

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 2 - Sayı: 4
Aralık 2016

Sahibi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK

Sorumlu Müdür

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER

Editör

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN

İletişim Adresi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Taksim Yerleşkesi, Sıraselviler Cad. No.65,
Taksim 34437 - Beyoğlu/İSTANBUL
Tel: +90 (212) 867 55 89
Faks: +90 (212) 867 55 67
hukukdergi@beykent.edu.tr

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Mart 2017

ISSN

2149-5068

*Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki defa yayımlanan hakemli ve süreli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)	Prof. Dr. Yücel OĞURLU (Uluslararası Saraybosna Üniversitesi)
Prof. Dr. Billur YALTI (Koç Üniversitesi)	Doç. Dr. Naim DEMİREL (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Cahit AĞAOĞLU (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol CİHAN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Dilek EKMEKÇİ (Girne Amerikan Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fikret GEZGİN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Elif YAVUZ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŐ (Bahçeşehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hulki A. CİHAN (Özyeğın Üniversitesi)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Nuri YAŞAR (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĐLU (Özyeğın Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (İstanbul Şehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Özlem ARMAĞAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Tülin ÇAĐDAŐ (Beykent Üniversitesi)

YAYIN KURULU

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN
Arş. Gör. Pınar DİKMEN
Arş. Gör. Bahar ŐİMŐEK

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) Haziran ve Aralık olmak üzere yılda 2 kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel çalışmaların özel hukuk, kamu hukuku ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelmektedir.
3. Dergi'nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla beraber, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir.
4. Dergi'de hakem denetiminden geçen makale, mevzuat ve mahkeme kararı değerlendirilmesi, kitap incelemesi, çeviri ve tebliğlere yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Dergi'de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı yayım izni alınması ve bu iznin Yayın Kurulu'na iletilmesi gerekmektedir.
6. Yazarların, yazılarıyla birlikte, iletişim bilgilerini (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, telefon numarası ve elektronik posta adresi) dergi editörlüğüne sunmaları gerekmektedir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği haliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Gönderilen yazının ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılmaktadır. Temel bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esası uyarınca yazar ismi gizlenerek, konu hakkında uzman hakeme (yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme) gönderilir. Hakemden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilir. Yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Gerekli durumlarda ikinci hakemin görüşüne başvurulabilir. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilmez.
9. Yazının ilk sayfasında aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:
 - a. Yazının Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır;
 - b. Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitimde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda yazarın çalıştığı kurum, branşı, sıfatı ve e-posta adresi belirtilmelidir;

- c. Her iki dilde, metnin amacını ifade edecek şekilde, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere özeti ile en çok 5 adet anahtar sözcük yer almalıdır.
10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
 11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
 12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
 13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar adına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
 14. Dipnotlarda yazarların adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
 15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
 16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, Word formatında yukarıda belirtilen yayım ilkelerine uygun olarak aşağıdaki e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir:

hukukdergisi@beykent.edu.tr

SUNUŞ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi adıyla ilk sayısı 2015 Haziran'da yayınlanan bu derginin 2016/2 sayısını ilgili çevreye sunuyoruz.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi olarak amacımız, bu derginin ölkemiz hukuk camiasına yönelik olarak her geçen sayıda kalite ivmesini artırarak yoluna devam etmesidir. Bu yüzden de dergimizde sadece kendi akademik personelimizin değil, ölkemiz hukuk alanına katkı sağlayabileceği dölşönlölen her dölşönceden ve akademik unvanı olsun olmasın her katılandan destek görmeyi ummaktayız.

Hukuk alanında özgürce ama başkalarına da saygılı biçimde dile getirilen her bilimsel dölşönceye saygılı ve eşit yakınlıkta olarak yayın hayatımızı sürdürme ümidiyle, bu sayıda katkı sağlayanlara gönöl dolusu teőekkür ve saygılarımla.

Prof. Dr. Ercan AKYİŐİT
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	9
Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Vazife Malullüğünü Ortadan Kaldıran Sebepler The Eliminating Reasons of Duty Disability in Turkish Social Security System <i>Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI</i>	11
Kişilik Hakkının Medya Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi Determining the Amount of Non-Pecuniary Damage for Violation of Personal Right by Media <i>Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN</i>	31
TCK Bakımından Silah Kavramı The Concept of Weapon According to TPC <i>Arş. Gör. Ezgi CANKURT</i>	51
AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları General Boundary of the Freedom of Press on European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions <i>Arş. Gör. Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL</i>	73
Locus Standi for Natural and Legal Persons Under Action for Annulment Procedure in European Union Law Avrupa Birliği Hukukunda Gerçek ve Tüzel Kişilerin İptal Davası Açma Hakkı <i>Av. Hande BİLGİ</i>	101
Üreme Sağlığında Etik ve Hukuki Sorunlar Kadın Sünneti (Sakatlama/Sünnet): Etik ve Hukuki Boyutlar <i>Çev.: Arş. Gör. Mustafa ERÇAKICA</i>	111

Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Vazife Malullüğünü Ortadan Kaldıran Sebepler

The Eliminating Reasons of Duty Disability in Turkish Social Security System

Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI

Özet

Vazife maluliyeti maluliyet türlerinden biridir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun m.4/1, (c) kapsamında sigortalılar, kısaca memurlar ve kamu görevlileri için uygulanmaktadır. Vazife malullüğü normal maluliyetten farklı olarak, vazife malulü olarak kabul edilen sigortalıya ilave avantajlar sağlamaktadır. Bu nedenle Kanun vazife malullüğünü belirli şartlara bağlamış ve bu malullüğü ortadan kaldıran sebepleri ayrıntılı olarak saymıştır. Çalışmamızda, vazife malullüğü kavramının unsurları olan "sigortalı (iştirakçi) olmak", "malul olmak", "vazife malulü sayılmayı gerektiren hal ve sebeplerden dolayı malul olmak", "vazife malullüğünü malullüğe dönüştüren hal ve sebeplere yol açmamak" ve "vazife malullüğünü süresinde bildirmek" koşullarından "vazife malullüğünü malullüğe dönüştüren hal ve sebeplere yol açmamak" hususu ele alınacaktır. Bu kapsamda, konuya ilişkin yargı kararları incelenecek ve değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Maluliyet, Vazife Maluliyeti.

Abstract

Duty disability is one of the different types of disability. And it is applied to briefly officials and public servants, it is known as insured based on item 4/1, (c) of "The Social Insurance and Universal Health Insurance Law" (Law Nr.5510). Duty disability unlike normal disability, provides some additional benefits to the as soon as the insured considered disabled task. Thus, The Act has defined the "duty disability" with certain conditions and the reasons of duty disability and the difference from normal disability has recorded in details. In this study, the issues of "the reasons eliminating duty disability" being one of the conditions considering disabled known as "insured (associates) to", "be disabled", "being disabled because of the demanding state and reason to be counted as duty disabled", "not being one of the reasons eliminated duty disability" and "reporting the duty disability in time" and the conditions of "duty disability", are discussed. The answers and solutions have been studied by considering the problems that may arise from the aspect of court decisions, practices, and related solutions.

Keywords

Distance Contract, Right of Withdrawal, Electronic Commerce, Electronic Payments.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mehmetbagci@beykent.edu.tr

Giriş

Sosyal güvenlik kavramı çerçevesinde insanların yaşam kalitesini doğrudan etkileyen risklere karşı mücadelesi zamanla ve olanaklarla gelişerek bugünkü şeklini almıştır.

Bu kapsamda, sosyal devletin en temel işlevlerinden birisi, vatandaşlarının sosyal güvenliğini sağlamaktır. T.C. Anayasası'nın sosyal güvenlik ile ilgili hükümleri devlete bu konuda sorumluluk yüklemiş, sosyal güvenliği sağlayacağı, gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatı kurmasını hüküm altına almıştır (1982 tarihli T.C. Anayasası m.60).

Çalışmamızın konusu olan malullük, yaşlılık sigortasından daha önce kişilere sunduğu güvence ile kişilere huzurlu bir çalışma hayatı sağlamaktadır¹. Malullük hususu, 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda² yeniden düzenlenmiş ve tüm çalışanlar için aynı şekilde uygulanmaya başlanmıştır.

Sebepler olduğu sağlık sorunu nedeniyle, sigortalı olanlara, normal çalışma süresinden çok daha önceki tarihte emeklilik durumuna gelmesine sebep olan maluliyet, sosyal sigorta prim sisteminde farklı sorunlar ortaya çıkarılmaktadır. Çünkü maluliyet alanında yapılan parasal yardımlar alınan primlerin karşılığı olarak görülmemektedir³.

Çalışmamızda, vazife malullüğü kavramının unsurları ele alınacak, ardından, "vazife malullüğünü malullüğe dönüştüren hal ve sebeplere yol açmak" hususu yargı kararları da dikkate alınarak incelenecektir.

1. Sosyal Güvenlik Hukukunda Malullük

Malullük genel olarak; malul, vazife ve harp malullüğü olarak üç gruba ayrılmaktadır.

1.1. Malullük

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda⁴ yer verilen (adi) maluliyet; vazife ve harp maluliyetlerinin aksine 5510 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Böylece, tüm sigortalı grupları için ortak bir maluliyet modeli belirlenerek aynı koşulların herkese uygulanması öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanun'un getirdiği genel malullük, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak Ka-

¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mehmet BAĞCI, "Maluliyet ve Vazife Maluliyeti", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.

² RG, 16.06.2006, 26200.

³ Levent Akın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 469; Levent Akın, "5510 sayılı Yasanın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", 2008, Sicil, s. 133.

⁴ RG, 17.06.1949, 7235.

nun, tek çatı hedefinin bir gereği olarak, hizmet sözleşmesi ile çalışanlar dışında, Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ve T.C. Emekli Sandığına tabi sigortalılar için de uygulanabilir hale getirilmiştir.

5434 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 5510 sayılı Kanun'un kabul ettiği gibi, (adi) maluliyet yerine bütün çalışanlar için geçerli ve uygulanmakta olan 5510 sayılı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen maluliyeti, "malullük", kişiyi de "malul" olarak tanımlıyoruz.

1.2. Vazife Malullüğü

Vazife malullüğü, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi'nde, 5434 sayılı ve 5510 sayılı Kanunlar ile tanımlanmış maluliyet türlerinden biridir. 5434 sayılı Kanun'da, vazife malullüğü, Kanun'un 45. maddesinde tanımlanmıştır.

Kanun malullük durumunun hüküm altına alındığı, 44. maddeye yollamada bulunarak; vazife malulü sayılmanın ön şartı olan malullüğün hangi hal ve sebepler doğrultusunda gerçekleşmesi gerektiğini, olumlu koşullar olarak sıralamıştır. İlave olarak Kanun'un 48. maddesinde, çalışmamızın konusu olan vazife malullüğünü ortadan kaldıran olumsuz koşullara yer verilmiştir⁵.

Bu kapsamda; diğer malullük türlerinden biri olan, (adi) maluliyetin 5434 sayılı Kanun'da belirtilen durumlar için geçerli olan kısmı olarak tanımlanan vazife malullüğü; belirli sebeplerle çalışanların vücutlarında oluşan arızalar veya tedavisi mümkün olmayan hastalıklara tutulmaları durumunda vazifelerini yapamayacak durumda olanları içermektedir.

5510 sayılı Kanun'da, malullük sigortası işçiler ve bağımsız çalışanlar ile memurlar ve kamu görevlileri için ortak olarak düzenlenmiş (m.25), vazife malullüğü ise yalnızca memurlar ve kamu görevlilerine ilişkin hükümler bölümünde onlara özgü olarak hüküm altına alınmıştır (m.47)⁶.

5434 sayılı Kanun'un 45. maddesindeki tanımlamaya çok benzer bir şekilde 5510 sayılı Kanun'un 47. maddesinde hüküm altına alınmış olan daha sonra da 17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'la değişmiş olan tanıma göre, m.4/1, (c) kapsamına giren sigortalıların görevlerini yaptıkları sırada veya görevleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının çıkarlarını korumak amacıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde iken meydana gelen kazadan doğmuş olan ve 25. maddede belirtilen malullük durumuna vazife malullüğü ve malullüğe uğrayanlara da vazife malulü denir.

⁵ Coşkun Saraç, "Vazife Malullüğü Kavramı", DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 4, S. 2, İzmir 2002, s. 112.

⁶ Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2013, s. 410.

5510 sayılı Kanun'un 47/7. maddesi ve 5434 sayılı Kanun'un 52. maddesi gereğince vazife malullüğü 6 dereceden oluşmaktadır ve bu malullüklerin nevi ve dereceleri tüzükle belirtilmektedir⁷. Bu derecelere göre (adi) malullük aylıkları atırılmaktadır.

1.3. Harp Malullüğü

Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra Sosyal Güvenlik Sistemlerinde önem kazanan Harp malullüğü önemli bir risk grubu oluşturmaktadır. Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde 5434 sayılı Kanun'da düzenlenen harp malullüğü, gazilere ve şehit yakınlarına yönelik yardımları içermektedir. 5434 sayılı Kanun'da yer alan haller incelendiğinde harp maluliyetinin vazife maluliyetinin özel bir hali olduğu görülmektedir.

5510 sayılı Kanun'daki konuyla ilgili hükme göre, "*Subay, astsubay, uzman erbaş ile TSK'ca görevlendirilen ve bu Kanun'un kapsamında yer alan sigortalılardan... (belirtilen hallerde) bu Kanun'un 19. maddesinde belirtildiği şekilde sürekli iş görmezlik gelirine esas olacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybeden veya bu kanunun 25. maddesine göre malul sayılmayı gerektirecek derecede malul olanlara, harp malulü*" denilmektedir.

2. Vazife Malullüğünün Unsurları

5510 sayılı Kanun 47. maddesi göz önüne alınarak, vazife malullüğünün unsurlarını; sigortalı olmak, malul olmak, vazife malulü sayılmayı gerektiren hal ve sebeplerden dolayı malul olmak, vazife malullüğünü malullüğe dönüştüren hal ve sebeplere yol açmamak ve vazife malullüğünü süresinde bildirmek şeklinde sıralayabiliriz. Bu unsurlara sırasıyla değindikten sonra çalışmamızın asıl konusu olan "Vazife Malullüğünü Malullüğe Dönüştüren Hal ve Sebeplere Yol Açmamak" hususunu ele alacağız.

2.1. Sigortalı Olmak

5510 sayılı Kanun 47. Maddesi 1. fıkrasındaki; "...4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar için aşağıdaki hallerde vazife malullüğü hükümleri uygulanır." şeklindeki hükümle m.4/1, (c) kapsamında sigortalı olanların vazife malulü sayılacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanun'un söz konusu hükmü Kanun yürürlüğe girdikten sonra, ilk defa m.4/1, (c) kapsamında sigortalı niteliğini kazananlara uygulanacak, yürürlükten önceki dönemde vazife malulü sayılanlara uygulanmayacaktır. Bunlara, 5434 sayılı Kanun'un yürürlükte bırakılan hükümleri ile 5510 sayılı Kanun'un geçici 4. madde hükümleri uygulanacaktır⁸.

⁷ "Vazife Malullüklerinin Nevileriyle Dereceleri Hakkında Tüzük", (R.G, 15.9.1953, 8485).

⁸ Resul, Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırma)*, Ankara, s. 1046.

2.2. Malul Olmak

Vazife malulü sayılabilmenin diğer bir şartı da; ilgilinin malul olmasıdır. Sigortalının vazife malulü sayılması için 25. maddede belirtilen biçimde malul duruma düşmesinin gerekmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yani sigortalı, Kanunda belirtilen durumlardan biri sonucunda ya çalışma gücünü ya da meslekte kazanma gücünü, en az %60 oranında kaybetmelidir. Bu biçimiyle bakıldığında vazife malulü sayılmak daha zor koşullara bağlanmıştır. Buna karşılık vazife malullüğü sonucu sigortalıya bağlanacak aylığın miktarı, (a) ve (b) bendi sigortalılara bağlanan sürekli iş göremezlik gelirinden daha yüksek miktarda belirlenmiştir.

2.3. Vazife Malulü Sayılmayı Gerektiren Hal ve Sebeplerden Dolayı Malul Olmak

5510 sayılı Kanun'un "Vazife Malullüğü" başlıklı 47. maddesi; *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar için aşağıdaki hallerde vazife malullüğü hükümleri uygulanır."* diye hüküm altına alarak vazife malulü sayılmayı gerektiren hal ve sebepleri tarif etmiştir.

2.4. Vazife Malullüğünü Süresinde Bildirmek

Kamu idareleri vazife malullüğüne sebep olan olayı, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatına göre yetkili mercilere derhal, Kuruma da en geç onbeş iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür. Kolluk kuvvetlerine ve yetkili mercilere bildirim süresinin ne olduğu anılan maddede belirtilmemişse de "derhal" sözcüğü en azından 15 günden öncedir. Olması gereken ise aynı gün bildirilmesidir. Kanaatimce, derhal kolluk kuvvetlerine bildirimde bulunmayan kamu idaresinin cezai ve hukuki yaptırımla karşı karşıya gelmesi gerekir.

Bu bildirim, iştirakçinin kendisi, annesi, babası, karısı, kocası, çocukları, kardeşleri yapabilir. (5510 sayılı Kanun m. 47). Ancak bu bildirim zorunlu değil ihtiyaridir⁹. Ayrıca, bu bildirim kamu idarelerinin bildirim sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Bildirim süresinin ne zaman başlayacağı fıkra hükmünde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre, vazife malullüğüne sebep olan olayın meydana geldiği tarihten, hastalıklarının sebep ve mahiyetleri dolayısıyla haklarında vazife malullüğü hükümleri uygulanacaklar için, hastalıklarının tedavisinin imkânsız olduğuna dair düzenlenen kati raporun onay tarihinden, esirlik ve gaiplik hallerinde ise, bu hallerin sona erdiği tarihten başlar.

⁹ Aslanköylü, a.g.e., s. 1048.

3. Vazife Malullüğünü Malullüğe Dönüştüren Hal ve Sebeplere Yol Açılmaması

Bu bölümde vazife malulü sayılabilmenin koşullarından sonuncusu ve çalışmamızın asıl konusu olan, vazife malullüğünü malullüğe dönüştüren hal ve sebeplere yol açılmaması hususunu inceleyeceğiz. 5434 sayılı Kanun, belirlediği bazı hallerin varlığı halinde, vazife maluliyeti koşullarını taşısa da iştirakçiyi (adi) malul saymıştır (5434 sayılı Kanun m.48).

5434 sayılı Kanun'un sözü edilen 48. maddesi, 5510 sayılı Kanun'un ilk hâline alınmamıştır. 5754 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'a bu hususlar daha sonra ilave edilmiştir¹⁰. Bu kapsamda aşağıda 5510 sayılı Kanun, 5434 sayılı Kanun hükümleri ile birlikte incelenecektir.

Bazı durumlarda sigortalının uğradığı kaza Kanunda sayılan hal ve durumlardan birinde gerçekleşmesine rağmen sigortalı hakkında vazife malullüğü hükümleri uygulanmaz. Vazife malullüğü, keyif verici madde kullanmaktan, mevzuata aykırı davranmaktan, yasak fiillerden, intihar girişiminden doğmuşsa, vazife malullüğü hükümleri değil, malullük hükümleri uygulanır (5510 sayılı Kanun 47/2, 5434 sayılı Kanun m. 48)¹¹.

Danıştay, vazife maluliyetini (adi) maluliyet olarak değerlendirme imkânı yaratan bu düzenlemenin temelde illiyet bağı ile ilgili olduğu görüşündedir. Yüksek mahkemeye göre, Kanun hükmünde sayılan nedenler, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, maluliyeti doğuran eylem ile görev arasındaki illiyet bağını kaldıran halleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Hükmün, özellikle a, ç ve d bentlerinde, maluliyeti doğuran ancak görevle bağdaşmayan eylemlerin maddi unsuru açıkça ortaya konulmuştur. Eylemin maddi unsurunun açıkça belirtilmediği kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmek, yasak filleri yapmak biçiminde tanımlanan nedenler ise her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmelidir. Ancak bu halde de genel ölçütün uygulanması, görev ile maluliyetin doğumu arasında illiyet bağının aranması gereklidir. Akın'ın da belirttiği gibi, Danıştay'a göre, ilgilinin hukuka aykırı sonucu açıkça bildiği ve istediği veya hukuka aykırı sonucu öngörmekle birlikte açıkça istemediği ya da aynı koşullarda makul bir kimseden beklenen en basit dikkat ve özeni göstermediği hallerde, artık görev ile maluliyeti doğuran eylem arasındaki nedensellik bağının bulunduğundan söz edilmemelidir¹². 48. maddede sınırlı şekilde sayılan hal ve sebeplerin temelinde kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemeyeceğine ilişkin genel hukuk prensibinin yattığı söylenebilir¹³.

¹⁰ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, s. 411.

¹¹ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 15. Baskı, 2014, İstanbul, s. 557; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Yayınevi, Ankara 2015, s. 356.

¹² D.10.D.nin, 27.6.1997 tarihli ve 190/2601 sayılı kararı; Aynı yönde Bkz. AYİM 1.D.nin, 2.10.2001 tarihli ve 1009/1004 sayılı kararı (Bu kararlar yayınlanmamıştır), Akın, **a.g.e.**, s. 259'dan naklen.

¹³ Saraç, **a.g.m.**, s. 123.

Önemle belirtmek gerekir ki; söz konusu bent hükümlerindeki hallerin ka-
zuistik olarak sayılması öğretide bazı yazarlar tarafından, kanun yapma tekniği-
ne aykırı olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁴. Örneklere konu olması
gereken hususların sayılması yerine genel nitelik ve ilkelerin yasada açık, anlaşıl-
ılır ve soyut bir şekilde yer almasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Bir olayda polis memuru adayı spor sonrası soyunma odasında üzerini
giyinip tabancasını kılıfına koymak istediği sırada, tabancasının kazaen ateş al-
ması sonucu vefat etmiştir. ... Yüksek mahkeme ... kararında şu değerlendirmelere yer vermiştir¹⁵; "... ilgililerin vazife malulü sayılabilmesi için, maluliyeti doğuran olay sırasında görevli bulunması ve bu malullüğün görevin neden ve etkisiyle meydana gelmiş olması gerekmektedir. Görev, beklenen ya da istenilen eylemin yerine getirilmesi olarak tanımlanabileceğine göre, görevin ilgiliye verilmişinden istenilen sonucun alınmasına kadar geçici bir süreç içinde tamamlanabileceği açıktır. Bu durumda, görevlilik hali görevin verilmesinden başlayabilen, yerine getirilmesine kadar süren ve bunun için yapılan eylem ve işleri içine alabilen bütün aşamaları kapsar. ... görev için yapılan hazırlık da kuşkusuz görevin icrası sürecinin bir parçasıdır. ... Buna göre... görevde bulunduğu saatlerde ve görevinin hazırlık aşamasının bir parçası mahiyetindeki sabah sporunun bitiminde, polislik meslek ve görevinin ayrılmaz bir unsuru olan hizmet tabancasıyla, herhangi bir kimsenin kastı da olmaksızın yaralandığı ve bunun sonucunda vefat ettiğinden, görev ile maluliyete neden olan olay arasında nedensellik bağının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır."

Aynı yönde değerlendirmeleri içeren Danıştay ve AYİM tarafından verilen emsal nitelikli kararlar da mevcuttur. Temizlik sırasında uzman jandarma çavuşun tabancasının ateş alması sonucu yaralanan davacının vazife malulü sayılması gerektiğine, AYİM tarafından isabetli olarak karar verilmiştir¹⁶.

Askerlerden biri cephaneye temizliği yaparken diğeri ise malzeme sayımı sırasında bir bombanın patlamasına sebep olmuşlardır. Her iki olayda da anılan eylemleri 48. madde kapsamında değerlendiren yerel mahkemeler ilgilileri (adi) malul sayarken, yüksek mahkeme söz konusu kazaları görev sırasında ve görevle ilgili görmüştür. Dolayısıyla anılan her iki asker de vazife malullüğü hükümlerinden yararlandırılmıştır. Yüksek mahkemenin bu yaklaşımı, görüş farklılığı sebebiyle üçüncü kişiler tarafından öldürüldüğü anlaşılan kamu görevlisinin vazife malulü sayıldığı bir diğer olayda da uygulanmıştır¹⁷.

¹⁴ Aslanköylü, a.g.e., s. 1047.

¹⁵ D.11.D.nin 7.3.2002 tarihli ve 2000-7156/2002-632 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

¹⁶ AYİM.1.D.nin, 28.05.1996 tarihli ve E.1996/6, K.1996/503 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar. (Erişim tarihi, 19.09.2015); AYİM 3.D.nin, 09.10.2003 tarihli ve E.2003/262-K.2003/116 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar. (Erişim tarihi, 19.09.2015).

¹⁷ D.10.D.nin, 23.10.1991 tarihli ve 1990-2581/1991-2980 sayılı kararı (Danıştay Dergisi. S. 84-85, s. 44-74).

Nedensellik bağının kesildiğine ilişkin AYİM kararında ise, herhangi bir hizmet ilişkisinden değil, tamamen kişisel nedenlerden kaynaklanan ağır küfürleşme hali ve devamında gelişen silahla ateş edilmesi fiili ile Askerî hizmet arasında uygun bir illiyet bağı mevcut olmadığından; müteveffa erin ölümü olayının vazifinin sebep ve tesirinden kaynaklandığını söyleyebilmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁸.

Nedensellik bağı ile ilgili olarak, verilen diğer bir yüksek mahkeme kararında, davacının askerlik görevi devam ettiği sırada askeri araç trafik kazasında yaralandığı sabit ise de, yapılan tedavileri sırasında askerliğe devam ettiği ve sağlam olarak terhis edildiği anlaşıldığından ve aradan 26 yıl geçtikten sonra davacının sağlık durumunda meydana gelen değişikliklerin ayırt edilmesi de mümkün olmadığından davacıya vazife malullüğü aylığı bağlanmasına imkân bulunmadığı belirtilmiştir¹⁹.

Bir AYİM kararında, trafik kazasında, iştirakçi, kusurlu olmasına rağmen vazife malulü sayılmıştır²⁰. Söz konusu olayda nedensellik bağının kesilmediği bu nedenle iştirakçinin vazife malulü sayıldığı anlaşılmaktadır.

Öğretide, 5434 sayılı Kanun 48. maddede sayılan hallerin, vazife maluliyetini (adi) maluliyete dönüştüren haller olarak algılanması ve o şekilde işlem görmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, Yasa koyucunun 48. maddeyi düzenlerken, bazı hallerin vazife maluliyetine engel olmasını istediği ve anılan maddeyle de bunları belirlediğinin kabul edilmesi gerektiği, o sebeple 48. maddedeki haller gerçekleştiğinde, bu durumun nedensellik bağına kesip kesmediği ile ilgilenilmeden sonuca ulaşılması ve maluliyetin vazife maluliyeti olarak kabul edilmesinin engellenmesi gerektiği belirtilmektedir²¹. Ancak her ne kadar 5434 sayılı Kanun 48. madde ve 5510 sayılı Kanun 47. maddenin yazılış şekline bu anlam çıkarılabilirse de, kanaatimizce, bu anlayış hakkaniyete ve genel hukuk kurallarından nedensellik bağına aykırı olarak iştirakçilerin ya da sigortalıların aleyhine sonuç doğuran bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim İngiliz sosyal güvenlik siteminde de, kendi kusuruyla yarattığı tehlikenin sonucunda kazaya uğrayan çalışanın sigorta yardımlara hak kazanabilmesi için, yarattığı tehlikenin yaptığı işe yabancı olmaması yeterlidir²².

¹⁸ AYİM.1.D.nin, 19.09.2000 tarihli ve E.2000/131-K.2000/807 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

¹⁹ AYİM 3.D.nin, 21.12.2004 tarihli ve E.2004/424-K.2004/1847 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

²⁰ AYİM 3.D.nin, 27.09.2007 tarihli ve E.2007/955-K.2007/1021 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

²¹ Akın, **a.g.e.**, s. 264; Ayrıca Bkz. Saraç, **a.g.m.**, s. 123.

²² Örneğin, patlayıcı gaz bulunan bir yerde sigarasını yakarken patlamaya sebep olan ve yaralanan işçinin yarattığı tehlike yeni bir tehlike değildir. Burada, işletmede bulunan potansiyel bir tehlikenin ortaya çıkarılması söz konusudur. Nitekim böyle bir olayda işçiye sigorta yardımları sağlanmıştır. Ancak,

AYİM de uygun illiyet bağı aramış ve uygun illiyet bağının kesildiği hallerde, ortaya çıkan zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağı kanısına ulaşmıştır²³. Diğer bir olayda da benzer sonuca ulaşılmıştır²⁴. Yüksek mahkemenin bu fikrine aşağıda belirteceğimiz nedenlerin oluşması durumunda katılmıyoruz²⁵.

Buna karşılık üçüncü kişinin yaptığı işle kaza arasındaki uygun illiyet bağı kesecek düzeydeki eylemi, idarenin kusurlu sayılabildiği olaylarda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İdareye yönelik tazminat taleplerini içeren bu gibi olaylarda Yüksek Mahkeme, hizmet kusuru gerekçesiyle davaları kabul etmektedir.

Nitekim böyle bir olayda, bir kamu kurumunda müdür olan sigortalı, işyerine gelen silahlı bir kişi tarafından öldürülmüştür. Davayı inceleyen Danıştay, tazminat talebini haklı gördüğü bizce de isabetli olan kararında şu gerekçelere yer vermiştir²⁶: "...Hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde, idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir... ..Tüm kamu kurumlarında... yürütülen kamu hizmetinin özelliğine göre tesislere giriş ve çıkışta gereken ölçüde güvenlik önlemlerinin alınmasının, personel ve ziyaretçi giriş çıkışının belli bir düzene bağlanmasının zorunlu olduğu açıktır. Bu durumda... Müdürlüğünün öldürme olayında hizmet kusuru açık olup, davacıların ölüm olayı nedeniye uğradıkları zararın ... tazmini gerekmektedir..."

Nedensellik bağının vazgeçilemezliğini inceledikten sonra, 5434 sayılı Kanun döneminde uygulanan, 5754 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun'un 47. maddesine de ithal edilen ve vazife malullüğünün, malullük olarak değerlendirilmesini gerektiren hal ve sebepleri sırasıyla değerlendireceğiz.

3.1. Vazife Malullüğünün Keyif Verici İçki ve Her Çeşit Maddeler Kullanmaktan Doğmaması

Vazife malullüğünün keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan doğması (5510 sayılı Kanun 47/2, a, 5434 sayılı Kanun m.48/a) hususunu incelerken öncelikle, fıkarda geçen sözcüklerin manalarını incelediğimizde, "alkollü içki ve başka uyuşturucu maddeler kullanıldığında insanda görülen

davranışıyla hizmet ilişkisinden kaynaklanan tehlikeler dışında yeni bir tehlikeye sebep olan işçi bunun sonucunda zarar gördüyse sigorta yardımlarını talep edememektedir, Akın, **a.g.e.**, s. 266.

²³ AYİM.1.D.nin 30.10.2001 tarihli ve E.2001/768-K.2001/1145 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar. (Erişim tarihi, 19.09.2015).

²⁴ AYİM 2.D.nin, 12.11.2003 tarihli ve 2002-945/2003-836 sayılı kararı; http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.

²⁵ Bkz. Böl.3.4.

²⁶ D.10.D.nin, 28.3.1984 tarihli ve 1983-945/1994-663 sayılı kararı (Danıştay Dergisi S. 56-57), Akın, **a.g.e.**, s. 271.

durum” keyif olarak tarif edilmiştir²⁷. Maddede belirtilen nitelikte içki ve madde kullanmak, iştirakçinin (sigortalının) bir maluliyete uğramasına neden olmuşsa, vazife malulü değil yalnızca malul sayılacaktır.

Hüküm gereğince, maluliyet, doğrudan bu maddeleri kullanmaktan oluşmalıdır. Keyif verici madde kullanmak tek başına 5434 sayılı m.48/a ya da 5510 sayılı Kanun m.47/2 hükmünü kullanmaya neden olmaz. Ayrıca, malullük durumu ile keyif verici madde ya da içki kullanımı arasında nedensellik bağının da olması gerekir²⁸. Kısaca, keyif verici madde kullanmak tek başına m.48/a ya da 5510 sayılı Kanun m.47/2 kapsamında bir fiil olarak değerlendirilemez.

Örnek verecek olursak, alkollü iken operasyona çıkan, ancak sarhoş olmayan ve bu esnada, bölücü terör örgütü mensuplarının açtığı ateş sonucunda yaralanan askerin, sarhoş olmasının yaralanması ile ilgisi bulunmaması nedeniyle, m.48/a ya da 5510 sayılı Kanun m.47/2 hükmünün uygulanmaması ve vazife malulü sayılması uygun olacaktır.

Vazife malullüğünün, kişinin kendi istek ve arzusu dışında, keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan doğması, ya da tedavisi nedeniyle aldığı ilaçlar nedeniyle bir kaza geçirmesi sonucunda oluşması durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Mahkeme kararlarında bu duruma rastlanılmamıştır. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, “*Ayırt etme gücünün geçici kaybı*” başlıklı, 59. maddesi; “*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.*” hükmünü içermektedir. Bu maddede haksız fiilin unsurlarından biri olan kusurun ortadan kalkması konusunda bir istisna hüküm bulunmaktadır. Kendi isteği ile içki içen ve sarhoş olduktan sonra yaptığı haksız fiillerden sorumlu olacakken, ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu ispat eden kimse verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacaktır.

Bu kapsamda, 5434 ya da 5510 sayılı Kanunların söz konusu hükmünde, böyle bir istisna bulunmadığından kişinin bu tür durumlarda, vazife malulü sayılmasının mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz. Bu durumda, bu hükme Borçlar Kanun’da olduğu şekilde bir istisna hüküm eklenmesinin uygun olacağı mütalaa edilmektedir.

Nedensellik bağına şu örnekler verilebilir: Yine içki içerek atış eğitimine çıkan bir astsubay, bu eğitim sırasında, atış sırasında alkolün etkisi ile kendi kullandığı tabanca ile yaralanması durumunda ise meydana gelen maluliyet, 5510 sayılı Kanun 47. madde uyarınca vazife malulü değil, malul sayılacaktır.

²⁷ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayını, 10.Baskı, Ankara, 2009, s. 1149.

²⁸ Yalcın Bostancı, “*Yargı Kararları Işığında Vazife Malullüğü Kavramı*”, Kamu-İs; C: 8, S: 1/2005, s. 116.

3.2. Vazife Malullüğünün Kanun, Tüzük ve Emir Dışında Hareket Etmiş Olmaktan Doğmaması

Vazife malullüğünün kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan doğması (5510 sayılı Kanun 47/2, b, 5434 sayılı Kanun m.48/1, b) durumunda sigortalı yalnızca malul sayılacaktır²⁹.

5510 sayılı Kanun'un 47/2, ve 5434 sayılı Kanun'un 48. maddesinde herhangi bir sınırlayıcı hüküm olmadığından, belirtilen "kanun, tüzük ve emir" sigortalı ya da iştirakçinin yerine getirdiği görevle ilgili tüm mevzuatı kapsayacaktır. Ayrıca emir vermeye yetkili makamların emirleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yönetmelik, özge, genelge hükmün konuluş amacına uygun olarak bu kapsamda düşünülmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, maddedeki "Kanun" deyiminin T.C. Anayasası'nı içerdiği de açıktır³⁰.

Orantısız güç kullanan kolluk görevlisi, bu sırada sakatlınsa, kanunlara aykırı davranışı nedeniyle malul olduğundan, 5510 sayılı Kanun 47/2, b, 5434 sayılı Kanun m.48/1, b anlamında bu kanun dışı hareketi nedeniyle vazife malulü sayılmayacak, yalnızca malullük hükümlerine tâbi olacaktır.

Yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na aykırı şekilde taşıt kullanırken malul duruma düşen sigortalı ya da iştirakçi yalnızca malul sayılacaktır. Ancak, Kanun'a aykırı davranmış olmasının, görev ile maluliyet arasındaki nedensellik bağımlı ortadan kaldırmaması durumunda vazife malullüğü hükümlerinin uygulanması gerekecektir³¹.

Emirlere aykırılık, söz ve yazıyla belirtilen her türlü emre aykırılıktır³². Örneğin, kendisine verilen taşıma görevinin dışına çıkarak sandığı açıp içindeki el bombasıyla oynayıp pimini çekmesi sonucu meydana gelen infilak neticesi ölen erin bu fiili, 5510 sayılı Kanun 47/2, b ve 5434 sayılı Kanun'un 48/b maddesi kapsamındaki emir dışı hareket teşkil ettiğinden; yakınlarına vazife maluliyeti aylığı bağlanmaz³³.

Benzer olaylar karşısında farklı yönde kararların verildiği yargı kararlarında görülmektedir. Buna göre, AYİM bir kararında, askerlik görevini yapmakta olan erin, kendine verilmiş olan askeri aracın deneme sürüşünü bir başka arkadaşının yapma-

²⁹ Bu hükmün 5510 sayılı Kanun'daki karşılığı olan fıkraya ilişkin olarak, çıkarlar dengesi ve denkleştirici adalet ilkelerine aykırılığa neden olması, fiilin objektif kriterlerinin konulmasının imkansızlığı nedeniyle yapılan eleştiriler için Bkz. Aslanköylü, **a.g.e.**, s. 1047.

³⁰ Saraç, **a.g.m.**, s. 124.

³¹ D.11. E.2003/4508, K.2006/1153, www.danistay.gov.tr (Erişim tarihi, 19.09.2015).

³² TSK mensupları için özel bir kanun olan, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 8. maddesi; "Emir: Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir." şeklindedir. Bu hükmeye istinaden emir yerine de geçen, yönergeler çıkarılmakta ve yayınlanmaktadır. Bu durumda, söz konusu yönergelerin de bu hüküm kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

³³ AYİM.1.D.nin 21.11.1995 tarihli ve E.1995/367-K.1995/1112 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

sına göz yumması şeklindeki fiili, ceza hukuku bakımından bir suçta sebebiyet verse de bu sürüş sırasında aracın devrilmesi sonucu malullüğe uğraması olayında illiyet bağının kesildiği kabul edilemeyeceğinden erin vazife malulü sayılması gerekir³⁴ derken; benzer nitelikteki başka bir olayda aksi yönde³⁵ karar vermiştir.

Yine Danıştay bazı kararlarında, görevi sırasında görev gereği kullandığı araçla yaptığı trafik kazası sonucu ölen kişinin, trafik kazasında kusurlu³⁶ olması davacılara vazife malullüğü aylığı bağlanmasına engel sayılmaz³⁷ derken; bazı kararlarında ise isabetsiz olarak aksi yönde hüküm tesis etmiştir³⁸.

Danıştay; “Davacının, ...askerlik görevi yaparken, ... malzeme sayımı sırasında, elinde bulunan el bombasının patlaması sonucu sakat kaldığından bahisle vazife malulü sayılması istemiyle ...açılan davada, Danıştay Onuncu Dairesinin ... kararıyla ve 5434 sayılı Kanun’un 48/b maddesinde vazife malullüklerinin, kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan doğmuş olması halinde, bunlara uğrayanlar hakkında (adi) malullük hükümlerinin uygulanacağına belirlendiği, davacının sakatlanma olayının, malzemelikte sayım yapılırken orada bulunan el bombasını kurcalayıp tapasını çekmesi ile bombanın patlaması sonucunda meydana geldiğinin anlaşıldığı, davacının emir ve talimatlara aykırı bu eyleminin (5510 sayılı Kanun 47/2, b) 5434 sayılı Kanun’un 48/b maddesi kapsamı içerisinde kaldığından, kanunun vazife malullüğü ile ilgili hükümlerinin uygulanması suretiyle davacıya aylık bağlanmasına olanak bulunmadığı; ... Askeri Savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığı yolunda verilen ... kararda davacının yaralanmasına neden olan olayın tam bir açıklıkla belirlenmediği belirtilerek, davacının tapayı çektiğinin bir olasılık olduğunun kabulü suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, ... iptal kararında ısrar etmiştir. ...Danıştay sonuç olarak, bu durumda davacının, kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olduğunu ortaya koyacak yeterli bilgi ve belgenin bulunmadığı görüldüğünden ve maluliyetin 5434 sayılı Kanununun 45. maddesinde öngörüldüğü biçimde görev yapıldığı sırada ve görevden doğan bir maluliyet olduğu anlaşıldığından, dava-

³⁴ AYİM. 1.D.nin 5.6.2001 tarihli ve 346/744 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015); Aynı yönde AYİM. 1.D.nin 3.2.1998 tarihli ve 576/144 ve sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

³⁵ AYİM. 1.D.nin 19.3.2002 tarihli ve 1210/445 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

³⁶ D. 10.D.nin, 19.10.1992 tarihli ve 4339/3663 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Y. 23, S. 87, 1993, s. 507-508.

³⁷ D.10.D.nin, 27.6.1997 tarihli ve 190/2601 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Y. 28, S. 95, 1998, s. 614-617; D. 10.D.nin, 1.4.1981 tarihli ve 1455/510 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Y. 12, S. 44-45, 1982, s. 479-480, Bostancı, **a.g.m.**, s. 117.

³⁸ D. 10.D.nin, 5.2.1975 tarihli ve 9095/285 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Y. 6, S. 20-21, 1976, s. 558-559, Bostancı, **a.g.m.**, s. 117.

cının vazife malulü sayılması isteminin reddine ilişkin davalı idare işleminde mevzuata uyarlık görülmemiştir.” şeklinde isabetli olarak karar vermiştir³⁹.

Yine aynı şekilde, davacının parmaklarının kopmasına neden olayın muntika temizliği sırasında vuku bulduğu sabit olmakla birlikte, davacının emir ve talimatlarla aykırı hareket ederek bulunduğu füyeyi kurcalaması sonucu yaralanma meydana geldiğinden, emir dışı hareket etmiş olması nedeniyle vazife malulü olarak kabul edilmemesinin hukuka uygun olduğu AYİM tarafından karara bağlanmıştır⁴⁰.

Bunun gibi, tamirhanenin talimatı uyarınca, önlem almadan elektrikli aletlere dokunan ve yaralanan sigortalı ya da iştirakçi vazife malullüğü değil malullük hükümlerine tâbi olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun, tüzük ve emirlere aykırı hareket nedeniyle malul duruma gelinmesi durumunda, tartışılması gereken bir husus da kanunsuz ya da suç sayılan emirlerdir. Memur, amirinin suç teşkil eden emirlerini yerine getiremez ise de kanunsuz emirlere suç sayılmaması halinde ve yazılı olması durumunda uyması mecburiyeti vardır. Memur, olumsuz atama veya bunun gibi kaygıları nedeniyle bu emirlere uyması durumunda bile vazife malulü sayılmayacaktır⁴¹.

3.3. Vazife Malullüğünün Yasak Fiilleri Yapmaktan Doğmuş Olmaması

Vazife malullüğünün yasak fiilleri yapmaktan doğmuş olması (5510 sayılı Kanun 47/2, c ve 5434 sayılı Kanun’un m.48/1, c) hususunda ise; yasak fiiller aslında kanun, tüzük gibi düzenlemelerde ve emirlerde yer aldığından, maddenin 1. fıkrası, “b” bendinin, bu bent hükmünü de içine alacak nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Aynı başlık altında incelemenin uygun olacağı değerlendirilmekle birlikte Kanun’un sistematüğini bozmamak açısından ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

Ayrıca, yasak fiilleri yapmaktan doğma ile kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan doğma nedeniyle malullüğün vazife malullüğü sayılmayacağı hükümleri tekrara neden olmuştur. Yeni bir kanun hazırlanırken, bu hükümlerin ayrı yazılması yerine, aynı hükümde birleştirilmiş olması gerekirdi diye düşünüyoruz.

Nitekim yukarıda kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan doğma ilgili olarak verilen örnekte, izinsiz taşıt kullanılması, aynı anda hem kanunlara aykırı hareket hem de yasak fiil kapsamında değerlendirilmelidir.

³⁹ D.İDDK’nun, 17.04.1998 tarihli ve E.1996/11-K.1998/197 sayılı kararı, www.legalbank.net, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

⁴⁰ AYİM.3.D.nin, 02.10.2003 tarihli ve E.2003/155-K.2003/110 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

⁴¹ Aslanköylü, a.g.e., s. 1047.

Bu kapsamda, bir AYİM kararında 5434 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrası hem "b" hem de "c" bendi ihlal edildiğinden kişi vazife malulü sayılmamıştır⁴².

Sigortalının ya da iştirakçinin talimata aykırı biçimde taşıta binmeye çalışması; petrol depolama işinde istihdam edilen bir çalışanın herhangi bir ateş yakılmaması hakkındaki talimata uymayarak patlamaya neden olması, silahla girilmesi yasak olan bir alana silahla girerek kendisinin yaralanması ve benzeri olaylar, yasak fiile verilebilecek diğer örneklerdir.

Bu konuda da önem taşıyan husus, maluliyet ile yasaklanmış fiil arasında nedensellik bağının kurulabilmesidir. Kısaca vazife malullüğünün yasak fiilden oluşması gerekmektedir. Örneğin, araçta sigara içilmemesine ilişkin kurala rağmen sigara içmesi sırasında, kullandığı araca, bir başka taşıtın kusurlu olarak çarpması neticesinde iştirakçi ya da sigortalının malul duruma düşmesi durumunda, malullüğe sigara içme yani yasak fiil değil, üçüncü kişinin fiili neden olduğundan, ilgilinin vazife malulü olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun 47/2, b ve c ile 5434 sayılı Kanun'un m.48/1, b ve c bentleri için, sigortalının veya iştirakçinin, ceza hukuku açısından suç sayılan eylemi, kişinin maluliyet ile dikkatsiz ve tedbirsiz davranması arasındaki ilişiyet bağının kurulması, oldukça zordur. Bu görevi yargı organları yerine getirecektir. İdare, bu tür olaylarda, haklarında hukuki işlem yapılmasını istemediklerinden çoğunlukla olumsuz sonuçlandırmaktadır. Sigortalı ise bu durumda hakkını doğal olarak yargı organlarında arayacaktır. Yargı organları söz konusu hükmü yorumlarken dar ya da geniş yorum metodu uygulamaktadır.

Örnek vermek gerekirse, bir kaza sonucu yaralanan kişi çoğunlukla hafif ya da ağır kusurludur. Bu durumda mahkeme, hükmü dar yorumlarsa, fiilin tamamen kanun, tüzük ya da emre aykırılık teşkil etmesi aranacak, geniş yorumlarsa da hemen hemen hiçbir olayın neticesinde vazife malullüğü kabul edilemeyecektir. Öncelikle, önemli olan husus, kararların istikrar kazanmasıdır. Hakkaniyet bunu gerektirmektedir. Müteakiben hayatın normal akışı

⁴² Askerlik hizmetini yapmakta iken, nöbeti sırasında bunalım, geçirerek nöbet mahallini terk eden ve yakalanması için kendisini izleyen bir erin açtığı ateşle yaralanıp sakatlanması neticesinde yapılan incelemede, AYİM, "...Ancak bunun için maluliyetlerine yol açan arıza veya hastalıklarının vazife sırasında ve ayrıca vazifenin neden ve etkisiyle meydana gelmiş olması anılan maddelerde öngörülen maddi bir koşuldur. Mahcur davacı nöbette, durup dururken sokaktan geçen birine ateş edip öldürdükten sonraki firari sırasında kendisini takip edenlere de ateş etmesi üzerine durdurulmasının ve yakalanmasının başka türlü sağlanamaması üzerine ve bu maksatla yaralanmıştır. Nitekim yaralayan er hakkında beraat kararı verilmiştir. Bu şekilde meydana gelen yaralanmaya bağlı maluliyetin, vazifeden kaynaklandığı söylenemez. Akıl hastalığının askerlik vazifesinden kaynaklandığına dair en ufak bir emare, bilgi ve belge bulunmamaktadır. Bu itibarla davacının maluliyeti için, sağlık kurulu raporundaki hangi neden geçici kılınırsa kılınırsın, vazifenin neden ve etkisinden kaynaklanma koşulu gerçekleşmemektedir", AYİM 1.D.nin, 11.06.1996 tarihli ve E.1995/1118-K.1996/578 sayılı kararı, www.legalbank.net, (Erişim tarihi, 19.09.2015); Ayrıca http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

doğrultusunda, kanun, tüzük ya da emre itaat edilmemesi ya da yasak bir fiilin icrası neticesindeki kaza ile malullük arasındaki nedenselliğin yani illiyet bağının tespiti gerekmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yasak fiilleri işlemek suretiyle malul duruma gelmesi durumunda, sınır ve ölçünün belirsizliği eleştiriye açıktır.

3.4. Vazife Malullüğünün İntihara Teşebbüsten Doğmaması

Vazife malullüğünü (adi) malullüğe hâline dönüştürecek olan dördüncü husus, vazife malullüğünün intihara teşebbüsten doğmasıdır (5510 sayılı Kanun m.47/2, 5434 sayılı Kanun m.48/1, ç). Yasa intiharı, vazife malullüğünün kapsamı dışında kalmayı gerektiren sebepler arasına sokmuştur.

Bu hususta Danıştay ve AYİM tarafından verilmiş birçok karar bulunmaktadır. AYİM tarafından verilen bir kararda, erbaş ve erlerin intihar kastı ile silahla kendini yaralayan ve neticede askerliğe elverişsiz hale gelen davacının vazife malulü sayılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir⁴³.

Bir başka olayda ise, nöbette intihar eden askerın vazife malulü sayılmayacağını ve ölümün vazife anında intihara teşebbüs nedeniyle meydana geldiği kesinlik kazandığından belirtilen 5434 sayılı Kanun'un, 48. maddesi 1. fıkrası, (ç) bendi hükmü gereğince vazife malullüğü hükümleri uygulanarak davacıya ve çocuklarına dul ve yetim aylığı bağlanması mümkün olmadığı gibi; aynı Kanun'un 12. maddesi ile; erlerin vazife malullükleri ile vazifeden doğma ölümleri halinde bu yasa ile tanınan haklardan faydalanacağı hükmünün getirilmiş olması karşısında davacının (adi) malullük hükümlerinden yararlanması da söz konusu bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir⁴⁴.

Bu hükme örnek olarak, "sigortalının intihar düşüncesiyle, bilerek kendisini çalışmakta olan buhar kazanına bırakarak sakatlanması; ya da kendini, elektrikli makineye önlem almadan dokunarak elektrik çarpmasına kasten maruz bırakması" gösterilebilir.

Ancak, henüz kesinleşmemiş ve yayımlanmamış Ankara 4. İdare Mahkemesinin yeni verilmiş bir kararında; askerlik görevini yaparken intihar ederek ölenin yakınları tarafından açılan davada, ölen erin yaptığı görev nedeniyle maruz kaldığı hastalık (psikolojik rahatsızlık) sonucunda intihar edebileceği hususunun göz önünde bulundurularak davacının talebinin değerlendirilmesi gerekmektedirken, davacının vefat eden oğlunun vazife malulü sayılması yönündeki talebinin zımnen reddinde hukuka uyarlılık bulunmadığı kanaatine

⁴³ AYİM 1.D.nin, 18.02.2003 tarihli ve E.2003/340-K.2003/232 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

⁴⁴ D.10.D.nin 04.04.1984 tarihli ve 1983-541/1984-724 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

varıldığı, illiyet bağının olup olmadığının aranması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir⁴⁵.

Genel olarak idarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması ve zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁶.

İntiharın kişinin çoğu kez karşı koyamadığı nedenlerle ortaya çıkan bir hastalık olduğu değerlendirilmektedir⁴⁷. Modern tıp bilimi bu hastalığın, irsi veya çevre ve sosyal koşullardır. Bu nedenler kişinin kendi iradesi ile seçtiği hususlar değildir. Normal hiç kimsenin bilerek ve isteyerek canına kıymak isteyeceğini düşünmek anlamsız olacaktır. İntihar halinde şuurun kaybolduğu aklın kullanılmadığı değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda, intiharın vazife malullüğünü ortadan kaldıran nedenler arasında sayılması isabetli olmamıştır. Nitekim, Yargıtay bir kararında 506 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde intiharı iş kazası saymış ve ilgililere sürekli iş göremezlik geliri bağlanması gerektiğine isabetli olarak karar vermiştir⁴⁸.

Bu doğrultuda, bu bendin vazife malullüğüne engel hallerden çıkarılmasının modern tıp bilimi karşısında en uygun hal tarzı olacağını değerlendirmektedirim.

3.5. Vazife Malullüğünün Her Ne Suretle Olursa Olsun Kendisine veya Başkasına Menfaat Sağlamak veya Zarar Vermek Maksadından Doğmaması

Vazife malullüğünü (adi) malullüğe hâline dönüştürecek olan beşinci husus ise; Vazife malullüğünün her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkasına menfaat sağlamak veya zarar vermek maksadından doğmasıdır (5510 sayılı Kanun m.47/2, 5434 sayılı Kanun m.48/1, d).

Sonuç

Vazife maluliyeti maluliyet türlerinden biridir. 5510 sayılı Kanun, m.4/1, (c) kapsamında sigortalılar, kısaca memurlar ve kamu görevlileri için uygulanmaktadır.

⁴⁵ Ankara 4. İdare Mahkemesinin 30.05.2014 tarihli ve E.2013/872-K.2014/880 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

⁴⁶ Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Hakan Ata, "İdarenin Asker Kişilerin İntiharından Sorumluluğu", AYİM Dergisi S. 20/2005; Ayrıca Bkz. AYİM.1.D.nin 30.10.2001 tarihli ve E.2001/768-K.2001/1145 sayılı kararı, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

⁴⁷ Aslanköylü, **a.g.e.**, s. 1047.

⁴⁸ Yarg.10.HD.nin 29.03.1978 tarihli ve E.1979/8413-K.2759 sayılı kararı, www.legalbank.net, (Erişim tarihi, 19.09.2015).

Vazife malullüğü normal maluliyetten farklı olarak, vazife malulü olarak kabul edilen sigortalıya ilave avantajlar sağlamaktadır. Bu nedenle Kanun vazife malullüğünü belirli şartlara bağlamış ve bu malullüğü ortadan kaldıran sebepleri ayrıntılı olarak saymıştır.

Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi söz konusu hallerin kazuistik olarak sayılması kanun yapma tekniğine aykırı olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir. Örneklere konu olması gereken hususların sayılması yerine, genel nitelik ve ilkelerin yasada yer almasının daha uygun olacağını değerlendirmektediriz.

5510 sayılı Kanun 47. madde ve 5434 sayılı Kanun 48. maddede sayılan hallerin, maddelerin yazılış şeklinden aksi bir anlam çıkarılabilse de, vazife maluliyetini (adi) maluliyete dönüştüren haller olarak algılanmaması ve o şekilde işlem görmemesi ve öncelikle meydana gelen olay ile malullük arasında nedensellik bağının kesilip kesilmediği ile ilgilenilerek sonuca ulaşılması gerektiğini değerlendirmektediriz. Aksi bir yaklaşım, hakkaniyete ve genel hukuk kurallarından nedensellik bağına aykırı olarak sigortalıların aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

Kendi isteği ile içki içen kişi, sarhoş olduktan sonra yaptığı haksız fiillerden sorumlu olacakken, ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu ispat eden kimse verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Bu kapsamda, 5434 ya da 5510 sayılı Kanunların söz konusu hükmünde, böyle bir istisna bulunmadığından kişinin bu tür durumlarda, vazife malulü sayılması mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Bu durumda, bu hükme Borçlar Kanun'da olduğu şekilde bir istisna hüküm eklenmesinin uygun olacağını mütalaa etmekteyiz.

Kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan doğma ile yasak fiilleri yapmaktan doğma nedeniyle malullüğün vazife malullüğü sayılmayacağı hükümlerinin Kanun'da ayrı olarak belirtilmesi tekrara neden olmuştur. Yeni bir kanun hazırlanırken, bu hükümlerin ayrı yazılması yerine, aynı hüküm altında birleştirilmiş olması gerekirdi diye düşünüyoruz.

İntihar kişinin çoğu kez karşı koyamadığı nedenlerle ortaya çıkan bir hastalık olduğu değerlendirilmektedir. Modern tıp bilimi bu hastalığın, ırsi veya çevre ve sosyal koşullardır. Bu nedenler kişinin kendi iradesi ile seçtiği hususlar değildir. Psikolojik açıdan sağlıklı hiç kimsenin bilerek ve isteyerek canına kıymak isteyeceğini düşünmek anlamsız olacaktır. İntihar halinde şuurun kaybolduğu aklın kullanılmadığı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, intiharın vazife malullüğünü ortadan kaldıran nedenler arasında sayılması isabetli olmamıştır. Bu doğrultuda, intiharın ve intihara teşebbüsün vazife malullüğüne engel hallerden çıkarılmasının modern tıp bilimi karşısında en uygun hal tarzı olacağını değerlendirmektediriz.

Kaynakça

- AKIN, Levent:** "5754 sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 880.
- AKIN, Levent:** *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, Ankara 2007.
- ALPER, Yusuf:** *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku*, Dora Kitabevi, 5. Basım, İstanbul 2013.
- ALPER, Yusuf:** *Türkiye'de Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar (SSK, BAĞ-KUR)*, 3. Basım, İstanbul 2000 (Türkiye'de Sosyal Güvenlik).
- ALPER, Yusuf:** *Türkiye'de Sosyal Güvenlik, Sosyal Sigortalar*, Ekin Kitabevi, 4. Basım, İstanbul 2003.
- ARICI, Kadir:** *Sosyal Güvenlik Dersleri*, Ankara 1999.
- ARICI, Kadir:** *Sosyal Güvenlik*, Tes-İş Yayınları, Ankara 1999.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** "5510 sayılı Kanuna Göre Karşılaştırmalı Malullük Sigortası", Sicil, Aralık 2010, (Kısaca Karşılaştırmalı Malullük), s. 190 vd.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** "BAĞ-KUR Kanununa Göre ve 5510 sayılı Kanuna Göre Malul Sayılmanın Koşulları", Yrg.10.H.D. Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan-5510 sayılı Yasaya Göre Malullük Sigortası İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, Ankara 2010.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** *Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar*, C. 1, C. 2, Ankara 2004.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırmalı)*, Ankara, 2009.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (Bağ-Kur. K. ile Karşılaştırmalı)*, Ankara, 2010.
- ATA, Hakan:** "İdarenin Asker Kişilerin İntiharından Sorumluluğu", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 20, Ankara 2005.
- BAĞCI, Mehmet:** *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.
- BOSTANCI, Yalçın:** *Yargı Kararları Işığında Vazife Malullüğü Kavramı*, Sicil, Eylül 2006, s. 145-161.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** "5510 sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı", Sicil, Eylül 2006, s. 145-161.
- ÇENBERCİ, Mustafa:** *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara 1985, (Kısaca 1985).
- GÖZLER, Kemal:** *İdare Hukuku*, C. II, Bursa 2003.
- GÜNDAY, Metin:** *İdare Hukuku*, Ankara 2006.
- GÜZEL, Ali / CANİKLİOĞLU, Nurşen:** *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 9. Basım, İstanbul 2009.

- GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza / CANIKLIOĞLU, Nurşen:** *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 14. Basım, İstanbul 2014.
- GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza:** *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 9. Basım, İstanbul 2003.
- KURT, Resul:** *İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar*, İstanbul, 2002.
- SARAÇ, Coşkun:** "Vazife Malullüğü Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2003, 7/1, s. 180-204.
- SÖZER, Ali Nazım:** *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Ankara 2013, Beta Kitapevi.
- ŞAKAR, Müjdat:** *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Baskı, 2009.
- TUNCAY, Can / EKMEKÇİ, Ömer:** *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2013.
- TUNCAY, Can:** "5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları", (Çevrimiçi), www.kazanci.com. (Erişim Tarihi 19.09.2015).
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 2. Baskı, İstanbul 1982.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** *Türkiye'nin Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 5. Basım, İstanbul 1990.
- UŞAN, Fatih:** *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara 2009.

Kişilik Hakkının Medya Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi*

Determining the Amount of Non-Pecuniary Damage for Violation of Personal Right by Media

*Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN***

Özet

İstikrarın ve belirliliğin sağlanması gibi temel hukuk ilkeleri karşısında manevi tazminatın objektif değerlendirme ölçütleriyle belirlenmesi gereği ortadadır. Buna yönelik somut adımların atılmasındaki zorluk, manevi tazminatın sübjektif kriterlerle tayin edilmesinin gerekçesini oluşturamaz. İhlalin türünün ve ağırlığının önceden tespit edilmesi, objektivitenin sağlanmasında bir çıkış noktası olabilir. Beden bütünlüğünden farklı olarak diğer kişilik değerleri yönünden ihlal ağırlığını önceden belirlemek, çok çeşitli sonuçlarla karşılaşılabileninden oldukça güç olabilir. Bu güçlük, söz konusu kişilik değerlerinin medya yoluyla ihlal edildiği haller yönünden aşılabilir. Gerçekten, kişilik hakkına medya yoluyla gerçekleşen müdahalelerde ihlal objektif ağırlığını belirlemek, özellikle yayının yayıldığı alanın tespitiyle mümkün kılınabilir. Bu konuda getirilecek öneriler, manevi tazminatın, ihlal ağırlığı temelinde objektif olarak belirlenmesini olanaklı gören yeni eğilimin yol göstericiliğiyle şekillenebilir. Bu eğilime göre, objektif kriterlerin öncülüğünde herkes için uygulanabilecek asgari düzeyde bir manevi tazminat miktarı belirlenmeli, toplam manevi tazminat miktarı bundan sonra hakim takdirine bırakılmalıdır. Manevi tazminatın belirlenmesinde bu anlayışa dayanılması, manevi tazminat yönünden istikrarı tesis etmeye yardımcı olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Medya, Kişilik Hakkı İhlali, Manevi Tazminatın Belirlenmesi, İki Aşamalı Hesaplama Yöntemi, Taban Manevi Tazminat.

* Bu çalışma, İstanbul Barosu Basın ve İletişim Komisyonu ile Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 27.04.2016 tarihinde ortaklaşa düzenledikleri "Medya (Yazılı, Görsel ve İnternet) Yoluyla İşlenen Fiillerde Hukuki ve Cezai Sorumluluk" konulu sempozyumda sunulmuştur.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hulyaatlan@beykent.edu.tr

Abstract

In the direction of basic legal principles such as stability and the provision of certainty, it is necessary that the non-pecuniary compensation should be determined by objective evaluation criteria. The difficulty in taking concrete steps towards this cannot justify the assignment of non-pecuniary compensation to subjective criteria. Pre-determination of the type and gross breach of the violation can be a starting point in ensuring objectivity. Unlike personal integrity, predicting the gross breach of the violation in terms of other personality values can be quite difficult, since a wide variety of consequences can be encountered. This difficulty can be overcome by the way in which the personality values are violated by the media. Indeed, the determination of the objective gross breach of the violation in the interventions through the media on the personality can be made possible, in particular by determining the area in which the publication is spread. Suggestions to be made in this regard can be shaped by the guidance of the new tendency, in which the compensation of non-pecuniary damage can be objectively determined on the basis of the gross breach of the violation. According to this tendency, the lowest limit of non-pecuniary compensation which can be applied to everyone on the premise of the objective criteria should be determined and the total amount of non-pecuniary compensation must be left to the judge's discretion thereafter. The reliance on this understanding of the determination of non-pecuniary compensation will help to establish the stability of the non-pecuniary damage.

Keywords

Media, Violation of Personal Right, Determination of Non-Pecuniary Compensation, Two-Phased Calculation Method, Lowest Limit of Non-Pecuniary Damage.

Giriş

Kişilik hakkı ve basın özgürlüğü arasındaki hassas dengenin kişilik hakkı aleyhine bozulması, bu hakkın korunmasına ilişkin başvuru yollarının önünü açar. Bu yollardan birini de manevi tazminat talebi oluşturur. Sıkça başvurulmuş bir yöntem olmakla birlikte manevi tazminatın kapsamı konusunda cevap bekleyen esaslı sorular bulunmaktadır. Özellikle bir miktar para biçiminde hükmedilecek manevi tazminatın hangi esaslara göre belirleneceği, çözülmesi gereken bir sorun olarak güncelliğini korumaya devam etmektedir. Bu çalışma, medya yoluyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde bir miktar para olarak talep edilen manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin bir yöntem sunmak amacıyla kaleme alınmıştır. Medya çoğu zaman ölüm ve beden bütünlüğü dışındaki kişilik değerlerine yönelik bir saldırı tehlikesi yarattığından çalışma, TBK m. 58 hükmüyle sınırlandırılmıştır.

Kişilik hakkının medya yoluyla ihlal edilmesinin kendine özgü bazı sonuçları olduğundan, ilk olarak kişilik hakkı ve medya arasındaki ilişki, medyanın tehdit edebileceği kişilik değerleri ve buna göre manevi tazminat talebinin hangi kanun hükmüne dayandırılacağı üzerinde durulmuştur. TBK m. 58 hükmüne göre tayin edilecek manevi tazminat miktarının belirlenmesinde yararlanılacak ilkeler, manevi zararın ve tazminatın objektif kriterlerle hesaplanabilirliği, hesaplama yöntemleri, bu yöntemlerden iki aşamalı hesaplama yönteminin esasları, çalışmanın devam eden kısmının içeriğini oluşturmuştur. Son olarak, kişilik hakkının medya yoluyla

ihlaline özgü koşullar, iki aşamalı hesaplama yönteminin esaslarıyla sentezlenmiş ve hakime yol gösteren örnek niteliğindeki bazı çizelgelere yer verilmiştir.

I. Kişilik Hakkının Medya Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminat

A. Kişilik Hakkının Medya Yoluyla İhlali

Meşruiyetini ifade özgürlüğü, daha dar anlamda basın özgürlüğüne dayandırarak faaliyet gösteren medyanın yayılma derecesi giderek artan bir seyir izlemektedir. Gerçekten, kitle iletişim araçları, “basın” kavramının sınırlarını aşan bir anlama bürünerek “medya” kavramının içerisine aktarılmıştır. Böylece sadece yazılı araçlar değil, görsel-işitsel araçlar ve internet de birer kitle iletişim aracı olarak sahneye çıkmıştır. Medyanın kapsama alanının bu şekilde genişlemesi, kişilik hakkının ihlal edilme tehlikesinin aynı oranda artmasını beraberinde getirir. Medyanın tehdidine daha fazla maruz kalabilecek olan kişilik hakkının ihlal edilip edilmediği, basın özgürlüğünün hangi halde bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirileceğine bağlıdır.

Kişilik hakkı ve basın özgürlüğü, hukuken korunan iki menfaattir. Bir tarafta, basının kamuoyu oluşturma görevini yerine getirmesinin güvencesi olan basın özgürlüğü¹, diğer tarafta, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin olan kişilik hakkı² yer alır. Bunlar karşı karşıya geldiğinde, yararların tartılması ilkesi gereği birinin diğerine üstün tutulması gerekir³. Üstün kamu yararı nedeniyle basın özgürlüğüne öncelik tanınması halinde, kişilik hakkının ihlali yönünden hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş olur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığına, koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu ulaşılabilir⁴. Üstün

¹ **Safa Reisoğlu**, “*Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması*”, Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 296; **Abdülkadir Arpacı**, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 135; **Mustafa Dural/ Tufan Öğüz**, *Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 2011, s. 122; **Serap Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, 4. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 124; **M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2011, s. 152; **Funda Çelebi**, “*Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması*”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 1, Kasım 1997, s. 283.

² **Kemal Oğuzman**, “*İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ocak 1990, s. 9-10; **Dural/Öğüz**, s. 94; **Aydın Zevkliler**, “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, Dicle ÜHFD, S. 1, 1983, s. 2; **Rona Serozan**, “*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 93.

³ **M. Ahmet Kılıçoğlu**, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 151 vd.; **Bilal Kartal**, *Aykırı Düşünceler-Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım (Basın ve Basın Davaları Hakkında Açıklamalar)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 10.

⁴ **Sibel Özel**, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 44; **Kılıçoğlu**, s. 153.

kamu yararını gerçekleştirme amacından uzaklaştığı ölçüde, kişilik hakkına yönelen bir müdahaleden söz edilebilecektir.

Kişilik hakkının medya yoluyla ihlal edilmesi, diğer kişilik hakkı ihlallerinden farklı bir kategoride değerlendirilmelidir. Medyanın geniş bir kesime ulaşması, inandırıcılık özelliğinin güçlü olması gibi etkenler, bu alanda gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinin daha ağır olarak nitelendirilmesine yol açar⁵. Medyada yer alan bilgilere yeniden başvurma imkânı⁶, medya kurumları arasındaki rekabet⁷, bu sonucu pekiştiren diğer etkenlerdir.

B. Kişilik Hakkı İhlalinin Bir Yaptırımı Olarak Manevi Tazminat Talebinin Dayanağı

Kişiliğin özel hukuk bakımından korunmasını sağlayan temel kurallar, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 23, 24, 25. maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 58. maddesinde yer alır⁸. Söz konusu hukuki koruma yollarından biri olan ve ihlalin yaptırımı görünümündeki manevi tazminat, kanunun öngördüğü koşulların sağlanması halinde, manevi zararın bir miktar parayla veya başka bir biçimde giderilmesi amacıyla tanınır⁹. Manevi tazminatın kapsamının ve türünün belirlenmesine ilişkin temel hükümler TBK'nın 56. ve 58. maddeleriyle (İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 47 ve 49) düzenlenmiştir. Manevi tazminat talebinin sözü edilen hükümlerden hangisine dayandırılacağı, ihlal edilen kişilik değerine göre değişir. Ölüm ve beden bütünlüğünün ihlalinde 56. madde, bunun dışındaki kişilik değerlerinin ihlal edilmesinde ise 58. madde esas alınır.

Bugün tartışmasız kabul edildiği üzere, yaşam ve beden bütünlüğünden başka, onur, saygınlık, özel hayatın gizliliği, isim, resim, ses, başlıca kişilik değerleri arasında yer alır¹⁰. Bununla birlikte, kişiliği oluşturan değerler sınırlı sayıda olmayıp, değişen toplumsal anlayışa göre hâkim ve öğretici tarafından belirlenir¹¹. Bu nedenle, çeşitli kişilik değerlerini içinde barındıran kişilik hakkı bir çerçeve hak olarak tanımlanmaktadır¹². Zamanla doğabilecek yeni korunma ihtiyaçlarına açık kapı bırakan¹³ bu tanım, medya yoluyla gerçek-

⁵ Özel, s. 43; Kılıçoğlu, s. 50-51.

⁶ Kılıçoğlu, s. 51.

⁷ Özel, s. 43.

⁸ Dural/Öğüz, s. 136; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 162 vd.; Helvacı, s. 133; Zevkililer, s. 12.

⁹ Beatrice Gurzeler, *Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse*, Schulthess, Zurich, Basel, Genf, 2005, s. 91.

¹⁰ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 411; Özel, s. 29 vd.

¹¹ Pelin Çavuşoğlu, *Manevi Tazminat Kavramı ve Türk Hukukunda Ele Alınış Biçimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül, 2001, s. 59; Dural/Öğüz, s. 136; Zevkililer, s. 3.

¹² Serozan, *Kişiler Hukuku*, s. 411.

¹³ Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması*, s. 93; Fulya Erlüle, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 99;

leşecek ihlaller bakımından özel bir önem taşır. Bu anlamda, doğru haber almadaki yarar da kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir değer olarak görülebilir¹⁴.

Medya çoğu kez, yukarıda sözü edilen kişilik değerlerinden onur ve saygınlık ile özel hayatın gizliliğine yönelik bir saldırı tehlikesi yaratır. Bununla birlikte, medya yoluyla yaşama hakkının veya beden bütünlüğünün ihlal edilmesi de mümkündür¹⁵. Gerçekten, medya araçlarından birinde yapılan gerçek dışı bir açıklamanın yarattığı şok etkisiyle kişi kalp krizi geçirebilir¹⁶. Keza medyada yer alan bir programda, bir hastalığın tedavisi için önerilen ilacı kullanan kişinin sağlığı bozulabilir¹⁷. Bu hallerde talep edilebilecek manevi tazminat, ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali halinde manevi tazminat talebini özel olarak düzenleyen TBK m. 56 hükmüne göre belirlenir. Bu hüküm, sadece fiziksel değerlerin ihlalinde talep edilebilecek manevi tazminatı öngörürken, TBK m. 58, söz konusu değerler dışında kalan diğer tüm kişilik değerlerinin ihlaline ilişkin manevi tazminat taleplerini kapsar. Bu nedenle, TBK'nın 58. maddesinin (OR Art. 49), TBK m. 56'ya (OR Art. 47) göre genel bir hüküm olduğu kabul edilir¹⁸. TBK m. 58, özel bir düzenlemeye konu olmayan kişilik hakkı ihlallerinde başvurulabilecek genel bir hükümdür¹⁹.

TBK m. 56 ve 58, sorumluluğun genel koşullarının gerçekleşmesine bağlı olarak hükmedilecek manevi tazminatın takdir edilmesine ilişkin hükümler-

Heinz Hausheer/ E. Regina Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl. Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 124; **August Egger**, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi – Giriş ve Kişinin Hukuku*, C. I, (Çev. Çernis, Volf), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1947, s. 278; **Adolf Lüchinger**, *“Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedie”*, SJZ, S. 21, 1974, s. 326.

¹⁴ **Serozan**, Kişilik Hakkının Korunması, s. 93.

¹⁵ **Doğan Bülent Belli**, *Basın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırılardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 66; **Kılıçoğlu**, s. 50.

¹⁶ **Kılıçoğlu**, s. 50.

¹⁷ **Belli**, s. 66; **Kılıçoğlu**, s. 50.

¹⁸ **Claire Huguenin**, *Obligationenrecht*, Allgemeiner und Besonderer Teil, Verlag Schulthess, Zurich-Basel-Genf, 2012, s. 511; **Karl Oftinger/ Emil W.Stark**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil, Aufl. 5, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zürich, 1995, s. 449, N 77, dn. 122. Aynı yönde bkz. **Roland Brehm**, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR*, B.VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, Art. 47, s. 506, N. 5; **Heinz Rey**, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2008, s. 101; **Heinrich Honsell/ Bernhard Isenring/Martin A. Kessler**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl. Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2013, s. 128; **Ingeborg Schwenger**, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 113; **Gökhan Antalya**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre)*, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 2012, s. 508.

¹⁹ **Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Marcus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder**, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Aufl. 2, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007, s. 1331.

dir²⁰. Soyut düzenlemelerden ibaret olan bu hükümlerden yola çıkılarak takdir ilkelerinin somutlaştırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Özellikle, manevi tazminata *bir miktar para* biçiminde hükmedilmesi halinde bu miktarın hangi ölçütlerden hareket edilerek belirleneceği, üzerinde özel olarak durulması gereken bir konudur. Medya yoluyla, beden bütünlüğü dışındaki kişilik değerlerinin ihlali daha yaygın biçimde görüldüğünden, bir miktar para olarak hükmedilecek manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin açıklamalar, TBK m. 58 kapsamına giren kişilik hakkı ihlalleriyle sınırlandırılmıştır.

II. TBK m. 58 Hükümü Kapsamında Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Beden bütünlüğü dışındaki kişilik değerlerinin ihlali halinde manevi tazminat talebini düzenleyen TBK m. 58 hükümü, manevi tazminat miktarının ne şekilde belirleneceği konusunda bir açıklık içermemektedir. Bu konuda, somut olayın özelliğinin göz önünde bulundurulmasını öngören TBK m. 56 (OR Art. 47) hükmünden yararlanılabileceği haklı olarak ileri sürülmektedir²¹. Hatta maddi ve manevi tazminat arasında paralelliğin sağlanması ilkesinden hareketle, maddi zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 50 (OR Art. 42) ve devamında yer alan hükümlere de kıyasen başvurulabilir²².

Manevi zarar ve tazminatın niteliği konusunda benimsediğimiz görüşe göre manevi tazminatın işlevi, Türk doktrini²³ ve uygulamasında²⁴ yerleşik olan düşüncenin aksine, zarar görene bir esenlik veya tatmin sağlamak olmayıp, tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi, zarar görenin, *zararın tazmin edil-*

²⁰ **Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller-Chen/Roberto/RumoJungo/Schnyder** s. 1329; **Rey**, 2008, s. 109; **Brehm**, Art. 49, s. 587-588, N. 13; **Huguenin**, s. 511. Aynı yönde bkz: **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2012, s. 113, N. 17.03; **Rey**, 2008, s. 102, N. 449.

²¹ **Christian Heierli/Anton K. Schnyder**, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Herausgeben: Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Wolfgang Wiegand, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 49, s. 406, N. 16.

²² **Gurzeler**, s. 264; **Thomas Geiser**, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 21, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 1990, s. 230.

²³ Ülkemiz hukukunda subjektif manevi zarar teorisine dayanan denkleştirme fonksiyonu, manevi tazminatın fonksiyonu hakkında benimsenen baskın görüşü temsil eder (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 160-161; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 665-666; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 245; **Ardemir**, s. 13; **Tandoğan**, s. 331).

²⁴ Hükmedilecek manevi tazminat miktarının zarar görende huzuru ve tatmini sağlamaya yönelik olduğuna ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 4. HD, 10.4.2001, 2001/53 E., 2001/3592 K.; Yarg. 4. HD, 12.6.2014, 2013/15981 E., 2014/9818 K.; Yarg. 4. HD, 29.5.2014, 2013/14502 E., 2014/8918 K.; Yarg. 4. HD, 28.4.2014, 2013/11036 E., 2014/6711 K. Yarg. 4. HD, 6.2.2014, 2013/315 E., 2014/1809 K.; Yarg. 4. HD, 23.9.2013, 2012/15433 E. 2013/14716 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 1.11.2016.

mesine olan çıkarımı temin etmektedir²⁵. Bu nedenle manevi zararı ve tazminatı, her olayda uygulanabilirliği olan objektif kriterlerle tespit eden bir mekanizmanın oluşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Manevi tazminat miktarı, her ne kadar temelde somut olayın özelliği dikkate alınarak belirlenecek olsa da hâkime yol gösteren bazı hesaplama yöntemlerine başvurulması, söz konusu mekanizmanın kurulabilmesine yardımcı olabilir. Her şeyden önce, maddi tazminatın belirlenmesinde olduğu gibi, önce manevi zararın *hesaplandığı*, ardından manevi tazminatın *takdir edildiği* iki kademeli yöntemin manevi tazminatın belirlenmesi yönünden de bir gereklilik olduğu fikri benimsenmelidir. Bu doğrultuda, manevi tazminatın belirlenmesinde *iki aşamalı hesaplama yöntemi* olarak adlandırılan bir görüşün İsviçre doktrininde ve uygulamasında yer edinmeye başladığı görülmektedir. Manevi tazminatın belirlenmesinde bu yöntemin yanı sıra başka hesaplama yöntemlerinden de yararlanılması mümkündür. Bunlar arasında, tarife yöntemi, somut olay/emsal karar karşılaştırmasına dayanan yöntem, geleneksel yöntem, ekonomik analiz ve yüzde yöntemleri yer alır. Bu hesaplama yöntemleri yakından incelendiğinde, tümünün, manevi tazminatı mümkün olduğunca objektif bir temele dayandırma düşüncesini esas aldığı görülür²⁶. Ülkemiz hukukunda uygulanmasını önerdiğimiz aşağıda yer alan çizelgeler, temelde iki aşamalı hesaplama yöntemi esas alınarak hazırlanmış olmakla birlikte, bu kapsamda diğer hesaplama yöntemlerine de başvurulmuştur. Bu nedenle aşağıda, iki aşamalı hesaplama yönteminin esasları üzerinde ayrıntısıyla durulmuş, yararlanıldığı ölçüde de diğer yöntemlerden söz edilmiştir.

B. İki Aşamalı Hesaplama Yönteminin Esasları

Zararın giderilmesini amaçlayan tazminat, maddi ve manevi tazminat yönünden farklı anlamlar taşımamalıdır. Maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminat da meydana gelen - manevi - zararın objektif olarak tespitine binaen hükmedilmelidir. Her ne kadar manevi zararın kapsamı, maddi zararda olduğu gibi kesin çizgilerle belirlenemese de olabildiğince objektif kriterlere dayandırılarak tespit edilmek zorundadır. Manevi zararın ve tazminatın belirlenmesinde rol oynayan başat objektif kriter, *ihlalin türü ve ağırlığıdır*²⁷. *Benzer kişilik değerleri yönünden ihlalin ağırlığı tespit edilebilirse, manevi zararı görünebilir kılmak mümkün olur. Manevi zararın kapsamı objektif olarak somutlaştırıldığında ise, tazminatın miktarını belirlemek de kolayla-*

²⁵ Manevi zarar kavramı ve tazminatın fonksiyonu konusunda ileri sürülen görüşler ile benimsediğimiz görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hülya Atlan**, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015, s. 46 vd.

²⁶ Söz konusu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atlan**, s. 106 vd.

²⁷ **Hardy Landolt**, "Stand und Entwicklung des Genugtuungsrecht", HAVE 2009/2, s. 129; **Küppersbusch**, Gerhard, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 9. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2006, 83; **Hütte**, s. 148; **Gurzeler**, s. 264; **Schwenzer**, s. 115, N. 17.12.

şacaktır. Zira tazminat miktarı ihlalin, dolayısıyla manevi zararın ağırlığı ile doğru orantılıdır²⁸. İki aşamalı hesaplama yöntemi de manevi tazminatı bu şekilde objektif temele dayandırma amacına yönelik bir hesaplama biçimidir. Bununla, benzer kişilik hakkı ihlallerinden doğan manevi zarara karşılık ödenecek taban (asgari) bir manevi tazminat miktarı yaratılır. Böylece benzer her durum için uygulanabilen eşit bir asgari manevi tazminat miktarına erişilmiş olur²⁹. Bunun için yapılması gereken ilk şey, benzer kişilik değerlerinin ihlal edilmesinde etkili olan ve objektifleştirilmesi mümkün bütün unsurları tespit etmektir. Objektifleştirilebilir unsurların başında ihlalin türü (onur ve saygınlığın, beden bütünlüğünün, özel hayatın gizliliğinin ihlali gibi) ve ağırlığı yer alır. Sözü edilen taban manevi tazminat miktarına, ihlalin türü ve ağırlığı esas alınarak ulaşılabılır³⁰. İhlalin türü ve ağırlığının tespiti, birtakım çizelgelerin yardımıyla mümkün olabilir. Bunlardan ilki, İsviçre Kaza Sigortası Kanunu'nda (UVG)³¹ öngörülen **bütünlük tazminatının** belirlenmesine ilişkin çizelgelerdir. Bedensel acılar ile ruhsal sıkıntıların giderilmesi amacıyla tanınan bütünlük tazminatı, aynı bedensel ve ruhsal zararlar için her sigortalıya aynı miktarda tazminat tanınmasını sağlar³². Bunun için, fiziksel ve ruhsal bütünlük zararlarının yüzdelik oranlarla derecelendirildiği bir çizelge oluşturulur. %100 oranındaki bir bütünlük zararı için öngörülen sabit bir miktar üzerinden, meydana gelen zararın parasal karşılığı tespit edilir. Gerçekten İsviçre Kaza Sigortası Hakkında Yönetmeliği'nin (UVV)³³ ek 3. maddesinde yer alan çizelgede; el ve ayak parmağının; elin, kolun, ayağın; üreme yeteneğinin; koku ve tat alma ile işitme duyusunun kaybı, körlük gibi fiziksel kayıplar yüzdelik dilimlerle derecelendirilmiştir. Buna göre; başparmağın kaybı %20, elin kaybı %40, işitme duyusunun tamamen kaybı %85, akciğerin işlevselliğinin çok ağır bir biçimde ihlal edilmesi %80, yüzde meydana gelen ağır tah-

²⁸ **Walter Fellmann/ Andrea Kottmann**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 943, 954; **Rainer Schumacher**, *Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit*, Universitätsverlag, Freiburg, 1960, s. 210; **Hardy Landolt**, *Vorbemerkungen zu Art. 47/49, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung*, Art. 45-49 OR, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007, Art. 49, s. 780, N.99; **Rey**, 2008, s. 103.

²⁹ **Gurzeler**, s. 268.

³⁰ **Klaus Hütte/ Hardy Landolt**, *Genugtuungsrecht, Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung, Band 2, Hardy Landolt, Genugtuung bei Körperverletzung*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2013, s. 122.

³¹ Bundesgesetz vom 20 März 1981 über die Unfallversicherung.

³² **Max Sidler**, *Die Genugtuung und ihre Bemessung, Schaden-Haftung-Versicherung*, Herausgegeben von Thomas Geiser/Peter Münch, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 1999, s. 459-460.

³³ Verordnung über die Unfallversicherung, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19820361/index.html>, 12.10.2016.

ribat %50, cinsel organın veya üreme yeteneğinin kaybı %40, koku veya tat duyusunun kaybı %15 oranında bir kayıp yaratır³⁴. Ruhsal bütünlük zararları yönünden ise İsviçre Kaza Sigortası Kurumu (SUVA)³⁵, ruhsal bozuklukları ağırlık derecelerine göre yüzdelik dilimler halinde gösteren bir çizelge hazırlamıştır. Örneğin, hafif ruhsal bozukluk %20, orta ağırlıktaki ruhsal bozukluk %50, ağır ruhsal bozukluk ile en ağır ruhsal bozukluk aralığı %80 - 100 oranına karşılık gelir. Bu ruhsal bozukluk derecelerinin tıbbi içeriği çizelgede ayrıca açıklanmıştır. Buna göre, hafif ruhsal bozukluk durumunda öznel esenlik hali ihlal edilmekle birlikte, günlük yaşantıyla başa çıkabilme esaslı bir biçimde bozulmaz. Mesleki performansın değişmemesi olanaklı görülür³⁶.

Fiziksel ve ruhsal bütünlük zararının oranı yukarıdaki ölçütlere göre tespit edildikten sonra, bu oran sabit bir miktarla çarpılarak bütünlük tazminatının miktarı belirlenir. UVV'ye göre %100 oranındaki bir bütünlük zararı için hükmedilecek bütünlük tazminatı yıllık, sigorta edilen en yüksek kazanç miktarı olan 148.200 İsviçre Frangıdır. Günlük miktar ise, 406 Franktır (UVV Art. 22).

İhlalin türü ve ağırlığının, dolayısıyla taban manevi tazminatın belirlenmesinde yardımına başvurulabilecek bir diğer çizelge, *emsal karar karşılaştırmasına* dayanarak oluşturulabilir. Hesaplama yöntemlerinden biri olan emsal karar karşılaştırmasında manevi tazminat miktarı, daha önce hakkında karar verilmiş olan benzer olaylardan hareket edilerek belirlenir³⁷. Tazminat miktarının sağlıklı biçimde belirlenebilmesi için, karşılaştırılacak emsal kararların eski tarihli olmamasına dikkat edilmelidir³⁸. Ayrıca, bu tür çizelgelerle benzer kişilik değerlerinin ihlalinde hükmedilen manevi tazminat miktarlarından yola çıkılarak ortak bir miktar elde edilmeye çalışıldığından; ihlalin kapsamı, özellikle ihlalin türü, zarar görenin yaşı, tedavi süreci, kusurun derecesi gibi temel değerlendirme kriterleri hakkında bilgi verilmelidir³⁹. Böylece, ihlalin türüne göre sınıflandırılan kararlarda göz önünde bulundurulacak objektif nitelikteki kriterleri tespit etmek mümkün olur. İhlalin ağırlığının objek-

³⁴ UVV, ek m. 3.

³⁵ Schweizerische Unfallversicherungsanstalt.

³⁶ Çizelge için bkz. <https://extra.suva.ch/webshop/53/530491E978475920E10080000A63035B.pdf>, 12.10.2016.

³⁷ Landolt, Art. 47/49, s. 621, N. 195; Landolt, HAVE, s. 128; Hütte/Landolt, s. 118.

³⁸ Klaus Hütte, "Anleitung zur Ermittlung angemessener Genugtuungsleistungen im Zivil- und im Opferhilferecht", HAVE 4. Personen-Schaden-Forum 2005, Schulthess Verlag, 2005, s. 148.

³⁹ David von Mayenburg, *Die Bemessung des Inkommensurablen, Wege zur Bestimmung des Ersatzes immaterieller Schäden am Beispiel des Schmerzensgelds*, Duncker&Humblot, Berlin, 2012, s. 59. Tıbbi araçların varlığı, beden bütünlüğü ihlallerinde ihlalin kapsamının belirlenmesini kolaylaştırır. Gerçekten, geçirilen operasyonun türü ve sayısı, hastanede geçen tedavi süresi, maluliyet derecesi, bedensel acının ölçüsü gibi ihlalin kapsamını belirleyen kriterleri objektif olarak tespit etmek mümkündür (Hütte/Landolt, s. 140).

tif kriterlerle belirlenemediği hallerde (özellikle beden bütünlüğü dışındaki diğer kişilik değerleri yönünden), ihlalin türüne göre kategorize edilen emsal kararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarının *ortalamasının* alınması da emsal karar karşılaştırmasına dayanan hesaplama yöntemi içerisinde uygulanabilecek başka bir metot olarak dikkate alınabilir.

Taban manevi tazminatın belirlenmesinde esas alınan ihlalin ağırlığı yukarıda belirtilen yöntemlerden birine göre belirlendikten sonra, somut olaya ait *diğer özelliklerin* iki gruba ayrılarak değerlendirilmesi gerekir. Birinci grupta, diğer kriterlere göre objektifleştirilebilmesi kolay olan somut olaya ait özellikler yer alır. Bunlar, tazminatın hesaplanması aşamasında taban manevi tazminata *yüzde biçiminde eklenmelidir*. İhlalin ağırlığı kriteri taban manevi tazminatın belirlenmesinde esas alındığı için, burada tekrar göz önünde bulundurulmaz. Taban manevi tazminatın belirlenmesinde *dikkate alınmayan* ihlalin diğer objektif nitelikli sonuçları taban manevi tazminata yüzde biçiminde eklenir⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, bunların taban manevi tazminata eklenmesi, ancak taban manevi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmamış olmaları koşuluna bağlıdır. Emsal karar karşılaştırmasına göre hazırlanan çizelgede taban manevi tazminat, ihlalin objektif nitelikli sonuçlarına göre belirlendiğinden, bunların tekrar taban manevi tazminata eklenmesi pek gündeme gelmez. Meğer ki taban manevi tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulmayan bir kriter söz konusu olsun. Sorumlu kişinin kusuru, zarar görenin yaşı, uğranılan rahatsızlığın süresi, karakter değişimi, evlilik veya aile yaşantısının olumsuz etkilenmesi, meslek seçme özgürlüğünün kısıtlanması veya mevcut mesleğin bırakılmak zorunda olunması, bu kriterler arasında değerlendirilmektedir⁴¹.

Taban manevi tazminat ile buna eklenecek objektifleştirilmesi nispeten kolay olan somut olaya ait kriterler belirlendikten sonra, objektifleştirilmesi zor olan somut olaya ilişkin diğer kriterler takdir sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Burada özellikle, zarar görenin ortak kusuru, aile içi bağlılık, hatır, sorumlunun yoksulluğa düşecek olması, umulmayan hal gibi tazminatta indirim sebebi sayılan haller göz önünde bulundurulur⁴². Yargıtay'ın bazı kararlarında, davacının siyasi kimliğe sahip olmasının, manevi tazminatın daha az miktarda belirlenmesinin gerekçelerinden birini oluşturduğu görülmektedir⁴³. Kamunun korunmaya değer bir yararının bulunması halinde, kamusal alanda faaliyet gösteren kişilerin; özellikle politikacıların, devlet adamlarının sadece

⁴⁰ Hütte/Landolt, s. 140.

⁴¹ Söz konusu kriterler hakkında bkz. Atlan, s. 161 vd.

⁴² Söz konusu indirim sebepleri ve bunların TBK'nın 58. maddesi kapsamına giren haller için ne şekilde uygulanabileceği konusunda bkz. Atlan, s. 209 vd.

⁴³ Yarg. 4. HD, 16.1.2014, 2013/3351 E., 2014/416 K.; Yarg. 4. HD, 14.10.2014, 2013/18629 E., 2014/2934 K. Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, 30.1.2013, 2012/1185 E., 2013/1388 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 1.11.2016.

dar bir alan için koruma talebinde bulunabilecekleri doğrudur⁴⁴. Bu kişilere yönelik bir davranış, hukuka aykırılık unsuru yönünden dikkatle değerlendirilmelidir. Ancak bir defa hukuka aykırı bir fiilin işlendiği tespit edilmişse, artık bu kişinin sosyal kimliğinin manevi tazminat miktarı üzerinde etkili olmaması gerekir.

C. Kişilik Hakkının Medya Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminatın İki Aşamalı Hesaplama Yöntemine Göre Belirlenmesi

1. Genel Olarak

İki aşamalı hesaplama yönteminin ilk ve tespiti en zahmetli olan basamağını taban manevi tazminat oluşturur. Yukarıda belirtildiği gibi taban manevi tazminata ulaşılması, ihlalin kapsamına etki eden bütün objektif kriterlerin tespitiyle mümkün olabilir. Bu kriterler aracılığıyla, taban manevi tazminatın dayanağı olan ihlalin ağırlığı belirlenebilecektir. Medya yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri yönünden kabul edilen objektif kriterler arasında; ilgili yayının yayılma derecesi⁴⁵; baskı sayısı; medya kurumunun reytingi veya tirajı; hukuka aykırı yazının sunulmuş biçimi⁴⁶, büyüklüğü, düzenlenme biçimi⁴⁷; hukuka aykırı açıklamanın süresi ve türü yer almaktadır⁴⁸. Taban manevi tazminatın belirlenmesine yardımcı olacak çizelgeler, bu kriterler aracılığıyla oluşturulur.

Taban manevi tazminat belirlendikten sonra, burada hesaba katılmayan somut olaya ait diğer objektif kriterler, taban manevi tazminata yüzde biçiminde eklenir⁴⁹. Söz gelimi, taban manevi tazminat yayının yayılma derecesine göre belirlenmiş olup, hukuka aykırı açıklamanın sunulmuş veya düzenlenme biçimi ile süresi dikkate alınmamışsa, bu kriterler taban manevi tazminata yüzde olarak eklenmelidir. Son olarak hâkim, objektifleştirilmesi güç olan somut olaya ait özellikleri takdir ederek toplam manevi tazminat miktarını belirler.

⁴⁴ Hausheer/AebiMüller, s. 203; Serozan, Kişilik Hakkının Korunması, s. 107; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 158; Reisoğlu, s. 301; Çavuşoğlu, s. 69.

⁴⁵ Yargıtay da bir kararında, yayının sınırlı sayıda basılan yerel bir gazetede yayımlanmış olması kriterinden yararlanmıştı (Yarg. 4. HD, 24.11.2015, 2014/17328 E., 2015/13537 K.). Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, 9.6.2014, 2013/14253 E., 2014/9446 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 1.11.2016.

⁴⁶ Yazının yazılış biçiminin dikkate alındığı bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD, 9.6.2014, 2013/14253 E., 2014/9446 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 2.11.2016.

⁴⁷ Rolf H. Weber, "Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen?" Etudes & réflexions, in: media Lex, 2000, s. 85-86.

⁴⁸ Schumacher, s. 204.

⁴⁹ Yüzde olarak eklenecek bu miktar, taban manevi tazminat miktarının, toplam manevi tazminat miktarına oranıyla ortalama olarak belirlenebilir. Bu oranı, bütünlük tazminatının toplam manevi tazminat miktarının yüzde kaçını oluşturduğundan hareketle belirleyen görüş için bkz. Hütte/Landolt, s. 153 vd.

Manevi tazminatı tek aşamada bir bütün olarak belirleyen Yargıtay da basın (geniş anlamda medya) yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlallerinde talep edilebilecek manevi tazminatın belirlenmesinde birtakım ölçütlerden yararlanmaktadır. Bunlar arasında yer alan; saldırı oluşturan eylemin ağırlığı, olayın özelliği, tarafların kusur oranı, sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumları, manevi tazminatın belirlenmesinde başvuru genel ölçütleri oluşturur⁵⁰. Medya yoluyla gerçekleşen ihlallere özgü değerlendirilmede ise; olay veya yayın tarihi⁵¹, olayın gelişimi⁵², haberin veriliş şekli⁵³, yayının içeriği⁵⁴, yayın sayısının fazlalığı⁵⁵, kullanılan sözlerin ağırlık derecesi⁵⁶ gibi ölçütlere başvurulduğu görülmektedir.

2. Taban Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Örnek Çizelgeler

a. Bütünlük Tazminatına Dayanan Çizelge

Yukarıda belirtildiği üzere İsviçre Kaza Sigortası Hukuku'nda, hazırlanan çizelgelerle fiziksel ve ruhsal bütünlük zararları yüzdeler olarak tespit edildikten sonra, bu oranlar sabit bir miktarla çarpılarak bütünlük tazminatı elde edilmektedir. Bütünlük tazminatının bu çizelgelerle belirlenmesinde çıkış noktasını, ihlalin ve zararın ağırlığının yüzde biçiminde ifade edilmesi oluşturmaktadır. Beden bütünlüğü ihlallerinde uygulanabilecek söz konusu çizelgelerde esas alınan bu düşünce, diğer kişilik değerlerinin ihlali yönün-

⁵⁰ Yarg. HGK, 15.5.2002, 2002/4-402 E., 2002/412 K.; Yarg. 4. HD, 10.4.2001, 2001/53 E., 2001/3592 K.; Yarg. 4. HD, 28.3.2016, 2015/5720 E., 2016/3944 K.; Yarg. 4. HD, 17.12.2014, 2014/1708 E., 2014/17309 K.; Yarg. 4. HD, 23.10.2014, 2013/17549 E., 2014/13746 K.; Yarg. 4. HD, 12.6.2014, 2013/15981 E., 2014/9818 K.; Yarg. 4. HD, 9.6.2014, 2014/5435 E., 2014/9432 K.; Yarg. 4. HD, 29.5.2014, 2013/14502 E., 2014/8918 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 3.11.2016.

⁵¹ Yarg. 4. HD, 28.1.2016, 2015/16372 E., 2016/1223 K.; Yarg. 4. HD, 24.11.2015, 2014/17328 E., 2015/13537 K.; Yarg. 4. HD, 5.10.2015, 2014/13318 E., 2015/10712 K.; Yarg. 4. HD, 5.6.2014, 2013/14980 E., 2014/9347 K.; Yarg. 4. HD, 15.1.2014, 2013/3176 E., 2014/298 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 3.11.2016.

⁵² Yarg. 4. HD, 24.11.2015, 2014/17213 E., 2015/13532 K.; Yarg. 4. HD, 24.11.2015, 2014/17213 E., 2015/13532 K.; Yarg. 4. HD, 5.11.2015, 2014/13347 E., 2015/12433 K.; Yarg. 4. HD, 25.11.2014, 2014/3501 E., 2014/15964 K.; Yarg. 4. HD, 14.10.2014, 2013/18629 E., 2014/2934 K.; Yarg. 4. HD, 29.5.2014, 2013/14502 E., 2014/8918 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 4.11.2016.

⁵³ Yarg. 4. HD, 9.5.2016, 2016/4076 E., 2016/6379 K.; Yarg. 4. HD, 3.11.2015, 2014/15798 E., 2015/12249 K.; Yarg. 4. HD, 23.9.2014, 2013/14443 E., 2014/12135 K.; Yarg. 4. HD, 10.6.2014, 2013/12085 E., 2014/9632 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 4.11.2016.

⁵⁴ Yarg. 4. HD, 14.5.2015, 2015/3121 E., 2015/6297 K.; Yarg. 4. HD, 18.12.2014, 2014/3044 E., 2014/17443 K.; Yarg. 4. HD, 29.9.2014, 2013/17635 E., 2014/12552 K.; Yarg. 4. HD, 17.6.2014, 2013/15383 E., 2014/10058 K.; Yarg. 4. HD, 22.5.2014, 2013/13493 E., 2014/8381 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 4.11.2016.

⁵⁵ Yarg. 4. HD, 15.9.2015, 2014/12504 E., 2015/9827 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 4.11.2016.

⁵⁶ Yarg. 4. HD, 24.6.2015, 2015/6784 E., 2015/8465 K.; Yarg. 4. HD, 18.12.2014, 2014/3181 E., 2014/17415 K.; Yarg. 4. HD, 28.1.2014, 2013/4622 E., 2014/1121 K.; Yarg. 4. HD, 25.3.2013, 2013/3327 E., 2013/5432 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 5.11.2016.

den taban manevi tazminatın belirlenmesinde yol gösterici olabilir. Bu kişilik değerlerinin medya yoluyla ihlal edilmesi halinde esas alınabilecek objektif kriterlerden *ilgili yayının yayılma derecesinin*, ihlalin ağırlığının tespitinde belirleyici bir rolü bulunur. İlgili yayının yayılma derecesine göre belirlenen ihlalin ağırlığı, bütünlük tazminatının belirlenmesinde esas alınan çizelgelerde olduğu gibi yüzdelik olarak ifade edilebilir. Örneğin, ihlalin ağırlığı, *yerel* düzeyde gerçekleşen bir ihlalde %30, *ulusal* bir ihlalde %30-60, *uluslararası* ihlallerde %60-100 oranında bir derecelendirmeye tabi tutulabilir⁵⁷.

Yayının yayılma derecesi ve dolayısıyla ihlalin ağırlığının somut olarak tespiti için, yazılı ve görsel-işitsel medya yönünden tirajlara ve reyting oranlarına başvurulabilir. İhlalin gerçekleştiği yayının ulaştığı kitlenin belirlenmesinde; yazılı medyada (basın) Basın İlan Kurumu, görsel-işitsel medyada Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)⁵⁸ tarafından oluşturulacak bir komisyonun hazırlayacağı verilerden yararlanılabilir⁵⁹. Bunun yanı sıra, kamuoyu araştırması yapan uzman kişilerin veya kurumların (sosyal araştırma merkezleri, istatistik kurumları ya da piyasa araştırması yapan şirketler vb.) görüşlerinden de yararlanılabilir. Uluslararası yayınlar yönünden ise, her bir ülkenin tanınmış ölçüm şirketleri tarafından elde edilen verilere ulaşılabilir. Örneğin, ABD'deki Nielsen Reytingleri adı verilen izleyici ölçüm sistemleri, bir başvuru kaynağı olabilir.

Aşağıda, kapsamı kurulacak bir komisyon tarafından somutlaştırılacak olan ihlalin ağırlığının yüzde biçiminde ifade edildiği soyut bir çizelge örneğine yer verilmiştir:

⁵⁷ İhlalin yayılma derecesinin yerel, ulusal ve uluslararası bir kademelenmeyle belirlenebileceğine ilişkin önerinin, bugün çoğu yayının internet aracılığıyla yapılması karşısında etkili olmayacağı düşünülebilir. Fakat internet ortamında da yayın yapsa dahi, bir medya aracının (bir gazete, televizyon kanalı veya radyo) okuyucu, izleyici veya dinleyici kitesinin oranı neredeyse aynı kalır. Ayrıca bu derecelendirmeden, internet ortamında yayın yapmayan medya araçları yönünden yararlanılabileceği her halükarda söylenebilir. Bunun gibi, - internet ortamında olsa dahi - ihlale yol açan yayının ulusal ve uluslararası düzeydeki yayılma oranları arasında bir kademelenmenin yapılabilmesinin, bunların herkes tarafından anlaşılabilir olmasına bağlı olduğu, bunun ise çoğu zaman mümkün olmayacağı da ileri sürülebilir. Buna karşılık, yabancı dildeki bir yayının, her hal ve şart altında kendi ülkesinde anlaşılmakta ve tiraj veya reyting buna göre belirlenmektedir. Buna ek olarak, yabancı bir ülkede yayımlanmakla birlikte, bu dili anlayan ve bu yayına ulaşan bir kitle daha oluşmaktadır. Dolayısıyla uluslararası yayın yapan bir medya aracının, ulusal yayın yapan bir medya aracından daha büyük bir kitleye ulaştığını söylemek mümkündür.

⁵⁸ RTÜK, izlenme veya dinlenme ölçümü yapmamakta, sadece bu ölçümleri yapan şirket veya kuruluşları denetlemektedir. İzlenme ve dinlenme ölçümü (reyting) için RTÜK'e başvuruda bulunan iki şirket bulunmaktadır. Bunlar; izlenme ölçümü için, Televizyon İzleme Araştırmaları A.Ş. (TIAK) ve dinlenme ölçümü için Ulusal Radyo Yayıncıları Derneği (URYAD A.Ş.)'dir (<http://www.rtuk.org.tr>, 18.10.2016).

⁵⁹ İnternet medyası yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri yönünden yerel-ulusal-uluslararası yayın ayırımının yapılması anlamlı olmayacaktır. Fakat bu alanda internet paylaşım oranının tespiti, ihlalin ağırlığının belirlenmesi yönünden önemlidir. Bu nedenle, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu veya Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde yer alan İnternet Kurulu tarafından oluşturulacak bir komisyonun, internet paylaşım oranlarını tespit eden bir çalışma yapması önerilebilir.

İhlalin Ağırlığı	İhlalin Kapsamı	İhlalin Derecesi
Yerel Alanda İhlal	Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı veya reyting oranı gibi kriterler göz önünde bulundurulurarak belirlenir.	%30'a kadar
Ulusal Alanda İhlal	Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı veya reyting oranı gibi kriterler göz önünde bulundurulurarak belirlenir.	%30'dan %60'a kadar
Uluslararası Alanda İhlal	Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı veya reyting oranı gibi kriterler göz önünde bulundurulurarak belirlenir.	%60'tan %100'e kadar

İhlalin ve zararın ağırlığının yüzdelik karşılığı tespit edildikten sonra, tıpkı bütünlük tazminatının belirlenmesinde olduğu gibi bu oranların sabit bir miktara uyarlanması gerekir. Çeşitli tazminat hesaplamalarında dikkate alınan en yüksek devlet memuru maaşı, bu miktarın elde edilmesinde bir çıkış noktası olabilir. Söz gelimi, en yüksek devlet memurunun *yıllık toplam kazancı*, en ağır ihlal halinde (yukarıdaki çizelgeye göre %100 oranındaki bir ihlal için) hükmedilecek taban manevi tazminat miktarını oluşturabilir. En yüksek devlet memurunun aylık kazancının ortalama 10.000 TL olduğu varsayılırsa, yıllık kazancı 120.000 TL olur. Buna göre, - yukarıdaki çizelge esas alındığında - ulusal yayın yapan bir medya aracıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde hükmedilecek taban manevi tazminat miktarı en fazla, 120.000 TL'nin %60'ı olan 72.000 TL olur.

b. Emsal Kararlara Dayanan Çizelge

Emsal kararlara dayanan bir çizelgenin hazırlanabilmesi için ilk olarak, medya yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri nedeniyle verilen emsal kararların bir çizelgede derlenmesi gerekir. Bu kararlarda, ihlalin türüne (özel hayatın gizliliği, onur ve saygınlık, isim vb.) göre hangi objektif kriterlerin göz önünde bulundurulduğu ve bunun için ne miktarda manevi tazminata hükmedildiği çizelgede gösterilir. Her bir ihlal türü için hükmedilen manevi tazminat miktarları, belirli aralıklarla (5.000 TL'ye kadar, 5.000 TL'den 10.000 TL'ye kadar vb.) ifade edilir. Bu miktar aralığında tazminata hükmedilmesine etki eden objektif kriterler ayrı ayrı tespit edilir. Böylece, benzer kişilik hakkı ihlallerinde uygulanabilecek taban manevi tazminat miktarı elde edilebilir. Söylenenler aşağıdaki çizelgeyle somutlaştırılabilir:

İhlalin Türü	Emsal Kararlar	Manevi Tazminat Miktarı	İhlalin Objektif Ağırlığı Belirlenirken Esas Alınan Kriterler (İhlalin Kapsamı)
Özel Hayatın Gizliliği	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Yarg. HD/HGK/İBK, Tarih, Esas ve Karar No.	5.000 TL'ye kadar	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı, reytingi veya paylaşım oranı vb.
		5.000 TL'den 10.000 TL'ye kadar	
		10.000 TL'den 15.000 TL'ye kadar	
		15.000 TL'den 20.000 TL'ye kadar	
Onur ve Saygınlık	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Yarg. HD/HGK/İBK, Tarih, Esas ve Karar No.	5.000 TL'ye kadar	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı, reytingi veya paylaşım oranı vb.
		5.000 TL'den 10.000 TL'ye kadar	
		10.000 TL'den 15.000 TL'ye kadar	
		15.000 TL'den 20.000 TL'ye kadar	
İsim	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Yarg. HD/HGK/İBK, Tarih, Esas ve Karar No.	5.000 TL'ye kadar	Hükmedilen her bir tazminat miktarı aralığı yönünden ayrı ayrı belirtilmek üzere: Hukuka aykırı yayının; yayılma derecesi, baskı sayısı, sunuluş biçimi, büyüklüğü, düzenlenme biçimi, süresi; medya aracının tirajı, reytingi veya paylaşım oranı vb.
		5.000 TL'den 10.000 TL'ye kadar	
		10.000 TL'den 15.000 TL'ye kadar	
		15.000 TL'den 20.000 TL'ye kadar	

Hâkim, önüne gelen somut uyuşmazlıkta söz konusu olan ihlalin türünü ve ihlalin kapsamına etki eden bütün objektif kriterleri tespit eder. İhlalin kapsamını böylece belirlendikten sonra, çizelgede buna uygun düşen manevi tazminat miktarı, taban manevi tazminat olarak dikkate alınır. Söz gelimi, özel hayatın gizliliği; *ulusal* alanda yayın yapan ve tirajı *en yüksek beş gazete* içerisinde bulunan bir gazetenin *ikinci sayfasında* yer alan köşe yazısında kullanılan ifadeler nedeniyle ihlal edilmiş olsun. Çizelgeden, kapsamı bu kriterlerle belirlenmiş benzer ihlaller yönünden emsal kararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarının 15.000 – 20.000 TL arasında olduğu tespit edilirse hâkim, bu aralıktaki bir miktarı taban manevi tazminat olarak esas alabilecektir.

Sonuç

Manevi tazminatın hesaplanamayacağı, sadece takdir edilebileceği yerleşik düşüncesi, manevi zararın ve tazminatın demode bakış açısıyla değerlendirilmesinin ürünüdür. Gerçekten, doktrin ve uygulamada hakim olan anlayış manevi tazminatı, zarar görenin tatmin edilme veya teselli aracı olarak değerlendirir. Hâlbuki manevi tazminatın amacı da maddi tazminatta olduğu gibi zararı telafi etmek olmalıdır. Bunun için manevi zararın ve tazminatın kapsamının objektif kurullarla belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. İsviçre doktrininde ileri sürülen yeni bir görüş bu ihtiyaca karşılık verecek niteliktedir. Buna göre, benzer kişilik değerlerinin ihlalinde uygulanabilecek ortak bir taban manevi tazminat oluşturulmalıdır. İhlalin ağırlığına göre belirlenecek olan taban manevi tazminat ortaya çıkarıldıktan - ve burada değerlendirilmeyen somut olaya ait diğer objektif unsurlar taban manevi tazminata eklendikten - sonra hakim, somut olayın subjektif karakterli unsurlarını takdir ederek toplam manevi tazminat miktarını belirler. İki aşamalı hesaplama yöntemi olarak adlandırılan bu yönteme başvurulması, kişilik hakkının medya yoluyla ihlal edilmesinin yaygın biçimde görülmesi karşısında özel bir anlam taşır. Bu alanda ihlalin objektif ağırlığı; hukuka aykırı yayının yayılma derecesi başta olmak üzere, sunuluş ve düzenlenme biçimi, süresi gibi benzer diğer kişilik hakkı ihlallerinin tümünde objektif olarak tespiti mümkün kriterlerle belirlenebilir. İhlalin ağırlığının kapsamı söz konusu objektif kriterlerle belirlendikten sonra taban manevi tazminat miktarı, ya ihlalin ağırlığının yüzdelik olarak derecelendirildiği ya da emsal kararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarından yol çıkılarak hazırlanacak çizelgelerle belirlenebilir. Benzer her kişilik hakkı ihlali yönünden uygulanabilecek böyle çizelgelerin oluşturulması, manevi tazminatın tamamının hâkimin takdir yetkisine bağlı olmasının yol açabileceği keyfi uygulamaların önüne geçilmesini sağlar. Ülkemiz hukukunda bu türden çizelgelerin oluşturulması için atılacak adımlar, manevi tazminata hukuk sistemi içerisindeki gerçek anlamının verilmesini sağlayabilmesi yönünden dikkate değer olacaktır.

Kaynakça

- AMSTUTZ, Marc / BREITSCHMID, Peter / FURRER, Andreas / GIRSBERGER, Daniel / HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus / ROBERTO, Vito / RUMO-JUNGO, Alexandra / Schnyder, Anton K.: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Aufl. 2, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007.
- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre)*, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 2012.
- ARPACI, Abdülkadir: *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- ATLAN, Hülya: *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015.
- BELLİ, Doğan Bülent: *Basın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- BREHM, Roland: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, B. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.
- ÇAVUŞOĞLU, Pelin: *Manevi Tazminat Kavramı ve Türk Hukukunda Ele Alınış Biçimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2001.
- ÇELEBİ, Funda: *"Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması"*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 1, Kasım 1997 (s. 271-296).
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 2011, s. 122
- EGGER, August: *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi – Giriş ve Kişinin Hukuku*, C. I, (Çev. Çernis, Volf), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1947.
- ERLÜLE, Fulya: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- FELLMANN, Walter / KOTTMANN, Andrea: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- GEISER, Thomas: *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 21, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 1990.
- GURZELER, Beatrice: *Beitrag zur Bemessung der Genugtuung*, Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Schulthess, Zurich, Basel, Genf, 2005.

- HAUSHEER, Heinz / AEBI-MÜLLER, E. Regina:** *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- HEIERLI, Christian / SCHNYDER, Anton K.:** *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, Herausgeben: Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Wolfgang Wiegand, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- HELVACI, Serap:** *Gerçek Kişiler*, 4. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.
- HONSELL, Heinrich / ISENRING, Bernhard / KESSLER, Martin A.:** *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2013.
- HUGUENIN, Claire:** *Obligationenrecht*, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich-Basel-Genf, Verlag Schulthess, 2012.
- HÜTTE, Klaus / LANDOLT, Hardy:** *Genugtuungsrecht*, Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung, Band 2, Hardy Landolt, Genugtuung bei Körperverletzung, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2013.
- HÜTTE, Klaus:** "Anleitung zur Ermittlung angemessener Genugtuungsleistungen im Zivil- und im Opferhilferecht", HAVE 4. Personen-Schaden-Forum 2005, Schulthess Verlag, 2005 (s. 141-172).
- KARTAL, Bilal:** *Aykırı Düşünceler-Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım (Basın ve Basın Davaları Hakkında Açıklamalar)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet:** *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- LANDOLT, Hardy:** "Stand und Entwicklung des Genugtuungsrecht", HAVE 2009/2, (HAVE) (s. 125-136).
- LANDOLT, Hardy:** *Vorbemerkungen zu Art. 47/49, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht*, Teilband V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007 (Art. 47/49).
- LÜCHINGER, Adolf:** "Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedie", SJZ, S. 21, 1974 (s. 321-330).
- MAYENBURG, David von:** *Die Bemessung des Inkommensurablen*, Wege zur Bestimmung des Ersatzes immaterieller Schäden am Beispiel des Schmerzensgelds, Duncker&Humblot, Berlin, 2012.
- OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.:** *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil, Aufl. 5, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zürich, 1995.
- OĞUZMAN, Kemal:** "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ocak 1990 (s. 7-54).

- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay:** *Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2011.
- ÖZEL, Sibel:** *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- REİSOĞLU, Safa:** *"Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması"*, Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008 (s. 295-318).
- REY, Heinz:** *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2008.
- SCHUMACHER, Rainer:** *Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse*, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Universitätsverlag, Freiburg, 1960.
- SCHWENZER, Ingeborg:** *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- SEROZAN, Rona:** *"Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler"*, Muka-yeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977 (Kişilik Hakkının Korunması) (s. 93-112).
- SEROZAN, Rona:** *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Kişiler Hukuku).
- SIDLER, Max:** *Die Genugtuung und ihre Bemessung, Schaden-Haftung-Versicherung*, Herausgegeben von Thomas Geiser/Peter Münch, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 1999.
- WEBER, Rolf H.:** *"Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen?"*, Etudes & réflexions, in: media Lex, 2000 (s. 75-87).
- ZEVKLİLER, Aydın:** *"Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları"*, Dicle ÜHFD, S. 1, 1983 (s. 1-37).

TCK Bakımından Silah Kavramı

The Concept of Weapon According to TPC

Arş. Gör. Ezgi CANKURT

Özet

Silah kavramı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde esasında özel hükümlerin genel teorisi olarak da değerlendirilebilir. TCK m. 6/1f bakımından silah sınırlı sayıda düzenlenmemiştir, saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli her şey olarak kabul edilebilecektir.

Anahtar Kelimeler

Silah Kavramı, Silah Tanımı, Tanımlar Maddesi, Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişlilik, Ceza Hukuku Özel Hükümlerin Genel Teorisi.

Abstract

The concept of weapon is regulated in the Definitions Article of Turkish Penal Code no 5237. This article can also be considered as the general theory of the special provisions of criminal law. In the terms of the Article 6/1f of TPC no 5237, the weapon has not been arranged numerous clauses. It can be therefore considered to be suitable for use in defense and attack everything.

Keywords

The Concept of Weapon, The Definition of Weapon, Suitability for the Usage of Attack and Defence, the General Theory of the Special Provisions of Criminal Law.

Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde tanımlar düzenlenmiş olup, silah kavramı da bu maddenin 1. Fıkrasının f bendinde kaleme alınmıştır. Tanımlar maddesi duraksamaya yer vermeyecek mahiyette kaleme alınmış olmalıdır ki,¹ özellikle de uygulamacılar açısından herhangi bir zorluk teşkil etmemelidir. TCK'nın bir çok maddesinde suçun kullanılan araçtan kaynaklanan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller kısmında yer alan silah kavramı bakımından; yürürlükte olmayan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu da dönemi de dahil olmak üzere doktrinde çeşitli görüşler mevcut olagelmıştır.

* Beykent Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Aynı görüşte İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005, s. 101

Kavram 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde kazuistik bir düzenlemeyle ele alınmıştır².

Kanun maddesinin açık olması uygulamada gelişebilecek görüş ayrılıklarının önüne geçememiş, silah kavramı bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Esasında tanımlar maddesinde açıkça düzenlenmiş olsa dahi, Ceza Hukuku Özel Hükümler bünyesinde yer alan tanımlara dair düzenlemeler, özel hükümlere yönelik kapsayıcı çalışmaların artması ile genel ilkelerine kavuşabilecektir³. Çalışmamızda silah tanımını belirli bir suç tipine indirgemeksizin değerlendirmemizin dayanağı da bu görüş oluşturmaktadır.

1. 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK Karşılaştırılması

Mukayeseli hukukta da örneği görüldüğü üzere⁴ hukukumuzda da silah türleri her iki kanun döneminde de sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Alman Ceza hukuku bakımından da; kasten yaralama, hırsızlık ve soygun bakımından silah kavramı aynı yorumlanmaktadır⁵. Zaten özel hükümler bünyesinde de tanımlara farklı anlamlar vermek sadece karışıklığa yol açmaktadır. Mümkün oldukça genel bir teorinin ortaya konulması gerekir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun silahlı tanımladığı 189. maddesine göre; *"Ceza tayininde kanunun şiddet sebebi sayarak bildirdiği silah tabirinden maksat; 1-Ateşli silahlar, 2-Patlayıcı maddeler, 3-Tecavüz ve müdafaada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici aletler, 4-Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlardır."* Denilmektedir. ETKK 189. madde bakımından değerlendirildiğinde silahın maddi bir varlığı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki; silahın tanımının da sınırları kesin bir şekilde çizilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 6/1f 'de ise Silah *"1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa"*

² Madde gerekçesinde de bu husus *"Gece vakti"* ve *"silah"* deyimleri, ayrıca açıklamaya gerek bırakmayacak şekilde tanımlanmıştır." Şeklinde kaleme alınmıştır.

³ Mukayeseli hukukta son yıllarda özel hükümlerde yer alan bazı kavramlara dair genel ilkelerin saptanmasına yönelik çalışmalar bulunmaktadır. Yazarlar silah kavramının yer aldığı TCK m.6'nın da benzer bir metot ile hazırlandığını vurgulamaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Nur CENTEL/ Hamide ZAFER/Özlem ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt: 1, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 11-12

⁴ Alman ceza hukukunda da örneğin kasten yaralama suçunun nitelikli halleri arasında silah ve tehlikeli araç kavramı yer almaktadır. Ayrıca bkz. <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strbt2011/09-koerperverletzung-qualifikationen.pdf> 21.02.2017 (Çevrimiçi)

⁵ Sascha LANZRATH/Stefan FIEBERG, "Waffen und (gefährliche) Werkzeuge im Strafrecht", JURA Heft 5/2009, s. 348

yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler” olarak tanımlanmaktadır⁶. TCK m.6/1f’de genel tanımlamadan ziyade, türlerinin belirtilmesini tercih eden kanun koyucu Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun kapsamından daha geniş olarak silahı ele almaktadır⁷. 5237 sayılı TCK’da ETCK’dan farklı bir düzenleme de bulunmaktadır. TCK m.6/1f4 uyarınca “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa*” da bir araç silah sayılabilecektir⁸. Silah kavramının düzenlendiği tanımlar maddesi kapsamında bir silah türünün olayda varlığı durumunda ancak silah kullanmanın sonuçları eyleme uygulanabilir⁹.

2. Kavram

Silah; sözlükte “*Uzaktan ya da yakından canlıları öldürebilen, yaralayan, etkisiz bırakan, canlı organizmaları hasta eden, cansızları parçalayan veya yok eden, ruhsata tabi araç ve aletlerin tümü*”¹⁰ olarak tanımlanmaktadır. Silah kavramının ceza kanunundaki göreceliği, sözde teknik ve teknik olmayan silah kavramının arasındaki ayrımında kendini göstermektedir¹¹. Suçta kullanılması sebebiyle failin durumuna lehe katkıda bulunacak ve mağdura yönelik olarak gerçekleştirilmek istediği fiili üzerindeki hâkimiyetinin dozunu güçlendirebileceği “*savunmak veya saldırmak için kullanılan nesne, etken araç*”¹²tır.

Uygulamada “*traş bıçağı*”¹³, “*kültablası*”¹⁴, “*konfeti parçaları*”¹⁵, “*demir sopa*”¹⁶, “*ıstaka*”¹⁷, “*sanığın sevk ve idaresindeki araç*”¹⁸, “*sandalye*”¹⁹, “*sopa*

⁶ Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004 Sayısı: 25611

⁷ Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 204; Veli Özer ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) C. I Genel Hükümler (Madde 1-75), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 124; ayrıca daha detaylı açıklamalar için bkz. Mustafa GÜNER, “Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunun Değiştirilmesiyle Getirilen Yenilikler”, <http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1971-1/7.pdf>22.02.2017 (Çevrimiçi)

⁸ Hasan GERÇEKER, Yorumlu&Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 151

⁹ Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2010, s. 49

¹⁰ Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilim_sanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=silah&hngget=md 23.02.2017 (Çevrimiçi)

¹¹ Jan Bela HERMANN, Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz, 1. Auflage, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 2015, s. 210

¹² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58ae4b1ec7aa10.99302331 23.02.2017 (Çevrimiçi)

¹³ Y4CD, 27.02. 2008, 2006/8207 E-2008/1926 Kr sayılı ilam için bkz. GERÇEKER, s. 165

¹⁴ Y3CD, 31.10.2016, 2016/12320 E.- 2016/18452 Kr. Sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁵ Y3CD, 26.10.2016, 2016/1479 E.- 2016/18255 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁶ Y3CD, 25.10.2016, 2016/13851 E.- 2016/18173 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁷ Y18CD, 24.10.2016, 2015/33949E.- 2016/16341 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁸ Y3CD, 14.6.2016, 2015/31145E.- 2016/14055 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁹ Y3CD, 21.6.2016, 2015/34334E.- 2016/14586 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

ve bıçak"²⁰ güncel olarak Yargıtay tarafından somut olayda silah olarak kabul ettiği araçlara örnek olarak verilebilir. Bu sebeple genellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da silah kavramı failin durumunu kullanılmamasına nazaran güçlendiren, maddi niteliğe sahip bir araç olarak değerlendirilmektedir²¹. Hatta doktrinde de genellikle maddi bir niteliğe sahip olduğunu vurgulamak amacıyla alet terimi kullanıldığını görmekteyiz²². 765 sayılı kanun döneminde madde metninden silahın maddi bir niteliği olması gerektiği anlaşılmaktaysa da; 5237 sayılı kanunun düzenlemesi failin mağdur üzerinde kullanmış olduğu silahın maddi bir niteliği olup olmadığına yönelik olarak herhangi bir düzenleme bulunmadığını görmekteyiz. Ayrıca maddede sınırlı bir sayım (numerus clauses) yoluna da gidilmemiştir. Bu nedenle silah kapsamının geniş ele alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır²³. Örneğin Türk Ceza Kanununun 86. maddesinde düzenlenen Kasten Yaralama Suçu bakımından mağdurun psikolojik sağlığını bozan ve fail tarafından kullanılan bilinçaltını etkileyici bir metodun fail tarafından kullanılması durumunda acaba Türk Ceza Kanunu 6/1f bakımından silah olarak değerlendirilebilecek midir? Yoksa silah kavramının sınırları kanunun ilgili maddesinde çerçevenin çizilmediği halde sadece yorumla silah kavramının maddi olduğu sonucuna mı varılabilecektir? Kanun metninde TCK m.6/1f'de "*Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*" ibaresi bulunmaktadır. Şeyin kelime anlamı sözlükte "*Madde, eşya, söz, olay, iş, durum vb.nin yerine kullanılan, belirsiz anlamda bir söz*"²⁴ olarak yer almaktadır. Böylelikle bir şeyin silah sayılabilmesi için maddi bir varlığa sahip olması gerektiği şekilde yorumlanabilecektir. Örneğimize geri dönersek böyle bir psikolojik metodun silah olarak sayılabilmesi kanunun düzenlemesi bakımından mümkün görülmemektedir. Ancak kanun koyucunun bu bağlamda tercihini belirtmesi gerekmektedir. Kaldı ki, özel hükümlerde düzenlenen suç tiplerindeki kavramlarını belirli olması kanunilik ilkesinin gereğidir.

*Doktrinde ağırlıklı olarak silahın taşınabilir özelliği olması gerektiği vurgulanmaktadır*²⁵. Hatta Alman Hukukunda da mağdurun başını duvara

²⁰ Y3CD, 12.10.2016, 2016/2460E.- 2016/17430 Kr. sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²¹ Mehmet Emin ARTUK /Ahmet GÖKÇEN / Ahmet Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi Genel Hükümler Madde 1-36, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009, s. 60

²² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 153

²³ Veli Özer ÖZBEK, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) C. II Özel Hükümler (Madde 76-169), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 1054-1055

²⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.533a96b2f39a41.13558760.23.02.2017 (Çevrimiçi)

²⁵ ERDEM, "Türk Ceza Hukukunda Silah", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2 (Haziran-Aralık 2003) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_tam.pdf 23.02.2017 (Çevrimiçi)

sürtülmesi durumunda, duvar sabit olduğu için silah olarak kabul edilmemiştir²⁶. Hareketsiz nesnelere örneğin duvar silah olarak kabul edilemez²⁷.

Doktrindeki baskın görüşe göre; failin bedeni silah olarak kabul edilemeyecektir²⁸. Örneğin diş veya tırnak silah olarak kabul edilemez²⁹. Bunun gereği olarak da maddede geçen "saldırı ve savunma aracı" olarak kullanılması gerektiği gösterilebilir³⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadında ise bu durum "Vücutun bölümleri, el, ayak, kafa gibi uzuvlar, eylemde kullanılış yöntemine göre saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli sayılabilirse de, kişinin beden bütünlüğüne dahil oluşları nedeniyle, silah kapsamında değerlendirilmeleri olanaksızdır."³¹

Doktrinde silahın niteliği doğrultusunda kullanılması gerektiği vurgulanırsa da³², bu görüşe katılmamaktayız. Somut olayda elverişli ise, suç tipinin silahlı olarak işlendiği kabul edilebilir. Ancak bu tespit "objektif olarak" yapılmalıdır³³.

Doktrinde bir görüşe göre; kişinin eter koklatılarak veya kimyasal ilaç verilerek etkilenmesi durumunda da bu maddeler silah sayılmalıdır³⁴.

Ayrıca saldırının etkisini arttırmak için bir hayvanın araç olarak kullanılması durumunda bunun silah sayılıp sayılmayacağı da doktrinde tartışılmıştır. Özellikle mukayeseli hukukta Alman Ceza Kanununun 224. maddesinde nitelikli kasten yaralama suçu kapsamında tehlikeli araçlar kapsamında kabul edilmektedir³⁵. Tehlikeli araç kavramının yorumu içtihad ile ortaya konulmaktadır³⁶. Alman Ceza Hukukunda da esasında tehlikeli araç ve diğer araçlar kavramının teknik ve teknik olmayan araçlardan bir kafa karışıklığı yarattığı ve eleştirilere maruz kaldığı da görülmektedir³⁷. Ancak sorumuza geri dönecek olursak bir köpeğin mağduru ısırmasının sağlanması durumunda, köpeği eşya

²⁶ BGHS 22., 235 aktaran TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205 dip not 89

²⁷ Açıklamalar için bkz. Lanzrath/Fieberg, s. 349

²⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 152; ÖZBEK, C. I, s. 125

²⁹ Ancak bedenden çıkartılabilen protezler silah olarak kabul edilebilecektir. Bkz. ARTUK / GÖKÇEN / Ahmet YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 60

³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205

³¹ YCGK, 12.02.2008, 2008/3-25 E.-2008/22 Kr. Sayılı ilamı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³² Veli Özer ÖZBEK / Koray DOĞAN/ Pınar BACAĞSIZ / İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 211, 640

³³ Hakan HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 31

³⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 639

³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 153

³⁶ Detaylı açıklamalar için bkz. Matthias KRÜGER, Neue Rechtsprechung und Gesetzgebung zum gefährlichen Werkzeug in §§ 113, 224, 244 StGB, 10.1515/JURA.2011.164, s. 887

³⁷ Hermann, s. 210; Hatta bölüm başlığının fiziksel yaralanmalar olması esasında ciddi bedensel yaralanmaların psikik etkisinin de fazla olduğu noktasında eleştirilmektedir. Bkz. KRÜGER, s. 888

olarak kabul eden görüş uyarınca bu madde kapsamında nitelikli hal olarak kabul edilmesi gerektiği savunulsa da³⁸, bunu kabul etmeyenler de vardır³⁹. Yargıtay bazı kararlarında hayvanı silah olarak kabul etmiştir⁴⁰. Ancak TCK m.6/1f’de belirtilen silah türlerine girmediği açık olduğundan, kanunilik ilkesi uyarınca silah sayılmamalıdır. Doktrinde bu durumun TCK m.177 kapsamında değerlendirilebileceği de belirtilmektedir⁴¹. Hayvanın silah olarak kabul edilsin yahut edilmesin, eğer zarar meydana gelmiş ise tehlike suçu söz konusu olduğu için kanaatimizce de asli norm uygulanır ve TCK m.177’den ceza verilmez⁴².

Bazı durumlarda fail tehdit eylemini gerçekleştirmek için aracı olarak başka bir insanı kullanmaktadır. Bu durumda aracı kullanması sebebiyle kullandığı 3. Kişi silah olarak kabul edilemez⁴³.

3. TCK 6. Madde Uyarınca Silah Türleri

3.1. Ateşli Silah

*“Barut gazının itici gücüyle mermi atan bütün silahlar”*⁴⁴ ateşli silah olarak kabul edilmektedir. Ancak silah mermi atamasa da, tehdit suçu bakımından silah sayılabilmesi mümkün iken; 6136 sayılı kanun bakımından mermi atabilme kabiliyetinin de olması aranmaktadır⁴⁵. Ateşli silahlar genellikle uzun namlulu (örneğin av tüfeği) ve tabanca olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁶.

3.2. Patlayıcı Maddeler

*“Bir ateşleme düzeneği veya başlatıcı vasıtasıyla; ani bir kimyasal reaksiyon sonucu gaz haline dönüşen, bu reaksiyon sonrası, ortaya çıkarmak suretiyle büyük miktarda tahribata yol açabilen, içerisinde bol miktarda oksijen ihtiva eden kimyasal madde ve bileşikler”*⁴⁷ veya *“hararet veya şok tesiri ile*

³⁸ Mustafa Ruhan ERDEM, “Türk Ceza Hukukunda Silah”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.7, Sayı: 1-2 (Haziran-Aralık 2003) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_tam.pdf 23.02.2017 (Çevrimiçi)

³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 212-213

⁴⁰ Y3CD, 30.01.2014, 2013/30417 E.-2014/3632 Kr. ve Y3CD, 07.04.2014, 2013/26823 E.-2014/14228 Kr. Sayılı ilamları aktaran ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 212 dip not 49

⁴¹ Detaylı açıklamalar için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 212-213

⁴² Benzer bir yorum için bkz. Uğur Bahadır, “Hayvanın Tehlike Yaratacak Şekilde Serbest Bırakılması”, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 24 (Ocak 2016), s. 604

⁴³ Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 360

⁴⁴ https://tr.wikipedia.org/wiki/Ate%C5%9Fl_i_silahlar 23.02.2017 (Çevrimiçi)

⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204

⁴⁶ Oğuz POLAT, Klinik Adli Tıp, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 299

⁴⁷ Ayrıca patlayıcı maddeler etkinliği düşük (örneğin kara barut ve dumansız barut) ve etkinliği yüksek (örneğin TNT ve plastik patlayıcılar) olarak ikiye ayrılmaktadır. Detaylı açıklamalar ve tanım

kimyasal değişikliğe uğrayan, yüksek derecede ısı, çok hacimde gaz meydana getiren, katı, sıvı veya gaz halindeki kimyasal maddeler"⁴⁸ patlayıcı madde olarak kabul edilmektedir. Patlayıcı maddelerin tanımı esasında 14.08.1987 tarihli tüzüğün 2. maddesinde açıkça yapılmaktadır⁴⁹.

3.3. Saldırı ve Savunmada Kullanmaya Elverişli Her Türlü Kesici ve Delici Alet

Çakı, bıçak, makas gibi aletler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu aletlerin vücuda giriş çıkış noktasında bıraktığı izler aletin biçimine göre değişecektir⁵⁰.

3.4. Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler

765 sayılı kanun döneminde 189. Maddenin 3506 sayılı kanun ile ilga edilmesiyle uygulamada duraksamaya sebebiyet verecek şekilde silah tanımı hakkında görüşler ortaya çıkmıştı. Ancak doktrinde silahın tanımı için, YCGK 12.04.1993 tarihli içtihadı örnek gösterilerek esasında mevcut bir tanım maddesi olmamasına karşın, bu noktada bir sorun olmadığı da vurgulanmaktaydı. Bu içtihadı göre ise; *"Bir şeyin silah sayılması için saldırıda ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılması şart değildir. Yalnız o aletin bir olayda saldırı ve savunmada kullanılması ve aynı zamanda kesici, delici veya bereleyici aletlerden olmaması gerekir."* Sonucuna varılmıştı⁵¹. Bu madde uyarınca mutlaka üretim amacının saldırı ve savunmada kullanılmak olması gerekmeyen nesnelere de bu kapsamda değerlendirilecektir. Eğer saldırıda ve savunmada kullanılmaya elverişli ise, mevcut düzenleme ile yerden alınan bir taş yahut bir tahta parçası da silah olarak kabul edilebilecektir⁵². Uygulamada *"kurbağacık denilen alet"*⁵³ bu kapsamda değerlendirilmektedir. Somut olayın özelliğine göre, o esnada failin eylemini gerçekleştirirken üstünlüğünü sağlamak üzere, saldırı ve savunmada kullanılabilen her şey silah sayılabilecektir.

çin bkz. <http://www.kpl.pol.tr/istanbul/Sayfalar/patlayici.aspx> 23.02.2017 (Çevrimiçi)

⁴⁸ https://tr.wikipedia.org/wiki/Patlay%C4%B1c%C4%B1_madde 23.02.2017 (Çevrimiçi)

⁴⁹ 29.09.1987 tarih ve 19589 RG sayılı TEKEL DIŞI BIRAKILAN PATLAYICI MADDELERLE AV MALZEMESİ VE BENZERLERİNİN ÜRETİMİ, İTHALİ, TAŞINMASI, SAKLANMASI, DEPOLANMASI, SATIŞI, KULLANILMASI, YOK EDİLMESİ, DENETLENMESİ USUL VE ESASLARINA İLİŞKİN TÜZÜK

⁵⁰ Erhan GÜNAY, İnsan Öldürme ve Yaralama Suçlarında Faildeki Kast, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 61

⁵¹ YCGK, 12.04.1993, 1993/4-87 E.- 1993/98 Kr. Sayılı ilam ve diğer açıklamalar için bkz. Sulhi DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 140-144

⁵² İlhan ÜZÜLMEZ, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 21

⁵³ Y2CD, 03.03.2008, 2007/18663 E-2008/3802 Kr sayılı ilam için bkz. GERÇEKER, s. 163

3.5. Yakıcı, Aşındırıcı, Yaralayıcı, Boğucu, Zehirleyici, Sürekli Hastalığa Yol Açıcı Nükleer, Radyoaktif, Kimyasal, Biyolojik Maddeler

Bu madde kapsamında değerlendirilecek olan maddelere örnek olarak “Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanılmasının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme” bağlamında kabul edilebilecek kimyevi her türlü madde bu bent uyarınca silah sayılacaktır⁵⁴.

4. Suça Etkisi Bakımından Değerlendirme

Silah kavramı TCK'nın kapsamı bakımından değerlendirildiğinde eylemin silah kullanarak gerçekleştirilmiş olmasının suçun maddi unsurunun içinde değerlendirildiğini görmekteyiz. Şöyle ki silah kavramı maddi unsur içerisinde de iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bazı suç tipleri bakımından suçun maddi unsurlarının arasında yer alan fiilin seçimlik hareketlerinden birisi olarak kabul etmişken, bazı suç tipleri bakımından ise suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir.

4.1. Fiilin Seçimlik Hareketi Bakımından Suça Etkisi

Birden fazla hareketin bir Ceza kanun maddesinde gösterildiği ve en az birinin gerçekleştirilmesiyle ortaya cezalandırılabilir bir hareketin çıktığı suçlar seçimli hareketli suçlar olarak nitelendirilmektedir⁵⁵. Silah kavramının suçun seçimlik hareket içerisinde yer aldığı durumlarda, silah kullanma seçimlik hareketinin yerine getirilmemesiyle eğer fail diğer seçimlik hareketlerden en az birini yerine getirmemişse suçun maddi unsuru eksik olacağından suç oluşmayacaktır. Çünkü seçimlik hareketli suçlarda hareketin en az birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır⁵⁶.

Örneğin TCK m.170/1 c bendinde yer alan “*silahla ateş eden*” ibaresinde eğer fail silahla ateş etmemişse bu seçimlik hareketi gerçekleştiremediğinden suçun maddi unsurunda eksiklik olacağından artık bir somut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz bu suç tipi bakımından, hâkimin somut tehlikenin oluşup oluşmadığını araştırmasına gerek kalmayacaktır. Keza niteliği bakımından somut tehlike suçlarında hakim tarafından araştırılması gereken bir tehlikenin varlığı mevcut olup, ancak bu tehlikenin gerçekleşmesi durumunda hakim faili cezalandırma yoluna gidebilecektir⁵⁷.

⁵⁴ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 59

⁵⁵ Mehmet Emin ARTUK /Ahmet GÖKÇEN / Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 232

⁵⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 232

⁵⁷ Cezalandırılabilme için aranan somut tehlike esasında bir objektif cezalandırılabilme şartı olup; suçun bütün unsurlarının meydana gelmesinden sonra ele alınacak bir kavramdır. Bkz. ARTUK/ GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 282

4.2. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Bakımından Suça Etkisi

Bazı durumlarda da silah kavramı suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında yer almaktadır. Suçun nitelikli unsurları maddi unsurlar içerisinde yer alan, bir Ceza kanunu maddesinde düzenlenen tipik fiilin temel şekline ek olarak varlığı irdelenen ve var olması durumunda da tipik fiilin daha ağır veya daha hafif olmasına göre bir ceza yaptırımına yol açan haller şeklinde tanımlanabilir⁵⁸.

Tipik fiile ilişkin nitelikli unsurlar silahın nitelikli unsur olarak arandığı suç tiplerinde fiilin işleniş biçimine ilişkin olarak yer alır⁵⁹. Kanun koyucunun suçun işleniş biçimi olarak silah kullanarak tipik fiilin gerçekleşmesini aradığı durumlarda; silahın faile mağdur karşısında kendisine üstünlük veren, failin bir silah kullanarak tipik eylemi işlemesini kolaylaştıran, mağdurun direncinin silah kullanmamasına oranla daha kolay bir şekilde kırılabildiği, objektif açıdan silah kullanmanın tipik eylemin haksızlık oranını arttırması, hatta eylemin ciddiyetini arttırması gibi gerekçelerle nitelikli unsur olarak düzenlediğini görmekteyiz. Bu gibi hallerde kanun koyucu tipik eylemin temel şekline oranla verilecek temel cezanın oranı artmasını uygun görmüştür⁶⁰.

Örneğin TCK m.86/3-e bakımından Kasten Yaralama suçunun silah kullanılarak işlenmesi durumunda tipik fiilin yarattığı haksızlığın boyutu artmaktadır. Faile mağdur karşısında kendisine ciddi anlamda bir üstünlük bahsetmektedir. Kullanılan silah ile mağdur üzerindeki korku da artmaktadır⁶¹.

Benzer bir durum TCK m.119/1 a ortak hükümler kapsamındaki konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından da tespit edilebilir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından, fiilin gerçekleştirilmesi esnasında failin silahlı olmasının yaratacağı etki, silah kullanılmadan gerçekleştirilen fiilden daha büyük olacaktır. Hatta silahın bu gibi durumlarda suçun işlenmesini kolaylaştıracağı da aşikârdır⁶².

Silahın içi boş olsa dahi, somut olayda TCK m.106/2a uyarınca manevi zorlamayı hissettirebilecek nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁶³. Örneğin ka-

⁵⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler; s. 286

⁵⁹ Mahmut KOCA/İhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 137

⁶⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler; s. 286; Erol CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 158; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 135; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 359; LANZRATH/FIEBERG, s. 349

⁶¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 151

⁶² Serap Keskin KIZIROĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 121

⁶³ “..artık mağdur o etkileşimden önceki halinde değilse silahın nitelikli hal oluşturduğu soncuna varılabilir.” Bkz. Ezgi ÇANKURT, “Yağma Suçu ve Cebir Kavramı”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015, s. 122

ranlık bir sokakta failin elinde oyuncak tabancı gerçek zanneden veya silahın boş olmasına karşın mağdurun bunu bilmemesi sebebiyle yaşadığı korku tehdit suçu bakımından elverişli nitelikte kabul edilebilir⁶⁴. Yağma suçunun silahla işlenmesi bakımından da önemli olan suçun işlenmesi bakımından yaratılan etkidir⁶⁵. Hatta mağdurun silahın boş olduğu halde yaşadığı korku sebebiyle sağlığının bozulması durumunda da, kasten yaralama suçu bakımından da nitelikli hal olarak kabul edilebileceği doktrinde savunulmaktadır⁶⁶. Önemli olan eylemin gerçekleştirilmesinde beklenen etkinin sağlanabilmesi için silahın kullanılmış olmasıdır. Silahlı olarak eylemin gerçekleştirilmesi değil, eylemi silahlı olarak gerçekleştirmek önem arz eder⁶⁷. Silahtan nasıl faydalandığının esasında sınırlandırılmaması, belirli suç tiplerine indirgenmemesi ve hatta dar yorumlanmaması gerekir. Çünkü somut olayda şartları mevcut ise, silah kullanımı nitelikli hal olarak kabul edilebilir⁶⁸.

Tehdit suçunun temel şekli yahut daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak yer aldığı suç tiplerinde mağdur üzerinde silahın “*gösterilerek*” veya hut “*kabzasından çıkartılarak*” kullanılması da suçun oluşumu için yeterli görülmektedir⁶⁹. Ancak silahın gözükmeyeceği, kabzasının içerisinde bulunduğu durumlarda silahla işlendiği doktrinde kabul edilmemektedir⁷⁰. Çünkü silahın salt failde bulunması nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli değildir. Fiilin gerçekleştirildiği sırada da silahın kullanılması gerekmektedir⁷¹. Silah kullanımının mağdur üzerinde etki yaratmasının da fail tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekir. Hatta doktrinde “*Hak sahibinin iradesi üzerinde*” etkisi olacak biçimde belirgin olmasının da gerekli ve yeterli olduğu savunulmaktadır⁷². Önemli olan mağdurun direncini kırmaktır. Fiilin işlenmesine devam edilebilmesi için silahın etkisine ihtiyaç duyulduğu somut olayda, silahtan kaynaklanan nitelikli halin uygulanması gerekmektedir. Benzer şekilde fail suçun temel şeklini işlemeye başladıktan sonra, fiil üzerindeki hâkimiyetinin devam edebilmesi için silahın yarattığı etkiden faydalanarak fiiline devam etmiş ise bu durumda da silah kullanılarak suç tipinin gerçekleştirilmesi se-

⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 365; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205

⁶⁵ Mahmut KOCA, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, s. 2814

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 207

⁶⁷ TOROSLU, s. 80

⁶⁸ Benzer bakış açısı için bkz. İlhan ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyetlere Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2007, s. 98-100

⁶⁹ ÖZBEK, C. II, s. 681

⁷⁰ KOCA/ ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 360

⁷¹ Adem SÖZÜER, “Tehdit Suçu”, *İHFM*, Cilt: LIV, 1994, s. 140

⁷² Naci ŞENSOY, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü”, *İHFM* Cilt: XI, 1945, Sayı: 3-4, s. 105

bebiyle nitelikli hal uygulanmalıdır. Dikkat edilmesi gereken nokta, silahın suç işlenmesi esnasında kullanılmasıdır⁷³.

Öte yandan eylemi gerçekleştirilirken kullanılan silahın bulunamaması durumunda alınacak olan bilirkişi raporu ve diğer deliller ile silahın türü belirlenmeden, silahla suçun işlendiğinin kabulü ile ceza miktarında arttırmaya gidilmesi hukuka uygun kabul edilemez⁷⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, silahın bulunmadığı durumlarda, özellikle öldürme suçlarında otopsi yapılarak yaraların incelenmesi ve fişek artıklarının saptanması ile bilirkişi raporu oldukça önem arz edecektir⁷⁵.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında "*ele geçirilemeyen ve nitelikleri de belirlenemeyen taşın 5237 sayılı*" kanun kapsamında silahtan sayılmaması gerektiğine karar vermiştir. Ancak karşı oyda, silahın 5237 sayılı kanun bakımından tanımının daha geniş olarak düzenlendiği ayrıca saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişliliği de göz önünde bulundurularak silah olarak kabul edilmesi belirtilmiştir. Yine aynı kararda başka bir karşı oyda da, mağdurda taş sebebiyle gerçekleşen yaralanma neticesinin elverişliliğine vurgu yapılmıştır⁷⁶. Somut olayda saldırı ve savunma amacıyla kullanılmasında elverişliliğinin bulunması durumunda⁷⁷ taşın silah olarak kabul edilmesine bir engel olmadığı kanaatindeyiz⁷⁸. Taşınabilir nitelikte olması sebebiyle de silahın doktrindeki genel kabul edilen tanımına uygundur ve sınırlı sayıda belirtilmediği için her şey silah sayılabilecektir. Ancak asıl sorun silahın tespit edilememesinde, suç aletinin delil olarak dosyada bulunmamasına ilişkin olduğunu da vurgulamamız gerekmektedir. Ayrıca "*Sanığın mağdura yönelik TCK'nin 6/1-f maddesine göre silahtan sayılan taşla yaralama eyleminin şikâyete bağlı olmadığı ve açılan davanın vazgeçmeyle düşmeyeceği gözetilmeden hatalı değerlendirme ile düşme kararı verilmesi*" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir." kararında YCGK, taşın silahtan sayılması gerektiğini içtihad etmiştir⁷⁹.

Başka bir örnek verecek olursak, kişinin ayağında bulunan ayakkabının beden ile bütünleşik biçimde bulunması sebebiyle silah olarak kabulü de mümkün değildir. Ancak kişinin ayakkabısını eline alarak mağdura yönelttiği kasten yaralama yahut tehdit eyleminde silah olarak sayılabilmesi mümkündür⁸⁰.

⁷³ KIZIROĞLU, s. 122

⁷⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 213; Benzer görüşteki Y2CD, 01.11.2007, 2007/8715 E-2007/ 14158 Kr sayılı ilam için bkz. Ahmet GÜNDEL, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 1. Cilt (Madde 1-52), Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2009,

⁷⁵ POLAT, s. 304

⁷⁶ Y2CD, 03.03.2008, 2007/18663 E-2008/3802 Kr sayılı ilam için bkz. GERÇEKER, s. 163

⁷⁷ Benzer şekilde Y2CD, 04.06.2007, 2007/5103 E-2007/ 8101 Kr sayılı ilamında belirtilen kriterler için bkz. GERÇEKER, s. 169

⁷⁸ Benzer görüşte bkz. GÜNDEL, s. 76

⁷⁹ YCGK, 15.12.2015, 2013/481 E.- 2015/519 Kr sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 62-63

4.3. Suç Tipinin Tespiti Bakımından Değerlendirme

Silahın somut olayda kullanımı da Yargıtay uygulamasında suç tipinin belirlenmesi bakımından değerlendirilmektedir. Örneğin somut olayda sanığın kendisine ‘şişman’ diyen mağduru elindeki kelebek bıçağını kullanarak korutmak amacıyla salladığı esnada bacağından yaralaması olayında, suç tipinin taksirle yaralama suçu değil kasten yaralama suçu kapsamında olduğunun gözetilmesi noktasında bozma sebebi yapılmıştır⁸¹.

Failin direkt silahını doğrultarak kişiyi öldüreceğini söylemesi ancak sadece havaya ateş ettiği olay bakımından ise silah, failin işlemeyi kastettiği suç tipinin değerlendirilmesi bakımından ele alınacaktır. Eğer fail silah doğrultarak mağdura onu öldüreceğini söylemiş ise, somut olayda manevi bir zorlama olduğu açıktır. Ancak kasten yaralamaya yahut öldürmeye teşebbüsün söz konusu olmadığı da doktrinde belirtilmektedir⁸². Somut olayda tartışılması gereken, kişinin kastında değişiklik olup olmadığı sonucuna benzer bir olayda Yargıtay tarafından da varılmıştır⁸³.

Kasten yaralama suçu bakımından silahın hangi mesafeden ateş edildiği ve eğer uzaktan ateş edilmiş ise tehdit suçunun gündeme gelebileceği de uygulamada değerlendirilmektedir⁸⁴. Ateşli silahlara ilişkin adli inceleme Adli Balistik konusunu oluşturmaktadır. Özellikle ateşli silahlarda suç tipinin tespitine ilişkin atış mesafesi, merminin giriş ve çıkış noktalarında açtığı delikler ve hatta vücutta kalan kurşun varsa bunlara dair tespitler gibi bir takım kriterler geliştirilmiştir⁸⁵. Failin silahı kullanım biçiminin suç tipini değiştirdiği de görülmektedir. Mağdura direkt ateş etmesi kasten yaralama yahut öldürme suç tipi olarak değerlendirilebilecekken, ateş etmeyip dışarıya çıkararak havaya ateş etmesi de genel güvenliği kasten tehlikeye sokulma suçu ve silahlı tehdit suçu olarak değerlendirilmiştir⁸⁶. Ya da “tek atış ile yetinilmesi” yahut “darbelerin çok yüzeysel” olması, failin kastının yaralama olduğunu da gösterebilir⁸⁷. Bu gibi durumlarda silahın kullanılma şekli suç tipinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Bir başka olayda da sanığın babasıyla arasındaki tartışmanın şiddeti ile bıçak kullanarak yaralama eylemi, Yüksek Mahkeme tarafından bıçak ile kasten yaralama suçu olarak değerlendirilmiştir⁸⁸. Ancak failin “daha etkin bir silaha sahip

⁸¹ Y2CD, 14.11.2007, 2007/11762 E-2007/14963 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, S. 166

⁸² Açıklamalar için bkz. GÜNAY, s. 88

⁸³ Y4CD, 15.06.2009, 2009/14648 E-2009/11764 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNAY, s. 88-89

⁸⁴ Y4CD, 17.03.2008, 2008/764 E-2008/3319 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNDEL, 5237 sayılı TCK’da Kastan ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, s. 905

⁸⁵ POLAT, s. 295

⁸⁶ Ayrıca Y9CD, 01.06.2010, 2010/12367 E-2010/6577 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNAY, s. 89

⁸⁷ HAKERİ, s. 32-33

⁸⁸ Y2CD, 28.02.2007, 2007/10315 E-2007/3031 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, S. 168

olmasına karşın" mağduru sopa ile yaralamış olması durumunda, kullanılan silaha göre failin eyleminin kasten yaralama olduğuna karar verilebilir. Ancak "*yakın mesafeden çok sayıda atış*" failin kastının öldürme olduğu şeklinde yorumlanacaktır⁸⁹.

Bazı durumlarda bir suç tipi bakımından silah olarak kabul edilemeyen bir alet, başka bir suç tipi bakımından silah olarak kabul edilebilir. Doktrinde bir görüşe göre kullanılan silahın o suç için uygun olup olmadığının tespiti önemlidir⁹⁰. Bu duruma doktrinde oyuncak tabanca örneklenmektedir. Tehdit suçu bakımından oyuncak tabanca silah olarak kabul edilebilecekken, genel güvenliği kasten tehlikeye sokulması kapsamında kabul edilmeyebilir. Mağdur, kendisine doğrultulan tabancanın oyuncak olduğunu anlamadığı için korkmuş ise tehdit suçu gündeme gelebilecektir⁹¹. Ayrıca TCK m.86/3-e bakımından "*taş, sopa*", suç tipi bakımından uygundur ancak "*silahlı örgüt kurmak*" açısından uygun kabul edilmemelidir⁹².

4.4. Manevi Unsurun Tespiti Bakımından Değerlendirme

Suçun manevi unsuru, failin eylemi ile arasında kurmuş olduğu psikolojik bağ olarak kabul edilmektedir⁹³. Eylemin gerçekleştirilirken silahın kullanılmış olması, Yargıtay uygulamasında manevi unsurun belirlenmesi bakımından da kendini göstermektedir.

Kast, psikolojik bir olaydır. Ancak failin dış dünyaya yansıttığı etkiler ile de manevi unsur belirlenmeye çalışılabilir. Kullanılan suç aleti –çalışmamız bakımından silah- tek başına kastı belirlemede yeterli olmasa da, buna yönelik bazı varsayımların ortaya koyulmasında kullanılabilir⁹⁴. Konuya genel bir örnekle açıklık getirmek istersek; örneğin bir sirkte oğlunun başında bulunan elmaya okla atış yapacak olan kişi esasında bunun varabileceği sonucu öngörebilmektedir. Ancak ustalığına güvenerek, oluşabilecek olumsuz neticeyi önleyebilmeyi hedeflemektedir. Oğlunun ölümünü '*olursa olsun*' düşüncesiyle istememektedir. Ancak bu olumsuz neticeyi de öngörmediği düşünülemez⁹⁵. Bu örnek olayda da görüldüğü üzere, eğer fail babanın kullandığı silah sirkte çalışması ve bu konuda becerisinin bulunması sebebiyle ok değil de, başka bir silah sayılabilecek alet olmuş olsaydı bilinçli taksire örnekleyemeyeceğimiz açıktır. Bu gerekçeyle kullanılan silahın manevi unsurun tespitinde de arz ettiği önemi görmekteyiz.

⁸⁹ HAKERİ, s. 32, 35

⁹⁰ GERÇEKER, s. 151; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 60

⁹¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 151, 153

⁹² GERÇEKER, s. 151

⁹³ Hakan KARAKEHYA, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2010, s. 16

⁹⁴ HAKERİ, s. 31

⁹⁵ Örnek için bkz. GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, s. 110

Eğer fail “baş, göğüs ve karın bölgesi” gibi hayati önem arz eden yerleri hedefleyerek silahını kullanmış ise, bu durumda da failinin kastının doğrudan kast olduğu açıktır⁹⁶.

Bir düğün sırasında rastgele silahla ateş etme eylemi de doktrinde olası kast kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁷. Ya da “*sanağın öldürücü nitelikte silahla insanların bulunduğu odaya yatay durumda tutarak iki el ateş etmiş bulunmasına göre, odada bulunanlardan bir veya birkaçının vurulup ölebileceği bilinciyle hareket ettiğinin kabulü gerekir.*”⁹⁸ Burada ise doğrudan kastın bulunduğu açıktır. İnsan öldürme kastı açıktır, özel olarak bir kişiyi öldürmek istememiştir. Bu örneklerde de görüleceği üzere failin silahı ateşlemesi sırasında eylemini gerçekleştiriş tarzı göz önünde bulundurulurak manevi unsur tespit edilmektedir.

5. Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

Silah kullanarak işlenen suç tiplerinde; failin araç olarak kullandığı silahın TCK kapsamında bir silah olmadığı kabul edildiğinde örneğin TCK m.170/1c'deki objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için faile ceza yaptırımının uygulanmaması ya da TCK m.86/3-e kapsamına girmediği için suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden değil, suçun temel şeklienden dolayı yaptırım uygulanmasını gündeme getirecektir. Bu durumda da kabahatler kanununda ve diğer kanunlardaki hükümlerin ihlal edilebileceği de göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca silahın daha ağır cezayı gerektiren başka bir nitelikli halin de varlığı durumunda iki kez arttırım yapılamayacağını da vurgulamak gerekir⁹⁹.

Silah kavramı çeşitlilik arz etmektedir. Ancak günlük hayatta kullanılan kemer yahut anahtar gibi nesnelere yahut bir tabanca, bir tüfek ya da bir bıçak da silahla işlenen kasten yaralama suçu olarak kabul edilmektedir. Bunların tamamının aynı başlık altında değerlendirilmesi de, cezanın bireyselleştirilmesi bakımından sorun ortaya çıkartabilir¹⁰⁰.

Uygulamada bir başka sorun kurusıkı tabancanın somut olayda kullanılması ile ortaya çıkacaktır. Tehdit suçu bakımından mağdurda korku yaratabilecekken, eğer ucu değiştirilmemiş ise uzak mesafe atışı ile gerçekleştirilen kasten öldürme eyleminde silah olarak kabul edilemez. Ancak ucu değişmese

⁹⁶ HAKERİ, s. 32-33

⁹⁷ Örnek için bkz. GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, s. 117

⁹⁸ YCGK, 19.04.1982, 1982/11 E.-1982/147 Kr sayılı ilam için bkz. Cengiz APAYDIN, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, Ankara, Doğuş Yayıncılık, 2009, s. 233

⁹⁹ Y2CD, 21.03.2007, 2007/93 E-2007/4136 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNDEL, 5237 sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, s. 919

¹⁰⁰ Benzer bir sorun için bkz. KRÜGER, s. 890

dahi havaya ateş edilmesi durumunda TCK m. 170/1 bakımından ise elverişli kabul edileceği de doktrinde belirtilmektedir¹⁰¹. Kuru sıkı tabancanın TCK m.6 kapsamında silah olarak kabul edilip edilmeyeceğine ancak somut olayın özelliklerine göre karar verilebilir.

Kabahatler Kanunu m.36 uyarınca gürültü yapmak idari yaptırım altına alınmıştır. Bu madde uyarınca “*kişilerin huzurlu ve sakin bir çevrede yaşama hakkı*” korunmak istenmektedir¹⁰². Kişinin belirli bir kişiyi hedef almaksızın gece vakti gürültü yapması KK m.36 olarak değerlendirilebilirken, belirli bir kimsenin hedef alınması TCK m.123’ü düşündürebileceği uygulamada tartışılan başka bir konudur. Bu eylemin ısrarla yapılması durumunda TCK m.123 kapsamında değerlendirilir¹⁰³.

Kuru sıkı tabanca ile gerçekleştirilen eylem, eğer TCK m. 170/1 kapsamında somut tehlike yaratmıyorsa bu durumda sadece Kabahatler Kanunu m.36 uyarınca yaptırıma gidebileceği doktrinde belirtilmektedir¹⁰⁴. Ancak TCK m.170/1c “*Silahla ateş eden*” ibaresine yer vermiştir. Kuru sıkı tabanca, özelliği gereği ateşleme faaliyeti gerçekleşmesine imkan tanıyan bir araç değildir¹⁰⁵. Kaldı ki, Yargıtay bir kararında “*Ateşlenebilen bir silahın işlevine uygun ve sonuç doğurmaya elverişli bulunmayan kuru-sıkı olarak tabir edilen tabanca ile yerleşik yerde ateş etme eylem*”ini KK m.36 olarak değerlendirmiştir¹⁰⁶. Kanunilik ilkesi uyarınca suçun oluştuğunun kabulü kanunilik ilkesi bağlamında sorun teşkil edeceği kanaatindeyiz.

¹⁰¹ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 61

¹⁰² Necati MERAN, Kabahatler Kanununun ve Kabahat İçeren Kanunlar, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 167; Zekeriya YILMAZ, Tüm Değişikliklerle (Notlu-Açıklamalı-Karşılaştırmalı) Getirdiği Sistem ve Yeniliklerle Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 391

¹⁰³ Y2CD, 18.06.2007, 2007/5637 E.-2007/8990 Kr sayılı ilam ve açıklamalar için bkz. Necati MERAN, Kabahatler Kanununun ve Kabahat İçeren Kanunlar, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 175

¹⁰⁴ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 62

¹⁰⁵ “*Gerçek silah mermisinde ve kurusıkı tabanca mermilerinin arkasında iğnenin ateşleme yapabilmesi için boşluk vardır. Bu boşluğa iğne tam olarak oturur ve sert şeklindeki baskısı ile barut ateşleme gerçekleştirir. Gerçek mermide çekirdeğin atılmasına kurusıkı tabancada ise sadece ses çıkartmasına yarar.*” <http://www.avcimarket.net/sayfa/kurusiki-tabanca-ve-gercek-silah-benzenlikleri/55> 23.02.2017 (Çevrimiçi)

¹⁰⁶ Y9CD, 09.03.2009, 2009/6539 E.-2009/3413 Kr sayılı ilam ve gürültünün kapsamına dair açıklamalar için bkz. Cengiz OTACI/İbrahim KESKİN, Türk Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 120-121; “*..genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluşabilmesi için, eylemin kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda gerçekleşmesi yeterli olmayıp, eylemde kullanılan silahın da ateşli silah olması gerekir. Kuru sıkı tabir edilen gaz tabancaları nitelikleri itibarıyla, Kabahatler Yasasının başkalarının huzur ve sükununu bozucu davranışları yaptırıma bağlayan Gürültü başlıklı maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu eylem için anılan maddede idari para cezası öngörüldüğünden, sanığın idari para cezası ile cezalandırılması, maddede kabahat konusu eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine olanak sağlayan bir hüküm mevcut olmadığı için de, suçta kullanılan kuru sıkı tabancanın kabahatliye iadesine karar verilmelidir.*” YCGK, 12.6.2007, 2007/8-126 E.- 2007/143 Kr. Sayılı ilam için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Aynı zamanda kanaatimizce haksızlık yaratan bir durum da kastın belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, salt silahın varlığının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal yahut korunan hukuksal değer bakımından haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu suç tiplerinin somut olayda gerçekleştiği noktasında yorum yapılmasında kendini göstermektedir. Her şeyden önce salt silahın varlığı durumunda bu failin aleyhine olarak değerlendirilmemelidir. Suçun bütün unsurları ile tamamlandığı düşünülse dahi, aslanan silahın somut olayda kullanılıp kullanılmamasıdır. Sonraki değerlendirme de silahın kullanılması ile failin eyleminin haksızlık içeriğinde artış olup olmadığı ve eylemin işlenmesini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığıdır. Salt silahın elde olması değil, silahın varlığının arandığı suç tipi bakımından etkili olup olmayacağı da önemlidir.

Öte yandan silahın kullanılmasından mağdurun bundan etkilenip etkilenmemesi değil, objektif olarak silahın kullanılmasının ortalama bir kişide yaratacağı etki değerlendirilme konusu yapılmalıdır¹⁰⁷. Çünkü silahlı tehdit suçunda mağdurun bundan etkilenmemiş olması ve hatta hiç korkmamış olması da mümkündür. Önemli olan objektif olarak silahın etkisidir.

Silahın olayda kullanıldığının ve eyleme etkisini bulunduğu tam olarak tespit edilemiyorsa, şüpheden sanık yararlanacağı da göz ardı edilmemelidir¹⁰⁸. Bilirkişi raporunda eylemin silahla işlendiğinin tespit edilmesi durumunda, silahla kasten yaralama suçu bakımından örnek verecek olursak, eylem şikayete tabi suç olmadığından şikayetten vazgeçmenin kamu davasının devamına etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere salt silahın varlığı faildeki kastın yoğunluğu bakımından tek başına ölçek olarak değerlendirilemez. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, failin kastı neticenin oluşmasına kadar varlığını korumalıdır¹¹⁰. Bu nedenle de özellikle eylemin iter criminis değerlendirmesinde kaldığı aşama bakımından değerlendirme yapılması zorunludur. Bundan dolayı da silahın kullanılması bakımından silahlı gerçekleştirilecek eylemlerde varsa neticenin oluşumuna dek failin suçu işlerken silah kullanması kastına sahip olması gerekecektir.

Sonuç ve Değerlendirme

TCK m.6 başlı başına özel hükümlerin içerisinden benzer terimleri açıklamak amacıyla genel bir teori ortaya konulmasını hedeflemektedir. Kanaatimizce özel hükümler bünyesinde yer alan terimlerin ortak özelliklerinin belirtilmesi ve bu gibi çalışmaların artması sonucunda özel hükümlerin yeniden

¹⁰⁷ SÖZÜER, s. 130

¹⁰⁸ Aynı doğrultuda bkz. GÜNDEL, s. 76

¹⁰⁹ Y2CD, 04.10.2006, 2006/1520 E-2006/15828 Kr sayılı ilam için bkz. GÜNDEL, 5237 sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, s. 948

¹¹⁰ KARAKEHYA, s. 34

değerlendirilmesi, uygulamadaki sorunlu alanlara çözümler getirilebilmesi mümkündür. Daha kısa bir anlatımla özel hükümlerin de genel teorisi vardır.

Silahın salt varlığı değil, eyleme etkisi önem taşımaktadır. Silah kullanımının arandığı suç tipleri bakımından failin gerçekleştirdiği eylemi haksızlık içeriği üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulmalıdır.

Cezanın bireyselleştirilmesi sürecinde silahın varlığı, failin işlemeye kastettiği suç tipi bakımından önem arz etmiyor ise failin cezasının üst sınırdan değerlendirilmesi ile sonuç cezanın tayinine etki edemeyeceği gibi; silahın kullanılmasının arandığı suç tipleri bakımından da silahın eylemin işlenişinde doğrudan etkisinin olmaması nitelikli halin gerçekleştiğini sonuçlanmayacaktır.

5237 sayılı kanunun düzenlemesi failin mağdur üzerinde kullanmış olduğu silahın maddi bir niteliği olup olmadığına yönelik olarak herhangi bir düzenleme bulunmadığını görmekteyiz. TCK m.6/1f'de "*Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*" ibaresinin maddi nitelikte olarak yorumlanması durumunda dahi bunun salt bir yorum olduğu, aksi yorumda bulunulması durumunda da silah tanımının oldukça genişletilebileceğini buna dair bir tercihte bulunularak kanun koyucunun silah kapsamının sınırını bu bağlamda da belirtmesi gerektiğini savunmaktayız.

YCGK'nun 10.6.2014 tarihli, 2014/3-92 E.- 2014/325 Kr. Sayılı ilamında silaha ilişkin genel kriterler belirtilmiştir¹¹¹. Bu kriterlerin de gözönünde bulundurulması gerektiği ancak kanunilik ilkesi gereği farklılık olması durumunda bunun kanun metnine eklenmesi gerekir.

Her şeyin silah olarak kabul edilebileceği, sınırlı bir sayım yapılmadığı ve maddede yer almasa dahi silah etkisi yaratıyorsa her şeyin silah sayılabileceği

¹¹¹ "1-) Gerek 765 sayılı TCK'nun 189. maddesi gerekse 5237 Sayılı TCK'nun 6. maddesinin 1/f bendi benzer düzenlemeleri içermekte ise de, her iki düzenlemedeki en temel ayrım, 6. maddenin 1/f bendinin 4. alt bendinde; 'Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler'in silah kapsamına alınmasıdır.
2-) Bu alt bent ile silah kapsamı, 5237 Sayılı TCK'nda genişletilmiş ve önceki daraltıcı uygulama terk edilmiştir.
3-) Kanun koyucu bu düzenleme ile, 'fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli' olmak şartı ile her nesneyi, imal edilip edilmediğine ve hangi amaçla yapılmış olduğuna bakmaksızın silah kapsamına dahil etmiştir.
4-) Buradaki ayırıcı ölçüt, 'saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişliliği.'
5-) Kullanılan alet veya diğer eşyanın işlenmesi kast edilen suç açısından saldırı ve savunmada etkinliği sağlamaya elverişli olması yeterlidir.
6-) Fiilen istenen sonucun gerçekleşmesi, kullanılan şeyi silah olarak değerlendirmek açısından, hakime bir kanaat verebilecek ise de, sonucun gerçekleşmesi zorunlu bulunmamakta, başka bir anlatımla suçun teşebbüs safhasında kalması hallerinde de, silah faktörünün varlığını kabul ve buna göre ceza tertibi mümkün bulunmaktadır.
7-) Her somut olayda hakim; olayın bütünlüğü içinde bir değerlendirme yaparak, kullanılan nesnenin silah niteliğinde bulunup bulunmadığını 5271 sayılı CMK'nun 63/1. maddesi kapsamında 'hakkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgisiyle' değerlendirmeli, hukuki bilgisinin yeterli

bir düzenleme içeren¹¹² TCK m.6/1f bakımından bir çerçeve uygulama ve doktrin tarafından çizilmektedir. Bu bağlamda nelerin silah sayılması noktasında suç tipiyle korunması hedeflenen hukuksal değerler de dikkate alınarak saptama yapılması gerektiği, objektif olarak madde metnine sadık kalınarak yorum yapılması gerektiği aksi halde; kanun koyucunun yapmış olduğu tercihin dışına çıkılacağı, bunun da yargının yasama yerine geçerek yorumda bulunması anlamına geleceği oluşabilecek *de facto* durumun da kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşeceği kanaatindeyiz.

olmadığı durumlarda ise bu konuda bilirkişi görüşüne başvurulmalıdır. Nesnenin ele geçirilemediği hallerde değerlendirme ortaya çıkan sonuca göre yapılmalı, 'elverişlilik' faktörü gözetilmelidir.

8-) Vücudun bölümleri, el, ayak, kafa gibi uzuvlar, eylemde kullanılış yöntemine göre saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli sayılabilirse de, kişinin beden bütünlüğüne dahil olmaları nedeniyle, silah kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değildir.

9-) Yine aynı şekilde, sabit bir direk, sert bir zemin ve duvar, doğurduğu sonuç ne kadar ağır olursa olsun, silah kapsamında değerlendirilmemelidir."

¹¹² CANKURT, s. 122

Kaynakça

- APAYDIN, Cengiz: *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, Ankara, Doğuş Yayıncılık, 2009
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *TCK Şerhi Genel Hükümler (Madde 1-36)*, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009
- BAHADIR, Uğur: "Hayvanın Tehlike Yaratacak Şekilde Serbest Bırakılması", TAAD, Yıl: 7, Sayı: 24 (Ocak 2016),
- CANKURT, Ezgi: "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt: 1, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016
- CİHAN, Erol: *Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188)*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978
- DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001
- GERÇEKER, Hasan: *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014
- GÜNAY, Erhan: *İnsan Öldürme ve Yaralama Suçlarında Faildeki Kast*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015
- GÜNDEL, Ahmet: *5237 sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkençe Suçları*, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009
- GÜNDEL, Ahmet: *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 1. Cilt (Madde 1-52), Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009
- GÜNDOĞAN, Kadir / KOÇ, Cihan / ÜNLÜ, Hasan Nuri: *Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2010
- HAKERİ, Hakan: *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007
- HERMANN, Jan Bela: *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*, 1. Auflage, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 2015
- KARAKEHYA, Hakan: *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2010
- KIZIROĞLU, Serap Keskin: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığın İhlal Suçu*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016

- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan:** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013
- KOCA, Mahmut:** "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005
- KRÜGER, Matthias:** *Neue Rechtsprechung und Gesetzgebung zum gefährlichen*, Werkzeug in §§ 113, 224, 244 StGB, 10.1515/JURA.2011.164
- LANZRATH, Sascha / FIEBERG, Stefan:** "Waffen und (gefährliche) Werkzeuge im Strafrecht", *JURA Heft 5/2009*
- MERAN, Necati:** *Kabahatler Kanununun ve Kabahat İçeren Kanunlar*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008
- OTACI, Cengiz / KESKİN, İbrahim:** *Türk Kabahatler Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker:** *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016
- ÖZBEK, Veli Özer:** *TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) C. I Genel Hükümler (Madde 1-75)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010
- ÖZBEK, Veli Özer:** *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) C. II Özel Hükümler (Madde 76-169)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008
- ÖZGENÇ, İzzet:** *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005
- POLAT, Oğuz:** *Klinik Adli Tıp*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- SÖZÜER, Adem:** "Tehdit Suçu", *İHFM*, Cilt: LIV, 1994
- ŞENSOY, Naci:** "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü", *İHFM* Cilt: XI, 1945, Sayı: 3-4
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat:** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012
- TOROSLU, Nevzat:** *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2010
- ÜZÜLMEZ, İlhan:** *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013
- ÜZÜLMEZ, İlhan:** *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyetlere Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayıncılık, 2007
- YILMAZ, Zekeriya:** *Tüm Değişikliklerle (Notlu-Açıklamalı-Karşılaştırmalı) Getirdiği Sistem ve Yeniliklerle Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005

İnternet Kaynakları

ERDEM, Mustafa Ruhan: “*Türk Ceza Hukukunda Silah*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2 (Haziran-Aralık 2003) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_tam.pdf 23.02.2017 (Çevrimiçi)

GÜNER, Mustafa: “*Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunun Değiştirilmesiyle Getirilen Yenilikler*”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1971-1/7.pdf> 22.02.2017 (Çevrimiçi)

Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=silah&hngget=md 23.02.2017 (Çevrimiçi)

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58ae4b1ec7aa10.99302331 23.02.2017 (Çevrimiçi)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.533a96b2f39a41.13558760 23.02.2017 (Çevrimiçi)

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

<http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strbt2011/09-koerperverletzung-qualifikationen.pdf> 21.02.2017 (Çevrimiçi)

<http://www.avcimarket.net/sayfa/kurusiki-tabanca-ve-gercek-silah-benzerlikleri/55> 23.02.2017 (Çevrimiçi)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Ate%C5%9Fli_silahlar 23.02.2017 (Çevrimiçi)

<http://www.kpl.pol.tr/istanbul/Sayfalar/patlayici.aspx> 23.02.2017 (Çevrimiçi)

https://tr.wikipedia.org/wiki/Patlay%C4%B1c%C4%B1_madde 23.02.2017 (Çevrimiçi)

AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları*

General Boundary of the Freedom of Press on European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions

Arş. Gör. Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL**

Özet

Basın özgürlüğünün sınırları, güncel ve oldukça tartışmalı bir konudur. Basın özgürlüğün kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi, belirlenen kriterlerin yerleşmiş olması, uygulamadaki birçok sorunun çözülmesine katkı sağlayacaktır. Bu çalışmada, ifade ve basın özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğü ve kapsamı, 1982 Anayasası'nda yer alan düzenlemeye göre basın özgürlüğünün genel sınırları, basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için gerekli olan koşullar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünün sınırları, içtihatlar ile belirlenmiş olan kriterler, Anayasa Mahkemesi'nin uygunluk denetimi neticesinde ve bireysel başvuru yolu ile yapılan başvurulara ilişkin verdiği önemli kararlar ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İfade Özgürlüğü, Basın Özgürlüğü, Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Anayasa Mahkemesi Kararları.

Abstract

The boundary of the freedom of press is a current and highly controversial topic. The determination of the scope and the boundaries of the freedom of press, the settling of the determined criteria will contribute to the solution of many problems in practice. This study examines the freedom of expression and press, and their scope in European Court of Human Rights, the general boundary of the freedom of press according to the regulations 1982 dated Constitution, the necessary conditions for an interference with the freedom of press to be considered legitimate, regulations in the European Convention on Human Rights and the boundaries of the freedom of press according to the decisions of European Court of Human Rights, the determined criteria by case law, as a result of compliance audit of the Constitutional Court and considering important decisions that are ruled by the Constitutional Court about individual application.

Keywords

Freedom of Expression, Freedom of Press, General Boundary of the Freedom of Press, European Court of Human Rights Decisions, Constitutional Court Decisions.

* Bu çalışma, 27.04.2016 tarihli "Medya (Yazılı, Görsel ve İnternet) Yoluyla İşlenen Fiillerde Hukuki ve Cezaî Sorumluluk" konulu sempozyumda sunulmuş olan "AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları" konulu tebliğin geliştirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

** Beykent Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Giriş

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplum ve hukuk devleti için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hak ve özgürlüktür. Bireyin ve toplumun gelişmesi ve ilerlemesi için bu hak ve özgürlüğün tanınması ve uygulanmasına imkan sağlanması son derece önemlidir. Basının özgür olmadığı bir ülkede demokrasiden de, hukuk devletinden de söz edilmesi olanaklı olmayıp, o toplumun gelişmesi de mümkün değildir.

Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün görünüş biçimlerinden birisidir¹. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü ile kamuoyuna devlet ve yönetim hakkında bilgi vermek, eleştirmek için² ve ayrıca kamuoyunun bilgi ve görüşlerin şekillenmesi için en iyi araçlardan biri sağlanmaktadır³.

Açık bir tartışma ortamı ve bilgi akışının sağlanabilmesi için bireylerin farklı görüş ve fikirlere ulaşma imkânının da sağlanması gerekmektedir⁴. Basın özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanabilmesi için basın araçlarında “tekel” oluşumunun da engellenmesi gerekmektedir.

Basın özgürlüğü ile diğer hak ve özgürlükler arasında adil bir denge ve orantı kurulması ve diğer koşullara da uygun olması sureti ile sınırlandırılmaktadır. Yapılan sınırlamaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde öngörülen kriterlere uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Çalışmada öncelikle genel olarak basın özgürlüğüne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünün kapsamına, sonrasında 1982 Anayasası’nda yer alan düzenlemeye göre basın özgürlüğünün genel sınırlarına yer verilecek ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünün genel sınırlarına ilişkin olarak belirlenen kriterler açıklanacaktır.

¹ OSMAN DOĞRU/ATILLA NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 206.

² DOĞRU/NALBANT, s. 206, 207.

³ AİHM tarafından verilen 08.07.1999 tarihli Sürek/Türkiye kararı (ENVER BOZKURT/SÜLEYMAN DOST, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 47-74, s. 58 (Çevrimiçi) <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/sduiibfd/article/viewFile/5000122902/5000113208> (Erişim Tarihi: 15.04.2016).

⁴ ALİ OKUMUŞ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 102, 103; YAŞAR SALİHPAŞAOĞLU, “Türkiye’de Basın Özgürlüğü”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s. 32.

I. Genel Olarak Basın Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, haber veya düşünce almayı ya da verme serbestliğini, bilgileri araştırma, elde etme ve öğrenme hakkını içermektedir⁵. Türkiye’de bilgilenme hak ve özgürlüğü konusunda, Anayasa m.26/1’de kabul edilen ölçüt, “*resmi makamların müdahalesinin olmaması*”dır. Bilgilenme hak ve özgürlüğünün gerçekleşmesi, bilgi verme yükümlülüğünün öngörülmesi ile mümkündür⁶. Devlet, “*bilgi ağı*” kurmak ile yükümlü kılınmakta olup, böylece hem bilgi toplama, hem de bilgileri iletme yükümlülüğü altındadır⁷.

İfade özgürlüğü, bireyin ve toplumun gelişmesine yönelik amaca hizmet etmekte olup, bu özgürlük sayesinde insanın kendisini ve dolayısıyla toplumu geliştirmesi mümkün olacaktır⁸. İfade özgürlüğüne duyulan ihtiyacın sebepleri, gerçeği aramak, bireysel özerkliği sağlamak, demokrasiyi güçlendirmek, hoşgörülü bir toplum yaratmak şeklinde açıklanabilir⁹.

Demokratik hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkelerde olduğu gibi Anayasamızın 28. maddesinde de basın özgürlüğü kabul edilmiştir¹⁰. Bu hükümde, basının hür olduğu, sansür edilemeyeceği, basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamayacağı, devletin basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alması gerektiği, basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasa’nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacağı ifade edilmiştir.

1924, 1961 ve 1982 Anayasaları ile 5187 sayılı Basın Kanunu’nda basın özgürlüğünün kapsamı, sadece gazete, dergi, kitap gibi süreli ve süresiz yayınlar şeklinde düzenlenmiştir. Gerek ulusal, gerekse de uluslararası mevzuat açısından basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi süreli ve süresiz yayınları

⁵ HALİL KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 472; DURMUŞ TEZCAN/MUSTAFA RUHAN ERDEM/OĞUZ SANCAKDAR/MURAT RIFAT ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 325. Bilgi edinme hakkı hakkında detaylı bilgi için bkz: Kalabalık, s. 474-483.

⁶ İBRAHİM Ö. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Üçüncü Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 273.

⁷ KABOĞLU, s. 273.

⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 326.

⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 326.

¹⁰ AHMET KILIÇOĞLU, “*Basın Özgürlüğünün Suistimali*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/3-4, s. 385-388, s. 385 (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1993-19933-964> (Erişim Tarihi: 08.04.2016); ÇOŞKUN ONGUN, *Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 16 (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/AvukatYayinlari/ykimh2010.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2016).

Demokratik bir toplumda, yasama, yürütme ve yargı erkinden sonra dördüncü kuvvet olarak yazılı, görsel basın yani medyanın geldiğine ilişkin görüş için bkz: ONGUN, s. 15.

kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır¹¹. Basılı eserler, bu maddenin koruma kapsamından faydalanmaktadır¹².

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinde basın özgürlüğünün "*bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma*" haklarını kapsadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, basın özgürlüğünün sağlanabilmesi için bu hak ve özgürlüklerin tanınması gereklidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası ile korunacak özgürlüğün kapsamı belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise, devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesini meşru kılacak sebepler düzenlenmiştir¹³. Bu hüküm ile ifade özgürlüğü kapsamında inceleme, öğrenme ve haberleşme özgürlüğü hakları, kanaat özgürlüğü ve fikirlerin açıklanması ile yayılması hakkına birlikte yer verilmiş ve böylece birbirinden ayrılmaz bir haklar bütünü olduğu ortaya konulmuştur¹⁴. Bu hükümde, her ne kadar basın özgürlüğünden söz edilmese de, Mahkeme, basın özgürlüğüne ilişkin ilke ve kuralları ortaya koyan içtihat hukuku geliştirmiştir¹⁵.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü ve Kapsamı

Mahkeme, basın yolu ile düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğüne ilk kez Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 1) davasında karar vermiştir¹⁶. Dava konusu olayda, İngiltere'de hamilelerin kullandığı '*Thalidomide*' isimli ilaç nedeni ile sakat doğumlar olmuş ve bu sebeple ilaç firmasına yönelik tazminat davası açılmış, ilaç firması, yapılacak olan yayının davaları etkileyebileceğine dayanarak mahkemeye başvurmuş ve mahkeme tarafından da ilaç konusunda yapılacak yayınlara yasak koyulmuş ve Mahkeme kararında, basında ya da halk arasında uyumsuzlukların önceden tartışabileceğini belirtmiş, böylece Mahkeme, kamuyu ilgilendiren konularda kamuoyunun bilgi alma hakkının görülmekte olan davaları da kapsadığını ifade etmiştir¹⁷.

¹¹ ALİ AKKURT, *Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 12, Salihpaşaoğlu, s. 12.

¹² AİHM tarafından verilen Handyside/Birleşik Krallık kararı (MONICA MACOVEI, "*İfade Özgürlüğü*", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, TBB Yayınları: 88, s. 17 (Çevrimiçi) <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2016).

¹³ MACOVEI, s. 8.

¹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 329.

¹⁵ MACOVEI, s. 12; AKKURT, s. 184; OKUMUŞ, s. 95.

¹⁶ AİHM tarafından verilen 26.04.1979 tarihli Sunday/Times Birleşik Krallık kararı (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (Erişim Tarihi: 17.04.2016); AKKURT, s. 185.

¹⁷ AKKURT, s. 186.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk defa basının siyasi hayatın bekçisi olduğunu *Lingens/Avrústuya* davasında vurgulamıştır¹⁸. Bu kararda Mahkeme, kamu yararı ile ilgili konularda olduğu gibi siyasi konularda da bilgi vermenin basının görevi olduğunu, aynı zamanda halkın da bu bilgilere ulaşma hakkının olduğunu ifade etmiştir¹⁹. Kamu yararını ilgilendiren konularda basın özgürlüğünün öneminin vurgulandığı *Thorgeirson/İzlanda* kararında, davacının kendi ülkesinde polislerle ilişkin sorunu gündeme taşıdığını ve kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamanın basının görevi olduğunu ifade etmiştir²⁰.

Kişisel haklar açısından AİHM, siyasilere yönelik ağır, sert, eleştirel haberleri basın özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir²¹. Mahkeme, sert veya abartılı dil ile ifade edilen fikirleri koruma altına almaktadır. Kamu yararı kapsamına giren konularda, siyasi tartışmalarda, politikacılara veya kamu otoritelerine yönelik yapılan eleştiriler, beklenebilir şeyler olduğu için Mahkeme daha fazla hoşgörü göstermektedir²². Örneğin; *Thorgeirson* davasında, davaya konu makalede çok sert ifadeler geçmiş, polis "*üniformalı canavar*" olarak nitelendirilmiş, "*polislerin ve bar fedailerinin zalim bir doğallıkla öğrendiği ve kullandığı kurt kapını uygulaması sonucunda zihinsel yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar geri giden kişiler*"den söz edilmiş, ancak amaç polislerin bir reformdan geçmesini sağlamak olduğu için kullanılan dil olağanın dışında görülmemiştir²³.

¹⁸ AİHM tarafından verilen 08.07.1986 tarihli *Lingens/Avrústuya* kararı (AKKURT, s. 187; MACOVEI, s. 13).

¹⁹ AİHM tarafından verilen 08.07.1986 tarihli *Lingens/Avrústuya* kararı (MACOVEI, s. 13; AKKURT, s. 188; OKUMUŞ, s. 89).

²⁰ AİHM tarafından verilen 25.06.1992 tarihli *Thorgeirson/İzlanda* kararı (MACOVEI, s. 13, 14; DOĞRU/NALBANT, s. 184).

²¹ Bilal Çalışır, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü'nün Hukuki Zemini*, Medya ve İletişim Çalışmaları Merkezi, İstanbul Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2015, s. 14 (Çevrimiçi) http://t24.com.tr/files/20150509165327_turkiyede-basin-ozgurlugunun-hukuki-zemini-baski.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2016); MACOVEI, s. 18.

Gerçekten de, sosyal ve siyasi tartışmalarda, ifadelerin korunması demokratik toplum açısından bilhassa önem taşımaktadır. Baskın konumu sebebi ile siyasal iktidarın aleyhindeki eleştirilerin daha fazla hoşgörü ile karşılanması gerekmektedir (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 332).

²² MACOVEI, s. 18.

Kamusal yarar, sosyal, ekonomik, kültürel, ticari ya da dini olabilir (TEZCAN/ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s. 333).

²³ MACOVEI, s. 18, 19.

Jersild davasında da, ırkçı iddialar içeren bir görüşmenin haber programında yayınlanmış olması önem taşımış, çünkü programda ciddi bir izleyici topluluğunun Danimarka toplumunda ya da yabancı ülkelerde yaşananlar konusunda bilgilendirmek amacı ile tasarlanmıştı (MACOVEI, s. 19). Ayrıca bkz: TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 338. Bu davada Mahkeme, davanın tüm koşullarını inceleyerek ırkçı, görüş ve düşüncelerin propagandasını yapma amacı taşımadığı ve kamuoyunda yer alan tartışmaya katkıda bulunmayı amaçladığı neticesine ulaşmıştır (DOĞRU/NALBANT, s. 188, 189).

Steel ve Morris/Birleşik Krallık davasında, bir fast food şirketinin zararlı tarım yöntemleri uyguladığı ve ormanların yok olması, kanser ve çocukların işgücünün istismarından sorumlu olduğu yönündeki iddiaların kamuyu ilgilendirdiği ve daha yüksek derecede korunması gerektiği ifade edilmiştir (AİHM tarafından verilen 15.02.2005 tarihli *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* karar, TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 333).

Mahkeme, ulusal makamların hemen ifade özgürlüğünü sınırlamak yerine çözüme yönelik diğer araçları kullanması gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin; kamu makamları dağıtılmadan evvel kendilerine sunulan bildiride değişiklik yapılması talebinde bulunabilirler²⁴.

Mahkeme'nin ifade özgürlüğü kapsamında benimsediği temel ilkeler şöyledir; ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temeli olması²⁵, ifade özgürlüğünden herkesin yararlanması, düşünce araçlarının da ifade özgürlüğüne kapsamına dahil olması²⁶, ifade özgürlüğünün meşru amaçlar ile sınırlanabileceği²⁷, sınırlama konusundaki devletin takdir yetkisinin sınırsız olmaması²⁸, sınırlamanın hukuk tarafından öngörülmüş olması²⁹, sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve meşru amaçlar ile orantılı olması³⁰, ifade özgürlüğünün görev ve sorumluluklar ile birlikte³¹ kullanılmasıdır³².

III. 1982 Anayasası'na Göre Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları

A. Genel Olarak

1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'nde, özgürlüğün başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek olduğu ve her insan için

²⁴ BOZKURT/DOST, s. 69.

²⁵ AİHM'nin 26.04.1979 tarihli Sunday/Times Birleşik Krallık kararı (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (Erişim Tarihi: 17.04.2016); BOZKURT/DOST, s. 51.

²⁶ AİHM'nin 28.09.1999 tarihli Öztürk/Türkiye kararı (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=910> (Erişim Tarihi: 17.04.2016); BOZKURT/DOST, s. 52.

²⁷ AİHM'nin 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>; BOZKURT/DOST, s. 52.

²⁸ Handyside/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, ifade özgürlüğünü sınırlandırma amacının yargılama organının otorite ve tarafsızlığını sağlama gibi çok nesnel bir kavram olduğu durumda Mahkeme, sözleşmeciler devletlerin daha dar bir takdir yetkisine sahip olacağını ifade etmiştir (BOZKURT/DOST, s. 53).

²⁹ Öztürk/Türkiye davasında Mahkeme, öngörülme ifadesinden anlaşılması gerekenin ilgili önlemin önceden tahmin edilebilirliği olduğunu, bir normun vatandaşa davranışını ayarlama fırsatı vermediği müddetçe kanun olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, kanunların değişen koşullara uyum sağlayabilecek durumda olması gerektiğini ifade etmiştir (BOZKURT/DOST, s. 54).

³⁰ Sınırlamanın hukuk tarafından öngörülmüş olması halinde, sınırlamanın demokratik toplumda toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, Sözleşme'de sınırlı olarak gösterilen meşru amaçlar ile orantılılığı ve müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürülen gerekçelerin Sözleşme açısından uygun ve yeterli olup olmadığı Mahkeme tarafından incelenmektedir. Sunday Times/Birleşik Krallık davasında, orantılılığın tespitinde ifade özgürlüğü ile müdahalenin sağladığı kamu yararı arasında hassas bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (BOZKURT/DOST, s. 54).

³¹ Zana/Türkiye kararında Mahkeme, Zana'nın açıklamasının olayın şartları içinde özel bir öneme sahip olduğunu, bu açıklamanın o dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Güneydoğu bölgesindeki koşullarda siyasi kimliği olan Zana'nın ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımlanan PKK'yı desteklediğine yönelik açıklamasının bölgedeki gerginliği ağırlaştıracağı ifade edilmiştir. Bkz: AİHM tarafından verilen 25.11.1997 tarihli Zana/Türkiye kararı (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=719>); BOZKURT/DOST, s. 56; AKKURT, s. 303; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 342, 343).

³² BOZKURT/DOST, s. 51-56.

özgürlüğün kullanılmasının sınırının, toplumun diğer üyelerinin de aynı hak ve özgürlüklerden faydalanabilmesini sağlayan sınır olduğu ifade edilmiştir.

Toplumsal yaşam içerisinde herkes için özgürlük, “paylaşılmış özgürlük” tür ve bir toplumda herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanması, doğal olarak kullanım alanını daralttığından “sınırlı” yararlanma neticesini meydana getirir³³.

Basın özgürlüğünün sağlanması, demokrasi ve hukuk devleti için vazgeçilmez olması ile birlikte şiddete teşviğin önlenmesi, bireylerin özel yaşamlarının güvenliğinin sağlanması açısından da diğer tüm özgürlükler gibi sınırlandırılmakta, ancak amaç ile araç arasında adil bir denge kurulması, orantılılığın sağlanması gerekmektedir. Basın özgürlüğü ile diğer hak ve özgürlükler arasında çatışma olması halinde basın özgürlüğü sınırlandırılmaktadır.

Sınırlamalar gerekli tedbirler niteliğinde, belirli ve sınırlı sayıda olmalı ve dar yorumlanmalıdır³⁴. Esas olan hak ve özgürlüğün kullanılması olup, sınırlanması istisna olmalıdır. İfade özgürlüğünün geniş yorumlanması ve sınırlamaların dar yorumlanması gereklidir.

1982 Anayasası'nın “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesine göre, “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanun ile sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Anayasa'nın 13. maddesi, tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçerli genel sınırlayıcı madde niteliğinde ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlamanın usulünü ve sınırını gösterir bir hüküm niteliğindedir³⁵. Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sistemini belirleyen çerçeve hüküm niteliğinde olup, bu hüküm ile öngörülen koşullar tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanmaktadır.

Anayasa m.26 ve m.28 ile Basın Kanunu m.3'de, basın özgürlüğünün sınırlarına yer verilmiştir. Anayasa'nın 28. maddesinde basın özgürlüğü güvence altına alınmış, sınırlamanın kapsamı için ise 26 ve 27. maddelere atıf yapılmıştır. Basın Kanunu'nun 3. maddesinde de, basın özgürlüğünün sınırları ve kapsamı birlikte düzenlenmiştir.

Anayasa m.28/4 hükmüne göre, “basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır” denilmekte ve basın özgürlüğünün sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa m.28/4 hükmü ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulacak esas ve usulleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi bir arada incelendiğinde, “Anayasa'nın

³³ KABOĞLU, s. 234.

³⁴ KALABALIK, s. 486; KABOĞLU, s. 275; OKUMUŞ, s. 111, 127.

³⁵ AKKURT, s. 193; SALIHPAŞAOĞLU, s. 82.

26 ve 27. maddelerinde yer alan sebeplere" bağlı olarak ve "kanun ile" ve "hakkın özüne, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine" uygun olarak sınırlandırılacaktır.

B. Sınırlamanın Kanun ile Yapılması

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanun ile sınırlandırabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Demokratik hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlandırılması gerekmektedir. Toplumda hukuk güvenilirliğinin sağlanması açısından da sınırlamanın kanun ile yapılması son derece önemlidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, basın özgürlüğüne ilişkin kanun hükmünde kararnamenin anayasal dayanağının olmadığı belirtilmiştir³⁶. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlandırabileceğini kabul etmektedir³⁷.

C. Sınırlamanın Meşru Amaç ile Yapılması

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler sadece Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Dolayısı ile temel hak ve özgürlüklerde sınırlamanın kanun ile yapılması yeterli olmayıp, aynı zamanda sınırlamanın Anayasa'da düzenlenen sebeplere bağlı olması gerekir³⁸. Doktrinde bu koşul, "sınırlamanın sebebe bağlı olması"³⁹, "nedene bağlılık ilkesi"⁴⁰ olarak da ifade edilmektedir.

1961 Anayasası ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine uygun bir biçimde sınırlama nedeni öngörür iken, 1982 Anayasası tüm hak ve özgürlükler için genel sınırlamalar öngörmüş idi. 2001 değişiklikleri ile Anayasa'nın 13. maddesinden "genel sınırlama" koşulu çıkarıldığından, anayasal hak ve özgürlükler yalnızca ilgili maddelerinde öngörülen sebepler ile sınırlandırılmaktadır⁴¹.

Anayasa m.28/4'de basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri uygulanacağı ifade edildiğinden dolayı Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü"nün sınırları ile Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen "bilim ve sanat özgürlüğü"nün sınırlarının esas alınması gerekmektedir.

³⁶ AYM tarafından verilen 10.01.1991 tarih ve 1990/25 E., 1991/1 K. sayılı karar (AKKURT, s. 203).

³⁷ AYM tarafından verilen 18-22 Kasım 1976 tarih ve 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı karar (KALABALIK, s. 163).

³⁸ AKKURT, s. 203.

³⁹ AKKURT, s. 203.

⁴⁰ KABOĞLU, s. 235.

⁴¹ KABOĞLU, s. 236; SALIHPAŞAOĞLU, s. 82, 83.

2. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeninin Korunması

Anayasa'nın "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü" başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "milli güvenlik", "kamu düzeni", "kamu güvenliği", "Cumhuriyetin temel nitelikleri", "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması", "suçların önlenmesi", "suçluların cezalandırılması", "Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması", "kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması" ve "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" sebepler ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması kapsamındadır.

Basın özgürlüğünün sınırlanmasında öngörülen bu sebepler geniş kapsamlı ve soyut niteliktedirler. "Kamu güvenliği", "kamu düzeni"⁴², "milli güvenlik" gibi genel ve geniş kapsamlı soyut kavramların detaylandırılması gereklidir⁴³. AİHM tarafından verilen kararlarda, "ulusal güvenlik", "kamu güvenliği" gibi genel ifadelerle dayanılarak sınırlandırma kararları verilmemesi gerektiği içtihat edilmektedir⁴⁴. Ayrıca, basın özgürlüğünü sınırlama sebepleri ölçüt alınarak yürürlüğe konulan kanunlar belirli, açık, kesin bir şekilde düzenlenmelidir⁴⁵.

Günümüzde çok sık bir şekilde rastladığımız "yayın yasakları", basın özgürlüğüne ve haber verme özgürlüğüne yönelik önemli bir kısıtlamadır. Genellikle yasakların gerekçesini "Kamu güvenliği", "milli güvenlik", "devlet sırrının ifşası", "kamu düzeni" oluşturmaktadır⁴⁶. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin sebeplerin Anayasa ve yasada yorumu açık, soyut ve geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olması sebebi ile yargı kararları da genel gerekçelerle kolay bir şekilde verilebilmektedir⁴⁷.

RTÜK (Radyo ve Televizyon Üst Kurulu) tarafından yayınlanan mahkemelerin yayın yasağına ilişkin kararlara bakıldığında, sadece 2016 yılının başından itibaren 38 adet yayın yasağı kararı verildiği görülmektedir⁴⁸. Güncel kararlarda yayın yasağı talebinin reddi kararlarına pek rastlanmamakla birlikte Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliği tarafından verilen kararda, "basın özgürlüğünün kullanılmasında ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, başkalarının şöhret ve haklarına, toplum sağlığının ve ahlakının milli

⁴² Kamu düzeni, dirlik, güvenlik ve sağlık unsurlarını içermektedir. Bireylerin herhangi bir korku veya endişeye kapılmaksızın diledikleri gibi hareket edebilmeleri gereklidir. Bu sebeplerdir ki, bir özgürlüğün kullanımı, kamu dinginliğini bozmamalı, güvenlik yönünden tehlike yaratmamalı ve halk sağlığını tehdit etmemelidir (KABOĞLU, s. 234).

⁴³ Aynı yönde görüş için bkz: ÇALIŞIR, s. 17.

⁴⁴ ÇALIŞIR, s. 6.

⁴⁵ AKKURT, s. 205.

⁴⁶ ÇALIŞIR, s. 6.

⁴⁷ Aynı yönde görüş için bkz: ÇALIŞIR, s. 10.

⁴⁸ <http://www.rtuk.org.tr/#> (Erişim Tarihi: 31.10.2016).

güvenlik, kamu düzenliği, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabileceği, yayın yasağı talebinde sadece gazete kupürlerinin olduğu, devlet güvenliğinin ihlal edildiğine ilişkin başka bir belge ve bilgi sunulmadığı, basın özgürlüğünün bu nedenle kısıtlanamayacağı” gerekçesiyle yayın yasağı talebinin reddine karar vermiş ise de, bu karara yönelik yapılan itiraz kabul edilerek itiraz Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16.06.2014 tarih ve 2014/566 D. İş sayılı karar ile yayın yasağı kararı verilmiştir⁴⁹.

Haber, röportaj, eleştiri vb. yayın yasakları ile hak ve özgürlüklerde belirli olmayan bir sınırlama yapılmaktadır. Esasen Anayasa’da yayın yasaklarına ilişkin bir hüküm bulunmadığı için yayın yasağı kararlarının hukuki dayanağının bulunmadığı görüşündeyiz.

3. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında, basın özgürlüğünün başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacı ile sınırlanabileceği öngörülmüştür.

Bu sınırlama sebepleri ile kişilik haklarının korunması öngörülmektedir. Tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi basın özgürlüğünün de sınırları vardır. Bu sınırlardan biri de, kişilik haklarının korunmasıdır⁵⁰. Kişinin toplum yaşamının bir üyesi olarak sahip olduğu ve toplumsal ilişkileri ile çevreye karşı kazandığı şeref ve haysiyeti gerek ulusal⁵¹, gerekse de uluslararası mevzuatta⁵² güvence altına alınmıştır⁵³.

Kişilik haklarını ihlal edici fiillerden dolayı hem cezai, hem de hukuki sorumluluk doğmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde “*Hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldıran kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*” hükmü ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 58. maddesinde yer alan “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*” hükmü, hukuki sorumluluk esaslarını düzenlemektedir. Basın yolu ile işlenen kişilik haklarını ihlal edici nitelikteki eylemler, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*şerefe karşı suçlar*” ve “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” kapsamında suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

⁴⁹ <http://www.rtuk.org.tr/Home/SolMenu/36#>; ÇALIŞIR, s. 12.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 386; ONGUN, s. 16; AKKURT, s. 213; SALİHPAŞAOĞLU, s. 37.

⁵¹ Bkz: 1982 Anayasası m.20/2; m.21; m.22/2; m.26/2; m.34/2; TMK m.23, 24, 25; TBK m.58.

⁵² Bkz: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.5; AİHS m.3; AİHS m.10/2.

⁵³ AKKURT, s. 215.

Özel hayatın korunması da, basın özgürlüğünün sınırlama sebepleri arasındadır. Özel hayatın korunması, Anayasa m.26/2’de yer alan sınırlama sebebi dolayısı ile basın özgürlüğü karşısında korunması gerekli bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Genel Ahlakın Korunması

Genel ahlak, soyut ve subjektif bir kavramdır.

Genel ahlak kavramının sınırlama sebebi olarak kabul edilmesi halinde, maddi ögenin araştırılması gerekir; bu ögenin belirlenmesi özgürlükle ilgili faaliyetin yaratacağı somut etkinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi, genel ahlak kavramını tanımlamıştır. Bu tanıma göre genel ahlak kavramının kriterleri şu şekildedir:

- Belli bir zamanda,
- Belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve
- Kolayca anlaşılan,

bir anlam taşımaktadır⁵⁵. Bu tanımda belirli kriterler öngörülmüş olsa dahi, kavramın içeriğini oluşturan bu kriterler, soyut ve belirsizdir.

Basın Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasında, “*Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının ... korunması amacıyla sınırlanabilir*” denilmektedir. Toplum sağlığının ve ahlakının korunması sebebi, Anayasa m.26/2’de sınırlama sebepleri arasında düzenlenmemiştir. Bu sınırlama sebebine esasen, AİHS m.10/2’de yer verilmiştir. Anayasa’da yer almayan sınırlama sebebine Basın Kanunu’nda yer verilmesinin Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple bu hükmün iptal edilmesi ya da Anayasa’nın 26. maddesinin AİHS m.10 ile uyumlu hale getirilmesi önerilmektedir⁵⁶.

Kanaatimizce, AİHS özgürlük temelinde bir sözleşme olduğu için Sözleşmecî devlet Sözleşme’de yer alan hükümden daha özgürlükçü bir hüküm ihdas etmiş ise, Sözleşme’yi negatif anlamda sınırlayamaz ve daha özgürlükçü olan hüküm esas alınır. Kaldı ki; Sözleşme’nin 17. maddesinde de, Sözleşme’de öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara yer verilme-

⁵⁴ KABOĞLU, s. 235.

⁵⁵ AYM tarafından verilen 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı karar (AKKURT, s. 229; KALABALIK, s. 170).

⁵⁶ AKKURT, s. 235; OSMAN CAN, “*Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, 2002, s. 1-30, s. 20, 21 (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2016).

mesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Basın Kanunu'nda yer alan bu hüküm, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

5. 1982 Anayasası'nın 1, 2 ve 3. Madde Hükümleri

1982 Anayasası md. 28/4 hükmünde, basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasa'nın 26 ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı ifade edildiğinden dolayı Anayasa'nın bilim ve sanat hürriyeti başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri, basın özgürlüğü açısından da geçerlidir.

Anayasa m.27/2 hükmüne göre, *“Yayma hakkı, Anayasanın 1'inci, 2'nci ve 3'üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılabilir”*. Bu bağlamda, Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddeleri basın özgürlüğü bakımından sınır teşkil etmektedir.

Basın özgürlüğü, devletin şekli, Cumhuriyetin niteliklerini, resmi dilini, bayrağını, milli marşını ve başkentini değiştirmek amacı ile kullanılamaz.

D. Sınırlamanın Diğer Ölçütleri

Anayasa'nın 13. maddesine göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Bu hükme göre, Anayasa'nın ilgili maddelerinde yer alan sebeplere bağlı olarak kanun ile yapılan sınırlamaların *“Anayasanın sözüne ve ruhuna”*, *“demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine”* ve *“ölçülülük ilkesine”* uygun olması gereklidir. Doktrinde bu ölçütler, *“sınırlamanın sınırını oluşturan ölçütler”* olarak da adlandırılmaktadır.

Sınırlamanın *“Anayasanın sözüne ve ruhuna”* uygun olması kuralı, hem 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde, hem de 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kural, Anayasa'nın hem sözüne, hem de ruhuna, Anayasa'nın bütününe ve ondan çıkan sonuca da aykırı olmamasını içermektedir⁵⁷.

“Hakkın özüne dokunma yasağı”, ilk defa 1961 Anayasası'nda sınırlama sınırı olarak kabul edilmiş olup, 1982 Anayasası'nın ilk halinde yerini *“demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama”* kuralına bırakmıştır⁵⁸. Anayasa Mahkemesi 2001 yılı değişiklikleri öncesinde öze dokunmama ölçütü yer almamasına rağmen, demokratik toplum düzeninin gereklerine

⁵⁷ ERGUN ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 104.

⁵⁸ AKKURT, s. 240, 241. KALABALIK, s. 179; ÖZBUDUN, s. 106; SALİHPAŞAOĞLU, s. 84. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinin gerekçesinde, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ölçütünün, 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde yer alan *“kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz”* hükmündeki *“öze dokunmama”* ölçütünün yerine getirildiği ifade edilmektedir. Bkz: AKKURT, s. 240, 241. KALABALIK, s. 179.

uygunluk ölçütü ile birlikte öze dokunmama ölçütünü de kullanmıştır⁵⁹. 2001 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasa'nın 13. maddesine, *demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" kriterinin yanına "*hakkın özüne dokunmama*" kriteri de eklenmiştir⁶⁰.

2001 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasa'nın 13. maddesine "*laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk*" ölçütü de eklenmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasa'nın 13. maddesine "*ölçülülük ilkesi*" eklenmiştir⁶¹. Sınırlama ile meşru amaç arasında adil bir denge bulunması gerekmektedir. *Ölçülülük ilkesi*, demokratik bir rejimin dayandığı değerler ve onun belirgin özelliklerinin denetiminin sağlanmasına imkan tanımaktadır⁶².

IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları

A. Genel Olarak

Sözleşme'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü yer almakta olup, 1. fıkrasında herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu, 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki usul ve esaslar düzenlenmiştir.

⁵⁹ AYM tarafından verilen 26.11.1986 tarih ve 1985/8 E., 1986/27 K.; 22.05.1987 tarih ve 1986/17 E., 1987/11 K.; 14.06.1988 tarih ve 1988/14 E., 1988/18 K.; 19.04.1988 tarih ve 1987/16 E., 1988/8 K. sayılı karar (AKKURT, s. 241; ÖZBUDUN, s. 107, 108).

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi tarafından 2001 değişikliğinden sonraki içtihatlarında "öze dokunmama", "*her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıyamaması gerekir*" olarak ifade edilmiştir. Bkz: AYM tarafından verilen 18.06.2009 tarih ve 2006/121 E., 2009/90 K.; 11.04.2012 tarih ve 2011/8 E., 2012/53 K. sayılı karar (AKKURT, s. 243).

⁶¹ Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini, "*eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. "Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılacak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir*" şeklinde ifade etmiştir.

AYM tarafından verilen 15.06.2012 tarih ve 2012/24 E., 2012/95 K.; 11.04.2012 tarih ve 2011/111 E., 2012/56 K.; 14.01.2010 tarih ve 2007/68 E., 2010/2 K.; 27.10.2011 tarih ve 2010/71 E., 2011/143 K. sayılı karar (AKKURT, s. 246); AYM tarafından verilen 11.02.1987 tarih ve 1986/12 E., 1987/4 K. sayılı karar (ÖZBUDUN, s. 105).

AYM bir başka kararında da ölçülülük ilkesini şu şekilde açıklamıştır: "*Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur. Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir. Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmayan yeni sınırlamanın aykırı olmadığı görülmektedir*" (AYM tarafından verilen 14.06.1988 tarih ve 1988/14 E., 1988/18 K. sayılı karar bkz: ÖZBUDUN, s. 105).

⁶² KABOĞLU, s. 275.

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlama, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımına ilişkin olarak yapılabilir; hakkın içeriğine asla dokunulamaz⁶³.

Sözleşme'nin 17. maddesine göre; *"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmiş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz"*. Sınırlama sebeplerinden birisinin varlığı halinde, Sözleşmeci devletler sınırlama ile yükümlü tutulmamışlardır. Çünkü böyle bir durum hakkın içeriğine sınırlama getirme anlamına gelir idi⁶⁴.

İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın Sözleşme'ye uygun olabilmesi için; sınırlama kanun ile yapılmalı, ulusal güvenlik ve kamu düzeni, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, genel ahlakın korunması amaçları ile yapılmalı ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli olmalıdır.

B. Sınırlamanın Kanun ile Yapılması

Basın özgürlüğüne ilişkin sınırlamanın hukuka uygun olması için sınırlamanın kanun ile yapılması gerekmektedir.

Mahkeme'nin kararlarına göre, Sözleşmeci devletlerin temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarının *"hukuken öngörülmiş"* olması koşulundan, iki hususun varlığının olması aranmaktadır. İlki, uygulanacak olan hukuk yeterince ulaşılabilir olmalı; ikincisi ise, uygulanacak olan hukuk yeterince açık olmalıdır⁶⁵.

Mahkeme hukuken öngörülmiş olma koşulunun, hem yazılı hukuk, hem de yazılı olmayan örf adet hukukunu kapsadığını kabul etmiş ve maddi anlamda kanun anlayışını benimsemiş⁶⁶, AİHM, kanun ifadesinden sadece yasama tarafından çıkarılan kanunları anlamamakta, aynı zamanda Anglo-Sakson ülkelerinde geçerli olan, yazılı olmayan, örf-adet niteliğinde olan yasaları da içerdiğini kabul etmektedir⁶⁷.

⁶³ MACOVEI, s. 24.

⁶⁴ MACOVEI, s. 24.

⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 342.

AİHM tarafından verilen Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 1); 25.03.1983 tarihli Silver ve Diğerleri kararı; 25.03.1985 tarihli Barthold/Almanya kararı; 02.08.1984 tarihli Malone/Birleşik Krallık kararı (AKKURT, s. 287).

Belirlilik, ifade özgürlüğü gibi temel bir özgürlüğün sınırlandırılmasında vazgeçilmezdir (KABOĞLU, s. 274).

⁶⁶ AİHM tarafından verilen Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 1) (AKKURT, s. 287); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 345.

⁶⁷ AİHM tarafından verilen Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 1) (KALABALIK, s. 162); TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 345.

C. Sınırlamanın Meşru Amaç ile Yapılması

1. Genel Olarak

Basın özgürlüğüne yönelik sınırlamanın hukuka uygun olabilmesi için sınırlamanın kanun ile yapılması yeterli olmayıp, meşru amaca dayanılarak da yapılması gerekmektedir.

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre meşru amaçlar şöyledir;

- Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Genel sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının şöhret ve haklarının korunması,
- Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi,
- Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıdır⁶⁸.

Basın özgürlüğünün sınırlanması, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu sebeplerin dışında başka bir sebebe dayandırılarak yapılamaz. Mahkeme Sunday Times/Birleşik Krallık kararında da, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik kamu makamlarının müdahalesinin Sözleşme'nin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan istisnalardan birisine girmemesi halinde 10. maddeye aykırılık oluşturacağı ifade etmiştir⁶⁹.

Sınırlamanın meşru bir amaç ile yapılması koşulunun unsurlarını ve bu unsurlara ilişkin Mahkeme'nin içtihatlarını "*ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması*", "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*" ve "*genel ahlakın korunması*" olarak üç ana başlık altında incelemek mümkündür.

2. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeninin Korunması

Ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması kapsamına Sözleşme'de yer alan ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması,

⁶⁸ *Kaboğlu*'na göre, Sözleşme'de öngörülen sınırlama nedenleri, üç farklı alana ilişkindir. Birincisi, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve suçun önlenmesi; ikincisi, sağlığın, ahlakın ve başkalarının haklarının korunması; üçüncüsü, gizli belgelerin ifşasının önlenmesi, yargı erkinin tarafsızlığının ve otoritesinin güvencelenmesidir (KABOĞLU, s. 274).

Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, Sözleşme'de üç farklı amaca yönelik sınırlamanın olduğunu ifade etmektedir: a) genel yararı koruma; b) diğer kişisel hakları koruma; c) yargı erkinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 337).

Okumuş'a göre, sınırlandırma sebepleri iki farklı alana ilişkindir. Birincisi, kamusal menfaatlerin korunması amacıyla getirilen sınırlamalar iken, ikincisi başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla getirilen sınırlamalardır (OKUMUŞ, s. 113).

⁶⁹ Sunday Times/Birleşik Krallık kararı (AKKURT, s. 293).

kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığı girmektedir.

Yayın öncesi sansür, bilgi erişimine engel olduğu için AİHM açısından en tehlikeli olanıdır⁷⁰. Mahkeme, kamuoyunu ilgilendiren konularda basın bilgi ve fikirleri paylaşma görevi olduğunu ve bu görevine karşılık halkın da bu bilgiye ulaşma hakkının olduğunu ifade etmiştir⁷¹. Bazı yazıların gazetede yayımlanmasının yasaklandığına ilişkin bir durumda Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin önceden kısıtlama uygulanmasına açık bir şekilde yasak getirmediğini, ancak önceden kısıtlamanın AİHM'in titizlikle incelemesi gereken bir konu olduğunu, bunun özellikle basın konusunda geçerli olduğunu ifade etmiştir⁷².

Mahkeme'ye göre basın, düşmanlık içeren konuşmalar ile basının şiddete teşvikte araç olarak kullanılmaması için devlete karşı şiddete başvuran örgüt temsilcilerinin görüşlerinin yayınlanmasında özen göstermesi gereklidir⁷³. Şiddeti kışkırtan ya da şiddetin gerçekleşmesi bakımından gerçek bir olasılık olan hallerde, basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmez⁷⁴. Terör propagandası kavramı söz konusu olduğunda Mahkeme, "terör" kavramına ilişkin olarak Sözleşmeci devletin tanımı ve Mahkeme'nin içtihatlarıyla geliştirdiği "şiddet çağrısı" tanımını değerlendirmektedir⁷⁵. Mahkeme, "şiddet", "silahlı ayaklanma", "düşmanlık", "nefret", "teröre teşvik" niteliğinde olmadığı sürece, ne kadar radikal olursa olsun tüm siyasi söylemlerin korunması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁶.

Mahkeme'nin ifade özgürlüğü kapsamında kabul ettiği kararlardan birkaçı şöyledir:

Mahkeme, *Sürek ve Özdemir/Türkiye* davasında, güneydoğu bölgesindeki durum hakkında farklı bir görüş edinme, bilgi edinme hakkına yeterince saygı gösterilmediğini, röportajda ifade edilen görüşlerin şiddete teşvik mahiyetinde olmadığını, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını ifade etmiştir⁷⁷.

Güncel önemli bir karar ise, İsviçre'de 2005 yılında "*Ermeni soykırımını*" inkar ettiği gerekçesi ile cezaya hükmolunan *Doğu Perinçek* tarafından

⁷⁰ MACOVEI, s. 30; DOĞRU/NALBANT, s. 226.

Bkz: AİHM tarafından verilen 26.11.1991 tarihli Observer ve Guardian/Birleşik Krallık kararı; Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 2) (AKKURT, s. 296; MACOVEI, s. 30; ÇALIŞIR, s. 14; DOĞRU/NALBANT, s. 209).

⁷¹ AKKURT, s. 186; DOĞRU/NALBANT, s. 184.

⁷² AİHM tarafından verilen Sunday Times (No: 2)/Birleşik Krallık; Guardian ve Observer/Birleşik Krallık kararı (MACOVEI, s. 30).

⁷³ AİHM tarafından verilen Sürek/Türkiye kararı (BOZKURT/DOST, s. 58; MACOVEI, s. 19).

⁷⁴ MACOVEI, s. 19; SALİHPAŞAOĞLU, s. 67.

⁷⁵ DOĞRU/NALBANT, s. 195.

⁷⁶ DOĞRU/NALBANT, s. 206; SALİHPAŞAOĞLU, s. 67.

⁷⁷ AİHM tarafından verilen 08.07.1999 tarihli Sürek ve Özdemir kararı (<http://aihmgoster.asp?id=886>; BOZKURT/DOST, s. 59).

yapılan başvuruda, Mahkeme soykırımı reddetmenin ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁸.

Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye kararında, iktisat profesörü olan birinci başvuru Fikret Başkaya “*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-Paradigma-nın İflası-Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş*” adlı kitabın yazarıdır ve ikinci başvuru Selim Okçuoğlu ise bu kitabı basan yayımevinin sahibi olup, Türkiye’nin 1920’den itibaren sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen bu kitap, devlet politikasını eleştirmektedir ve başvuru TMK m.8 hükmüne muhalefetten suçlu bulunmuşlardır⁷⁹. Mahkeme, kitapta yer alan ifadelerin Kürt bölücülüğüne destek verir nitelikte ağır ifadeler içerse dahi, söz konusu ifadeler akademik bir araştırma içinde tarihi açıdan Türkiye’nin sosyo-ekonomik gelişimi ve bu ülke içindeki baskın siyasi görüşe yer verdiğini ifade etmiş ve görüşlerin şiddete teşvik etmediği ve şiddete teşvik etmeye yönelik bir içeriğinin bulunmadığını ve müdahalenin orantısız olduğunu kabul etmiştir⁸⁰.

Mahkeme’nin ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmediği kararlardan birkaçı şöyledir:

Sürek/Türkiye (No: 3) davasında, davaya konu olan yazıda “Kürtlerin Ulusal Kurtuluş Mücadelesi”, “*Biz toptan bir kurtuluş mücadelesi vermek istiyoruz*” şeklinde ifade edilmekte, Mahkeme tarafından ise yazının içeriğinin bölgede şiddetin arttırılmasına neden olabileceğinin kabulünün gerektiği, okura saldırgan karşısında şiddete başvurmanın haklı bir savunma tedbiri olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiş ve davacının mahkumiyeti Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı bulunmamıştır⁸¹.

Kuhnen/Almanya davasında, davacı Nasyonal Sosyalist Parti’yi yeniden siyaset alanına dahil etmek isteyen bir örgütün önderi olup, yazılarında örgütü “*Alman birliği, sosyal adalet, ırksal gurur, halkın bir aile gibi kardeşliği*” gibi ifadeler kullanmakta ve bir yayında ise “*Her kim bu davaya hizmet ederse eylem yapabilir, her kim buna karşı çıkarsa karşısında bizi bulacak ve nihai olarak tasfiye edilecektir*” ifadesini kullanmış, Komisyon verdiği kararda, Sözleşme’nin “*burada sayılan hakların ve özgürlüklerin herhangi birinin tahribini amaçlayan*” bütün faaliyetleri yasaklayan 17. maddesine atıf yaparak başvurunun kabul edilemez olduğu neticesine ulaşmıştır⁸².

Mahkeme *Garaudy/Fransa* kararında, bazı “*açıkça tespit edilen tarihi vakıalar*”, çok hassas olduklarından bunları inkar etmeye ya da gözden geçirmeye

⁷⁸ AİHM tarafından verilen 17.12.2013 tarihli Doğu Perinçek/İsviçre kararı (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 352).

⁷⁹ AİHM tarafından verilen Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye kararı (DOĞRU/NALBANT, s. 206).

⁸⁰ AİHM tarafından verilen Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye kararı (DOĞRU/NALBANT, s. 206).

⁸¹ AİHM tarafından verilen Sürek/Türkiye (No: 3) kararı (MACOVEI, s. 20); DOĞRU/NALBANT, s. 198, 199.

⁸² AİHM tarafından verilen Kuhnen-Almanya kararı (MACOVEI, s. 21).

yönelik girişimler “nefret söylemi” olarak değerlendirmeli ve hakların kötüye kullanılması yasağına dair 17. madde gereğince, 10. maddenin koruması dışında bırakılması yönünde karar verilmiş⁸³; İsrail devletinin politikalarını eleştirdiği bölümler açısından ise ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir⁸⁴.

3. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhret ve haklarının korunmasından anlaşılması gereken kişilik haklarıdır. Kişilik hakkı kapsamında da, kişilerin şeref ve haysiyetleri ile özel yaşamlarının korunması gereklidir.

Basın özgürlüğü karşısında bir sınır olarak özel yaşamın gizliliği korunurken, ifade özgürlüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 10. maddesi ile özel yaşamın korunmasını düzenleyen 8. maddesi arasında denge kurulması gereklidir.

Mahkeme kararlarında, ifadenin kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edip etmediğini değerlendirmektedir.

Mahkeme, basın yoluyla kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte olup olmadığını değerlendirirken “yayının yöneldiği kişinin toplumdaki statüsü”ne dikkat etmektedir⁸⁵. Sade vatandaşlara karşı, siyasetçilere yönelik ifadelerde eleştiri sınırı daha geniştir. Kişilik hakları ihlal edilen kişi sade bir vatandaş ise, Mahkeme değerlendirme yaparken kişilik haklarının korunmasındaki yarar ile haberin yayımlanması ile amaçlanan kamu yararı arasında makul bir dengenin varlığına dikkat etmektedir⁸⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk defa basının siyasi hayatın bekçisi olduğunu *Lingens* davasında vurgulamıştır⁸⁷. Bu kararda Mahkeme, “Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, başka şeylerin yanı sıra, ‘kişinin şöhretinin korunması’ bakımından da konulmuş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da, kamu çıkarı ile ilgili olan başka alanlarda olduğu gibi siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur: halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır” şeklindeki ifadesi ile siyasi konularda basının önemini vurgulamıştır⁸⁸. Mahkeme, siyasilerin eleştirileri daha hoşgörülü karşılaması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁹.

⁸³ AİHM tarafından verilen 24.06.2003 tarihli *Garaudy/Fransa* kararı (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 338; DOĞRU/NALBANT, s. 184).

⁸⁴ DOĞRU/NALBANT, s. 184.

⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 339. AİHM tarafından verilen *Lingens/Avusturya* kararı; *Oberschlick/Avusturya* (No: 2) kararı (AKKURT, s. 308).

⁸⁶ DOĞRU/NALBANT, s. 239.

⁸⁷ AİHM tarafından verilen *Lingens/Avusturya* kararı (AKKURT, s. 187; MACOVEI, s. 13).

⁸⁸ AİHM tarafından verilen *Lingens/Avusturya* kararı (MACOVEI, s. 13; AKKURT, s. 188).

⁸⁹ AİHM tarafından verilen *Lingens/Avusturya* kararı (AKKURT, s. 309).

Ticari ifadeler, ekonomik yarar beklenen ifadeler olup, bu tarz ifadeler 10. madde kapsamında korunmaktadır⁹⁰. Reklamların yasaklanması da, AİHM tarafından ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirilmektedir. *Barthold* davasında, davacı hasta bir kedi için başvurulacak bir veteriner cerrah olup, Hamburg'da acil durumlarda hizmet veren tek veteriner olup, bir gazeteci kendisi ile görüşüp bölgede hayvanların sağlığı açısından ciddi bir boşluk ortaya çıkaran bu durumu yazısında paylaşmış, Barthold'un meslektaşları bu durumun haksız rekabet meydana getirdiğini ileri sürerek dava açmışlar ve Mahkeme de kararında, Barthold'un mahkumiyetinin toplumsal yaşamı etkileyen konularda kamusal tartışmaya katılmaktan caydırma tehlikesini taşıdığını ve bu durumun basının bilgi paylaşma görevine gölge düşürebileceğini ifade etmiştir⁹¹.

Independent News and Media Plc and Independent Newspapers (Bağımsız Haber, Medya ve Bağımsız Gazeteler)/İrlanda davasına konu olay, Sunday Independent gazetesinde yayınlanan bir makale ile ilgilidir⁹². Gazetede, 13 Aralık 1992 tarihinde tanınmış bir gazeteci tarafından yazılmış olan “*İyi parayı bu işlere sarf etmek sahtekarlıktır*” başlıklı bir makale yayınlanmış, Bay De Rossa ilk başvurucu aleyhine hakaret davası açılmış, başvurucu tarafından yapılan başvuru üzerine Mahkeme değerlendirmesinde, tazminat kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği, ancak bu müdahalenin “*hukukça öngörülmüş*” ve şerefın korunması amacına yönelik olduğu belirtilmiş ve demokratik toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmış, bu nedenle oransız kararlara karşı ilk derece ve temyiz aşamasında yeterli ve etkin ulusal güvencenin sağlanıp sağlanmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmiş ve oransız tazminat kararına karşı güvencelerin etkisiz ve yetersiz olmadığı kabul edilerek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir⁹³.

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus özel hayatın korunmasıdır.

Mahkeme, “*özel hayata saygı gösterilmesi hakkı*” ile “*basın özgürlüğü*” arasında kurulması gereken dengeye ilişkin içtihadı, *Von Hannover/Almanya* davasında ortaya koymuştur⁹⁴. Mahkeme *Prenses Caroline/Almanya* kararın-

⁹⁰ DOĞRU/NALBANT, s. 224.

⁹¹ AİHM tarafından verilen 1985 tarihli Barthold/Almanya kararı (MACOVEI, s. 34; DOĞRU/NALBANT, s. 224).

⁹² AİHM tarafından verilen 16.09.2005 tarihli Independent News And Media Plc And Independent Newspapers (Bağımsız Haber, Medya ve Bağımsız Gazeteler)/İrlanda kararı (ALİ EMRAH BOZBAYINDIR, (Çev.), KAYIHAN İÇEL, (Proje Yöneticisi)/ YENER ÜNVER, (Yayına Hazırlayan), *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, s. 421-460, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

⁹³ AİHM tarafından verilen 16.09.2005 tarihli Independent News And Media Plc And Independent Newspapers (Bağımsız Haber, Medya ve Bağımsız Gazeteler)/İrlanda kararı (BOZBAYINDIR, s. 421-460).

⁹⁴ AİHM tarafından verilen 24.06.2004 tarih ve Von Hannover/Almanya kararı (<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4438>; ONGUN, s. 20; AKKURT, s. 319.

da, Monaco Prensesi Caroline tarafından özel fotoğraflarının gazete ve dergilerde basılması üzerine Almanya aleyhine açılan davada, halk tarafından tanıyan kişiler dahi olsalar herkesin özel yaşamına saygı gösterilmesi hususunda “meşru beklenti”ye sahip olabileceğini ve bu haklardan da faydalandırılmaları gerektiğini ifade etmiştir⁹⁵. Mahkeme, yayımlanan fotoğrafların ve fotoğraflarla beraber yayımlanmış makalelerin, başvuruçunun özel hayatına ilişkin kişisel gizliliği içeren faaliyetlere ilişkin olması dolayısı ile kamu yararının bulunmadığını ifade ederek kamu yararı bulunan hallerde yapılan yayınların geçerli olduğunu kabul etmiştir⁹⁶.

Mahkeme, ihlal olup olmadığını değerlendirirken ifadenin çeşidini (siyasal, ticari, sanatsal vb.), ifadenin yayılmasında kullanılan vasıtayı (kişisel, yazılı, görsel medya vb.) ve muhatap alınan topluluğu (yetişkinler, çocuklar, toplum, belirli grup) göz önüne almaktadır⁹⁷. Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde, ifadenin eleştiri sınırını aşp aşmadığına karar verirken toplumun o dönemdeki özellikleri, hassasiyetleri göz önüne alınmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre de, beyanın yapıldığı ortamın yanı sıra ifadede kullanılan aracın niteliği de önem taşımaktadır. Bu görüşe göre, kitle iletişim araçlarının kullanılması halinde daha sert bir tepki makul karşılanabilir⁹⁸. AİHM, bir ifadenin hangi yayın aracı ile yapılacağını ifadenin yapacağı etki açısından nazara alınmaktadır. Dar alanda dağıtılan dergide yayınlanması ile ulusal çapta bir gazete ya da radyo-televizyonda yayımlanması arasında ciddi bir fark bulunmaktadır⁹⁹.

4. Genel Ahlakın Korunması

Ahlakın korunmasına ilişkin en önemli karar, *Handyside/Birleşik Krallık* kararıdır¹⁰⁰. Dava konusu olayda, başvuruçucu Richard Handyside Eylül 1970’de Danimarkalı yazarlar Soren Hansen ve Jesper Jensen’in yazdığı “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*”nın İngiltere’de yayın hakkını satın almış, Danimarka’da yayımlanan bu kitap diğer Avrupa ülkelerinde de dağıtılmış ancak bu ülkelerde herhangi bir yargılamaya tabi tutulmamıştır¹⁰¹. Kitabın bir bölümünde cinsel konular ele alınmış ve öğrenciler hakkındaki kısımda cinselliğe ilişkin tanımlara yer verilmiş, yapılan soruşturmada kitabın nüshalarına, broşürlere,

⁹⁵ AİHM tarafından verilen 24.06.2004 tarih ve Von Hannover/Almanya kararı (ONGUN, s. 21).

⁹⁶ AİHM tarafından verilen 24.06.2004 tarih ve Von Hannover/Almanya kararı (<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4438>; AKKURT, s. 319; TEZCAN/ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s. 339).

⁹⁷ MACOVEI, s. 8.

⁹⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 340.

⁹⁹ DOĞRU/NALBANT, s. 203.

¹⁰⁰ AİHM tarafından verilen 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı (Çevrimiçi) <http://aihmi.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>; AKKURT, s. 321; SALİHPAŞAOĞLU, s. 74.

¹⁰¹ AİHM tarafından verilen Handyside/Birleşik Krallık kararı (AKKURT, s. 322).

posterlere, kartlara ve yazışmalara el konulmuştur¹⁰². Mahkeme, Sözleşme-ci devletlere tanınan takdir hakkının sınırsız olmadığını, kitabın hedeflediği okuyucu kitlesinin önem taşıdığını, içerik açısından çocukların ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkilerinin olabileceğini ifade etmiş ve Sözleşme'nin 10. maddesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir¹⁰³.

D. Sınırlamanın Demokratik Toplum Düzeni İçin Gerekli Olması

Sınırlamanın hukuka uygun olmasında aranan diğer bir koşul, demokratik toplum düzeni için gerekli olmasıdır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama, kanun ile yapılmış ve meşru bir amaca dayanıyor ise, son olarak demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı incelenmelidir.

Sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığının incelenmesi, demokratik toplum ile uyumlu bir sınırlamanın varlığı, sınırlamanın takip edilen meşru amaca uygun ve bununla orantılı olması ve ilgili devletin yaptığı değerlendirmenin Mahkeme tarafından gözden geçirilmesi suretiyle yapılmaktadır¹⁰⁴.

Bu ilke, birçok uluslararası insan hakları belgesinde de yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.29/2¹⁰⁵ ve BM Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.4'de¹⁰⁶ de güvence altına alınmıştır.

AİHM tarafından verilen *Handyside/Birleşik Krallık* kararında, demokratik toplum düzeninin temel unsurları, düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirtilmiş ve bu ilkeler olmaksızın demokratik toplumun olmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁷. Mahkeme, *Handyside/Birleşik*

¹⁰² AİHM tarafından verilen *Handyside/Birleşik Krallık* kararı (AKKURT, s. 322).

¹⁰³ AİHM tarafından verilen *Handyside/Birleşik Krallık* kararı (AKKURT, s. 322-325); SALİHPAŞAOĞLU, s. 75.

¹⁰⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 346, 347.

¹⁰⁵ İHEB m.29/2'ye göre; "*Herkes haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenen sınırlamalara bağlı olur*".

¹⁰⁶ BM Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.4'e göre, "*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmeye uygun olarak tanımış oldukları hakların kullanılmasını, demokratik bir toplumda sadece kamunun yararını korumak amacıyla ve yalnızca bu hakların niteliklerine uygun düşüğü ölçüde, ancak hukuk tarafından tespit edilmiş sınırlamalara tabi tutmayı kabul eder*".

¹⁰⁷ AİHM'nin 07.12.1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık* kararı (Çevrimiçi) <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>; AKKURT, s. 289; KALABALIK, s. 470; KABOĞLU, s. 273; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 326; OKUMUŞ, s. 64; DOĞRU/NALBANT, s. 181.

Mahkeme, *Handyside/Birleşik Krallık* kararında, ifade özgürlüğünün, yalnızca olağan karşılanan ve zararsız görülen bilgi ve düşüncelerin açıklanması bakımından değil, aynı zamanda farklı görüşler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 331). Gerçekten de, aykırı düşüncelerin baskı altında tutularak yasaklanmaya çalışılması halinde kamuoyu, sosyal ve siyasi konular hakkında düşünmek ve fikir yürütmekten alıkonacaktır. Böylece

Krallık kararında, demokratik toplum düzeni için gerekli olma koşulundaki “gerekli” kavramının aynı zamanda, “zorunlu”, “vazgeçilmez”, “mutlak surette gerekli” ifadelerinin taşıdığı kesinliği içermediği, diğer yandan ise “kabul edilebilir”, “olağan”, “makul”, ifadelerindeki kadar da esneklik taşımadığını kabul etmiştir¹⁰⁸. Mahkeme, içtihatlarında “gerekli” kavramının, “zorunlu bir toplumsal ihtiyacı” ifade ettiğini kabul etmiştir¹⁰⁹. Sınırlandırma zorunluluğu, inandırıcı olmalıdır¹¹⁰.

Mahkeme kararlarında, düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkelerinin basın konusunda daha fazla öneme sahip olduğunu ifade etmiştir¹¹¹.

V. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları

A. Anayasa’ya Uygunluk Denetimi Neticesinde Verilen Kararlar

Anayasa’nın varlığı, temel hak ve özgürlükler için güvence teşkil etmekle birlikte siyasal iktidarın hukuka riayet edip etmediğinin yargısal denetime tabi tutulması gerekmektedir. Bu amaçla kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi, Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanmaktadır¹¹².

Anayasa Mahkemesi’ne göre basın özgürlüğü, mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir¹¹³.

Basının kamusal görevlerini yerine getirebilmesi için eserlerin serbestçe basılması, çoğaltılması ve basılmış eserlerin geniş kitlelere ulaşmasının sağlanması, serbestçe yayımlanmasının sağlanmasına bağlıdır¹¹⁴. Basın özgürlüğünün sağlanması için bu özgürlüğün önündeki hukuksal engellerin kaldırılması gerekmektedir¹¹⁵. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da bu husus, süreli ve süresiz yayınların dağıtımını için zorunluluk öngörülmesinin kamu yararı amacına hizmet eden bir düzenleme olduğu ifade edilerek süreli ve süresiz ya-

ifade özgürlüğünü geniş anlamda yorumlamak, aşırı olarak nitelenebilecek görüşleri bir ölçüye kadar normal kabul etmek, demokratik toplum için vazgeçilmez olan hoşgörü ve çoğulcu anlayışın bir gereğidir (TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 331).

¹⁰⁸ AİHM tarafından verilen Handyside/Birleşik Krallık kararı (AKKURT, s. 289).

¹⁰⁹ AİHM tarafından verilen Handyside/Birleşik Krallık kararı; Lingens/Avusturya kararı; Barthold/Almanya kararı (AKKURT, s. 290); KABOĞLU, s. 275; DOĞRU/NALBANT, s. 181; SALİHPAŞAOĞLU, s. 65.

¹¹⁰ KABOĞLU, s. 275.

¹¹¹ AİHM tarafından verilen Sunday Times/Birleşik Krallık kararı; Lingens/Avusturya kararı (AKKURT, s. 289); KALABALIK, s. 470; KABOĞLU, s. 273; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 326; OKUMUŞ, s. 64.

¹¹² SALİHPAŞAOĞLU, s. 122, 123.

¹¹³ AKKURT, s. 273.

¹¹⁴ AKKURT, s. 280.

¹¹⁵ AKKURT, s. 280.

yınlar açısından dağıtım zorunluluğu getiren düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir¹¹⁶. Ancak dağıtım zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucu öngörülen dağıtım faaliyetinin durdurulması cezası da, bireyi bilgilendirme hakkı ile de çelişir¹¹⁷. Bu sebeple de, Anayasa Mahkemesi, dağıtım zorunluluğuna uyulmaması sonucu öngörülen dağıtım faaliyetinin geçici olarak durdurulması cezasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir¹¹⁸.

Basın Kanunu'nda, basılmış eser yolu ile işlenen suçlardan dolayı bir kimşenin uzun süre ceza tehdidi altında kalmasını engellemek ve basın özgürlüğünü güvence altına almak amacı ile bu suçlar nedeni ile açılacak davaları için belli süreler öngörülmektedir¹¹⁹. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da, dava sürelerinin, hem basın mensuplarının uzun süre ceza tehdidi altında kalmasını engelleyen, hem de mağdurların hak arama özgürlüklerini kullanabilmelerine imkan sağlayan makul süreler olduğu, dolayısı ile ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılık taşımadığına karar verilmiştir¹²⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin esasen özgürlüklerden yana bir yaklaşım biçimini benimsemesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha uygun olacaktır¹²¹.

B. Bireysel Başvuru Üzerine Verilen Kararlar

Bireysel başvuru, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde diğer tüm hak arama yolları tüketildikten sonra başvurulmuş bir hak arama yoludur.

Anayasa Mahkemesi'ne basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile birçok kez bireysel başvuru yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi karar incelemesinde, AİHM'in karar incelemesindeki sistematığe uygun bir şekilde inceleme yapılmaktadır. Karar incelemesi sistematığında, genel olarak müdahalenin bulunup bulunmadığı, müdahale var ise ihlal oluşturup oluşturmadığı, müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru amacın olup olmadığı ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ile ölçülülük koşullarının varlığı incelenerek karar verilmektedir.

¹¹⁶ AYM tarafından verilen 05.06.1997 tarih ve 1996/70 E., 1997/53 K. sayılı karar (04.04.2003 tarih ve 25069 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır). Bkz: AKKURT, s. 280.

¹¹⁷ AKKURT, s. 281.

¹¹⁸ AYM tarafından verilen 05.06.1997 tarih ve 1996/70 E., 1997/53 K. sayılı karar (04.04.2003 tarih ve 25069 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır). AKKURT, s. 281.

¹¹⁹ AKKURT, s. 284.

¹²⁰ AYM tarafından verilen 04.07.2013 tarih ve 2012/100 E., 2013/84 K. (02.08.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır).

¹²¹ SALİHPAŞAOĞLU, s. 136.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *Mehmet Ali Aydın* kararına konu olan olay, siyasetçi olan başvurucunun yaptığı bir basın açıklamasında kullanılan ifadelerden dolayı yargılanması dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuruya ilişkindir. Mahkeme, başvurucunun açıklamasında PKK terör örgütünün kurucusunun cezaevinde olmasından duyulan rahatsızlığı ifade ettiğini, başvurucunun siyasetçi olması dolayısı ile çok dar bir takdir aralığının olduğu, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği sürece sınırlama getirilemeyeceği, başvurucu hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa dahi başvurucunun kovuşturmaya tabi tutulma riski devam ettiğinden müdahalenin amaca uygun olmadığı ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir¹²².

Bekir Çoşkun kararında, başvurucu bir yazısı dolayısıyla cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur¹²³. Başurucu, ulusal düzeyde yayın yapan Cumhuriyet Gazetesi'nin 04.07.2013 tarihli nüshasında, "*Boyalı Merdivenler*" başlıklı yazı kaleme almış, bu yazı sebebi ile hakkında kamu davası açılmış, basın yoluyla hakaret suçunu işlediği gerekçesi ile hapis cezasına hükmedilmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede, bahse konu yazının Türkiye'deki çevre sorunlarına destek veren eyleme dikkat çekilmesinin ve bu eyleme karşı olanları eleştirmesinde kamu yararı bulunduğunu, siyasetçilere yöneltilen eleştiri sınırının sade vatandaşlara göre daha geniş olduğu, başvurucu hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının cezanın infaz edilmesi riski taşıdığını, "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması*" için demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığına ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Sonuç

Basın özgürlüğünün sınırları, güncel ve oldukça tartışmalı bir konudur. Basın özgürlüğün kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi, belirlenen kriterlerin yerleşmiş olması, uygulamadaki birçok sorunun çözülmesine katkı sağlayacaktır.

¹²² AYM tarafından verilen 04.06.2015 tarihli ve 2013/9343 Başvuru Numaralı Mehmet Ali Aydın Kararı (01.07.2015 tarih ve 20403 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). Bkz: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/07fab51c-21ac-43bd-b3981921f790df20?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 24.04.2016).

¹²³ AYM tarafından verilen 04.06.2015 tarihli ve 2014/12151 Başvuru Numaralı Bekir Çoşkun Kararı (01.07.2015 tarih ve 29403 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). Bkz: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e9014968-b510-48f4-b808-87726a1add8d?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 25.04.2016).

Bu çalışmada, ifade ve basın özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğü ve kapsamı, 1982 Anayasası'nda yer alan düzenlemeye göre basın özgürlüğünün genel sınırları, basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için gerekli olan koşullar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünün sınırları, içtihatlar ile belirlenmiş olan kriterler, Anayasa Mahkemesi'nin uygunluk denetimi neticesinde ve bireysel başvuru yolu ile yapılan başvurulara ilişkin verdiği önemli kararlar ele alınarak incelenmiştir.

İfade ve basın özgürlüğü, demokratik bir toplum ve hukuk devleti için vazgeçilmez bir hak ve özgürlüktür. Bu hak ve özgürlüğün bu derece önemli olmasını sağlayan husus ise, bireyin gelişimi ve özerkliğine sağladığı fayda kadar toplumun gelişimi ve ilerlemesi için de sağladığı katkıdır.

Diğer hak ve özgürlükler gibi basın özgürlüğünün de sınırları bulunmaktadır. Bir kısım koşulların varlığı halinde bu hak ve özgürlüğün kullanımı sınırlandırılmaktadır. Bu koşullara uyulmaksızın yapılan müdahale ise, ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine yol açmaktadır. Basın özgürlüğünün sağlanması, demokrasi ve hukuk devleti için vazgeçilmez olması ile birlikte şiddete teşviğin önlenmesi, bireylerin özel yaşamlarının güvenliğinin sağlanması açısından da diğer tüm özgürlükler gibi sınırlandırılmakta, ancak amaç ile araç arasında adil bir denge kurulması, orantılılığın sağlanması gerekmektedir.

Basın özgürlüğüne yönelik sınırlandırılmada, genel ve çerçeve hüküm niteliğinde olan Anayasa'nın 13. maddesi ve basın özgürlüğünün güvence altına alındığı Anayasa'nın 28. maddesinin atfı ile 26 ve 27. maddeler nazara alınmalıdır. Anayasa m.28/4 hükmü ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulacak esas ve usulleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi bir arada incelendiğinde, *"Anayasa'nın 26 ve 27. maddelerinde yer alan sebeplere"* bağlı olarak, ancak *"kanun ile"* ve *"hakkın özüne, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* uygun olarak sınırlandırılacaktır.

Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında, *"Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının ... korunması amacıyla sınırlandırılabilir"* denilmektedir. Toplum sağlığının ve ahlâkının korunması sebebi, Anayasa m.26/2'de sınırlama sebepleri arasında düzenlenmemiştir. Bu sınırlama sebebine esasen, AİHS m.10/2'de yer verilmiştir. Anayasa'da yer almayan sınırlama sebebine Basın Kanunu'nda yer verilmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple bu hükmün iptal edilmesi ya da Anayasa'nın 26. maddesinin AİHS m.10 ile uyumlu hale getirilmesi önerilmektedir.

Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özgürlük temelinde bir sözleşme olduğu için Sözleşmeci devlet Sözleşme’de yer alan hükümden daha özgürlükçü bir hüküm ihdas etmiş ise, Sözleşme’yi negatif anlamda sınırlayamaz ve daha özgürlükçü olan hüküm esas alınır. Kaldı ki; Sözleşme’nin 17. maddesinde de, Sözleşme’de öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara yer verilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Basın Kanunu’nda yer alan bu hüküm Anayasa’ya aykırılık teşkil etmekte olup, bu sebeple iptal edilmelidir.

Haber, röportaj, eleştiri vb. yayın yasakları ile hak ve özgürlüklerde belirli olmayan bir sınırlama yapılmaktadır. Esasen Anayasa’da yayın yasaklarına ilişkin bir hüküm bulunmadığı için yayın yasağı kararlarının hukuki dayanağının bulunmadığı görüşünderiz.

İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun olabilmesi için; sınırlama kanun ile yapılmalı, ulusal güvenlik ve kamu düzeni, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, genel ahlakın korunması amaçları ile yapılmalı ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru üzerine verilen kararlarda, AİHM’in karar incelemesindeki sistematige uygun bir şekilde inceleme yapıldığı ve AİHM’in içtihatlarına atıf yapıldığı ve genel itibariyle içtihatlarla uygun kararlar verildiği görülmektedir. AYM, AİHM’nin karar incelemesindeki sistematige uygun bir şekilde, genel olarak müdahalenin bulunup bulunmadığı, müdahale var ise ihlal oluşturup oluşturmadığı, müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru bir amacın olup olmadığı ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ile ölçülülük koşullarının varlığını inceleyerek karar vermektedir.

Basın özgürlüğündeki en önemli tartışmanın sınırlamalara ilişkin olduğunu görmekteyiz. Hak ve özgürlüğün esas, sınırlamanın istisna olduğu yaklaşımı ile hareket edilmesi gerekmektedir. Sınırlamalara ilişkin problemlerin aşılması, sınırlama sebeplerinin ve buna ilişkin kriterlerin yasal düzenleme ve içtihatlar ile belirlilik kazanmasıyla olanaklıdır.

Kaynakça

- AKKURT, Ali: *Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah: (Çev.), “*AİHM'nin İrlanda Bağımsız Haber, Medya ve Bağımsız Gazeteler Limited Şirketi v. İrlanda Kararı*”, s. 421-460, Kayıhan İçel (Proje Yöneticisi)/ Yener Ünver (Yayına Hazırlayan), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- BOZKURT, Enver / DOST, Süleyman: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 47-74 (Çevrimiçi) <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/sduiibfd/article/viewFile/5000122902/5000113208> (Erişim Tarihi: 15.04.2016)
- CAN, Osman: “*Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. XIX, 2002, s. 1-30, (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2016)
- ÇALIŞIR, Bilal: *Türkiye'de Basın Özgürlüğü'nün Hukuki Zemini*, Medya ve İletişim Çalışmaları Merkezi, İstanbul Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2015 (Çevrimiçi) http://t24.com.tr/files/20150509165327_turkiyede-basin-ozgurlugunun-hukuki-zemini-baski.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2016)
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Üçüncü Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006
- KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “*Basın Özgürlüğünün Suistimali*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/3-4, s. 385-388 (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1993-19933-964> (Erişim Tarihi: 08.04.2016)
- MACOVEI, Monica: *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, TBB Yayınları: 88, (Çevrimiçi) <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2016)
- OKUMUŞ, Ali: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007
- ONGUN, Çoşkun: *Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/AvukatYayinlari/ykimh2010.pdf> (Erişim Tarihi: 17.04.2016)
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: “*Türkiye'de Basın Özgürlüğü*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Murat Rifat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
- <http://www.rtuk.org.tr>
- <http://aihm.anadolu.edu.tr/>
- <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

Locus Standi for Natural and Legal Persons Under Action for Annulment Procedure in European Union Law

Avrupa Birliği Hukukunda Gerçek ve Tüzel Kişilerin İptal Davası Açma Hakkı

Av. Hande BİLGİ

Abstract

According to the European Union Law, acts of the European Union Institutions can be challenged under some conditions. Locus Standi which gives right to applicants to bring an action to the court is one of the important conditions, especially for natural and legal persons who have to prove its direct and individual concern in order to challenge the acts of the European Union Institutions within the scope of Action for Annulment Procedure under Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Action for Annulment Procedure is important for judicial protection of natural and legal persons, whereas it has some obstacles arising from the lack of definitions of direct concern and individual concern under the Treaty on the Functioning of the European Union. Thus the European Court of Justice has been playing an important role for interpretation of these conditions. In line with this paper, terms and conditions of being an applicant of Action for Annulment Procedure as natural and legal persons will be examined.

Keywords

Action for Annulment, Locus Standi for Natural and Legal Persons, Non-Privileged Applicants, Direct Concern, Individual Concern.

Özet

Avrupa Birliği Hukukuna göre Avrupa Birliği Enstitüleri'nin işlemleri bazı şartlar dahilinde iptal edilebilir. Başvuranlara bir işlemi mahkeme önüne getirme hakkı veren Dava Hakkı da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 263. maddesinde düzenlenen iptal davası kapsamında Avrupa Birliği Enstitüleri'nin işlemlerini iptal ettirebilmek için doğrudan ilgi ve bireysel ilgi kriterlerini yerine getirmek zorunda olan gerçek ve tüzel kişiler açısından önemli şartlardan biridir. İptal davası, gerçek ve tüzel kişilerin yargısal koruması açısından önemli olmakla birlikte doğrudan ilgi ve bireysel ilgi kavramlarına ilişkin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'da açık bir tanımlama olmaması iptal davasına başvurulmasında bazı engellere sebep olmaktadır. Bu sebeple Avrupa Adalet Divanı bu kriterlerin yorumlanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu çalışma kapsamında, Avrupa Birliği Hukukunda gerçek ve tüzel kişilerin iptal davası açmasının şartları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İptal Davası, Gerçek ve Tüzel Kişiler İçin Dava Hakkı, İmtiyazsız Başvuru Sahipleri, Doğrudan İlgi, Bireysel İlgi.

Attorney at Istanbul Bar Association, LL.M student at European Union Law Department of Marmara University, hande-blg@hotmail.com

I. Introduction

Since the European Union (hereinafter referred to as “EU” is different than other international organizations in terms of transferring the sovereignty rights of the Member States (hereinafter referred to as “MS” to the EU institutions, it is important to provide judicial review for the actions of the EU and its institutions in order to protect not only the balance between the competences of the EU and the MS but also the individuals rights under the EU Law.

Within the scope of EU Law, individuals have some rights in order to challenge the EU acts under the Treaty on European Union (hereinafter referred to as “TEU” and Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as “TFEU” and as “**Treaties**” collectively with the TEU)¹ such as preliminary ruling² and Action for Annulment Procedure.

Action for Annulment Procedure which is embodied under Article 263 of the TFEU provides legality review of the EU acts on the grounds of (i) lack of competence, (ii) infringement of an essential procedural requirement, (iii) infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, (iv) misuse of power. However application of the Action for Annulment Procedure is limited for individuals by requirement of proving its direct and individual concern.

As other remedies in the EU Law, Action for Annulment Procedure also has obstacles for natural and legal persons since they cannot directly be an applicant, thus called “non-privileged applicant”. Moreover there is non-explanation of the meaning of direct concern and individual concern which are crucial criteria for being an applicant under Article 263/4 of TFEU.

Within the frame work of Action for Annulment Procedure, Locus Standi which means right to bring an action to be heard in courts becomes essential especially for natural and legal persons.

The aim of this paper is to examine the Locus Standi for natural and legal persons under Article 263/4 of TFEU and in the light of the European Court of Justice (herein after referred to as “EUCJ” case law and evaluate its sufficiency as a remedy for individuals. The other conditions and requirements of Action for Annulment Procedure³ will not be examined in

¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

² Preliminary Ruling is embodied under Article 267 of TFEU. According to this procedure, national courts not only may request the EUCJ to interpret the EU Law and ask clarification and application of it, but also may demand the EUCJ to examine the validity of an act of the EU Law. The decision of the EUCJ with respect to preliminary ruling procedure is binding and so it serves the unification and cooperation between the EU and the MS.

³ Conditions and requirement of Action for Annulment Procedure are embodied under Article 263 of TFEU.

this paper. Within this scope, firstly the reasons behind the division between the applicants for Action for Annulment Procedure as privileged, semi-privileged and non-privileged applicants, will be explained and then the conditions of Locus Standi for natural and legal persons will be defined in line with the interpretation of the EUCJ on likely meaning of the direct concern and individual concern. Finally the sufficiency of Action for Annulment Procedure for individuals as a remedy will be evaluated.

II. Locus Standi in General - Who Can be an Applicant of Action for Annulment Procedure?

Under Article 263 of TFEU, the applicants of Action for Annulment Procedure are divided into three categories; (i) privileged applicants, (ii) semi-privileged or quasi-privileged⁴ applicants and (iii) non-privileged applicants.

1. Privileged Applicants

After stating what kind of acts can be challenged under Article 263/I of TFEU, privileged applicants which means that they do not need to fulfill any further requirements for being an applicant are indicated with the applications grounds under Article 263/II of TFEU as follows;

"It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers."

The MS, the European Parliament, the Council and the Commission are privileged applicants of Action for Annulment Procedure. These applicants are always allowed to bring an action, even where the decision is addressed to some other person or body.⁵ These institutions do not need to have any concern or interest with the subject act of the annulment⁶. Moreover regarding their heavy responsibilities it is assumed that they have always had interest and concern in order to ensuring the EU acts are in compliance with the law.⁷ On the other hand, the MS as the founders of all the EU systems

⁴ Paul Craig, Grainne De Burca, *Eu Law-Text, Cases, and Material*, Sixth Edition Oxford University Press, Oxford, 2015, pg. 514.

⁵ Craig, De Burca, pg. 514.

⁶ Commission of the European Communities v Council of the European Communities, Case 45/86, 1987.

⁷ T C Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 2003, pg. 356.

are accepted as objective defendants of the EU Law⁸ and within this respect proving their direct or individual concern requirements are not asked.

2. Semi-Privileged Applicants

Semi-privileged applicants are stated in Article 263/III of TFEU as follows;

“The Court shall have jurisdiction under the same conditions in actions brought by the Court of Auditors, by the European Central Bank and by the Committee of the Regions for the purpose of protecting their prerogatives.”

As semi-privileged applicants the Court of Auditors, the European Central Bank and the Committee of the Regions can only challenge the EU acts under the Action for Annulment Procedure for the purpose of protecting their prerogatives.

With imposing the condition for semi-privileged applicants, the TFEU started to make application of Action for Annulment Procedure gradually difficult. Furthermore by imposing requirements for non-privileged applicants such as proving individual and direct concern, the application is getting more complicated and almost unreachable for non-privileged applicants.

In this context, the mindset behind this division would be preventing the increase of workload, keeping the balance among the judicial remedies, preventing the all EU acts to be prosecuted and protecting the sui generis structure of EU Law.⁹

3. Non-Privileged Applicants

Locus Standi conditions of natural and legal persons are specified under Article 263/IV as follows;

“Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.”

Within the scope of this article; (a) the meaning of natural and legal person (b) what kind of actions can be challenged by non-privileged applicants (c) interpretation of direct concern (d) interpretation of individual concern will be explained.

⁸ Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu, *Avrupa Toplulukları Konusunda Araştırmalar*, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1988/303, Ankara, 1988, pg. 406.

⁹ Ceyda Ümit, “*Topluluk Hukukunda Özel Kişilerin İptal Davası Açma Hakkının Gelişiminde Avrupa Topluluğu Adalet Divanınının Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış*”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Volume: 6, No: 2 (Spring: 2007), Ankara, pg. 103.

a. Who Are Natural and Legal Persons?

Natural person is an individual human being who has its own legal personality; for instance individual citizens of any nationality. In the case law definition of legal person is more important than the natural person due to its complicated structure and different definitions in the legal systems of the other MS.

From the EUCJ perspective, legal person is “if, at the latest by the expiry of the period prescribed for proceedings to be instituted, it has acquired legal personality in accordance with the law governing its constitution [...] or if it has been treated as an independent legal entity by the Community institutions”¹⁰. Moreover the EUCJ accepted the legal personality of territorial units of the MS, such as regions or autonomous communities¹¹

Furthermore, considering that bodies, offices and agencies of the EU are not recognized as a separate applicant, it is accepted that they have legal personality and could therefore count as legal persons for the purposes of Article 263/IV of TFEU.¹²

b. What Kind of Acts Can Be Challenged By Non-Privileged Applicants?

In general, legally binding acts which are susceptible to review can be challenged. Within this scope, secondary source of EU Law such as regulation, directives and decisions can be the subject of the Action for Annulment Procedure. However recommendations and opinions which are another secondary source of EU Law cannot be a subject of this procedure due to the fact that they are not binding. In addition, primary source of EU Law such as Treaties which are not susceptible to review cannot be nullified by the Action for Annulment Procedure.

The classification of acts was crucial especially before the TFEU. Previous version of Article 263/IV of TFEU was Article 230/IV of the Treaty Establishing the European Community (hereinafter referred to as “TEC”¹³ which states that;

*“Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a **decision** addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.”*

¹⁰ Case T-161/94 Sinochem Heilongjiang v Council [1996] ECR II-695, para 31.

¹¹ Joined Case T-32/98 and T-41/98 Netherlands Antilles v Commission [2000] ECR II-201, at paras. 43 to 45; Case C-142/00 P Commission v Netherlands Antillen [2003] ECR I-3483, para. 59.

¹² Craig, De Burca, pg. 515.

¹³ Official Journal C 325, 24/12/2002 P. 0126 – 0126 Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0272 - Consolidated version, Official Journal C 224, 31/08/1992 P. 0062 - Consolidated version

The case law about Article 230/IV of TEC was focused on classification of the meaning of decision along with the meaning of the direct and individual concern. During the application of TEC time, the EUCJ tended to classify the acts regarding their features and effects rather than their titles.

However, within the TFEU, Action for Annulment Procedure requirements for natural and legal persons were slightly changed and the provision which refers to “decision” in Article 230/IV of TEC was substituted with the “act” which is a general term in Article 263/IV of TFEU.

The Article 263/IV of TFEU stipulates three situations for Locus Standi for natural and legal persons;

1. Where the acts are addressed to them
2. When the act addressed to third party, applicants have standing if the act is of individual and direct concern to them
3. If the individual proves that its individual and direct concern it can also challenge the regulatory act which does not entail implementing measures¹⁴

The first category of Locus Standi for natural and legal persons is relatively simple in terms of proving its standing considering the fact that the applicant is direct addressee of the act which means that they do not have to prove their direct and individual concern. It is assumed that being a direct addressee brings along its direct and individual concern.

c. Interpretation of Direct Concern

Since applying the second and third stipulation categories of Locus Standi above, the direct and individual concern have to be proved by natural and legal persons. Under the Article 263/4 of TFEU neither the meaning of direct concern nor the individual concern are defined. For this reason it is referred to the EUCJ interpretation of these measures.

The general principle is that a measure will be of direct concern where it directly affects the legal situation of the applicant and leaves no discretion to the addressees of the measure, who are entrusted with its implementation¹⁵ Moreover in the *DSTV vs Commission* Case¹⁶ it is held that “that measure must directly affect the legal situation of the person concerned and its

¹⁴ This third stipulation was not regulated under the TEC, it was firstly introduced by the TFEU and for this reason there has not been exercised in the case law so many times. In respect to this stipulation, *Tapiriit Kanatami* Case [Case C-583/11 P - *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*.] could be referred. In this case the meaning of the regulatory act was defined and the principle of judicial protection was evaluated.

¹⁵ Craig, De Burca, pg. 515.

¹⁶ Case T-69/99 *DSTV v Commission* [2000] ECR II-4039.

implementation must be purely automatic and result from Community rules alone without the application of other intermediate rules.”¹⁷

Another example from application of direct concern measure on regulations is *Beauport Case*¹⁸ which states that the direct applicability of regulations does not always lead to individuals being directly concerned by them.¹⁹

On the other hand there are some cases such as *Bock*²⁰, *Piraiki-Patraiki*²¹, *Toepfer*²² related with application of direct concern measure on decisions. Within these cases the EUCJ generally held that giving authorization to the MS by decisions does not mean that individual has direct concern. However in *Bock*, whether the MS expressly and clearly inform the individual that its application will be rejected as soon as authorization given to the MS, then the EUCJ concluded that individuals have direct concern. In *Piraiki-Patraiki*, the EUCJ went even further and accepted direct concern where the authorized MS had made it implicitly clear how it would exercise its discretion.²³

d. Interpretation of Individual Concern

The meaning of the individual concern is also not defined under the Article 263/IV of TFEU. It is enlightened by the interpretation of the EUCJ, especially with the *Plaumann*²⁴ Case.

*The EUCJ gives more importance and priority to the individual concern measure than the direct concern measure and it is concluded that whether the applicant proves its individual concern in the Action for Annulment Procedure it is assumed to have direct concern too.*²⁵ Likewise if the former obstacle which is more difficult is hurdled, the later one (in this sense direct concern) is assumed to be hurdled as well.²⁶

After this comparison, the *Plaumann* Case which introduced criteria in order to decide whether the applicant has individual concern or not should be examined in a detailed way. In this case, the annulment application was

¹⁷ Ibid, at para. 24.

¹⁸ Joined Cases 103 to 109/78 Societe des Usines de Beauportv Council [1979] ECR 17.

¹⁹ Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, 2009, pg. 55.

²⁰ Case 62/70 Bock v Commission [1971] ECR 897.

²¹ Case 11/82 Piraiki-Patraiki v Commission [1985] ECR 2017.

²² Joined Cases 106 and 107/63 Toepfer v Commission [1965] ECR 405.

²³ Türk, pg. 57.

²⁴ Case 25/62 Plaumann v Commission [1963] ECR 95.

²⁵ James Hanlon, *European Community Law*, Sweet-Maxwell, London, 1998, pg. 115.

²⁶ Lionel Neville Brown and Tom Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet&Maxwell, London, 1994, pg. 140.

made by the German clementine's importer to the decision addressed to the German Government and related to decreasing the import tax rate was rejected on the grounds that at any time everybody does clementine's import business so that applicant is not differentiated from others. The exact wording of the reason of the *Plaumann* decision is as follows;

"...Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed..."

The *Plaumann Test* which is so called *Closed Category Test* stipulates that applicants can only be individually concerned by a decision addressed to another if they are in some way differentiated from all other persons, and by reason of these distinguishing features singled out in the same way as the initial addressee.²⁷

The measure of being differentiated from others is also referred again and it is stated that the EUCJ requires applicants to be part of a closed category, membership of which is fixed and ascertainable at a date of adoption of the contested measure.²⁸

While the measure of direct concern is evaluated by the EUCJ, two tests which are *Closed Category Test*²⁹ and the *Abstract Terminology Test*³⁰ are applied in order to decide the existence of the direct concern in the case law.

If a regulation was found to be a 'true regulation' on the basis of the abstract terminology test then traditionally the EUCJ would simply conclude that the applicant was not individually concerned.³¹ In *Codorniu* the EUCJ modified this legal stance and accepted that a regulation might be a 'true' regulation as judged by the abstract terminology test, but that nonetheless it might be of individual concern to an applicant.³²

As it is obviously noticed that the absence of the definition of the meaning of the individual concern and direct concern causes the different

²⁷ Craig, De Burca, pg. 519.

²⁸ Jo Shaw, *Law of the European Union, Palgrave Law Masters*, 2000, pg. 506.

²⁹ Cases 41-44/70 *International Fruit Company BV v Commission* [1971] ECR 411; Case 100/74 *Societe CAM SA v Commission* [1975] ECR 1393; Case C-354/87 *Weddel v Commission* [1990] ECR I-3487.

³⁰ Cases 789 and 790/79 *Calpak SpA and Societa Emiliana Lavorazione Frutta SpA v Commission* [1980] ECR 1949.

³¹ Craig, De Burca, pg. 521.

³² Case C-309/89 *Codorniu SA v Council* [1994] ECR I-1853.

interpretation of the EUCJ which is generally not in the wider way. For that reason it is alleged that the natural and legal persons' rights under the Article 263/IV of TFEU was restricted and also it might be accepted that Article 263/IV of TFEU does not serve as a remedy regarding the obstacles of proving individual and direct concern. On the other hand including the natural and legal persons while embodying the Article 263 of TFEU shows that individuals are also accepted as a subject of the EU Law³³

III. Conclusion

Article 263/IV of TFEU is embodied in order to provide legal remedies for natural and legal persons under the Action for Annulment Procedure. Besides the other remedies such as direct effect, indirect effect, state liability principles which are introduced by case law, this remedy is guaranteed under the TFEU which is one of the founding Treaties of the EU Law. Within this respect it is important to note that individuals are also considered as a subject of the EU Law with the MS, EU and its institutions.

However, Article 263/IV does not provide direct and total protection since it is required the direct and individual concern of the natural and legal persons as a non-privileged applicant. On the other hand the absence of the definition of the direct and individual concern in Treaties cause different interpretation of these measures by the EUCJ who introduced *Closed Category Test* and the *Abstract Terminology Test* in order to evaluate whether the applicant has individual concern or not. The application of these tests and strict interpretation of the EUCJ have been criticized by the authorities on the grounds that it prevents the right of remedies and judicial protection. Moreover it is also alleged that putting obstacles to the annulment of the legislative actions is a democratic deficit since preventing the natural and legal persons who have also low contribution to the legislative process.

On the other hand, this strict interpretation of the EUCJ can be accepted on the grounds that not all of the EU acts can be challenged by all kind of applicants in order to maintenance the validity of the EU system and keep the balance among the all kind of remedies which are accepted the alternative of each other by the EUCJ and prevent the workload of the EUCJ.

³³ Albertina Albers Llorens, *Private Parties in European Community Law, Challenging Community Measures*, Clarendon Press Oxford, 1996, pg. 8.

Bibliography

- BROWN, Lionel Neville / KENNEDY, Tom:** *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet&Maxwell, London, 1994.
- CRAIG, Paul / BURCA, Grainne de:** *Eu Law-Text, Cases, and Material*, Sixth Edition Oxford University Press, Oxford, 2015.
- HANLON, James:** *European Community Law*, Sweet-Maxwell, London, 1998.
- HARTLEY, Trevor:** *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 2003.
- LLORENS-ALBORS, Albertina:** *Private Parties in European Community Law, Challenging Community Measures*, Clarendon Press Oxford, 1996.
- TURK, Alexander:** *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, 2009.
- ÜMİT, Ceyda:** "Topluluk Hukukunda Özel Kişilerin İptal Davası Açma Hakkının Gelişiminde Avrupa Topluluğu Adalet Divanının Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Volume: 6, No: 2 (Spring: 2007), Ankara.
- Jo Shaw, *Law of the European Union, Palgrave Law Masters*, 2000.
- Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu, Avrupa Toplulukları Konusunda Araştırmalar*, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1988/303, Ankara, 1988.
- Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

Cases:

- Case T-161/94 *Sinochem Heilongjiang v Council* [1996] ECR II-695.
- Case C-142/00 P *Commission v Netherlands Antillen* [2003] ECR I-3483.
- Case T-69/99 *DSTV v Commission* [2000] ECR II-4039.
- Case 62/70 *Bock v Commission* [1971] ECR 897.
- Case 11/82 *Piraiki-Patraiki v Commission* [1985] ECR 2017.
- Case 25/62 *Plaumann v Commission* [1963] ECR 95.
- Cases 41-44/70 *International Fruit Company BV v Commission* [1971] ECR 411.
- Case 100/74 *Societe CAM SA v Commission* [1975] ECR 1393.
- Case C-354/87 *Weddel v Commission* [1990] ECR I-3487.
- Cases 789 and 790/79 *Calpak SpA and Societa Emiliana Lavorazione Frutta SpA v Commission* [1980] ECR 1949.
- Case C-309/89 *Codorniu SA v Council* [1994] ECR I-1853.
- Case C-583/11 P - *Inuit Tapirrit Kanatami and Others v Parliament and Council*.
- Commission of the European Communities v Council of the European Communities*, Case 45/86, 1987.
- Joined Cases 106 and 107/63 *Toepfer v Commission* [1965] ECR 405.
- Joined Case T-32/98 and T-41/98 *Netherlands Antilles v Commission* [2000] ECR II-201.
- Joined Cases 103 to 109/78 *Societe des Usines de Beauport v Council* [1979] ECR 17.

Üreme Sağlığında Etik ve Hukuki Sorunlar

Kadın Sünneti (Sakatlama/Sünnet): Etik ve Hukuki Boyutlar*

Çev.: Arş. Gör. Mustafa ERÇAKICA**

Özet

Kadın sünneti olarak ifade edilen uygulama bazı toplumlarda çok uzun süredir bulunmakta ve bu geleneğin bulunmadığı ülkelere göçle birlikte yayılmaktadır. Kadın sünnetinin, sıklıkla klitoridektomi (klitorisin tamamen alınmasını) de içeren, tüm şekilleri sağlıkla ilgili sorunları gündeme getiren, önemli fiziksel ve/veya psikolojik hasarlara yol açan, hamilelik bakımını ve jinekolojik bakımı tehlikeye düşüren farklı derecelerde uygulandığı görülmektedir. Ebeveynlerin genellikle kızları için bu uygulamayı iyi niyetli amaçlarla istemelerine rağmen, uygulamanın temelinde dinsel gerekliliklere riayet yatmamaktadır. Kadın cinselliği üzerinde sosyal kontrol oluşturmaya yönelik bu uygulama, bakireliği ve aile şerefini korumakla ilişkili görülmektedir. Kadın sünnetinin hukuk tarafından yasaklanması, hem uygulamanın geleneksel olduğu ülkelerde hem de göçün etkisiyle uygulamaya rastlanan ülkelere gittikçe yaygınlaşmaktadır. Tıbbi uygulama da kadın sünnetini yasaklamaktadır. Kadın sağlığı ve onların cinselliği üzerinde olumsuz etkisi bulunduğu konusunda hemfikir olunan ve bir insan hakkı ihlali olarak görülen kadın sünnetinin, uygulamadan etkilenenlerin ve toplumların eğitilmesiyle ortadan kaldırılmasında hekimlerin rolü bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kadın Sünneti, Kadının Genital Sakatlanması, Kadının Genital Kesimi, Sünnet, Cinsellik, Klitoris Dudaklarının Birbirine Dikilmesi, Çocuk İstismarı.

1. Yaygınlık ve Tanımlar

Kadın sünneti ya da kadının genital kesiminin kökenlerinin nereye dayandığı bilgisi tarihe gömülmüştür; ancak uygulama yaygın bir şekilde Doğu ve Batı Afrika'da, Arap Yarımadası'nın bazı bölgelerinde ve bu bölgelerdeki göçün etkisiyle Batı dünyasındaki birkaç ülkede bulunmaktadır¹. 2000 yılında yapılan bir incelemede "Dünya genelinde tahminen 130 milyon kız çocuğu ve kadının bu uygulamaya maruz kaldığı ve yılda en az 2 milyon kız çocuğu-

* Orijinal makalenin bilgileri şu şekildedir: "R. J. Cook, B.M. Dickens, and M.F. Fathalla, "Female Genital Cutting (Mutilation/ Circumcision): Ethical and Legal Dimensions," (2002) 79 *International Journal of Gynecology and Obstetrics*: 281-287." Tuluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu (FIGO)'nun izniyle tercüme edilip yeniden basılmıştır.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
Email: m_ercakica@hotmail.com

¹ Fathalla MF. From obstetrics and gynecology to women's health: the road ahead. New York and London: Pathenon, 1997, (p. 210).

nun bu uygulamanın çeşitli şekillerine maruz kalma riskini taşıdığı,² gözlemlenmiş ve bunun günde yaklaşık 5500'e denk geldiği belirtilmiştir. Kadın sünnetiyle ilgili olarak daha fazlası da bilinmektedir: “Kadın sünneti, Sahra altı ve Kuzeydoğu bölgelerindeki 28 Afrika ülkesinde uygulanmaktadır... Ancak uygulamanın yaygınlığı ülkeden ülkeye çeşitlilik göstermektedir. Mısır, Eritre, Mali ve Sudan’da neredeyse %90 veya daha yüksek, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Fildişi Sahili’nde %50’den az, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Uganda’da %5 civarında olmak üzere değişen oranlarda görülmektedir... Kadın sünnetine maruz kalan kadınlara Avrupa, Kanada, Avustralya ve Birleşik Devletler’de bulunan göçmen Afrikalı topluluklarda da rastlanmaktadır³.”

1989 ve 1996 yılları arasında yedi ülkede (Orta Afrika Cumhuriyeti, Fildişi Sahili, Mısır, Eritre, Mali, Sudan ve Yemen) gerçekleştirilen ve 55000’den fazla kadın üzerinde yapılan demografik ve sağlık araştırmaları, kadın sünnetinin tüm sosyoekonomik gruplarda görüldüğünü, çeşitli ülkelerdeki kadınlar tarafından bu uygulamaya gösterilen geniş ve devamlı bir desteğin olduğunu, yaygınlık derecesinde yeni nesillere rağmen bir azalmanın olmadığını göstermiştir, ancak kentleşmiş ve eğitim görmüş kadınların kız çocuklarının kadın sünnetine maruz kalma olasılığının azaldığı düşünülmektedir⁴. Nijerya’da bulunan Ibo kabilesi kızları arasında kadın sünnetine ilişkin olarak son zamanlarda düşüş yaşandığı belirtilmiş ve bu durum büyük oranda kadınlara verilen eğitimin artışına bağlanmıştır⁵.

Kadın sünnetinin radikal bir şekilde uygulanmasıyla, Birleşik Krallık, Fransa, İsveç ve Kanada gibi batılı ülkelerde genellikle kadınların öncülük ettiği ve anavatanlarındaki şiddetten kaçan göçmen ailelerden kaynaklanan birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır⁶.

Kadın sünneti genellikle bu şekilde isimlendirilmektedir, ancak feminist anlayışın gelişimi ve bunun batılı ülkelerde savunulması, uygulamanın kadının genital sakatlanması (mutiliation) şeklinde tanımlanmasını yaygınlaştırmıştır; buna etki eden nedenlerden birisinin ise, uygulamanın en radikal türlerinin olması muhtemeldir. Bu tarafsız bir nitelendirme değil, kınamayı da içeren bir savunmadır; dinsel gereklilik nedeniyle yapılan erkek sünneti eşit ya da muhtemelen daha yaygın olmasına ve Müslümanlarla Yahudiler arasında neredeyse

² Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000. (p. 6).

³ Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000. (p. 7).

⁴ Carr D. Female genital cutting: findings from the Demographic and Health Surveys Program. Claverton, MD: Macro International Inc, 1997. (p. 5-9).

⁵ Nkwo PO, Onah HE. Decrease in female genital mutilation among Nigerian Ibo girls. Int J Gynecol Obstet 2001; 75: 321-322.

⁶ Bosch X. Female genital mutilation in developed countries. Lancet 2001; 358: 1177-1179.

istisnasız bir şekilde uygulanmasına rağmen sadece nadiren sakatlama şeklinde tanımlanmaktadır. Bu şekilde negatif nitelendirme ya da isimlendirme sosyal algıyı koşullandıran bir tekniktir. Feminist bir araştırmacıya göre; “feministler bir toplumun dilini konuşanların etkin ve uzun süreli olarak kullanma yoluyla muhtemelen diğer toplumlara dilsel anlamda etkileyecekleri konusunda harekete geçmiştir. Gerçekten de, uygulamaya yeniden verilen isim ve kadınlara verdiği zararların yeniden adlandırılması konusunda etkili olmuşlardır⁷.”

Bazı kadınların oldukça etkili olan iddialarının baskın olabileceğine işaret edilmiştir ve “otantik/özgün kadınların otoritesini iddia eden feministler kendi dışı olma yollarını yeniden üreteceğe benzemektedir. Bu nedenle otantik/özgün dişiler muhtemelen beyaz, orta sınıf, heteroseksüel ve eğitilmiş feminist kopyalar olacaktır. Bu tarz kadınların endişeleri feminist gündemi egemenliği altına alacaktır, aslında almış gibi de durmaktadır ve bir kez daha eğitilmiş ve gücü daha az olanlar kendini iyi ifade edemeyen, anlaşılmaz bir hale bürünecektir⁸.”

Dikkate değer bir nokta ise bazı toplumlar ve kültürler arasında annelerin kızları için sünnet uygulamasını bir tür arındırma, temizlenme olarak gördüğüdür⁹.

Belirtilen davranışı kınayan bir tutum benimsemek, hayatta daha avantajlı bazı kadınların görüşlerini, özellikle farklı ve genellikle daha az şanslı olan kadınlara dayatmanın etikliği sorununa ilişkin olarak geçerli bazı endişeleri gündeme getirmektedir¹⁰. ‘Kadının genital kesilmesi’ gibi daha az kınayıcı bir nitelendirme daha uygun olabilmektedir. Sünnetin tanımı doğru bir tanım olmasına rağmen, bazen dinsel, yasal statüye ilişkin ve psikolojik etkileri bakımından farklı olan erkek sünnetini ima eden yanlış bir analogi olabilmektedir. Bu şekilde olmasına rağmen, kesip ayırmak ya da vücudun bir organını ciddi bir şekilde yaralamak anlamındaki sakatlama (mutilation) kelimesi, kadın sünnetini açıklamak için uygun kabul edilebilmektedir.

2. Türleri ve Tıbbi Sonuçları

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) kadın sünnetini ilk üçü gittikçe artan yaygınlığına göre, sonuncusunu ise sınıflandırılmamış genital hasarlarına göre olmak üzere dört türe ayırmaktadır. Tüm bu uygulamalar çoğu zaman tıbben yeterli donanımı olmayan insanlarca, sterilize edilmemiş araçlarla ve anestezi yapılmadan gerçekleştirilmektedir. DSÖ’nün sınıflandırmaya ilişkin olarak yapılan kapsamlı tanımlaması şu şekildedir: “Kadın genital sakatlanması, kıs-

⁷ Naffine N. In praise of legal feminism. Legal Studies 2002; 202: 71-101 (p. 75).

⁸ Naffine N. In praise of legal feminism. Legal Studies 2002; 202: 71-101 (p. 88-89).

⁹ Brown L, editor. The New Shorter Oxford English Dictionary. Oxford: Clarendon Press, 1993. (p. 405).

¹⁰ Naffine N. In praise of legal feminism. Legal Studies 2002; 202: 71-101 (p. 90).

mi veya bütünüyle kadın dış genitelyasının ve/veya kadın genital organının kültürel nedenlerle veya tedavi amaçlı olmayan diğer nedenlerle alınmasını içeren tüm uygulamalarını içermektedir¹¹.”

Sınıflandırma dört tür genital hasar üzerinden yapılmıştır: Birinci türü, klitoris bir parçasının ya da tamamının alındığı ve alınmadığı durumları kapsayan bir biçimde, (erkek sünnetine benzer olarak) sünnet derisinin kesilmesidir. İkinci türü, sünnet derisi ve klitorisle birlikte, iç dudakların tamamen veya kısmen alınmasını da içeren türdür. Üçüncü türü, dış genitelyanın tamamen veya kısmen alınması ve vajina ağzının dikilmesi/daraltılmasıdır (infibülasyon denen bu işlem cinsel birleşmeyi önlemek için klitoris dudaklarının birbirine dikilmesi olarak da çevrilebilir ME). Dördüncü türü ise “sınıflandırılmamış” olarak anılmaktadır. Bu türe şişleme, oyma, klitoris ve/veya dudakların kesilmesi, klitoris ve/veya dudakların gerilmesi, klitoris ve onu çevreleyen dokuların yakılmasıyla gerçekleştirilen katerizasyon, vajina ağzının kazınması (angurya cuts) veya vajinanın kesilerek biçim verilmesi (gishiri cuts); vajina içine kanamaya neden olan, dokuları tahrip eden maddelerin yerleştirilmesi veya vajinin sıkışması ya da daralması amacıyla içine bitkilerin yerleştirilmesi veya yukarıda belirtilen kadın genital sakatlanması tanımı kapsamı içinde olan herhangi bir uygulama girmektedir¹².

Daha önce açıklanmış olan doğal risklerin bulunmasına rağmen, kadın sünnetinin dördüncü türünün daha yumuşak şekilleri ve birinci türünün daha basit şekilleri görece olarak daha hızlı iyileşmekte, boşaltım sisteminin, regl ve cinsel hayatının zarar görmemesini sağlamaktadır. Bu uygulamalar genellikle küçük yaşlarda gerçekleştirilmektedir. “Kızların genellikle 4 ile 10 yaşları arasında sünnet edildiği, ancak bazı koşullarda bebeklik döneminde yapıldığı, bazen de evlilik öncesine veya ilk çocuğun doğumuna kadar ertelenmediği” gözlemlenmiştir¹³.

Kadın sünnetinin tüm türleri hem acil, hem de uzun vadeli sağlık komplikasyonları oluşturmaktadır. Bahsedilen tıbbi komplikasyonlar acil müdahaleyi gerektiren kanamayı da içermektedir. Sağlıkla ilgili olan bu tehlikeler genellikle bunların profesyonel kimselerce gerçekleştirilmemesi nedeniyle doğmaktadır. Özellikle sterilize edilmemiş araçlar kullanıldığında, ciddi kan zehirlenmeleri oluşabilmektedir. Genital bölgenin idrar ve atıklarla kirlenmesi durumunda, uygulamadan birkaç gün sonra enfeksiyon, oluşması mümkündür. Bakterinin kan dolaşımına geçmesi durumunda oluşan enfeksiyon

¹¹ Department of Women's Health, Family and Community Health, World Health Organization. A systematic review of the health complications of female genital mutilation including sequelae in childbirth/WHO/FCH/WMH/00.2. Geneva: World Health Organization, 2000. (p. 11).

¹² Toubia N. Female circumcision as a public health issue. *New Engl J Med* 1994; 331: 712-716 (p. 712).

¹³ Toubia N, Izzett S. Female genital mutilation: an overview. Geneva: World Health Organization, 1998. (p. 26).

zehirlenmeye de yol açabilmekte ve bu durum öldürücü olabilmektedir. İdrarın vücuttan atılamaması nedeniyle oluşan yara etrafında şişkinlik oluşması ve iltihaplanmanın yaşanması mümkündür¹⁴.

Kadın sünnetinin tüm türleri uzun vadeli komplikasyonlara yol açabilmekte, bu komplikasyonların özellikle ikinci ve üçüncü türlerinden kaynaklananlar oldukça ağır olabilmektedir. Üçüncü türle (infibülasyon) ilgili olan komplikasyonlar tekrarlanan idrar yolu enfeksiyonunu ve üreme organlarına tedavisi olmayan zarar veren, kısırlığa neden olabilecek tedavi edilemez kronik pelvik enfeksiyonunu kapsamaktadır. Yaralı dokunun aşırı büyümesi şekil bozukluğuna yol açabilmektedir. Sünnetin gerçekleştirildiği bölgede yaranın oluştuğu yere deri yerleştirmeye çalışılırken yapılan yanlışlıktan dolayı bir dermoid kistin oluşması mümkün olabilmektedir. Bu gibi kistler ise uygulamaya maruz kalan kızlarda ve ebeveynlerinde bir interseks durumunun oluştuğuna ilişkin endişeler uyandırmaktadır.

Doğum yapmaya ilişkin olarak, kadın sünnetinin neden olduğu komplikasyonlar hamilelik sırasında, doğum öncesinde ve doğumdan sonra olanları içermektedir. Deinfibülasyon (düzeltme operasyonu olarak da çevrilebilir ME) süresince veya sonrasında, vulvanın önünde bulunan ve doğumun yapılabilmesini sağlayan kesikte acı çekilmesi söz konusu olabilmektedir. Doğum öncesi ve erken doğum komplikasyonları, uzamış doğum veya doğum engelleri, doğum fistülü (mesane ve vajina arasında ve rektum ile vajina arasında delik ya da tüneller), özellikle kadın sünnetinin üçüncü türünden kaynaklanabilecek komplikasyonlardır. Fetal distres (bebeğe sıkıntı hali olarak da çevrilebilir ME) ve fetüs ölümleri (ölü doğum ya da erken yeni doğan ölümü) de görülebilmektedir. Kadın sünnetinin üçüncü türünde görülen vulvadaki yaranın engel olduğu doğumlardan veya birinci ve ikinci türlerin karmaşık uygulanişından kaynaklanan ekstra yaralarla ilişkili olarak fetüs ölümleri görülmektedir¹⁵. Kadın sünnetinde, doğum sonrası kanama ise genellikle fazla kesilmekten kaynaklı olarak çok sık görülmektedir ve perineum yırtığı da kadın sünnetinin tüm türlerinde yaşanabilmektedir¹⁶. Kadın sünneti vulva yarasının neden olduğu, genellikle özen gösterilmemiş veya düzgün tedavi edilmemiş engellenmiş doğum eylemi nedeniyle doğum sırasında annenin ölümünü kolaylaştıran ya da bu ölüme neden olmaktadır¹⁷.

¹⁴ World Health Organization. A systematic review of the health complications of female genital mutilation including sequelae in childbirth. Geneva: World Health Organization, 2000. (p. 11).

¹⁵ World Health Organization. A systematic review of the health complications of female genital mutilation including sequelae in childbirth. Geneva: World Health Organization, 2000. (p. 51).

¹⁶ World Health Organization. A systematic review of the health complications of female genital mutilation including sequelae in childbirth. Geneva: World Health Organization, 2000. (p. 46).

¹⁷ World Health Organization. A systematic review of the health complications of female genital mutilation including sequelae in childbirth. Geneva: World Health Organization, 2000. (p. 48).

Tüm bu ve muhtemel diğer komplikasyonlar aktarılırken, kadın sünnetinin zararlı etkilerini araştırmaya yönelik, özellikle psikolojik ve cinsel etkileri üzerine olan sistematik çalışmaların eksik olduğu belirtilmelidir^{18,19,20}.

3. Kadın Sünnetinin Etik Boyutu

Kadın sünnetinin önemli risklerini ve bunların bilinen sonuçlarını vurgulayan, etik yönünden net olan soru, ebeveynlerin kız çocukları için bunu neden istediğidir. Soruya verilebilecek cevap, genç kızların sünnet edilmemeleri durumunda ait oldukları toplumlar için evliliğe uygun adaylar olmama riskini taşımalarıdır. “Ekonomik anlamda kadınlar için evlilik dışında bir yaşama olağanının olmadığı toplumlarda, ebeveynler çocuk yaşta ya da ergen olarak genital sakatlanmasını, kız çocuklarının evlenme ehliyetlerini garanti altına alan, lütuflu bir hareket olarak kabul ettikleri” belirtilmiştir²¹. Bu durumda eğer asıl mesele bu ise, bunun neden asıl mesele olduğu sorusunu gündem gelmektedir. Bu uygulama evlilik öncesinde bakireliğin gerekli olduğu ülkelerde yaygındır, kadın sünneti sıklıkla kişisel veya aile saflığıyla ilişkilendirilmekte ve aile şerefine bir belirtisi olarak görülmektedir. Basit olarak, labya derisinin katmanlarının alınması çocuksu ve masum bir estetik görüntü sağlamaktadır. Bakireliğin sürdürülmesi infibülasyonu açıklamaktadır, ama kadın sünneti uygulamalarından özellikle kadının cinsel uyarılmasını ve hazzını sağlayan, erkeklik uzvuyla kıyas edilebilen klitoris alınmasını içerenlerin başka açıklamaları vardır.

Dinsel görevin yerine getirilmesi açıklaması en az doğrulanmış açıklamalardan bir tanesidir. Bu gerekçelendirme, kadın sünnetinin uygulanması İslamiyet öncesi dönemlere dayansa ve Hıristiyan, Müslüman, Yahudi ve yerli Afrika dinlerine inanan insanlar arasında bilinse de, daha çok Müslüman toplumlarda öne sürülmüştür²². Bu gerekçelendirmeye destek kadının cinsellikten aldığı hazzı azaltan kadının sünnetinin bu pragmatik rolünden kaynaklanmaktadır. Kadının cinsel olarak tatmine ulaşma dürtüsünü azaltmak, hem kadının evlilik öncesinde bakireliğini kaybetme ihtimalini azaltmakta, hem de kocasının karşılayamadığı ya da karşılamak istemediği cinsel isteklerini engellemektedir.

Toplumun kadının cinselliğine bakış açısından kaynaklanan saldırının kurbanı, klitoris olmaktadır. 19. yüzyılın ikinci yarısında, İngiltere’de, Avrupa’da

¹⁸ Toubia N. Female genital mutilation and the responsibility of reproductive health professionals. *Int J Gynecol Obstet* 1994; 46: 127-135.

¹⁹ Obermeyer CM, Reynolds RF. Female genital surgeries, reproductive health and sexuality: a review of the evidence. *Reprod Health Matters* 1999; 7: 112-120.

²⁰ Rushwan H. Female genital mutilation (FGM) management during pregnancy, childbirth and the postpartum periods. *Int J Gynecol Obstet* 2000; 70: 99-104.

²¹ World Health Organization. Female genital mutilation: an overview. Geneva: World Health Organization, 1998. (p. 2).

²² Toubia N. Female circumcision as a public health issue. *New Engl J Med* 1995; 332: 712-716 (p. 712).

ve Birleşik Devletler'de birçok klitoridektomi (klitorisın alınması olarak da çevrilebilir ME) işlemi jinekolojik cerrahlarca sözde tıbbi zemine dayanarak gerçekleştirilmekteydi. Klitoridektomi sadece nefomani (kadındaki aşırı seks isteği hali olarak da çevrilebilir ME) gibi 'cinsel sapıklığı' tedavi etmek için değil, buna ek olarak histeri, epilepsi, melankoli ve çıldırmaya neden olduğu iddia edilen mastürbasyonu engellemek için de yapılmaktaydı. Ayrıca 'edepli' bir kadının cinsellikten haz elde etmesi düşünülemez bir şeydi²³.

Kadın sünnetinin oynadığı en geniş rolü birçok geleneksel toplumun inanç esaslarının özelliği olan, erkek egemen toplumlarda kadının cinselliğini kontrol etmekte aramak gerekmektedir. Kadın cinselliğinin toplumsal düzeni ve erdemleri tehlikeye attığı ve ahlakın, kadının cinsel ve diğer güçlerinin baskılanmasının gerektirdiği sanılmaktadır. Örneğin uzak diyarlara giden Hıristiyan misyonerler yerli nüfusa cinsel ilişki için tek uygun pozisyonun kadınların altta yattığı ve erkeklerle yüz yüze baktığı durum olduğunu anlatmıştır. Misyoner pozisyon olarak da bilinen bu pozisyon sosyal düzen için de bir referans olmakta ve kadınların emir altında ve pasif oldukları, üst bir konumda ve aktif bir role sahip olan erkeğe baktıkları bir durum sağlamaktadır. Cinsiyet eşitliğini sağlamaya ve onların cinselliğini eşit şekilde ortaya koymaya yönelik girişimler, kadın sünnetini sadece kadınların sağlığının ve vücut bütünlüğünün değil, bunlara ek olarak cinselliklerinin de bir parçası olduğu kadının insanlık onurunun reddi olarak görmektedir.

4. Hukuki Boyut

Anglosakson hukuk sistemine göre bir insanın bedenlen incinmesine neden olmak, incinen kişinin rızasıyla olsa bile, birkaç istisna haricinde sakatlama veya yaralama olarak uzun süredir suç olarak adlandırılmaktadır. Bu istisnaların başında tıbbi müdahaleler gelmektedir, ancak bir İngiliz yargıç sünnet geleneğinin, dövme yaptırmanın, kulak deldirmenin ve şiddet içeren spor dallarının da hukuka uygun müdahaleler olduğunu belirtmiştir²⁴. Bu kararda belirtilen sünnetin erkek sünnetine işaret ettiği kabul edilmektedir, yine de kadın sünnetinin hafif şekilleri olan birinci ve dördüncü türlerine de atıf yapmış olabileceği düşünülmektedir. Önemli olan nokta, dinin bir gereği olarak erkek sünnetinin genellikle birkaç günlük yeni doğmuşlar üzerinde, ebeveyn rızasıyla yapılmasıdır.

Kadın sünnetinin en hafif şekilleri haricindeki türlerinin çok acıtan bir uygulama olması, dinsel veya hijyenik gerekçelendirmeden yoksun olması nedenleriyle ebeveyn rızası bunu hukuki addetmeye yetmeyecektir. Bu uygulamalar hukuka aykırı bir şekilde çocuk istismarı sayılmakta ve Somali ile

²³ Fathalla MF. The girl child. Int J Gynecol Obstet 2000; 70: 7-12.

²⁴ R. v. Brown, [1993]2 All England Reports 75 (House of Lords), Lord Templeman at p. 79

Birleşik Devletler haricindeki tüm ülkelerin imzalayıp onayladıkları Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturmaktadırlar. Örneğin 19. maddesinin 1. fıkrası “çocuklara yönelik şiddetin fiziksel ve zihinsel tüm şekillerinin, onların suiistimalinin veya incitilmesinin önlenmesine yönelik önlemler”in alınmasını gerektirmekte, 24. maddenin 1. fıkrası “çocuğun ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık koşullarına sahip olma hakkı”nı korumakta ve 24. maddenin üçüncü fıkrası “geleneksel uygulamaların çocuğun sağlığına zarar verici olmasının” ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir.

Belirsizliği ortadan kaldırmak için, sayısı gittikçe artan miktardaki devletler kadın sünnetini yasaklamak için yasalar kabul etmektedir. Bu uygulamanın birçoğunda yaygın olduğu ülkeler olması, önemli bir durumdur. Örneğin, Batı Afrika'da bulunan ve kadın sünnetinin %70 oranında yaygın olduğu Burkina Faso bu uygulamayı yasaklamak için 1996'da özel bir yasa kabul etmiştir, aynıysını Fildişi Sahili (yaygınlık %43) 1998'de, Cibuti (yaygınlık 98%) 1995'te, Gana (yaygınlık 30%) 1994'te, Senegal (yaygınlık %20) 1999'da ve son olarak Togo (yaygınlık 50%) 1998'de yapmıştır²⁵. Gittikçe yaygınlaşan bir şekilde birçok diğer ülke de kadın sünnetiyle mücadele için halihazırda bulunan ve yetkili süjenin yasal olarak geçerli rızasını aramayan yasaları üzerinde düşünmeye başlamışlardır. Örneğin Mısır'da (yaygınlık 97%) kadın sünneti yapan hekimler, ebeler ve berberler Ceza Yasası hükümlerince yaralama nedeniyle kovuşturulacaktır ve 1996 yılında Sudan'da (yaygınlık %89) kadın sünneti uygulayıcılarının tutuklandığı görülmektedir²⁶. Devletler ayrıca çocuk istismarına karşı yasalarını da bu çerçevede uygulamaktadırlar. Örneğin Kenya (yaygınlık %50) 2001 tarihli Çocuk Yasası'nın 14. bölümünde “Hiç kimse bir çocuğu kadın sünnetine konu etmemelidir” şeklinde bir koruma sağlamaktadır.

Örneğin Birleşik Krallık'ta göçmen topluluklara özgü bu uygulama, 1985 tarihli Kadın Sünnetinin Yasaklanması Yasası'yla ve Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, Norveç, İsveç ve Birleşik Devletler'in bazı eyaletlerindeki özel olarak Suç ya da Ceza Yasası değişiklikleriyle sonlandırılmaya çalışılmıştır²⁷. Fransız Ceza Yasası gereğince kadın sünnetinin uygulayıcıları ve buna maruz kalan kız çocuklarının ebeveynleri hakkında 1978'den beri, en az 25 kovuşturma yapılmıştır²⁸.

²⁵ Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000.

²⁶ Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000. (p. 141).

²⁷ Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000. (p. 217).

²⁸ Rahman A, Toubia N, editors. Female genital mutilation: a guide to laws and policies worldwide. London and New York: Zed Books, 2000. (p. 153).

5. Doğum/Jinekoloji Uzmanlarının Sorumluluğu

Uluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu ile Dünya Sağlık Örgütü Ortaklığı Kadın Sünneti Çalışma Kolu 1992’de bu uygulamayı kınayan bildiri yayınlamıştır²⁹. Uluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu İnsan Üreme ve Kadın Sağlığı Komitesi tüm kadın sünneti türlerini vahşet olarak tarif etmiştir. Komitenin Kadına Yönelik Şiddet bildirisi ikinci bölümünde “kadına yönelik şiddet, toplumsal boyutta (kadın sünneti gibi) veya ailesel boyutta (aile içi şiddet gibi) olsa da kınanmaktadır. Bu durum ailevi veya özel hayata ilişkin bir mesele değildir³⁰.” Bu sebeple, hekimler ve onların altında çalışan insanlar bu uygulamayı ne gerçekleştirebilecek, ne de gerçekleştirilmesine göz yumabileceklerdir ve ona karşı şiddetli bir şekilde karşı çıkmalıdırlar. 1994’te Uluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu Genel Kurul’u Montreal’deki toplantısında kadın sünneti ile ilgili, “kadın doğum uzmanları ve jinekologlar sağlık kuruluşlarında ya da sağlık uzmanları tarafından bunu tıbbileştiren eden her türlü uygulamaya ya da çalışmaya izin vermeye, tüm koşullar altında, karşı olmalıdır” şeklinde bir karar kabul etmiştir.

Benzer bir şekilde, özellikle batılı birçok ülkede tıbbi ruhsatı bulunan otoriteler ve profesyonel kuruluşlar, kadın sünnetinin doğru bir tıbbi uygulama olarak yansıtan tüm hareketleri kınamaktadır³¹, ve bu uygulamayı gerçekleştiren uzmanların görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri kabul edilmiştir. Tıp biliminin bu uygulamaya dahil edilmesine yönelik argüman ise faydacıdır, bu uygulamanın tıbbi bilgiden uzak, camın keskin uçları gibi ilkel yöntemler kullanan geleneksel uygulayıcılar ya da büyükanneler gibi aile üyeleri tarafından gerçekleştirilmesi alternatifi karşısında, kadın sünnetinin tıbbi araçlarla yapılmasının ağır kanama riskini ve sakatlanma olaylarını azaltacağı ileri sürülmektedir. Karşıt argüman ise, toplumsal ya da makro etik düzeyde bir ilkeye dayanmaktadır. Tıp uzmanları kadının cinselliğini reddeden bir uygulamayla ilişkiye girmemelidir, bu durum için hekimlerin idam ya da suçlunun bedenine yönelik cezalar, yargı kararıyla organın kesilmesi ya da polislin fiziksel saldırısı ya da zalim sorgu yöntemleri gibi insanlık dışı uygulamalara katılmama gerekliliğiyle analogi yapılabilir³².

İnfübile edilmiş yetişkin bir hastanın doğum yapabilmesi için deinfübile edilmesi ve doğumdan sonra tekrar bir infübülasyon işleminden geçirilmeyi istemesinde büyük bir çelişki bulunmaktadır. Aslında özgür irade ve isteğiyle

²⁹ Joint WHO/FIGO Task Force. Female circumcision (female genital mutilation). *Int J Gynecol Obstet* 1992; 37: 149.

³⁰ FIGO. Recommendations on ethical issues in obstetrics and gynecology. London: FIGO, 2000. (p. 7).

³¹ British Medical Association (BMA). Female genital mutilation: caring for patients and child protection: guidance from the BMA. London: British Medical Association, revised, 2001.

³² British Medical Association. Medicine betrayed: the participation of doctors in human rights abuses. London: Zed Books, 1992.

hareket eden bir insan olarak bir kadın kozmetik bakımdan doğum öncesi duruma getirilmesini talep edebilmektedir. Ancak burada yenilenen infübi-lasyonun tıbbi açıdan sağlıklı olması yanında³³, ilk yapılan infübülasyon için geçerli olan tıbbi engellerin, yani tıbbi açıdan gereksiz olma, toplumsal olarak başarılı kabul edilen ancak tıbbileştirerek bir itibar kazandırılmaması gereken bir uygulama olma argümanları, yenilenen işlem için de geçerli olması söz konusudur.

6. Sonuç

Fiziksel veya psikolojik riskler taşımasaydı bile, kadın sünneti uygulaması hala kadının doğasında olan cinselliği açısından insan haklarının ihlali olacaktır. Cinsellik insanlığın doğasında vardır ve kadın cinselliğinin sosyal kontrolünü amaçlayan uygulamalar, kadınlık onuruna zulmetmekte ve onu reddetmektedir. “Cinsellik seksi, cinsiyeti, cinsel kimliği, cinsel yönelimi, erotizmi, duygusal bağlılığı/aşkı ve üremeyi içeren, insanlığın özüne ilişkin bir boyuttur. Cinsellik düşüncelerle, fantezilerle, isteklerle, inançlarla, davranışlarla, değerlerle, eylemlerle, uygulamalarla, rollerle ve ilişkilerle ifade edilmekte veya yaşanmaktadır. Cinsellik biyolojik, psikolojik, sosyoekonomik, kültürel, etik ve dinsel/ruhsal faktörlerin karşılıklı etkileşimidir” diye belirtilmektedir³⁴.

Klitoridektomi ya da daha yumuşak türleriyle kadın sünneti uygulamalarıyla kadın cinselliğinin baskılanması ve kontrol edilmesi kadınların insanlığının reddedilerek aşılmasınıdır.

Kendilerini ilerici addeden toplumlar bile sıklıkla cinsiyete ilişkin alışkanlıklarından ve bunun uygulanmasındaki sınırlarından vazgeçmekte yavaş olabilmektedir. Örneğin erotik yayınlar ve sanat eserleri üzerindeki uzun süreli kontrolün kaldırılmasına yönelik tekliflerin bile birçok kültürde en azından başlangıçta dirençle karşılanmış olması muhtemeldir. Buna benzer şekilde, kadın sünnetinin suç olarak kabul edilmesi, bunun uzun süredir kültürel olarak uygulandığı yerlerde tepkiyle karşılanacaktır. Kadın sünnetine insan haklarına aykırılığı nedeniyle karşı olan Sudanlı bir antropolog şunu belirtmiştir: “Kadın sünneti batılılar için barbar bir alışkanlık şeklinde görülebilmektedir, yerel geleneklerde ve inançlarda kadın sünneti tamamen olumsuz bir duruma düşürülebilir. Buna suç gibi davranmak ve faillerini hapis cezasıyla cezalandırmak birçok durumda adil olmayabilir. Kız çocuklarını bu operasyon için getiren anneler, doğru olan bir şeyi yaptıkları inançlarıyla hareket etmektedirler. Çünkü sünnet kadınlık kimliğinin önemli bir noktası olarak görül-

³³ Toubia N. Female circumcision as a public health issue. *New Engl J Med* 1994; 331: 712-716 (p. 715).

³⁴ Pan American Health Organization (PAHO)/World Health Organization. *Promotion of sexual health: recommendations for action*. Washington DC: PAHO, 2000. (p. 12).

mekte, bunu yaptırmamanın olumsuz sosyal yaptırımları olabilmektedir. Bu konuda kürtaj, eşcinsellerin ebeveyn olma hakkı, insan kopyalama etiği gibi konularda olduğu gibi Batılı politikalarla ve duygularla düşünmek, bir girdap yaratacaktır. Uzun süreli sosyal değerlerin yeniden ayarlanmasını gerektiren değişiklikler halkları rahatsız hissettirmektedir³⁵.”

Bu sebeple, kadın sünnetinin engellenmesi sağlık alanında yetkili profesyonellere kadınların sağlığı ve hakları konusunda danışılarak bundan etkilenenlerin ve toplumların rehabilite edilmesi ve eğitilmesi yerine, yüksek ihtimalle duygulardan etkilenmeyen ceza hukuku kurallarının yaptırımını yoluyla yapılmaya çalışılması daha az etkili olabilecektir.

³⁵ Abusharaf RM. Unmasking tradition: a Sudanese anthropologist confronts female 'circumcision' and its terrible tenacity. *The Sciences* (New York Academy of Sciences) 1998; 38 (2): 22-27 (p. 23).

