullanmıştır. Buradan yola çıkarak çok kazanç elde edenlerin bu kazançlarından vaz geçerek, daha güvenli bile olsa, daha az kazanca kanaat getirmelerinin oldukça güç olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, kaçakçılığı bırakacağını net bir şekilde ifade eden görüşmecilerin bile, daha az ama daha güvenli bir kazancı tercih edecekleri, kesin bir şekilde ifade edilemez

## 2.5 Kaçakçılığı yapılan ürünler ve bunların ulaşım ile alış-veriş süreçleri

Doğubayazıtlı kaçakçılar ile yapılan görüşmelerde, izinsiz getirilen ürünler arasında en yoğun ticareti yapılan ürünün hangisi olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. İlçede en çok rağbet gören ürünlerin, akaryakıt ve sigara olduğunu belirtmişlerdir. Ancak bunlarla beraber çay, cep telefonu, sebze ve meyvelerin yanı sıra göçmen kaçakçılığının da yapıldığını ifade etmişlerdir. Kaçakçılığını yaptıkları ürünleri, iki ülke arasındaki fiyat dengesine göre belirlemektedirler. İran’da ucuz olduğu halde Türkiye’de talebin çok ve pahalı olduğu bir ürün varsa o ürünü, ucuza alarak Türkiye’ye getirip satmaktadırlar.

Getirdikleri ürünlere en çok rağbeti ise bölge esnafının yaptığını dile getirmişlerdir. Sigara, ilçe esnafına ve bölgedeki pasajlara satılmaktadır. Ayrıca büyük araçlara gizlenen sigara, çevre illere ve büyük şehirlere götürülmektedir. Diğer ürünler ise bölgedeki esnaf aracılığıyla turistlere ve çevre illere satılmaktadır. Akaryakıt ise büyük araçlar aracılığıyla çevre il ve ilçelerin petrol istasyonlarına satılmaktadır. Büyük araçların akaryakıt tankları normalin iki veya üç katı kadar büyültüldüğünden taşınması daha kolay olmaktadır.

Sınırın öbür tarafından kaçak malları aldıkları insanlarla bağlantılarında ise problem olmadığını belirtmişlerdir. Çünkü ilçe halkının sınırın öbür tarafı ile akrabalık bağları bulunduğu, kız alıp vermeler ile birlikte bu akrabalık bağlarını pekiştirdiklerine ve bir güven ilişkisi oluşturduklarına vurgu yapmışlardır. Ürünleri kapıdan geçirmek isteyen kaçakçılar; anlaşma sağlanması sonrası, sınırın her iki tarafında bulunan kişilerin, memur denetimlerine ve sınır güvenliğine göre sınırdan giriş çıkış yaptıklarını ifade etmişlerdir.

Kaçakçıların belirttiğine göre İran’dan temin edilen ürünler, eğer dağdan getirilecekse; at, eşek ve katır sırtında yurda sokulmaktadır. Eğer kapıdan geçirilecekse, kamyon, minibüs ve tır kamyonları ile ilçeye getirilmektedir. Gece saatlerine getirdikleri ürünler ise herhangi bir tehlike durumunda sınıra yakın köylerde saklanmakta ve tehlike geçtikten sonra ilçeye getirilmektedir. Ürünler kapıdan geçirilirken tanıdık ve akrabalarından yardım aldıklarını ifade etmişlerdir. Bu kişilerin kim oldukları ve nerede olduklarına dair bilgi verilmemiştir. Ancak bunların kapıda görevli kişiler olabileceği düşünülmektedir. Doğubayazıt’taki herkesin akrabalık ilişkileri olduğu ya da bir birini tanıdığı göz önüne alınırsa, görevli personelden yardım almalarının çok güçlü bir ihtimal olduğu varsayılmaktadır.

Başka bir kaçak ürün getirme yöntemi ise sırtta taşımaktır. Görüşmeciler bu kişileri “günübirlikçi” olarak isimlendirdiklerini ifade etmişlerdir. Bu kişiler kaçak malları, üzerlerinde taşımaktadır. Günübirlik olarak gidip gelmektedirler.

## 2.6 Kaçakçıların gözünden Doğubayazıt halkının kaçakçılara karşı tutumu

Kaçakçılık olgusu ilçe halkı için çok gariipsenen bir olgu değildir. Çünkü bu olgu, ilçenin ve bölgenin bir gerçekliği haline gelmiştir. İlçe halkının önemli bir kısmı alışveriş yaparken, ürünün kaçak mı, yasal mı olduğuna bakmamaktadır. Önemli olan, ürünün ihtiyaca karşılık gelip gelmediği ve fiyatının uygun olup olmadığıdır. Bölgedeki bütün pasajların kaçak ürünlerle dolu olduğu ve halen bu pasajların varlığını sürdürdüğü göz önüne alındığında, bölge halkından ciddi bir talep geldiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu talep olmasaydı, bu yönlü bir kaçak ürün arzı da söz konusu olmayacaktı. Ancak kaçakçıların bu işi aleni yapıp yapmadığı, bölge halkı tarafından bilinip bilinmedikleri ve eğer biliniyorlarsa bölge halkının yaklaşımlarının ne olduğu anlaşılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda kaçakçılara, bölge halkının kendilerine tutumları sorulmuş, bölge halkının kaçakçılığı benimsediği ve halkın nezdinde kaçakçılığın meşru bir aldığına yönelik cevaplar alınmıştır. İlçe halkı, gerek kaçakçılık yaparak gerekse de kaçakçılık ürünlerinden satın alarak doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bu illegal eyleme katılım sağlamaktadır. Bir görüşmecinin “*Burada halk değil de, memur kesiminin tutumu pek hoş değil*” yönündeki ifadesi, halkın nazarında kaçakçılığın meşru olduğu, ancak bölgeye görev icabı gelen doktor, hemşire, öğretmen, polis ve asker gibi yabancıların kaçakçılığı yadırgadığını göstermektedir.

## SONUÇ

Kaçakçılık eylemlerinin dünyanın her yerinde olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak, bu eylemlerin türü ve yoğunluğu ülkelerin ekonomik yeterliliklerine, sınır güvenlik tedbirlerine ve vergi politikalarına göre değişim göstermektedir. Kaçakçılık faaliyetleri ekonomik ve hukuki açıdan sıklıkla ele alınmakta, sosyolojik boyutu ise geri planda kalmaktadır. Bu çalışmayla Türkiye’deki kaçakçılık faaliyetleri, Ağrı ili Doğubayazıt ilçesi özelinde kaçakçılık yapan bireylerden elde edilen veriler bağlamında sosyolojik olarak ele alınmıştır.

Legal ekonomik faaliyetler yeterli olsun ya da olmasın kolay yoldan çok para kazanma isteği, kişileri illegal faaliyetlere sürükleyebilmektedir. İlk bakıldığında burada ciddi bir çelişki olduğu izlenimi uyanmaktadır. İlçede kaçakçılık faaliyetinin kolay değil, aksine oldukça tehlikeli olduğu gözlenmiştir. Bu tehlike, yakalanma ve hatta İran askerleri tarafından öldürülme riskini de taşımaktadır.

Bu duruma rağmen bu riskin göze alınmasının nedenleri mevcuttur. Bunlar;

- kaçakçılığın atadan kalma bir faaliyet (meslek) olması,
- bireylerin başka iş yapma konusunda yeterli bilgi ve özgüvene sahip olmaması yani “en iyi iş bildiği iştir” mantığı ile hareket etmesi,
- bölgenin ekonomik dinamiklerinin farklı bir iş yapma konusunda bireylere çok fazla alternatif sunmaması,
- kısa sürede yüksek oranda gelir elde edilmesidir.

Bu faaliyetlerin illegal olarak algılanmaması ve bölge halkının da arz edilen kaçak mallara talep göstermesi eylemin gerçekleşmesinde pekiştirici unsur olmuştur. Kaçak malların ilçe pasajlarını doldurması, kaçakçılık faaliyetinin ilçenin temel ekonomik dinamiklerinden biri olduğunu göstermektedir. Bölgede kaçakçılığa alternatif olabilecek yasal ekonomik dinamik olan hayvancılık, devletin yanlış politikalarından kaynaklı olarak alternatif olmaktan çıkmıştır.

Bir başka alternatif ekonomik dinamiğin, turizm olduğu anlaşılmaktadır. Ancak güvenlik problemleri yüzünden turizm de yeterli etkiyi yapamamaktadır.

## KAYNAKLAR

- Atasoy, A., Geçen, R., & Korkmaz, H. (2013). Siyasi Coğrafya Açısından Türkiye ( Hatay ) – Suriye Sınırı. *VII. Coğrafya Sempozyumu (18-19 Ekim 2012) Bildiriler Kitabı (2012):*, 107-119.
- Birdişli, F., & Gören, M. (2017). Bölgesel Güvenlik Kompleksi Teorisi Bağlamında Türkiye-İran Arasında Göç ve Sınır Güvenliği. *İran Çalışmaları Dergisi*, 1(2), 11–38. <https://doi.org/10.33201/iranian.350927>
- Campbell, H. (2008). Female drug smugglers on the U+S+-Mexico border: Gender, crime, and empowerment. *Anthropological Quarterly*, 81(1), 233–267. <https://doi.org/10.1353/anq.2008.0004>
- Deniz, O., & Doğu, A. F. (2008). Türkiye-İran Sınırı: Sınırın Coğrafi Durumu Ve Sınır Köylerimizin Sosyo-Ekonomik Yapıları. *Doğu Coğrafya Dergisi*, 13(19), 49–72. <https://doi.org/10.17295/dcd.78377>
- Gathmann, C. (2008). Effects of enforcement on illegal markets: Evidence from migrant smuggling along the southwestern border. *Journal of Public Economics*, 92(10–11), 1926–1941. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2008.04.006>
- GGM. (2013, 07 18). *Sınır Ticareti*. 04 28, 2018 tarihinde Gümrükler Genel Müdürlüğü: <https://ggm.gtb.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/ticari/sinir-ticareti> adresinden alındı
- Golub, S. S., & Mbaye, A. A. (2009). National Trade Policies and Smuggling in Africa: The Case of The Gambia and Senegal. *World Development*, 37(3), 595–606. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2008.08.006>
- Icduygu, A., & Toktas, S. (2002). How do Smuggling and Trafficking Operate via Irregular Border Crossings in the Middle East? Evidence from Fieldwork in Turkey. *International Migration*, 40(6), 25–54. <https://doi.org/10.1111/1468-2435.00222>
- Joossens, L., & Raw, M. (1995). Smuggling And Cross Border Shopping Of Tobacco In Europe. *BMJ: British Medical Journal*, 310(6991), 1393–1397. <https://www.jstor.org/stable/29727418%0AJSTOR>
- Kahya, D. Y. (2015). Suç Teorileri Işığında Türkiye’de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı. *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15(3), 159–178. <https://doi.org/10.18037/ausbd.38731>
- Kara, M. (2005). Ekonomik Etkileri Açısından Türkiye’deki Sınır Ticaretinin Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7(3), 60–79.
- Karabağ, S. (2015). *Sınır Ticaretinin Bölgesel Kalkınmadaki Etkileri*. [http://tucaum.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/280/2015/08/sem4\\_22.pdf](http://tucaum.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/280/2015/08/sem4_22.pdf)
- Koser, K. (2008). Why migrant smuggling pays. *International Migration*, 46(2), 3–26. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2435.2008.00442.x>
- Lakhdar, C. Ben. (2008). Quantitative and qualitative estimates of cross-border tobacco shopping and tobacco smuggling in France. *Tobacco Control*, 17(1), 12–16. <https://doi.org/10.1136/tc.2007.020891>

- Lovenheim, M. F. (2008). How far to the border?: The extent and impact of cross-border casual cigarette smuggling. *National Tax Journal*, 61(1), 7–33. <https://doi.org/10.17310/ntj.2008.1.01>
- Martin, P., & Miller, M. (2000). Smuggling and Trafficking: A Conference Report. *International Migration Review*, 34(3), 969–975. <https://doi.org/10.2307/2675952>
- Özcan, S., & Taş, H. Y. (2017). Sınır Ticareti Ve Bölgesel Girişimciliğin Ekonomik Gelişmeye Etkisi. *Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(15), 57–66. <https://doi.org/10.17828/yalovasosbil.372758>
- Özçiloğlu, M. & Sakar M. M. (2011). Sınır Ticareti Uygulaması Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi*, 6(1), 21–43.
- Öztürk, N. (2006). Türkiye’de Sınır Ticaretinin Gelişimi, Ekonomik Etkileri , Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2(3), 107–127.
- Özgen, H. N. (2004). *Sınır Kasabaları Sosyolojisi Projesi 2001-2004 Raporu*. 04 18, 2018 tarihinde Neşe ÖZGEN Kişisel Web Sitesi: <http://neseozgen.net/wp-content/uploads/26.pdf> adresinden alındı
- Özgen, H. N. (2005). *Sınırın İktisadi Antropolojisi: Suriye ve Irak Sınırında İki Kasaba*. 04 18, 2018 tarihinde Neşe Özgen kişisel web sitesi: <http://neseozgen.net/wp-content/uploads/27.pdf> adresinden alındı
- Roberts, B., Hanson, G., Cornwell, D., & Borger, S. (2010). *An Analysis of Migrant Smuggling Costs along the Southwest Border*. [https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/Smuggling Costs 2010.pdf](https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/Smuggling_Costs_2010.pdf)
- Sarızeybek, E. (2013). *Terör, Hudut, Kaçakçılık, Hesaplaşma*. İstanbul: Pozitif Yayıncılık.
- Spener, D. (2004). Mexican migrant-smuggling: A cross-border cottage industry. *Journal of International Migration and Integration / Revue de l'integration et de La Migration Internationale*, 5(3), 295–320. <https://doi.org/10.1007/s12134-004-1016-8>
- Tekin, F. (2012). Sosyolojik Açıdan Sınır: Derecik Örneği. *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 28, 27–48.



## THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW IN THE RISE OF AUTHORITARIAN REGIMES AND THE WITHDRAWAL OF DEMOCRACY

**Doç. Dr Mehmet GÜNEŞ**

Ufuk Üniversitesi Siyaset Bil. ve Ulus. İlişkiler Bölümü Genel Kamu Hukuku

ORCID: 0000-0003- 3285-3043

### ABSTRACT

There has been a remarkable rise in authoritarian regimes in the last ten years. These regimes are opposed to freedom and the used of political power unilaterally with oppressive methods contrary to participatory democracy. The number of such authoritarian regimes is increasing each day in the world that is not limited to certain geographies and regions. Democratic politics and governments which have slowed down since the 1990s have been replaced by authoritarian use of power. While there were fewer examples of such regimes in Far Asia, the Middle East, Africa, the Balkans, Eastern Europe, and South America, these types are more common today. The authoritarian regimes are classified by their distinctive features which are limited pluralism, non-free elections, controlled opposition, extreme nationalism, etc in their countries. Also, populist leaders and such regimes continue to gather supporters in countries where non-institutionalized political order is dominant. It is valuable to investigate the reasons for the rise of authoritarian regimes in a way that will affect regional stability and order outside their own countries. Although international law mostly includes a legal system that regulates the relations between states, it does not contain a regulation regarding the political regime preferences and non-democratic practices of the states. However, this situation gives an unfair advantage to the states that try to adapt international law to their own political methods and transform authoritarian regime practices into an international advantage. Therefore, it has been claimed that international law has recently become authoritarian due to the generalization of such regimes.

In this study, evaluation and comparisons will be made on the subject of international law whether does not open the door to authoritarian regimes. It will be ensured that the change and generalization of the international general public law in authoritarian regimes will be interpreted through the role of international law with current state examples.

**Keywords:** General Public Law, Authoritarian Regime, Democracy, International Law.

## OTORİTER REJİMLERİN YÜKSELİŞİ VE DEMOKRASİNİN GERİ ÇEKİLİŞİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ

### ÖZET

Özgürlük karşıtı olarak siyasi iktidarın katılımcı demokrasiye aykırı şekilde tek taraflı ve baskıcı metotlarla kullanılması olarak otoriter rejimlerde son on yılda kayda değer bir yükseliş görülmektedir. Dünyada sadece belirli coğrafya ve bölgelerle sınırlı olmaksızın bu tür otoriter rejimlerin sayısı gittikçe çoğalmaktadır. 1990'lardan itibaren hızı kesilen demokratik siyaset ve iktidarlar, yerini otoriter güç kullanımlarına bırakmıştır. Uzak Asya'da, Ortadoğu'da Afrika'da Balkanlarda, Doğu Avrupa'da Güney Amerika'da daha önceleri bu tür rejim örnekleri daha az sayıda iken günümüzde bu türlere daha çok rastlanır olmuştur.



Otoriter rejimler; sınırlı çoğulculuk, serbest olmayan seçimler, kontrollü muhalefet, aşırı milliyetçilik vb. ayırt edici özellikleri ile sınıflandırılmaktadır. Kurumsallaşmamış siyaset düzeninin hâkim olduğu ülkelerde popülist liderlerle bu tür rejimler taraftar toplamaya devam etmektedir. Kendi ülkeleri dışında bölgesel istikrar ve düzeni de etkileyecek şekilde otoriter rejimlerin yükselişinin sebeplerini araştırmak önem kazanmaktadır.

Uluslararası hukuk, çoğunlukla devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk sistemi içerse de devletlerin siyasal rejim tercihlerine ve demokrasi dışı uygulamalarına ilişkin bir düzenleme barındırmamaktadır. Ancak bu durum uluslararası hukuku kendi siyasal yöntemlerine uydurmaya çalışan, otoriterlik içeren rejim uygulamalarını uluslararası bir kazanıma dönüştüren devletlere haksız bir avantaj kazandırmaktadır. Dolayısıyla son zamanlarda uluslararası hukukun da bu tür rejimlerin genelleşmesi sebebiyle otoriterleştiği iddiaları ileri sürülmektedir.

Bu bildiri de; uluslararası siyasal sistemin bir parçası olan otoriter rejimlerin çoğalmasının uluslararası hukuku etkileyerek mi kendisine benzettiği yoksa uluslararası hukukun doğası gereği otoriter rejimlere kapı mı araladığı konusuna ilişkin değerlendirme ve karşılaştırmalar yapılacaktır. Güncel örneklerle uluslararası genel kamu hukukunun otoriter rejimlerdeki değişimi ve genelleşmeyi uluslararası hukukun rolü üzerinden yorumlaması sağlanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Genel Kamu Hukuku, Otoriter Rejim, Demokrasi, Uluslararası Hukuk.

## 1. INTRODUCTION

There has been a remarkable rise in authoritarian regimes in the last ten years. The number of such authoritarian regimes is increasing each day in the world that is not limited to certain geographies and regions. There were fewer examples of such regimes in Far Asia, the Middle East, Africa, the Balkans, Eastern Europe, and South America. Especially this is arresting in countries that have just transitioned to democracy. The most important reason of this situation is increased authoritarianism. The authoritarian regimes are classified by their distinctive features which are limited pluralism, non-free elections, controlled opposition, extreme nationalism, etc. in their countries. Authoritarianism is located in the opposite place to democracy. Also, it sometimes confused, not same as totalitarianism.

There are many different factors that describe authoritarian governments. They have not any clear and dominant state ideology and pluralism is not fully developed in their countries. In addition to this, authoritarian governments cannot lead to its people towards common goals and their power uses are limited for political purposes.

Academician political scientist who was especially known for his works about democratic and authoritarian governments, Juan Linz's frequently applied a definition (Linz, 2000) of authoritarian regimes which has three different conceptual features:

- (1) pluralism is limited unlike democracies and totalitarian regimes;
- (2) political participation is also limited. Likewise, there is little or no political determinism.
- (3) there is no legitimation of the system through a common and dominating ideology in country.

It is valuable to investigate the reasons for the rise of authoritarian regimes in a way that will affect regional stability and order outside their own countries. In this study, it will be focus on whether international law has an impact on the increasing of authoritarian regimes. In the other words, it is worth trying to understand what impact in rising authoritarianism will have on international law.

At first, it was thought that authoritarian states that were anti-democratic could be easily distinguished simply by fighting each other. However, autocratic regimes can always threaten international peace because of their intransigent leaders in the world.

## **2. THE RELATION OF AUTHORITARIAN REGIMES AND INTERNATIONAL LAW**

International law, which is insufficient to stop authoritarian regimes or to prevent their harmful behaviors, bears the characteristics of the Westphalian period when was the first emergence of the modern state. This approach has the equal sovereignty of all states, which have autonomy in deciding their forms of government.

Therefore, since it does not contain values that separate the democratic state from the authoritarian state and regulate their mutual relations in terms of international law, the possibility of the spread of authoritarianism increases. In other words, international law has formal neutrality position for all of the political regime types and mutual relations between them (Scott, 2018).

Although international law mostly includes a legal system that regulates the relations between states, it does not contain a regulation regarding the political regime preferences and non-democratic practices of the states. However, this situation gives an unfair advantage to the states that try to adapt international law to their own political methods and transform authoritarian regime practices into an international advantage. Therefore, it has been claimed that international law has recently become authoritarian due to the generalization of such regimes (Nguyen, 2020).

The relation between international law and authoritarian regimes as a subject is studied by some scholars. For instance, Professor of Political Science, Tom Ginsburg from University of Chicago Law School, has several articles about on this subject. And also, Senior Lecturer & Director Allen S. Weiner from Stanford Law School. And the other scholar is Professor Shirley V Scott from School of Humanities and Social Sciences, UNSW Canberra. For example, Tom Ginsburg argue that authoritarian regimes can claim various rights in their relations with liberal regimes, using the international law as a cover which are avoiding some of the criticisms directed at them (Ginsburg, 2020). In addition to this, authoritarian regimes has some strategies which include repurposing multilateral institutions and creating new norms, and seeking to assert jurisdiction over their critics abroad. Also in this issue, international law academician claims that authoritarians are using their influence not only to insulate their regimes from criticism, but also to actively reshape international legal standards in ways that advance their interests to other democratic regimes.

The authoritarian regimes, which have moved away from advocating an international legal design, now want their own practices unlike democratic principles to be adopted by other states in international system. For example, Russia and China which are two permanent members of the UN Security Council, frame themselves as the defenders of traditional international values—in contrast with the “rules-based order” promoted by Western foreign policy since the end of the Cold War. Both the People of Republic of China and Russia have a veto—as the authoritative framework for legitimate action when it comes to the use of force and coercion. “*Russia has become the chief wielder of veto power within the Security Council, often to the benefit of authoritarian allies such as Syria’s Bashar al-Assad*” (Weiner, 2020). Authoritarian regimes are using some powers to prevent important decisions from being made in international organizations.

Authoritarian regimes are revising the substance of international law. *“They are developing their own international organizations, which tend to be thinner than their democratic counterparts and sovereignty-reinforcing rather than sovereignty-eroding”* (Emmons, 2020).

Increasing of authoritarian states in the world will also weak international law usage. On this subject, authoritarian states are taking care of each other, they may *“serve to weaken the ability to hold states legally responsible for assisting other states in the commission of wrongful acts, a principle addressed in Article 16 of the Articles on State Responsibility”* (Scott, 2020). In addition to this, growing cooperation among authoritarian states may entrench international law’s preference for incumbent regimes in countries experiencing insurrectionary or secessionist political violence. They are making it difficult for international courts to make decisions about their selves.

As another problem in this subject, the growing role of authoritarian states in international order will narrow international expectations about the circumstances under which the United Nation’s Security Council that the world’s largest international authority may authorize forcible action pursuant to its norms authorities to halt humanitarian abuses perpetrated by a government against its own population.

Finally, *“authoritarian states in which nationalism is a powerful legitimating ideology pose a particular risk of pursuing aggressive foreign policies, including using force, in circumstances involving efforts to unify the national group or to defend co-nationals abroad from the threat of violence, real or perceived”* (Linos, 2020).

### 3. CONCLUSION

Ginsburg defines authoritarian international law as *“legal rhetoric, practices and rules specifically designed to extend the survival and reach of authoritarian rule across space and/or time”* (Ginsburg, 2020). Several academicians observe that the international law system was not as democratic as we had believed, while also suggesting possible ways to fight back. Some academicians’ essays warn us that *“the character of interstate relations will change as authoritarian states gain increasing influence and seek to subvert international efforts at democracy and human-rights promotion”* (Mallat, 2020).

Eventually, when using force willing by states in the solution of regional and international problems emerged, common international law will lose its position subsequently. At this point authoritarian states will want to create their own authoritarian international law. Therefore, in order to use the problem-solving side of international law, authoritarian regimes must not be allowed.

### REFERENCES

- Scott, S. V. (2018), “The Decline of International Law as a Normative Ideal”, Victoria University of Wellington Law Review, 49(4), 627–644, <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v49i4.5344>.
- Ginsburg, T. (2020), “Authoritarian International Law?”, American Journal of International Law, 114(2), 221-260, doi:10.1017/ajil.2020.3.
- Weiner, A. (2020), “Authoritarian International Law, the Use of Force, and Intervention”, AJIL Unbound, 114, 220-225. doi:10.1017/aju.2020.46.
- Ginsburg, T. (2020), “How Authoritarians Use International Law”, Journal of Democracy 31(4), 44-58. doi:10.1353/jod.2020.0054.

- Nguyen, T. (2020), "International Law as Hedging: Perspectives from Secondary Authoritarian States", *AJIL Unbound*, 114, 237-241. doi:10.1017/aju.2020.44.
- Emmons, C. (2020), "International Organizations: Enablers or Impediments for Authoritarian International Law?", *AJIL Unbound*, 114, 226-231. doi:10.1017/aju.2020.45.
- Linos, K. (2020), "Introduction to the Symposium on Authoritarian International Law: Is Authoritarian International Law Inevitable?", *AJIL Unbound*, 114, 217-219. doi:10.1017/aju.2020.42.
- Scott, S. (2020), "The Imperial Over-Stretch of International Law", *AJIL Unbound*, 114, 242-246. doi:10.1017/aju.2020.47.
- Mallat, C. (2020), "The Limits of Authoritarian International Law", *AJIL Unbound*, 114, 247-251. doi:10.1017/aju.2020.48.
- Linz, J. (2000), *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner Publishers, Colorado.

## YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ İDARİ YARGIDA GÖRÜNÜMÜ

**Dr. Öğr. Üyesi, Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR**

Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-3618-2104

**Hacı Şammas ALTAN**

Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0194-9042

### ÖZET

Devletin ve onun somut karşılığı olan idarelerin oluşum sebepleri, kamu ihtiyaçlarının karşılanması ve kamu düzeninin sağlanmasıdır. Kamu ihtiyaçları karşılanırken idare, hukuk devleti ilkelerine, kanunlara ve benzeri üst normlara uygun hareket etmek zorundadır. İdare ile kamunun karşılıklı etkileşimi sonucu ortaya çıkan ilişkilerde, kamu otoritelerinin üstün ayrıcalıklara sahip olması ve taraflar arasında eşitliğin olmaması sebebiyle kimi zaman yetkiler kötüye kullanılabilen veya hukuka aykırı işlem ve eylemler meydana gelebilmektedir. İdarenin işlem ve eylemleri aksi mahkeme kararlarıyla sabit oluncaya kadar mevzuata ve hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi denir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğu adi bir karine olup aksinin ispatı ise mümkündür. Hukuka uygunluğun sağlanmasında yürütme ve idarenin işlem ve eylemlerinde yargısal denetim olmazsa olmaz bir ilkedir. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin çeşitli müeyyideleri olmakla birlikte idari yargı organlarınca verilen iptal kararları bunlardan en önemlisidir.

İdarelerin işlemleri hukuka uygunluk karinesine göre tesis edildikleri an itibarıyla hukuka uygun olarak kabul edilmektedirler. Hukuka aykırılık iddiasında bulunan tarafın bunu somut delillerle ortaya koyması ve işlemin etkisinin ortadan kaldırılması için idari yargı mercilerinde iptal davası açması gerekmektedir. Ancak açılan bu iptal davası, icrai olan idari işlemin sonuçlarını derhal ortadan kaldırmamakta, dava sonuçlanıncaya kadar hakkı ihlal edildiğini ya da hukuka aykırı işleme maruz kaldığını iddia eden tarafın beklemesi gerekmektedir. İşte, bu aşamada yürütmenin durdurulması kararı devreye girmekte ve henüz iptal edilmeyen idari işlemi durdurarak, etkilerini tehir etmekte ve bu sayede kişilerin zarar görmesinin önüne geçilebilmektedir. Bu sebeple yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar nihai mahiyette olmayıp bir nevi önleyici tedbir kararı şeklindedir.

**Anahtar Kelimeler:** İdare, İdari İşlem, Yürütmenin Durdurulması.

## APPEARANCE OF THE DECISION OF STOPPING EXECUTION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

### ABSTRACT

The reasons for the formation of the state and its concrete counterpart, administrations, are to meet public needs and to ensure public order. While meeting the public needs, the administration has to act in accordance with the principles of the rule of law, laws and similar higher norms. In the relations that arise as a result of the mutual interaction of the administration and the public, due to the superior privileges of the public authorities and the lack of equality between the parties, sometimes powers can be abused or unlawful transactions and actions can occur. Transactions and actions of the administration are considered in accordance with the legislation and law until the contrary is confirmed by court decisions. This is called the presumption of legality of administrative acts. The legality of administrative acts is an ordinary presumption and it is possible to prove the contrary. This is called the presumption of legality of administrative acts. The legality of administrative acts is an ordinary presumption and it is possible to prove the contrary. Judicial review is an indispensable principle in the actions and actions of the executive and administration in ensuring compliance with the law. Although there are various sanctions for the unlawful acts of the administration, the annulment decisions made by the administrative judicial bodies are the most important of them.

The transactions of the administrations are considered to be in accordance with the law as of the moment they are established according to the presumption of legality. The party alleging illegality must demonstrate this with concrete evidence and file an action for annulment in administrative jurisdictions in order to eliminate the effect of the transaction. However, this action for annulment does not immediately remove the consequences of the administrative action, which is enforceable, and the party claiming that its right has been violated or that it has been exposed to unlawful action must wait until the lawsuit is concluded. Here, at this stage, the stay of execution decision comes into play, and by stopping the administrative action that has not been canceled yet, it delays its effects and thus people can be prevented from being harmed. For this reason, the decisions regarding the stay of execution are not of a final nature, but in the form of a kind of preventive injunction.

**Keywords:** Administration, Administrative Action, Suspension of Execution.

### GİRİŞ

Hukuk devletinin gereği olarak idarenin eylem ve işlemlerinde genel, objektif, soyut ve evrensel hukuk kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla tesis ettiği işlem ve eylemlerde hukuku üstün tutmalı, kamu menfaati idare edilenlerin hukuk karşısında sahip olduğu hakların çiğnenmesine hiç bir zaman gerekçe olarak gösterilmemelidir. Vazgeçilemez norm hukukun üstünlüğüdür ve yürütme organları da hukuka bağlı kalarak kamu menfaatini bu bağlamda tesis etmekle mükelleftir.

İdarenin işlem ve eylemleri aksi mahkeme kararlarıyla sabit oluncaya kadar mevzuata ve hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi denir. İdare bu hukuka uygunluk karinesine dayanarak işlem ve eylemlerini yürütmektedir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğu adi bir karine olup aksinin ispatı ise mümkündür.



Hukuka uygunluğun sağlanmasında yürütme ve idarenin işlem ve eylemlerinde yargısal denetim olmazsa olmaz bir ilkedir. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin çeşitli müeyyideleri olmakla birlikte idari yargı organlarıncaya verilen iptal kararları bunlardan en önemlisidir. Ancak iptal kararları hakkın yerine getirilmesinde zaman ve zarar yönetimi açısından her zaman işlevsel olmayabilir. Daha doğru bir anlatımla iptal davalarında uyulması gereken usul ve süreler dava konusu işlemin iptalini geciktirerek iptal kararını uygulanamaz hale getirebilmektedir. Bunun nedeni idarenin ve idari işlemlerin devamlılık arz etmesi gerekliliğidir. Her idari işleme dava açıldığında işlemlerin kendiliğinden durması durumu söz konusu olur ise idari işlemler sekteye uğrayarak idarenin ve işleyişin devamlılığı ilkesi zarar görecektir. Bu nedenle de idari işlemlerin iptali yönündeki kararların etkisiz kalmasını önlemek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumunun geliştirildiği söylenebilir.

Devlet idaresi, kendisine yüklenen görev ve verilen yetkileri kullanırken, özel hukuk kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. İdarenin özel kişiler karşısında sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklar kamu gücünden kaynaklanmaktadır<sup>1</sup>. İdare işlem ve eylemlerinde kamu gücünün verdiği kudretle kamu yararını gerçekleştirilmektedir.

Mahkemenin somut bir gerçeklik göstermemesi, bireylerin mahkemelere olan güvenini sarsmakta, adeta mahkemeye dava açmakla boşuna uğraş içine girmiş olduğu hissi oluşturmaktadır. Bu hissini oluşumuna fırsat verilmemesi adına ve iptal davalarında verilecek kararın etkisiz kalmasını önlemek adına da yürütmenin durdurulması kavramının geliştirildiği söylenebilir.

İdari işlemlerin bir diğer özelliği icrai oluşudur. Bir idari işlemin icrai oluşu, idari işlemin hareket ve uygulama sürecinde oluşu demektir. İdarenin icrai işlemlerine karşı mevzuata ve hukuka aykırılık sebebiyle dava açılabilir. Ancak dava açılmış olmakla icra durmuş veya gecikmiş olmamaktadır. Bunun gibi dava açılmış olmasıyla birlikte hukuka uygunluk ve doğruluk karinesi de ortadan kalkmamaktadır. İdarenin işlemlerinin hukuka aykırılığı ancak görevli ve yetkili mahkemelerce verilen iptal kararları ile tespit edilebilir. Bu tespite kadar geçen süreçte hukuka aykırı işlemlere karşı idare edilenleri korumak maksadıyla, icrai bir nitelik taşıyan işlemin icrasının tehir edilmesi gerektiğinden, yürütmenin durdurulması müessesesi ortaya çıkmış ve hukuk dünyasında yerini almıştır.

İdari yargıda dava açılması veya temyiz ya da istinaf yoluna gidilmesi, aksi kanunda düzenlenmiş olmadıkça, davaya konu edilen idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz. Ancak, taraflardan birinin yürütmenin durdurulması talebinde bulunması halinde bu durum söz konusu olabilir<sup>2</sup>. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararı, idari yargı merciince verilen bir karar ile bir idari işlemin uygulanmasının dava sonuna kadar ertelenmesidir. Böylece icrai bir nitelik taşıyan idari işlem yürütmenin durdurulması kararına yapılacak itiraz kabul edilinceye kadar veya iptal kararı verilinceye kadar uygulanmaz.

Yürütmenin durdurulması kurumu, vatandaşın idarenin kamu kudretine haiz olmasından doğan üstünlüğüne karşı bir koruma vasıtası olduğu gibi, davacının uğraması muhtemel zararların önlenmesi manasına geldiğinden idarenin ileride tazminata mahkûmedilmesini de önleyeceği söylenebilmektedir. Sonuçları bakımından iki yönlü fayda sağladığı görülen yürütmenin durdurulması hem işlemi tesis eden idareyi hem de işleme maruz kalan davacıyı korumaktadır.

<sup>1</sup>Günday Metin, “İdare Hukuku”, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004, s.16,17.

<sup>2</sup> Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.2 (İdari Yargılama Hukuku), 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 1071.

Ayrıca hukuk düzeninin zedelenmesi engellenerek kamu düzeni de korunmuş olmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle, genel olarak yürütmenin durdurulması kavramı açıklanmaya çalışılacak, daha sonra yürütmenin durdurulması kurumunun varoluş sebepleri üzerinde durulacak, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli şartlar ele alınacak, yürütmenin durdurulması kararlarının türleri ile karara karşı itiraz usulüne ilişkin değerlendirme yapılarak, yürütmenin durdurulması kararlarının sonuçları ile yerine getirilmesi ele alınacaktır.

## **1. GENEL OLARAK YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI**

### **1.1.Yürütmenin Durdurulması Kararının Tanımı**

Yürütmenin durdurulması kararı, idari niteliği haiz bir davada davacının talebi üzerine, mahkemenin yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yönünde karar vermesi sonucu, bir idari işlem ya da idarece alınmış bir kararın uygulanmasının dava sonuna kadar ertelenmesi olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Başka bir anlatımla idarenin yargı önünde hukuka aykırı olduğu ileri sürülen işleminin maddi ve hukuki hayatta hüküm ve sonuç doğurmasının yargı kararıyla askıya alınmasıdır.

Yürütmenin durdurulması kararı: idari davalarda dava konusu işlemin hiç tesis edilmemiş gibi varsayılması ile mevcut durumun eski haline getirilmesine olanak sağlayarak, dava sonunda çıkacak karara kadar işlemin uygulanmasını geciktiren bir karar türüdür. Bu bağlamda durdurma kararından sonra verilecek nihai karara göre işlem yeniden canlanabilir veyahut verilecek ret kararıyla kaldığı yerden devam edebilir. Yürütmenin durdurulması kararı, İYUK'un 27/2. ve Anayasa'nın 125/5. maddelerinde düzenlenen, bu nedenle hem yasal hem de anayasal bir kurum niteliğine sahip bir müessesedir<sup>4</sup>.

#### **1.1.1. Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Varoluş Sebepleri**

##### **1.1.1.1. İdari Dava Açmanın Yürütmeyi Durdurmayacağı İlkesi**

İdari mercilerce alınmış bir karar veyahut tesis edilmiş bir işlem aleyhine idari yargı mercilerinde dava açılmış olmasının kanunda aksi öngörülmedikçe o idari kararın yürütülmesini durdurmayacağı idare hukukuna egemen olan ilkelerdendir. Ancak mahkeme açıkça yürütmenin durdurulmasına veya işlemin iptaline karar verdiği takdirde o kararın yürütülmesi durdurulur. Mahkemenin bu yolda bir kararı yoksa ve kanunda emredilmemişse yürütme durdurulamaz. Bu ilke İdari Yargılama Usulü Kanunu 27. maddede açıkça ortaya konulmuştur; Danıştay'da ve idare mahkemelerinde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz<sup>5</sup>. Ancak idari yargının bir kolu olan vergi mahkemelerinde açılan davalarda koşullar sağlandığında dava açılmasıyla, yürütmenin durdurulması kararı alınmaksızın tahsil işlemi durmaktadır.

<sup>3</sup> Turhan Kasapoğlu Mine, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, 2012, s.1-37 (Basım Yılı: 2013), s.2.

<sup>4</sup> Tetik Talha Ahmet, "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Telafisi Güç ya da İmkânsız Zarar Kavramı ve Uygulanmakla Etkisi Tüklenen İdari İşlemler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2): 708-723 (2020), s.709.

<sup>5</sup> Gözübüyük A. Şeref, "Yönetmelik Yargı", Turhan Kitabevi, Ankara 2002,s.451.

Dava açılmasının işlemin yürütmesini durdurmayacağı ilkesinin mutlak şekilde uygulanması önemli sakıncalar doğurmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararının olmadığı düşünüldüğünde işlem ne kadar hukuka aykırı olursa olsun, yargı yerinin kararına kadar uygulanmaya devam edecektir. Davaların uzun sürmesi gerçeği de buna eklenince, sonuç daha da ağırlaşmakta ve fiilen ve hukuken telafisi imkansız zararlar meydana gelebilmektedir.

Ayrıca bazı işlemler uygulamakla etkisini tüketmektedir ve sonrasında verilen iptal kararı işlevselliğini yitirerek sadece tam yargı davasında idare aleyhine bir kanıt olarak sunulacak bir unsur halini alabilmektedir<sup>6</sup>. Bu yönüyle yürütmenin durdurulması kararı idareyi nihayetle tazminatla sonuçlanabilecek bir külfetten de kurtarabilmektedir. Bu sakıncaların giderilmesi için tazminat ödenmesi, idari yargının çabuklaştırılması, iptal kararının geriye yürütmesi yöntemleri ileri sürülmüşse de, bunlar amacı gerçekleştirmeye pek elverişli olmamaktadır. Bu sakıncaları önlemenin en etkin yolu, yürütmenin durdurulması kararının verilmesi yöntemidir. Zira yürütmenin durdurulması kararı kanunilik ve hukuka uygunluğu dava sonuna kadar askıya alarak, etkili bir koruma vazifesi görmektedir.

### **1.1.1.2. İdari Dava Açmanın Yürütmeyi Durdurmayacağı İlkesinin Dayandığı Esaslar**

#### **1.1.2.1. İptal Davasının Objektif Niteliği**

İptal davasının objektif nitelikte oluşu, iptal davası neticesinde verilen kararın sadece somut uyuşmazlık için değil, benzer tüm uyuşmazlıklar için geçerli olması anlamına gelmektedir. İşlemin hukuk sistemi içerisinde objektif hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırılmaktadır.<sup>4</sup> İptali istenen idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ancak belli koşullarda karar verilebilir. Başka bir deyişle yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi ancak ve ancak kanunda öngörülmüş şartların katıyetle gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

#### **1.1.2.2. İdarenin Kamu Yararı Amacı**

İdarenin işlem ve eylemlerinde tek bir amacı vardır, o da kamu yararının yerine getirilmesidir. İdarenin işlem ve eylemlerinde kamu yararı dışında bir amaca hizmet etmesi yetki saptırmasını doğurur. İdare düzenli, süratli, istikrarlı ve verimli bir şekilde çalışarak kamunun ihtiyaçlarını karşılamakla mükelleftir.

İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı mercilerinde açılacak davaların idari işlemin yürütülmesini kendiliğinden durduracak olması düşünülemez; böyle bir halde idare işlevselliğini kaybeder, felce uğrar ve çalışamaz hale gelir. Oysa idarenin düzenli, süratli ve istikrarlı çalışması gerekmektedir. Yerli yersiz, haklı haksız her dava üzerine idari faaliyetin felce uğraması kamu yararına aykırılık teşkil ettiği gibi şahsi menfaatler kamu yararının tesisine kural tanımaz bir şekilde engel olur. Ancak yine de idare, işlem tesis ederken, bunun yasalara ve hukuka uygun olmasına dikkat etmek durumundadır. Kamu hizmetlerinin sekteye uğratılmaması, kamu yararının zarara uğratılmaması gözetilirken, kişilerin özel yararı tamamen göz ardı edilmemeli, telafi edilmeyecek zararlara uğratılması önlenmelidir.

#### **1.1.2.3. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi**

İdari ve yargısal otoritelerin ayrılığı ve birbirlerine karşı bağımsızlığı ilkesi gereğince, yargı mercileri idareyi bir işlemi tesis etmeye veya onu ortadan kaldırmaya zorlayamaz ya da onun yerine geçerek yürütme işlemi niteliğinde kararlar alamazlar

<sup>6</sup> Tetik, s.717.

İdari davanın açılması üzerine yürütmenin de kendiliğinden durması, idari makamların tüm işlemlerinde yargısal makamlara bağlı olması sonucunu doğurur ki idareyi tek başına hareket edemez hale getirir<sup>7</sup>.

#### 1.1.2.4. İdari İşlemin İcraîliği İlkesi

İcraîlik idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla mevcut hukuk düzeninde hüküm ve sonuçlar doğurmasıdır. Bu anlamda bir idari işlemin hukuk düzeninde etkisi anidir ve derhal uygulanabilme kabiliyetindedir. İdari işlemin bu niteliği gereği de dava açılması işlemin yürütülmesini durdurmaz.

İlgililer önce idari işlemleri uygular daha sonrasında hukuki yönden değerlendirmesinin yapılmasını talep edebilirler. İdari işlemin uygulanabilmesi için öncelikle hukuka uygun olduğu tespit edilip sonrasında işlemin gereğinin yapılması yolu tercih edilemez. Böyle bir yol izlenmesi halinde kuvvetler ayrılığı ilkesi, icraîlik ilkesi ve hukuka uygunluk ilkesi çiğnenmiş olur<sup>8</sup>.

İdari merciler kamu gücü kullanmak üstünlüğüne ve yetkisine sahiptir; bununla da tek yanlı işlemler yapabilmek ve bunları resen ve cebren uygulayabilmek yeteneğini kendisinde toplamıştır. İdarenin işlem ve eylemlerinde iradelerin eşitliği değil, kamusal iradenin üstünlüğü ilkesi geçerlidir. İdari işlemlerin icraî olmasının doğal sonucu olarak; idare kendi iradesini ilgili kişilere empoze etme imkânına kavuşur<sup>9</sup>.

#### 1.1.2.5. Hukuka Uygunluk Karinesi

İdari işlemlerin bir diğer özelliği hukuka uygunluk karinesi taşımalarıdır. Başka bir deyişle, her idari işlem iptal edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir ve bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Yargı yerinin, yönetimin aldığı kararın hukuka uygunluğunu saptamasına gerek yoktur. İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanır, aksini iddia edenin bunu yargı mercilerince tespit ettirmesi gerekmektedir.

## 2. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

### 2.1. Esasa İlişkin Şartlar

İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasına göre “ *Danıştay veya idari mahkemeler idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.*<sup>10</sup>” Kanun metninde yer verildiği üzere yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için muhtemel bir zararın doğması ve açıkça hukuka aykırı olma şartları aynı anda gerçekleşmelidir. Şartlardan birinin varlığı yeterli değildir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 4001 sayılı kanun ile değişikliğinden önce, bu iki şartın ne şekilde birlikte gerçekleştiğinin gerekçede gösterilmesi gerektiği yer almaktaydı.

<sup>7</sup> Özay İl Han, “Günüşğında Yönetim”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s.325-327.

<sup>8</sup> Çağlayan Ramazan, “İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması”, Asil Yayınları, 2004,.s.60,

<sup>9</sup> Gözler Kemal, “ İdare Hukuku”, Eki,n Yayinevi, Bursa 2009 s.673-674.

<sup>10</sup> [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), Erişim Tarihi: .

Bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu gibi yürütmenin durdurulması kurumunu da fiilen uygulanmaz hale getirdiği öğretide vurgulanmakta iken Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin yeni bir sınır getirmediğini, yeni bir anlatım getirdiğini gerekçe göstererek Anayasaya uygun bulmuştur<sup>11</sup>. 4001 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile iki şartın bir arada gerçekleşmesi halinde, gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulması kararının verilebileceği düzenlenmiştir.

### **2.1.1. Açık Hukuka Aykırılık Şartı**

Bir idari işlemin kesin olarak hukuka aykırı olduğunun anlaşılabilmesi için çoğuzaman yargılamanın sonucunu beklemek gerekmektedir. Bilindiği gibi, hukuka aykırılık iptal davasının esasına ilişkin bir koşuldur ve bunun ilk bakışta ya da başta anlaşılabilmesi ancak yetki unsuruna ilişkin ve çok açık tecavüzlerde veya yokluk halinde mümkündür.

İdari işlemlerin yetki, şekil, konu, sebep, maksat yönünden hukuka uygun olup .olmadığı araştırmasını yapan yargı yerinin, dava konusu işlemin saydığımız hususlardan bazıları açısından hukuka aykırı olduğunu çoğu zaman dosya tekemmül etmeden tespit etmesimümkün değildir<sup>12</sup>. Bu sebeple, hukuka aykırılıktan, hâkimin mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak, özel bir araştırma yapmaksızın ilk bakışta anlayabileceği türden bir aykırılığı anlamak gerekir. Burada sözü edilen hukuka aykırılık, yalnızca kanuna ve mevzuata aykırılık hali değildir. Hukuka aykırılık kanuna ve mevzuata aykırılığı da kapsayan daha geniş bir kavram olup eşitlik, adalet, hak ve nefaset kurallarını da içine alan bir kavram olarak anlaşılması gerekir.

### **2.1.2. Telifisi Güç veya İmkânsız Zararların Doğması Şartı**

Telifisi güç ya da imkânsız zarar, dava konusu işlemin tesisinden önceki halin geri gelmesini mümkün kılmayacak durum manasına gelmektedir. İdari işlemin yürütülmesi, dava sonunda verilecek iptal kararını etkisiz kılacaksa, ortada telifisi güç ya da imkânsız zarar var demektir<sup>13</sup>. Örneğin;3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesine göre yıkım kararının uygulanması halinde dava sonucunda verilecek iptal kararı eski halin iadesini sağlayamaz. Yürütmenin durdurulmasının şartı olarak ilerde doğacak telifisi güç veya imkânsız zarar, idarenin uğrayacağı zarar değil, hakkında idari işlem yapılan kişinin uğrayacağı zarardır.

Yürütmenin durdurulmasında amaç, iptal kararının geriye yürür biçimde etki yapmasına engel olabilecek durumları ortadan kaldırmaktır. Yani, dava sonunda elde edilen iptal kararının anlamsız kalmasını engellemektir<sup>14</sup>.

Nitekim Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 2016/538 Esas sayılı dosyasında, İmar Kanununun 32. maddesine göre verilen bir yıkım kararının hukuki incelemesi yapılarak, "Uyuşmazlıkta, yıkım ve para cezasına esas alınan yapı tatil zaptında her ne kadar söz konusutaşınmazda "ruhsat eki projelerine aykırı olarak yaklaşık 366 m2'lik alanın kapatılmaksuretiyle ruhsat hilafına kapalı alan oluşturulduğundan bahisle 3194 sayılı Kanunun 32. ve 42. maddeleri uyarınca işlem tesis edilmiş ise de, tutanakta, ek alanla ilgili detayın ortayakonulmadığı, para cezasının hesaplanmasına esas alınacak; aykırılığın niteliği, yapıların sınıfıve grubu ile uygulanan artırım sebeplerini gösteren somut ve ayrıntılı tespitlerin yapılmadığıgibi, yıkım ve para cezasına konu yapı ve imalatların açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.06.1991 T., E.90/20,K.91/17, <http://www.hukukturk.com/anayasamahkemesi-kararlari>, Erişim Tarihi: 15.07.2021..

<sup>12</sup> Aslan Zehreddin, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması", Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s.48-49.

<sup>13</sup> Özay, a.g.e, s.449.

<sup>14</sup> Candan Turgut, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi", Yaklaşım Dergisi, Yıl 2, S.22, 1994 s.32.



belirlenmediği, bu durumda; 3194 Sayılı İmar Kanunu'na uygun olarak düzenlenmeyenyapı tatil tutanağına dayalı olarak tesis edilen yıkım ve para cezasında hukuka uyarlı bulunmadığı, öte yandan, dava konusu işlemin uygulanmaya devam etmesi halinde davakonusu yapı yıkılacağından telafisi imkansız zararların doğacağı açıktır.” şeklinde gerekçebelirtilerek yapının yıkımına ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir<sup>15</sup>.

## 2.2. Usule İlişkin Şartlar

### 2.2.1. Açılmış Bir Dava Olması Şartı

Yürütmenin durdurulabilmesi için, yargı yerinden ya dava ile birlikte ya da dava açıldıktan sonra yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması gerekir. Dava açılmadan yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz. Dava açıldıktan sonra hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabilir

Danıştay Altıncı Dairesi bir kararında dava açılmadan yürütmenin durdurulması istenilen bir dosyada yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. “6785 Sayılı Yasa'nın 20. maddesi'ne göre para cezası alınması hakkında belediye encümenince verilen kararın yürütülmesinin durdurulması istemini kapsayan dilekçenin; olayda ihtilaf konusu idari eylem veya işlem hakkında dava açılmadan yürütmenin durdurulması istendiği....anlaşıldığından....reddine karar verilmiştir.”<sup>9</sup>

### 2.2.2. Yürütmenin Durdurulması Talebi

Yürütmenin durdurulması kararı istem üzerine verilir. İdari yargı mercileri kendiliğinden yürütmenin durdurulması kararı veremez. Mahkeme taleple bağlıdır, davacının isteminden fazlasına hükmedemez<sup>16</sup>.

Yürütmenin durdurulması kararı verilen dosyalar öncelikle incelenir. Burada söz konusu olan öncelik, davanın karara bağlanmasından önceki aşamaya ilişkin yargısal işlemlere yöneliktir. Dosya, esas hakkında karar verilecek hale öncelikle getirilir ve öncelikle karara bağlanır. Bu kural yalnız tetkik hâkimini değil, Danıştay Savcısını da bağlar<sup>17</sup>. Hatta mahkeme kalemlerinde yapılacak işleri de içine alır.

Yürütmenin durdurulmasında özel tebligat yöntemi olarak yürütmenin durdurulması istemli davalarda İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen tebligat süreleri kısaltılabileceği gibi, tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir. Uygulamada bu yöntem daha çok, istek hakkında karar verilmeden önce karşı tarafın savunmasının alınmasına veya ara kararı ile bazı hususların sorulmasına gerek duyulduğu hallerde başvurulmaktadır.

## 3. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ TÜRLERİ

### 3.1. Ret Kararı (YD Ret)

İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesindeki şartlar birlikte gerçekleşmediği takdirde yürütmenin durdurulması talebi reddedilir<sup>18</sup>; ancak şu da belirtilmelidir ki yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararı davanın esastan da ret edileceği anlamına gelmemektedir.

<sup>15</sup> Danıştay Altıncı Dairesi, 23.02.1973 T.,E.972/4673,K.973/751, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 10.07.2021.

<sup>16</sup> Güçlü Yaşar, “Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 282.

<sup>17</sup> Gözübüyük/Tan, a.g.e., s.968.

<sup>18</sup> Kılınç Bahadır, “Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, Adil Yayınevi, Ankara 1998, s.52.



Sadece kanun hükmünde belirtilen yürütmenin durdurulması şartlarının oluşmadığı anlamına gelir.

Kastamonu İdare Mahkemesi 2017/2111 Esas sayılı sınır dışı konulu dava dosyasında; “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin, 6352 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisigüç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği, yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkansız zararların neler olduğunun belirtilmesinin zorunlu olduğu, 3. fıkrasında ise; dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istemin reddedebileceğinin hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden yukarıda anılan 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde öngörülen şartların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından” demek suretiyle davacının yürütmenin durdurulması isteminin reddi yönünde karar vermiştir<sup>19</sup>.

### **3.2. Yürütmenin Durdurulması İsteminin Davalının Savunması Alındıktan Sonra veya Bilirkişi İncelemesi Yapıldıktan Sonra İncelenmesi**

Dava dosyasını inceleyen hakim veya mahkeme heyeti dava konusu işlemdeki hukuka aykırılığın var olup olmadığı kanaatine dava dilekçesi ile ulaşamadığı takdirde savunmayı da değerlendirme yolunu tercih edebilir<sup>20</sup>.

Öte yandan hakimın hukuki bilgisini aşan teknik bilgiyi gerektiren hallerde yürütmenin durdurulması isteminin karşılanabilmesi için öncelikle keşif ve bilirkişi incelemesine karar verilebilir. Örneğin; teknik bilgi gerektiren imar planı, parselasyon ve ÇED raporlarına ilişkin uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması sıklıkla uygulanan bir usuldür. Bu yöndeki mahkeme kararlarına emsal verilecek olursa;

Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 07/06/2018 tarihli ve 2018/530 Esas sayılı dosyasında yapı yaklaşım sınırlarına uyulmaması gerekçe gösterilerek mevcut imar planının iptali istemiyle açılan bir davada; “davanın durumuna ve olayın niteliğine göre yürütmenin durdurulması isteminin keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması ve bilirkişi raporu alınmasının ardından yeniden değerlendirilmesine” denilerek değerlendirme yapılmıştır.

### **3.3. Savunma Alınıncaya Kadar Kabul Kararı**

Uygulamada idari yargı yerleri yürütmenin durdurulmasını savunma alınıncaya ya da keşif ve bilirkişi incelemesi sonuçlanıncaya kadar da verebilmektedirler. Bu durumlarda yargı yerleri daha ilk incelemede işlemde hukuka aykırılık olabileceği kanaatiyle işlemin yürütülmesi halinde giderilmesi güç veya imkânsız zararların doğacağını göz önünde bulundurarak yürütmenin durdurulması kararı verebilmektedir. Bazı hallerde yürütmenin durdurulması isteminin savunmaya kadar kabul kararından sonra gelen savunma neticesinde yürütmenin

<sup>19</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 15.07.2021.

<sup>20</sup> Güçlü, a.g.e,s.285.

durdurulması isteminin reddine karar verilebilmektedir<sup>21</sup>. Yani savunmaya kadar kabul kararı mahkemeyi aksi yönde karar verme bağlamında etkilememektedir. Bu yönde verilen kararların mahiyetlerine bakılacak olursa genellikle tahliye, yıkım ve işyeri kapatılması gibi işlemlerin olduğu dikkat çekmektedir. Bunun nedeni ise yasal savunma süresi içerisinde davacının mağduriyetine sebep olacak durumların engellenmesi ve hukuki gerçekliğin ortaya çıkmasının beklenmesidir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.maddesinde bu duruma bir istisna getirilerek kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği ile geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerden olmadığı belirtilmiştir.

Örneğin; Kastamonu İdare Mahkemesi davacının kiracısı olduğu Karabük Üniversitesi Teknoloji Fakültesi Fuaye alanından 2886 Sayılı Yasa'nın 75. maddesi uyarınca tahliye edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan 2018/624 Esas sayılı dava dosyasında "*dava konusu işlemin tahliyeye ilişkin olması ve uygulanması halinde telifisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilmeye kadardava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına*" şeklinde karar vermiştir<sup>22</sup>.

### **3.4. Yürütmenin Durdurulması İsteminin Kabulü Kararı**

İdari yargı yerlerince yürütmenin durdurulması istemli dosyalarda bahsi geçen her iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulması istemi kabul edilir<sup>23</sup>. Kabul kararı gerekçelendirilerek ayrıntılı bir biçimde yazılır.

Yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin kararlar konuları itibariyle çok fazla çeşitlilik göstermektedirler. Emsal nitelikteki mahkeme kararları ile hangi durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verildiği daha net anlaşılabilir.

Örneğin; uzman erbaş kursiyeri olarak görev yapmakta iken sözleşmesi feshedilen bir kişi tarafından açılan davada Kastamonu İdare Mahkemesi davacının sözleşmesinin feshedilme sebeplerini re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde araştırarak, 2017/1267 Esas sayılı dosyada "*Uyuşmazlıkta, uzman onbaşı olarak görev yapan davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı gerekçesiyle sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin işlemi tesis eden komisyonun, davacı ile birlikte çalışan sicil amirlerinden oluştuğu ve sicil amirlerinin takdir hakkını eşit, adil, objektif ve hizmet gereklerine uygun kullanarak "olumsuz" görüş bildirdiği gerekçe olarak gösterilmekte ise de davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasını gerektirecek nitelikte somut bilgi ve belgelerin ortaya konulmadığı, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasına neden olan asıl sebebin ise davacının FETÖ/PDY müzahirinde Kaynak Holding bünyesinde faaliyet gösteren N-T isimli firmada Sosyal Güvenlik Kurumu kaydının bulunmasının gösterildiği, anılan hususun Mahkememizce İl Emniyet Müdürlükleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan arakararlar ile ayrıntılı bir şekilde araştırıldığı, yapılan araştırma üzerine 22/08/2014-08/09/2014 tarihleri arasında olmak üzere davacının N-T firmasında "satış elemanı" unvanı ile yalnızca 18 günlük bir çalışmasının tespit edildiği, bunun dışındaki çalışmalarının hiçbirinin FETÖ/PDY Terör örgütü ile bağlantısı bulunan işyerlerinde geçmediği, yapılan işin niteliği de göz önünde bulundurulduğunda "satış elemanı" olarak yalnızca 18 günlük bir çalışmanın tek başına davacının FETÖ/PDY örgütü ile irtibatlı/iltisaklı olduğuna karine teşkil etmeyeceği, dolayısıyla*

<sup>21</sup> Kılınç, a.g.e, s.54.

<sup>22</sup> www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 16.07.2021.

<sup>23</sup> Aslan, a.g.e, s.61.

*sözleşme fesih işlemine gerekçe gösterilemeyeceği, öte yandan kursiyerlik görevine alınma sürecinde hakkında herhangi bir olumsuzluk bulunmayan ve eğitimini başarıyla tamamlayan davacının göreve devam edeceği hususunda haklı beklentiye gireceği, aksine bir düşüncenin ise kişinin kamu hizmetini yürütümüne engel olacağı ve Anayasa ile güvence altına alınan kanunilik ve eşitlik ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği açık olduğundan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>24</sup>* demek suretiyle sözleşmenin feshine ilişkin işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

#### **4. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARINA KARŞI İTİRAZ USULÜ**

İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 6. fıkrası<sup>25</sup>nda getirilen düzenleme ile “Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idari mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hakimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye, kararın tebliğini izleyen gündün itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebileceği, itiraz edilen mercilerin dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorunda olduğu ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu” hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İtiraz mercilerine, itirazın reddine veya kabulüne karar verildikten sonra itiraz merciinin verdiği kararın kaldırılması için yapılan başvuru, bu mahkemelerce verilen kararların kesin olduğu gerekçesiyle incelenmeksizin reddedilmiştir. Öte yandan bu kararlara karşı Danıştay’a temyizen başvurulması da mümkün değildir<sup>26</sup>.

Yürütmenin durdurulması kararlarına karşı öngörülen bu itiraz yoluna İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20.maddesinde düzenleme altına alınan “ivedi yargılama usulüne tabi davalarda” bir istisna getirilmiştir. Anılan Kanun’un ilgili maddesine göre; ivedi yargılama usulüne tabi davalarda yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verilen kararlara itiraz edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla verilen kararlar kesindir.

#### **5. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ SONUÇLARI VE YERİNE GETİRİLMESİ**

##### **5.1.Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Sonuçları**

Yargı mercilerince ikame karar, yani idarenin yerine geçilerek karar verilemeyeceği genel bir idare hukuku kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari yargı mercileri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararıyla hukuk düzeninde icrai karar ile oluşan değişiklik askıya alınmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararıyla, işlemlerin idare tarafından re’sen ve fiilen icra olunabilme imkânı ve kuvveti durdurulduğu gibi hukuka uygunluk karinesi de durdurulmaktadır. Bunun yanında, bu karar öncelikle, hukuk düzeninde ve uygulamada hiç mevcut olmayan yepyeni bir durum yaratmamakta öncelikle esasen mevcut olan bir hukuki ve fiili durumu iade etmek gibi bir sonuç yaratmaktadır<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 16.07.2021.

<sup>25</sup> www.mevzuat.gov.tr, Erişim Tarihi: 18.07.2021.

<sup>26</sup> Güçlü, a.g.e, s.290-291; Aslan, a.g.e.,s.50.

<sup>27</sup> Kılınç, a.g.e, s.94

Yürütmenin durdurulması isteminin kabulü kararı iptal kararı gibi sonuç doğurur<sup>28</sup>. Dava konusu işlem hiç tesis edilmemiş kabul edilir. Ancak kararın içeriğini iyi teyit etmek gerekir.

Örneğin; İdare Mahkemelerince okul müdürlerinin değerlendirme notlarının düşük olması sebebiyle müdürlük görevlerine devam ettirilmemelerine ilişkin bir çok davada İdare Mahkemeleri tarafından dava konusu işlemlerin yürütmesini durdurulmuş fakat kararların içeriğinde değerlendirmenin hukuka aykırı olarak yapıldığını ve yeniden bir değerlendirmeye tabii tutulması gerektiği şeklinde karar verildiğinden okul müdürleri görevlerine iade edilmeyerek tekrar bir değerlendirme tabii tutulmuş ve yapılan yeni değerlendirmeler üzerine sadece yeterli puan alan davacılar okul müdürlüğü görevlerine iade edilmişlerdir<sup>29</sup>.

## 5.2. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Yerine Getirilmesi

Mahkeme kararı olduğundan şüphe bulunmayan yürütmeyi durdurma kararı üzerine, yürütme organının ve idarenin Anayasal görevi; bu karar, yeni bir yargı kararıyla ortadan kaldırılincaya veya dava sonuçlanıncaya kadar, idari işlemde önceki hukuksal durumu derhal yerine getirmekten ibarettir

Yargı kararlarının bağlayıcılığı açısından idarenin durumu özellik göstermektedir. Yasama ve yargı organlarının yargı kararı ile bağılıkları daha çok edilgendir. Bu organlar yargı kararlarını tartışamayacak, onlara uyacak ve hukuksal gerçekliklerini tanıyacaklardır. İdareyse, aynı biçimde verilen karara bağlı olmasına ek olarak çoğu kez bunları uygulama görevini de birlikte yüklenecektir.

Anayasamızın 138. maddesinin son fıkrası "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*" hükmünü getirmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrası da bu görüşe uygun bir hüküm getirmiştir. Buna göre "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, en geç otuz gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.*"

Yukarıda anılan hükümler karşısında yargı kararlarının idarece yerine getirilmesi zorunluluğu açıkça ortaya çıkmaktadır<sup>30</sup>. Bir mahkemeden yargısal nitelikte verilen her kararın yerine getirilmesi ve mahiyetinin münakaşa edilmemesi gerekir. Yürütmenin durdurulması kararları da tüm yargı kararlarında olduğu gibi uyulması zorunlu ve herkes için bağlayıcı yargı kararlarıdır. Tüm yargı kararlarında olduğu gibi kesinleşmiş ve kesin olarak verilen kararlar derhal uygulanır.

Yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmesi için idarenin bazen işlem tesis etmesi zorunlu olabilir, örneğin emekli edilmiş ve yerine bir başkası atanmış olan kimsenin iptal davası üzerine verilen yürütmenin durdurulması kararı ile eski durumun geri gelebilmesi için yönetimin bunu sağlayacak bazı işlemlerde bulunması lazımdır.

<sup>28</sup> Uler Yıldırım, "İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları", Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.4.

<sup>29</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 20.07.2021.

<sup>30</sup> Sarıca Ragıp, "Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması", Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1966, s.20.; Aslan, a.g.e., s.112.

İdare Hukukuna özgü ve yasalarla düzenlenmiş olan yürütmenin durdurulması müessesesini fiilen işlemez duruma getirmeyi, hükümsüz ve etkisiz bırakmayı amaçlayan bütün çabalar da hukuki esaslara uygun olmadığı gibi, Anayasa ve yasa hükümlerine de aykırı bir durum yaratır<sup>31</sup>. Yargı kararlarının yanlış veya eksik uygulanması üzerine ilgililer bu işlemlerin iptali istemiyle dava açabilirler. Örneğin, Kahramanmaraş İdare Mahkemesince 2016 yılı içerisinde verilen bir karara bakacak olursak<sup>32</sup>;

Kahramanmaraş İli, ... İlçesi, ..... Anadolu Lisesinde okul müdürü olarak görev yapmakta iken Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik ekinde yer alan "görev süreleri uzatılacak eğitim kurumu müdürleri değerlendirme formu" gereğince yapılan değerlendirme sonucunda düşük puan alarak başarısız sayılması ve bu nedenle müdür olarak görev süresinin uzatılmamasına ilişkin işleme karşı açılan davada Gaziantep Bölge İdare Mahkemesince verilen dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması yönündeki karar üzerine, davalı idarece mahkeme kararının uygulanması suretiyle tesis edilen ancak davacının yeniden yapılan değerlendirme neticesinde bu kez ... puan verilmek suretiyle yine müdürlük görev süresinin uzatılmamasına ilişkin olarak .... tarihinde tesis edilen işlemin; idarelere tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, kamu yararı ile sınırlı olduğu, sübjektif değerlendirme yapıldığı, kazanılan mahkeme kararının uygulanması şeklinde tesis edilen işlemin objektiflikten uzak olduğu aynı hatalı değerlendirmenin sürdürüldüğü ileri sürülerek iptali istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada: İdare Mahkemesince;

*"Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi'nce verilen ....tarih ve E:2015/... sayılı yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde "bazı kriterlerin olumsuz olarak değerlendirilmesinin ancak somut bilgi ve belge ile ortaya konulabileceği halde herhangi bir veri ortaya konulmadığı, benzer değerlendirme kriterlerine yönelik olarak değerlendiriciler tarafından farklı ve çelişkili değerlendirmeler yapıldığı, dolayısıyla anılan formun davacı hakkındanesnel, somut ölçme ve değerlendirme kriterlerine dayanmadan objektiflikten uzak, soyut ve dayanaksız olarak doldurulduğu anlaşıldığından davacının değerlendirme sonucunda başarısız sayılmasına ilişkin işlem ile bu işleme dayalı olarak müdürlük görev süresinin uzatılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı" belirtilmiş olup, buna göre yeniden yapılacak değerlendirmede yalnızca "hayır" olarak değerlendirilen kısımlar açısından değerlendirme yapılması, ve fakat, daha önce "evet" olarak değerlendirilen kısımlar açısından olumsuz değerlendirme yapılacak ise buna ilişkin somut bilgi, belge ve verinin bütün açıklığıyla ortaya konulması gerekirken, bu kez daha önce "evet" olarak değerlendirilmiş kriterlerin bir kısmının "hayır" şeklinde, hayır olan kısımların evet olarak bir değerlendirmeye tabi tutulduğu ancak buna ilişkin somut herhangi bir bilgi ve belgenin ortaya konulmadığı, dolayısıyla mahkeme kararından sonra yapılan değerlendirme sonucu düzenlenen değerlendirme formunun objektif esaslara uygun olarak düzenlenmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması kararında belirtilen gerekçelere aykırı olarak başka bir deyişle yargı kararını etkisiz bırakma sonucunu doğuracak nitelikte tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir<sup>33</sup>" şeklinde kurulan hükümlerle idarenin, mahkemece verilmiş yürütmeyi durdurma kararını hukuku dolanarak uygulamamasına müsaade etmemiştir.*

<sup>31</sup> Kılınç, a.g.e, s.94

<sup>32</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 21.07.2021.

<sup>33</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 22.07.2021



Mahkemece alınan kararlar ile idari işlem den önceki hukuki durum tekrar tesis edilmeli ve eğer verilen karar neticesinde idarenin yeni bir işlem yapması gerekli ise hak ve nesafet kurallarına uygun bir biçimde hareket edilmelidir.

## SONUÇ

İptal davaları idarenin kamusal ve üstün gücüne karşı bir denge unsuru olması dolayısıyla hukuk devletinin, idarenin hukuka bağılılığının ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin garantisini oluştursa da bazen bu garantörlüğü sağlamada gecikmekte ve yargılama neticesinde verilen karar hakkın tesisinde yeterli olmamaktadır. Bu nitelikte idurumlarda idarenin tesis ettiği işlemin yürütmesinin durdurulmasıyla davacının hakkının zayi olmasının önüne geçilebilme imkânı doğmaktadır.

Yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması veya uygulanmasının güçleştirilmesi idare karşısında savunmasız olan vatandaşın korunması gereken hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınmaması sakıncasını doğurur. Bu sebepledir ki mahkemelerin yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları emredicidir ve uygulanmaması halinde idarenin ve uygulayıcı kamu görevlisinin şahsi kusuru ile müeyyidelendirilmiştir.

İdarenin işlemlerinin yargısal denetiminde, hukuk devleti olmanın ilk ve öncelikli koşulunun gerçekleşmesindeki etkin konumuyla yürütmenin durdurulması yaygın özellikleri ve gündem oluşturan işleviyle hukuk ortamına ve idari yargıya zenginlikler ve olumlu eklemeler getirmeyi sürdürerek, hukuka olan güveni arttırmaktadır. Ancak yürütmenin durdurulması kararlarının doğru ve tam uygulanmasıyla kararlar etkinliğini gösterecek ve hakkın yerine getirilmesi, haksızlıkların önüne geçilmesi mümkün olacaktır. Bu bağlamda emsal gösterilen yargı kararlarında görüleceği üzere yürütmenin durdurulması kurumu ve işletilmesi büyük önem arz etmekte ve ivedi şekilde hakkın sahibine teslim edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır.

## KAYNAKÇA

ASLAN Zehreddin, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması” Alfa Yayınları, İstanbul 2001.

CANDAN, Turgut, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi", Yaklaşım Dergisi, Yıl 2, S.22, 1994.

ÇAĞLAYAN Ramazan, “İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması”, Asil Yayın Dağıtım, İstanbul 2004.

GÜÇLÜ, Yaşar, “Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

GÖZLER, Kemal, “İdare Hukuku”, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, “İdari Yargılama Hukuku” Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

GÜNDAY Metin, “İdare Hukuku”, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004.

KILINÇ, Bahadır, “Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, Adil Yayınevi, Ankara 1998.

ÖZAY İl Han, “Günüşğında Yönetim”, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

SARICA, Ragıp, “Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması”, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1966.

ULER Yıldırım, “İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları”,Sevinç Matbaası, Ankara1970.

<http://www.kazanci.com.tr>.

<http://www.hukukturk.com/anayasamahkemesi-kararlari>

<http://www.mevzuat.gov.tr>.

## THE DOCTRINE OF MARGIN OF APPRECIATION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Dr. Eray Sinan Demirhan**

Gaziantep University, Faculty of Law

ORCID: 0000-0002-6186-8925

### ABSTRACT

According to the European Court of Human Rights, (hereinafter referred to as ‘the Court’ or ‘the ECtHR’) there is no common interpretation of morality in the member States of the Council of Europe. For this reason, the member States have been allowed to exercise the discretion to establish a proper balance between individual rights and public morality. This means that issues regarding public morals have been left to the discretion of the member States by reference to the margin of appreciation doctrine. Indeed, the rationale for the doctrine can be described as follows: morally sensitive matters should be handled by the member States since the national authorities are in a better position (“better position rationale”) than an international tribunal to make a proper and fair assessment. Consequently, the doctrine of margin of appreciation has been developed as a method of interpretation of public morality cases under the European Convention on Human Rights.

However, the doctrine has been criticised for its lack of clarity and inconsistent application by the ECtHR. It has been argued that the doctrine lacks coherent application in the case-law of the ECtHR. This incoherent application in the Court’s reasonings can cause legal uncertainty, which can undermine the Court’s legitimacy. Therefore, the doctrine of margin of appreciation has been subject to criticism since its inconsistent application by the ECtHR. This research is intended to shed some light on the Court’s inconsistent application of the doctrine of margin of appreciation.

**Keywords:** European Convention on Human Rights, International Human Rights Law, Margin of Appreciation, Individual Rights, Public Morality

## **EUROPEAN CONSENSUS AND THE INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

**Dr. Eray Sinan Demirhan**

Gaziantep University, Faculty of Law

ORCID: 0000-0002-6186-8925

### **ABSTRACT**

The concept of European consensus is used by the European Court of Human Rights (hereinafter, referred to as ‘the Court’ or ‘the ECtHR’) in the interpretation of the European Convention on Human Rights (hereinafter, referred to as ‘the Convention’ or ‘the ECHR’). This concept might be considered as a general agreement among the Member States of the Council of Europe concerning the content of the European Convention on Human Rights. The concept of consensus as a method of interpretation provides a specific solution to a complex human rights issue if such a solution is recognised by the majority of the member States. This method entails that the content of the Convention rights ought to be decided based on the member States’ general agreements. Hence, by relying on the concept of consensus, the Court tend to support the member States’ majoritarian practices and understandings to justify its decisions.

However, the use of consensus as a method of interpretation of the Convention can be criticised for its majoritarian approach. Indeed, this method might be incompatible with the idea of the universality of human rights as it ignores the universal moral values. By resorting to the concept of consensus, the ECtHR denies the moral foundations of human rights. This research is intended to provide a critical examination for the Court’s use of the concept of European consensus in the interpretation of the Convention.

**Keywords:** European Court of Human Rights, Human Rights Law, European Consensus, Legal Theory, Morality and Law

## **POSITIVE OBLIGATIONS FOR PROTECTION OF INDIVIDUAL PRIVACY AND FAMILY LIFE IMPOSED ON THE CONTRACTING COUNTRIES BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

**Res. Assist. Dr. Cansu Büşra ÖLMEZ**

Selcuk University Law Faculty, Department of Constitutional Law

ORCID: 0000-0003-3998-3962

### **ABSTRACT**

Protection of individual privacy and family life within the scope of the European Convention on Human Rights are determined within the framework of two articles (Article 8 and Article 12). Article 8 states that every individual has the right to be respected in terms of his individual privacy and family life, residence and communication. Article 12 states that every man and woman at marriageable age has the right to marry and establish a family pursuant to the national legislation regulating the exercising of these rights. In addition, Article 8 stands in the centre of the issue both in theory and practice within the framework of the regulation of both rights. Although the Convention has brought forth a negative obligation in terms of respecting the state regarding the protection of individual privacy and family life, it is concluded in the judicial decisions of the European Court of Human Rights that the contracting states have also a positive obligation to protect both rights. In this line, it is also an outstanding and significant matter that the richest and largest jurisprudence of the European Court of Human Rights on positive obligation is within the scope of respect to the private life and family life, which is protected under the Article 8. Because, the Court frequently refers to the doctrine of positive obligations within the scope of Article 8 in relation to frequently experiencing aggrievement especially in terms of protection of private life and family life. Due to the fact that it is such an important matter, in this study, the concept of positive obligation was explained and the positive obligations imposed on the contracting states within the framework of the Court's judicial decisions on the protection of individual privacy and family life were elaborated.

**Key Words:** Private Life, Family Life, Negative Obligation, Positive Obligation

### **INTRODUCTION**

The foundation of human rights is the understanding of protecting the individual against illegitimate interventions of the state and third parties. While the negative nature of human rights was emphasized under the impact of this understanding until the 20th century, it has been accepted today that classical rights cannot be attained only by the state's non-intervention, remaining neutral to the rights, in other words, fulfilling its negative obligation. Since the 20th century, the view that the state has some positive obligations regarding the attainment of rights has gained weight and has become a common understanding both in doctrine and practice. With the adoption of this understanding, the idea that the state has only positive obligations towards social and economic rights has been abandoned, and the conception that the state can also have positive obligations in terms of classical rights has been emphasized.

The legal basis of the concept of positive obligation, which requires the state to take a positive action in terms of the protection of human rights, is included in Article 1 of the ECtHR. Determining the content of the concept of positive obligation has been possible with the case

law of the ECHR. Discussed in this declaration, the right to respect for private and family life, is at the forefront of the rights in which the concept of positive obligation is addressed, as it has a comprehensive content, and is one of the rights with a rich jurisprudence.

Although the right to respect for private and family life is one of the classical rights that can be realized without the need for state intervention, the framework of the positive obligations of the states that are parties to these rights is drawn with the decisions of the ECtHR.

## **1. SCOPE OF THE RIGHT TO PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE IN THE ECHR**

The ECHR regulates the protection of private and family life in Article 8. While the rights protected are expressed in the first paragraph of this article, the scope of the right is revealed by drawing the legitimate limits of the interference with these rights in the second paragraph. Paragraph 1 of Article 8 states that “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Paragraph 2 states that “interference by a public authority with the exercise of this right shall only be permitted if such interference is prescribed by law and is necessary in a democratic society for national security, public safety, the economic well-being of the country, the protection of order, the prevention of crime, the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others. may occur in case of precautionary measures”. Article 8 explicitly and distinct from other provisions (Articles 9-11) mentioned the right to privacy and respect for family life<sup>1</sup> and stated that the obligator of this right is the state<sup>2</sup>. Due to this obligation undertaken by the state, it has been accepted that the states party to the decisions of the ECtHR have some positive obligations in terms of effectively benefiting from this right, apart from not interfering with this right<sup>3</sup>. However, the fact that the concepts such as private life and family life guaranteed in the Convention do not have a specific content and boundaries, made it difficult to determine the scope of the provision as well<sup>4</sup>. Accordingly, it has become difficult to determine the limits of positive obligations, which are indicated by the concept of respect in the article. The ambiguity of the expression of respect and accordingly the concept of positive obligation was interpreted constructively by the ECtHR and used by expanding the obligation of the state<sup>5</sup>.

It is obvious that the concept of private life should be defined in order to determine the scope of the right to respect for private life and to determine the positive obligations that states must fulfill in order to realize this right. However, the Convention refrained from defining the concept of private life<sup>6</sup>. The European Court of Human Rights, which is the enforcer of the European Convention on Human Rights, also conscientiously avoided defining private life.

---

<sup>1</sup> HARRIS, D.J./O’BOYLE, M./WARBRICK, C.M., Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2009, p.341.

<sup>2</sup> DİNÇ, Güney, Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Korunması) Paneli, TBB Yayınları No.154, Ankara, 2008, p.15.

<sup>3</sup> GÖZÜBÜYÜK, Ş./ GÖLCÜKLÜ, F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, p.349.

<sup>4</sup> GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, p.349; UZGÖREN, Orhan, Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme, (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. madde ile İlgili Sorunlar), İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu 26-27 September 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, p. 472.

<sup>5</sup> UZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, p.162.

<sup>6</sup> JACOBS, F./ WHITE, R./ OVEY, C., The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford University Press, 2010, p.173; BURBERGS, M., How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born, Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights (Ed. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, p.323; HERINGA, A., W., / ZWAAK, L., Right to Respect for



It revealed in its decisions that private life is wider than the area of secrecy and that it is neither possible nor necessary to be defined<sup>7</sup>. This concept has been dynamically interpreted by the ECtHR, and it is accepted that the scope of the concept can be expanded in parallel with social and technological developments. The concept of private life is generally understood to be synonymous with the concept of privacy. However, private life has a wide and diverse scope that cannot be reduced to the privacy of the person and cannot consist of it. The social life of the individual, that is, his relations with the outside world, is also included in the concept of private life<sup>8</sup>. In fact, business life/professional life<sup>9</sup> as well as personal commercial activities<sup>10</sup> are also included in the scope of this concept. In addition to these, the identity of the person, physical and biological integrity, personal data, sexual identity and esteem of the person are also considered included in the scope of private life within the framework of the ECtHR jurisprudence.

## **2. OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE UNDER THE ECHR**

### **A. Negative Liability vs. Positive Liability Distinction**

The concept of negative obligation means that the state does not interfere with the rights and freedoms of the individual and remains neutral before those rights. In the classification of Jellinek, who made the classical classification of rights, personal immunity refers to the type of obligation imposed on the state against personal rights and freedoms such as personal security, inviolability of home, freedom of thought, and right to privacy. However, limiting the concept of negative obligation to the state's passivity and not taking any action against rights and freedoms is not sufficient for the attainment of personal rights and freedoms. Because, within the scope of negative obligation, it also imposes on the state the obligation to make the necessary legal arrangements that will enable individuals to benefit from their rights and freedoms effectively. The primary typology of obligation under the right to respect guaranteed under Article 8 is negative obligation<sup>11</sup>. The state should interfere as little as possible in the private lives of individuals and should not prevent them from developing their personalities as they desire.

Positive obligation, on the other hand, states that the state must take some positive actions in order for the individuals to attain their rights and freedoms<sup>12</sup>. Although there is no consensus in the literature on the definition of positive obligation, the common denominator in all of them is that they bring forth the states the obligation to act<sup>13</sup>.

---

Privacy, (Ed. P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn, L. Zwaak), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed, Oxford, 2006, p.664.

<sup>7</sup> Niemietz v. Germany, App. No: 13710/88, 16.12.1992, §29; Pretty v. the United Kingdom, Appl. No: 2346/02, 29/04/2002, § 61; Peck v. the United Kingdom, Appl. No: 44647/98, 28.01.2003, § 57.

<sup>8</sup> Von Hannover v. Germany (No.2) [GC], Appl. No: 40660/08 60641/08, 07.07.2012, § 95; Niemietz v. Germany, Appl. No: 13710/88, 16.12.1992, § 29; Botta v. Italy, Appl. No: 21439/93, 24.02.1998, § 32.

<sup>9</sup> Fernandez Martinez v. Spain, [GC], Appl. No: 56030/07 12/6/2014 § 110; Barbulescu v. Romania, [GC] Appl. No: 61496/08, 05/09/2017, § 71; Antovic and Mirkovic v. Montenegro, Appl. No: 70838/13, 28.11.2017, § 42.

<sup>10</sup> Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], Appl. No: 931/13, 27.06.2017, § 130.

<sup>11</sup> Kroon and Others v. the Netherlands, Appl. No: 18535/91, 27.10.1994, § 31; Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, Appl. No: 9718/03, 26.07.2011, § 48.

<sup>12</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Olumlu (Pozitif) Yükümü, Polis Dergisi, Issue 37, October- November-December 2003, p.2.

<sup>13</sup> BORELLI, S., Positive Obligations of States and the Protection of the Human Rights, Interights Bulletin, Volume 15, Issue 3, 2006, p.101.

In the past, the term of positive obligation has been used to highlight the differences between social and economic rights and personal and political rights. Although it is separated as obligations that require the action of the state as opposed to negative obligations, today this definite distinction has drawn to an end. In this sense, positive obligation expresses a break with classical protection principles, which states that states only refrain from violating the rights of individuals. Therefore, states have to ensure that some reasonable and appropriate measures are taken as well as non-intervention in order for the rights they guarantee to be attained<sup>14</sup>.

In this respect, it is an accepted fact in today's human rights doctrine that the right to respect for private and family life, which is one of the personal rights, cannot be realized by the state's non-interference and adopting a negative attitude, and that the state must take a positive action in some cases<sup>15</sup>.

## **B. Positive Obligations and the Horizontal Effect of Convention**

Positive obligation theory supports the tendency to broaden the scope of the Convention to include private relationships between individuals, calling this the horizontal effect<sup>16</sup>. The positive obligations of the states against the actions of third parties in the jurisprudence of the ECtHR are best expressed on the basis of the indirect horizontal effect theory<sup>17</sup>. Within the scope of the positive obligations undertaken by the state under Article 8, positive actions in the form of preventing rights violations in relations between individuals are also included<sup>18</sup>. In the light of horizontal effect theories, the positive obligations of the state have been expressed in different ways in the doctrine. Starmer has identified the horizontal obligations of the state as creating an effective legal framework, preventing violations, providing information and advice on violations, responding to violations, and providing resources to individuals to prevent violations<sup>19</sup>. Gemalmaz, on the other hand, asserted that the state's obligations are to produce legislation, to operate the mechanisms and procedures established by the legislation, to investigate, prosecute, prosecute and impose sanctions, and to take preventive measures<sup>20</sup>.

One of the problems encountered within the framework of the horizontal effect of the convention is to what extent the state will be held responsible for the violations of third parties. It can be said that the direct responsibility of the state does not arise if the violations of the right to respect for private and family life arise from horizontal relations.

---

<sup>14</sup> MARGUENAUD, J. P., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 September, TBB Yayınları, Ankara, 2004, p.50.

<sup>15</sup> KABOĞLU, İbrahim, Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa Yansıtılması Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Volume XII, 1994, p.239.

<sup>16</sup> AKANDJI-KOMBE, Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 1. Baskı, Belçika, 2008, p.14.

<sup>17</sup> DIJK, Peter Van/ HOOF, G. J. H. Van; Theory and The Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1998, p.23.

<sup>18</sup> MOWBRAY, Alastair R., The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hurt Publishing, Oxford, 2004, p.3; XENOS, Dimitris; The Positive Obligation of the State under the European Convention on Human Rights, Routledge Research in Human Rights Law, 2012, p.2.

<sup>19</sup> STARMER, K., Positive Obligations under Convention, (Ed. Jeffrey Jowell QC, Jonathan Cooper), Understanding Human Rights Principles, Hart Publishing Oxford, 2001, p.146-147.

<sup>20</sup> GEMALMAZ, S., Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, p.97.

Here, the responsibility of the state is manifested in the form of preventing the violation and imposing sanctions on those who commit the violation. If the state has taken the measures expected of it, for example, has provided the necessary legal guarantees, it should not be held responsible for the violation.

The state should fulfill its positive obligations to prevent horizontal violations by taking necessary measures in educational, economic, administrative, etc. issues, as well as providing the necessary legal guarantees within the scope of the right to respect for private and family life as a part of the context of its horizontal obligation<sup>21</sup>. Especially in such horizontal violations, the state should take preventive measures within the scope of positive obligations where the negative obligation of the state is not sufficient among the context of personal rights<sup>22</sup>.

### **3. POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE WITHIN THE FRAMEWORK OF ECtHR JURISPRUDENCE**

#### **A. Positive Obligations of the State within the Scope of Right to Respect to Privacy**

Within the scope of the right to respect to privacy, the positive obligations of the states-parties come to the fore in the areas of recognition of the identity of the person, attacks on the physical and psychological integrity, medical interventions, protection of the esteem and personal data of the individuals. For example, in terms of naming the child, in cases where the name given to the child is not deemed appropriate by the public authorities for any reasonable cause, even if the ECtHR has guaranteed the parent's right to choose the child's name under Article 8, it has not imposed positive obligations by taking into account the best interests of the child and keeping the margin of appreciation of the party state<sup>23</sup>. This being said, while it is true that the Court is interested in extending the guarantees of the Convention to persons with different sexual identities, homosexuals, transsexuals, etc. the Court has mainly – in fact only – applied the theory of positive obligations to protect this category. The Court, subject to the recognition of the legal status of transsexuals, placed the individual interest above the public interest in recognizing the name change. Although a wide margin of appreciation is extended to the states-parties to the solution of the problems arising from the implementation in the national system of the recognition of sexual identities, it is accepted that the demands for the choice of name in accordance with the gender identity within the framework of the national population laws are within the scope of the positive obligations of the states<sup>24</sup>.

The right to be informed about one's origins and past is one of the areas where the state has positive obligations within the framework of the right to respect to privacy. States-parties have a duty to ensure that individuals have access to information about their origin. In other words, the Court states that everyone has the right to determine the details of their individual identities. The state has a positive obligation to correct the misregistration when adequate and relevant grounds for incorrectly recorded information about a person's ethnic origin are presented<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> POROY, M. A., Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği, İstanbul Barosu Dergisi, Volume LXXX, Issue 3, 2006, p. 1011.

<sup>22</sup> BAHÇECİ, Barış, Özel Hayata Saygı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları ile, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2007, p.518.

<sup>23</sup> ROAGNA, Ivana, Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights Council of Europe Human Rights Handbooks Council of Europe, Strasbourg, 2012, p.17.

<sup>24</sup> Rees/United Kingdom, Appl. No: 9532/81, 17.10.1986.

<sup>25</sup> Ciubotaru/ Moldova, Appl. No: 27138/04, 27.4.2010, § 59.

The right to know one's biological origin, as well as the parent's right to protect their privacy by keeping their identities private, can sometimes be in conflict. If the person who will benefit from the right to learn about his/her biological origin is a child, in this case, in accordance with the child's best interests, the state should both provide legal assurance to the child and take the necessary measures to find out about his/her biological origin<sup>26</sup>.

The state's positive obligation to protect the physical and psychological integrity of the person manifests itself in cases where it does not carry out an effective investigation. It emerges at the juncture of making effective legislation, judging, applying sanctions and taking the necessary inspection and control measures at the point of preventing the physical and psychological integrity of individuals from the interventions of third parties<sup>27</sup>. In the same way, it is accepted that the state has positive obligations in the form of taking the necessary measures and enacting effective legal regulations in order to protect the reputation of the person<sup>28</sup>, as well as the right to privacy and personal data<sup>29</sup>, from the interventions of both public power and third parties.

### **B. Positive Obligations of the State in the Scope of the Right to Respect for Family Life**

Within the scope of the right to respect for family life, the positive obligations of the state arise in the legal recognition of family ties and the prevention of domestic violence. In the context of this right, positive obligation basically expresses that the state should take action to legally recognize family ties, ensure the reunification of family members, and protect family life and children. Violence against women is usually perpetrated by third parties. Within the scope of positive obligations, the state has positive obligations in preventing violence against women and children, investigating, prosecuting, taking punitive actions and eliminating grievances<sup>30</sup>.

### **4. FIELD OF APPLICATION OF THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE IN REGARDS TO RIGHT TO PRIVACY AND RESPECT FOR FAMILY LIFE**

One of the rights that the margin of appreciation doctrine has an intense application area is the right to privacy and respect for family life<sup>31</sup>. Article 8 having a wide scope of application, has led the states parties to be entitled to a wide margin of appreciation. However, the rate at which the margin of appreciation is entitled varies depending on the rights and cases regulated by this article. It is possible to say that among the rights protected under the relevant article, the margin of appreciation is narrow in matters related to the existence or identity of the person, and in cases where the states parties determine a uniform application<sup>32</sup>.

The ECtHR has accepted that the margin of appreciation doctrine does not entitle an unlimited margin of appreciation to the states-parties, and that states are responsible for fulfilling their obligations under the Convention. In the case of Article 8, the ECtHR has determined the final decision-making authority as to whether an interference with one of the rights of the Convention is justified under paragraph 2 of Article 8.

---

<sup>26</sup> Ebru- Tayfun Engin Çolak/ Turkey, Appl. No: 60176/00, 30.5.2006.

<sup>27</sup> ARSLAN ÖNCÜ, G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, p.56.

<sup>28</sup> Von Hannover/ Germany, Appl. No:59320/00, 24.6.2004.

<sup>29</sup> K.U/ Finland, Appl. No:2872/02, 2.12.2008.

<sup>30</sup> ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları, MHB, Volume 32, Issue 2, 2012, p.23.

<sup>31</sup> ŞİRİN, Tolga, Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı, Anayasa Hukuku Dergisi, Volume II, Issue 4, 2013, p.372.

<sup>32</sup> ARSLAN ÖNCÜ, p.381.

Therefore, from this statement, the understanding that the margin of appreciation of the states-parties should be considered together with the ECtHR audit emerges<sup>33</sup>.

One of the cases where the ECtHR applies the doctrine of margin of appreciation in cases before it is to evaluate whether the state party has made the necessary effort to fulfill its positive obligations under the relevant article<sup>34</sup>. Within the framework of the expression of respect in the relevant article, the states-parties have the freedom to choose the means and measures to fulfill their positive obligations. As a result of this, it can be said that the states-parties have discretion in terms of how they will fulfill their positive obligations.

When the case law of the ECtHR is evaluated within the scope of the relevant article, it is accepted that the states-parties do not have a margin of appreciation in matters such as the acceptance of the legal status of transsexuals and the absence of gender discrimination regarding the right to surname. It can be said that the states-parties have a very narrow margin of appreciation in matters related to the internal elements of private life, the protection of personal data, the confidentiality of correspondence between lawyers and clients, and the right to adoption of homosexuals<sup>35</sup>.

As a result, it can be said that the margin of appreciation of the states-parties within the scope of the right to privacy and respect for family life varies according to the interest in question. The Court frequently expresses in its decisions that the margin of appreciation of states is quite limited, especially in cases dealing with the basic elements and values of private life.

## CONCLUSION

The purpose of Article 8 of the ECHR is primarily to protect the individual against arbitrary interference by public authorities. However, the attainment of the rights guaranteed in this article does not only compel the state to refrain from such interventions. In addition to the main negative obligation, this requires the fulfillment of positive obligations, the fulfillment of which is functional for an effective respect for family and private life. In this sense, the doctrine of positive obligation expands the spectrum of protection of human rights.

The positive obligation doctrine constitutes a problematic area in the context of the right to privacy and respect for the family life. First of all, the main problem is experienced at the point of drawing the boundaries of this area, which is quite wide in scope. In practice, this problem is tried to be solved by thoroughly examining each concrete case. Considering the nature of the interest involved in each case, the Court examines whether the states-parties fulfill their positive obligations for the realization of the right. In this context, the failure of the states-parties to fulfill their positive obligations usually occurs when the necessary legal legislation is established to protect this right, but the executive power does not take the necessary measures to ensure the right or the judicial organs do not act in accordance with the provisions of the Convention. In such cases as well, the administrative and judicial authorities should take the necessary measures to ensure that the right is not violated, that the necessary sanctions are applied in case of the violation and that the violation does not occur again. In some other cases, the fact that legal measures have been taken does not show that these measures are effective. It is essential that deterrent sanctions are foreseen within the scope of the right to protect the family, especially in the context of violence against women and children.

---

<sup>33</sup> KILKELLY, Ursula, The Right to Respect for Private and Family Life, Human Rights Handbooks, No. 1, Germany, 2003, p.12.

<sup>34</sup> KILKELLY, p.11.

<sup>35</sup> ŞİRİN, p.373.



## BIBLIOGRAPH

- AKANDJI-KOMBE, Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına ilişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 1. Baskı, Belçika, 2008.
- ARSLAN ÖNCÜ, G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları, MHB, Volume 32, Issue 2, 2012, p.1-37.
- BAHÇECİ, Barış, Özel Hayata Saygı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları ile, Erdoğan Teziç'e Armağan, 2007.
- BORELLI, S., Positive Obligations of States and the Protection of the Human Rights, Interights Bulletin, Volume 15, Issue 3, 2006, p.101-103.
- BURBERGS, M., How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born, Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights (Ed. E. Brems, J. Gerards), Cambridge University Press, New York, 2014, p.315-329.
- DIJK, Peter Van/ HOOFF, G. J. H. Van; Theory and The Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1998.
- DİNÇ, Güney, Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Korunması) Paneli, TBB Yayınları No.154, Ankara, 2008, p.14-54.
- GEMALMAZ, S., Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Olumlu (Pozitif) Yükümü, Polis Dergisi, Issue 37, October- November-December 2003, p.2-6.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş./ GÖLCÜKLÜ, F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, p.349; UZGÖREN, Orhan, Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme, (Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. madde ile İlgili Sorunlar), İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu 26-27 September 2003, TBB Yayınları, Ankara, 2004, p. 471-493.
- HARRIS, D.J./O'BOYLE, M./WARBRICK, C.M., Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2009.
- HERINGA, A., W., /ZWAAK, L., Right to Respect for Privacy, (Ed. P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn, L. Zwaak), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed, Oxford, 2006, p. 664-750.
- JACOBS, F./ WHITE, R./ OVEY, C., The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford University Press, 2010.
- KABOĞLU, İbrahim, Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa Yansıtılması Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Volume XII, 1994, p. 237-252.
- KILKELLY, Ursula, The Right to Respect for Private and Family Life, Human Rights Handbooks, No. 1, Germany, 2003.
- MARGUENAUD, J. P., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri, İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 September, TBB Yayınları, Ankara, 2004, p.46-53.



- MOWBRAY, Alastair R., *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hurt Publishing, Oxford, 2004.
- POROY, M. A., *Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği*, *Istanbul Barosu Dergisi*, Volume LXXX, Issue 3, 2006, p.1005-1011.
- ROAGNA, Ivana, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights Council of Europe Human Rights Handbooks* Council of Europe, Strasbourg, 2012.
- ŞİRİN, Tolga, *Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Volume II, Issue 4, 2013, p.363-405.
- STARMER, K., *Positive Obligations under Convention*, (Ed. Jeffrey Jowell QC, Jonathan Cooper), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing Oxford, 2001, p.139-159.
- UZELTÜRK, Sultan, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- XENOS, Dimitris; *The Positive Obligation of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge Research in Human Rights Law, 2012.

## **COURT DECISIONS**

- Antovic and Mirkovic v. Montenegro, Appl. No: 70838/13, 28.11.2017.
- Barbulescu v. Romania, [GC] Appl. No: 61496/08, 05.09.2017.
- Botta v. Italy, Appl. No: 21439/93, 24.02.1998.
- Ciubotaru/ Moldova, Appl. No: 27138/04, 27.4.2010.
- Ebru- Tayfun Engin Çolak/ Turkey, Appl. No: 60176/00, 30.5.2006.
- Fernandez Martinez v. Spain, [GC], Appl. No: 56030/07 12.6.2014.
- Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, Appl. No: 9718/03, 26.07.2011.
- K.U/ Finland, Appl. No:2872/02, 2.12.2008.
- Kroon and Others v. the Netherlands, Appl. No: 18535/91, 27.10.1994.
- Niemietz v. Germany, App. No: 13710/88, 16.12.1992.
- Peck v. the United Kingdom, Appl. No: 44647/98, 28.01.2003.
- Pretty v. the United Kingdom, Appl. No: 2346/02, 29.04.2002.
- Rees/United Kingdom, Appl. No: 9532/81, 17.10.1986.
- Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], Appl. No: 931/13, 27.06.2017.
- Von Hannover v. Germany (No.2) [GC], Appl. No: 40660/08 60641/08, 07.07.2012.
- Von Hannover/ Germany, Appl. No:59320/00, 24.6.2004.

## 2313 SAYILI KANUN'DA DÜZENLENEN UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARI

**Dr. Mehmet Zülfü ÖNER**

Ankara Barosu

ORCID: 0000-0002-6251-4424

### ÖZET

Uyuşturucu madde kullanımı, insan sağlığını tehdit eden bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu konuda yapılan çalışmalar, bu maddeleri kullanan kişilerin her geçen gün arttığını göstermektedir. Günümüzde uyuşturucu madde kullanımı ve ticaret sınırları aşan bir nitelik kazanmış ve bütün devletler için bir mücadele zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, dünyanın belirli alanlarında yetişen bitkilerden veya sentetik olarak elde edilen bu tür maddelerin kullanılmasının meşru amaçlarla sınırlandırılması gerekmektedir.

Uyuşturucu madde sorununun önemli bir boyutu ceza hukuku alanını ilgilendirmekte olup, ülkemizde bu maddeler ile ilgili işlenen suçlar, genel olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bununla birlikte, uyuşturucu maddelerin kaynağı olan bazı bitkilerin ekim ve kontrolü için bazı özel kanunlar çıkarılmıştır. 2313 Sayılı (Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında) Kanun bu düzenlemelerden biri olup kenevir ekimini izne bağlayarak bu izne aykırı şekilde ekim yapılması halinde bazı yaptırımlar öngörmüştür. 2313 sayılı Kanun bugüne kadar birçok değişikliğe uğramış, birçok madde yeniden düzenlenmiş ve bir kısım hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu çalışmada, 2313 Sayılı Kanun'un 23. maddesinin 4. ve 5. fıkrasında düzenlenen esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçu incelenecektir. Çalışmada, öncelikle bu suçların unsurları irdelenecek ardından TCK'da düzenlenen uyuşturucu madde suçları ile olan ilişkisine değinilecektir. Sonuç kısmında sorunlara ilişkin bazı tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** 2313 Sayılı Kanun, esrar, kenevir, uyuşturucu madde.

### ABSTRACT

Drug use is a problem that threatens people's health. Studies and reports on this subject show that the number of people using these substances has increased. It is seen that all states face this problem in the process of transferring drugs from production to users. It is accepted that it is a necessity to limit the use of such substances obtained from some plants grown in many parts of the world.

An important dimension of the drug problem concerns the field of criminal law, and drug offenses in Turkey are generally regulated in the Turkish Penal Code.

In addition, special laws have been adopted on the cultivation and control of some plants that are the source of narcotic substances. In this context, Law No. 2313 on the Control of Drugs, which entered into force in 1933, regulates that the cultivation of cannabis is subject to the permission of the Ministry of Agriculture, and stipulates some sanctions in case of cultivation in violation of this permission. Law No. 2313 has undergone many changes so far, and some provisions have been repealed with Law No. 5728 and 6545 and Decree Law No. 694.

In this study, the crime of planting cannabis to obtain drugs regulated in paragraph 5 of article 23 of the Law No. 2313 and the crime of planting cannabis for another purpose in paragraph 4 are analyzed. After examining the elements of these crimes, the relationship between drug offenses regulated in the Turkish Penal Code and these crimes is analyzed. Finally, some suggestions are put forward.

**Key Words:** Law No. 2313, cannabis, cannabis plant, drug

## 1. GİRİŞ

Uyuşturucu maddeler, insan sağlığını ciddi bir biçimde tehdit eden önemli bir problem olarak karşımızda durmaktadır. Bu maddelerin tıbbi amaçlar dışında kullanılması; bireyler yanında toplumsal ve ekonomik yapıya da zarar vermektedir. Bu kapsamda yapılan bütün çalışmalar, bu maddeleri kullanan kişilerin gün geçtikçe arttığını göstermektedir<sup>1</sup>.

Uyuşturucu madde kullanımı, tarihsel olarak çok eski bir geçmişe dayanmakla birlikte olumsuz etkilerinin fark edilmesinden sonra, bu alanda çeşitli düzenlemeler yapılmaya başlamıştır. Bu kapsamda devletler iç hukuk tedbirleri yanında birçok uluslararası sözleşme ve belgeye imza atarak uluslararası örgütler kurulmasına öncülük etmiştir<sup>2</sup>. Zamanla sivil toplum kuruluşları dahil olmak üzere birçok kuruluş bu alandaki mücadele sürecine dahil olmuştur.

Uyuşturucu maddelerin elde edilmesinden kullanıcıya ulaştırıldığı süreçte imal, ihraç, ithal, bulundurma, ticaret ve sevk gibi çeşitli fiiller söz konusu olmaktadır. Bu tür fiillerin yasaklanması ve denetlenmesi hukuken zorunluluk arz etmekte olup, bu suçlar için verilecek ceza ve tedbirlerin saptanması ceza hukukunun konusuna girmektedir. Devletlerin bu alandaki sorunlara yaklaşımı, suç ve ceza siyasetinin bir parçası olup, dünya genelinde oldukça farklı uygulamaların bulunduğu görülmektedir.

---

1 Birleşmiş Milletler verilerine göre 2017 yılında dünya genelinde 271 milyon kişi uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısıdır. 2006 yılında 200 milyon civarında olan bu sayı 2014 yılında 250 milyona yaklaşmış ve düzenli olarak artmıştır. Bkz. **World Drug Report 2019**, [https://wdr.unodc.org/wdr2019/\(e.t.01.08.2021\).](https://wdr.unodc.org/wdr2019/(e.t.01.08.2021).); <https://www.unodc.org/unodc/en/drug-trafficking/index.html>. (e.t.01.08.2021).

2 Bu alanda mücadele eden uluslararası kuruluşları, Uyuşturucu Maddeler Komisyonu (CND), Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Maddelerin Kötüye Kullanılmasını Denetleme Fonu (UNFDAC), Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC), Birleşmiş Milletler Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Programı (UNDCP)Pompidou Grubu Europol (Avrupa Polisi)Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığını İzleme Merkezi (EMCDDA)Uluslararası Uyuşturucu Kontrol İdaresi (INCB), Birleşmiş Milletler Yakın ve Orta Doğu Yasadışı Uyuşturucu Ticareti Alt Komisyonu, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Madde Kaçakçılığıyla Mücadele Eden Ulusal Kuruluş Bölüm Başkanları (HONLEA), Dublin Grubu, Ekonomik İşbirliği Örgütü (ECO), Mali Eylem Görev Grubu (FATF), Güneydoğu Çalışma Grubu, Sınırşan Suçlarla Mücadele Bölgesel Merkezi (SECI) ve Uyuşturucu Karşıtı Avrupa Kentleri Birliği (ECAD) şeklinde saymak mümkündür.

Türk ceza hukukunda, uyuşturucu madde ile ilgili işlenen suçlar konusunda, yürürlükte olan temel kanun Türk Ceza Kanunu'dur<sup>3</sup>. Temel kanun olan TCK dışında, uyuşturucu madde elde edilmesinde kullanılan bitkilerin ekimi 2313 ve 3298 sayılı Kanunlarla düzenleme altına alınmış, böylece bu bitkilerden uyuşturucu madde elde edilmesine yönelik fiiler yaptırım altına alınmıştır. 2313 sayılı Kanun kenevir ekiminin denetimini düzenlerken, 3298 sayılı Kanun<sup>4</sup> ise haşhaş ekimine ilişkin düzenlemeleri içermektedir<sup>5</sup>.

1933 tarihinde kabul edilen günümüze kadar birçok kez değiştirilen 2313 sayılı Kanun, kenevir ekiminin denetimini düzenlenmiştir. Kanun'un 3. maddesinde, kontrolsüz kenevir ekimi yasaklanmış ve ekim izni Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır. Bu kapsamda, izin belgesi olmadan veya izin alınan yer dışında farklı veya fazla bir alanda ekim yapanlar hakkında çeşitli yaptırımlar öngörmüştür.

Bu çalışmada, 2313 Sayılı Kanun'un 23. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında düzenlenen esrar elde etmek suçu incelenecektir. Bu kapsamda anılan fıkralarda düzenlenen suçlar, konu, fail, maddî ve manevî unsur, teşebbüs ve yaptırım açısından analiz edilecektir. Çalışmada, kenevir ekme suçu ile TCK'da düzenlenen uyuşturucu madde suçlarının karşılaştırması yapıldıktan sonra, teori ve uygulamada eleştiri konusu yapılan bazı hususlara ilişkin önerilere yer verilecektir.

## 2. GENEL OLARAK

Uyuşturucu madde denildiğinde, genellikle esrar, eroin, kokain gibi maddeler anlaşılmaktadır<sup>6</sup>. Değişik tanımlar yapılmakla birlikte, uyuşturucu maddeleri, alışkanlık yapan, sarhoşluk, keyif, uyanıklık ve tahrik edici etkileri olan doğal veya sentetik şekilde üretilen maddeler olarak ifade etmek mümkündür<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, uyuşturucu maddelerle ilgili işlenen suçların kapsamı, yaptırımların türü ve miktarı mülga TCK ya göre farklı düzenlenmiş, sadece kullanma varsa erteleme, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerine yer verilmiş, ayrıca cezaya etki eden neden olarak suç sonrası pişmanlık hükümleri gibi hususlar hüküm altına alınmıştır.

<sup>4</sup> 3298 sayılı Kanun, haşhaş ekimi ve ürünün işlenmesi gibi konuları, Toprak Mahsulleri Ofisinin kontrolüne tabi kılmıştır. Bu kapsamda, ekim yapılacak bölgelerin, her yıl Bakanlar Kurulu'nca belirlenerek Resmî Gazete'de yayımlanacağını düzenlemiş, haşhaş ekimi yapacak olanların izin belgesi almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanunda izin belgesi almadan veya izin belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yer dışında ekim yapanlar için hapis ve para cezası öngörülmüş, ham afyonu izinsiz üretenlerin ise, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezalandırılacağı yaptırım altına alınmıştır.

<sup>5</sup> 2313 ve 3298 sayılı kanunlar dışında, uyuşturucu madde içeren ilaçların kötüye kullanımına ilişkin olarak da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Eczacılık kurallarına göre önceden hazırlanarak satılan bu tür ilaçların üretimi, ihracı, ithali, pazarlanması ve kullanılması konularında çeşitli hükümler getirilmiştir. Özellikle psikiyatri başta olmak üzere tıbbi alanda bazı hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçların satışı Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen kırmızı ve yeşil reçeteye bağlanmıştır. Bu kapsamda 1985 yılından itibaren kırmızı ve yeşil reçete sistemi uygulamaya başlanmıştır. Bu hususlarda 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli, Müessir ve Uyuşturucu Maddelerin Satıldığı Dükkânlara Mahsus Kanun ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun ile düzenlemeler yapılmıştır.

<sup>6</sup> Doğal olarak elde edilen bu uyuşturucu maddeler yanında, sentetik uyuşturucu olarak isimlendirilen maddelerin hızlı bir şekilde üretilmesi ve yayılması yanında tedavi amacı ile üretilen birçok maddenin amacı dışında kullanılması, uyuşturucu madde kavramının anlamını ve kapsamını genişletmiş, uyarıcı madde kavramı kullanılmıştır. Bkz. **Dönmezer Sulhi**, Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994, s.299.; **Ergül Ergin**, Hukukî, Adli, Tıbbî, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Ankara 1997, s.23.; **Sevük Yokuş Handan**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s.21.; **Arslan Çetin- Azizağaoğlu Bahattin**, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s.778.; **Köknel Özcan**, Genel ve Klinik Psikiyatri, İstanbul 1989, s.198 vd.

<sup>7</sup> **Dönmezer**, Kriminoloji, s.299.; **Güngör Şener - Kınacı Ali**, (Öğreti ve Uygulama Boyutu ile) Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001, s.35.; **Ergül**, s.23.; **Günal Yılmaz**,

Bu bağlamda, doğal olan uyuşturucu maddelerden farklı olan bazı maddelerin uyarıcı özelliğini ortaya koymak için uyarıcı madde kavramı da kullanılmaktadır<sup>8</sup>.

Doğal olarak adlandırılan uyuşturucu maddelerin kaynağı düyanın değişik yerlerinde yetişen bazı bitkilerdir. Ülkemizde yoğun olarak yetişen ve esrar adı verilen uyuşturucu maddenin elde edilen kenevir bitkisi ile afyon ve türevlerinin elde edildiği haşhaş bitkisinin ekiminin kontrol edilmesi için 2313 sayılı ve 3298 sayılı Kanun çıkarılmıştır. 2313 sayılı Kanun kenevir ekimini, 3298 sayılı Kanun<sup>9</sup> ise haşhaş ekimini denetim altına almış, bu kapsamda bu bitkilerden tıbbi amaçlar dışında uyuşturucu madde elde edilmesine yönelik fiiler de yaptırım altına alınmıştır.

Esrar elde edilmesine yarayan kenevir bitkisinin ekim ve kontrolünü düzenleyen 2313 Sayılı Kanun<sup>10</sup> yürürlüğe girdiği 1933 tarihinden bugün kadar birçok değişikliğe uğramıştır<sup>11</sup>. 2313 sayılı Kanun, son olarak 5728 sayılı<sup>12</sup> ve 6545 sayılı Kanunlar ile 694 sayılı KHK ile değiştirilmiş ve bazı maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

2313 sayılı Kanun gerekçesinde, düzenlemenin çıkarılış amacı; “*Bu layihanın esası ve ruhu yukarıda arz edildiği gibi beynelmilel afyon mukavelenamelerinin hükümleridir ve burada teşekkül eden inhisar idaresi bir hükmî şahsiyet addedilerek bu idarenin ithalât ve ihracat ve satışı murakabe altına alınmıştır. Çünkü bu tahditlerden maksat, uyuşturucu maddelerin tıbbi ve ilmî maksatlar haricinde kullanılmasına ve imaline mani olmaktır.*” şeklinde belirtilmiştir.

2313 sayılı Kanun uyuşturucu maddeleri sayarak bu maddelerin imali, ithali ve ihracının Sağlık Bakanlığı'nın denetiminde olduğunu, zararlı ve alışkanlık yapan maddelerin Cumhurbaşkanı (Bakanlar Kurulu<sup>13</sup>) kararıyla kanun kapsamına alınacağını hükme bağlamıştır. Bu kapsamda, afyon, afyon türevleri ile esrar elde etmek için kenevir ekme ve elde edilen esrarın ithali, ihracı ve satışı yasaklanmıştır. Kanun, uyuşturucu maddelerin devlet kontrolünde bulunan tekel idaresince imal, ithal veya ihraç edilebileceğini, bunlara ilişkin izinlerin ise Sağlık Bakanlığı tarafından verileceğini belirtmiştir.

---

Uyuşturucu Madde Suçları, Ankara 1976, s.7.; **Tezcan Durmuş**, "Uyuşturucu Maddelerin Yasa Dışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", TİD, Yıl.59, C.59, Aralık 1987, s.39.; **Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s.385.; **Tezcan Durmuş – Erdem M. Ruhan - Önok R.Murat**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s.511.; **Bakıcı Sedat**, "Uyuşturucu Madde Suçları", AD, Yıl.75, S.6, Kasım-Aralık 1984, s.1568.; **Koptagel Günsel**, "Uyuşturucu ve Tutku Yaratıcı Maddeler Kullanımının Sosyal-Psikolojik Dinamizması", İÜHFİM, Atatürk'e Armağan, C. XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul 1982, s.1045.; **İçel Kayıhan**, Uyuşturucu Madde Kavramı, II. Ulusal Adli Tıp Günleri - Panel ve Serbest Bildirileri, İstanbul 1986.

8 Bkz. **Günel**, s.7.; **Sevük Yokuş**, s. 21-22. Türk Ceza Kanunu'nda da “*uyuşturucu veya uyarıcı madde*” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>9</sup> 3298 sayılı Kanun, haşhaş ekimi ve ürünün işlenmesi gibi konuları, Toprak Mahsulleri Ofisinin kontrolüne tabi kılmıştır. Bu kapsamda, ekim yapılacak bölgelerin, her yıl Bakanlar Kurulu'nca belirlenerek Resmî Gazete'de yayımlanacağını düzenlemiş, haşhaş ekimi yapacak olanların izin belgesi almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

<sup>10</sup> Resmi Gazete, 12.06.1933, S. 2435.

<sup>11</sup> 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 21.11.1982 tarihinde, Kenevir Ekimi ve Kontrolü Hakkındaki Yönetmelik ise, 21.10.1990 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>12</sup> Resmi Gazete, 08.02.2008, S. 26781. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

<sup>13</sup> 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 12. maddesiyle, bu maddede yer alan “İcra Vekilleri Heyeti” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.



Kanun'un 15. maddesinde; uyuşturucu maddelerin tıbbi amaçla satışının, parekende ve reçete karşılığında sadece eczacılar tarafından yapılacağı belirtilmiş, bu tür maddelerin yalnız eczanelere, resmi kuruluşlara ve laboratuvarlara satılmasına imkân tanımıştır. Kanun koyucu, ecza ticarethanelerinin uyuşturucu madde satabileceği yerleri sayarak bunlar dışında bir kuruma veya kişiye satış yapılmasını yasaklamıştır<sup>14</sup>. 2313 sayılı Kanun 23. maddesinde lif, tohum, sap ve benzeri amaçlarla kenevir ekiminin Tarım Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğunu, bu amaçla kenevir ekiminin kontrolünün ve uygulama esaslarının çıkartılacak bir yönetmelikte belirleneceği açıklanmıştır<sup>15</sup>. Bu maddenin 2. fıkrası, her ne amaçla olursa olsun izinsiz kenevir yetiştirmeyi yasaklamıştır.

### 3. ESRAR ELDE ETMEK İÇİN KENEVİR EKME SUÇU

Esrar elde etmek için kenevir ekme suçu 2313 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra "Esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis ve beşyüz günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır." hükmünü içermektedir.

Görüldüğü üzere, bu fıkarda iki ayrı suç düzenlenmiş, *failin kendi kullanımı için kenevir ekimi yapması daha az yaptırıma tabi tutulmuştur*. Fıkranın ilk cümlesinde yer alan 'bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası' ibaresi 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 'dört yıldan on iki yıla kadar hapis' olarak değiştirilmiş, daha önceki düzenlemede yer almayan para cezasına ilişkin '*beşyüz günden onbin güne kadar adli para cezası*' ibaresi ise 15.08.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 10. maddesiyle fıkraya eklenmiş, bu hüküm 01.02.2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanununun 10. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Fıkranın 2. cümlesi olan '*Münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*' hükmü ise 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile getirilmiştir.

#### 3.1. Suçun Hukukî ve Maddî Konusu

Suçun hukukî konusu, ceza düzeni tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukukî varlık veya menfaattir<sup>16</sup>. Hukukî konu, suçların tasnifi ve yorumu açısından önem taşımakta<sup>17</sup> olup, bir fiilin suç sayılarak cezalandırılmasında, fiilin kişiye ve topluma verdiği zarar ve tehlike esas alınmaktadır. Uyuşturucu maddeler sadece kullanan kişi için değil, toplum için de birçok olumsuz sonuçlar meydana getirmektedir.

<sup>14</sup> 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 78. maddesi ile değiştirilmiştir.

<sup>15</sup> Kenevir Ekimi ve Kontrolü Hakkında Yönetmelik; kenevir ekimi yapılacak bölgelerin tespiti ve ekimlerin izne bağlanmasına ait usul ve esasları düzenlemiştir.

<sup>16</sup> **Toroslu**, Genel Kısım, s.92.; **Toroslu Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, Ankara 1970, s.87.; **Hafizoğulları Zeki - Güngör Devrim**, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi" TBBD, 2007, S.69, s.21.; **Hafizoğulları Zeki - Özen Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.3.

<sup>17</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Toroslu**, Suçun Hukukî Konusu, s.228-237.; Hukukî değerlerin, hukuk toplumundaki sosyal düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal, manevi değerler olduğu ve bu değerlerin, sosyal düzen açısından korunması gereken soyut değerler olduğu yönünde bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.152.; Suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatlerin maddî veya manevi nitelikte olabileceği hakkında bkz. **Toroslu**, Genel Kısım, s.93.



Diğer uyuşturucu madde suçlarında olduğu gibi esrar elde etmek amacıyla kenevir elde etme suçunda korunmak istenen hukukî yarar, “*kamu sağlığı*”dır<sup>18</sup>.

Suçun maddî konusu ise, üzerinde suçun işlendiği, yani suç sayılan davranışın yöneldiği kişi ya da şeydir<sup>19</sup>. Esrar elde etme amacıyla kenevir ekme suçunun maddî konusu kenevir bitkisidir. Bilindiği üzere kenevir; saplarından lif, kâğıt ve yakacak, tohumlarından ise yağ ve benzeri ürünlerin elde edildiği bir bitkidir<sup>20</sup>. Bu bitkinin içeriğinde herhangi bir işleme tabi tutulmasa dahi esrarın etken maddesi olan delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) isimli bir içerik bulunması nedeniyle, izinsiz olarak esrar ekilmesi yasaklanmıştır.

### 3.2. Fail

Devletin ülkesinde yaşayanlara yüklediği emri ihlal eden ve kanun tarafından belirlenen hukuka aykırı fiili işleyen kişi suçun failidir<sup>21</sup>. Ceza hukukunda hukuka aykırı sayılan fiili işleyen fail, fiili gerçekleştiren suçun aktif süjesidir<sup>22</sup>.

2313 sayılı Kanun’un 23. maddesinin 5. fıkrasının 1. ve 2. cümlesinde, esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçunun faili ve sıfatı konusunda ayırt edici herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu kapsamda bu suçun faili, herhangi bir kimse olabilir. Ekim yapılan yerin suçu işleyen faile ait olup olmamasının önemi olmadığı gibi, bu yerin tarımsal veya ziraî bir alan olması da gerekli değildir. Ayrıca suçun faili, tek kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir<sup>23</sup>, ancak bu durumda diğer şartları da varsa iştirak hali söz konusu olabilecektir.

### 3.3. Suçun Maddi Unsuru

2313 sayılı Kanun’un 23. maddesinin 5. fıkrasının 1. ve 2. cümlesinde düzenlenen esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçunun maddî unsuru, izinsiz kenevir ekilmesidir. Kanun koyucu 5. fıkranın son cümlesinde bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla özel bir açıklama yapmıştır. Bu hükme göre ‘*Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır.*’ Yani burada hasat yapılınca kadarki hareketler kenevir ekme suçunu oluşturacaktır.

21.10.1990 tarihli Kenevir Ekimi ve Kontrolü Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde; lif, tohum veya her iki amaca yönelik kenevir ekimlerine izin verilecek il ve ilçeler sayılmış, bu il ve ilçelerin dışında her ne amaçla olursa olsun kenevir ekiminin yasak olduğu belirtilmiştir.

---

18 **Malkoç İsmail**, Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345), 2. Cilt, Ankara 2007, s. 1229.; **Gözübüyük Abdullah Polat**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. III, 5. Bası, İstanbul 1989, s.618. Uyuşturucu madde imal, ithal, ihraç ve ticareti suçları, TCK’nın “Topluma Karşı Suçlar” başlığını taşıyan üçüncü kısmının, “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” ismini taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiştir.

19 **Toroslu**, Genel Kısım, s.93.; Suçun konusu kavramının maddi unsur içerisinde düşünülmesi gerektiği yönünde bkz. **Özgenç İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, s.203.

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.mku.edu.tr/files/898-bce2d202-dd48-47e6-b1aa-c6a6b64f7350.pdf>(e.t.01.08.2021).

21 **Toroslu**, Genel Kısım, s.91.; **Hafizoğulları-Özen**, Genel Hükümler, s.373 vd.

22 **Hafizoğulları Zeki**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Fail, s.1 vd. Makalenin tamamı için bkz. <http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html>(e.t.01.08.2021).

23 **Günal**, s. 60.

Yönetmeliğin 6. maddesinde; ekim bölgelerinin azaltılması veya çoğaltılması konusunda Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmiş, 7. maddesinde; kenevir ekimi yapılmasına müsaade edilen yerlerde iznin İl veya İlçe Müdürlüklerinden alınacağı, 8. maddesinde ise; bunun esas ve usulleri açıklanmıştır. Bu düzenlemelere aykırı olan izinsiz ekimler suçun oluşmasına sebebiyet verecektir.

Failin esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, kenevir bitkisinin ekilmesi gerekir. Bu durumda TCK'nın 191 veya 188. maddesinde düzenlenen hükümlerin uygulama imkânı yoktur. Yargıtay, birçok kararında kullanmak için esrar ekip kullanan failin eyleminin 2313 sayılı Kanun'a aykırılık olduğunu, bu durumda TCK'nın uyuşturucu madde suçlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir<sup>24</sup>. Ancak burada 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle yürürlükten kaldırılan TCK'nın 191. maddesinin 1.fıkrasının 2. cümlesindeki düzenlemeye kısaca değinmek gerekir. Kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştiren kişinin bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngören bu düzenleme, 01.06.2005-08.07.2005 tarihleri arasında kısa bir süre uygulanmış, daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Bu dönemde hint keneviri bitkisini, kullanmak üzere eken fail ya da failer hakkında hangi hükümlerinin uygulanacağı tartışmalara yol açmıştır. Yargıtay, bu dönemde gerçekleşen bir eylem nedeniyle verdiği kararında TCK'nın 191. maddesinin failin lehine olduğunu, ancak maddeki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanamayacağına karar ermiştir<sup>25</sup>. Bu durum uygulamada sorunlara yol açtığından isabetli bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır.

5. fıkranın son cümlesindeki '*Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır.*' hüküm karşısında suçun faili, yetiştirdiği keneviri tamamen veya kısmen sökmüş, koparıp kurumaya bırakmışsa; esrar elde etmek amacıyla kenevir ekmekten sorumlu olacağı gibi, kastına göre kullanmak (TCK m.191) veya başka amaçla(TCK m.188/3) uyuşturucu madde bulundurmaktan suçundan sorumlu olabilecektir<sup>26</sup>.

### 3.4. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecinin bir sonucu olarak fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir<sup>27</sup>. TCK'nın 21, 22 ve 23. maddelerinde düzenlenen sistem dikkate alınarak suçun manevi unsurları; kast, taksir, sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsur olarak ele alınmaktadır<sup>28</sup>.

Bu suçun manevi unsuru, esrar elde etme amacını taşıyan özel kasttır. Burada failin suça konu bitkinin kenevir olduğunu bilmesi ve ekime yönelik hareketleri bilerek ve isteyerek yapmış olması gerekir.

24 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2015/4697 esas, 2015/32755 karar sayılı, 03.11.2015 tarihli; 2006/12859 esas, 2008/15571 karar sayılı, 03.11.2008 tarihli; 2007/23891 esas, 2009/8882 karar sayılı 11.05.2009 tarihli kararları.

25 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/7-133 esas, 2008/162 karar sayılı 03.06.2008 tarihli; 2008/7-61 esas, 2008/157 karar sayılı 03.06.2008 tarihli kararları.

26 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2006/4978 esas, 2008/1717 karar sayılı 04.02.2008 tarihli; 2006/3894 esas, 2007/573 karar sayılı 29.01.2007 tarihli kararları.

27 **Toroslu**, Genel Kısım, s.171.; **Soyaslan Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2005, s.387.

28 **Toroslu**, Genel Kısım, s.171.; Sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsur kast-taksir kombinasyonu olarak açıklayan görüş için bkz. **Artuk Mehmet Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s.30 vd.

Bu suç, kanunda özel olarak düzenlenme olmadığında taksirle işlenemez.

Yukarıda kısmen değinildiği üzere, kanun koyucu bu suçu, iki farklı şekilde düzenlemiş, *münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan fail için 'bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası' öngörmüş, kullanım dışında esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan failin 'dört yıldan on iki yıla kadar hapis ve beşyüz gündən onbin güne kadar adli para cezası' ile cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.*

Bu düzenlemeye göre esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçunun oluşması için, ekme fiilinin esrar elde etmeye yönelik olması gerekmektedir. Failde, kanunda öngörülen bu amaç ve kasıt tespit edilemiyorsa, bu suç oluşmaz<sup>29</sup>.

Kenevirin esrar elde etmek amacıyla ekilip ekilmediğini, dolayısıyla failin kastını tespit etmek için kenevir ekilen yerin özellikleri, ekilen kenevirin miktarı, bitkinin ayıklanıp ayıklanmadığı, başka bitkiler arasında ekilmiş ise gizleme veya görülmesini engellemeye yönelik çalışma ve çaba olup olmadığı, failin bu maddeyi kullanıp kullanmadığı gibi çeşitli ölçütlerden yararlanılmalıdır<sup>30</sup>.

Yargıtay, idrar örneğinde esrar saptanan failin evinde saksı içerisinde ekili vaziyette ele geçirilen 35 kök kenevirin failin münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla işlendiğini karar vermiştir<sup>31</sup>. Diğer bazı kararlarda, ele geçirilen bitkilerden elde edilecek esrar miktarının birlirkişi aracılığı ile tespit edildikten sonra failin kişisel kullanım miktarını aşır aşmadığına bakılarak karar verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir<sup>32</sup>.

### 3.5. Teşebbüs

Kenevir ekme suçu, kenevir tohumunun toprağa ekilmesiyle tamamlanır. Suça teşebbüs mümkün olup, örneğin ekim için hazırlık yapıldığı aşamada, tohumların temin edilmesi ve ekim yapılacak yerin hazır hale getirilmesi durumlarında suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır<sup>33</sup>.

---

29 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2015/3272 esas, 2015/31616 karar sayılı 02.06.2015 tarihli; 2003/3630 esas, 2003/9454 karar sayılı 30.10.2003 tarihli kararları

30 Bu husus Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2003/1980 esas, 2003/5691 karar sayılı, 02.07.2003 tarihli kararında, "*Sanığın ... savunması, ekim sekli ve ekili hint kenevirinin sayısı nazara alınarak sanığın eyleminin münhasıran esrar elde etmek olmadığı anlaşılmiş olup, kenevir ekim bölgelerinde izin belgesi almadan veya izin belgesinde belirtilen alandan fazla veya bir baska yerde lif, tohum, sap ve benzeri amaçlarla ekim yapılması halinde 2313 sayılı yasanın 23/4 madde fıkrasına göre sanığa sadece ağır para cezası verilebileceği...*" şeklinde belirtilmiştir.

31 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2015/3272 esas 2015/31616 karar sayılı 02.06.2015 tarihli kararı

32 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2006/10837 esas, 2008/8489 karar sayılı 26.05.2008 tarihli; 2006/4978 esas, 2008/1717 karar sayılı 04.02.2008 tarihli kararı

33 Bkz. **Kurt Şahin-Kurt Ela**, Uygulamada Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s.305.

Yargıtay, bir kararında evinde plastik kasa ve bardak içinde kenevir tohumu eken failin bu suç nedeniyle cezalandırılmayacağına karar vermiştir<sup>34</sup>. Kararda, failin bu maddeyi kullandığına dair delil olmadığı ve sadece kenevir tohumu bulundurmanın suç teşkil etmediği gerekçesine dayanılmıştır. Bir başka kararda, saksı içerisinde ekili vaziyette ele geçirilen 28 adet kenevirin sayısı ve maddenin kullandığı yönündeki rapor karşısında; sanığın münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yaptığı ve suçun tamamlandığı kabul edilmiştir<sup>35</sup>.

Kanaatimizce, bu durumlarda failin davranışları ve kastı yanında, kenevir ekilen yerin özelliklerine bakılarak karar verilmelidir. Failin, esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapmaya yönelik hareketleri teşebbüs, ekim tamamlandıktan sonraki eylemin ise tamamlanmış suç olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

#### 4. İZİNSİZ VE İZNE AYKIRI KENEVİR EKME SUÇU

Esrar elde etme dışında bir kasıt veya amaçla kenevir ekme suçu, 2313 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 4. fıkrasında yaptırım altına alınmıştır. 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen bu fıkranın son hali “*İzin belgesi almadan ya da izin belgesi almasına rağmen bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde kenevir ekimi yapan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir.

Görüldüğü üzere burada ‘esrar elde etme dışında bir amaçla’ kenevir ekilmesi yaptırım altına alınmış olup, suçun maddî unsuru, kenevir ekmeye yönelik icrai hareketlerdir. Burada suçun maddî konusu kenevir bitkisi olup, suçun faili de herhangi bir kimse olabilir. Kanun fail için özel bir şart veya unsur aramadığından suçun işlenmesi açısından failin sıfatı önem taşımamaktadır.

Fıkarda öngörülen yaptırım *elli günden az olmamak üzere adli para cezasıdır*. Kanun koyucu para cezasının sadece alt sınırını belirlemiş, üst sınırı belirtmemiştir. Bu durumda TCK'nın 52. maddesi uygulanmalı ve adli para cezası, beş ve yediyüzotuz günlük sınırlar dikkate alınmalıdır.

Burada 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki duruma değinmek yararlı olacaktır. 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 77. maddesi ile değiştirilmeden önce esrar elde etme dışında bir amaçla ekim bölgesi olmayan yerde kenevir ekenler hakkında 2313 sayılı Kanun'da herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir<sup>36</sup>. Bu nedenle ekim bölgesi olmayan yerde, kenevir ekenler hakkında bir ceza yaptırım bulunmadığı ileri sürülmüştü<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2017/7 esas, 2017/3077 karar 30.06.2017 tarihli kararı “*Sanığın evinde plastik kasa ve bardaklar içinde yeni ekilmiş 16 adet kenevir tohumu dışında herhangi bir uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunmadığı, kenevir tohumlarının uyuşturucu veya uyarıcı madde içermemesi nedeniyle bizatihi bulundurulmasının suç teşkil etmediği, sanığın daha önce kullandığını söylediği maddenin ele geçmemesi nedeniyle uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak kabul edilemeyeceği, olay tarihi ve öncesi bu tür bir madde kullandığının teknik yöntemlerle de belirlenmediği gözetilmeden, atılı suçu işlediğine ilişkin kuşkuyu aşan delil bulunmayan sanık hakkında “beraat” yerine “mahkûmiyet” hükmü kurulması*” şeklindedir.

<sup>35</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2015/4697 esas, 2015/32755 karar sayılı 03.11.2015 tarihli kararı.

<sup>36</sup> Değişiklikten önceki fıkra metni “*Kenevir ekim bölgelerinde izin belgesi almadan veya izin belgesi almasına rağmen belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde ekim yapanlar hakkında ellibin liradan beşyüzbin liraya kadar adli para cezasına hükmolunur. 3 üncü maddedeki yasak hilafına kenevir ekenler bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar.*” şeklindeydi.

<sup>37</sup> Güngör-Kınacı, s.925.

Bir başka görüş, bu durumda 2313 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde belirtilen cezanın uygulanması gerektiği yönündeydi<sup>38</sup>. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle “*kenevir ekim bölgesi*” ve “*kenevir ekim bölgesi dışı*” ayrımından vazgeçilmesi bu tartışmaları ortadan kaldırmıştır.

## 5. KENEVİR EKME SUÇUNUN TCK HÜKÜMLERİ İLE MUKAYESESİ

Yukarıda açıklanan kenevir ekimi yapmak suçu ile esrar elde etmek fillerinin ceza hukuku kapsamındaki karşılığının tespitinde bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu bağlamda, kenevir bitkisi ekilip yetiştikten sonra herhangi bir yöntemle esrar elde edildiği takdirde, failin hem kenevir ekimi suçundan hem de esrar bulundurmamak suçundan ayrı ayrı sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ancak genel kabule göre, burada uyuşturucu maddenin niteliğinde değişiklik yapmayan işlemler imal kavramı içine girmediğinden uyuşturucu madde imal suçunun oluşmasına imkân bulunmamaktadır.<sup>39</sup>

Yargıtay, birçok kararında fail tarafından suçun konusu olan madde üzerinde yapılan işlemin imal olarak nitelendirilebilmesi için maddenin niteliğinde değişiklik olmasını, tereddüt halinde bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>40</sup>. Öğretide, bu kabul ve uygulamanın imal kavramını daraltıldığı ileri sürülmüş ise de<sup>41</sup>, gerek taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler gerekse TCK'nın 188. maddesinde üretim açıkça ‘imal’ kavramına dahil edilmediğinden kenevir bitkisinden esrar elde edilmesi imal olarak nitelendirilemez. Öte yandan, uyuşturucu madde ticaretinin kökeninde bu tür bitkilerden elde edilen afyon ve esrarın önemli bir payının olduğu, ülkemizde de bu tür bitkilerin yoğun şekilde yetiştirildiği gerekçesiyle, üretim ile imal arasında bu şekilde ayırım yapılması eleştiri konusu olmuş ise de<sup>42</sup>, kanun koyucunun bilinçli tercihi karşısında, kenevirden esrar elde edilmesini imal olarak nitelendirmek mümkün görülmemektedir.

Bu açıklamalar karşısında, kenevir bitkisinden esrar elde edilmesinin imal olarak nitelendirilemeyeceğini, esrarın ithal veya ihraç edilmesi durumunda TCK'nın 188 maddesinin 1. fıkrasının; bulundurma, satışa arz, satma, bulundurma veya nakil halinde TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gündeme gelebilecektir<sup>43</sup>.

Burada, 2313 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin 4. fıkrasındaki; “*Birinci fıkrada belirtilen maddelerden herhangi birini, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imalatında kullanılmak amacıyla imal, ithal veya ihraç edenler, nakledenler veya bulunduranlar, satın alan veya satanlar, Türk Ceza Kanununun 188 inci maddesine göre cezalandırılır.*” hükmünün açıklanmasında da yarar bulunmaktadır.

38 Kurt, s.308.

39 Erem-Toroslu, s.348.; Günal, s. 88.; Kurt, s.48.; Arslan-Azizağaoğlu, s.780.; Günay, s.57.; Tezcan-Erdem-Önok, s.645.; Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2009/21327 esas, 2010/9078 karar sayılı, 15.04.2010 tarihli bir kararı “*Sanıklar temin ettikleri amfetamin adlı uyarıcı maddeye bazı katkı maddeleri ekleyip bulamaç haline getirmişler, sonra kalıplara dökerek kurutmuşlar ve suça konu tabletleri elde etmişlerdir... sanıkların amfetamin adlı uyarıcı maddeyi tablet haline getimlerini uyuşturucu veya uyarıcı madde imal etme olarak kabul etmek mümkün değildir.*” şeklindedir.

40 Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2007/15034 esas, 2007/13545 karar sayılı 22.11.2007 tarihli bir kararı.

41 Erman-Özek, s.263 vd.

42 Tezcan-Erdem-Önok, s.645.; 765 sayılı TCK döneminde imal ifadesinin her ne surette olursa olsun uyuşturucu maddeyi kullanıma eleverişli hale getirmek şeklinde geniş yorumlanmasında zorunluluk olduğu yönünde bkz. Erman-Özek, s.264.

43 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde aynı yönde ifade edilen görüş için bkz. Güngör-Kımacı, s.971.



Bu düzenlemede belirtilen 1. fıkradaki maddeler, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer alan maddelerdir. Bu Sözleşmenin eki olan tablolarda değişiklik yapıldığı takdirde, eklenecek maddeler suçun maddî konusunu oluşturabilecektir<sup>44</sup>. Bu duruma göre; uyuşturucu madde imalatında kullanılan bu tür maddelerin imali, ithali veya ihracı, nakli, bulundurulması, satın alınması ve satılması halinde, TCK'nın 188. maddesine göre sorumluluk söz konusu olabilecektir<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 188. maddenin 7. fıkrasında *“Uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmî makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden kişi, dört yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* şeklindeki hüküm gözönüne alındığında; 2313 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık TCK'nın 188. maddenin 7. fıkrasına karşılık gelmektedir<sup>46</sup>.

## 6. SONUÇ VE ÖNERİLER

Uyuşturucu madde kullanımı, çağımızın en büyük problemlerinden biri olarak karşımızda durmaktadır. Bilimsel ve resmi çalışmalar bu maddelerin kullanımının hızlı bir biçimde arttığını göstermektedir. Bu tür maddelerin insanlık için önemli bir tehlike oluşturması nedeniyle uluslararası düzeyde çeşitli tedbirler alınmış, bu kapsamda uyuşturucu maddelerin kaynağı olan bazı bitkilerin ekimi ve bu bitkilerden uyuşturucu madde elde edilerek kullanılması yasal prosedürlere bağlanmıştır.

Hukukumuzda uyuşturucu madde kullanımı ve ticareti suçları konusunda temel düzenleme Türk Ceza Kanunu olmakla birlikte, mülga 765 sayılı TCK döneminde yürürlükte olan 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun kenevir ekimini ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun ise haşhaş bitkisinin ekimini kontrol altına alarak bu bitkilerden uyuşturucu madde elde edilmesini engellemek ve bu tür maddelerin tıbbi amaçla kullanılmasını sağlamak istemiştir.

2313 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 5. fıkrasında esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçu için dört yıldan on iki yıla kadar hapis ve adli para cezası, münhasıran kendi kullanımı için esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapılması ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına tabi tutulmuştur. Kanun'u 23. maddenin 4. fıkrasında ise esrar elde etmek amacı dışında kenevir ekimi yasaklanmış bu fiil için sadece adli para cezası verileceği düzenlenmiştir.

2313 sayılı Kanun'da kenevir bitkisi ekilip yetiştikten sonra esrar elde edilmesi durumunda sorumluluğun ne şekilde belirleneceği, bu durumda temel düzenleme olan TCK'nın hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

44 Güngör-Kınacı, s.944.

45 08.02.2008 tarih ve 26781 S.R.G. de yayımlanan 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile değiştirilen fıkranın önceki metni *“Üçüncü fıkrafta belirtilen suçların, uyuşturucu veya psikotrop maddelerin imalatında kullanılmak amacıyla veya kullanılacağını bilerek işlenmesi halinde faile, eylemleri daha ağır bir cezayı gerektiren suçu oluşturmadığı takdirde, iki seneden dört seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Uyuşturucu ve psikotrop maddelerin imalinde kullanılmak amacıyla veya kullanılacağını bilerek gerekli teçhizat ve sair malzemeyi imal, ithal ve ihraç edenler, nakledenler veya bulunduranlar, alanlar veya satanlar hakkında da aynı cezaya hükmolunur.”* şeklindeydi.

46 Bu husus, TCK'nın 188. maddesinin TBMM Adalet Alt Komisyonunda görüşülmesi sırasında dile getirilmiş, 5728 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle bugünkü halini alan 2313 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi, sonradan TCK ile uyumlu hale getirilmiştir. Bkz. **Güney Niyazi - Özdemir Kenan - Balo Yusuf Solmaz**, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s.664.

Uyuşturucu bir maddenin niteliğinde değişiklik yapmayan işlemlerin imal kavramı içine girmediği yönündeki yargı kararlarına rağmen kenevir bitkisinden esrar elde edilmesinin imal kapsamına alınmasına yönelik bazı eleştiriler gündeme gelmektedir. Öte yandan kenevir ve haşhaş bitkisinin ekimi ve kontrolünü düzenleyen 2313 ve 3268 sayılı Kanunlarda bu bitkilerin ekim izni ve sonuçları dışında uyuşturucu maddelere ilişkin çeşitli düzenlemeler karmaşık ve bir arada yer almaktadır. Bu farklı ve dağınık düzenlemeler yanında, bugüne kadar yapılan birçok değişikliğe rağmen temel kanun olan TCK ile gerekli uyumun sağlanamadığı görülmektedir. Kanaatimizce, bu dağınık ve uygulamada sorunlara neden olan hükümlerin bir çatı altında toplanarak özel bir kanunda düzenlenmesi bir seçenek olarak düşünülmelidir.

## **KAYNAKLAR**

- Arslan Çetin- Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2005.
- Artuk Mehmet Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007.
- Bakıcı Sedat, "Uyuşturucu Madde Suçları", AD, Yıl.75, S.6, Kasım-Aralık 1984.
- Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994.
- Ergül Ergin, Hukukî, Adli, Tıbbî, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Ankara 1997.
- Gözübüyük Abdullah Polat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. III, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Günel Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Ankara 1976.
- Güney Niyazi - Özdemir Kenan - Balo Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- Güngör Şener - Kınacı Ali, (Öğreti ve Uygulama Boyutu ile) Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001.
- Hafizoğulları Zeki - Güngör Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi" TBBD, S.69, 2007.
- Hafizoğulları Zeki - Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- İçel Kayıhan, Uyuşturucu Madde Kavramı, II. Ulusal Adli Tıp Günleri - Panel ve Serbest Bildirileri, İstanbul 1986.
- Koptagel Günsel, "Uyuşturucu ve Tutku Yaratıcı Maddeler Kullanımının Sosyal-Psikolojik Dinamizması", İÜHFM, Atatürk'e Armağan, C. XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul 1982.
- Köknel Özcan, Genel ve Klinik Psikiyatri, İstanbul 1989.
- Kurt Şahin-Kurt Ela, Uygulamada Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007.
- Malkoç İsmail, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345), 2. Cilt, Ankara 2007.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005.

Sevük Yokuş Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2005.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006.

Tezcan Durmuş – Erdem M. Ruhan - Önok R.Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008.

Tezcan Durmuş, "Uyuşturucu Maddelerin Yasa Dışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", TİD, Yıl.59, C.59, Aralık 1987.

Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, Ankara 1970.

### **İnternet Kaynakları**

<http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html>(e.t.01.08.2021)

<http://www.mku.edu.tr/files/898-bce2d202-dd48-47e6-b1aa-c6a6b64f7350.pdf>(e.t.01.08.2021)

<https://wdr.unodc.org/wdr2019/> (e.t.01.08.2021)

<https://www.unodc.org/unodc/en/drug-trafficking/index.html>. (e.t.01.08.2021)

## 6356 SAYILI KANUNDA RESMİ ARABULUCULUK

**Res. Assist. Dr. Seda Arslan DURMUŞ**

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0002-0561-3741

### ÖZET

Olağan arabuluculuk, 6325 sayılı HUAK'da düzenlenen arabuluculuk kurumundan tamamen farklı olarak, toplu görüşmelerde anlaşma sağlanamaması halinde, grev ve lokavt veya zorunlu tahkim öncesinde başvurulması zorunlu olan 6356 sayılı Kanunda düzenlenen barışçıl bir çözüm yoludur. Grev ve lokavtın ulusal ekonomiyi ve kamu düzenini olumsuz yönde etkileyebilecek olmasının önüne geçmek amacıyla öncesinde barışçıl yolların düzenlenmesi isabetlidir. Zira amaç grev veya lokavt değil, toplu iş sözleşmesi yapmak ve bununla çalışma barışını sağlamaktır. Olağan arabuluculuk süreci, toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan birinin gelmemesi veya gelmekle birlikte görüşmeye başlamaması halinde, taraflardan birinin ilk toplantıya gelip görüşmeye başlamasına rağmen sonraki toplantılara devam etmemesi durumunda, toplu görüşme süresi içerisinde taraflar anlaşamadıklarını ve daha fazla görüşmeye devam etmeyeceklerini bir tutanakla tespit ettiklerinde, azami toplu görüşme süresi sona erdiğinde başlamaktadır. Tarafların resmî arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir. Taraflarca arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlanamamışsa görevli makam, resen listeden bir arabulucu görevlendirir. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanırsa toplu iş sözleşmesi imzalanır ve görevli makama verilerek süreç sona erer. Anlaşma sağlanmazsa taraflar arasında toplu iş uyuşmazlığı çıkmış olur.

Olağanüstü arabuluculuk, her toplu sözleşme sürecinde yaşanmayan, istisnai bazı hallerde ortaya çıkan bir arabuluculuk faaliyetidir. Bunlar; grev ve lokavtın ertelenmesinde (zorunlu) veya kanuni bir grev kararı alınan uyuşmazlıkta (ihtiyari) Bakanın bizzat veya görevlendireceği bir kişinin arabuluculuk yapması halinde söz konusu olur. Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcamalı, çözüm önerilerinde bulunmalı ancak tarafları anlaşmaya zorlamamalıdır. Arabuluculuk görevi, görevli makamca arabulucuya yapılacak bildirim tarihinden itibaren başlar ve on beş gün sürer. Bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında, işveren veya işverene ait işyerlerinde görevli olanlar arabuluculuk yapamaz. Bu çalışmada toplu iş hukukunda resmi arabuluculuk uygulamasının nasıl gerçekleştiği, sorunlar ve çözüm önerileri aktarılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Toplu İş Hukuku, Resmi Arabuluculuk, Toplu Görüşme, Toplu Menfaat (Çıkar) Uyuşmazlığı, Toplu İş Sözleşmesi.

## OFFICIAL MEDIATION IN LAW NO. 6356

### ABSTRACT

Ordinary mediation, completely different from the mediation institution regulated in HUKAK No. 6325, is a peaceful solution method regulated in Law No. 6356, which must be applied before strikes and lockouts or compulsory arbitration, in case an agreement cannot be reached in collective negotiations. In order to prevent strikes and lockouts from affecting the national economy and public order negatively, it is appropriate to arrange peaceful means beforehand. Because the aim is not to strike or lockout, but to make a collective bargaining agreement and to ensure working peace with it. Ordinary mediation process is when one of the parties does not attend the first meeting agreed for collective bargaining or does not attend the meeting, if one of the parties attends the first meeting and does not continue with the next meeting, when the parties determine in a minute that they cannot come to an agreement within the collective bargaining period and that they will not continue to negotiate further. starts when the maximum collective bargaining time expires. In case the parties agree on a mediator name in the official mediator list, the designated person is appointed by the competent authority as a mediator in that dispute. If the parties cannot agree on the name of the mediator, the competent authority appoints a mediator from the list ex officio. If an agreement is reached at the end of the mediation process, the collective bargaining agreement is signed and the process ends by being handed over to the competent authority. If an agreement is not reached, a collective labor dispute will arise between the parties.

Extraordinary mediation is a mediation activity that does not occur in every collective bargaining process, but occurs in some exceptional cases. These; in the postponement of a strike or lockout (mandatory) or in a dispute where a legal strike decision has been taken (voluntary), the Minister himself or a person to be appointed by him mediates. The mediator should make every effort to reach an agreement, propose solutions, but should not force the parties to reach an agreement. Mediation duty starts from the date of notification to the mediator by the competent authority and lasts for fifteen days. This period can be extended by a maximum of six working days with the agreement of the parties and the competent authority is notified. In disputes of collective interest, the employer or those in charge of the employer's workplace cannot mediate. In this study, it has been tried to convey how the official mediation practice in collective labor law is realized, the problems and solution suggestions.

**KeyWords:** Collective Labor Law, Official Mediation, Collective Bargaining, Conflict of Collective Interest, Collective Agreement.



## CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) MADDE 103/3'DE 7331 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK ÜZERİNE

**Dr. Öğr. Üyesi Soner Hamza ÇETİN**

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
ORCID: 0000-0002-2641-619X

### ÖZET

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda çok sık ve kolaylıkla tutuklama adli kontrolüne başvurulmaktadır. Bunun önüne geçilebilmesi bakımından, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.103/3'de 14.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış, madde metnine “*somut deliller*” sözcükleri eklenmiştir. Böylece bir tutuklama nedeninin varsayılabilmesi bakımından bu maddede gösterilen “*suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” cümlesi “*suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” haline getirilmiştir. Kanun koyucu, bunu yapmakla maddede gösterilen, katalog suçlar bakımından bu suçların işlendiği hususundaki kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması gerektiğini ifade etmiş olmaktadır.

CMK m.103/3 hükmünde, esasen önemli görülen bazı suçlar bakımından hakime bir yetki tanınmakta, bu yetki ile kaçma ve delilleri karatma şüphesinin varlığı konusunda hakime tutuklama nedeninin aranmasına gerek olmayabileceği, tutuklama nedeninin bu suçlar bakımından var sayılabileceği ancak bunun bir zorunluluk olmadığı ifade edilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte uygulamada hüküm, bir tutuklama nedeninin varsayılmasından ziyade, daha çok bir tutuklama karinesi olarak anlaşılmakta ve bu şekilde uygulanmaktadır. Bu nedenle getirilen bu düzenleme gerekli olmadığı gibi varılmak istenen hedefe hizmet etmekten de uzaktır. Kaldı ki CMK m.103/3 hükmünde sayılan bu suçların kapsamı kanun koyucu tarafından her geçen gün anlaşılmaz bir biçimde gittikçe genişletilmektedir. Bu nedenle burada asıl yapılması gereken, CMK m.103/3 hükmünün tamamen yürürlükten kaldırılmasıdır. Yasal, doğru ve hukukun evrensel ilkelerine uygun bir tutuklama kararının verilebilmesi bakımından, CMK m.103/1 ve 2 hükümleri yeterlidir. Çünkü kanun metinlerinde ne kadar değişiklik yapılırsa yapılsın doğru ve adil uygulamanın ancak nitelikli ve iyi yetiştirilmiş hukukçular aracılığı ile gerçekleştirilebileceğinden şüphe etmemek gerekir. Bu gün için Türk yargı sistemindeki asıl meselenin kanun metinlerinde var olduğu kabul edilen eksiklik ve yanlışlıklardan ziyade yasa maddelerini doğru, haklı ve adil bir biçimde uygulayacak hakim ve savcılar olduğu hususu göz ardı edilmemelidir.

**Anahtar Kelimeler:** tutuklama, tutuklama nedeni, katalog suçlar, kuvvetli şüphe, somut delil.

## ON THE AMENDMENT IN THE ART. 103/3 OF CRIMINAL PROCEDURE LAW (CPL) VIA LAW NO: 7331

### ABSTRACT

In our Criminal Procedure Law, detention judicial control is very often and easily applied to. With respect to prevent this, an amendment was made with the law no: 7331 and dated: 14.07.2021 in Art. 103/3 of the Criminal Procedure Law (CPL) and “*tangible evidences*” words were added to the text of the article. By this way, with respect to assume the cause for detention, the sentence “*the existence of strong suspicion that the crimes were committed*” indicated in this article was made “*the existence of strong suspicion reasons based on tangible evidences that these crimes were committed*”. Law-maker, by doing this, has stated that the strong suspicion that these crimes were committed should base on tangible evidences with respect to catalogued crimes, indicated in the article.

In the provision of the art. 103/3 of CPL, actually an authority is granted to the judge with respect to some crimes considered as important; with this authority, it is tried to state the judge that there may be no reason to look for the cause for detention on the existence of the suspicion for escaping and tempering with the evidence; the cause for detention can be assumed with respect to these crimes however this is not a necessity. In spite of this, in the application the provision is understood as a presumption for detention, instead of assuming a cause for detention, and applied in this way. Because of this, this arrangement brought is not necessary as well as far from serving to the objective aimed. Moreover, the scope of these crimes, listed in the provision of the art. 103/3 of CPL is inexpressibly widened every day by the law-maker. Therefore, what should really be done is to completely revoke the provision of the art. 103/3 of CPL. The provisions of the art.103/1 and 2 are adequate with respect to have detention sentences legally, correctly and according to the universal principles of the law. Because it is required not to doubt that correct and fail application can only be done through qualified and well-educated lawyers, regardless of making amendments in the texts of the law. It should not be disregarded that the main point in the Turkish Judicial System is the judges and prosecutors who would apply the articles of the law correctly, justly, and fairly instead of missing points or mistakes, assumed to be existed in the law texts.

**Keywords:** Detention, cause for detention, catalogue crimes, strong suspicion, tangible evidence.

### 1. GİRİŞ

Anayasa’ya göre, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir (Anayasa m.19/4). Tutuklama 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 100’ncü ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Tutuklama kararı, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, soruşturma sırasında şüpheli hakkında sulh ceza hakimi, sanık hakkında ise kovuşturmayı yürütmekte olan mahkeme tarafından verilebilir. Tutuklama esas itibariyle bir adli kontrol tedbiridir. Amacı ise ceza muhakemesinin yapılabilmesi ve muhtemel bir mahkumiyet hükmünün infazının sağlanabilmesidir (Öztürk, vd, 2020; Şahin ve Göktürk, 2020; Şahin, vd, 2020; Centel ve Zafer, 2020; Gökçen, vd, 2020; Özbek, vd, 2019; Özbek, vd, 2020; Öztürk, vd, 2019; Öztürk, vd, 2021; Soyaslan, 2016; Yenisey ve Nuhoğlu, 2019; Koparan 2006; Eryılmaz, 2012; Ünver ve Hakeri, 2019, s.763, İnci, 2014, Özen, 2018).

Tutuklama kararı verilebilmesi için öncelikle bir suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunması ve bunun somut delillere dayanması gerekir (CMK m100/1). Bu fıkrada yer alan “*olguların*” ibaresi 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile “*somut delillerin*” şeklinde değiştirilmiştir (Öztürk, vd, 2021; Dülger, 2020; Yurtcan, CMK, 2019). Tutuklama kararının verilebilmesi için ayrıca bir de tutuklama nedeninin de var olması gerekir ki bu şüpheli veya sanığın kaçma veya delilleri karatma şüphesidir (CMK m.100/2). CMK m.103/3 hükmünde ise bir kısım suçlar tek tek sayılmakta ve burada sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin var olması durumunda, tutuklama nedeninin varsayılabileceği ifade edilmektedir (Öztürk, vd, 2021). Burada adeta kanuni bir karine yaratılmaktadır (Özbek, vd, 2020; Şahin ve Göktürk, 2020; Yenisey ve Nuhoğlu, 2020; Koparan 2006; Eryılmaz, 2012; Bıçak, 2018; Ünver ve Hakeri 2020, Toroslu ve Feyzioğlu, 2008). Bu düzenlemenin de etkisiyle, ülkemizde tutuklama adli kontrol kararına sıklıkla başvurulduğu (Bıçak, 2018, s.635), hükümlü ve tutuklu sayılarının hızla artmaya devam ettiği görülmektedir. Örneğin; 1970’de 30.119 hükümlü, 26.392 tutuklu, 1985’de 45.388 hükümlü, 25.842 tutuklu, 1990’da 29.373 hükümlü, 16.233 tutuklu sayısının, 2005 yılına kadar kısmen yavaş armakta olduğu, 2005 yılından sonra Ceza İnfaz Kanun’undaki değişiklik ve cezaevinde infazı lazım gelen hapis cezası miktarının kabaca 1/2 iken 2/3’ye de çıkartılması ile birlikte 2006’da 26.336 hükümlü, 43.941 tutuklu, 2009 yılında ise 56.581 hükümlü ve 59.759 tutukluya ulaştığı görülmektedir (www.cte.adalet.gov.tr ; Çetin, 2020, s. 83-84). Adalet Bakanlığı’na, yapılan açıklamaya göre 28 Aralık 2018 tarihi itibariyle, Türkiye’de 208.457 hükümlü, 55.574 tutuklunun bulunduğu, tutuklu sayısının genel mevcuda oranının ise % 34 olduğu anlaşılmaktadır. (Armutçu, 2019; Çetin 2020, s. 84). OECD’nin Mayıs 2019 tarihli verilerine göre; OECD ülkeleri arasında, Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri’nin ardından hapsedme oranlarında ikinci sırada yer almaktadır. Anılan tarih itibariyle 330 milyon nüfuslu ABD’de 100 bin kişiye düşen tutuklu ve hükümlü sayısı 655 iken, bu sayının 82 milyon nüfusa sahip Türkiye için 318 olduğu görülmektedir. (Çetin, 2020, s. 85).

Türk yargı sistemi içerisinde tutuklama kararına sıklıkla başvurulması nedeniyle esasen kanun koyucu tarafından bir çok kez ve özellikle tutuklama nedenleri üzerinde düzenleme yapıldığı ancak yine de bu adli kontrole sıklıkla başvurulmasının önüne geçilemediği anlaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra uygulamada gerekçesiz ya da yeterli olmayan gerekçeler ile tutuklamaya karar verilmesinin önüne geçebilmek bakımından kamuoyunda 3.Yargı Paketi olarak bilinen 02.07.2012 tarih ve 3652 sayılı Kanun ile CMK m.101/2 hükmü değiştirilmiş ve tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki tahliye taleplerinin reddine dair kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilmek suretiyle açıkça gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin de istenilen sonucu gerçekleştirmediği görülmüş ve bu defa son olarak yine kamuoyunda 4.Yargı Paketi olarak isimlendirilen 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 08.07.2021 tarihinde TBMM kabul edilerek, 14.07.2021 gün ve 31541 sayılı Resme Gazetede yayınlanarak

yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu bu Kanun'un 13.maddesi ile incelemeye konu 5271 Sayılı CMK'nın 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*hususunda*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*somut delillere dayanan*" ibaresi eklenmiştir.

Kanunun "*tutuklama nedenleri*" kenar başlığını taşıyan söz konusu bu 100'ncü maddesinin 1 inci fıkrasında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde ise tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise tutuklama nedenlerinin var sayılabileceği haller gösterilmektedir. Buna göre, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların var olması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etmek, gizlemek ve değiştirmek ya da tanık mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmada tutuklama nedeni var sayılabilecektir.

İncelemeye konu CMK m.100 hükmünün 3.fıkrasında ise burada gösterilen suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabileceği ifade edilmektedir. İşte kanunda gösterilen söz konusu "*bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*" kanun koyucu tarafından yeterli görülmediği için bu anlatımın yerine 7331 sayılı Kanun ile bu "*suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*" anlatımı getirilmiş olmaktadır.

Şüphesiz kanun koyucu boş ve anlamsız işlerle uğraşmayacağı için ve getirilen her bir yeni düzenlemenin mutlaka hukuki bir anlamı olması gerektiği tezinden hareket edilecek olursa; CMK m.103/3 hükmünde yapılan değişiklik ve getirilen *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinden* ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması, getirilen değişikliğin istenilen amaca hizmet edip edemeyeceğinin irdelenmesi gerekir.

## **2. CMK MADDE 103/3'DE 7331 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINDAN ÖNCEKİ DURUM**

CMK m.103/3 hükmünde, esasen bir yasal karine getirildiği, önemli görülen bazı suçlar bakımından hakime bir yetki tanındığı, bu yetki ile kaçma ve delilleri karatma şüphesinin varlığı konusunda hakime tutuklama nedeninin aranmasına gerek olmayabileceği, tutuklama nedeninin bu suçlar bakımından var sayılabileceği ancak bunun bir zorunluluk olmadığı dile getirilmiştir (Ünver ve Hakeri, 2019, s.766; Şahin ve Göktürk, 2020, s. 312, Özen, 2018, Yenidünya ve İçer, 2016; Öztürk vd, 2021; Yurtcan, CMK, 2019). Bu nedenle, söz konusu bu hale tutuklama nedeni olmadan tutuklama da denildiği ancak bu hükmün mecburi tutuklama olarak algılanmaması gerektiği, katalog suçlar olarak isimlendirilen bu suçlardan birinin işlenmiş olması durumunda da mutaka tutuklama tedbirine başvurulmaması gerektiği, zira kanunda kullanılan ifadenin "*vasayılır*" değil, "*varsayılabılır*" olduğu ifade edilmiştir (Yenisey ve Nuhoglu, 2020, s. 368; Ünver ve Hakeri, 2019, s.766, Özen, 2018, Yurtcan, CMK, 2019). Hükmün bir tutuklama mecburiyeti olarak anlaşılması gerektiği (Öztürk, vd, 2020, Öztürk vd, 2021; Özen, 2018), çünkü tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinden başka (CMK m.100/1) kural olarak tutuklama nedenlerinden birinin de bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

Tutuklama nedenleri ise esasen kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesidir (CMK m.100/2). Ancak CMK m.100/3 hükmünde sayılan suçlar söz konusu olduğunda, somut olayda tutuklama nedeninin ayrıntılı olarak araştırılmasından vazgeçilmesi, kuvvetli suç şüphesinin bulunması halinde tutuklama kararı verilebileceği bununla birlikte kanunun gösterdiği bu hallerde bile tutuklama zorunluluğu bulunmadığı nitekim Kanunda bu hallerde bir tutuklama nedeninin var sayılabileceğinden söz edilmekte olduğu, böylece bu suçlar bakımından bile tutuklama kararının ihtiyari bir koruma tedbiri olduğu ifade edilmiştir (Şahin ve Göktürk, 2020, s.312; Yurtcan, CMK, 2019).

Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvurular için vermiş olduğu kararlarında "*Kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda bile kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren olguların varlığının objektif bir gözlemciyi ikna edecek biçimde ortaya konulması gerektiğini*" ifade eden kararı bulunmaktadır (Anayasa Mahkemesi, 17.12.2015 gün ve 2013/2947 E., sayılı kararı, Öztürk vd, 2021 s. 85).

## 2.1. CMK MADDE 103/3'DE SAYILAN SUÇLAR

CMK m.103/3'e göre, işlenmesi durumunda hakim tarafından tutuklama nedeninin var sayılabileceği suçlar gösterilmektedir. Hükmün mehz Alman CMK m.112/3 (Yenisey ve Oktar, 2015, s.165-166) hükmüne benzer olduğu (İnci, 2017, s.121) nitekim burada da Devletler Ceza Kanununda düzenlenen soykırım suçu ile Alman CK düzenlenen örgüt kurmak, terör örgütü kurmak, kasten öldürme, taksirle adam öldürme, kasten yaralamanın nitelikli halleri, kundakçılık, ölümle sonuçlanan kundakçılık, patlayıcı madde temin etme suçlarından birinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin mevcut olması halinde, kaçma ve delilleri karartma şeklindeki tutuklama nedenleri olmasa da tutuklama yapılabileceği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre CMK m.100/3 hükmünün gerekli ancak eksik olduğu çünkü burada kullanılan varsayılabılır teriminin yeterli olmadığı zira bu haliyle burada hakime takdir hakkı tanındığı, bunun yerine Alman CMK'da olduğu gibi tutuklama için işlenen suçun belli bir ağırlıkta olmasının yeterli sayılması gerektiği dile getirilmiştir (Eryılmaz, 2012, s. 619). Ancak Alman Anayasa Mahkemesi bu kataloga dayalı tutuklama hükmünü dar yorumlayarak, lafzi hareket edilmemesini, yalnızca bu katalogdaki suçlardan birinin işlenmiş olmasını değil, ayrıca bu suçlardan birini işlediğine ilişkin kuşku bulunan failin, delilleri karartma veya kaçma kuvvetli şüphesi altında bulunması halinde tutuklanabileceğine karar vermiştir. Bunun yanı sıra Alman Anayasa Mahkemesi kalalogdaki suçlardan birini işlediğine ilişkin aleyhine kuvvetli delil bulunan kişinin, somut olayda kaçacağı veya delileri karartacağına ilişkin bir *tehlikenin bulunmasını* yeterli saymıştır (Ünver ve Hakeri, 2019, s. 779). Kaldı ki Alman Ceza Muhakemesi Hukukuna göre de tutuklama kararı verilmesi, yetkili hakimin takdirinde olan kararlardandır (Bkz. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı, OLG München, tarih13.06.2019, sayı:2 Ws 587/19, BeckRS 2019, 12391, Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, BVerfG, tarih15.12.1965, sayı:HEs 35/93-59, MDR 1993, 787, Stalmach, 2021).

CMK m.103/3 hükmünde yer alan bu düzenlemenin doğru biçimde kaleme alınmadığı (Yurtcan, CMK, 2019) ifade edilmekle birlikte, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise esasen CMK m.103/3'deki düzenleme gerekli değildir (Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Tutuklama Raporu, s. 8-9). Kaldırılması gerekir (Hafızoğulları, 2010, s.8-9; Öztürk, vd, 2020, s.298). Çünkü CMK ile tutuklamada zorunluluk yerine, hakimin takdirine dayalı bir sistem getirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak CMK m.100'de sayılan bütün şartların gerçekleşmesi halinde bile tutuklama kararı verilip verilmemesi hakimin takdirine bağlıdır. İşlenen suçun bu maddenin üçüncü fıkrasında sayılan katalog suçlardan olması da bunun bir istisnası olarak kabul edilemez.



Kaldı ki hüküm, Anayasa'nın 19'ncü (Şen ve Özdemir, s.123-124), AİHM'nin yerleşik içtihadlarına ve AİHS'nin 5'nci maddesine (İnci, 2017, s. 120) aykırıdır. Çünkü bir kısım suçların "*Katalog halinde sayılmasının tutuklamayı mecburi hale getirmekte olduğu bunun ise kişi hürriyeti ve güvenliğini ortadan kaldırmakta olduğu*" göz ardı edilmemelidir (Hafizoğulları, 2010, s. 8-9).

Ayrıca söz konusu bu katalog suçların kapsamı da her geçen gün giderek genişletilmektedir. 27.03.2015 gün ve 6638 sayılı Kanun (İç Güvenlik Kanunu olarak anılan, Polis Vazife Ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) ile kısa süreli hapis cezasını gerektiren (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanunun 33'ncü maddesinde sayılan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun m.7/3'de sayılan) suçlar bile bu katalog suçlar arasına dahil edilmiş ve böylece bu suçlar bakımından bile tutuklama nedeninin varsayılması gibi anlamsız ve tutarsız bir değişiklikler yapılmıştır (Öztürk, vd, 2020, s. 298). Bunun yanı sıra kimi zaman kamuoyundan gelen baskılar ile örneğin 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 12'nci maddesine göre; sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya bunların görevleri dolayısıyla işlenen yaralama suçları (TCK m.86 ve 87) gibi bir kısım başka suçların da katalog suçlara dahil edilmekte olduğu görülmektedir. Tüm bu sakıncalı durumlar göz önünde bulundurularak esasen bu hükmün derhal kaldırılması gerekirken, kanun koyucunun tutuklama nedeninin varsayılabilmesi için burada belirtilen *suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri yerine belirtilen suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı* gibi bir kavramı getirmesinin istenilen amacı gerçekleştirilmeyeceği söylenmelidir.

CMK m. 103/3 maddesinde gösterilen ve uygulamada nerdeyse birer zorunlu tutuklama nedeni olarak algılanan (Öztürk, vd, 2020, s.298; Yurtcan, CMK, 2019; Yurtcan, 2005, Centel ve Zafer, ) bu suçlar ise şu şekilde sıralanabilir:

a. Türk Ceza Kanunu (TCK)'da yer alan, soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m.76, 77, 78); kasten öldürme (m.81, 82, 83); silahlı işlenmiş kasten yaralama (m.86/3, e bendi) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (m.87); işkence (m.94, 95); Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, m.102); Çocukların cinsel istismarı (m.103); hırsızlık (m.141, 142) ve yağma (m.148, 149); uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188); suç işlemek amacıyla örgüt kurmak (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, m.220); devletin güvenliğine karşı suçlar (m.302, 303, 304, 307, 308); Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m.309, 310, 311, 312, 313, 314, 315);

b. 10.07.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m.12);

c. 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin 3 ve 4'ncü fıkralarında tanımlanan zimmet suçu; (4389 sayılı Bankalar Kanunu, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle burada yapılan atfi, Bankacılık Kanunu m.160/1-2 hükmünde tanımlanan zimmet suçuna yapılmış olarak değerlendirmek gerekir, İnci, 2017, s.126);

d. 10.07.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; (4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Gerek yürürlükten kaldırılan ve gerek ise yeni 5607 sayılı Kanun'da yer alan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçların alt ve üst sınırlarına bakıldığında bu suçların da katalog suçlar arasında sayılmasının doğru olmadığı söylenmelidir, İnci, 2017, s. 127);

e. 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'ncü maddesinde tanımlanan suçlar;

f. 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110'ncü maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları;

g. 06.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33'üncü maddesinde sayılan suçlar;

h. 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar;

k. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 12'nci maddesine göre; sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya bunların görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama (TCK m.86 ve 87) suçları.

Burada gösterilen suçların aslında cezası ağır ve kısmen önemli denilebilecek nitelikteki suçlar olduğu söylenebilir ise de esasen bir çok suçun bu niteliği de bulunmaktadır. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi durumunda bile çok ağır bir neticeye yol açmaması ve failin bir yıl altı ay gibi bir ceza ile cezalandırılması mümkündür. Böyle bir suçu işlemiş fail hakkında cezanın ertelenmesi (TCK m.51) veya CMK m.231 hükmü gereğince hakkında HAGB kararı verilmesi dahi mümkündür (İnci, 2017, s.125). Bu nedenle silahla yaralama suçunun bile bu katalog suçlar arasına dahil edilmesi zaten sistemin red edildiği anlamına gelmektedir (Öztürk ve Erdem, 2007, s. 561). Aynı şey bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren hırsızlık suçunun basit hali (TCK m.141) için de söylenebilir (İnci, 2017, s.126).

Tüm bunların yanı sıra işlendiği iddia edilen bir suçun cezasının ağırlığı veya niteliği tek başına şüpheli veya sanığın kaçacağı veya delileri karartabileceği sonucunu yaratmamalıdır. Şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesinin mevcudiyeti ya da delilleri karatma şüphesinin bulunduğu hususları, mutlaka başka etkenlere göre örneğin şüpheli veya sanığın pasaport almak için başvuru yapması, konutunu bir başka yere taşımaya hazırlanması (Yaşar, 2006, s.461), sahte pasaport edinmesi, sahte bir kimlikle başka bir ev kiralandığının tespit edilmesi (İnci, 2017), yurt dışında servetinin bulunması veya yabancı dil öğrenmeye başlaması (Bıçak, 2018, s.635) gibi durumlara bağlanmalı, suçun cezasının ağırlığı veya niteliği tek başına bir etken olarak düşünülmemelidir (Öztürk, vd, 2020, s. 298).

## **2.2. BU SUÇLARIN İŞLENDİĞİ HUSUSUNDA KUVVETLİ ŞÜPHE SEBEPLERİNİN VARLIĞI KAVRAMI**

CMK 103/3 maddesinin önceki halinin yürürlükte olduğu dönemde de bu suçların işlenmiş olduğu hususundaki şüphenin doğrudan doğruya tutuklama nedeninin var olduğu biçiminde yorumlanmaması gerektiği ve bunun sonucu olarak da bu durumlarda otomatik tutuklamaya gidilmemesi gerektiği, çok haklı bir biçimde dile getirilmişti (Ünver ve Hakeri, 2018, s. 343; Özbek vd, 2019, s.205; Özbek, vd, 2020; Şahin ve Göktürk, 2020, s. 312; Yenisey ve Nuhoglu, 2020, s. 368; Öztürk, vd, 2020; Bıçak, 2018). Ancak uygulamada söz konusu bu suçların işlenmiş olduğu hususundaki şüphe tutuklama nedeninin var sayılması için yeterli sayılmış ve sıklıkla tutuklama kararlarının verildiği görülmüştür.

Oysa madde metninde yer alan “varsayılabilir” ifadesi, hiç bir somut veri bulunmadan hakimin veya mahkemenin tutuklamaya gidebileceği şeklinde yorumlanmaması gerektiği, çünkü CMK m.100’de yer alan temel tutuklama nedenine ilaveten belirli ve ağır denilebilecek suçlarda tutuklamaya imkan veren bu nedenin, bu suçların işlendiğine ilişkin somut ispat araçlarına dayalı kuvvetli verilerin bulunduğu durumlarda var sayılabileceği, aksi durumda ise tutuklama nedeninin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerektiği dile getirilmişti (Ünver ve Hakeri, 2019; Özbek, vd, 2020, s.277). Hatta haklı bir biçimde CMK m.100/1 hükmünde yer alan “kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delil” kavramı ile m.100/3’de yer alan “suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebebi” kavramları arasında bir fark olmaması gerektiği, bu farklılığın esasen Kanunun hazırlanması sırasındaki zaman darlığından doğan bir özensizlik örneği olduğu ifade edilmiştir. (Yenisey ve Nuhoglu, 2020, s. 369). Aslında tutuklama kararı verilebilmesinin ilk ve en önemli temel şartı niteliğinde olan m.100/1’de yer alan “kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delil” şartının, Kanunun 100/3 maddesinde gösterilen ve katalog suçlar olarak isimlendirilen bu suçların işlenip işlenmemesi bakımından da mutlaka aranması gerektiği ifade edilmelidir. Bir başka söylem ile burada sayılan suçların işlenmesi bakımından da yine kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekirdi. Ancak tüm bu haklı ve doğru değerlendirmelere rağmen bu suçların işlendiği hususundaki şüphe bile tutuklama kararın verilebilmesi için yeterli sayılmış ve sıklıkla tutuklama kararlarının verildiği görülmüştür.

CMK m.103/3 hükmünde yer alan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı kavramı daima söz konusu bu şüphe sebeplerinin varlığını gösteren, bunları ortaya koyan bir kısım somut veriler ile desteklenmesi gerektiği, somut veri olmaksızın sadece maddede gösterilen suçların işlendiği hususundaki şüphenin yeterli olmadığı ifade edilmiş, ayrıca kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren bu somut verilerin (delillerin) tutuklanın verildiği tarihte var olması gerektiği gibi tutuklanın devam ettiği süre içerisinde de varlığını koruması gerektiği bir başka söylem ile başlangıçta var olan bu söz konusu somut delillerin daha sonradan ortadan kalkması veya şüpheli hale gelmesi durumunda artık tutuklama kararın devam ettirilmemesi ve tutuklanmanın da sonlandırılması gerektiği dile getirilmiştir (Ünver ve Hakeri, 2018, s.344-345; Bıçak, 2018, s.634).

Kuvvetli şüpheden ne anlaşılması gerektiği ise çoğu zaman kovuşturma sonunda sanığın belirtilen bu suçtan mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığından daha yüksek olması biçiminde değerlendirilmiştir. (Özbek vd, 2020, s. 277; Şahin ve Göktürk, 2020, s.312; Bıçak, 2018, s. 634; Ünver ve Hakeri, 2019). Kamu davasının açılması için “yeterli delil” (CMK m.170) araştırıldığı halde, tutuklama için “kuvvetli suç şüphesinden” (CMK m.100/1) söz edilmesinin kovuşturma aşamasına geçilmesi sebeplerinin her zaman tutuklama için yeterli olmadığı biçiminde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir (Yenisey ve Nuhoglu 2020, s. 367). Tutuklama kararının verilebilmesi için AİHS’ne göre (m.5/1-c) ise makul şüphe yeterli görülmektedir. Makul şüphe, kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması olarak değerlendirilmiştir. (Öztürk, vd, 2020, s.294).

Bununla birlikte CMK m.100/3’de yer alan “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” kavramı için 100/1 maddesinde ifade edildiği biçimi ile var olması gerektiği ifade edilen “somut deliller” kavramı kanun koyucu tarafından bu defa 7313 sayılı Kanun ile 103/3 maddeye “bu suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” biçiminde ilave edilmiş olmaktadır.

### 3. CMK MADDE 103/3'DE 7331 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINDAN SONRAKİ DURUM

#### 3.1. CMK MADDE 103/3'DE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINDAKİ GEREKÇE

7331 sayılı CMK ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun TBMM, 27.Dönem, 4.Yasama Yılı ve 274 Sıra Sayısını alan Kanun Değişikliği Teklifinin (2/3697) Genel Gerekçesinde, söz konusu bu maddede yapılan değişikliğin sebebi açıklanmaktadır.

Buna göre, “ceza yargılamasında kabul edilen koruma tedbirlerinden en ağırı olan tutuklamanın, yargılama sürecinde bir cezalandırma aracı değil, soruşturma ve kovuşturmanın daha etkin yürütülebilmesi için düzenlenmiş bir tedbir niteliğinde olduğu, mevzuatımıza göre tutuklamanın istisnai bir tedbir olup, öncelikli olarak değerlendirilecek hususun, tutuklama yerine adli kontrol veya diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığı hususu olduğu, bu nedenle tutuklama tedbirinin uygulanma şartlarına ilişkin ilave düzenleme yapıldığı ve böylece kişi hürriyeti ve güvenliğinin korunmasına yönelik güvencenin artırılmakta olduğu” dile getirilmektedir.

Söz konusu bu kanun değişikliğinin yer aldığı 13’ncü maddenin gerekçesinde ise “Maddeyle, 5271 sayılı Kanunun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında düzenleme yapmak suretiyle, fıkra da belirtilen suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeninin var sayılabileceği kabul edilmektedir.

Esasen maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte değerlendirildiğinde üçüncü fıkra da sayılan suçlar bakımından da tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için birinci fıkra da belirtilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu hususun değerlendirilmesi bakımından bazı tereddütlerin yaşandığı gözlemlenmiştir. Söz konusu tereddütlerin giderilmesi amacıyla üçüncü fıkra da düzenleme yapılmakta” olduğu ifade edilmektedir.

Madde gerekçesinin ilk bakışta doğru ve haklı olduğu düşünülebilir ise de gerçekte doğru olmadığı ve yapılan değişikliğin de bir anlamının bulunmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü madde gerekçesinde zaten, “Esasen maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte değerlendirildiğinde üçüncü fıkra da sayılan suçlar bakımından da tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için birinci fıkra da belirtilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması gerektiği” ifade edilmekte, “Ancak uygulamada bu hususun değerlendirilmesi bakımından bazı tereddütlerin yaşandığı, ...söz konusu tereddütlerin giderilmesi amacıyla üçüncü fıkra da düzenleme yapılmakta” olduğu ifade edilmektedir. O zaman belirtilen suçlar bakımından da tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için birinci fıkra da belirtilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması gerektiği açık olduğuna göre sırf uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi için düzenleme yapılması doğru değildir. Kaldık ki yapılan değişikliğin var olan tereddütleri gidereceği de söylenemez. Çünkü gereksiz ve yanlış olan bir hükmün doğru değerlendirilmesi için ne kadar değişiklik yapılırsa yapılsın bunun doğru sonuç vermeyeceği son derece açıktır. CMK m.100/3 hükmü fazladır, doğru değildir ve yürürlükte kaldığı sürece bu şekilde tereddütleri ortaya çıkartması da kaçınılmaz görünmektedir.

### 3.2. SOMUT DELİLLERE DAYANAN KUVVETLİ ŞÜPHE SEBEBİNİN VARLIĞI KAVRAMI

Kanun koyucu CMK m.103/3'de yer alan ve bu madde de gösterilen bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını yeterli görmemekte ve 7313 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik çerçevesinde artık bundan sonra tutuklama kararının verilebilmesi bakımından 103'ncü maddede gösterilen suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin mutlaka *somut delillere dayandırılması* gerektiğini istemektedir. Buna göre artık söz konusu bu madde gösterilen bu suçların işlendiği hususunda somut delillere dayandığı gösterilemeyen kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına dayanılarak tutuklama kararı verilemeyecektir. Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren somut delil veya delillerin neler olduğu tek tek tutuklama kararında gösterilmeli ve böylece bunların bulunup bulunmadığının denetlenebilmesine de imkan tanınması gerektiği söylenmelidir.

O halde, CMK m.103/3'de belirtilen katalog suçların işlendiği hususunda *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı* kavramı içerisinde geçen *somut delil* ile ne anlaşılmalıdır?

Geçmişte gerçekleşen bir olayı ve bu olayın kanunda gösterilen suç tipine uygun olup olmadığını ispat etmeye yarayan araçlara delil denilmektedir. Örneğin adam öldürme olayının fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve kanunda o olayla ilgili olarak gösterilen duruma (adam öldürme suç tipine) uyup uymadığını belirlemeye yarayan araçlar bu olayın delili niteliğindedir. Çünkü somut delilin bir ispat aracı olduğu, bir vakanın veya sonucun iddia edildiği gibi gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise delil ile ispat edilmesi gerektiği söylenmelidir (Özbek, vd, 2020, s.277-278; Yenisey ve Nuhoğlu, 2020, s.517; Şahin ve Göktürk, 2020; Şahin, 2020; Centel ve Zafer, 2020, Gökçen vd, 2020, Ünver ve Hakeri, 2021; Koca, 2006; Dülger, 2014; Birttek, 2017).

Deliller genellikle ikrar, tanık beyanı, yazılı belgeler ile görüntü ve ses kaydedici araçlarla yapılmış kayıtlardır (Özbek, vd, 2020, s.277-278). Delillerin ise kendi niteliklerinden gelen bir kısım özelliklerine göre veya ispat etme fonksiyonunu yerine getirme gücüne göre farklı tasniflere tabi tutulabilir (Şahin ve Göktürk, 2020; Şahin, vd, 2020; Centel ve Zafer, 2020; Gökçen, vd, 2020; Özbek, vd, 2019; Özbek, vd, 2020; Öztürk, vd, 2019; Soyaslan, 2016; Yenisey ve Nuhoğlu, 2019; Bıçak, 2018; Ünver ve Hakeri, 2021; Yayla, 2016). Örneğin; beyan delili (şüpheli-sanık beyanı, tanık beyanı, diğer kişilerin beyanı), belge delili (yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler, ses tespit eden belgeler), belirti delili (tabi ve suni belirtiler) şeklinde bir tasnif yapılması mümkündür. Ayrıca şahsi delil (yani şahısların beyanları), maddi delil (belge ve belirti delilleri yani kaynağı bir nesne olan deliller) biçiminde veya beyan belge, nesne (silah, mermi, boya toprak cam vs), iz (alet izi, parmak izi, avuç içi izi), vücut parçaları biçiminde bir ayrıma da gidilebilir. Bunun yanı sıra doğrudan doğruya delil-dolaylı delil şeklinde ayırım yapılması da mümkündür. Doğrudan doğruya deliller uyumsuzluğa konu olayı doğrudan doğruya ispat etmeye yarayan delillerdir. Örneğin, olayı bizzat gören tanığın beyanı bu tür bir delil olarak nitelendirilir. Dolaylı delil ise daha çok belirti delili yerine kullanılır. Bu deliller tek başına ispat gücüne sahip olmayıp, doğrudan doğruya deliller ile edinilen kanaati destekleyici niteliktedirler. Onun için bunlara yan delil de denilmektedir. Örneğin parmak izi veya failin olay mahallinde bulunup bulunmaması (alibi) ya da bir otomobilin hızını tespit etmemize yarayan firen izi (belirti-emare) gibi araçlar (Yenisey ve Nuhoğlu, 2020, s.517) bu nitelikte delil olarak kabul edilmektedir.



Kanaatimizce somut delil ile anlatılmak istenen ise işlendiği iddia edilen suçun ya da CMK m.103/3 maddesinde sayılan suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüpheyi yaratacak olan aracın bir belirti (emare) değil bir doğrudan doğruya delil olması ve kendi başına veya diğer belirti (emareler) ile birlikte kuvvetli şüpheyi yaratabilmesidir. Delilin suçun işlendiğine dair kuvvetli şüpheyi yaratamaması durumunda ise somut bir delilin varlığından söz edilemez. Bununla birlikte suçun işlendiğine dair kuvvetli şüpheyi yaratacak olan bu ispat aracı bir delil veya bir den çok emarenin bir araya gelmesi ile ortaya çıkmış bir delil olabilir. Birden çok belirti (emarenin) bir araya gelmesi ile oluşan delil somut olayın özelliğine göre bir somut delil niteliğini de kazanabilir. Böylesine bir somut durum ile karşılaşmadığı sürece tutuklama nedenin var sayılması için gerekli olan ve madde belirtilen suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin dayandığı somut bir delilden bahsedilemez ve tutuklama kararı verilemez.

Kuvvetli şüpheye yol açacak olan somut delil bulunmadığı durumda ise şüphenin varlığı kuşkulu hale gelecek ve böylece tutuklama kararın verilemeyecektir. Buradaki somut delil kuvvetli şüpheyi yaratan onu var eden bir delil niteliğindedir. Onun için bu delilin ne olması gerektiği başlangıçta söylenemez ise de somut olayın gerçekleştiğine dair yukarıda belirtilen delillerden doğrudan doğruya delil olarak tasnif edilen örneğin görgü tanığının beyanı bir somut delil olarak değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra somut olaya göre doğrudan doğruya delil olarak belirtilen bir delili güçlendirecek nitelikteki bir belirti ise tek başına somut bir delil olarak kabul edilmemelidir. Örneğin olay yerinde faile ait bir parmak izi daima bir delil veya belirti olarak kabul edilmemeli bu parmak izinin burada bulunmasını açıklayan beyanlar da dikkate alınmalıdır. Failin parmak izinin olay yerinde bulunmasına ilişkin yaptığı açıklama (fail beyanı) bu durumda son derece önemli hale gelecek ve anlamlı bir açıklama yapılmadığı sürece söz konusu bu parmak izi bir belirti olarak kabul edilse bile güçlü bir delil olarak varlığını koruyacak demektir.

Buna göre CMK m.103/3'de belirtilen suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ile söz konusu bu suçların işlendiği hususunda belirtildiği biçimde somut delillerin var olması ya da belirtilen suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebebinin varlığını gösteren bu şüpheyi haklı kılan somut delillerin var olması gerekir.

O halde belirtilen bu suçların işlendiğini gösteren basit bir şüphe değil bu şüphenin kuvvetli bir şüphe olması gerekir. Bunun yanı sıra şüphenin kuvvetli olmasını haklı kılan, başka bir anlatımla böylesine bir şüphenin var olmasını teyid eder nitelikte somut delillerin de bulunması gerekir. Kanun koyucu kuvvetli şüphenin var olmasına yol açacak olan delilleri bile yeterli görmemiş bunu somut delil olarak ayrıca ifade etmiş olmaktadır.

### **3.3. TUTUKLAMA SÜRESİNCE SOMUT DELİLLERE DAYANAN KUVVETLİ ŞÜPHE SEBEBİNİN VARLIĞINI DEVAM ETTİRMESİ GEREKİR**

CMK m.103/3 hükmünde tek tek sayılan bu suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı tutuklama kararının ilk kez verilmesinde arandığı gibi tutuklama kararının devam ettirilmesi halinde tutuklamanın devam ettiği tüm zaman bakımından da varlığını devam ettirmesi gerekir (Şahin ve Göktürk, 2020, s. 312; Eryılmaz, 2012). Bir başka söylem ile bu suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi, tutuklamanın devam ettiği süre içerisinde de varlığını korumalıdır. Tutuklamanın devam ettiği dönem içerisinde, söz konusu bu suçların işlendiği hususundaki somut delillerin ortadan kalkması, örneğin söz konusu bu somut delilin esasen hiç var olmadığı gibi bir sonuca ulaşılması durumunda, kuvvetli şüphe sebebinin dayanağı olan somut delil ortadan kalktığı için tutuklama kararının da bu durumda derhal kaldırılması gerekir.

#### 4. SONUÇ

CMK 103/3 maddesinin önceki halinin yürürlükte olduğu dönemde de bu suçların işlenmiş olduğu hususundaki şüphenin doğrudan doğruya tutuklama nedeninin var olduğu biçiminde yorumlanmaması gerektiği ve bunun sonucu olarak da bu durumlarda otomatik tutuklamaya gidilmemesi gerektiği, çok haklı bir biçimde dile getirildiği halde uygulamada söz konusu bu suçların işlenmiş olduğu hususundaki şüphe tutuklama nedeninin var sayılması için yeterli sayılmış ve sıklıkla tutuklama kararlarının verildiği görülmüştür. İşte kanunda gösterilen söz konusu *“bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını”* kanun koyucu tarafından yeterli görülmediği için söz konusu bu anlatımın yerine, 7331 sayılı Kanun ile bu defa *“bu suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”* getirilmiş olmaktadır. Ancak kanaatimizce böylesine bir değişiklik de amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmeyecektir. O halde yapılması gereken esasen CMK m.103/3 hükmünde yer alan ve bir tutuklama nedeninin varsayılması gerektiğini açıklayan bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıdır. Bunun kaldırılması hiç bir kanun boşluğunun doğmasına yol açmayacaktır. Çünkü söz konusu bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin bulunması ve bu kuvvetli suç şüphesini yaratan bunu destekleyen somut delillerin bulunması durumunda zaten CMK m.100/1 ve 2.fıkraları dikkate alınarak tutuklama kararı verilebilecektir.

Bunun yanı sıra kanun metinlerinde ne kadar değişiklik yapılırsa yapılsın doğru ve adil uygulamanın ancak nitelikli ve iyi yetiştirilmiş hukukçular aracılığı ile gerçekleştirilebileceğinden şüphe etmemek gerekir. Bugün için Türk yargı sistemindeki asıl meselenin kanun metinlerinde var olduğu kabul edilen eksiklik ve yanlışlıklar olmadığı, esasen en büyük eksikliğin yasa maddelerini doğru, haklı ve adil bir biçimde uygulayacak hakim ve Cumhuriyet savcılarının olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, kişi hak ve hürriyetini en derin bir biçimde etkileyen tutuklama adli kontrol tedbiri bakımından da bu tedbire kolayca başvurulmasının önünü geçilmesi bakımından, getirilecek her türlü düzenlemenin ötesinde, tutuklama kararının verecek ve verilen bu kararları denetleyecek hakimlerin ve bu kararlara katılmakta olan Cumhuriyet savcılarının mevcut hukuki anlayışlarından vazgeçmeleri ve adli kontrol tedbirlerinin özüne ve konuluş amacına uygun kararlar vermelerinin yolu açılmalı, bu husustaki anlayış değişikliği desteklenmeli ve bu hususta kendilerine gerekli ve yeterli anlayış gösterilmelidir.

## KAYNAKLAR

- Armutçu, O. (2019), “Cezaevi Nüfusu: 264 bin 31”, *Hürriyet*, 02.01.2019, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/cezaevi-nufusu-264-bin-31-41070059>
- Avcı, M. (2005), “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3.
- Bıçak, V. (2018), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Birtek, F. (2017), Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul.
- Çetin, S.,H. (2020), Türk Ceza Hukuku’nda Elektronik İzleme, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Dülger, V.,M. (2020), Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gökçen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Eryılmaz, M. B. (2012), Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara.
- İnci, Z., Ö. (2014), “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf; Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 9(25), 103-123.
- İnci, Z. Ö. (2017), Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Koparan, M., R. (2006), “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)*, (65), Ankara.
- Özbek, V.,Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019), Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Özbek, V.,Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Özen, M. (2018), Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara.
- Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M.R., Gezer, S., Kırıt, F.S., Alan Akcan, E., Erden Tütüncü, E., Özaydın, Ö., Altınok Villemin, D., ve Tok, M., C. (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2021), Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Öztürk B. ve Erdem, M.,R. (2007), Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Öztürk, B. (1988), *Tutuklama Sebepleri*, Manisa Barosu Dergisi, 24, Manisa.
- Stalmach, A., E. (2021), Die Untersuchungshaft im Lichte des Art. 104 GG (Habeas corpus), Alman Anayasası m.104 Işığında Tutuklama (Habeas corpus), içinde: Ceza Muhakemesi Hukukunun Güncel Sorunları, (Aktuelle Herausforderungen des Strafprozessrechts), (Edit. Y. Ünver), Seçkin Yayınları, Ankara.
- Soyaslan, D. (2016), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara.
- Şahin, C.ve Göktürk, N., (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara.

- Şahin, C. ve Göktürk, N., (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Hukuk Dizisi, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H., (2021), Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yaşar, O. (2005), Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara.
- Yayla, M. (2016), Ceza Muhakemesi Hukukunda: İspat ve Şüphe, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Yenidünya, A., C. ve İçer, Z. (2016), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara.
- Yenisey, F ve Nuhoglu, A. (2019), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Yenisey, F. ve Oktar, S. (2015), Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, StrafprozeBordnung (StPO), Beta Yayınları, İstanbul.
- Yurtcan, E. (2019), Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara.
- Yurtcan, E. (2019), Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), Seçkin Yayınları, Ankara.
- Yurtcan, E. (2005), Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul.
- Toroslu N. ve Feyzioğlu, M. (2008), Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi (TBBİHM), (2010), Tutuklama Raporu, Ankara.
- Hafizoğulları, Z. (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları”.  
<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html>

## HEKİMLERİN 5510 SAYILI KANUNUN EK MADDE 10 HÜKMÜ KAPSAMINDA SİGORTALILIK STATÜSÜ VE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

**Dr. Öğr. Üyesi, Didem YARDIMCIOĞLU**

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-2890-5867

### ÖZET

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hekimlerin bu Kanunun m. 4/1,(a), m. 4/1,(b) ve m. 4/1,(c) bendi kapsamında sigortalı olabilmeleri mümkündür. Bir iş sözleşmesine bağlı olmadan kendi adına ve hesabına çalışan hekimler 5510 sayılı Kanunun m. 4/1,(b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. İlk kez 1.10.2008 tarihinden sonra kamu sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler ise 5510 sayılı Kanunun m. 4/1,(c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Özel sağlık kuruluşlarında bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan hekimler kural olarak 5510 sayılı Kanunun m. 4/1,(a) bendine tabi sigortalıdırlar. Ancak 2015 yılında 6645 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek madde 10 hükmüyle özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hekim olarak çalışanların sigortalılık statüsünde değişikliğe gidilmiş ve bu hekimlerin sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça Kanunun m. 4/1,(b) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları belirtilmiştir. Yapılan değişiklik neticesinde özel sektörde çalışan hekimler, iş sözleşmesi ile çalışmalarına rağmen sosyal sigortalar mevzuatı bakımından serbest meslek çalışanı gibi kabul edilmişlerdir. Bu durumun hekimlerin sosyal güvenlik hukuku haklarına pek çok olumsuz etkisi bulunmakta, birçok konuda hak kayıplarına yol açmaktadır. Düzenlemeden ortaya çıkan bir diğer sonuç ise iş sözleşmesinde sigortalılık statüsünün m. 4/1,(a) bendi kapsamında olacağına dair hüküm bulunan hekimlerin bu statüde kabul edilecekleridir. Oysa Sosyal Güvenlik Hukukunda sigortalılık statüsü kişilerin iradelerine bağlı değildir ve sözleşme taraflarının nitelendirmesine bağlı olarak kişilerin hangi statüde sigortalılıklarının mevcut olduğu kararlaştırılmaz.

Sosyal Güvenlik Hukukunun genel ilkelerine aykırılık teşkil eden bu düzenleme yerine taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişkiye göre sigortalılık statüsünün belirlenmesi ve iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerin sigortalılık statüsünün 5510 sayılı Kanunun m. 4/1,(a) bendi kapsamında kabul edilmesi en isabetli çözüm yolu olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hekimlerin Sigortalılık Statüsü, Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimler, Hekimlerin Sosyal Güvenlik Hakları, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Sosyal Güvenlik Hukuku.



## **INSURANCE STATUS OF PHYSICIANS WITHIN THE SCOPE OF ADDITIONAL ARTICLE 10 OF LAW NO. 5510 AND PROBLEMS EXPERIENCED IN PRACTICE**

### **ABSTRACT**

According to the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510, it is possible for physicians to be insured within the scope of subparagraph 4/1,(a), 4/1,(b) and 4/1,(c) of this Law. Physicians who work on their own behalf and on their own account without being bound by an employment contract are deemed to be insured within the scope of subparagraph 4/1,(b) of the Law No. 5510. Physicians working in public health institutions for the first time after 1.10.2008 will be deemed to be insured within the scope of subparagraph 4/1,(c) of Law No. 5510.

As a rule, physicians working in private health institutions based on an employment contract are insured subject to subparagraph 4/1,(a) of Law No. 5510. However, with the additional article 10 added to the Law No. 5510 with the Law No. 6645 in 2015, the insurance status of those working as physicians within the health institutions and organizations belonging to private health institutions and foundation universities was changed. It is stated that these physicians will be deemed to be insured within the scope of subparagraph 4/1,(b) of the Law No. 5510, unless there is a contrary provision in their contracts. As a result of the amendment, physicians working in the private sector were accepted as self-employed in terms of social insurance legislation, despite their employment contract. This situation has many negative effects on the social security law rights of physicians and leads to loss of rights in many issues. Another result of the regulation is that the physicians who have a provision in the employment contract that the insurance status will be within the scope of subparagraph 4/1, (a) will be accepted in this status. However, in Social Security Law, the status of insurance does not depend on the will of individuals. Depending on the will of the contracting parties, the status of the insurance status of the persons cannot be determined.

Instead of this regulation, which is contrary to the general principles of the Social Security Law, it would be the most appropriate solution to determine the insurance status according to the existing legal relationship between the parties and to accept the insurance status of the physicians working with employment contracts within the scope of subparagraph 4/1,(a) of the Law No. 5510.

**Keywords:** Insurance Status of Physicians, Physicians Working in Private Health Institutions, Social Security Rights of Physicians, Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510, Social Security Law.

### **1. GİRİŞ**

Tüm dünyayı etkisi altına alan ve bu yönüyle pandemi olarak nitelendirilen Covid-19 salgını sürecinde başta hekimlerimiz olmak üzere tüm sağlık personelimiz fedakarca çalışmış, hayatları pahasına ülkemizin ve bizlerin bu süreci en hafif şekilde atlatabilmesi için üstün performans göstermişlerdir. Bu fedakarlığı gösteren hekimlerimizin sosyal güvenlik haklarını iyileştirmek, bu konudaki aksaklıkları ortaya koyarak giderebilmek kanaatimizce içinde bulunduğumuz salgın sürecinde çok daha büyük bir anlam taşımaktadır.

2015 yılında 6645 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen Ek Madde 10 hükmüyle birlikte özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin sigortalılık statüsünde değişikliğe gidilmiştir.

Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumunun 2015/19 ve 2020/20 sayılı Genelgeleri ile de özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin sigortalılık statülerini ve sosyal güvenlik haklarını doğrudan etkileyen çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenlemeler ne yazık ki hekimlerin sosyal güvenlik haklarını geriye götürücü bir etki yaratmış, uygulamada pek çok sorunun yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Öyle ki, yaşanan sorunların yoğunluğu karşısında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlükleri ve merkezlerine açıklayıcı yazılar gönderilmek suretiyle bu sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Ancak bu yazılar daha ziyade hangi hekimlerin Ek Madde 10 hükmü kapsamında sayılacağına ilişkin uygulamada yaşanan karışıklıkları gidermeye yönelik olmuştur. Oysa uygulamada yaşanan sorunların temel dayanak noktasını Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenleme oluşturmaktadır.

Bu nedenle çalışmamızda Ek Madde 10 hükmünün ortaya çıkardığı uygulama sorunlarına ve hekimlerin sosyal güvenlik haklarına etkilerine değinerek düzenlemenin kaldırılmasının gerekliliğini vurgulamayı amaçlamaktayız. Bu doğrultuda öncelikle 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık statüsünün nasıl belirlendiğini açıklayacak, ardından özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin sigortalılık statüsünü Ek Madde 10 hükmü ile getirilen değişiklikler doğrultusunda inceleyeceğiz. Son olarak ise 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenlemenin hekimlerin sosyal güvenlik haklarına olan etkilerini ve uygulamada yaşanan sorunları ele alacağız.

## **2. 5510 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SİGORTALILIK STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ**

5510 sayılı Kanunda, ilk kez bu Kanun ile tanımlanan ve tüm çalışanları bu tanım altında birleştiren bir sigortalı nitelendirmesi yapılamamıştır. Aslında Kanunun kişi bakımından kapsamı belirlenirken tüm çalışanların sigortalı olduğu şeklinde genel bir tanım yapılmak istenmiş; fakat sigortalılık işlemlerinin yürütülmesi açısından bu tanımlamanın yetersiz kalacağı fark edilmiştir. Bunun üzerine 5510 sayılı Kanunda yeni bir sigortalılık tanımı yapılması yerine yürürlükten kalkan 506, 1479, 5434 ve 2926 sayılı Kanunlarca sigortalı sayılanlar büyük oranda aynı tanımlarla 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenmişlerdir. Bu düzenleme şekli neticesinde sigortalılar, 5510 sayılı Kanunda kendilerine yer verilen madde ve fıkra numarası ile adlandırılmışlardır<sup>1</sup>.

### **2.1. 5510 Sayılı Kanunun m. 4/1, (a) Bendi Kapsamında Sigortalılık**

#### **2.1.1. Genel Olarak**

5510 sayılı Kanunda sigortalı sayılanlar, Kanunun 4. maddesinde üç farklı kategoride düzenlenmiştir. Kural olarak, hizmet akdine<sup>2</sup> dayanarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Fakat hemen belirtelim ki, kişilerin sigortalılık statülerinin m. 4/1, (a) bendi kapsamında olup olmadığı belirlenirken bu kurala mutlak bir biçimde bağlı kalınmamıştır.

<sup>1</sup> Yusuf Alper, **Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Dora, Bursa 2019, s. 62.

<sup>2</sup> 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendinde yer alan düzenlemede “iş sözleşmesi” yerine “hizmet akdi” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Öğretide de haklı olarak belirtilmiş olduğu üzere her iki kavram da aynı sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu konuda bkz., Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 18. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 79, dn. 5; Haluk Hadi Sümer, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Seçkin, Ankara 2020, s. 40; M. Refik Korkusuz/Suat Uğur, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 6. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s. 211, dn. 460.

Nitekim, esasında iş sözleşmesi ile çalışmayan çırak, stajyer, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular gibi başka bazı kişilerin de Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaları esas kurala kesin bir şekilde bağlı kalınmamış olduğunun göstergesidir<sup>3</sup>.

5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendinde yer alan “*Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar*” ifadesi 4857 sayılı İş Kanununun işçi tanımını andırmaktadır. Hakikaten de İş Kanunu kapsamında işçi sayılanlar genellikle 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Fakat İş Kanunu kapsamında işçi kabul edilen bir kişinin, m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaması veya İş Kanunu kapsamında işçi olarak kabul edilmeyen bir kişinin m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılması da mümkündür. Dolayısıyla bir kişinin sigortalılık niteliği belirlenirken bu kişinin İş Kanunu kapsamında işçi niteliği taşıyıp taşımasına değil, 5510 sayılı Kanundaki düzenlemelere göre sonuca gidilmelidir<sup>4</sup>.

Sigortalılık niteliğinin belirlenmesinde, iş sözleşmesine konu hizmetin 4857 sayılı İş Kanununa, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna, 854 sayılı Deniz İş Kanununa veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa tabi olması önem arz etmemektedir. Esas önemli olan, kural olarak çalışma şeklinin bir iş sözleşmesine dayanmasıdır<sup>5</sup>. Dolayısıyla hekimlerin 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalılık statülerini incelemeye geçmeden evvel iş sözleşmesi ile çalışanların Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı niteliğini kazanma şartlarını incelemek gerekmektedir.

### **2.1.2. İş Sözleşmesine Dayalı Olarak Çalışanların 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) Bendi Kapsamında Sigortalı Niteliğini Kazanma Şartları**

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarında, bu Kanun kapsamında sigortalı niteliğini kazanma koşullarını üçe ayırmakta idi. Bunlar, çalışma ya da iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması, işin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde yapılması ve çalışanın SSK m. 3 hükmünde (günümüzde ise 5510 sayılı Kanunun m. 6 hükmünde) sayılanlar arasında yer almaması şartlarıydı. Belirtelim ki 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanundaki tanımı aynı şekilde tekrarlamış olduğundan Yargıtay’ın konuyla ilgili eski kararlarında varmış olduğu bu sonuç günümüzde de geçerliliğini sürdürmektedir<sup>6</sup>. Bu sebeple 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için bu üç şartın tamamının aynı anda yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan birinin dahi mevcut olmaması durumunda kişi Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilemeyecektir. Fakat hemen ifade edelim ki, eğer özel yasalar tarafından getirilen birtakım istisnalar söz konusu ise bu koşulları taşımayan kişilerin de m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılması söz konusu olabilecektir<sup>7</sup>.

Yerine getirilmesi gereken bu üç şarttan ilki, çalışma veya iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması şartıdır. Bu şartın sağlanıp sağlanmadığının tespiti için ise öncelikle iş sözleşmesinin unsurlarının mevcudiyetinin araştırılması gerekmektedir.

<sup>3</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 79-80; Ali Nazım Sözer, **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2019, s. 75; A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 20. Bası, Beta, İstanbul 2019, s. 302; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 43; Alper, s. 64.

<sup>4</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 80.

<sup>5</sup> Tuncay/Ekmekçi, s. 302.

<sup>6</sup> Nitekim Yargıtay yeni tarihli kararlarında da bu şartların mevcudiyetini aramaktadır, bkz., Yarg. HGK., T. 4.3.2021, E. 2016/21-1856 K. 2021/206, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021); Yarg. HGK., T. 11.2.2021, E. 2017/10-2233 K. 2021/64, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021); Yarg. HGK., T. 8.7.2020, E. 2017/21-1967 K. 2020/550, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021).

<sup>7</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 80-81; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 41.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 393/1 hükmünde “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinin ilk fıkrasında ise iş sözleşmesinin tanımı “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” şeklinde yapılmıştır. Görüldüğü üzere her iki madde hükmünde de iş sözleşmesinin tanımı yapılırken aynı zamanda sözleşmede bulunması gereken unsurlar da belirtilmiştir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin temel unsurlarını iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üçe ayırmamız mümkündür<sup>8</sup>. Bir iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için bu üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Belirtelim ki, iş görme ve karşılığında ücret ödenmesi unsurları vekalet ve eser sözleşmelerinde olduğu gibi konusu iş görme olan başka sözleşme türlerinde de söz konusu olabilir. Bu yönüyle bahsedilen iki unsur, iş sözleşmelerini diğer sözleşme türlerinden ayırt etmede yeterli olmayabilir. Oysa bağımlılık unsuru diğer iki unsurun aksine iş sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayırt etmede kullanılan en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>9</sup>. Gerçekten Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında sosyal sigortalar açısından iş sözleşmesinin varlığını “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarından hareketle belirlemektedir. Yargıtay’a göre bu iki unsur iş sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran belirleyici özelliklerini oluşturmaktadır<sup>10</sup>.

Sigortalı sayılmak için yerine getirilmesi gereken diğer bir şart ise işin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde yapılması şartıdır. Belirtelim ki, günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmelerin sonucunda atipik istihdam biçimleri yaygınlaşmış, klasik anlamdaki işyeri kavramından uzaklaşmaya başlanmıştır. Bunun sonucunda ise önemli olanın işin işverenin işyerinde görülmesi değil, işverene ait iş organizasyonu kapsamında yapılması olduğu görüşü isabetle ileri sürülmüştür<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Öğretideki bir görüşe göre ise iş sözleşmesinin hizmet (iş görme), bağımlılık, süre ve ücret olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır, Korkusuz/Uğur, s. 213.

<sup>9</sup> Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 178-179; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 71; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 225; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 82; Tuncay/Ekmekçi, s. 303; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Baskan, **İş Hukuku**, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 63; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion, Ankara 2018, s. 79; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 27; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 167; Ercan Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku**, Seçkin, Ankara 2020, s. 101; Ercan Güven/Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, 6. Baskı, Nisan, Eskişehir/İstanbul 2020, s. 96; Süleyman Başterzi, “**Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart 2010, s. 178; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 41; Korkusuz/Uğur, s. 213; Gülsevil Alpagut, “**Özel Sağlık Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Hukuki Statüsü ve Çalışma Koşulları**”, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma Biçimleri: Sözleşmeler Çalıştayı, 16 Aralık 2018 İstanbul, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, İstanbul 2019, s. 25; E. Tuncay Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 82; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, **İş Hukuku**, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 117-118; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, 25. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 37. Bağımlılık unsuru hakkında ayrıca bkz. Ali Güzel, “**Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme**”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 97 vd.; Fevzi Şahlanan, “**İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi**”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 380, Aralık 2011, s. 2-6; Haluk Hadi Sümer, “**İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010, s. 63-73; Sevil Doğan, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara 2016, s. 73 vd.

<sup>10</sup> Yarg. 10. HD., T. 31.3.2021, E. 2019/5785 K. 2021/4358, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.7.2021); Yarg. 10. HD., T. 23.2.2021, E. 2020/7087 K. 2021/2010, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.7.2021); Yarg. 10. HD., T. 16.2.2021, E. 2020/7289 K. 2021/1705, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.7.2021); Yarg. 9. HD., T. 16.2.2021, E. 2020/8783 K. 2021/4012, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (5.7.2021).

<sup>11</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 90; Tuncay/Ekmekçi, s. 304-305; Korkusuz/Uğur, s. 215.

Hakikaten de İş Kanunu m. 2/3 hükmünde işyeri kavramının tanımı yapılırken bu gelişmelerden yola çıkılarak işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu vurgulanmıştır. Yargıtay da artık yeni tarihli kararlarında bağımlılık unsurunu tanımlarken iş organizasyonu kavramına vurgu yapmakta, bazı durumlarda taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da işverenin iş organizasyonu kapsamında bulunmaktaysa bağımlılık unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>12</sup>.

### **2.1.3. Bir İş Sözleşmesine Dayalı Olarak Çalışmayanların ve Yabancıların 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) Bendi Kapsamında Sigortalı Niteliğini Kazanma Şartları**

5510 sayılı Kanunun bazı hükümleri ile iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıkları duraksama yaratan veya bir iş sözleşmesine göre çalışmadıkları açık olan bazı kişiler de Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır<sup>13</sup>. Nitekim Kanunun m. 4/2 hükmünde sayılan kişiler bu duruma örnek oluşturmaktadır. 5510 sayılı Kanunun m. 4/2 hükmünde, “İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler, bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, müteakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ve Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar”ın da Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı ifade edilmiştir. Bu sayılanlara ilaveten 442 sayılı Köy Kanunu m. 74/2 gereğince güvenlik korucusu olarak görevlendirilenler, 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 9 hükmünde özel olarak düzenlenen ev hizmetlerinde çalışanlar, konut kapıcıları, banka ve sigorta sandıkları mensubu olup da sandıkları SGK’ya devredilenler devir tarihinden itibaren Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmişlerdir<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Yarg. HGK., T. 4.3.2021, E. 2016/21-1856 K. 2021/206, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.7.2021); “...günümüzde yeni teknolojilere dayalı istihdamın yaygınlık kazanması, düzensiz ya da atipik istihdamın yaygınlaşması bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığının tespitini güçleştirmektedir. Geleneksel anlamı yetersiz kalan kişisel bağımlılığı tanımlamak için işçinin işverene ait iş veya hizmet organizasyonu içinde yer alıp almadığı; çalışma saatlerinin kesin veya esnek biçimde belirlenmiş olması, işin yapılacağı yerin açık veya genel olarak belirlenmiş olması, iş araçlarının dokümantasyonunun sağlanmış olması gibi ek ölçütlerin getirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu ölçütler içinde kişisel bağımlılığın tamamlanması ve daha da belirginleştirilmesi bakımından özellikle işçinin işverene ait iş ya da hizmet organizasyonu içinde yer alıp almadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin organizasyonunda yer alsa bile kendisine ait müşterisi olan karar verme özgürlüğü olan, kendi işletmesinin riskini taşıyan kişiler işveren ile sürekli ilişki içinde bulunsalar bile iş sözleşmesine göre çalışmazlar...”, Yarg. 9. HD., T. 16.2.2021, E. 2020/8783 K. 2021/4012, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (5.7.2021).

<sup>13</sup> Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 43; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 91.

<sup>14</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 96 vd.; Tuncay/Ekmekçi, s. 315 vd.; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 69 vd.; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 43 vd.



## **2.2. 5510 Sayılı Kanunun m. 4/1, (b) Bendi Kapsamında Sigortalılık**

Çalışanlar, bağımlı ve bağımsız çalışanlar olmak üzere temelde iki kategoriye ayrılmaktadırlar. İş sözleşmesi ile bir işveren yanında çalışanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri bağımlı çalışanlar olarak adlandırılırken, bir işverene bağlı olmaksızın serbest meslek icra eden kişiler ise bağımsız çalışanlar olarak adlandırılmaktadırlar<sup>15</sup>. Bağımsız çalışanlar 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmektedirler. 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendinde kimlerin bu kapsamda sigortalı olacakları sayılmıştır. Bu kişiler, köy ve mahalle muhtarları, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları ve tarımsal faaliyette bulunanlardır. Bu kişilere ilaveten Kanunun m. 4/3 hükmündeki düzenleme sebebiyle 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler de m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmişlerdir. Son olarak ise çalışmamızın konusunu oluşturan, Ek Madde 10 hükmü ile getirilen, özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında hekim olarak çalışanlar da bu özel düzenleme gereğince 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmişlerdir<sup>16</sup>.

## **2.3. 5510 Sayılı Kanunun m. 4/1, (c) Bendi Kapsamında Sigortalılık**

5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı niteliğinin kazanılması bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu doğrultuda, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (b) bentlerine tabi olmayan kişilerden ilk kez Kanunun yürürlük tarihi olan 1.10.2008 tarihi itibarıyla kamu idarelerinin kadro ve pozisyonlarında çalışmaya başlayanlar m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. 1.10.2008 tarihinden önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olanlardan, bu tarihten önce veya sonra görevinden ayrılanlar ile 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra m. 4/1, (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar hakkında yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil olmak üzere 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edilecektir (5510 sayılı Kanun geçici m. 4/4). Görüldüğü üzere bu ayırım sebebiyle 1.10.2008 tarihinden sonra göreve başlayan kamu görevlilerinin bir bölümü 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (c) bendine tabi sigortalı olacak iken, bir bölümü ise 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri kapsamında sigortalı olacaktır<sup>17</sup>. Bu ayırım kamu sağlık kuruluşlarında çalışan kamu personeli niteliği taşıyan hekimlerin sigortalılık statüleri bakımından da aynen geçerlidir.

## **3. ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI İLE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNE AİT SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARINDA ÇALIŞAN HEKİMLERİN SİGORTALILIK STATÜSÜ**

### **3.1. Hekimlerin Mesleklerini Hangi Sağlık Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde İcra Edebileceklerine İlişkin Düzenlemeler**

Hekimlerin mesleklerini icra edebilmeleriyle ilgili düzenlemeler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da yer almaktadır. 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasında hekimlerin hangi sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilecekleri belirtilmiştir.

<sup>15</sup> Alpagut, s. 25.

<sup>16</sup> Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 48.

<sup>17</sup> Tuncay/Ekmekçi, s. 324; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 49; Korkusuz/Uğur, s. 241.

Hükme göre hekimler mesleklerini serbest olarak icra edebilecekleri gibi kamu kurum ve kuruluşlarında da icra edebilirler. İlâveten hekimler mesleklerini SGK ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri bünyesinde icra edebilirler. Son olarak hükme göre hekimler, SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi olmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri bünyesinde de çalışabilmektedirler.

Ayrıca 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler dilerlerse hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, SGK ve kamu kurumları ile sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları ile vakıf üniversiteleri hastanelerinde de hastalarının teşhis ve tedavilerini yapabilirler.

### **3.2. Özel Sağlık Kuruluşu İle Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği**

5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı niteliğinin kazanılması açısından yukarıda belirtmiş olduğumuz genel bilgiler doğrultusunda, özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin sigortalılık statüsünün nasıl belirleneceği tespit edilmelidir. Bunun yapılabilmesi için ise öncelikle özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin ortaya konulması, ardından 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenlemeyi incelemek gerekmektedir. Böylelikle 5510 sayılı Kanunun sigortalı niteliğinin kazanılması ve sigortalılık statüsünün belirlenmesi açısından öngörmüş olduğu esas sistem ile Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenlemenin çelişen yönleri daha net bir şekilde ortaya konulabilir.

Özel sağlık kuruluşları ile hekimler arasında yapılan sözleşme gereğince hekim sağlık hizmeti sunmakta, başka bir ifadeyle iş görmekte, özel sağlık kuruluşu ise bunun karşılığında hekime ücret ödemektedir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, konusu iş görme borcu olan farklı sözleşme türleri mevcuttur. Bu sebeple özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin belirlenebilmesi için tarafların akdettiği bu sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa konusu iş görme borcu olan başka bir sözleşme türü mü olduğunun tespit edilmesi önemlidir. Bu belirlemede en önemli unsur ise “bağımlılık” unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>18</sup>.

İş sözleşmelerinde işçi, iş görme edimini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmakta, az veya çok işverenine bağlı olarak çalışmaktadır. Öğretide de haklı olarak belirtilmiş olduğu üzere, iş sözleşmelerindeki bağımlılık unsuru ekonomik veya teknik bağımlılıktan öte kişisel ve hukuki bağımlılık olarak algılanmalıdır. Zira işverenin otoritesi altında çalışan ve işverenin emir ve talimatlarına göre iş görme edimini yerine getirmek yükümlülüğü altında olan işçinin söz konusu bağımlılığı onun kişiliği ile doğrudan ilişkilidir. Başka bir ifadeyle, diğer sözleşmelerin aksine iş sözleşmelerinde işçi-işveren arasında otoriteden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur ve işveren işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşme türlerinde bulunmayan birtakım yetkilere sahip kılınmıştır. Nitekim iş sözleşmelerinde işçi, iş gücünü işverenin hizmetine sunmakta, iş gücü ise işçinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır<sup>19</sup>.

Hemen belirtelim ki, bağımlılık unsuru her iş sözleşmesinde eşit oranda mevcut değildir. Başka bir ifadeyle, bağımlılık ilişkisi her işçinin gördüğü işin özelliklerine, işyerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre farklı derecelerde olabilir.

<sup>18</sup> Alpagut, s. 26.

<sup>19</sup> Süzek, s. 225; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 63, 64; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 79; Narmanlıoğlu, s. 169; Akyiğit, s. 101; Ekmekçi/Yiğit, s. 27; Sümer, İş Hukuku, s. 38; Güven/Aydın, s. 96; Başterzi, s. 181.

Bu yüzden uygulamada genellikle görüldüğü üzere üst düzey yöneticiler veya hekimler, avukatlar gibi belirli bir uzmanlığa sahip kişilerin işverene bağımlılığı daha zayıf iken, örneğin vasıfsız bir işçinin işverene olan bağımlılığı çok daha sıklıdır<sup>20</sup>. Bağımlılık ilişkisinin nispeten daha zayıf olması ise bu sözleşmeyi iş sözleşmesi olmaktan çıkarmamaktadır. Yargıtay'ın bağımlılık unsurunun belirlenmesi bakımından dikkate aldığı bir diğer kriter ise işin işverene ait iş organizasyonu kapsamında işveren yararına yapılması kriteridir<sup>21</sup>. Hakikaten de işverenin belirleyerek çerçevesini çizdiği ve organize ettiği bir işi yerine getirmek, bunu yaparken de işverenin yönetiminde ve talimatları doğrultusunda çalışmak bağımlılık ilişkisinin varlığını açıkça göstermektedir. Fakat ifade etmek gerekir ki, kendisine ait müşterileri olan, faaliyetinin kapsamını kendisi belirleyen, işi ifa edip etmemede karar verme özgürlüğü bulunan ve kendi işletmesinin ekonomik riskini taşıyan kişiler işveren ile konusu iş görme borcu olan bir ilişki içinde bulunsalar dahi iş sözleşmesine göre çalışıyor kabul edilmezler<sup>22</sup>.

Bu bilgiler ışığında özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu ifade edebiliriz. Zira hekim bu sözleşme kapsamında sağlık hizmeti sunmakta, iş görme borcunu yerine getirmekte; bunun karşılığında ise özel sağlık kuruluşu ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Hekimler sağlık hizmeti sunarlarken esasında özel sağlık kuruluşunun iş organizasyonu kapsamında ve onun yararına iş görme edimlerini yerine getirmektedirler. Yine hekimin çalışma süreleri, uymakla yükümlü olduğu işyeri kuralları özel sağlık kuruluşu tarafından belirlenmektedir. Hekimin sağlık hizmeti sunabilmesi için gerekli olan tıbbi araçlar ve malzemeler özel sağlık kuruluşu tarafından temin edilmektedir. Hekim özel sağlık kuruluşu tarafından belirlenen yerlerde (örneğin özel odada veya sağlık kuruluşunun ameliyathanesinde gibi) sağlık hizmeti sunmaktadır. Öğretide de ifade edilmiş olduğu üzere uygulamada, hekimin özel sağlık kuruluşunda çalışırken ücretini kendisi vermek suretiyle yardımcı eleman çalıştırdığına da pek rastlanılmamaktadır. Benzer şekilde hekim, özel sağlık kuruluşunun ekonomik riskini de taşıyor ise tüm bu hususları birlikte değerlendirerek aradaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu söylemek gerekir. Hekimlerin, belirli bir uzmanlık alanına sahip olmaları nedeniyle sıradan bir işçiye nazaran işverene daha zayıf bir şekilde bağımlı olmaları da bu durumu değiştirmemekte, özel sağlık kuruluşu ile hekim arasında bağımlılık ilişkisinin var olduğu görülmektedir<sup>23</sup>.

Hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında fatura karşılığı hizmet alımı yoluyla çalıştırılması da mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu durumda da özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşme, iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyor ise fatura karşılığı hizmet alımı yapıldığı yönündeki taraf değerlendirmeleri dikkate alınmayacak ve aradaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı kabul edilecektir.

---

<sup>20</sup> Güzel, s. 96 vd.; Süzek, s. 226-227; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 63, 64; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 79; Narmanlıoğlu, s. 171; Alpagut, s. 26-27; Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Tele Çalışma**, Legal, İstanbul 2011, s. 68; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 100; Sümer, İş Hukuku, s. 38; Doğan, s. 131; Ebru Karabacak, “**Özel Sağlık Kuruluşlarında Hekimlerin Hizmet Alımı Yoluyla Çalıştırılmalarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sonuçları**”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C. 1, (Ed. Hakan Hakeri/Cahid Doğan), 9-12 Ekim 2019 Antalya, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 518.

<sup>21</sup> Yarg. HGK., T. 10.6.2020, E. 2017/3-1523 K. 2020/391, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021); Yarg. HGK., T. 20.2.2020, E. 2016/10-1909 K. 2020/194, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021); Yarg. 9. HD., T. 16.2.2021, E. 2020/8783 K. 2021/4012, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (5.7.2021); Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 181; Tunçomağ/Centel, s. 71; Güzel, s. 109 vd., 125-126; Narmanlıoğlu, s. 168; Akyiğit, s. 101; Senyen Kaplan, s. 82; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 119; Ekmekçi/Yiğit, s. 28; Sümer, İş Hukuku, s. 38; Güven/Aydın, s. 97; Doğan, s. 133 vd.

<sup>22</sup> Süzek, s. 228.

<sup>23</sup> Alpagut, s. 27; Karabacak, s. 518; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 80, 81.

Zira önemli olan taraf değerlendirmeleri değil, fiili gerçek durumdur ve hakim tereddüt durumunda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini tekrardan hukuki bir değerlendirmeye tabi tutarken işin gerçek yürütüm koşullarını dikkate almak zorundadır<sup>24</sup>. Dolayısıyla özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşme iş sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı müddetçe hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde sonuç değişmeyecek, fatura karşılığı hizmet alımı yapıldığı ifade edilse dahi hukuki ilişki, iş ilişkisi olarak kabul edilecektir<sup>25</sup>. Nitekim Yargıtay da bu görüşte olup konuyla ilgili kararlarında özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşmenin hizmet alım sözleşmesi gibi isimlerle adlandırılmasına bakılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre taraflar arasında iş ilişkisinin unsurlarının bulunması durumunda tarafların bu ilişkiyi nasıl adlandırmış olduklarından bağımsız olarak iş ilişkisi olduğu ve uyuşmazlık hakkında İş Mahkemelerinin görevli olduğu yönünde hüküm kurulmalıdır<sup>26</sup>.

### 3.3. Ek Madde 10 Hükümünün Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönemde Hekimlerin Sigortalılık Statüsü

6645 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10 hükümünün yürürlük tarihi olan 23.04.2015 tarihinden önceki dönemde hekimlerin sigortalılık statüsü ikiye ayrılarak incelenebilir. İlk kategori 23.04.2015 tarihinden önce özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri bünyesinde çalışmayan hekimlerin sigortalılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hekimler mesleklerini serbest olarak icra ediyor ve bunun karşılığında serbest meslek kazancı elde ediyorlarsa; kendi kurdukları bir anonim şirketin yönetim kurulu ortağı iseler ya da diğer sermaye şirketlerinin ortağı konumdaysalar 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmekteydiler<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Güzel, s. 116-117; Alpagut, s. 27; Başterzi, s. 194; Sümer, “Bağımlılık Unsuru”, s. 98; Güven/Aydın, s. 98; Karabacak, s. 518.

<sup>25</sup> Karabacak, s. 518.

<sup>26</sup> Eğer taraflar arasında iş ilişkisinin unsurları bulunmuyor ise bu durumda görevli mahkeme İş Mahkemeleri değil, genel mahkemeler olacaktır. Bu yönüyle de özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin doğru tespit edilmesi önem arz etmektedir, Alpagut, s. 31-32. “...Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin göğüs hastalıkları uzmanı olduğunu, davalı işyerinde imzalanmış Hekim Özel İş Görme Sözleşmesi ve İş Sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını, ... Davalı vekili cevap dilekçesinde ve duruşmadaki beyanlarında...şirket kayıtlarında davacının herhangi bir alacağının olmadığını anlaşıldığını, taraflar arasında akdedilmiş sözleşme hükmüne uygun bir faturanın düzenlenip müvekkili şirkete tebliğ edilmediğini, davacı hekim tarafından ücret alacağı için düzenlenmiş olan tüm faturaların davacı tarafından değil, başka bir şirket tarafından düzenlendiğinin tespit edildiğini, davacının bu hususu 25.2.2015 tarihli dilekçesi ile ikrar ettiğini, bu durumun hukuki olarak irdelendiğinde davanın niteliğinin ticari dava olduğunun görüleceğini, görev itirazında bulduklarını zira davanın Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülmesi gerektiğini, bu sebeplerle davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece davalı hastane tarafından hekimlik hizmetinin ....’den fatura karşılığı alındığı, bu sebeple taraflar arasında ticari ilişkinin mevcut olup, davanın görevli Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülmesi gerektiği gerekçeleriyle görevsizlik kararı verilmiştir...Dosya kapsamına göre, davacının, yapacağı iş sayı ile sınırlandırılmaksızın zaman esasına göre belirli aylık ücret karşılığı verilmiş olup, bunun yanında davacının emeğini sürekli olarak davalı emrinde arz etmesi, aylık ücret alması, davacı ile davalı arasında çalışmasında bağımlılık unsurunun bulunması hususları oluştuğundan, davacı ile davalı arasında akdedilen sözleşmenin iş akdi olarak kabulü gerekmektedir. Davacının aldığı ücretler karşılığında fatura düzenlenmesi davacının hizmet akdine tabii çalıştığının kabulüne engel teşkil etmeyecektir. Bu sebeple mahkemece işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekir. Yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 12.4.2016, E. 2016/6326 K. 2016/9152, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021).

<sup>27</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, “Şirket Ortağı Olan veya Mesleğini Serbest Olarak İcra Eden Hekimler ile Tıpta Uzmanlık Mevzuatına Göre Uzman Olan Kişilerin Sigortalılığı (Doktorların Sigortalılığı)”, Şubat 2016, s. 8, [http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my\\_documents/my\\_files/Doktorlar%C4%B1n\\_Sigortal%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf](http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my_documents/my_files/Doktorlar%C4%B1n_Sigortal%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf), (08.07.2021).

Eğer bu hekimler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra ediyor iseler 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (c) bendi kapsamında sayılıyorlardı<sup>28</sup>. İkinci kategori ise hekimlerin özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri bünyesinde çalışmaları hali idi. Bu durumda hekimin sigortalılık statüsünün belirlenmesinde özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bakılmakta, eğer iş sözleşmesinin unsurları mevcut ise hekim 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktaydı. Yargıtay da Ek Madde 10 hükmünün yürürlüğe girmesinden önceki kararlarında özel sağlık kuruluşu ile hekim arasında iş sözleşmesinin unsurları bulunmasına rağmen hizmet alım sözleşmesinin varlığından söz edilmesini muvazaaa olarak nitelendirmiştir<sup>29</sup>.

Ayrıca uygulamada özel sağlık kuruluşlarında hekimlerin çoğunlukla düşük bir ücret üzerinden iş sözleşmesi ile çalışıyor gibi gösterilmeleri ve kalan ücretlerin ise serbest meslek makbuzu ya da fatura karşılığı hizmet alımı yapılmış gibi gösterilerek hekimlere ödenmesi oldukça yaygındı. Böylelikle hem 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında çalışma hem de hizmet alımı yapılması suretiyle kurulan karma bir sistem yaratılmış bulunmaktaydı<sup>30</sup>.

Belirtelim ki kural olarak, mesleğini serbest olarak icra etmesine rağmen hastasını tedavi amacıyla özel sağlık kuruluşunda hizmet veren hekimler 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktaydılar. Kurdukları şirket aracılığı ile özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversiteleri bünyesinde hizmet alımı yoluyla çalışan hekimler bakımından ise ikili bir ayırım yapılmaktaydı. Özel sağlık kuruluşu veya vakıf üniversitesi ile hekim arasındaki sözleşme tarafların nitelendirmesinden bağımsız olarak iş sözleşmesinin unsurlarını sağlıyor ise 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalılık söz konusu oluyordu. Eğer aradaki ilişki hizmet alım sözleşmesine dayanıyor ise hekimin sigortalılık statüsü 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılıyordu<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, kamu sektöründe 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan hekimler eğer ilk kez sigortalı olarak 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 1.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlamış iseler 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu kapsamında sigortalı sayılacak ve haklarında bu kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İlk kez kamu sağlık kuruluşlarında 1.10.2008 tarihinden sonra çalışmaya başlayan hekimler ise 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı olacak, haklarında 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

<sup>29</sup> Alpagut, s. 32. “Dosyadaki bilgi ve belgelerden patoloji uzmanı olan davacının 14/02/2006 tarihinde hizmet akdi ile davalı işveren nezdinde işe başladığı, 31/01/2008 tarihine kadar bu şekilde çalıştığı 25/05/2007 tarihinde davacının da ortak olduğu ... Sağlık Hiz. İnş. Tur. Gıd. Teks. San. Ltd. Şirketinin kurulduğu ve 31/01/2008 tarihinde davacının işyerindeki hizmetini adı geçen bu şirket mensubu olarak yürütmeye başlayacağını bildirdiği anlaşılmıştır. Yine 31/01/2008 tarihinde davacının davalıdan çıkışı yapıp 01/03/2008 tarihinde anılan dava dışı şirkette girişinin yapıldığı ve bu şirketten de 30/12/2014’te çıkışının yapıldığı görülmüştür. Davacı, anılan şirketi işverenin istemi ile kurduğunu, iş ilişkisinin devam ettiğini iddia ederken, davalı iş sözleşmesinin sona erdiğini ve davacının ortağı olduğu şirketten sağlık hizmeti satın aldıklarını savunmuştur. Mahkemece yazılı şekilde “davacı ile davalı işletme arasında bir iş akdinin bulunmadığı, aralarında ticari ilişki bulunduğunu” kabul edilmiş ise de bu kabul dosyadaki delil durumuna uygun değildir...Açıklanan deliller ile tanık beyanı ve dosyadaki diğer delillere göre davacının 14/02/2006 tarihinden itibaren kesintisiz şekilde 30/10/2014 tarihine kadar davalı işçisi olarak çalıştığı, taraflar arasındaki sağlık hizmeti satın alma sözleşmesinin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesi “hizmet alımının bittiği” gerekçesi ile feshedilmiş olup bu fesih de 4857 Sayılı İş Kanununun 18. ve 19. madde hükümlerine uygun olmayıp geçersizdir. Bu halde Mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır”, Yarg. 9. HD., T. 11.9.2017, E. 2017/22761 K. 2017/12772, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (2.8.2021).

<sup>30</sup> Karabacak, s. 514.

<sup>31</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, s. 9, [http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my\\_documents/my\\_files/Doktorlar%C4%B1n\\_Sigortal%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf](http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my_documents/my_files/Doktorlar%C4%B1n_Sigortal%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf), (08.07.2021).



Tüm bu durumlara ilaveten, Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim elemanları tarafından yapılan denetim ve incelemeler neticesinde hazırlanan ve iş sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olması gerektiği yönündeki denetim raporlarına göre de işlem yapılmaktaydı. Başka bir ifadeyle, hekimin özel sağlık kuruluşundaki çalışması, Sosyal Güvenlik Kurumuna serbest meslek çalışması olarak 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalılık şeklinde bildirilmiş olsa da, Kurumun denetim elemanlarının aksi yöndeki denetim raporları doğrultusunda sigortalılık m. 4/1, (a) bendi kapsamında tesis edilmekte ve gerekli işlemler yapılmaktaydı<sup>32</sup>.

### 3.4. Ek Madde 10 Hükümünün Yürürlüğe Girmesiyle Birlikte Ortaya Çıkan Durum

6645 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10 hükmünün 2. fıkrasıyla, “*Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak, bu maddenin yayımı tarihinden önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelerle ilişkin haklar saklıdır*” düzenlemesi getirilmiştir. Ek Madde 10 hükmünün 2. fıkrasındaki bu düzenleme ile 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişilere yeni bir kategori eklenmiş bulunmaktadır. Esasında madde hükmüne bakıldığında 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilecek hekimlerin de üç gruba ayrıldığı görülmektedir. Bunlar şirket ortağı olan hekimler, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan hekimlerdir. Bu hekimlerin özel sağlık kuruluşları ya da vakıf üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında çalışmaları ve sağlık hizmeti sunmaları durumunda, sözleşmelerinde de aksine bir hüküm bulunmuyorsa 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları düzenlenmiştir.

Şirket ortağı olan hekimler, özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversiteleri ile şirketleri arasında yapılan hizmet alım sözleşmesine istinaden çalışıyor iseler, sözleşmede sigortalılık statüsünün 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında olacağı belirtilmişse bu kapsamda sigortalı olarak kabul edilecektirler. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa şirket ortağı olan hekimlerin sigortalılık statüleri m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılacaktır.

Ek Madde 10 hükmünde belirtilen hekim gruplarından ikincisi ise mesleğini serbest olarak icra eden hekimlerdir. Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmeli özel sağlık kuruluşlarında serbest meslek makbuzu düzenlemek suretiyle hekimlerin çalışması mümkündür. Bu şekilde yapılan çalışmalarda özel sağlık kuruluşu tarafından hazırlanan bazı faturalar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenmekte, bazıları ise kapsam dışı tutulmakta ve Kurum tarafından karşılanmamaktadır. Nöbetçi hekimlikler veya konsültasyon amaçlı yapılan işlemler için kesilen makbuzların karşılığında Kurum tarafından ödeme yapılmaktadır. Fakat bu işlemler dışında özel sağlık kuruluşunda serbest meslek makbuzu karşılığı çalışan hekimlerin yaptıkları muayene, tetkik, tahlil gibi tıbbi işlemlerin karşılıkları Kuruma fatura edilememektedir<sup>33</sup>. Ek Madde 10 hükmündeki düzenleme neticesinde, özel sağlık kuruluşlarında serbest meslek makbuzu karşılığı aldığı ücretlerle çalışan hekimler de sözleşmelerinde aksine bir düzenleme yok ise 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

<sup>32</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, s. 9, [http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my\\_documents/my\\_files/Doktorlar%C4%B1n\\_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf](http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my_documents/my_files/Doktorlar%C4%B1n_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf), (08.07.2021).

<sup>33</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, s. 14, [http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my\\_documents/my\\_files/Doktorlar%C4%B1n\\_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf](http://www.denizlismmo.org/yazimaraclari/my_documents/my_files/Doktorlar%C4%B1n_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf), (16.07.2021).

Ek Madde 10 hükmünde ifade edilen üçüncü grup hekimler ise tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan hekimlerdir. Şirket ortağı olmayan veya serbest meslek makbuzu karşılığında çalışmayan ve uzman olan hekimlerin de özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışmaları durumunda sözleşmelerinde aksine bir hüküm yok ise sigortalılık statülerinin 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edileceği düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, düzenleme birçok yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle, özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki ilişkide iş sözleşmesinin unsurları var ise yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere bu ilişki bir iş ilişkisidir. İş ilişkisi çerçevesinde iş sözleşmesi ile çalışan kişiler kural olarak 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmişlerdir. Ancak Ek Madde 10 hükmü düzenlemesi ile bu ana kuraldan sapılmıştır. Esasında iş sözleşmesi ile özel sağlık kuruluşu veya vakıf üniversitesi bünyesinde çalışan hekimler adeta bağımsız şekilde çalışıyormuş gibi nitelendirilerek sigortalılık statüleri 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılmıştır<sup>34</sup>.

Hükümde eleştirilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise sözleşmesinde sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olacağına dair hüküm bulunan hekimlerin bu statüde kabul edilmeleri durumudur. Başka bir ifadeyle, Ek Madde 10 hükmündeki düzenleme ile sözleşme taraflarına hekimin sigortalılık statüsünü kendi iradeleri doğrultusunda belirleme olanağı tanınmıştır. Oysa öğretilerde de belirtilmiş olduğu üzere, sosyal güvenlik hakkı kamusal bir hak ve sosyal güvenlik devletin yerine getirmesi gereken kamusal yükümlülüklerden biridir<sup>35</sup>. Sigortalılık ilişkisi de aynı şekilde kamusal bir ilişki niteliği taşımaktadır. Nitekim 5510 sayılı Kanunun m. 92/1 hükmünde *“Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Sosyal Güvenlik Hukukunda sigortalılık ilişkisi kişilerin iradelerine bağlı değildir ve sözleşme taraflarının nitelendirmesine bağlı olarak kişilerin hangi statüde sigortalılıklarının mevcut olduğu kararlaştırılmaz. Dolayısıyla sigortalılık statüsü kişilerin iradelerine göre değil, çalışmanın niteliğine göre belirlenmelidir<sup>36</sup>. Bu yönüyle düzenleme Sosyal Güvenlik Hukukunun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

6645 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikleri açıklamak, ayrıntılandırmak ve örnekler sunmak için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 3 Temmuz 2015 tarihinde 2015/19 sayılı Genelge yayımlanmıştır. 2015/19 sayılı Genelgede 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü ile getirilen değişikliklere de ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Genelgenin 1.18 hükmüne göre, *“Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin, özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bildirimlerinin yapılması halinde, özel sağlık hizmeti sunucuları ile yaptıkları hizmet alım sözleşmesinin onaylı bir örneği sağlık hizmet sunucusundan istenilecek ve sözleşme metninde çalışmanın (a) bendi kapsamında bildirilip bildirilmeyeceğine ilişkin bir hükmün olup olmadığı kontrol edilecektir. Hizmet alım sözleşmesi metni içerisinde çalışmanın (a) bendi kapsamında bildirilmesine ilişkin bir hükmün bulunması halinde yapılan bildirimler geçerli kabul edilecek, aksi halde yapılan bildirimler iptal edilerek 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır”* (Genelge m. 1.18, a).

<sup>34</sup> Karabacak, s. 520.

<sup>35</sup> Alpagut, s. 30, 31; Karabacak, s. 520.

<sup>36</sup> Başterzi, s. 194; Alpagut, s. 31; Karabacak, s. 520.

Genelgedeki bu hüküm ile tarafların hizmet alım sözleşmesine koyacakları hüküm ile hekimin sigortalılık statüsünü m. 4/1, (a) bendi kapsamında belirleyebilecekleri, bu belirlemenin açıkça sözleşmede yer alması gerektiği ve sözleşmenin bu açıdan Kurum tarafından inceleneceği düzenlenmiş olmaktadır. Eğer sözleşmede açıkça hekimin sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olduğu belirtilmemiş ise Kuruma özel sağlık kuruluşu tarafından yapılan m. 4/1, (a) sigortalılık bildirimleri iptal edilecek ve Kurum tarafından bu kişilerin sigortalılığı m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılacaktır.

Genelgeye göre, “*Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin, 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihinden önce özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerinde herhangi bir hüküm bulunmama ile birlikte çalışmalarının Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bildirilmesi halinde, bu bildirimlerin 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihine kadar olan kısmı geçerli kabul edilecek, bu tarihten itibaren ise (b) bendi kapsamında yeniden sigortalılığı başlatılacaktır*” (Genelge m. 1.18, b). Böylece hizmet alım sözleşmesinde açıkça sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) bendi kapsamında olduğu belirtilmemiş olan fakat Kuruma bildirim m. 4/1, (a) bendi kapsamında yapılmış olan hekimlerin sigortalılık statüsünün Ek Madde 10 hükmünün yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan kısmı silinmiş olmayacak, bu süre boyunca hekimin sigortalılığı Kuruma bildirildiği gibi m. 4/1, (a) bendi kapsamında kabul edilmiş olacaktır. Ek Madde 10 hükmünün yürürlüğe girmiş olduğu 23.04.2015 tarihinden itibaren ise bu hekimler için yeni bir sigortalılık statüsü başlayacak, artık m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Genelgedeki bir diğer düzenlemeye göre ise “*Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerden, 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihinden önce özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile yaptıkları sözleşmelerde herhangi bir hüküm bulunmayan ve Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılığı başlatılanların, Kurumun denetimle görevli memurları tarafından söz konusu özel sağlık hizmet sunucusunda yapılan denetimler neticesinde, bu çalışmaları en fazla 6645 sayılı Kanunun yayımlandığı 23/4/2015 tarihine kadar olan kısmı 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılabilecektir. Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılan çalışma sürelerine göre de (b) bendi kapsamındaki sigortalılığı tespit edilecektir*” (Genelge m. 1.18, c). Dikkat edilecek olursa bu düzenlemeyle, Kurumun denetmenleri tarafından gerçekleştirilen denetimler sonucunda hekimin tüm sigortalılık süresi değil, yalnızca Ek Madde 10 hükmünün yürürlük tarihine kadar olan sigortalılık süresi m. 4/1, (a) bendi kapsamında sayılabilmektedir.

Genelgede yer alan oldukça önemli bir diğer düzenleme ise, “*23/4/2015 tarihinden önce Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca yapılan incelemelerde yeterli araştırma yapılmadan hizmet akdi olması yönünde karar verilenler hakkında bu maddede belirlenen hususlara göre işlem yapılacaktır. Buna göre, hizmet akdi iki taraflı sözleşme olduğundan, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olduğu yönünde tarafların (hekim ile özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerinin) ittifakının olup olmadığına bakılacak, taraflardan birinin veya her iki tarafın da çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olmadığı yönündeki itirazları dikkate alınmak suretiyle hizmet akdinin tüm unsurları ile birlikte gerçekleşip gerçekleşmediğine dikkat edilecektir.*”

*Ayrıca, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversiteleri yaptıkları sözleşme neticesinde hizmetlerinin karşılığının ilgili mevzuatı gereği serbest meslek makbuzu düzenlenmeksizin gider makbuzu veya gider pusulası aracılığıyla ödenmiş olması tek başına çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayalı olduğu anlamına gelmeyeceğinden Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca düzenlenen raporlarda belirtilen kanaatlere ulaşılmasında bu hususlara uygun tespit yapılmadığının, dolayısıyla eksik inceleme ve araştırma neticesinde bu kanaate varılmasının isabetli olmadığına anlaşılması halinde raporlardaki bu eksiklik giderilmek, araştırma ve inceleme tamamlanmak üzere yeniden değerlendirilmesi istenilecektir” düzenlemesidir (Genelge m. 1.18, g). Bu düzenlemeyle birlikte, daha önceden Kurumun denetmenleri tarafından özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı tespit edilmiş ve sigortalılık tesisi de buna göre yapılmış olsa dahi taraflardan birinin itirazı ile bu raporların geçersiz sayılmasının önü açılmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu bu Genelge hükmü ile kendi denetmenleri tarafından Ek Madde 10 hükmünün yürürlük tarihinden önce yapılmış olan sigortalılık tespitlerinin yeterli araştırma yapılmaksızın gerçekleştirildiğini peşinen kabul etmekte, taraflardan birinin itirazı ile yeniden değerlendirme yapılması olanağını tanımaktadır. Öğretide de haklı olarak ifade edilmiş olduğu üzere bu düzenleme en başta hukuk güvenliğini zedelemektedir<sup>37</sup>. Zira bu düzenleme neticesinde özel sağlık kuruluşları geçmişte düzenlenen raporların gerçeği yansıtmadığını, hekim ile arasındaki sözleşmenin raporda belirtilenin aksine iş sözleşmesine dayanmadığını iddia etmekte, bunun üzerine denetmenler tarafından tekrardan incelemeler yapılarak önceki raporda ulaşılan sonuç değiştirilebilmekte, örneğin m. 4/1, (a) bendi yerine m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalılık tesisi yapılabilmektedir. Bunun neticesinde de Kurumun denetmenleri tarafından hazırlanan rapor doğrultusunda sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olduğuna güvenen hekim, Ek Madde 10 hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte rapora yapılan itiraz sonucunda tekrar düzenlenen rapor ile bir anda başka bir sigortalılık statüsüne tabi kılınabilmektedir<sup>38</sup>. Hukuk güvenliğini zedeleyen ve adeta peşinen Kurum denetmenlerinin hatalı rapor hazırladığını varsayan bu düzenlemenin isabetli olmadığı aşikardır.*

### **3.5. Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan ve Şirket Ortağı Olan veya Mesleğini Serbest Olarak İcra Eden Hekimler ile Uzman Hekimler Dışındaki Hekimlerin Sigortalılık Statüsü**

Ek Madde 10 hükmüyle getirilen düzenleme, özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan şirket ortağı olan, mesleğini serbest olarak icra eden ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan hekimleri kapsamaktadır. Bu nedenle özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan fakat bu kapsamda olmayan, örneğin pratisyen bir hekimin sigortalılığı konusunda Ek Madde 10 hükmündeki düzenleme uygulanmayacaktır. Genel kural kapsamında bu hekimler ile sağlık kuruluşu arasındaki hukuki ilişki belirlenecek, iş ilişkisine dayanması durumunda ise bu hekimlerin sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) bendi kapsamında sayılacaktır.

Uygulamada ise genellikle özel sağlık kuruluşlarının bünyelerinde çalışan tüm hekimleri Ek Madde 10 hükmü kapsamında olup olmadığına bakmaksızın sanki bu kapsamdaymış gibi Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirdiği görülmektedir.

<sup>37</sup> Alpagut, s. 30-31; Karabacak, s. 522.

<sup>38</sup> Karabacak, s. 522.



Zira Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerin sözleşmelerinde m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olacaklarına dair bir hüküm var ise sigortalılık statüleri m. 4/1, (a) bendi kapsamında sayılmakta, fakat bu kişiler için işsizlik sigortası primi kesilmemesi ve Kuruma 13 nolu bildirge ile bildirimlerinin yapılması gerektiği Kurum tarafından belirlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle uygulamada özel sağlık kuruluşu işverenler işsizlik sigortası primi ödemekten imtina edebilmek adına bünyelerinde çalışan hekimleri bu kapsamda olmasalar dahi sanki Ek Madde 10 hükmü kapsamındalarmış gibi bildirmektedirler. Uygulamada sıklıkla gerçekleşen bu durum üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından tüm Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri ve Merkezlerine 01.09.2020 tarihli genel yazı gönderilmiş bulunmaktadır<sup>39</sup>. Yazıya göre, sadece Ek Madde 10 hükmü kapsamında olan ve sözleşmelerinde m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olduğu belirtilen hekimlerin bildirimini işsizlik sigortası primi kesilmeden 13 nolu bildirge ile yapılmalıdır. Ek Madde 10 hükmünün kapsamına girmeyen ve özel sağlık kuruluşunda iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerin hatalı bir şekilde Kuruma bildirilmesi halinde ise belge türü değişikliği yapılarak (13 nolu belge yerine 01 nolu belge ile bildirim yapılmalı) gerekli düzeltmelerin sağlanması ve işsizlik sigortası primlerinin de cari usul ve esaslara göre tahsili yoluna gidilmesi gerekmektedir.

#### **4. 5510 SAYILI KANUNUN EK MADDE 10 HÜKMÜNÜN HEKİMLERİN SOSYAL GÜVENLİK HAKLARINA ETKİSİ**

##### **4.1. Ödenecek Prim Oranlarına Etkisi**

Sosyal sigorta primleri, Kanunun kendilerine karşı güvence sağladığı sosyal risklerden birinin gerçekleşmesi halinde yapılacak sigorta yardımları ile Kurum yönetim giderlerinin karşılığı olarak alınan para olarak tanımlanabilir<sup>40</sup>. Belirtelim ki, primler 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar için sigortalının kazancının belli bir yüzdesi üzerinden alınırken, m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olanlar için ise prime esas alt ve üst kazanç sınırları arasından kendilerinin belirleyecekleri bir tutar üzerinden alınmaktadır<sup>41</sup>. 5510 sayılı Kanun tek bir sosyal sigorta primi alınması yerine kapsamına aldığı tüm sigorta kollarına bağlı olarak birden çok prim türünü öngörmüş bulunmaktadır. Prim oranları ise sigorta türlerine göre değişkenlik göstermektedir<sup>42</sup>. Ayrıca Sosyal Güvenlik Hukuku sistemimizde sosyal sigorta primleri bağımlı çalışan m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c)'liler açısından genellikle işveren ve sigortalı tarafından belirli paylar dahilinde ödenmektedir. Bağımsız çalışan m. 4/1, (b)'liler ise primlerinin tamamını doğrudan kendileri ödemektedirler<sup>43</sup>. Bu durum da m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalıların prim oranlarının m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamındaki sigortalılara nazaran daha yüksek olması sonucuna yol açmaktadır.

Özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde çalışan Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerin sigortalılık statülerinin m. 4/1, (a) bendi yerine m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılması ödenecek prim oranını ve prim ödeme yükümlüsünü değiştirmektedir. Nitekim 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamındaki sigortalıların primleri işverenleri tarafından Kuruma ödenmektedir. Oysa m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalılar primlerini kendileri Kuruma ödemekle yükümlüdürler ve bu konudaki sorumluluk yine kendilerine aittir.

<sup>39</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yazı için bkz., <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete-disindaki-kaynak/metin/5510-sayili-kanunun-ek-10-maddesi-hakkinda-01-09-2020-tarihli-10300024-sayili-genel-yazi-20200901>, (26.07.2021).

<sup>40</sup> Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 216; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 228.

<sup>41</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 228.

<sup>42</sup> Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 216; Tuncay/Ekmekçi, s. 194 vd.

<sup>43</sup> Korkusuz/Uğur, s. 176; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 229-230; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 129; Alper, s. 186.



Sosyal Güvenlik Hukuku sistemimizde genel olarak, %2 oranında kısa vadeli sigorta kolları primi, %20 oranında uzun vadeli sigorta kolları primi, %12,5 genel sağlık sigortası primi ve %4 oranında da işsizlik sigortası primi kesilmektedir<sup>44</sup>. 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki hekimler bakımından %2 oranındaki kısa vadeli sigorta kolları priminin tamamı, %20 oranındaki uzun vadeli sigorta kolları prim oranının %11'i, %12,5 oranındaki genel sağlık sigortası prim oranının %7,5'i ve %4 oranındaki işsizlik sigortası priminin %2'si, yani toplamda %22,5 oranındaki prim işveren tarafından ödenmektedir. 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki hekimin ücretinden kesilecek prim oranı ise toplamda %15 olmaktadır. Oysa Ek Madde 10 hükmü kapsamında olan hekimlerin sigortalılık statülerinin m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılması durumunda hekimin ödemesi gereken prim oranı %34,5 olacaktır<sup>45</sup>. Görüldüğü üzere, sigortalılık statüsünde yapılacak bir değişiklik özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin ödeyecekleri prim oranını iki katından daha fazla oranda arttırmaktadır. Hekim açısından bu durumun maddi olarak bir dezavantaj yaratacağı açıktır.

#### 4.2. Hastalık Sigortası Yardımlarına Etkisi

Hastalık sigortası kapsamında sigortalılara yapılan yardım geçici iş göremezlik ödeneği verilmesidir. Zira hastalanan sigortalı çalışmamakta, çalışmadığı bu süre zarfında da ücret gelirini kaybetmektedir. Hastalık sigortası kapsamında ödenen geçici iş göremezlik ödeneği bu ücret kaybını bir nebze de olsa gidermeyi amaçlamaktadır<sup>46</sup>.

5510 sayılı Kanunun m. 15/1 hükmünde hastalık, *“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda her ne kadar m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalılardan söz edilmiş ise de hastalık sigortası kapsamında verilen geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilecek kişileri düzenleyen 5510 sayılı Kanunun m. 18/1, (b) bendinde m. 4/1, (b) sigortalılarından bahsedilmemiştir. Gerçekten de m. 18/1, (b) bendine göre, *“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalılardan hastalık sigortasına tabi olanların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir”*. Dolayısıyla, esasında hastalık sigortasının kapsamında olan m. 4/1, (b)'li sigortalılar, hastalık sigortasından yapılan tek yardım olan geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilecek kişiler arasında sayılmamış olduklarından fiilen bu sigorta kolundan yararlanamamaktadırlar<sup>47</sup>. Bu nedenle özel sağlık kuruluşu veya vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin sigortalılık statülerinin m. 4/1, (a) bendi yerine m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilmesi halinde bu hekimlerin hastalık sigortası kapsamında verilen geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanmaları mümkün olamayacaktır<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Prim oranları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Tuncay/Ekmekçi, s. 194 vd.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 231 vd.; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 216 vd.; Alper, s. 183 vd.; Korkusuz/Uğur, s. 176 vd.

<sup>45</sup> Alpagut, s. 28; Karabacak, s. 524.

<sup>46</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 441; Tuncay/Ekmekçi, s. 454; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 234; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 187; Korkusuz/Uğur, s. 300-301.

<sup>47</sup> Tuncay/Ekmekçi, s. 455; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 188; Alper, s. 238.

<sup>48</sup> Alpagut, s. 28; Karabacak, s. 524.

### 4.3. İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Analık ve Malullük Sigortası Yardımlarına Etkisi

Analık hali 5510 sayılı Kanunun m. 15/2 hükmünde “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri analık hali kabul edilir” şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edilecek olursa analık sigortasından hem m. 4/1, (a) hem de m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalılar faydalanabilmektedir. Ancak analık sigortası yardımlarından olan geçici iş göremezlik ödeneği ile emzirme ödeneğinden faydalanabilmek için m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalıların genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranmaktadır. Oysa bu şart m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılar bakımından aranmamaktadır<sup>49</sup>. Analık sigortası bakımından iki statü arasındaki bir diğer fark ise şirket ortağı olan ve 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanların geçici iş göremezlik ödeneği alamamasıdır. Gerçekten de 5510 sayılı Kanunun m. 18/1, (c) bendinde analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği alabilecek kişiler sayılırken m. 4/1, (b) bendinin alt bentleri olan (1), (2) ve (4) numaralı bentlere değinilmiş, (3) numaralı alt bende değinilmemiştir. (3) numaralı alt bentte ise “Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları”ndan bahsedilmektedir. Bu düzenleme, şirket ortağı olan ve 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan hekimlerin hizmet alım sözleşmesi ile özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversitelerinde çalışmaları durumunda analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği de alamayacakları sonucunu doğurmaktadır<sup>50</sup>.

5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendine tabi sigortalıların prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının bulunmaması şartı, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamında verilen geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik geliri ve ölüm geliri bakımından da söz konusudur (5510 sayılı Kanun m. 18/2, m. 19/4, m. 20/4). 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olanların bu ödenek ve gelirlere hak kazanabilmeleri için m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olanlarda aranmayan, genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartını sağlamaları gerekmektedir. Dolayısıyla sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) yerine Ek Madde 10 hükmündeki düzenleme nedeniyle m. 4/1, (b) bendi kapsamında değiştirilen hekimlerin iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile analık sigortası yardımlarından faydalanması Kuruma prim ve prime ilişkin hiçbir borcu bulunmama koşuluna bağlanmış olmaktadır.

5510 sayılı Kanunun m. 26/1 hükmüne göre malullük sigortası kapsamında yapılan yardım, malul sigortalılara malullük aylığı bağlanmasıdır. 5510 sayılı Kanunun 25. maddesinin ilk fıkrasında ise kimlerin malul sayılacağı düzenlenmiştir.

<sup>49</sup> H. Fehim Üçışık, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ötüken, İstanbul 2015, s. 193; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 455, 457; Tuncay/Ekmekçi, s. 467, 468; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 256; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 195, 196; Alper, s. 240; Korkusuz/Uğur, s. 304-305.

<sup>50</sup> Özkan Bilgili, “Özel Sağlık Hizmet Sunucularında Çalışan Hekimlerin Sigortalılığı”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2021, s. 44.

Hükme göre, “Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60’ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60’ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malûl sayılır”. Malullük aylığına hak kazanabilmek için sigortalının malul sayılması ve en az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması gerekmektedir. Ancak 5510 sayılı Kanunun m. 26/2 hükmünde de açıkça belirtilmiş olduğu üzere, Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olanların kendi sigortalılıkları nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur<sup>51</sup>. Bu nedenle, Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerin malul olmaları durumunda on yıldan beri sigortalı olma ve 1800 gün prim ödeme koşulunu sağlamalarının yanı sıra kendi sigortalılıkları nedeniyle genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının olmaması koşulu da aranacaktır.

Öğretide de ifade edilmiş olduğu üzere, bu şekilde adeta özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde Ek Madde 10 hükmü kapsamında çalışan hekimlerin sosyal güvenliği kendilerinin iradesine bırakılmış olmaktadır<sup>52</sup>.

#### 4.4. Yaşlılık Sigortası Yardımlarına Etkisi

##### 4.4.1. Prim Gün Sayısı Bakımından

5510 sayılı Kanunun m. 28 hükmüne göre yaşlılık sigortasından sağlanan haklar yaşlılık aylığı bağlanması ve toptan ödeme yapılmasıdır. İlk kez 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan kişilere kadın ise 58 yaşını erkek ise 60 yaşını doldurmaları, m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı iseler 7200 gün, m. 4/1, (b) veya m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı iseler 9000 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanacaktır (5510 sayılı Kanun m. 28/2, (a)). Dikkat edilecek olursa yaş şartı tüm sigortalılık statüleri için aynı olmasına rağmen bildirilmesi gereken prim gün sayısı farklılık göstermektedir. 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 7200 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bulunması halinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmeleri mümkün iken, m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanabilmeleri için 9000 gün uzun vadeli sigorta kolları primine ihtiyaçları vardır<sup>53</sup>. Dolayısıyla Ek Madde 10 hükmü kapsamında olduğu için sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) yerine m. 4/1 (b) bendi kapsamında kabul edilen hekimlerin emekli olabilmeleri yaklaşık 5 yıl daha geciktirilmiştir. Bu durum ise şüphesiz Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerin emekli olabilme ve yaşlılık aylığına hak kazanabilmesine yönelik oldukça büyük bir dezavantaj oluşturmaktadır.

<sup>51</sup> Üçışık, s. 205; Tuncay/Ekmekçi, s. 486; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 287; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 204; Alper, s. 272; Müjdat Şakar, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 13. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 278.

<sup>52</sup> Alpagut, s. 28.

<sup>53</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 509; Tuncay/Ekmekçi, s. 516; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 403; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 215; Alper, s. 283; Korkusuz/Uğur, s. 322; Üçışık, s. 208; Şakar, s. 286.

#### 4.4.2. Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanma Bakımından

5510 sayılı Kanunun m. 40 hükmünde, m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı olanların bazı işyerleri ve işlerde çalışmaları durumunda hizmet sürelerine bu işyerleri veya işlerde çalıştıkları sürelerin her 360 günü için 60-180 gün arasında değişen ek bir hizmet süresinin eklenmesi öngörülmüştür. Yapılan işin ağırlığına veya taşıdığı riskin yüksekliğine göre fiili hizmet süresi zammının miktarı artmaktadır<sup>54</sup>. 5510 sayılı Kanunun m. 40 hükmünde ayrıntılı bir şekilde fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işler ve işyerleri ile eklenecek gün sayısı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, 5510 sayılı Kanunun m. 40 hükmündeki çizelgenin 20. satırında insan sağlığına ilişkin işler fiili hizmet süresi zammı verilecek işler arasında sayılmıştır. Çizelgeye göre fiili hizmet süresi zammından faydalanabilecek olanlar, “11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanun, 25/2/1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu ve 18/12/1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında sağlık meslek mensubu sayılan ve insan sağlığı için koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde çalışanlar” olarak belirlenmiştir. Çizelgede bu işlerde çalışan sigortalıların her 360 günlük süre için prim ödeme gün sayılarına 60 gün ekleneceği ifade edilmiştir. Yine çizelgenin 11. satırında radyolog hekimleri de kapsamına alan bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “Doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar”ın her 360 günlük süre için prim ödeme gün sayılarına 90 gün ekleneceği belirtilmiştir. Böylelikle m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamında olan sağlık çalışanlarının çok daha erken bir şekilde prim gün sayılarını doldurabilmeleri ve emekli olabilmeleri sağlanmıştır. Ancak görüldüğü üzere fiili hizmet süresi zammından yararlanabilecek sigortalılar m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamındaki sigortalılardır. Bu nedenle Ek Madde 10 hükmü kapsamında olduğu için sigortalılık statüsü m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilen hekimlerin fiili hizmet süresi zammından faydalanabilmeleri ve daha erken emekli olabilmeleri mümkün değildir<sup>55</sup>.

#### 4.5. Ölüm Sigortası Yardımlarına Etkisi

5510 sayılı Kanunun m. 32 hükmünde ölüm sigortasından sağlanan haklar ölüm aylığı bağlanması, ölüm toptan ödemesi yapılması, aylık almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneği verilmesi olarak sayılmıştır. Bu yardımlardan ölüm aylığı bağlanması için gereken şartlar, farklı sigortalılık statülerine tabi olan sigortalılar bakımından değiştiğinden konumuz bakımından da önem arz etmektedir. Gerçekten de 5510 sayılı Kanunun m. 32/2, (a) bendine göre ölüm aylığı, “En az 1800 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş durumda iken ölen sigortalının hak sahiplerine, yazılı istekte bulunmaları halinde” bağlanacaktır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ölüm aylığına hak kazanılabilmesi için aranan en az 1800 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması koşulu m. 4/1, (a), m. 4/1, (b) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı olanların tamamı için geçerlidir. Fakat m. 4/1, (a) bedi kapsamında sigortalı olanların geride kalanlarının ölüm aylığına hak kazanabilmeleri için kolaylaştırılmış bir seçenek sunulmuştur.

<sup>54</sup> Üçışık, s. 225; Tuncay/Ekmeççi, s. 529; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 569; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 416; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 224; Alper, s. 292; Korkusuz/Uğur, s. 330; Şakar, s. 290. Fiili hizmet süresi zammı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Ali Nazım Sözer, “İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, s. 4-15; Nurşen Caniklioğlu, “İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 127-165; Hediye Ergin, “5510 Sayılı Kanun’da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, Eylül 2009, s. 183-192.

<sup>55</sup> Alpogut, s. 28; Karabacak, s. 524.

Buna göre m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olanların her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı olmaları ve 900 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş durumda iken ölmeleri durumunda hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilecektir. 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamındaki sigortalıların hak sahiplerine ise böyle bir kolaylaştırılmış seçenek sunulmadığı gibi ölüm aylığı bağlanabilmesi için ölen sigortalının genel sağlık sigortası primi dahil prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması koşulu da aranmaktadır<sup>56</sup>. Bu nedenle Ek Madde 10 hükmü doğrultusunda sigortalılık statüsü m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilen hekimlerin ölümleri halinde hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için tek seçenek, sağlıklarında 1800 gün uzun vadeli sigorta kolları primine sahip olmaları ve genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının bulunmaması koşulunun sağlanmasıdır. Görüldüğü üzere Ek Madde 10 hükmü ile getirilen bu düzenleme neticesinde sigortalılık statüleri değiştirilen hekimlerin ölümleri halinde geride kalan hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanabilmesi de zorlaştırılmıştır.

#### 4.6. İşsizlik Sigortası Yardımlarına Etkisi

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun m. 46/2 hükmünde işsizlik sigortasının kapsamına girecek kişiler ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Hükme göre işsizlik sigortası, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) ve m. 4/2 hükmü kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları, 4857 sayılı İş Kanununa göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlardan 5510 sayılı Kanunun m. 52/1 hükmü kapsamında işsizlik sigortası primi ödeyen isteğe bağlı sigortalılar ile aynı Kanunun Ek Madde 6 hükmü kapsamındaki sigortalıları ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesindeki sandıklara tabi sigortalıları kapsamaktadır. 4447 sayılı Kanunun m. 46/3 hükmünde ise işsizlik sigortasının kapsamında olmayanlar düzenlenmiştir. Hükme göre, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) ve m. 4/1, (c) bentlerine tabi sigortalılar işsizlik sigortasının kapsamı dışında bırakılmışlardır. Görüldüğü üzere, 4447 sayılı Kanuna göre, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılar işsizlik sigortasından faydalanabilirken, m. 4/1, (b) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar işsizlik sigortasından yararlanamamaktadırlar<sup>57</sup>. Bu nedenle 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü uyarınca sigortalılık statüleri m. 4/1, (a) yerine m. 4/1, (b) bendine tabi kabul edilen hekimler bu değişiklik neticesinde işsizlik sigortasının kapsamı dışında kalmışlardır<sup>58</sup>. Dolayısıyla bu hekimler hem işsizlik ödeneğinden hem de 4447 sayılı Kanunun Ek Madde 5 hükmünde düzenlenen doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinden mahrum bırakılmışlardır.

Hemen belirtelim ki, 4447 sayılı Kanunun Ek Madde 6 hükmünde bağımsız çalışanlar için işsizlik ödeneği sunabilecek bir Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası kurulması öngörülmüş ve “*isteğe bağlı sigortalılar, At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler, köy ve mahalle muhtarları ile tarımsal faaliyette bulunanlar hariç olmak üzere; 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların Esnaf Ahilik Sandığı kapsamında Esnaf Ahilik Sandığı sigortalısı*” sayılacağı düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 620; Tuncay/Ekmekçi, s. 548-549; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 454; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 235; Alper, s. 306; Korkusuz/Uğur, s. 335; Üçışık, s. 219; Şakar, s. 292.

<sup>57</sup> Tuncay/Ekmekçi, s. 672, 674; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 713-714, 716; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 296-297; Alper, s. 388, 389; Korkusuz/Uğur, s. 401; Üçışık, s. 307.

<sup>58</sup> Bilgili, s. 43.

<sup>59</sup> Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 742 vd.; Tuncay/Ekmekçi, s. 675 vd.; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 556 vd.; Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 315; Alper, s. 397 vd.



Bu nedenle, Ek Madde 10 hükmü uyarınca sigortalılık statüsü m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilen hekimler işsizlik sigortası yerine ancak Esnaf Ahilik Sandığı sigortasından yararlanabileceklerdir. Fakat Esnaf Ahilik Sandığı sigortası hükümlerinin uygulanması, 7256 sayılı Kanun ile 31.01.2023 tarihine ertelenmiştir. Dolayısıyla henüz Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası uygulamaya geçmemiştir.

Bununla birlikte, Ek Madde 10 hükmü kapsamında olan ve özel sağlık kuruluşu ile arasındaki sözleşmede sigortalılık statüsünün 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında olacağı açıkça belirtilen hekimlerin işsizlik sigortasından faydalanabilmelerinin de engellenmiş olduğu Sosyal Güvenlik Kurumunun 2020/20 sayılı Genelgesinden ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğünün 01.09.2020 tarihli yazısından anlaşılmaktadır<sup>60</sup>. Zira 2020/20 sayılı Genelgenin sekizinci kısmında “5510 sayılı Kanunun Ek 10 maddesi kapsamında olanlardan işsizlik sigortası kesilmemesi” başlığı altında belirtilmiş olduğu üzere, işsizlik sigortası primi kesilebilmesi için kişinin yalnızca 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olması yetmemekte, ayrıca iş sözleşmesine dayalı olarak da çalışması gerekmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu ise özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversiteleri ile şirket ortağı olan hekimler veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler arasındaki sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu ya da İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde. Bu sebeple bu kişilerin sözleşmelerinde 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı oldukları belirtilmiş olsa dahi haklarında işsizlik sigortası primi kesilemeyeceği görüşündedir.

Bu noktada şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile yapılan hizmet alım sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliği taşımadığı ve bu nedenle bu hekimlerin işsizlik sigortası kapsamı dışında bırakılmaları anlaşılabilir ise de uzman hekimlerin neden bu kategoriye sokuldukları anlaşılabilir değildir. Nitekim Genelgede şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimlerin sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliği taşımadığının belirtilmesinin akabinde “*şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile **tipta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişilerin**, özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bildirimlerinin yapılması halinde, ... sözleşme metninde çalışmanın Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalı sayılacağına düzenlenmesi nedeniyle bildirimlerinin (4/1-a) kapsamında yapıldığı anlaşılan hekimlerden Kanunun Ek 10 uncu maddesinin yürürlük tarihi olan 23/4/2015 tarihinden itibaren **işsizlik sigortası primi kesilmemesi...**” gerektiği düzenlemesi gelmektedir. Bu düzenleme sebebiyle iş sözleşmesi ile özel sağlık hizmeti sunucusunda Ek Madde 10 hükmü kapsamında çalışan ve sözleşmesinde sigortalılık statüsü 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında olduğu belirtilen uzman hekimlerin de işsizlik sigortasından faydalanması engellenmiş olmaktadır. Genelgenin bu düzenlemesinin ise Sosyal Güvenlik Hukukunun temel kuralları ile bağdaşmadığı, 4447 sayılı Kanuna aykırı olduğu ortadadır.*

<sup>60</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yazı için bkz., <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete-disindaki-kaynak/metin/5510-sayili-kanunun-ek-10-maddesi-hakkinda-01-09-2020-tarihli-10300024-sayili-genel-yazi-20200901>, (26.07.2021); 2020/20 sayılı SGK Genelgesi için bkz., <https://www.turmobil.org.tr/mevzuat/Pdf/17769>, (26.07.2021).

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğünün 01.09.2020 tarihli yazısında ise uygulamada yaşanan karışıklık giderilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü kapsamında olmayan, özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan ve m. 4/1, (a) bendine tabi olan hekimlerden işsizlik sigortası primi kesilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>61</sup>. Zira 2020/20 sayılı Genelgedeki düzenleme sonrasında uygulamada özel sağlık kuruluşları tarafından sıklıkla bünyelerinde çalışan hekimler 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü kapsamında olup olmadıklarına bakılmaksızın sanki bu kapsamdaymış gibi işlem yapılmış ve işsizlik sigortası primi kesilmemiştir. Uygulamada oldukça yoğun bir şekilde yaşanan bu durum ve artan şikayetler neticesinde Kurum tarafından bir yazı yayımlanarak uyarı yapılması gerekliliği doğmuştur. Kurumun yazısına göre sadece Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerden işsizlik sigortası primi kesilmeyecek; bu kapsamda olmayan, sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) bendine tabi olan ve iş sözleşmesi ile çalışan hekimlerden ise işsizlik sigortası primi kesilecektir. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere Kurumun uygulamada yaşanan sorunlara yönelik uyarısı yerinde olsa da, Kurumun Genelgesindeki uzman hekimlere yönelik düzenleme başlı başına hak kayıplarına yol açacak nitelikte hatalı bir düzenlemedir. Uygulamada, Genelgedeki bu düzenlemenin özel sağlık kuruluşları tarafından işsizlik sigortası primi ödememek amacıyla bir çıkış yolu olarak kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce hem 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü, hem de bu hükmün uygulanmasına yönelik düzenlemeler içeren 2015/19 sayılı Genelge ile işsizlik sigortası primlerine ilişkin düzenlemeler içeren 2020/20 sayılı Genelgedeki düzenlemeler isabetli olmaktan çok uzaktır.

#### 4.7. Genel Sağlık Sigortası Yardımlarına Etkisi

5510 sayılı Kanunun “Sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları” başlığını taşıyan 67. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde, 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendine tabi olan genel sağlık sigortalılarının ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için 67. maddede sayılan diğer şartlarla birlikte “sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması” şartını da sağlamaları gerektiği düzenlenmiştir. Oysa m. 4/1, (a) ve m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar için böyle bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, Ek Madde 10 hükmü uyarınca sigortalılık statüsü m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilen özel sağlık kuruluşları veya vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin kendilerinin veya bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sağlık hizmeti alabilmeleri 60 günden fazla prim ve prime ilişkin borçları olmaması koşuluna bağlanmıştır<sup>62</sup>. Ek Madde 10 hükmü sebebiyle, sağlık hizmeti sunmayı görev edinmiş kişiler olan hekimlerimizin kendileri ve bakmakla yükümlü oldukları aile üyelerinin sağlıkları açısından böyle bir koşula tabi tutulması kanaatimizce oldukça isabetsizdir.

#### 5. SONUÇ

5510 sayılı Kanunda sigortalı sayılanlar, Kanunun 4. maddesinde üç farklı kategoride düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak iş sözleşmesi ile çalışanlar Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmış iken, bağımsız çalışanlar m. 4/1, (b) bendine tabi kılınmışlardır. Kamu görevlileri ise ilk kez 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden itibaren kamu görevlisi olarak çalışmaya başlamış iseler Kanunun m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Kural olarak bu genel düzenlemeler hekimler bakımından da geçerlidir.

<sup>61</sup><https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete-disindaki-kaynak/metin/5510-sayili-kanunun-ek-10-maddesi-hakkinda-01-09-2020-tarihli-10300024-sayili-genel-yazi-20200901>, (26.07.2021).

<sup>62</sup> Bilgili, s. 46.

Fakat 6645 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10 hükmü ile özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin sigortalılık statülerinin belirlenmesinde istisnai bir düzenleme getirilmiştir. Belirtelim ki, düzenleme birçok yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle, özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki ilişkide iş sözleşmesinin unsurları var ise bu kişiler kural olarak 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmişlerdir. Ancak Ek Madde 10 hükmü düzenlemesi ile bu ana kuraldan sapılmıştır. İş sözleşmesi ile özel sağlık kuruluşu veya vakıf üniversitesi bünyesinde çalışan hekimler adeta bağımsız şekilde çalışıyormuş gibi nitelendirilerek sigortalılık statüleri 5510 sayılı Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında kabul edilmiştir.

Hükümde eleştirilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise sözleşmesinde sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olacağına dair hüküm bulunan hekimlerin bu statüde kabul edilmeleri durumudur. Başka bir ifadeyle, Ek Madde 10 hükmündeki düzenleme ile sözleşme taraflarına hekimin sigortalılık statüsünü kendi iradeleri doğrultusunda belirleme olanağı tanınmıştır. Oysa Sosyal Güvenlik Hukukunda sigortalılık ilişkisi kişilerin iradelerine bağlı değildir ve sözleşme taraflarının nitelendirmesine bağlı olarak kişilerin hangi statüde sigortalılıklarının mevcut olduğu kararlaştırılmaz. Dolayısıyla sigortalılık statüsü kişilerin iradelerine göre değil, çalışmanın niteliğine göre belirlenmelidir. Bu yönüyle düzenleme Sosyal Güvenlik Hukukunun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

6645 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikleri açıklamak, ayrıntılandırmak ve örnekler sunmak için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 3 Temmuz 2015 tarihinde 2015/19 sayılı Genelge yayımlanmış ve bu Genelgede 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü ile getirilen değişikliklere de ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Genelgedeki en dikkat çeken düzenleme ise daha önceden Kurumun denetmenleri tarafından özel sağlık kuruluşu ile hekim arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı tespit edilmiş ve sigortalılık tesisi de buna göre yapılmış olsa dahi taraflardan birinin itirazı ile bu raporların geçersiz sayılmasının önünü açan düzenlemedir (Genelge m. 1.18, g). Sosyal Güvenlik Kurumu bu Genelge hükmü ile kendi denetmenlerinin Ek Madde 10 hükmünün yürürlük tarihinden önce yapmış oldukları sigortalılık tespitlerinin yeterli araştırma yapılmaksızın gerçekleştirildiğini peşinen kabul etmekte, taraflardan birinin itirazı ile yeniden değerlendirme yapılması olanağını tanımaktadır. Belirtelim ki bu düzenleme en başta hukuk güvenliğini zedelemektedir. Zira bu düzenleme neticesinde özel sağlık kuruluşları geçmişte düzenlenen raporların gerçeği yansıtmadığını, hekim ile arasındaki sözleşmenin raporda belirtilenin aksine iş sözleşmesine dayanmadığını iddia etmekte, bunun üzerine denetmenler tarafından tekrardan incelemeler yapılarak önceki raporda ulaşılan sonuç değiştirilebilmekte, örneğin m. 4/1, (a) bendi yerine m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalılık tesisi yapılabilmektedir. Bunun neticesinde de Kurumun denetmenleri tarafından hazırlanan rapora güvenen ve sigortalılık statüsünün m. 4/1, (a) bendi kapsamında olduğunu düşünen hekim, Ek Madde 10 hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte rapora yapılan itiraz sonucunda tekrar düzenlenen rapor ile bir anda başka bir sigortalılık statüsüne tabi kılınabilmektedir. Hukuk güvenliğini zedeleyen ve adeta peşinen Kurum denetmenlerinin hatalı rapor hazırladığını varsayan bu düzenlemenin isabetli olmadığı aşıkardır.

İlaveten belirtelim ki, 5510 sayılı Kanunun Ek Madde 10 hükmü ile getirilen düzenleme hekimlerin sosyal güvenlik haklarını pek çok açıdan geriye götürmektedir.

Gerçekten de Ek Madde 10 hükmü kapsamında olduğu için sigortalılık statüsü m. 4/1, (a) yerine m. 4/1, (b) bendi kapsamında sayılan hekimler, bu statü değişikliği neticesinde çok daha fazla prim ödeme yüküyle karşı karşıya kalmış; iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası, analık sigortası ve malullük sigortası yardımlarından faydalanabilmek için kendi sigortalılıkları sebebiyle genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının olmaması koşulunu sağlamak zorunda tutulmuş; hastalık sigortası kapsamında ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanma hakkını kaybetmiş; yaşlılık sigortası kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için gerekli olan prim gün sayıları artmış ve yine sağlık çalışanlarına erken emekli olabilme imkanı tanıyan fiili hizmet süresi zammından yararlanma olanakları ortadan kaldırılmış; ölüm sigortası kapsamında ölen hekimin geride kalan hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması konusunda m. 4/1, (a)'lı sigortalılara sağlanan kolaylaştırılmış seçenekten yararlanmaları engellenmiş ve işsizlik sigortasının kapsamı dışında bırakılmışlardır. Görüldüğü üzere Ek Madde 10 hükmü kapsamındaki hekimlerin sigortalılık statülerinde yapılan bu değişiklik neticesinde çok büyük hak kayıplarına yol açılmış bulunmaktadır. Kanaatimizce pandemi boyutunda bir salgın sürecini yaşadığımız ve sağlık çalışanlarımızın kıymetini bir kez daha anlamış olduğumuz böylesi bir dönemde hekimlerimizin neredeyse tüm sigorta dalları bakımından hak kaybına uğramalarına yol açan Ek Madde 10 hükmü düzenlemesinin kaldırılması en isabetli çözüm yolu olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: **Bireysel İş Hukuku**, Seçkin, Ankara 2020.
- Alpagut, Gülsevil: “**Özel Sağlık Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Hukuki Statüsü ve Çalışma Koşulları**”, Özel Sağlık Sektöründe Çalışma Biçimleri: Sözleşmeler Çalıştayı, 16 Aralık 2018 İstanbul, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, İstanbul 2019, s. 25-33.
- Alper, Yusuf: **Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Dora, Bursa 2019.
- Arslan Ertürk, Arzu: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha, İstanbul 2010.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: **İş Hukuku**, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018.
- Başterzi, Süleyman: “**Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart 2010, s. 175-198.
- Bilgili, Özkan: “**Özel Sağlık Hizmet Sunucularında Çalışan Hekimlerin Sigortalılığı**”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2021, s. 33-54.
- Caniklioğlu, Nurşen: “**İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 127-165.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- Doğan, Sevil: **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara 2016.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2020.

- Ergin, Hediye: “**5510 Sayılı Kanun’da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, Eylül 2009, s. 183-192.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: **İş Hukuku**, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk: **Bireysel İş Hukuku**, 6. Baskı, Nisan, Eskişehir/İstanbul 2020.
- Güzel, Ali: “**Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme**”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 83-126.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 18. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- Kandemir, Murat: **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Tele Çalışma**, Legal, İstanbul 2011.
- Karabacak, Ebru: “**Özel Sağlık Kuruluşlarında Hekimlerin Hizmet Alımı Yoluyla Çalıştırılmalarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sonuçları**”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C. 1, (Ed. Hakan Hakeri/Cahid Doğan), 9-12 Ekim 2019 Antalya, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 513-525.
- Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 6. Baskı, Ekin, Bursa 2018.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion, Ankara 2018.
- Narmanlıoğlu, Ünal: **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay: **Bireysel İş Hukuku**, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü: “**Şirket Ortağı Olan veya Mesleğini Serbest Olarak İcra Eden Hekimler ile Tıpta Uzmanlık Mevzuatına Göre Uzman Olan Kişilerin Sigortalılığı (Doktorların Sigortalılığı)**”, Şubat 2016, s.1-25,  
[http://www.denizlismmmo.org/yazimaraclari/my\\_documents/my\\_files/Doktorlar%C4%B1n\\_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf](http://www.denizlismmmo.org/yazimaraclari/my_documents/my_files/Doktorlar%C4%B1n_Sigortal%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf)
- Sözer, Ali Nazım: “**İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları**”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, s. 4-15.
- Sözer, Ali Nazım: **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2019. (Sosyal Sigortalar)
- Sümer, Haluk Hadi: **İş Hukuku**, 25. Baskı, Seçkin, Ankara 2020. (İş Hukuku)
- Sümer, Haluk Hadi: “**İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010, s. 63-73. (Bağımlılık Unsuru)
- Sümer, Haluk Hadi: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Seçkin, Ankara 2020. (Sosyal Güvenlik Hukuku)
- Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- Şahlanan, Fevzi: “**İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi**”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 380, Aralık 2011, s. 2-6.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 20. Bası, Beta, İstanbul 2019.



Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2018.

Üçışık, H. Fehim: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ötüken, İstanbul 2015.

**İnternet Kaynakları:**

<https://www.kazanci.com>

<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete-disindaki-kaynak/metin/5510-sayili-kanunun-ek-10-maddesi-hakkinda-01-09-2020-tarihli-10300024-sayili-genel-yazi-20200901>

<https://www.turmob.org.tr/mevzuat/Pdf/17769>

## CONCEPTUAL METAPHORS IN THE CRIMINAL COURT TRANSCRIPTS

**Assoc. Prof. Dr. Elçin ESMER**

Mersin University, Faculty of Education, Department of Turkish Teaching

ORCID: 0000-0002-3290-160X

### ABSTRACT

From the cognitive linguistics point of view, metaphor is defined as understanding one conceptual domain from the perspective of another conceptual domain (Lakoff & Johnson 1980; Kövecses 2010). According to this approach, the conceptual metaphor consists of a source field (more concrete or physical concepts such as journey) and a target field (more abstract concepts such as love).

According to some legal scholars, legal language is a professional and objective language, and therefore the rhetoric devices like metaphors damage to the legal language authority (Li and Xiao 2017). However recently some legal scholars states that metaphors as a critical way of thinking have special cognitive and constructive effect in legal discourse.

As with legislative discourse, courtroom discourse is formal, specialised and to a certain extent, non-reciprocal (Esmer 2016). Hence the courtroom language differs from ordinary language and is so opaque to lay people. Also, courtroom discourse is spoken, interactive and consists of multiple accounts of stories that are elicited through a strict process of question-and-answer, turn-taking sequences (Atkinson & Drew, 1979). Therefore the discourse is known as power talk, and participants are seen as powerful or powerless based on their speech style (Liao, 2013). Berger (2002) states that metaphors have explanatory and persuasive powers in judicial decision making.

The study aims to describe the conceptual metaphors used by the text producers (lawyers, defendants and witnesses) in the criminal court transcripts. The data consists 30 court transcripts obtained from various laws firms. The research uses a descriptive survey design. Quantitative and qualitative methods are applied using the methodologies of both Corpus Linguistics and Critical Discourse Analysis. The metaphors are identified drawing on Lakoff and Turner (1989) metaphor theory. The results show that there are variations in the use and distribution of metaphors in the data according to the text producers.

**Keywords:** Metaphor, legal language, courtroom discourse, court transcripts

## **ÇOCUK KORUMA KANUNU UYARINCA UYUŞTURUCU veya UYARICI MADDE KULLANAN SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA UYGULANABİLECEK GÜVENLİK TEDBİRLERİ**

**Deniz GÜNAŞTI CANTUTUMLU**

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: 0000-0003-0114-608X

### **ÖZET**

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı/bağımlılığı, tüm dünyada özellikle de genç ve çocukları tehdit eden küresel bir sorun haline gelmiştir. Türkiye de, birçok ülke gibi, kendi vatandaşlarını ve gelecek nesillerini korumak için, bu türden maddelerin kullanımı ve bağımlılığına karşı mücadele etmektedir. Buna paralel olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımı da suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun çocuklar tarafından işlenmesi durumunda ise, bu çocukların tümü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamında, suça sürüklenen çocuklar olarak kabul edilecektir. Ancak suça sürüklenen çocuklara uygulanacak yaptırımlar konusunda, kanun koyucu, çocukların cezai sorumluluklarının olup olmamasına göre farklı yaptırımlar öngörmüştür. Bu doğrultuda, Çocuk Koruma Kanunu'nda, ıslah etme amaçlı çeşitli güvenlik tedbirleri, aynı kanunda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin cezai sorumluluğu olmayan suça sürüklenen çocuklar açısından çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak anlaşılacağı düzenlemesi ile dolaylı olarak öngörülmüştür. Öte yandan, bu güvenlik tedbirleri, aynı suçu işleyen ve cezai sorumluluğu olmayan çocuklara ceza yerine uygulanabilecekken, aynı suçu işleyen ancak cezai sorumluluğu olan suça sürüklenen çocuklara ise uygulanamayacaktır. Bu nedenle, bu çalışmanın konusunu, Türk Ceza Kanunu m. 191'de yaptırıma bağlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunu işleyen ve Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği suça sürüklenen çocuklar ve onlara uygulanabilecek tedbirler oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanma/Bağımlılığı, Çocuk Suçluluğu, Suça Sürüklenen Çocuklar, Güvenlik Tedbirleri

## THE APPLICABLE SECURITY MEASURES TO JUVENILES DRIVEN TO CRIME USING DRUGS OR STIMULANT SUBSTANCES ACCORDING TO THE CHILD PROTECTION LAW

### ABSTRACT

The use/addiction of drug or stimulant substances has become a global problem that threatens especially young people and children all over the world. Turkey, like many countries, struggles against the use and addiction of such substances in order to protect its citizens and future generations. Parallel to this, according to Article 191 of the Turkish Penal Code, the use of drugs or stimulants is also regulated as a crime. If this crime is committed by children, all of these children will be considered as juvenile driven to crime under the Child Protection Law No. 5395. However, regarding the sanctions to be applied to juvenile driven to crime, the legislator has envisaged different sanctions depending on whether the juveniles have criminal liability or not. In this respect, in the Child Protection Law, various security measures for rehabilitation are indirectly envisaged with the regulation that the protective and supportive measures in the same law will be understood as child-specific security measures for juveniles driven to crime without criminal liability. On the other hand, while these security measures can be applied instead of punishment to juvenile driven to crime who commit the same crime without criminal liability, they cannot be applied to juvenile driven to crime who commit the same crime with criminal liability. Therefore, the subject of this study is juvenile driven to crime who commit the crime of using drugs or stimulants, which are sanctioned in Article 191 of the Turkish Penal Code, and the applicable security measures regulated in the Child Protection Law for them.

**Keywords:** The Use/Addiction of Drugs and Stimulant Substances, Juvenile Delinquency, Juveniles Driven to Crime, Security Measures

### GİRİŞ

Uyuşturucu sözlük anlamıyla “*uyuşturma özelliği olan, uyuşturan, narkotik*”, uyuşturucu maddeler ise “*morfin, kokain, eroin, afyon, esrar gibi duylara uyuşukluk veren madde*” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Doğal, sentetik, yasal ya da yasadışı olabilen uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, bedene girdiklerinde ruhsal, davranışsal ve bedensel değişikliklere neden olup, bağımlılık yapabilen kimyasallardır<sup>2</sup>. Türk Ceza Hukukunda ise, bu gibi uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı, Türk Ceza Kanunu’nun(TCK) m. 191 uyarınca cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, “*kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi*”, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca, TCK m.191/2 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçundan dolayı başlatılan soruşturmada, şüpheli hakkında 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecektir. Bu verilen erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak ve hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye de tabi tutulabilecektir.

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu. Güncel Türkçe Sözlük. Erişim (<https://sozluk.gov.tr/>) Erişim tarihi: 28.07.2021.

<sup>2</sup> Bkz. Doç Dr. Kültegin Ögel web sitesi; [http://www.uyusturucu.info.tr/uyusturucu\\_kavram.asp](http://www.uyusturucu.info.tr/uyusturucu_kavram.asp).

Ancak, şüphelinin bu erteleme süresi zarfında, kendisine yüklenen yükümlülüklere veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi; tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi, bulundurması veyahut uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, hâlinde, hakkında kamu davası açılacaktır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılamayacaktır.

<u>YIL</u>	<u>12-14</u> <u>Erkek</u>	<u>12-14</u> <u>Kadın</u>	<u>15-17</u> <u>Erkek</u>	<u>15-17</u> <u>Kadın</u>	<u>Toplam</u> <u>Cocuk</u> <u>Sanık</u>	<u>Genel</u> <u>Toplam</u>	<u>Çocuk</u> <u>Sanık</u> <u>Yüzdesi</u>
<b>2009</b>	1237	102	4475	119	5933	65206	<b>%9.09</b>
<b>2010</b>	2297	128	8417	149	10991	128337	<b>%8.56</b>
<b>2011</b>	2080	161	7909	216	10366	117.384	<b>%8.83</b>
<b>2012</b>	2639	237	9784	301	12961	138.625	<b>%9.34</b>
<b>2013</b>	3744	441	12602	408	17195	171.592	<b>%10.02</b>
<b>2014</b>	3607	367	12462	467	16903	155654	<b>%10.08</b>
<b>2015</b>	1925	248	6757	290	9220	80103	<b>%11.51</b>
<b>2016</b>	1475	206	5266	256	7203	69253	<b>%10.40</b>
<b>2017</b>	1556	232	5649	330	7767	85838	<b>%9.08</b>
<b>2018</b>	1133	199	4624	292	6248	104744	<b>%5.96</b>
<b>2019</b>	962	182	4421	307	5872	117176	<b>%5.01</b>

\*Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

Yukarıdaki tabloda ise TCK m. 191/1 uyarınca, yıllara göre çocuk sanıkların yaşları, cinsiyetleri ve toplam sanık sayılarına göre yüzde oranları yer almaktadır. 2009 ile 2014 yılları arasında toplam sanık sayılarındaki artış karşısında, çocuk sanıkların sayılarında da ve çocuk sanıkların yüzdesinde de artış görülmektedir.



Ancak 2014 yılından 2019 yılına kadar sanık sayılarında ani düşüş ve yükselişler gözükmemektedir. Bununla birlikte dikkat çekici olan toplam sanık sayısı 2009 yılının neredeyse iki katına ulaşmasına karşın, çocuk sanık sayısı da neredeyse aynıdır. Dolayısıyla da, çocuk sanık sayısının toplam sanık sayısı karşında, yüzde olarak neredeyse yarı yarıya azalmıştır. Çocuk sanık sayısı yüzdelerinin belirgin şekilde düşüşü önemli olsa da, toplam sanık sayısının belirgin artışı da devam etmektedir. Bu suçun sanık sayısının belirgin kısmının yetişkinlerden oluşmasının ve bunlardaki rakamsal artışın, çocukların hem suça sürüklenmekten hem de bağımlılıktan korunmaları için dikkatli okunması ve önemsenmesi gerekmektedir. Zira çocuklar kimi zaman farkında bile olmadan veya aldatılarak uyuşturucu kullanmaya başlamakta, sonrasında ise uyuşturucu bağımlılığı girdabında kendisine yeni ortaklar bulabilmek için de birbirlerini bu suçu işlemeye özendirilmektedirler<sup>3</sup>. Dahası, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya başlayan ve bağımlılığa sürüklenen kişilerde ortaya çıkan içinde yaşadıkları topluma karşı ilgisizlik, üretim içerisinde yer alamama, hayattan beklentinin kalmaması gibi durumlar ile birlikte sağlık sorunları nedeniyle bu kişiler içerisinde yaşadıkları toplum ya da buldukları sosyal gruplarından dışlanma ve ötekileştirilme gibi risklerle de karşı karşıya kalacaklardır<sup>4</sup>. Özellikle çocukları bu suça sürüklenmekten alıkoymak ve bu suça sürüklenen çocukları da en etkin şekilde rehabilite etmek toplumun geleceğini korumak için oldukça önem taşımaktadır. Bu nedenle makalemizde suça sürüklenen ve cezai ehliyeti olmayan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan çocuklara uygulanabilecek güvenlik tedbirleri incelenecektir. Bu doğrultuda, öncelikle TCK m. 191 uyarınca suça sürüklenen tüm çocuklara uygulanabilecek tedbirler genel hatları ile açıklanacaktır. Devamında, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) uyarınca düzenlenen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri kavramı ele alınarak, bu tedbirlerinin hangi çocuklara ne şartlarda uygulanabileceği, çeşitleri ve bu tedbirlerin hangilerinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan suça sürüklenen çocuklara uygulanabileceği tartışılacaktır.

## **1.TCK M. 191 UYARINCA SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER**

TCK m. 191 kapsamındaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı suçunun çocuklar tarafından işlenmesi durumunda, bu çocuklar hakkında ÇKK uyarınca düzenlenen denetim altına alma, koruyucu ve destekleyici tedbirler veya güvenlik tedbirleri uygulama alanı bulabilecektir. Zira ÇKK m. 2’de ifade edildiği üzere, bu kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına ilişkin hükümleri kapsamaktadır.

Anılan kanunun 3. Maddesinde ise, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk sayılacağı ve kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocukların ise suça sürüklenen çocuklar olarak tanımlanacağı belirtilmiştir. Buna göre uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma suçunun bir çocuk tarafından işlenmesi durumunda, TCK m. 191/2 ve 3’de yer alan denetim zorunluluğu nedeniyle, öncelikle ÇKK m. 36 vd. düzenlenmiş olan denetim hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> PINARCI, Mustafa, Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.148.

<sup>4</sup> İLTAŞ, Yiğit, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.21.

<sup>5</sup> 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına Yönelik Usul Esas Yönetmeliği’nin, 23. Maddesi uyarınca “denetim altına alma kararı, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen çocuğun mahkemece belirtilen koşullar ve süre içinde, denetim plâni doğrultusunda toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı toplum temelli bir uygulama” olarak ifade edilmiştir.

ÇKK' nda anılan hükümlerinin uygulanabilirliği hususunda çocukların cezai sorumluluklarına veya yaşlarına ilişkin de bir ayırım yapılmamıştır. Ancak anılan kanunun 37. Maddesinde, “*korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suç tarihinde on iki yaşını bitirmemiş suça sürüklenen çocuklar ile çocuğun aileye teslimi yönünde karar verilmesi hâlinde, bu çocuklar hakkında denetim görevi gözetim esaslarına göre Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yerine getirileceği*” ifade edilmiştir ve böylece sadece denetim görevini yapacak kuruma ilişkin bir farklılık belirlenmiştir. Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nin 24. Maddesinde de çocukların cezai sorumluluğu olup olmamasına ilişkin bir denetime tabii tutulmalarına dair bir ayırım yapılmamış ve kanun hükmüne paralel bir şekilde bu denetim görevinin “*Korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suç tarihinde on iki yaşını bitirmemiş suça sürüklenen çocuklar ile çocuğun aileye teslimi yönünde karar verilmesi hâlinde, bu çocuklar hakkında denetim görevi gözetim esaslarına göre Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yerine getirileceği*” ifade edilmiştir.

Buna karşın, hakkında denetim altına alma ve/veya korum tedbiri verilen çocukların bu yükümlülüklerine uymaması veyahut TCK m.191/4 ve 5'de belirtilen hususlara aykırı davranması durumunda, bu çocuklara cezai sorumluluklarının olup olmamasına göre uygulanacak yaptırımlar farklı olacaktır. Anılan yükümlülüklerine uymayan ve cezai sorumluluğu olmayan çocuklara ÇKK uyarınca güvenlik tedbirleri uygulanabilecek iken bu yükümlülüklerine uymayan ve cezai sorumluluğu olan çocuklara ÇKK uyarınca güvenlik tedbiri uygulanması mümkün olmadığından, farklı yaptırımlara tabi olacaklardır<sup>6</sup>. Zira ÇKK m. 11 uyarınca düzenlenen güvenlik tedbirleri, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklara özgüdür.

## **2.ÇOCUK KORUMA KANUNU UYARINCA ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ ve UYUŞTURUCU veya UYARICI MADDE KULLANAN SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA UYGULANMASI**

### **2.1 ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRİ KAVRAMI**

TCK' nun “yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde, güvenlik tedbirleri, aynı kanunun birinci bölümde düzenlenen cezalar gibi bir yaptırım türü olarak düzenlenmiştir. Yaptırımlar, insanın yükümlülüklerine aykırı davranmasının bir sonucu olarak uygulanan ve kişiye acı vermesi nedeniyle kötü olarak kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

---

YARGITAY 20. CEZA DAİRESİ E. 2017/6458 K. 2017/5215, T. 17.10.2017; Suça sürüklenen çocuk ...'in 25/09/2008 tarihinde işlediği kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu sebebiyle Kapatılan Beyoğlu 2. Çocuk Mahkemesi'nin 19/03/2009 tarihli 2008/253 E. 2009/87 K. sayılı tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına dair kararı 20.04.2009 tarihinde kesinleşmiş, sanığın tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine aykırı davrandığı belirtilerek evrakın iadesi üzerine, İstanbul 4. Çocuk Mahkemesi'nce duruşma açılarak yapılan yargılama sonucunda, tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı kaldırılarak, sanığın yüzüne karşı, hakkında 23/05/2013 tarih ve 2013/29 E. 2013/362 K. sayılı kararı ile mahkûmiyet hükmü verilmiş, sanığın 24/05/2013 tarihinde yasal süresi içinde yaptığı temyiz istemi üzerine Dairemizin 28/04/2016 tarih ve 2015/6695 E. ve 2016/2614 K. sayılı ilamı ile anılan karar bozularak yeniden esasa kaydedilmiş ve mahkemece duruşma açılarak yapılan yargılama sonucunda, sanığın yüzüne karşı, 23/11/2016 tarih ve 2016/250 E., 2016/665 K. Sayılı kararı ile sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilerek, 19/01/2017 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Normatif bir yapı olarak ceza hukuku düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 234. ; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.466. ; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 24. Baskı, , Ankara 2021, s. 616-617.

Zira işlediği suç dolayısıyla toplumda kendisine karşı duyulan güven sarsılan suçlu kişi, özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli haklarını kullanmaktan yoksun bırakılmakta<sup>8</sup> ve belirli tedbirlere uymaya zorlanabilmektedir.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ise TCK m. 56'da düzenlenmiş ve bu tedbirlerin neler olduğu ve ne suretle uygulanacağını ilgili kanunda gösterileceği ifade edilmiştir. İlgili kanun olan, ÇKK m. 11 uyarınca ise, bu kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklara uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ÇKK m. 5'de belirlenmiş olan koruyucu ve destekleyici tedbirler olarak anlaşılacaktır. Bu nedenle, suça sürüklenen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri bir yönüyle yaptırım olmakla birlikte bir yönden de çocuğun yararına en uygun düzenleme olarak belirlenmiş uygulama olmalıdır.

## 2.2 ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANMA ŞARTLARI

ÇKK m. 11 uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, yalnızca suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklara uygulanabilecektir. ÇKK m. 3/1 (a) 2'de ise suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade etmektedir. Bu nedenle, çocuklara özgü güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, bir suç işlenmiş olmalıdır.

TCK m. 31 uyarınca, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabileceği ifade edilmiş olmasına karşın, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde bu kişilerin hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacağı belirtilmiştir. Hâkime, on iki-on beş yaş arasındaki suça sürüklenen çocuklara güvenlik tedbiri uygulanması konusunda takdir hakkı tanınmamasına karşın, on iki yaşın altındaki çocuklara güvenlik tedbiri uygulanmasında bir takdir hakkı tanınmıştır. Ancak bu takdir hakkını kullanırken, çocuğun, toplum ve bizzat kendisi açısından bir tehlike oluşturup oluşturmaması halini göz önünde tutacaktır<sup>9</sup>. Zira güvenlik tedbiri için belirleyici olan failin tehlikeliliği durumudur<sup>10</sup>.

Hukumumuzda cezalar gibi güvenlik tedbirlerinde de kanunilik ilkesi benimsenmiştir. AY. 38/3 uyarınca, "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." TCK m. 2/1 uyarınca ise, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye güvenlik tedbiri uygulanamamaktadır. Ayrıca, kanunda yazılı güvenlik tedbirlerinden başka güvenlik tedbirine hükümlenemez. Bu hüküm nedeniyle, kanunda yer almayan bir yaptırımın, güvenlik tedbiri olarak uygulanması mümkün değildir<sup>11</sup>.

TCK m. 3/1 uyarınca ise, suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir güvenlik tedbirine uygulanmalıdır.

<sup>8</sup> TCK m. 53 Gerekeşi.

<sup>9</sup> TOPALOĞLU, Mahir, Türk Hukukunda Çocuklara Özgü güvenlik Tedbirleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 89.

<sup>10</sup> ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 572.

KUNTER, Nurullah /YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul 2010, s. 1253 vd. ; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, , Ankara 2021, s. 990-991.

CMK m. 223/1 uyarınca, güvenlik tedbirine hükmedilmesi bir hükümdür. Bu nedenle, güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar mahkeme tarafından verilebilir. ÇKK m. 26/3 uyarınca ise “Mahkemeler ve çocuk hâkimi, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir.” şeklinde ifade edilmiştir. Hükümün gerekçesine baktığımızda ise tedbirler ile kastedilenin koruyucu ve destekleyici tedbirler olduğu anlaşılmaktadır<sup>12</sup>. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ÇKK m. 11 uyarınca koruyucu ve destekleyici tedbirler olarak anlaşılmasına karşın, bu tedbirlerin çocuk hâkimi tarafından verilmesi mümkün olmayacak, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine mahkeme tarafından hükmedilebilecektir. Bu nedenle, bu hüküm uyarınca çocuk hâkiminin verebileceği tedbirler, koruyucu ve destekleyici tedbirler olup, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri şeklinde anlaşılmamalıdır<sup>13</sup>.

### **2.3 SUÇA SÜRÜKLENEN UYUŞTURUCU ve UYARICI MADDE KULLANAN ÇOCUKLARA UYGULANABİLECEK GÜVENLİK TEDBİRLERİ**

ÇKK’ nun ikinci bölümünde, m. 5’de koruyucu ve destekleyici tedbirler başlığı altında düzenlenen tedbirler aynı kanunun 11. Maddesi uyarınca suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılacaktır. Buna göre ÇKK uyarınca güvenlik tedbiri olarak uygulanabilecek tedbirler danışmanlık, eğitim, bakım, barınma ve sağlık konularına ilişkin olabilecektir<sup>14</sup>.

Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, yönelik düzenlenen tedbirlerdir.

Eğitim tedbirleri ise, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine yönelik tedbirlerdir.

Bir diğer tedbir olan bakım tedbiri ise, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesi şeklinde yerine getirilecektir.

Uyuşturucu madde kullanan suça sürüklenen çocuklara yönelik uygulanabilecek güvenlik tedbirlerinden öncelikli olanı muhakkak ki, sağlık tedbiri ve böylece bu çocukların rehabilite edilerek bağımlılık yapan maddelerden kurtulmalarının sağlanması olacaktır.

Madde bağımlısı çocukların tedavilerinin, ÇEMATEM yataklı çocuk madde bağımlılığı tedavi merkezleri ile ayakta çocuk madde bağımlılığı merkezlerinde yapılması gerekmektedir. Ancak ÇEMATEM yalnızca altı ilimizde bulunmakta iken, ayakta madde bağımlılığı merkezleri ise yalnızca yedi hastane bünyesinde yer almaktadır<sup>15</sup>. Bu sayıların, yalnızca istatistiki olarak verilerde yer alan sanıklar açısından dahi yeterli olmadığı açıktır. Bu nedenle uyuşturucu bağımlısı çocukların tedavilerinin etkin yapılamaması ve hatta zorunlu olarak AMATEM’lerde yetişkin bağımlılarla bir arada yapılması, ÇKK uyarınca cezai sorumluluğu olan veya olmayan SSÇ’ lerin onları suça iten ortamdan kurtarılarak kazanılması ilkelerine uygun düşmemekte hatta onları etki altına alabilecek yetişkin bağımlılarla tanışmalarına dahi neden olabilmektedir.

Bkz. ÇKK Genel Gerekçe m. 26 “...çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerinin ve gerektiğinde çocuk hâkiminin, bu Kanunda yazılı koruyucu ve destekleyici tedbirleri almakla görevli olduğu ve diğer kanunlarda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlerle ilgili olarak da karar vermeye görevlidir.”

<sup>13</sup> TOPALOĞLU, s.91.

<sup>14</sup> 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5

<sup>15</sup> Bkz. ÇEMATEM ve Ayakta Tedavi Merkezlerinin adresleri için : <http://www.yedam.org.tr/cematem>.

## SONUÇ

TCK m. 56/1 uyarınca, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında uygulanacak tedbirlerin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Ancak ÇKK uyarınca özel olarak düzenlenmiş güvenlik tedbirleri bulunmamaktadır. Kanun koyucu, ÇKK m. 11 ile aynı Kanunun 5. maddesinde düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbir kararları uyarınca, suç işleyen ancak ceza sorumluluğu olmadığı için haklarında ceza tayin edilemeyen çocuklar için güvenlik tedbiri olarak uygulanacağını ifade etmekle yetinmiştir. Bu nedenle suça sürüklenen çocuklara da, korunma ihtiyacı olan çocuklara da farklı adlandırmalar altında aynı tedbirler uygulanacaktır. Buna karşın, anılan kanunun tanımlar kısmında yer alan bu iki kavram farklı tanımlanmıştır. Bu nedenle bunlara uygulanacak tedbirlerin temelde aynı ya da benzer olsa dahi ayrı maddelerde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan/ madde bağımlısı çocuklara güvenlik tedbiri veyahut koruyucu ve destekleyici tedbir olarak öngörülen sağlık tedbirleri olan tedavi tedbirinin çocuklara özel bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken kurumların sayılarının artırılması, bu çocukların etkin ve kalıcı bir şekilde rehabilite edilmeleri, ÇKK ile temelde korunması amaçlanan çocuğun üstün yararı ilkesinin gerçekleşmesine de katkıda bulunacaktır.

## KAYNAKÇA

- ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- HAFIZOĞULLARI Zeki: Ceza Normu, Normatif bir yapı olarak ceza hukuku düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- HAKERİ Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 24. Baskı, Ankara 2021.
- İLTAŞ, Yiğit: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul 2010.
- ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- PINARCI Mustafa: Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- TOPALOĞLU Mahir: Türk Hukukunda Çocuklara Özgü güvenlik Tedbirleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 25. Baskı, Ankara 2019.



## YARGITAY KARARLARININ SUÇ TÜRLERİNE GÖRE MAKİNE ÖĞRENMESİ YÖNTEMLERİ İLE SINIFLANDIRILMASI

**Adli Bilişim Uzmanı, Berker KILIÇ**

ORCID: 0000-0001-8751-8192

**Prof. Dr. Yüksel ÖNER**

Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, İstatistik Bölümü

ORCID: 0000-0003-2433-3304

### ÖZET

Avukatların içtihat ve emsal karar araştırabilmesi için, mahkeme kararlarının herkese açık olması nedeni ile pek çok internet sitesi ve ticari uygulama bulunmaktadır. Bunların bir çoğu, anahtar kelime girişi ve anahtar kelimeyi içeren kararların listelenmesine dayanmaktadır. Bu durumda avukatın araştırmada kullanacağı anahtar kelimeler kendisi için uygun kararlara ulaşmasını sağlamakta ancak içtihat ve emsal kararların çok fazla olması nedeni ile pratikte zaman kazandırıcı bir yöntem olmamaktadır.

Bu noktada avukatların müvekkillerinin haklarını savunmada içtihat ve emsal kararlara mümkün olan en doğru ve en yüksek hızda ulaşma ihtiyaçları proje çalışmasının çözmeyi amaçladığı ana sorun olarak görülmektedir. Bu sorunun çözülebilmesi için içtihat ve emsal kararlar üzerinde makine öğrenmesi yöntemlerinin kullanılarak bir içtihat/emsal karar arama motorunun alt yapısında kullanılabilir bir model geliştirilebileceği değerlendirilmiştir.

Makine öğrenmesi yöntemiyle yapılan metin sınıflandırma çalışmalarında, metinlerin, bilgisayarın anlayabileceği şekle yani sayısal bir hale dönüştürülmesi gerekmektedir. Çalışmada, Facebook tarafından geliştirilen FastText yöntemi kullanılmıştır.

2020 yılına ait Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından karara bağlanan 531 adet karar metnine ulaşılmış ilgili oldukları suç türlerine göre sınıflandırılmış ve çapraz doğrulama için 3 eğitim ve test grubuna ayrılmıştır.

FastText danışanlı öğrenme yöntemi ile 3 veri seti üzerinde tekrar sayısı (epoch), öğrenme oranı (lr: learning rate) ve kelime büyüklüğü (wordNgrams) parametrelerinin farklı değerleri için tüm kombinasyonlar ayrıca FastText otomatik optimizasyon seçenekleri ile denemeler yapılmış ve ortalama olarak %44,7 kesinlik değerine ulaşılmıştır.

Bir emsal karar arama sisteminde doğru ve yanlış etiketlenmiş kararlardan oluşacağı için, öğrenme oranı doğru etiketlenmiş sonuçların da artacağı, yanlış etiketlenmiş kararların ise azalacağı anlamına gelecektir. Ancak her halükarda, yalnızca anahtar kelimeye bağlı olarak edilen sonuçlarla kıyaslandığında, ilgililik yani istenen suç türüne ait kayıtların toplam sonuçlar içerisindeki miktarı artacağı %44,7 oranı düşük bir oran olmasına rağmen uygulamada fayda sağlayabilecek bir değer olarak düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk, Hukukta Teknoloji, Emsal Karar, Makine Öğrenimi, FastText

## **CLASSIFICATION OF SUPREME COURT DECISIONS ACCORDING TO THE TYPES OF CRIME BY MACHINE LEARNING METHODS**

### **ABSTRACT**

In order for lawyers to search for legal precedent and case law, there are many websites and commercial applications because court decisions are open to everyone. Many of these are based on keyword entry and listing decisions involving the keyword. In this case, the lawyer can reach the appropriate decisions with the keywords he will use in the research. However, it is not a time-saving method in practice due to the high number of legal precedent and case-law decisions.

At this point, the need for lawyers to reach legal precedent and case-law decisions in the most accurate and fastest way possible in defending the rights of their clients is seen as the main problem that the project aims to solve. To solve this problem, it has been evaluated that a usable model can be developed in the infrastructure of a legal precedent/case law decision search engine by using machine learning methods to case law and precedent decisions.

In the text classification studies made by machine learning method, the texts should be converted into a digital form that the computer can understand. FastText method developed by Facebook was used in the study.

A total of 531 decisions concluded by the Supreme Court Penal General Assembly of the year 2020, were classified according to the types of crime they are related to and those crimes were divided between 3 training and test groups for cross-validation.

With the FastText supervised learning method, experiments were made with all combinations and FastText automatic optimization options for different values of repetitions (epoch), learning rate (lr) and word length (wordNgrams) parameters on 3 data sets, and an average of 44.7% precision was reached.

Since a case-law decision search system will consist of correct and incorrect labeled decisions, the learning rate will mean that correct labeled results will also increase, while incorrect labeled decisions will decrease. However, in any case, when compared to the results based on the keyword alone, the relevance, that is, the number of records belonging to the desired crime type, in the total results will increase, although the rate of 44.7% is low, it is considered to be a value that can be beneficial in practice.

**Keywords:** Law, Technology in Law, Precedent Decision, Machine Learning, FastText