



İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl 1 Sayı 1 - 2015 ISSN 2149-5890



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl: 1 Sayı: 1 - 2015

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN 2149-5890

Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Nigar Çelik

Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yard. Doç. Dr. Hilal Yener Coşkun

Arş. Gör. Buse Aksaray

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Nazan ÖZGÜR

Teknik Editör

Hakan TERZİ

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yayın Dili

Türkçe

Yıl:1 Sayı:1 - 2015

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı

Loca Reklam

Baltaş Kilimci Sanayi Sitesi

Muratpaşa Mh. Demirhisar Cd.

No 1/393 Kat 2

Bayrampaşa/İSTANBUL

Tel: 0212 581 42 28 - 564 54 02

Fax: 0212 614 90 53

info@locareklam.com

HAKEM KURULU

- Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Arif KOCAMAN**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
- Prof. Dr. Atilla ÖZER**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ**, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- Prof. Dr. Cemal OĞUZ**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cemil KAYA**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Cevdet Salih ŞAHİNİZ**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Emin MEMİŞ**, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Enver BOZKURT**, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Eyyup Günay İSPİR**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Gürsel TEKİN**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Havva KARAGÖZ**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Kadir ARICI**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Kudret GÜVEN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet AYAN**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rıza AYHAN**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Sami KARAHAN**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Yavuz KAPLAN**, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Burcu KALKAN OĞUZTÜRK**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Cenk AKİL**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Murat YAVAŞ**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Aslıhan ÖZTEZEL, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Umut YENİOCAK, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz

Sexual Harassment in the Workplace as Discrimination based on Gender

Z. Gönül BALKIR..... 1

Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?

Is There More to the State of Law than a Constitutional State?

Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU..... 37

Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler

Recent Changes in Regulations on Package Tour Contracts under the New Consumer Protection Law No. 6502

Ebru CEYLAN..... 71

Somut Bir Olaydan Hareketle "Yargılamanın Yenilenmesi" Müessesesine Yönelik Bir Değerlendirme

An Evaluation of "Retrial" as an Institution Starting from the Viewpoint based on a Specific Case

Ali Hakan EVİK..... 101

Başlarken

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak çıkardığımız bu ilk dergimiz ile bütün hukukçu dostlarımızı ve dergimiz ile ilgilenenleri selamlıyorum.

Dergimiz yılda iki sayı olmak üzere planlanmıştır. Türkiye'deki bütün hukukçu akademisyenlerin ve pratik hukukçuların fikir arenası olarak planladığımız dergimizin ilk sayısında alanında tebarüz etmiş değerli meslektaşlarımızın yer aldığını görmek bizleri ilerisi için umutlandırdı.

Hukuk Fakülteleri dergileri, alanında çalışmaları takip edilen hukukçuların yanında hukukun çeşitli alanlarında çalışmalar yaparak, belirli alanlarda uzmanlaşmaya çalışan hukukçular ve akademik çalışanların bir platformu olarak bilinirler. Bu platformda yer alan çalışmalar, makaleler, yeni yeni tartışmaların, düşünsel aykırılık ve ortaklaşmaların sergilendiği bir alan olarak görülebilir. Özgün olan her çalışma mutlak olarak içerisinde bir tartışma alanı getirebilir. Her görüş ve çalışma kendi alanında var olan değerlendirmelerden bağımsız tezleriyle, çalıştığı alanın akademik, içtihat alanında bir yenilik olup, takdire şayan bir çalışma olarak nitelendirilmelidir.

İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, sadece akademik konu araştırmaları ile kısıtlanmamış olup, yargı kararlarının da değerlendirildiği, irdelendiği bir içerik de sunmaktadır. Her ne kadar ilk sayımızda bu alanda bir çalışma dergimize girmemişse de bunun sebebi zaman yetersizliğimizdir. Bundan sonraki dönemlerde Dergimizde Yargıtay karar incelemelerinin de yer alacağını belirtelim. Böylelikle hukuk pratiğinin doktrin karşısındaki durumunun da hem yeni yetişen genç hukukçu nesle sunulması, hem de konunun uzmanı tecrübeli hukukçu hocaların değerlendirmesine sunulması söz konusu olacaktır.

Dergimiz altı ayda bir çıkmak üzere planlandığı için oldukça geniş bir zaman aralığı içerisinde makaleler ve karar incelemelerinin sunulması imkânı vardır. Hakemli bir dergi olan İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisinin kanaatimizce kısa zaman içerisinde hukuk camiasında aranılan ve başvuru alan bir kaynak dergi haline geleceği muhakkaktır.

İlk Dergimiz ile selamladığımız hukuk camiamızın bundan sonraki sayılarımızda bizi destekleyeceği ve yazılarıyla katkı yapacağı konusunda sonsuz inanç sahibiyiz. Dergiler, akademik çalışmaların sunumu bakımından etkin olduğu kadar yol gösterici etkisi ile de akademik hayata katkı yapan unsurlardır. Gelişme de ancak bu yolla olmaktadır.

Bu vesile ile tekrar Dergimizin yayınlanmasında katkı sunan başta editör Doç. Dr. Ebru CEYLAN olmak üzere Fakültemizdeki bütün öğretim üye ve yardımcılara zarif bir teşekkür borcumuz vardır. Ayrıca Dergimizin yayınlanması için her türlü desteği veren başta Mütevelli Heyet Başkanı sayın Dr. Mustafa AYDIN'a, Rektörümüz sayın Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ'ye, Üniversite Yayın Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Metin GER'e kalbi teşekkürlerimizi sunarız. Katkıları olmasa idi bu Dergi hayat bulamazdı.

Son olarak da Dergimizi okuyacak ve değerlendirmelerini bildirecek değerli dostlarımıza da peşinen sonsuz teşekkürlerimizi sunarız.

*Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY
İAÜ Hukuk Fakültesi Dergisi
Yayın Kurulu Başkanı*

FLORYA/İSTANBUL /ARALIK-2015

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 yılında ilk sayısı ile yayım hayatına başlamıştır. Dergimiz yılda iki kez yayımlanan hakemli dergidir. Dergimizde hakem denetiminden geçmiş makalelere yer verilmektedir.

Sayın Başkanımız Dr. Mustafa Aydın ve Rektörümüz Prof. Dr. Yadigar İzmirli her zaman Fakültemizin yayım çalışmalarında büyük destek olmuşlardır. İlk sayının yayımlanması aşamasında gayretlerini sunan ve her sorunumuzda yanımızda olan Hukuk Fakültesi Dekanımız Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay'a ve Dekan yardımcımız Yrd.Doç. Dr. Hilal Yener Coşkun'a ve Ar. Gör. Buse Aksaray'a teşekkürlerimi sunarım. Zamanlarını vererek dostlukları nedeniyle bize katkı sunan değerli hakemlerimize teşekkür ederim.

İlk sayımızda, Prof. Dr. Zehra Gönül Balkır'ın "Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak İş Yerinde Cinsel Taciz", Prof. Dr. Meltem Dikmen Caniklioğlu'nun "Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?", Doç. Dr. Ebru Ceylan'ın "Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler", Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan Evik'in "Somut Bir Olaydan Hareketle "Yargılamanın Yenilenmesi" Müessesesine Yönelik Bir Değerlendirme" isimli makaleleri yer almaktadır. İlk sayımızda katkılarını sunan yazarlarımıza teşekkür ederim.

Hukuk bilimine katkısı ve etkisi büyük olan Hukuk Fakültesi dergilerinde hukuki konular, farklı görüş ve yaklaşımlarla değerlendirilmektedir. Bizim amacımız, hukuk dünyasına yararlı çalışmaların yayımlanarak düşünce dünyamızın zenginleşmesine katkıda bulunmaktır. Bundan sonraki sayılarda dergimizi daha iyiye ulaştırma gayreti içinde olacağız.

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İş Yerinde Cinsel Taciz

Z. Gönül BALKIR

Özet

Toplumsal cinsiyet bağlamında cinsiyete dayalı ayrımcılık özellikle kadınlara yönelik ayrımcılık olarak kabul edilir. Cinsiyetleri nedeniyle kadınların farklı muameleye tabii tutulmaları olarak toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, toplumun cinsiyeti nedeniyle kadına ikincil bir rol yüklemesi ve eşitsizlik yaratılması demektir.

Çalışma yaşamında ayrımcılık; kadın işçinin işe alınmamasında, iş görüşmelerinde, daha çok iş duyurularında, iş ilanlarında ve çalışma koşullarında ve ücretlerde farklılıklar şeklinde ortaya çıkıyor. Irk, etnik köken düzeyindeki ayrımcılıkta olduğu gibi, çalışma yaşamında da ayrımcılık; bir yandan ekonomik kaynaklar ve çalışma koşullarına yansırken, bir yandan da işyerinde cinsel taciz olarak karşımıza çıkıyor.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık ve cinsel taciz, genellikle güçlünün zayıfa, gerek psikolojik gerekse fiziksel olarak yaptığı cinsel içerikli, istenmeyen, kötü muameleyi oluşturmaktadır. Kadın çalışmasında, ayrımcılığın bir türü olan işyerinde cinsel taciz ise; hukuk sistemlerinde ceza hukuku, medeni hukuk ve iş hukukunda ayrıntılarıyla düzenlenmektedir.

Türk İş Hukuku Sisteminde, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin, şikayet ve fesih yetkileriyle donatılarak korunmaya çalışıldığı görülmektedir. İşyerinde cinsel taciz; hem Türk Ceza Hukuku ve hem de Türk İş Hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak ortaya çıkan işyerinde cinsel taciz ve şiddetin önlenmesi, toplumsal yapıdaki köklü değişimlere bağlı olarak ancak kadın erkek eşitliğinin sağlanmasıyla mümkün olabilecektir.

* (Prof. Dr.) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. gonulbalkir@yahoo.com

Anahtar Kelimeler: toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, cinsiyete dayalı ayrımcılık, cinsel taciz, işyerinde cinsel taciz

Sexual Harassment in the Workplace as Discrimination based on Gender

Abstract

Sexual discrimination as terms of gender is generally accepted as a discrimination against women. Gender discrimination, as in the meaning of treating worse to a person just because of her gender, means creating an inequality by placing women to a subsidiary role due to gender.

Discrimination in working life emerges as not employing a female worker, and differences job interviews, job advertisements, and working conditions and wages. Discrimination in working life is reflected on economic resources and working conditions, on the other hand, appears as sexual harassment in work place as it happens in discrimination of race, ethnic origin.

Sexual harassment is undesired bad behaviour with sexual content done either psychologically or physically usually by the powerful towards the weak. Sexual harassment in workplace can occur as physical, verbal, not verbal or visual behaviours. Sexual harassment in workplace is a type of tort and discrimination, which is defined by law systems within the scope of criminal, civil and labour law. In Turkish Labour Code, a female worker, who is the victim of sexual harassment is aimed to be protected by the complaint or the immediate termination of the labour contract facilities.

The prevention of sexual harassment and violence, which occurs as gender discrimination in work place, can only be possible by providing gender equality depending radical changes in society structure.

Keywords: discrimination, gender discriminations, sexual harassment, sexual harassment in work place

Giriş

Günümüz demokrasilerinin, sosyal, siyasi ve kültürel yaşamlarını şekillendiren en temel ilke, eşitlik ilkesidir. Vatandaşlarının her alanda birbiriyle eşit olduğu ve eşit koşullar altında yaşayıp, herkese eşit muamele gösterildiği, bir hukuksal düzlem olan demokrasinin en temel sorumluluklarından birisi de; kadın-erkek ayrımcılığını engellemek ve eşitliği sağlamaktır. Kadına yönelik toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, özünde bir insan hakları ihlali ve bir demokrasi sorunudur.

Tüm dünyada, Kuzey’de ve Güney’de, Batı’da ve Doğu’da çalışan kadınlar, toplumsal cinsiyet ayrımcılığına uğruyorlar. Yaşamsal alanlarında ve özellikle sosyal yaşamlarında toplumsal cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kadınlar, çalışma yaşamında da; bir yandan çalışma koşullarındaki toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılıklara maruz kalırken, öte yandan işyerindeki cinsiyete dayalı ayrımcılık ve cinsel tacizle mücadele etmeye çalışıyorlar.

İnsan haklarının korunmasıyla ilgili hukuksal düzenlemelerde, kadın ve erkekler aynı haklara sahip görünseler de, Dünya genelinde; pek çok alanda kadınlar, erkeklerle eşit haklara sahip olmak için ayrımcılıkla savaşmak zorundadırlar. Dünya Ekonomik Forumu’nun (DEF) 2014 Küresel Toplumsal Cinsiyet Uçurumu Raporuna göre, 142 ülkede ekonomik katılım ve fırsat eşitliği, eğitim, sağlık ve siyasi güçlenme konularında toplumsal cinsiyet eşitliğinin incelendiği rapora, Türkiye ise 125. sıradan girmiştir.

Türkiye’de kadına yönelik ayrımcılıkla mücadele, toplumsal olarak ayrımcılıkla mücadele sorunudur (Mütevellioglu 2011:51). Toplumsal cinsiyet rolleri ve sosyalleşme sürecinde kadına yönelik cinsiyet ayrımcılığı, evrensel bir sorundur. Cinsiyet ayrımcılığı, kadına yöneliktir ve kadınlara yönelik ayrımcılık şeklinde ortaya çıkmaktadır. Cinsiyet ayrımcılığının çalışma hayatında ve iş yerindeki görünümü ise iş yerinde cinsel şiddete dönüşür. İşyerinde cinsel şiddet ise cinsel saldırı yanında psikolojik ve cinsel taciz olarak ortaya çıkar.

İşyerinde cinsel şiddet, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ve suç türüdür. Bu çalışmada işyerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık temelindeki cinsel şiddet zeminindeki cinsel taciz ele alınmıştır. Çalışmada, toplumsal cinsiyet ve

cinsiyet ayrımcılığı üzerinde durularak, iş yaşamında kadına yönelik cinsiyete dayalı ayrımcılıkla birlikte kadın ayrımcılığının büyük ölçüde saklanmaya çalışılan yüzlerinden biri olan işyerinde cinsel taciz olgusu üzerine odaklanılacaktır.

1. TOPLUMSAL CİNSİYET AYRIMCILIĞI

1.1. Ayrımcılık ve Ayrımcılık Şekilleri

Ayrımcılık; bir kişi ya da gruba yaş, ırk, renk, etnik köken, cinsiyet ya da medeni durum, özürlülük; dini inanç, cinsel tercih veya diğer kişisel özellikler nedeniyle başka kişi ya da gruplara göre farklı davranılması sonucu oluşur (Toksöz 2011:18).

Ayrımcılık, belli insan öbeklerinin ayrılaşmasını bilinçli bir şekilde gerçekleştirmeyi amaçlayan yönelim benimsenmesi olarak ifade edilmektedir. Ayrımcılık; insanların ırk, yaş, cinsiyet, din ve ulusal kökenlerine bağlı olarak istihdam, eğitim, barınak, kaynaklar ve diğer kamusal mallardan yararlanmada, kullanma haklarının sınırlandırılmasında ortaya çıkmaktadır.

Toplumsal bir olgu olarak yasal anlamda ayrımcılık; yasaklanmış nedenlerle kişilere karşı dezavantajlı davranılması şeklinde tanımlanmaktadır. Yasaklanmış nedenler; kişilere yönelik cinsiyet, dil, din, etnik köken, ırk gibi kişisel özelliklere doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcı davranışlarda bulunulmasını ifade etmektedir.

Ayrımcılık, sadece eşit olmayan davranış konusu değildir, adil olmayan davranış da ayrımcılık konusu olabilmektedir. Ayrımcılık, bireyleri aşağılayarak, işyerinde taciz ya da haksızlığa uğrama, bina ya da tesislere fiziksel erişimin engellenmesi, mal ve hizmetlerden yararlanmadan mahrum bırakılma, uygun barınma ya da konut bulma da zorlukları kapsayabilir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi olarak CEDAW'ın, "Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı" başlıklı 1. maddesine göre; ayrımcılık; "Bu Sözleşmenin amacı bakımından kadınlara karşı ayrımcılık terimi; siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu

haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.” şeklinde tanımlanır.

Avrupa Birliği Hukuku ve politikalarında ayrımcılıkla mücadele ve ayrımcılığın önlenmesi ilkesi, Avrupa Birliği Hukukunun genel ilkelerinden biridir. AB Direktifleri çerçevesinde; ayrımcı olmak, iki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen; farklı davranışlarda bulunmak veya kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak ya da farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen, benzer şekilde davranmaktır.

Doğrudan ayrımcılık; bir kişiye, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden herhangi birisiyle karşılaştırabilir benzer durumlarda muamele edilen şekillerden ya da yapılmış olanlardan veya olabileceklerden daha az elverişli davranmaktır (Özvarış 2007:7).

Bir kez aynı ya da benzer durumda bulunan iki kişiye farklı davranıldığı ortaya konulduğunda, bu farklılığın kabul edilebilir olduğunu göstermek son derece zordur. Dolaylı ayrımcılık; görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulama ya da ölçütün, korunan gruba ait kişileri; diğer kişilerle karşılaştırdığında dezavantajlı bir durumda bırakmasıdır. Konuyla ilgili uygulama ve ölçütler, meşru bir amaçla objektif olarak haklı çıkarılmadıkları ve bu amaca ulaşılacak için kullanılan araçlar gerekli ve orantılı olmadığı sürece dolaylı ayrımcılığa neden olacaktırlar.

AB Direktifleri, tacizin de bir ayrımcılık biçimi olduğunu kabul eder. Taciz, insan haysiyet ve itibarının çiğnenmesi amacını taşıyan veya o sonucu doğuracak ya da yıldırıcı, düşmanca, başkalarının gözünde alçaltıcı, aşağılayıcı bir ortam yaratılmasına yol açan, hiçbir şekilde arzu edilmeyen bütün tutum ve davranışlardır (Özvarış 2007:7).

1.2. Toplumsal Cinsiyet ve Ayrımcılık

Toplumsal cinsiyet, bireylerin diğerlerine ilişkin beklentilerini, diğerlerinin bireye yönelik beklentilerini ve bireyin kendine yönelik beklentilerini kapsar. Toplumsal cinsiyetin kalıp yargıları, tüm kadınların ve tüm erkeklerin sahip olduğu varsayılan bireysel ve davranışsal niteliklere ilişkin son derece katı, aşırı genellenmiş düşüncelerdir. Bunlar, kadın ve erkek

davranışları için, iyi tanımlanmış toplumsal reçetelerdir. Genelleştirirsek toplumsal cinsiyet, toplumun tanımlayarak bireylerin yerine getirmelerini beklediği, cinsiyetle ilişkili davranış beklentileridir (Giddens 2000:96).

Toplumsal cinsiyet, cinsiyete dayalı işbölümü ve biyolojik cinsiyet arasındaki ilişkileri vurgulamak amacıyla, toplumda sadece kadının değil erkeğin de pozisyonuna işaret eder. Başlangıçta toplumsal cinsiyet ve biyolojik cinsiyet birbirleri yerine kullanılan kavramlar iken, 1960'lardan bu yana değişen toplumsal, ekonomik ve siyasal oluşumlar sonucu anlamları arasında farklılık vurgulanmaya başlanmıştır.

Toplumsal cinsiyet kavramının biyolojik cinsiyetle açıklanamayan toplumsal sınıf, ataerkillik, siyaset ve ilgili toplumdaki üretim biçimleri ile bağlantılı yeni bir anlamı olduğu üzerinde fikir birliği sağlanmıştır. Cinsiyetin kültürel anlamları olarak toplumsal cinsiyet rolü, kadınlığın ve erkeğin sosyal ortamlarda ifade edilışıdır. Toplumsal cinsiyet, erillik ve dişilik olarak nitelendirilen toplumsal ve kültürel kişilik özelliklerini tanımlamakta kullanılır.

Bu tanımlamada, duygusal olma, zayıf olma, pasif olma veya bağı olma gibi özellikler, kadına özgü özellikler olarak görülürken; güçlü ve cesur olma, hırslı saldırgan ve bağımsız olma gibi özellikler daha çok erkeğe özgü erillik özellikleri olarak görülür (Suğur 2006:3).

Toplumsal cinsiyet rolü, toplumsal kimliğin ve aidiyetin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu rol, kişinin kendisi veya bir başkası hakkındaki beklentilerini, neleri yapıp neleri yapmaması gerektiğini, yapılması gerekenlerin hangi kaynakları kullanarak nerede ve ne zaman yapılacağını belirler. Önceden oluşturulan ve önceden onaylanan toplumsal cinsiyet rolleri, kişinin toplumda kabul görmesini sağlar ve aidiyet duygusunu pekiştirir.

Cinsiyet, etnik özellikler ve yaş toplumsal sınıflandırmanın temelleridir. Toplumsal cinsiyetin, bireyin toplumsallaşma sürecinde kadınsı ve erkeksi roller ışığında içselleştirdiği nitelikler, tutumlar, inançlar, tercihler ve davranışlardan ibaret olduğu düşünülse de; toplumsal cinsiyet insanların eşzamanlı olarak hem diğerlerinin algılayıcıları, hem diğerlerinin algılarının hedefleri ve hem de kendilerinin algılayıcıları oldukları karmaşık toplum-

sal etkileşim süreci yoluyla belirlenir. Toplumun kadın ve erkeğe biçtiği toplumsal cinsiyet rolü pek çok mekanizma aracılığıyla her iki biyolojik cinsiyetin de sağlığını olumsuz etkilemektedir.

Kadın ve erkeğin farklı özellikleri ve gereksinimleri vardır. Sorumluluk, görev ve rollerin dağılımında adalet ve hakkaniyet olması gerekmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliği ve toplumsal cinsiyette hakkaniyet kavramları toplumsal cinsiyet kavramının alt bileşenlerini oluşturur. Bu bağlamda toplumsal cinsiyette eşitlik, fırsatları kullanma, kaynakların ayrılması ve kullanımında, hizmetlere ulaşmada bireyin cinsiyeti nedeni ile ayrımcılığa maruz kalmaması/ayrımcılık yapılmamasıdır.

Aynı şekilde toplumsal cinsiyette hakkaniyet kavramı ise kadın ve erkek arasında sorumlulukların ve gelirin dağılımında adalet ve hakkaniyet olmasıdır. Bu kavramlarla kadın ve erkeğin farklı gereksinimlerinin ve gücünün olduğu kabul edilmektedir. Bu farklılığın belirlenerek, iki cinsiyet arasındaki dengeyi düzeltecek şekilde, gerekenlerin yapılması benimsenmektedir.

Toplumsal cinsiyette eşitlik; fırsatları kullanma, kaynakların ayrılması ve kullanımında hizmetleri elde etmede bireyin cinsiyeti nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa uğramaması demektir.

Toplumsal cinsiyette hakkaniyet, kadın ve erkeğin farklı gereksinimleri ve güçlerinin olduğu; bu farklılıkların belirlenerek, iki cinsiyet arasındaki dengeyi düzeltecek şekilde gerekenlerin yapılması anlamına gelmektedir. Biyolojik cinsiyetin tersine; toplumsal cinsiyet farklılığı, sosyalleşme süreci içinde oluşmaktadır. Toplumsal cinsiyet, hem kadınların ve hem de erkeklerin yaşamını şekillendirir (Özvarış 2007:7).

Sayısal bakımdan eşit olmakla beraber, iki cinsin toplumsal alanda temsiliyetleri farklılaşırken; kadın cinsiyeti, daha çok ev gibi özel alanlarda kalır ve kısıtlanırken; erkek cinsiyeti, dışarıda her türlü kamusal alanda kendini ifade eder. Çalışma yaşamından siyasete, sivil toplum örgütlenmesinden eğitime kadar, her türlü kamusal alanda; iki cins temelindeki bu görünüm, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini oluşturur.

Kadın ve erkeğe toplum tarafından biçilen roller, oluşturulan kalıplar mevcuttur; bu nedenle toplumsal cinsiyet kültürel bir sınıflandırma, tek kültürel biçim olabilecek cinsiyete dayalı işbölümü temelinde var olan bir derecelendirmedir. Toplumsal cinsiyet, özünde bir yandan eşitsizliği ve tahakkümü yaratırken, öte yandan bu yapıyı meşrulaştırmaktadır.

Bir kez toplumsal cinsiyet rolleri yüklenildiğinde, toplum; bireylerden, kadınlar ve erkekler olarak davranmalarını beklemektedir. Bu beklentilerin yerine geldiği ve yeniden üretildiği yer, gündelik yaşamın pratikleri içindedir.

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığında, kadının yaşamına, kadın olmaya kültürel yönden daha az değer verilmesi ve buna bağlı olarak; farklı davranılması söz konusu olup, bu farklı ve olumsuz davranışın kendisi, ayrımcılığı oluşturur. Kadına yönelik ayrımcılık ve şiddet, dünyanın her yerindeki kadınların; kentli-köylü, işkadını-ev kadını, eğitilmiş-egitimsiz, zengin-yoksul ayrımı yapılmadan karşılaştıkları bir insan hakları ihlalidir (Moroğlu 2011:3).

1.3. Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığına Dayalı Şiddet

Cinsiyet ayrımcılığı aile yaşamından, eğitim hayatına, sosyal yaşamdan iş hayatına kadar birçok yerde ve şekilde ortaya çıkmaktadır. Erkek egemen toplumun hâkim ideolojisinin dayattığı sosyal ilişkileri ve ekonomik hiyerarşiyi doğal kılan ataerkil yaklaşım doğal olarak toplumsal cinsiyet rollerini de belirlemektedir.

Kadının meta olarak nesneleştirilmesi ve nesne olarak kabulüyle toplumsal cinsiyet ayrımcılığının dayattığı ve belirginleştirdiği ekonomik ve sosyal hiyerarşiyi doğal kılan ataerkil yaklaşım şiddeti meşrulaştırır. Bu anlamda şiddet, geleneksel kadın erkek davranış ve rollerine ait hiyerarşik yapıyı yaratan; koruyup kollayan, bu düzenin gardiyan ve bekçisidir.

Farklı sosyokültürel oluşumlar olarak görünseler de toplumsal cinsiyet düzeni, sık sık ortak yaşamı yönetecek durağan, homojen değerler ve normlar yaratarak hegemonik ataerkil iktidar ilişkilerini yansıtır kuvvetlendirmektedir. Evrensel olarak üzerinde anlaşılabilir değerlerle, özellikle kadına karşı şiddetin hiçbir töre, gelenek veya dinsel değerlendirme nedeniyle

haklılaştırılmayacağı prensibi ile uyumlu olmak üzere bu tür söylem ve iddiaların meşrulaştırma sürecinin iyi anlaşılması ve, belirlenerek tespit edilmesi gerekmektedir (Ertürk 2007:45).

Genel olarak bir bireyin diğeri üzerinde uyguladığı fiziksel, sözel, duygusal ve cinsel saldırı olarak tanımlanan şiddet ve toplumda yaşanan şiddet olayları; cinsiyet, yaş, eğitim düzeyi ve meslek statülerine göre farklılıklar göstermektedir. Şiddet, kişinin değerlerini, niteliklerini, ruhunu ve kendine olan özgüvenini yok etmektedir (Moroğlu 2011:10).

Kadınların zayıf bir cinsel kimlik olarak kültürel yapılandırılmasında pek çok faktör rol oynamaktadır. Kültürel, ekonomik ya da ideolojik yapılar içinde kadınlar, değişmez bir kuralcasına toplumsal cinsiyet eşitsizliğindeki zayıf halkayı oluşturmaktadırlar.

Çağdaş dünyalarda, kültür, töre, gelenek ya da din adına ya da ardına gizlenerek, kadına karşı uygulanan ayrımcılık ve şiddet ne yazık ki yaygınlaşarak devam etmektedir. Yerleşik kültürel değerler, kadınlara karşı ayrımcılığı ve şiddeti meşrulaştırdığı zaman; toplumsal cinsiyet eşitsizliğini arttırarak, ayrımlaştırır. Kölelik, etnik temizlik veya soykırım gibi ciddi ihlallerin yanı sıra, insanlığın en büyük başarısızlıklarından biri olarak, köklerini evrensel ataerkil kültürde bulan, kadına karşı tarihsel baskı olarak şiddet, insan hakları bağlamında mücadele edilmesi gereken alanlardan biridir.

Cinsiyet eşitsizliği ve bununla ilişkili şiddet, bütün medeniyetlerin kesiştiği tarihsel ortak öğelerden biridir. Kadına karşı ayrımcılık ve şiddet, her zaman insanlık, ülke ve bireyler için, toplumsal bir sorun olduğu kadar, aynı zamanda hukuki bir sorun olarak ortaya çıkar (Köker 2006:194).

Toplumsal şiddette en büyük tehlike, şiddetin içselleştirilmesi, gelecek nesillere aktarılması ve bu süreç içerisinde, kalıcı ve doğal sayılmasıdır. Çocukluğunda şiddeti bir terbiye biçimi olarak yaşayan ve algılayan bireyler, genellikle aynı yöntemi kendi çocukları için tercih ederler ya da şiddete maruz kaldıklarında bunu kendi suçlarının doğal bir sonucu olarak kabul ederek içselleştirirler. Çok farklı kanallardan beslenen bu karmaşık toplumsal sorun, mevcut koşullarda yeniden üretim sürecini devam ettirir.

Dünya çapında her üç kadından biri aile üyeleri veya tanıdıkları tarafından dövülmekte cinsel ilişkiye zorlanmakta ve taciz edilmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, birçok biçimde gerçekleştirilebilmekte; psikolojik, fiziksel ve aile içinde şiddet, tecavüz, kadın sünneti ve namus cinayetlerini içermektedir (Kardam 2006:451).

Şiddet, ana rahminde; doğum öncesi, cinsiyet seçimiyle başlar. Ve sonra kız çocuklarının öldürülmesinden, ihmal ve taciz edilmesine kadar devam eder. Asya’ da en az 60 milyon kız çocuğu, seks ticareti için kaçırlır. Her yıl tahmini 800 bin insan, seks ticaretiyle bağlantılı olmak üzere insan ticaretine maruz kalmaktadır (Arın 2006:678). Bunların %80’i kız çocukları ve kadınlardır. Kadınların çoğu kandırılmış ya da kaçırılmışlar veya zorla çalıştırılmaktadırlar.

Şiddete meşruiyet zemini hazırlayan tüm algı ve yaklaşımlar, toplumsal cinsiyete dayanmaktadır. Toplumsal cinsiyetin sürekli olarak öğrenildiği ve yeniden öğrenildiği olgusuyla toplumsal cinsiyetin yeniden üretimi; binlerce önemsiz eylemde, toplumsal cinsiyeti toplumsal olarak yeniden üretir ve oluşturur (Giddens 2007:94).

Şiddet konusunda toplumda yaşanan en trajik biçim, namus cinayetleri gibi görünse de, dipte yaşanan en büyük tehdit, gerçekte şiddet görenin; şiddetin içselleştirilmesinde yatmaktadır. Kadın ve erkek şiddeti içselleştirmekte, dayak atmak ve dayak yemek bağlamında kendini haklı bulmaya başlamakta ve süreç içinde, şiddetin içselleştirilmesi sonucu; kendi de şiddet uygulayana dönüşerek, atadan, toplum ve geçmişten aldıklarını, ailesini ve çocuklarını döverek, geleceğe taşımaktadır. Görüldüğü gibi şiddete meşruiyet zemini hazırlayan tüm algı ve yaklaşımlar, özünde toplumsal cinsiyete dayanmaktadır.

Kadına yönelik şiddet ve şiddetin içselleştirilmesiyle toplumsal cinsiyet ayrımcılığı arasında organik bir bağ bulunmaktadır. Kadına yönelik şiddet ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığı arasında kurulan bu ilişki de, bir yandan şiddetin içselleştirilmesiyle yaratılan toplumsal cinsiyet rolleri ve öte yandan toplumsal cinsiyet rollerinin yarattığı şiddet ve şiddetin içselleştirilmesi olgusu; geçmişten geleceğe hiç bitmeyecek bir sarmal halinde, birbirlerini yeniden üretip durmaktadırlar. Bu noktada toplumsal yapılan-

madaki kadına yönelik şiddet ve şiddetin içselleştirilmesindeki toplumsal cinsiyetin rolü, bir paradoksa neden olmakta ve birbirini yeniden yaratmaktadır.

1.4. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Erkekler ve kadınlar arasında bir ilişkiler sistemi olan ataerkillik, kendini toplumsal cinsiyet ile ilişkilendirerek üretmekte ve var etmektedir. Toplumsal cinsiyet rol ve modelleri olarak ortaya konan toplumsal cinsiyet ayrımcılığı doğal olarak şiddetle denetlenmekte ve kontrol altına alınabilmektedir.

Ataerkil toplumun, kadın süjesi üzerindeki hâkimiyeti, şiddet ile sağlar. Hâkim ideolojinin dayattığı, sosyal ilişkileri ve ekonomik hiyerarşiyi doğal kılan ataerkil yaklaşımlar ve çatışmalar şiddetle baskılanır ve geleneksel cinsiyet rolleri ortaya çıkar. Toplumsal düzlemin dayattığı şiddetle baskılama, toplumsal cinsiyet rolleri yaratırken; toplumsal cinsiyet rolleri, şiddetle baskılamanın yeniden üretildiği, çıkışı olmayan bir paradoks ve sarmala dönüşür. Süreç içinde şiddet gören kadın, şiddeti içselleştirmek suretiyle ikincil bir kimlikte ve ikincil bir düzeyde var olmaya mahkum olur.

Kadınlar, tüm ülkelerde gerek sosyal gerekse yasal açıdan cinsiyet esaslı ayrımcılıkla karşılaşmaktadır. Gelişmiş ülkelerde de sağlanan gelişmelere rağmen cinsiyet esaslı ayrımcılık hâlâ devam etmektedir.

Cinsiyet esaslı ayrımcılık, çoğunlukla kadın cinsine yönelik ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Cinsiyette esaslı ayrımcılığın biyolojik değil, toplumsal olarak gerçekleştiği kabul edilmektedir. Cinsiyet esaslı ayrımcılık, toplumsal cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık şeklinde ele alınmaktadır.

Cinsiyet esaslı ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı cinsiyet esaslı ayrımcılık olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, doğrudan cinsiyet esaslı ayrımcılık, bir kişinin bir kadına, cinsiyetine dayalı olarak, bir erkeğe davrandığı ya da davranacağından daha olumsuz davranması ya da daha az olumlu davranması olarak ifade edilirken, biçimsel olarak eşitlikçi gözükken davranış veya uygulamaların sonradan kadın üzerinde ayrımcı etkiler yaratması dolaylı cinsiyet esaslı ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.

Cinsiyet ayrımcılığı, bireylere cinsiyetlerinden dolayı toplumda adaletsiz bir şekilde davranılmasıdır. Cinsiyet ayrımcılığı bireyin insan haklarından tümüyle yararlanmasını engelleyen sosyal açıdan yapılandırılmış cinsiyet rolleri ve normlarına dayalı olarak herhangi bir ayırıma, dışlanma ya da kısıtlamaya maruz kalmasıdır. Aynı şekilde cinsiyet ayrımcılığı, kaynaklara ve fırsatlara ulaşmada eşitsizlik, şiddet, temel hizmetlerden yararlanmada yetersizlik, çalışma yaşamı ve siyasette kadının sınırlı olarak yer alması ve kadınlarla erkekler arasındaki kişisel ilişkilerdeki güç dengesizliği hususlarıyla yakından ilişkilidir. Bu nedenle cinsiyet ayrımcılığı; toplumda kadınların temel hizmetlerden yoksun olması, fırsatlara ve kaynaklara sahip olmada erkeklere oranla eşit olmayan koşullar yaşaması, şiddete uğraması, siyasette ve çalışma yaşamında düşük oranlarda temsil edilmesi biçiminde tanımlanmaktadır.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında, biçimsel olarak eşitlikçi gözükken davranış veya uygulamaların sonradan kadın üzerinde ayrımcı etkiler yaratması söz konusudur.

1.5. Çalışma Yaşamında Cinsiyet Ayrımcılığı

Pek çok toplumda meslekler yatay olarak katmanlaşarak kadın işi ve erkek işi olarak ikiye ayrılırlar. Genel olarak; kadın işi düşük statülü ve düşük ücretli, geçici, güvencesiz olan niteliksiz işlerden, buna karşı erkek işi yetki ve sorumluluk gerektiren, yüksek ücretli, sürekli, güvenceli olan nitelikli işlerden oluşurken kadın erkek arasındaki cinsiyet ayrımcılığını da apaçık ortaya koymaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde "tüm kadın ve erkekler ayrımcılığa uğramadan yaşama, sağlık, eğitim ve çalışma haklarından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir" denilmektedir.

Çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığı, işin yapılmasında etkisi olmasına rağmen, kadınların cinsiyetlerinden dolayı çalışma yaşamında dışlanması ve bunun sonucunda işyerindeki güç, tatmin düzeyi ve gelirin erkekler arasında paylaşılması anlamındadır. İşyerinde cinsiyet ayrımcılığı; eğitimde, iş bölümünde, ücretlendirmede kadın ve erkeğin yaptıkları işle değil, cinsiyet temeline dayanarak işleme tabi tutulmasıdır.

Ayrımcılık, aynı iş için farklı ödeme yapılması biçiminde olabileceği gibi, eşit verimliliğe sahip bireylerin farklı ücret düzeyine karşı gelen farklı iş-

lere sahip olmaları şeklinde de meydana gelebilmektedir. İşten çıkarılmalarda; aile reisinin erkek olarak düşünülmesi ve evi geçindirme rolünün erkeğin görevi olarak görülmesi gibi birçok nedenlerle, ekonomik kriz dönemlerinde öncelikle kadın çalışanlar tercih edilmektedir.

2. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIKTA ULUSLARARASI GÜVENCELER

Birleşmiş Milletler'in sekiz sözleşmesinde ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri olarak bu sözleşmeler; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (CERD), Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi olarak CEDAW, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezalara Karşı Uluslararası Sözleşme, Tüm Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir (Acar,2011). Ayrımcılıkla mücadeleyle ilgili uluslar arası belgeler arasında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi, BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de sayılabilir.

Aynı şekilde kadına karşı bir ayrımcılık olarak da kabul edilen kadına yönelik şiddetle ilgili olarak Avrupa konseyinin henüz yürürlüğe girmeyen kadına yönelik şiddetle mücadele sözleşmesi olarak ilk olarak Türkiye tarafından 29 Kasım 2011 tarihli 6251 Sayılı Kanun'la onaylanan, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesini de bu kapsamda sayılabilir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi olarak CEDAW, ayrımcılık kavramının kapsamlı olarak ele alındığı sekiz temel Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmesinden biridir. Günümüzde pek çok kişinin "Uluslararası Kadın Hakları Bildirgesi" olarak da tanımladığı CEDAW, kadınlara karşı yapılan her türlü cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve kadınların insan haklarını korumak amacına yönelik yasal standartları bir araya getiren ve taraf ülkeler üzerinde bağlayıcı niteliği olan tek uluslararası hukuk aracıdır.

CEDAW sözleşmesi, kadınlara karşı ayrımcılığın tarih boyunca ve günümüzde dünyada gösterdiği yaygınlık ve çeşitliliğin, doğal bir sonucu olarak içeriği itibarıyla çok yönlü ve geniş kapsamlı bir metindir. Sözleşme, taraf devletlerde kadınların kanun karşısında eşitliğinin sağlanmasının ötesine geçerek, medeni hallerine bakılmaksızın kadınların; siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamda erkeklerle eşit konumda olmaları ilkesini benimsemekte, devletleri bu amaçları hızla gerçekleştirmek için özel geçici önlemler almaya yöneltmekte ve kadınlarla erkekleri ayrımcı kalıp yargılarla tanımlayan geleneksel ve kültürel davranış kalıplarını ve tutumları dönüştürmek için önlem almaya zorlamaktadır. CEDAW sözleşmesi, hem yasalarda; hem de gerçek yaşamdaki ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve kamu yaşamında olduğu gibi; özel yaşam alanlarında ve özellikle aile ilişkilerinde, ayrımcı kalıp, yargı ve davranışlardan arındırılması için yapılması gereken tedbirleri de düzenlemektedir (Özdamar 2009:91).

Küreselleşmenin yarattığı ayrımcılık ve kadın yoksulluğuyla mücadelede; kadınlara karşı doğrudan veya dolaylı olarak yapılan ayrımcılığın her türlü önlenmesi için bir uluslararası insan hakları sözleşmesi olan CEDAW, devletleri taahhüt altına almış ve kadınların ayrımcılıktan korunması için; hem devletlere ve hem de bireylere, müştereken mücadele sorumluluğu yüklemiştir (Balkır 2011:49).

3. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIKTA ULUSAL GÜVENCELER

Türkiye’de ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği ilkesi; Anayasa’nın 10’uncu maddesindeki eşitlik ilkesiyle güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 50’nci maddesi uyarınca; kadınlar, çalışma koşulları bakımından özel olarak korunurlar. Bu koruyucu düzenleme sonucunda, işverenin özellikle kadınları, cinsel tacize karşı koruması anayasal bir yükümlülüktür.

Anayasal bir güvence olarak, 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren Yeni İş Kanununun getirdiği en önemli düzenlemelerden biri de, işveren işçi ilişkisinde cinsiyet dahil hiçbir nedenle temel insan hakları bakımından ayırım yapılamayacağıdır. Öte yandan kadın çalışmasında, işyerinde cinsel taciz aynı zamanda bir suç olup, 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda, özel olarak düzenlenmiştir.

4. İŞYERİNDE CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK OLARAK CİNSEL TACİZ

Çağdaş dünyada ve Türkiye’de, gerek işyerinde gerekse özel hayatta maruz kalınan cinsel taciz olaylarının, özellikle ahlaki değerler nedeniyle, üstü örtülmekte, suçluluk duygusu, çekinme, inkar veya başkalarının bu konuda ne düşüneceklerinin dikkate alınması gibi nedenlerle, işyerinde cinsel taciz olaylarının gerçekte ne boyutta olduğu bilinmemektedir. Bu durumun ortadan kaldırılabilmesi açısından işyerlerinde, gerekli eğitimlerin verilmesi, çalışanların bu durumla karşılaşmaları halinde ne yapmaları gerektiğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın en yoğun şekilde yaşandığı alanların başında çalışma yaşamı gelir. Bu nedenle ülkeler öncelikle çalışma yaşamındaki cinsiyet ayrımcılığıyla cinsiyete dayalı şiddetle uğraşmak zorunda kalmışlardır.

İşyerinde cinsel tacizle ilgili hukuksal düzenlemelerde, bir kısım ülkelerde, işyerinde cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığına dayandırıldığı, bazı ülkelerde, işyerinde cinsel tacizin; yetkinin kötüye kullanılması olarak kabul edildiği ve birçok ülkenin de işyerinde cinsel tacizi, işçinin kişilik haklarının ihlali olarak kabul ettiği görülmektedir (Aydın 2006:18).

İşyerinde cinsel taciz konusundaki bu farklı yaklaşımların her üç şeklinin de doğru olduğu gözlenmektedir. Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde, işyerinde cinsel tacizin hem ceza ve hem de tazminat ile yaptırım altına alındığı; ayrıca taciz mağduru işçinin iş sözleşmesinin feshi ve şikâyet etme yöntemleriyle korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

Türk iş hukuku literatürüne çok daha önceden girmiş olmasına rağmen, işyerinde cinsel taciz, 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal düzenlemeye sahip olmuştur.

İş Kanununda çalışma koşullarında, iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde; cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, cinsiyet nedeniyle eşit değerde iş için daha düşük ücret verilemeyeceği, cinsiyet, medeni hal ve aile yükümlülükleri, hamilelik ve doğumun iş akdinin feshi için geçerli sebep oluşturamayacağı, işyerinde işçinin, işveren, diğer bir işçi veya üçüncü

kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması halinde işçinin haklı nedenle işi derhal fesih hakkına sahip olduğuna dair düzenlemelere yer verilmiştir.

Cinsel tacizin, işveren veya amir konumundaki kişiler tarafından işlenmesi halinde, yetkinin kötüye kullanılması ve güvenin ihlali söz konusudur (Bakırcı 2006:157). Kişilik haklarının korunmasının, cinsiyetler arası eşitliğin sağlanmasının, kişilerin elverişli koşullarda çalışmasının; hem kişiler hem de toplum açısından taşıdığı önem dikkate alındığında, işyerinde cinsel tacizi açıkça yasaklayan ve yaptırıma bağlayan, kanıt yükünü kolaylaştıran, mağdurlara iş güvencesi sağlayan düzenlemelere ve cinsel tacizi önlemeye yönelik önlemlere gereksinim olduğu ortadadır (Bakırcı 2006:158).

4.1.Cinsel Taciz ve Cinsel Taciz Davranışları

Cinsel taciz, bir kişinin kendi isteği dışında; cinsel içerikli tekliflere, şakalara, hakaretlere ve/veya bunları içeren görsel, sözlü ya da fiziksel davranışlara maruz kalmasıdır. Dikkatlice bakış, kur yapmak, müstehcen el kol hareketleri, dokunmalar, seks önerileri cinsel taciz olarak algılanmışlardır. Cinsel taciz fiziksel, sözel, sözel olmayan veya görsel davranışlar şeklinde gerçekleşebilir. Birisinin yanından sürtünerek geçmek fiziksel davranışa, cinsel içerikli konuşmalar sözel davranışa, dikkatlice veya şehvetle birisinin vücuduna bakmak sözel olmayan davranışa, bilgisayardaki müstehcen ekran koruyucusu programı görsel davranışa örnek olarak verilebilir (Demirtaş 2011:36).

Cinsel taciz ceza hukukunda taciz olarak tanımlanan kişilik haklarına saldırının bir parçası ve türüdür. Bir kişilik haklarına saldırı suçu olarak taciz, kişinin sahip olduğu din, etnik köken, cinsiyet, ırk, vb..özelliklere yönelik aşağılama, saldırı ve/veya hakaret içeren her türlü sözlü, fiziksel ve görsel davranışlar olarak tanımlanabilir. Bir kişilik haklarına saldırı suçu olarak cinsel taciz, cinsel içerik taşıyan her türlü sözlü, fiziksel ve görsel davranışın sergilenmesidir.

Cinsel taciz kelimesinin, sözlük anlamına bakıldığında; “Ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme,” ve “Çalışma hayatında ekonomik güç, üst makam veya başka etkili bir göreve sahip olanların, genellikle karşı cinsi ahlak dışı bir-

takım tutum ve davranışlarla cinsel yönden sıkıntıya sokup rahatsız etme” açıklamalarını görülmektedir (Bakırcı 2006:158).

Cinsel taciz en hafif şekliyle hoş karşılanmayan cinsel içerikli bir şaka olabileceği gibi, en ağır şekillerinden birisi olan tecavüz biçiminde de meydana gelebilir. Cinsel tacizin en önemli özelliği karşı taraf tarafından istenmeyen şeylerin yapılmasıdır.

Cinsel taciz, çevremizdeki her yerde; aile içi bireyler arasında, komşular arasında, birbirini tanıyan veya tanımayan insanlar arasında, yolda, otobüste; özetle insanın olduğu her yerde, değişik şekillerde görülebilmektedir. Farklı özelliklere sahip, azınlıkta olan ve kurumsal güce sahip olmayan kişilere yönelik tacize, işyerlerinde olduğu kadar, günlük yaşantının diğer alanlarında da sık sık rastlanır. Cinsel taciz, genel olarak cinselliğe, cinsiyete veya cinsel tercihe dayalı bir davranış olarak gerçekleştirilir.

Cinsel taciz ve cinsel taciz davranışlarına hemen hemen her yerde; sokakta, üniversitede, işyerinde ve hoca-öğrenci, evsahibi-kiracı, işveren-işçi vb. farklı ilişki biçimlerinde rastlamak mümkündür.

4.2. İşyerinde Cinsel Taciz Tanımı ve Türleri

İşyerinde cinsel taciz, çalışma yaşamında karşılaşılan istenmediği halde karşılaşılan her türlü cinsel ima ve davranış biçimidir. İşyerinde cinsel taciz, işveren veya amir konumundakilerin yönelttiği cinsel taciz gibi belirli türleri; ancak, yetkinin kötüye kullanılması ve güven ihlaliyle oluştuğundan aynı zamanda bir çalışma suçu haline gelmektedir. Bu biçimiyle bir çalışma suçu olarak, işyerinde cinsel taciz, mağdur işçinin çalışma hak ve özgürlüğünü ihlal etmektedir. İşyerinde cinsel taciz, aynı zamanda çalışan kadının; ekonomik özgürlüğünü ve özerkliğini de tehdit etmekte olduğu için işyerinde cinsel tacize, ekonomik tecavüz tanımlaması da yapılmaktadır (Bakırcı 2006:159).

İşyerinde cinsel taciz mağduru olan kimseler genellikle güçsüz durumdaki kişilerdir. Gerçekten taraflar arasında güç eşitsizliğinin olması, bir tarafın diğerine bağımlı ya da mecbur olması ve sosyal hiyerarşi, cinsel tacize zemin hazırlayan önemli unsurlardır. İş yerinde cinsel tacize her çalışan uğrayabilir. Tacizde bulunan bir kadın ya da erkek; işveren ya da çalışan

olabildiği gibi tacize uğrayan kişi aynı cinsiyetten, üst kademededen ya da alt kademededen olabilir. İş yerlerinin hiyerarşik yapılanması ve güç eşitsizliği daha düşük konumdaki kişilerin, cinsel tacize uğramasına neden olmaktadır. Ataerkil yapılanma yavaş yavaş değişse de, üst düzeylerde genelde erkek çalışanların olması, kadınların iş yerindeki cinsel tacize daha sık hedef olmasına neden olmaktadır. Cinsel taciz, tüm ülkelerde olduğu gibi; Türkiye’de de, son derece yaygın ve ciddi bir sorundur ve mağdurları, genellikle kadınlardır. Avrupa Birliği üyesi ve aday ülkeleri kapsayan bir araştırmanın sonuçlarına göre Türkiye iş yerinde cinsel tacizin en sık yaşandığı üçüncü ülke konumundadır (Bakırcı 2006:148).

Çalışma yaşamında işyerinde cinsel taciz, her zaman için mağdurca istenmeyen bir davranışı ifade ederken; kabul edilmeyen, cevap verilmeyen, tek yanlı bir davranıştır. İşyerinde cinsel taciz niteliğindeki hareketlerin istenmemesi ve cevapsız kalması koşulu, hangi davranışların taciz olduğunun saptanmasını ve bu davranışların sübjektifliğini gösterir.

Gerçekten işyerinde cinsel taciz, aynı zamanda cinsel anlam içeren bir davranış olarak, dokunma, elleme gibi fiziksel bir davranış olabileceği gibi; sözle sarkıntılık, laf atma gibi sözlü davranış ya da pornografik resim ve materyallerin gösterilmesi ile de gerçekleşebilir. Cinsel tabanlı ve cinsiyet temelli davranışlar; özellikle kadınlara yönelik cinsel amaçlı güç kullanımı, cinsel tacizin önemli bir yönünü oluşturur. İşyerinde cinsel tacizi, cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar olarak tanımlamak mümkündür (Aydın 2006:16).

Bir davranışın işyerinde cinsel taciz olarak kabul edilebilmesi için birtakım unsurların oluşması lazımdır. Bir davranışın işyerinde cinsel taciz olarak değerlendirilmesi için öncelikle davranışın işyerinde veya işle ilgili bir ortamda meydana gelmesi gerekir. İkinci olarak davranışın kişinin cinsiyeti, cinsellik veya cinsellik çağrıştıran konularda olması gerekir. Örneğin, kadınların daha az zekâlı olduğunu belirten bir söz veya cinsellik içeren fıkralar bu kapsamda değerlendirilebilir. İşyerinde cinsel tacizin üçüncü şartı davranışın istenmeden veya karşısındakinin onayı olmadan yapılması gerekir. İstemediği halde birisine masaj yapmaya kalkmak örnek olarak verilebilir.

Cinsel taciz davranışın süreklilik gösteren bir davranış olması şart değildir. Bazen tek bir davranış cinsel taciz olarak kabul edilebileceği gibi bazı davranışların cinsel taciz olarak değerlendirilebilmesi için tekrar eden bir davranış olması gerekir. İşyerindeki arkadaşına ilk seferinde reddetmesine rağmen; ısrarla yemeğe çıkma teklifi yapmak, cinsel taciz kapsamına girebilir. Mağdurların psikolojik ve fiziksel sağlığı, toplumsal ve ekonomik yaşamı, işteki verimliliği, yükselmesi üzerinde son derece yıkıcı etkileriyle ayrımcılık olarak kabul edilen cinsel taciz, aynı zamanda mağdurların kişilik haklarının ihhalidir. Cinsel taciz sadece bir millete bir topluma veya kültüre has bir olay olmayıp, dünyada; ister gelişmiş, ister gelişmekte olsun tüm devletlerde görülmektedir.

Davranış şekillerindeki unsurlara bakarak, işyerinde cinsel tacizi; basit, orta ve ağır cinsel taciz olarak sınıflayabiliriz. Basit cinsel tacizde, tehdit bulunmadığı halde; rahatsız eden ve istenilmeyen ortamları yaratan hareketler bulunmaktadır. Laf atmak, cinsel içerikli şakalar yapmak, iltifat etmek, ya da argo kelimeler kullanmak bu taciz şiddetine örnek olarak verilebilir.

Orta düzeyde kabul edilen cinsel tacizde ise; basit cinsel taciz altında sayılan eylemlerin, sürekliliğinin kişinin rahatsız olduğunu bildirmesine rağmen sıklaşarak devam ettiği durumlar söz konusudur. Ağır cinsel tacizde ise, tacizin sürekli ve şiddetli olduğu, kişi için tehdit oluşturacak unsurların çoğaldığı ve kişiyi kontrol etmeye yönelik olan hareketleri içeren taciz durumları bulunmaktadır. Bu durumlar, kişiyi sürekli telefonla rahatsız etmekten, istenilenleri yapmadığı takdirde; verilecek zararlar, tehdit etmeye kadar gidebilir.

İş yerinde gerçekleşen cinsel tacizler çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Cinsiyete yönelik taciz de; herhangi bir cinsel eylem içermek amaçlı olmayan ama kişilerin cinsiyetine yöneltilen genellikle düşmanca olan, sözlü, fiziksel veya simgesel olabilen tutumlardır. Halk arasında bir deyiş olan 'saçı uzun aklı kısa' gibi sözler buna örnek olarak verilebilir.

Düşmanca ortam tacizinde; bir bireyin, performansına zarar vermeyi hedefleyen her türlü sözlü ya da fiziksel cinsel içerikli davranışlar söz konusudur. Cinsel içerikli tehditler şeklinde gerçekleşen, cinsel tacizde; açık

ya da örtülü bir şekilde, kişinin işiyle ilgili tehdit veya şantaj yoluyla kişiye yönelik istenmeyen cinsel davranışlarda bulunmak ya da kişiyi cinsel davranışlarda bulunmaya mecbur bırakmak cinsel içerikli tehditlerin içine girer.

İstenmeyen cinsel ilgi veya yakınlık yoluyla cinsel taciz, kişiye yöneltilen ama kişi tarafından karşılık verilmeyen ve istenmeyen uygunsuz cinsel davranışların tümüdür. Bu davranışlar, cinsel içerikli söylemler gibi sözel veya istenmeyen dokunuşlar gibi fiziksel davranışlar olabilir (Balkır 2011: 47). İş hukuku öğretisinde, işyerinde cinsel tacizin, düşmanca ve cinsellikle kaplı işyeri ve cinsel rüşvet veya cinsel gözdağı şeklinde gerçekleştirilen ve farklı sonuçları olan iki şekli bulunmaktadır (Aydın 2006:17).

4.2.1. Düşmanca ve Cinsellikle Kaplı İşyeri

Özellikle kadınlara yönelik bu tür tacizde işyeri erkeğe göre kadın için daha güç koşullar içeren bir yer niteliği taşımaktadır. İşyerinde diğer işçiler açısından elle, sözle, bakışlarla, resimlerle karşı cins için düşmanca bir ortam yaratılmaktadır. Mağdurda psikolojik veya duygusal zarara yol açan veya çalışma performansına keyfi müdahale oluşturan bir çalışma ve iş ortamına katlanması istenmekte ve bu katlanma bir çalışma koşulu haline gelmektedir. Düşmanca ve cinsellikle kaplı işyeri olarak tanımlanan cinsel tacizde, yatay bir çalışma düzleminde; çalışılan yerde uğranılan bir cinsel davranış vardır. Bu davranışın yaygınlık ve süreklilikle çalışma koşullarını zorlaştırması söz konusudur. İşyerinin cinsellikle kirlenmiş olması ve cinsel açıdan düşmanca bir ortamın yaratılması nedeniyle işverenin veya diğer işçilerin sorumluluğunu gerektirir (Bakırcı 2000: 42).

Amerikan hukukuna dayanan bir cinsel taciz türünü oluşturan düşmanca ve cinsellikle kaplı işyeri ortamında, işçiye, salt cinsiyetinden dolayı, diğer işçiler tarafından cinsel içerikli huzursuzluklar yaşatılması, küfür içeren ya da müstehcen sohbet, fotoğraf gibi materyallere maruz bırakılması, işyerinde yıldırma amaçlı, baskıcı bir çalışma ortamı yaratma söz konusudur. ABD mahkemeleri, bir davranışın, cinsel taciz olup olmadığını saptanmasında; makul insan ya da makul kadın ölçütünü kullanılmaktadır. Bu ölçüte göre, mağdurun uğradığı türden bir davranış, makul bir insan ya da makul bir kadın tarafından cinsel taciz olarak niteleniyorsa ortada bir cinsel tacizin varlığı kabul edilmektedir (Aydın 2006:18).

4.2.2. Cinsel Rüşvet veya Cinsel Gözdağı

Cinsel rüşvet veya cinsel gözdağı olarak tanımlanan cinsel taciz türünde, dikey düzlemde, hiyerarşik olarak amirlerin davranışları söz konusudur (Bakırcı 2000:43). Amirlerin ya da işverenin işçinin işe alınması, mesleki ilerlemesi, prim, ikramiye ve benzer olanaklardan yararlanması için cinsel tacizde bulunması anlamına gelmektedir. Bu cinsel taciz türünde, “ya benimle olursun ya da kovulursun” mantığı yer almakta olup, işçinin aldığı ücretin, çalışma koşullarının, konumunun işverenin ya da amirinin cinsel tacizlerine boyun eğme ya da karşı çıkmasına göre belirlenmesi söz konusudur. İşçiden, işinin karşılığında, işverenin ya da amirinin cinsel isteklerinin karşılanması beklenmektedir.

Cinsel rüşvet veya cinsel gözdağı olarak tanımlanan cinsel taciz mağduru, mesleki olanakları yitirmek ile cinsel talepleri karşılamak arasında bir tercih zorunluluğu altında kalmaktadır. Bu tür taciz, yönetim yetkisinin kötüye kullanılması anlamına geldiğinden, genellikle işveren ya da işveren vekilleri tarafından; ama mutlaka mağdurun üstü olan bir amir tarafından gerçekleştirilebilir.

Cinsel rüşvet veya gözdağı şeklindeki tacizin varlığı için, tacizde bulunan işveren ya da amirin; aynı zamanda mağdura, mesleki açıdan bazı olanaklar tanıma ya da olanakları geri alma yetkisinin bulunması gerekir. ABD mahkemelerinde, bu tür bir cinsel tacizden işverenin sorumlu tutulabilmesi için, durumu biliyor olması ya da bilmesinin gerekmesi ölçütünden yararlanılmakta ve işverenin; önlem alıp, olayı durdurmaya çalışıp çalışmadığı değerlendirilmektedir. Sorumluluğun paylaşılmasında, şikâyetçinin; cinsel tacizden, işvereni ne zaman ve nasıl haberdar ettiği, karşılaştığı ya da içinde bulunduğu cinsel tacizin derecesi ve şikâyetçinin; tacizciye, bunun hoş karşılanmadığını bildirip, bildirilmediği dikkate alınmaktadır (Aydın 2006:19).

5. İŞYERİNDE CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK VE ULUSLARARASI GÜVENCELER

İşyerinde cinsel taciz olayı, ilk olarak ABD’de gündeme gelmiş, bu nedenle işyerinde cinsel taciz teori ve uygulamaları ilk olarak ABD’de şekillenmiştir. Uluslar arası Çalışma Örgütü tarafından, 1985 yılında Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilen, “Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma

ve Fırsat Eşitliği” konusundaki metinle, Birleşmiş Milletler’in, 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nde ve Avrupa Birliğinin, 1976 tarihli 76/207 sayılı “Kadın ve Erkeğe Eşit İşlem Prensiplerine İlişkin Direktif”te, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak yol gösterici düzenlemeler bulunmaktadır (Aydın 2006:22).

1976 tarihli 76/207 sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit İşlem Prensiplerine İlişkin Direktif’te, eşit davranma borcuna ilişkin değişiklik yapılması kararının alınmasıyla birlikte, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Avrupa Birliğinde cinsel tacizin önlenmesi konusunda son derece cesaretli bir adım atmıştır.

2002/73 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, üye ülkelerin eşit davranma borcuna ilişkin yasal düzenlemeleri arasında uyum sağlamayı amaçlamıştır. Bu direktifin kabulü ile birlikte, üye devletler, cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak tanıyacaktırlar. Direktifin 2/2.fıkrası, tacizi ve cinsel tacizi cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık olarak nitelendirmekte ve böyle bir davranışın kadın ve erkek arasında ayrımcılık oluşturacağını kabul etmektedir. Buna göre cinsel taciz, insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlanmıştır.

AB Direktifinin 2./3. fıkrasına göre, bir kimsenin cinsel tacizi reddetmesi veya buna maruz kalması, bu kimseyi etkileyen istihdam ve çalışma ilişkilerine ilişkin bir kararın gerekçesini ve temelini oluşturamaz (Özdemir 2006: 213). Olası bir hukuki uyuşmazlıkta, işyerinde ortada bir cinsel taciz vakiasının var olup olmadığının tespiti için; her şeyden önce, cinsel tacizin büyük bir dikkatle tanımlanması gerekmektedir. 2002/73 sayılı direktifin 2/2. fıkrasındaki cinsel taciz tanımında, işyerinde cinsel tacizin; istenilmeyen, insan onuruna aykırı olarak suistimal edilen; düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir çalışma ortamı olmak üzere üç temel unsuru bulunmaktadır.

Birleşmiş Milletlerin, işyerinde cinsel tacizle ilgili çalışmalarının ilkinin ve temelini, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi olarak kısa adıyla CEDAW oluşturmaktadır. Bunun yanında 1992’de bu alanda bir genel tavsiye yayımlanmıştır. 19 sayılı Genel Tavsi-

yenin 1. maddesinde üye devletlere işyerinde cinsel taciz karşısında cezai ve tazminata ilişkin düzenlemeler yapmaları ve tacizi önlemek için gerekli önlemleri almaları önerilmiştir.

1993 yılında, BM Genel Kurulunda Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi düzenlenmiş ve böylece işyerinde cinsel tacize ilişkin uluslararası standartları düzenleyen ilk evrensel belge ortaya çıkmıştır. Bildirge BM'nin ilgili komisyonlarının Nairobi ve Viyana toplantılarında kabul edilen esaslar üzerine inşa edilmiştir. BM önderliğinde 1995 yılında yapılan Pekin 4. Dünya Kadınlar Konferansında da kadınlara yönelik cinsel taciz ve işyerinde cinsel taciz konularında 1993 tarihli Bildirge'deki esaslar yinelenmiştir (Bakırcı 2000:52).

İşyerinde cinsel taciz, ilk kez 1985 yılında ILO'nun belgelerinden, Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilen, Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma ve Fırsat Eşitliği konularına ilişkin sözleşmenin, sonuç bölümünde yer verildiği görülmektedir. Sözleşmenin sonuç bölümünde, eşitliğin sağlanması için işyerinde cinsel tacizin önlenmesi ve cinsel tacizle savaşmak için, gerekli önlemlerin alınmasının zorunluluğuna dikkat çekilmektedir (Aydın 2006:21).

1991 yılında toplanan Uluslararası Çalışma Konferansı'nda alınan kararda, işyerinde cinsel tacizle ilgili üçlü konferanslar düzenlenmesi; konuyla ilgili kılavuzlar, eğitim ve bilgi materyalleri hazırlanması ve bir uygulama kodu oluşturulması planlanmıştır. AB Bakanlar Konseyi, 1984'de yayınladığı bir tavsiye kararında; işyerinde kadın ve erkek arasında cinsiyet dengesinin kurulması ile kadının işyerinde onurla çalışmasına saygı gösterilmesine ilişkin prensipler getirmiştir.

1986'da Avrupa Parlamentosu kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin bir karar almıştır. Parlamento bu kararıyla, komisyona cinsel taciz konusunda çalışmalar yapma çağrısında bulunmuş ve özellikle cinsel rüşvet/gözdağına ilişkin ulusal mevzuatların uyumlaştırılmasına yönelik tedbirlerin alınmasını istemiştir.

1991'de Komisyon "İşyerinde Kadın ve Erkeğin Onurunun Korunması" isimli bir tavsiye kararı almıştır. 1994'de ise Avrupa Parlamentosu "İş-

yerinde Yeminli Danışman” atanmasına ilişkin bir kararı kabul etmiş ve kurum içi cinsel taciz olaylarında danışmana bildirim ve inceleme gibi konularla; cinsel tacizi önleyecek mevzuatın geliştirilmesi istenmiştir (Aydın 2006:22).

6. İŞYERİNDE CİNSEL TACİZ VE CİNSEL ŞİDDET

6.1. Cinsel Taciz ve Şiddet

Taciz, kişinin sahip olduğu din, etnik köken, cinsiyet, ırk, vb.. özelliklere yönelik aşağılama, saldırı ve/veya hakaret içeren her türlü sözlü, fiziksel ve görsel davranışlardır. Cinsel saldırı ve taciz ya fiziksel bir temas şeklinde cinsel saldırı yoluyla ya da bedensel temas olmadan, söz ve tavır yoluyla cinsel taciz şeklinde olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar.

Cinsel taciz, bir kişinin kendi isteği dışında cinsel içerikli tekliflere, şakalara, hakaretlere ve/veya bunları içeren görsel, sözlü ya da fiziksel davranışlara maruz kalmasıdır. Cinsel taciz erkek egemen toplumlarda tüm kadınları etkileyen önemli bir sorundur. Ataerkil kültürlerin yarattığı bir sorun olarak cinsel saldırı ve taciz, yaşamın her alanında, yolda, sokakta, evde ve işyerinde görülebilmektedir.

İstemediği cinsel ilişkiye zorlamak, tecavüz, başka kişilerle cinsel ilişkiye zorlamak, cinsel olarak kişiyi korkutan ve kıran davranışlarda bulunmak, sürekli kadınlığını veya erkekliğini aşağılamak, telefonla veya mektupla veya sözlü olarak sürekli cinsel içerikli tacizlerde bulunmak, cinsel organlara zarar vermek, namus ve töre nedeni ile baskı uygulamak ve öldürmek gibi davranışlar cinsel şiddet davranışlarıdır.

Cinsel saldırı ve taciz öncelikle bir suçtur. Bir insan hakkı ihlalidir. Cinsel saldırı ve taciz hem ayrımcılık suçu ve hem de çalışma hakkının ihlalidir. Türk Ceza Kanunu’nda cinsel taciz suçunu tanımlayan 105. maddesinin gerekçesi cinsel tacizi, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar olarak tanımlamaktadır.

Türk Ceza Kanunu, iş yerinde cinsel tacizi suç saymakta ve tacizde bulunan kişiye mağdurun isteği doğrultusunda ceza verilmektedir. Özellikle feminist hareketlerin etkisiyle 2005’te yeni eklenen düzenlemesiyle TCK’nın 105. maddesinin 2. fıkrası, iş yerinde gerçekleşen cinsel taciz

eylemi hiyerarşiden ve güç eşitsizliğinden dolayı nüfuzu kötüye kullanmak kapsamında değerlendirilmekte ve aynı iş yerinde çalışmanın getirdiği rahatlık da göz önünde bulundurularak cinsel taciz suçuna verilecek ceza, yarı oranında arttırılmaktadır.

6.2. İşyerinde Cinsel Taciz ve Türleri

İş yerinde cinsel taciz, kişinin istenmeyen sözlü ya da fiziksel cinsel davranışlara çalışma ortamında maruz kalmasıdır. Çalışma yaşamında kadınların karşılaştıkları en büyük sorunlardan biri olan **cinsel saldırı ve taciz**; kadınları çalışma yaşamından uzak tutarken iş yaşamında tutunmalarını ya da yükselmelerini önler ve sadece kadınlara özel görünen iş alanlarına yoğunlaşmalarına neden olur.

Çalışma yaşamında taraflar arasında güç eşitsizliğinin olması, bir tarafın diğerine bağımlı veya mecbur olması ve sosyal hiyerarşi cinsel tacize zemin hazırlayan önemli unsurlardır. Her çalışan iş yerinde cinsel tacize uğrayabilir. Tacizde bulunan bir kadın ya da erkek; iş veren ya da çalışan olabildiği gibi tacize uğrayan kişi aynı cinsiyetten, üst kademededen ya da alt kademededen olabilir.

İş yerlerinin hiyerarşik yapılanması ve güç eşitsizliği daha düşük konumdaki kişilerin; ataerkil yapılanma ve yavaş yavaş değişse de üst düzeylerde genelde erkek çalışanların olması ise kadınların iş yerindeki cinsel tacize daha sık hedef olmasına sebep olmaktadır.

İş yerinde gerçekleşmesi olası cinsel taciz durumlarını diğer taciz türleri gibi ağırlık derecesine göre üçe ayrılır. Basit cinsel tacizde tehdit içermediği halde rahatsız eden ve istenilmeyen ortamları yaratan hareketler söz konusudur. Laf atmak, cinsel içerikli şakalar yapmak, iltifat etmek, ya da argo kelimeler kullanmak bu taciz şiddetine örnek olarak verilebilir. Orta düzeyde cinsel tacizde, basit cinsel taciz altında sayılan eylemlerin, sürekliliğinin kişinin rahatsız olduğunu bildirmesine rağmen sıklaşarak devam ettiği durumlar yer alır. Ağır cinsel tacizde ise tacizin sürekli ve şiddetli olduğu, kişi için tehdit oluşturacak unsurların çoğaldığı ve kişiyi kontrol etmeye yönelik olan hareketler bulunmaktadır. Bu durumlar kişiyi sürekli telefonla rahatsız etmekten istenilenleri yapmadığı takdirde verilecek zararla tehdit etmeye kadar gidebilir.

İş yerinde cinsel taciz farklı şekillerde gerçekleşebilir ve birçok kez kişiler maruz kaldıkları davranışın taciz olduğunun farkına varamayabilir. İş yerinde gerçekleşen dört ayrı cinsel taciz şekli bulunmaktadır.

Cinsiyete yönelik tacizde, herhangi bir cinsel eylem içermek amaçlı olmayan ama kişilerin cinsiyetine yöneltilen genellikle düşmanca olan, sözlü, fiziksel veya simgesel olabilen tutumlar yer alır. Halk arasında bir deyiş olan “saçı uzun aklı kısa” gibi sözler buna örnek olarak verilebilir. Düşmanca ortam tacizinde bir bireyin performansına zarar vermeyi hedefleyen her türlü sözlü ya da fiziksel cinsel içerikli davranışlar söz konusudur. Cinsel içerikli tehditlerde açık ya da örtülü bir şekilde kişinin işiyle ilgili tehdit veya şantaj yoluyla kişiye yönelik istenmeyen cinsel davranışlarda bulunmak ya da kişiyi cinsel davranışlarda bulunmaya mecbur bırakmak cinsel içerikli tehditlerin içine girer.

İstenmeyen cinsel ilgi veya yakınlıkta ise kişiye yöneltilen ama kişi tarafından karşılık verilmeyen ve istenmeyen uygunsuz cinsel davranışların tümü yer alır. Bu davranışlar cinsel içerikli söylemler gibi sözel veya istenmeyen dokunuşlar gibi fiziksel davranışları içerebilir.

6.3. Türk İş Hukukunda İşyerinde Cinsel Taciz

İşyerinde cinsel taciz olayının söz konusu olabilmesi için, öncelikle bir iş ilişkisinin söz konusu olması gerekmektedir ve bunun mevcudiyeti için bir iş sözleşmesinin varlığı aranmaktadır. İşçinin, işverene iş sözleşmesinden kaynaklanan bağımlılığının ve aralarındaki iş ilişkisine dayalı olarak iş görme borcunun karşısında işverenin, ücret borcunun dışında, işçiyi gözetme ve eşit işlem yapma borçları bulunmaktadır. İşverenin gözetim borcunu, işverenin işçinin kişisel gelişimi için her türlü önlemi alması, mesleki eğitim olanakları ile sosyal ve kültürel gelişmesi için gerekli ortamı yaratması; eşit işlem yapma borcunu ise, işverenin iş ilişkisinde dil, ırk, din, cinsiyet, düşünce gibi nedenlerle ayırım yapmaması oluşturmaktadır. İş yerinde cinsel tacize uğrayan bir kişinin atacağı adımlar ve alacağı önlemler tacizin şiddetine göre değişebilir.

Türk İş Hukuku iş yerinde oluşabilecek cinsel tacizle ilgili ayrıntılı düzenlemelere sahiptir. Buna göre iş yerinde cinsel tacize uğrayan bir kişi; iş yapmaktan kaçınma hakkı kapsamında çalışmayı reddedebilir, işçinin

haklı nedenlerle derhal fesih hakkı kapsamında iş akdini feshedebilir ve ayrıca maddi ve manevi tazminat davası ya da devam eden bir tecavüz durumunda tecavüzün tespiti ve durdurulmasına yönelik davalar açabilir. Türk İş Hukuku literatürüne ancak 1970’lerde giren “işyerinde cinsel taciz” kavramının işveren ya da üstlerden gelen cinsel rüşvet ve gözdağı olarak ve çalışma ortamından kaynaklanan cinsellikle kaplı işyeri olmak üzere iki türü bulunmaktadır (Bakırcı 2000:154). 4857 sayılı İş Kanunu iş yerinde oluşabilecek cinsel tacizle ilgili ayrıntılı maddelere ve düzenlemelere sahip olup, kanun; işyerinde cinsel taciz olgusunun bu iki türünü de; hem işçi ve hem de işveren bakımından haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak kabul etmiştir.

6.4. Cinsel Tacizde İş Sözleşmesinin Derhal Feshi

İşyerinde cinsel taciz, tacize uğrayan işçinin, kişilik haklarına da saldırı oluşturmakta ve bu nedenle işverenin bu konuda gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Nitekim bu önlemlerden bir tanesi, tacizci işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmektir. İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcuna aykırı davranmaması gerekir ancak işçinin, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması sadakat borcuna aykırılık oluşturmaktadır. İşçinin, işyerinde bulunan üçüncü kişi örneğinin; müşteri tarafından cinsel tacizde bulunması durumunda da işveren, haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

İş Kanununa göre, işveren ya da işveren vekilinin cinsel tacizine uğrayan işçi iş sözleşmesini haklı sebeple derhal fesih edebilmektedir (İş K.m.24/II-b). Cinsel taciz başka bir işçi ya da 3. kişiden gelmişse, mağdur işçi; durumu işverene ya da amirlerine/üstlerine şikâyet edebilmektedir. İşverence gerekli önlemler alınmazsa, mağdur işçinin derhal fesih hakkı bulunmaktadır (İş K.m.24/II-d). Her iki durumda da feshe başvuran işçinin, hem İş Kanunu ve hem de genel hükümlere göre tazminat hakları saklıdır.

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, İş Kanununun 24/II ve 25/II maddesinde “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile işyerinde cinsel taciz olayının, hem işçi hem de işveren için iş sözleşmesinin feshi açısından “haklı neden” oluşturduğu, yasal bir zemine oturtulmuştur. İşyerinde cinsel taciz, gerek kadın gerekse erkek işçiler açısından, sadece karşı cinslerinden değil, hem-

cinslerinden söz konusu olabilir. Bu nedenle işyerinde cinsel tacizi, hem kişilik haklarına aykırılık hem de cinsiyet ayrımcılığı olarak görebilmek mümkündür.

İşçinin cinsel tacize uğraması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmesiyle ilgili olarak İş Kanununun 24/II maddesinde iki düzenleme bulunmaktadır. İş Kanununun 24/II.b maddesine göre, “işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması” halinde ve İş Kanununun 24/II.d maddesine göre ise, “işçinin, diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması” halinde, işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu işyerinde cinsel tacizi hem işverenin hem de işçinin iş sözleşmesi derhal feshi bakımından, farklı koşullarla, haklı fesih sebebi saymıştır. İş K.m.24/II’de yer alan fesih hakkının tanınması, işçinin işyerinde başka bir işçi ya da işçiler ve üçüncü bir kimsenin cinsel tacizine uğraması; durumu işverene bildirmesine rağmen işverence gerekli önlemlerin alınmamasıdır. Burada Kanunun kastettiği cinsel taciz, yatay nitelik taşıyan, cinsellikle kaplı işyeri niteliğindeki cinsel tacizdir. Öncelikle, işçinin işyerinde başka bir işçinin ya da genellikle müşteri durumundaki 3. bir kimsenin cinsel tacizine uğraması, durumu işverene bildirmesi ve işverence gerekli önlemlerin alınmaması gerekmektedir. İşverenin alması “gerekli” önlemler arasında, olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi, tacizde bulunan ya da şikâyetçi ve mağdur işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi hatta tacizin ağırlığına göre tacizci işçinin işine son vermesi sayılabilir. Buna karşın, durum işverene ya da yetkili işveren vekiline bildirilmezse ya da gerekli önlemler alınırsa, cinsel taciz fesih sebebi olmaz.

Kadın işçinin, işverenin diğer bir işçisi tarafından cinsel tacize uğraması halinde de haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Gerçekten işçinin sadece işveren tarafından değil, diğer bir işçi tarafından da cinsel tacize maruz kalması durumunda da haklı nedenle derhal fesih hakkı gündeme gelmektedir. Kadın işçinin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için, sadece cinsel tacize uğraması yeterli değildir. Cinsel tacizin işyerinde meydana gelmesi ve durumun işverene bildirildiği halde gerekli önlemlerin alınmaması söz konusu olmalıdır. İş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkının

düzenlendiği İş Kanununun 24/II.d maddesinde, sadece işverenin başka bir işçisinin cinsel tacizinden değil; aynı zamanda üçüncü bir kişinin, işyerinde işçiye cinsel tacizine de yer verilmiştir.

İşverenin gözetme borcundan hareket edersek, işverenin diğer işçisi veya üçüncü kişi tarafından işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunduğunu da söylemek mümkün olacaktır. İşveren, gözetme borcu gereği, işçinin yaşama, vücut bütünlüğü ve sağlık dışındaki kişilik değerlerini de korumak ve işyerinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uygunluğu sağlamaya yükümlüdür. İşyerinde, işverenin diğer bir işçisi veya üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğrayan işçi, sağlığının ve vücut bütünlüğünün zarar gördüğü gerekçesi ile durumu işveren ya da işveren vekiline bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir. Eğer gerekli önlemler alınmaz ise, kadın işçi, İş Kanununun 83'üncü maddesinde tanınan, iş sağlığı ve güvenliğinde gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

İşveren, işyerinde çalışan işçileri cinsel taciz olaylarına karşı korumakla yükümlüdür. Bu nedenle işçisinin, bir başka işçisine cinsel tacizi söz konusu ise, işveren; tacizci işçinin iş sözleşmesini, haklı nedenle derhal feshetme olanağı bulunmaktadır (İş K. 25/II.c md.).

6.5. İşyerinde Cinsel Tacizin İspatlanması

İşyerinde cinsel taciz olayları tacize uğrayan işçi tarafından genellikle kabullenmek zorunda kalınmaktadır. Cinsel taciz olayı, taciz eden ile edilen arasında yaşandığından işçi, mağduru olduğu cinsel taciz sonucunda, genellikle durumu ispatlayamayacağı kanaatine vararak, gerek işini kaybedeceği düşüncesi ile gerekse toplumun ahlaki değerleri karşısındaki durumu göz önüne alarak, bu tür olayların üstünü örtmektedir. Cinsel tacize uğradığını iddia eden işçilerin, genellikle iftira attıkları ya da söylediklerinin gerçekdışı olduğu düşünülmektedir (Aydın 2006:29).

Cinsel tacizin doğası, toplumun ahlaki değerleri karşısındaki durumu ve ispat yükümlülüğü, cinsel taciz olaylarının çoğunlukla gizli kalmasına yol açmakta; sorun yargıya taşınmamaktadır. Cinsel tacize uğradığını ortaya koyanlar çoğunlukla failer tarafından iftiracı olarak denmekte; söylediklerinin gerçekdışı olduğu iddiaları ileri sürülmektedir. Oysa cinsel taci-

zin, hele işyerinde gerçekleşen cinsel tacizin ispatlanması oldukça güçtür. Özellikle cinsel taciz mağdurunun, işverenden gelen cinsel rüşvet/gözdağı şeklindeki tacizlerde ya cinsellikle kaplı işyeri niteliğini taşıyan tacizlerde konuyu ispatlaması, tanık ve benzeri deliller bulması büyük bir zorluktur. İşyerinde cinsel taciz olayının gerçekleştirmesinden sonra kişiler açısından; işçi veya işverenin, derhal fesih hakkı doğmaktadır. Cinsel taciz mağdurunun bu fesih hakkını kullanabilmesi için cinsel taciz eylemini ispat zorunluluğu bulunmaktadır. İddia ve ispat edilecek eylem cinsel taciz olduğundan, ispat yükünün tarafları farklı olmaktadır. İşveren, cinsel tacizde bulunduğu gerekçesi ile işçinin iş sözleşmesini feshettiğinde, tacizin varlığını ispat, iddia eden olarak işverene düşecektir. Diğer taraftan cinsel tacize uğradığını iddia ederek, iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden mağdur işçinin de, bu tacizin varlığını ortaya koyması gerekmektedir (Aydın 2006:30). Yargıtay'ın son yıllarda verdiği bir kararında, bayan işçinin işverene hitaben cinsel taciz hakkında yazdığı mektubu, tanık beyanlarını da dikkate alarak, "bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır." diyerek, tacizci işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesini haklı nedenle yapılan fesih olarak kabul etmiştir.

İşyerinde cinsel tacizde bulunulan, mağdur işçi bakımından; tacizin sadece mağdur ve fail arasında bilinen olaylar olması, ispat konusunda önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Yargıtay'ın cinsel tacize ilişkin olarak verdiği kararlarda, genel yaşam tecrübelerini de olaya kattığı ve bu anlamda fiili karineler tesis ederek çözüm aradığı görülmektedir. Yüksek Mahkemenin bir kararında; işyerinde ustabaşı olarak çalışan davacı işçinin, iş sözleşmesinin; aynı işyerinde üç bayan işçiye sarkıntılıkta bulunduğu gerekçesi ile işverence feshedilmesi olayında, Yüksek Mahkeme; feshin haksız olduğu iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alan yerel mahkeme kararını, bayan işçilerin; olayı yer belirtmek suretiyle ayrıntılı olarak anlattıkları, kendilerine sarkıntılık yapıldığı şeklinde iftirada bulunmalarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve sarkıntılık eyleminin gerçekleştiği gerekçesi ile bozmuştur. Kuşkusuz, bir işçi için, birden fazla kadın çalışanın gelerek işverene taciz iddiasıyla şikâyette bulunması, bu işçi hakkındaki şüpheleri oldukça arttırdığı söylenebilir. Cinsel tacizin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, işçi; işverene yönelteceği tazminat davasında, İş Kanununun 5.maddesi hük-

münden yararlanma olanağına kavuşacaktır. İş Kanununun 5.maddesine göre; işverenin ayrımcılık teşkil eder biçimde davrandığını; mağdur işçi, ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olmaktadır.

Cinsel tacizin ispatlanması, işyerinde cinsel taciz sorununun çözülmesi en güç yönünü teşkil etmektedir. Cinsel taciz, çoğu zaman sadece mağdur ve fail arasında yaşanan ve bilinen bir eylem niteliğinde olmaktadır. Sadece mağdur tarafından bilinen bir olayın, inandırıcı biçimde ortaya konulması; büyük bir güçlük arz etmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda; "...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıklarıyla ispatı mümkün olmayan olaylardır" şeklinde hüküm kurduğu görülmektedir. Yargıtay'ın bir kararında da, ispat güçlüğünün yarattığı sorunu; olabildiğince mağdur lehine yorumla, çözdüğü görülmektedir. Yüksek Mahkeme, mağdurun durumu ve şikâyeti ile ifadelerinin samimiyeti diğer delillerle de destekleniyorsa; işyerinde cinsel tacizin varlığını kabul etmektedir. İşyerinde cinsel tacizin ispatı açısından, ILO'nun taciz ve ayrımcılık kılavuzu önem taşımaktadır (Aydın 2006: 29).

ILO'nun taciz ve ayrımcılık kılavuzuna göre; mümkünse doğrudan ya da üçüncü bir kişi tarafından taciz niteliğindeki davranışın reddedildiği veya rahatsız edici olduğu bildirilmeli, bu bildirim mümkünse yazılı olarak yapılmalı ve yazının bir nüshası işverene verilmeli, bir günlük vasıtası ile olaylar açık ve net bir şekilde kişi, yer ve tanık gösterilerek not edilmeli, kendisi gibi mağdur ya da mağdur olduğundan şüphelenilen kişilerle konuşmalı ve beraber hareket etmeli, varsa sorunu üyesi olduğu sendika ya da benzer örgütlere iletmeli, hukukçu ve profesyonellerden yardım alınmalıdır.

Sonuç

Kadının ve erkeğin sosyal olarak belirlenen rol ve sorumluluklarını ifade eden toplumsal cinsiyet, toplumlar arasında ve zaman içinde farklılık gösterir. Bireyin toplumsal cinsiyeti birçok etken tarafından belirlenmekte, toplumsal cinsiyet de bireyleri yaşamının her döneminde farklı şekillerde de olsa etkilemektedir. Fırsatları kullanmada, kaynakların ayrılmasında ve kullanımında, hizmetlere erişimde bireyin cinsiyeti nedeniyle ayrımcılık

yapılabilmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılıklardan, erkeğe oranla daha dezavantajlı ve daha düşük toplumsal statüye sahip olan kadınlar çok daha olumsuz etkilenmektedirler.

Toplumsal cinsiyet bağlamında cinsiyete dayalı ayrımcılık özellikle kadınlara yönelik ayrımcılık olarak kabul edilir. Cinsiyetleri nedeniyle kadınların farklı muameleye tabii tutulmaları olarak toplumsal cinsiyet ayrımcılığı, toplumun cinsiyeti nedeniyle kadına ikincil bir rol yüklemesi ve eşitsizlik yaratılması demektir. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığının çalışma hayatına yansımaları, kadınlara yönelik ayrımcılığı arttırmaktadır. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı kadın yoksulluğunda olduğu gibi; dünyada ve Türkiye’de öncelikle ve yoğun olarak kadınları tehdit etmekte ve temel insan hakkı ihlallerine yol açmaktadır (Mütevellioglu 2011:51). Cinsiyete dayalı ayrımcılık ve cinsel taciz, genellikle güçlünün zayıfa, gerek psikolojik gerekse fiziksel olarak yaptığı cinsel içerikli, istenmeyen, kötü muameleyi oluşturmaktadır.

İşyerinde cinsel taciz, bir ayrımcılık türü olması yanında, bir kişilik hakkı ihlali olması nedeniyle ve ayrıca cinsel tacizin doğası gereği çoğunlukla ispatlanmasında büyük zorluklar yaşandığından; gerçekte yapılması gereken, cinsel tacizi ortaya çıkmadan engellemek, eğer bu gerçekleşmiyorsa şikâyet prosedürünün geliştirilmesi gibi tedbirler ve başkaca çözümler bulmaktır. İşyerinde cinsel tacizin önlenmesi için koruyucu önlemlere ağırlık vermek, işyerinde iletişim kanallarını güçlendirmek, konunun özelliğine uygun şikâyet prosedürleri geliştirmek, tarafsız bir insanın şikâyetleri dinlemesi, mümkünse bunun kadın olması, şikâyet edilen yakın amirise; onun atlanarak, bir üstteki amire durumun bildirilmesi gibi yöntemlerin belirlenmesi, tacize uğrayan işçinin işi yapmaktan kaçınma ve işverenin temerrüdüne yönelik düzenlemeleri yanında; işçi yararına tazminat olanaklarının geliştirilmesi ve aynı şekilde işyerinde disiplin hükümlerinin uygulanması yöntemlerine başvurulabilir. Ayrımcılığın bir türü olan işyerinde cinsel taciz, hukuk sistemlerinde ceza hukuku, medeni hukuk ve iş hukukunda ayrıntılarıyla düzenlenmektedir. Gerçekten işyerinde cinsel taciz; hem Türk Ceza Hukuku ve hem de Türk İş Hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. Türk İş Hukuku Sisteminde, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin, şikâyet ve fesih yetkileriyle donatılarak korunmaya çalışıldığı görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, işyerinde cinsel taciz olgusunun her

iki türünü de; hem işçi, hem de işveren açısından; haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak, kabul etmiştir. İş Kanununa göre, işveren ya da işveren vekilinin cinsel tacizine uğrayan kadın işçi, iş sözleşmesini haklı sebeple derhal fesih edebilmektedir. İşyerindeki cinsel taciz, başka bir işçi ya da 3. kişiden gelmişse; mağdur kadın işçi, durumu işverene ve amirlerine bildirerek, ancak işverence gerekli önlemler alınmazsa, iş sözleşmesini derhal fesih hakkını kullanabilmektedir.

İş Kanunu, bir işçinin başka bir işçiye tacizde bulunmasını da yaptırım altına almış, bu durumda işverene tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple ihbarsız ve tazminatsız olarak derhal fesih yetkisi tanımıştır. İş kanununun işyerinde cinsel tacize uğrayan kadın işçiyi koruyucu önlem ve tedbirleri, ne yazık ki cinsel taciz mağduru kadın işçiyi korumakta yeterli olamamaktadır. Kişilik hakları ihlal edilerek tacize uğrayan mağdur işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı tanımak onun aynı zamanda işsiz kalması nedeniyle ikinci kez mağduriyet yaşamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçunu tanımlayan, 105/2. fıkrasında; iş yerinde gerçekleşen cinsel taciz suçu düzenlenmekte ve ayrıca bu suçun, aynı iş yerinde çalışmanın getirdiği rahatlık da göz önünde bulundurularak; hiyerarşiden ve güç eşitsizliğinden dolayı nüfuzu kötüye kullanılarak, gerçekleştirilmesi halinde; cinsel taciz suçuna verilecek ceza, yarı oranında arttırılmaktadır. Çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele, sorunun varlığını kabul etme, toplumda bu konuya ilişkin bir duyarlılığın oluşabilmesi ve bu konudaki tabuların yıkılması, işçinin haklarını öğrenmesi, işverenin bu konudaki sorumluluklarının açıkça tespit edilmesi gerektirmektedir. Bu konudaki gerçek çözüm, toplumsal zihniyet değişikliğinin sağlanması için bu konuda toplumun eğitilmesidir.

Öte yandan yapılacak hukuksal düzenlemelerin, özellikle çalışma yaşamında üstü örtülü uygulamalarla yaşanan cinsel tacizin önlenmesine yönelik olması gerekmektedir. İşyerinde cinsel taciz mağdurlarının, bütün istedikleri; öncelikle cinsel tacizin meydana gelmemesi veya meydana geldikten sonra derhal sona erdirilmesi olduğundan, işyerinde cinsel tacizi önleyici yasal düzenleme ve çalışmaların, ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik önlemlerle birlikte yürütülmesi şarttır. Kadına yönelik toplumsal cinsiyet ayrımcılığının, toplumsal yapıdaki köklü değişimlerle ortadan

kaldırılmasıyla çalışma yaşamındaki cinsiyete dayalı ayrımcılığın ve işyerindeki cinsel tacizlerin önlenmesinden ve toplumsal cinsiyet eşitliğinden söz etmek mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- [1] AKIN, A. ve Demirel, S. (2003), “Toplumsal Cinsiyet Kavramı Ve Sağlığa Etkileri,” C. Ü. Tıp Fakültesi Dergisi, 25 (4), Özel Eki, Erişim Tarihi: 01/09/2011, www.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/494.pdf
- [2] ALBAYRAK, C. (2011), “Kadın Yoksulluğu Ve Sosyal Güvenlik”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul 2011.
- [3] ARIN, C. (2006), “Kadına Yönelik Şiddetin Türleri” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, cilt 3, 3-7 Ocak, Ankara.
- [4] AYDIN, Ufuk (2006), İşyerinde Cinsel Taciz Ve İş Sözleşmesinin Feshi, Eskişehir Barosu Dergisi, Şubat, Sayı 9.
- [5] BAKIRCI, Kadriye (2000), İşyerinde Cinsel Taciz Ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri. Erişim Tarihi: 01/09/2011, www.turkhukuk sitesi.com/makale_25.htm
- [6] BAKIRCI, Kadriye (2000), İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul.
- [7] BAKIRCI, Kadriye (2006), “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin İnsan Hakları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak, Ankara.
- [8] BALKIR, Z.G. (2011), “İşyerinde Cinsel Taciz”, TÜKD, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete Son Vermek Üzere El Ele, İstanbul.
- [9] BALKIR, Z.G. (2011), “Küreselleşmenin Kadın Yoksulluğuna Etkisi”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul.
- [10] BOYACIOĞLU, E.Z. (2011), “Dünyada ve Türkiye’de Kadının İş gücüne Katılımının Projeksiyonu”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul.

- [11] CANIKLİOĞLU, Nurşen (2006), “İş Hukukunda Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak, Ankara.
- [12] ÇOLAK, Kerem (2011), “Türkiye Ve Avrupa Birliğinde Kadın İstihdamı Ve Kadın Yoksulluğu”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul.
- [13] DEMİRTAŞ N. Sebla –VURUCU Cüneyt Gülabi (2011), “ Ceza Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, Erişim Tarihi: 01/09/2011 <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/38>.
- [14] ERBAŞ, C.G. (2011), “İş Sözleşmesinin Feshinde Cinsiyet Ayrımcılığı Ve Yoksulluk”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul.
- [15] ERTÜRK Y. (2007), “Kadına Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları Kültür ve Kadına Karşı Şiddet Arasındaki Kesişmeler” Birleşmiş Milletler 17 Ocak 2007 İnsan Hakları Konseyi 4. Oturumu Gün dem 2. Maddesi, Erişim Tarihi: 01/09/2011. http://www.ihop.org.tr/dosya/YE/ye_raportr.doc
- [16] GIDDENS, A. (2006), Sosyoloji, Erişim Tarihi: 01/09/2011, <http://www.birkok.net/dersnotlari/sosyoloji/cinsellik.htm>
- [17] ILO (2010), Global Employment Trend, Erişim Tarihi: 01/09/2011 [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09332/09332\(2010-January\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09332/09332(2010-January).pdf)
- [18] KALAN, İlknur (2006), “Çalışma Hayatı, Hukuk Ve Kadın”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak, Ankara.
- [19] KARDAM, F. (2006), “Namus Cinayetlerine Meşruiyet Zemini Hazırlayan Algılama ve Yaklaşımlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, cilt 3, 3-7 Ocak 2006, Ankara.

- [20] KÖKER, E. (2006), “Töre Kıskaçında Kadın Ve Yasa Nerededir, Ne Yapar?” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, cilt 3, 3-7 Ocak 2006, Ankara.
- [21] KSGM (2007), T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Stratejik Plan 2008-2012.
- [22] KSGM (2011), T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü 2011 Genel Durum, <http://www.ksgm.gov.tr.>, Erişim Tarihi: 01/09/2011.
- [23] MOROĞLU, Nazan (2011), “Kadına Yönelik Şiddet Ve Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması”, TÜKD, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete Son Vermek Üzere El Ele, İstanbul.
- [24] MÜTEVELLİOĞLU, N., Yirmibeşoğlu, G. (2011), “Kadının İnsan Hakları, Yoksulluk ve Şiddet”, TÜKD, Kadın ve Yoksulluk, İstanbul.
- [25] ÖZDAMAR, Demet (2009), CEDAW Sözleşmesi, Ankara.
- [26] ÖZDEMİR, Erdem (2006), İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma Ve Toplum Dergisi, Sayı 4.
- [27] ÖZTÜRK, M. ve Çetin, I.B. (2009), “Dünya’da ve Türkiye’de Yoksulluk ve Kadınlar”, Journal of Yaşar University, 3(11).
- [28] ÖZVARIŞ, Ş. B. (2007), “Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet, Kadın ve Sağlık”, STED Sürekli Tıp Dergisi, Erişim Tarihi: 01/09/2011, <http://www.ttb.org.tr/STED/2007/mart/kadin.pdf>
- [29] SUĞUR, S. (2006), “Toplumsal Yaşamda Kadın”, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.
- [30] TOKSÖZ, Gülay, ÖZKAZANÇ, Alev, POYRAZ, Bedriye (2001), “Kadınlar kalkınma ve sosyal Adalet, Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma Ve Uygulama Merkezi, Ankara.

Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?

Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU*

Özet

Yaşadığımız dünyada her devlet gibi bizim devletimizin de bir anayasası var. Anayasası ile devletine bir biçim kazandırmış yurttaşlar ile siyasi iktidar arasındaki otorite-özgürlük dengesini kendi tercihleri doğrultusunda belirlemiş bir siyasi sistem, anayasalı bir sistemdir. Eğer bu anayasaya uyuyorsa, aynı zamanda anayasal bir sistemdir.

Fakat anayasallık, zorbalık ve keyfiliğin engellenmesi amacıyla yapılmış iyi bir anayasanın içinde olmak, ona dayanmak, onunla sınırlanmak anlamında ise anayasal devlet, aynı zamanda bir hukuk devletidir. Bir diğer anlamıyla anayasal devlet egemenliğin hukukla kayıtlandığı bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, hukukun egemenliğinde bir devlettir. Çağımızın temel sorunu, bu nitelikte bir devletin kurumsal güvencesi altında yaşayabilmenin koşullarını yaratmaktır.

Güçler ayrılığı, özgürlük-otorite dengesi Bağımsız yargı, çoğulcu toplum yapısının gereksindiği demokratik kurumlar bir hukuk devletinin varlığı için zorunludur.

***Anahtar Kelimeler:** anayasa, anayasacılık, anayasal devlet, hukuk devleti, özgürlük-otorite dengesi, siyasi iktidar*

Is There More to the State of Law than a Constitutional State?

Abstract

In today's world, Turkey has a constitutional law like other states around the world. A system which forms its state and determines the liberty-authority balance between state and citizens is a system with constitutional

* (Prof. Dr.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

law. However, if constitutionality means living in a basic law prepared with the purpose of inhibition of despotism and arbitrariness and being restricted with it; constitutional state is at the same time a state of law. In other words; in constitutional states sovereignty depends on law. A state of law is defined as a state which is in the sovereignty of law and a state limited by law. The fundamental problem of twenty first century is providing the security of a government such as the type of states mentioned before. Therefore; separation of powers, the balance of authority and liberty, independent judiciary, pluralist society, democratic foundations are the keystones of a state of law.

Keywords: *constitution, constitutionalism, constitutional state, rule of law, liberty-authority balance, political power*

İnançla ve güvenle **“Belki bir hukuk devleti değiliz ama tam bir hukukçular devletiyiz”** ve **“Dikkatsizce yapılan ya da ne idüğü belirsiz yasama hükümlerinin meydan vereceği zorbalıklara karşı adalete tutkunluklarını ve alçakgönüllülüklerini muhafaza eden hukukçular hâlâ yararlı kimselerdir”**.¹ diyebilenlere imrenerek ve hukuk devletine giden yolda şimdilik en azından yargıya ve yargıçlara güvenebilme ümidi ve beklentisini taşıyarak...

Giriş

Aklı ve mutlak egemen kimliği ile doğup, birkaç yüzyıl yaşadıkdan sonra 18. Yüzyıl’da ölen Leviathan’ın geride bıraktığı her şey üzerinde yeni bir devlet anlayışının doğma süreci başlar.

Bu süreç aşamalıdır, sancılıdır ve her bir aşaması farklı bir egemenlik anlayışına dayandırılmıştır. Sürecin birinci aşaması “Parlamentonun Üstünlüğü” doktrininin gölgesinde yasa devleti ve yasaya bağlı egemenlik anlayışı, ikinci aşaması “Anayasanın Üstünlüğü” doktrini gölgesinde anayasal devlet ve anayasal egemenlik anlayışına ayrılmışken, üçüncü aşamada hukukun üstünlüğü, hukuka bağlı egemenlik ve hukuk devleti kavramlarıyla kuşattığımız yeni bir egemenlik ve devlet anlayışıyla karşı karşıyayız.

¹J.BRYCE; *Amerikan Siyasi Rejimi*, s.75.

Anayasal devlet, anayasacılık, hukuk devleti kavramlarına kısa bir ön bakış ve kısa bir içerik açıklaması, çalışmamızın kolay okunabilmesi için gerekli görülmüştür. Siyasal sistemlerin yapısı ve uygulamaları hakkındaki bakış açımızı kavramlar üzerinden oluşturur ve eleştirilerimizi kavramlar üzerinden geliştirirken, öncelikle kullandığımız kavramların anlam alanlarını belirginleştirmemiz gerekiyor.

Çünkü kavramlar önemlidir. Siyasete ilişkin olanları, devleti ve devlette olan biteni anlamamıza yardım ederler ve uygulamaları aklileştirirler. Kavramlar, kuramların temel taşıdır. Anayasallık, anayasa vb. terimler kavramsal nitelik taşıyıcılar da, “anayasacılık”, “hukuk devleti”, “anayasal devlet” birer kavram olmaktan çok birer kuramdır ve birbirine bağlı kavramların, akıl ve düşünce süzgecinden geçirilmiş anlamlı, sistematik ifadesidirler.

Yaşadığımız dünyada her devlet gibi bizim de bir anayasamız var. Dolayısıyla Anayasalı bir devlet olduğumuzu kimse inkâr edemez. Endişe verici gelişmelerle, demokratik siyasetinin rotası şaşan ve ayarları bozulan ülkemizde ne kadar anayasal devlet ve ne kadar hukuk devleti olduğumuzu, kavramlar ışığında yeniden düşünmek, gerçekleşmesini istediğimiz ya da beklediğimiz özlemlerimizi ve dilekelerimizi hatırlamak için dahi olsa şart oldu. 17. yüzyıl’daki İngiliz Devrimi’yle sağlanan parlamentonun üstünlüğü, yasa devleti anlayışını doğururken, 18. yüzyıl sonunda gerçekleşen Amerikan Devrimi, anayasasının üstünlüğünü doğurmuştur. Demokratik siyasal sistemlerin anayasalar eli ile ve anayasallaşma yolundan geçerek ulaştıkları “hukukun egemenliğe dayalı hukuk devleti” anlayışını kavrayabilmek için, Batı’da iki ayrı coğrafyada gerçekleşen bu iki demokratik hamleyle değinmeden olmaz.

Çağımızda devletlerin neredeyse tamamının toplumsal mutabakata dayalı bir anayasaya sahip oldukları iddiası ve anayasaların ‘halk tarafından yapılmış ve onaylanmış üstün kurucu belgeler’ olarak nitelenmeleri, 1787 Anayasası’nın Başlangıç bölümündeki **“Biz, Amerikan Halkı ... bu Anayasayı yaptık ve kabul ettik”** cümlesine telmihtir. Bu cümle aynı zamanda hükûmetin halk iradesine dayandığının açık ve kesin bir biçimde dile getirilişidir. **“Anayasayı halk yapmıştır ama devleti, ona dayanarak yönetecek olan kurumları da anayasa kurmuştur. Bütün kurumlar–Kongre,**

Başkan, Yüksek Mahkeme, federe devletlerin anayasaları ve yöneticileri-Birleşik Devletler Anayasası'na, ona dayanılarak yapılacak olan kanunlara ve antlaşmalara bağlıdırlar².

“Anayasallaşmanın hem sebebi ve hem de ona bağlanacak sonuçları” anlamına gelecek bu ifade, “anayasanın üstünlüğü” ilkesinin tanımıdır. Bu ilkeden yola çıkarak, bir devlette yönetme yetkisini kullanmak üzere seçilmiş ve atanmış yöneticilerin hepsine anayasaya bağlılık yemini ettirirseniz, yetkileri kötüye kullanmalarından doğan hukuki ve cezai sorumluluklarına yaptırımlar öngörür ve yaptırım uygulayacak mahkemeler görevlendirirseniz, anayasayı yapmak ve değiştirmek için herhangi bir adi yasadan daha farklı usuller öngörmüş iseniz, anayasaya aykırı yasaları ve uygulamaları hukuk sisteminden ayıklamak için kontrol mekanizmaları getirmiş iseniz, demokratik siyaseti anayasa ipine bağlamışsınız demektir. Bunun adı anayasallaşmadır; bunun adı, siyaseti hukuk çerçevesine almaktır. Çağımızın gerçeği anayasallaşma, çağımızın sorunu anayasalar yoluyla getirilen sınırlamaların, niteliği ve doğası itibarıyla dinamik ve kaygan olan siyaseti engelleme ve kontrol etmesinden kaynaklanan sorunların, anayasallık gerçeği içinde nasıl aşılabileceğinin cevabını bulmaktır.

Hukukun üstünlüğü kavramına bağlanmış olan bu kavram, yöneticilerin devleti keyiflerince değil, hakka ve adalete uygun yöntemlerle yönetmeleri anlamına gelir. Anayasallaşmayı, “var olan anayasanın içine girmek” biçiminde anladığımızda da siyasal erkin anayasa ile sınırlanması gerçekleşmiştir, ancak nasıl bir anayasaya sahip olduğumuz, nasıl bir anayasallaşma olgusu yaşadığımızı da belirler.

Anayasası ile devletine temel bir biçim kazandırmış, yurttaşlar ile siyasi iktidar arasındaki özgürlük-otorite dengesini kendi tercihleri doğrultusunda belirlemiş bir siyasal sistem anayasalı bir sistemdir, eğer bu anayasaya uyuyorsa aynı zamanda anayasal bir sistemdir. fakat anayasallığa, “zorbalığın ve keyfiliğin engellenmesi amacıyla yapılmış iyi bir anayasanın içinde olmak, ona dayanmak ve onunla sınırlı olmak” anlamını yüklüyorsa hukuk devleti ile aynı anlama gelen bir anayasal devletten ve egemenliğin hukuka bağlılığı anlamındaki bir anayasallıktan söz edebiliriz.

² L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 295-296.

Gerçi bir görüşe göre batılı toplumlar için demokratik anayasal düzenin varlığı doğaldır. Öyle ki artık anayasal devlet, Batı'nın değerler havuzunda önemli bir gelişme olarak takdir edilmediği gibi, korunmaya değer de görülmemektedir. Bunun nedeni de, anayasal devletin kontrol mekanizmalarının etkili olarak çalışması ve yapısının devletin yolsuzluklarla mücadele etmesine ve ortaya çıkan yeni sorunlarla baş etmesine imkân tanınmasıdır³. Bu kontrol mekanizmalarının hukukla kurulduğu ve anayasal devlet yapısının hukukla örüldüğü dikkate alındığında, anayasal devletin hukuk düzeninin, demokrasinin korunması ve geliştirilmesindeki vazgeçilmezliği ortadadır.

Bir batılı için hukukun kontrolündeki anayasal devlet ideali, ulaşılmış hatta varlığı kanıksanmış bir gerçeklik gibi duruyor olabilir. O pencereden bakıldığında sorun sadece Türkiye ve benzeri ülkelerin sorunu gibi görülüyor olabilir. Oysa evrensel ilkeler ile tahkim edilmiş bir hukukun gözetim ve denetimindeki devlet ideali her toplumun özlemidir ve her toplum, içinde yaşadığı siyasal yapının hukuk içinde örgütlendiği iddiasının doğruluğuna ikna edilmek zorundadır. Ayrıca anayasal devlet olduğu iddiasındaki her siyasal yapı da, egemen halkın iktidarı üzerinden değil hukukun egemenliği üzerinden sistemi tanımladığını, iktidarın meşruiyetinin sandığa yansıyan seçmen tercihi kriteri ile değil hukuka uygunluk kriteri ile kazanıldığını topluma kabul ettirmek zorundadır. Bir başka deyişle hukuk devletinin varlığı değil, hukuk devletinin muhafazası, tahkimi, kazanımlarından asla geri adım atılmaması, aşılması gereken sorunlar olarak tüm demokratik yönetimlerin önünde beklemektedir. Bir başka deyişle hukuk devletini istemek, özlemek ve hukuk devleti olabilmek, olabilmiş ise hukuk devleti kalabilmek, akli başında her toplumun önündeki bir hedeftir.

I. HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL ÖNCÜLLERİ

1. Anayasal Demokrasi

Bu kavram, 20. yüzyıl'ın ikinci yarısında, kendilerini halk demokrasisi ya da gerçek demokrasi olarak isimlendiren ve klasik demokrasinin biçimsel güvencelerinin çağdaş siyasal sistemlerin demokratik yapısını kurmakta ve halk egemenliğini gerçek anlamda yaşama geçirmekte işlevsel olmadığını ileri süren sosyalist tezlerle karşı, liberal batı coğrafyasında batı tipi demokrasiyi ön plana çıkarmak için kullanılmış bir kavramdır. M. Sancar, anayasal demokrasiyi tarihsel Alman hukuk devleti modelini canlandır-

³ C. STARCK; "Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim", içinde: Demokrasi ve Yargı, s.25-34 (s.31).

manın bir formülü olarak görür ve ülkemizde benimsenen ve sıkça kullanılan bu kavramın daha çok demokrasiyi yargı temelinde yeniden tanımlama çabalarını ifade eden bir formül olarak tedavüle girdiğini savunur⁴. Anayasa ile demokrasinin, hem kavram hem de kurum olarak birbirini tamamladığı ve uyum içinde olduğunu söyleyebilmenin çok zor hatta imkânsız olduğunu ileri sürenlere göre anayasacılıktan türeyen “anayasal” sıfatı ile halk egemenliği ilkesinden kaynaklanan “demokrasi”, birbiri ile bağdaştırılması zor kavramlardır⁵. Bu görüş haklıdır. Sınırlı bir yönetime izin verecek bir kavramsal kurguya kavuşturulmadığı sürece anayasal yönetim ile demokrasiyi düşüncel olarak yan yana getirmek zordur. Klasik tanımında “halka ait egemenliğin halk tarafından yetkilendirilmiş iktidar tarafından mutlak ve sınırsız biçimde kullanıldığı” algısı gizli demokrasi ile “anayasa ile sınırlandırılmış demokratik devlet” düşüncesi, kendi içinde bir çelişkiyi barındırmaktadır⁶.

Bağdaştırmanın zorluğu ve kavramlar arasındaki çelişkiyi görüyoruz. Ancak, sahip oldukları anayasalar himayesinde ve keyiflerince işlettikleri (adı) demokratik kurumların gölgesinde mutlak yönetimler olarak boy veren günümüzdeki bazı örnekler, bizi acilen demokrasi ile anayasallık arasında sınırlı yönetime imkân veren bir bağ bulmaya, bulamazsak da icat etmeye zorluyor. Buna, demokrasi ile hukuk devletinin ilişkisini tespit ederek başlayabiliriz. ‘Sınırlı iktidar’ın kavramsal karşılığı olarak kullandığımız ‘anayasal yönetim’in demokrasi ile ilişkisini şu bakış açısıyla kurabiliriz⁷.

Eğer demokrasiyi, halk egemenliği ilkesine dayalı ve halkın temsilcileri aracılığıyla yönetilmesinden ibaret bir tanıma sığdırıyorsak, yönetme yetkisini halktan alan bir temsili hükümeti niçin ve nasıl sınırlandıracağımız

⁴ M.SANCAR; “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi”, içinde: Demokrasi ve Yargı, s.44-57(s.44).

⁵ M.SANCAR; Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi”, Demokrasi ve Yargı s. 45’te bu düşüncüyü savunurken; “...bu iki terim saf halleriyle alındıklarında ve tek yanlı bir bakışla yorumlandıklarında uzlaşmaz karşıtlıklar olarak formüle bile edilebilirler.” demektedir.

Aynı konuda Bkz. Woodrow Wilson; Seçme Parçalar; s.61: “ İdari cihaz, bir demokraside monarşiye nispetle daha güç teşkilatlanır. Halk hâkimiyetinin tam anlamıyla gerçekleştirilmiş olması, bu hâkimiyetin teşkilâtlandırılmasını o nispette güçleştirmektedir. Bu gayeye ulaşabilmek için halk eskârı adını taşıyan çok taraflı bir hükümdarı aydınlatmak ve ikna etmek gerekiyor. Böyle bir teşebbüs ise, kral adını taşıyan tek bir hükümdara tesir etmekten çok daha güçtür.”

⁶ M.TROPER; “Sınırlı İktidar; Hukuk Devleti ve Demokrasi”, içinde: Demokrasi ve Yargı, s. 12.

⁷ K.C.WHEARE; Modern Anayasalar; s. 179. “Eğer demokrasinin genel oy veya koşulların eşitliğinden daha fazla bir anlamı yoksa. Demokrasinin anayasal hükümeti ortaya çıkaracağı sonucuna hiçbir biçimde varılamaz.”

sorunu, demokrasi ile hukuk devleti arasındaki temel çelişki noktasını oluşturur; bunu görüyor ve kabul ediyoruz. Eğer halkın iktidarının sınırlandırılmayacağını, hukuk devletinin kuramsal temelinin bu amacı içermediğini ileri sürüyorsak, bu durumda demokrasiye ve hukuk devletine yeni tanımlar getirmek ve anayasal devleti de “sınırlı hükûmet” kavramından başka bir kavramla yeniden düşünmek zorundayız. Çünkü bu iki kavram arasındaki ilişkiye dair tartışmalarda demokrasi ve hukuk devleti arasındaki keskin bir tercihe dayalı bazı uç görüşler, siyasal sistemlerin karakterini belirlediğinde, sıkıntı doğmaktadır.

Görüşlerden biri bizatihi anayasanın kendisini bir rahatsızlık hatta haksızlık olarak gören pür demokrat bir bakış açısıyla şekillenmekte, diğeri ise demokrasiyi bir tehdit olarak gören pür anayasacı bir bakıştan kaynaklanmaktadır.

Demokrasinin, anayasal sınırlamalar yüzünden zayıflayacağı, anlamını kaybedeceği, özünden sapacağı yolundaki birinci bakış, yetkiyi ve otoriteyi sadece halka (veya millete) ait olduğunu iddia ettikleri bir egemenlik savına dayandırarak muhalefetin önünü kesiyor; tüm denetim ve sınırlandırma mekanizmalarını, son karar mercii saydıkları halk adına işlevsiz kılarak, halk adına bir zorbalık rejimini meşrulaştırıyorlar.

Egemenlik tanımını “halk egemenliği” ilkesinden almış ve meşrûyetini halka dayamış bir demokratik gücün, anayasal bentlerle engellenmezse bireysel özgürlükleri tahrip edeceği endişesi taşıyan ikinci bakış ise, egemen halkın iktidarı üzerinden değil, hukukun egemenliği üzerinden siyasal sistemi yeniden tanımlıyor. Bu bakışta iktidar, anayasa tarafından belirlenmiş ilkeler ve kurallara uygun olarak yönettiği sürece, otoritesine meşrû bir zemin kazandırır. Tartışmanın, sınırlandırılmış bir siyasi iktidar ile egemen bir halkı anayasal devlet çatısı altında birleştirmenin neden mümkün olamayacağına değil, nasıl mümkün olabileceğine dair verimli ve anlamlı bir sonuç üretmesini sağlamak zorundayız. İronik bir çağrışımı olsa da, bir gerçek var: Demokrasilerde çareler tükenmez. Yöneten bir demokrasi içinde iktidarı kontrol eden egemen bir toplum olabilmeyi gerçekten istiyorsak, otorite ile özgürlüğü uzlaştırmanın sebeplerini kavramak, formüllerini bulmak zorundayız.

Demokrasinin günümüz toplumları için şimdiye kadar ulaşılabilen en dinamik ve işlevsel, bu yönüyle de vazgeçilmez bir yönetim tekniği olduğunu tartışmıyoruz. Yukarıda değindiğimiz klasik tanımından kaynaklanan uygulama örnekleri, zaman zaman korkutucu ve istenmeyen çoğunluk baskıları yaratabilir ama şu ifade “yine de demokrasi” diyebilmemiz için yeterince açıklayıcıdır: **“Demokrasinin özellikleri olumsuzdur. İyi yönetimi garantilemez ama bazı kötülükleri engeller⁸.”** Bu nedenle ‘anayasal demokrasi’ kavramını, ‘anayasal’lığı ve demokrasiyi birbirinden ayırmak ve kavramın imkânsızlığını kanıtlamak için değil, anayasal bir yönetimin temel ilke ve kurallarını anayasalara koyarak ve o anayasaları siyasi iktidara bir zırh gibi giydirerek otorite ile özgürlüğü yerli yerinde tanımlamanın ve hukuk devletine ulaşmanın düşünsel temeli olarak ele alıyoruz.

2. Anayasal Devlet

Sorumuz şu idi: Demokrasi ile sınırlı yönetimi bağdaştırmaya bir başka deyişle anayasal demokrasiyi yaratmaya niçin mecburuz?

Bir anayasaya sahip olmak, anayasal devlet olmaya yetmiyor. Anayasalı bir devlette yönetiyor olmak da, siyasi iktidara tek başına meşrû bir hukuksal bir zemin sağlamıyor. Anayasalı bir devlette hukukun rolü, hukuku bulan yargıcın rolü ve siyasal iktidarı hukuk içinde tutmakla görevli ve yetkili anayasal kurumların rolü, her biri ayrı ayrı anayasalı bir devleti anayasal devlet kılmanın ve anayasal bir devleti hukuk devletine taşımanın köşe taşları niteliğinde üç temel sorundur. Demokratik devlet kuramını, halk ile devlet arasında kuracağımız ilişki içinde anlamaya çalıştığımızda, kuramın mantıksal öncülü, bu devletin halkın devleti olması gerektiğidir. “Demokratik devlet halkın devletidir”

veya “halk, devlettir.” Gerçek ise bu değildir. Siyasi iktidar devlet içinde kullanılan bir yetkidir, devlete ait bir yetkidir fakat siyasi iktidar, halka ait değildir. Devlet adına kullanılan siyasi iktidar yetkisi ne kadar artarsa, halkın egemen gücü o oranda azalır. Siyasi iktidarı dizginlemenin ve yetkilerini azaltmanın çeşitli yol ve yöntemleri bulunabilir. Temel kural iktidarı dizginlemenin, iktidarın demokratikleşmesini sağlamak amacıyla yapılmasıdır. **“Demokrasi, demokratik olarak erişilen şeylerdir⁹.”**

⁸ B.RUSSEL; İktidar, s.219.

⁹ H.MAYO; Demokratik Teoriye Giriş, s255.

Bu tanım, siyasal iktidarın demokratikliği sorununu sandığa yansıyan seçmen tercihine ilişkin bir kriterle değil, hukuka uygunluk kriteri ile değerlendirmemizi sağlar. Böyle bir demokrasi anlayışının iktidara kazandıracağı meşruiyet zemininde, hukukla güçlendirilmiş ve kayıtlanmış bir demokratik karakter vardır. Çünkü anayasal devlet, demokrasisini hukuk aracılığı ile ve hukuki araçlarla kuran ve koruyan bir devlettir.

İktidarın sınırlanması için hukuk devletinin ilke ve araçlarını kullandığımızda artık demokrasiyi çoğunluğun tahakküm aracı olarak kavramak için bir sebep kalmamıştır. Hukuk devleti yöntemlerinin demokrasiye aykırı olduğunu iddia etmek için çok kullanışlı bir kavram olan “halk” veya “milli” ise şöyle kavrarsak, bu ihtimali de ortadan kaldırmış oluruz: Halk, çoğunluğa tekabül etmez. Halkın iradesinden de çoğunluğun veya parlamenter çoğunluğun iradesini anlamak mümkün değildir.

Anayasal bir devlette siyasal iktidar sorununun demokratik çözümü, bir taraftan siyasi iktidarı, yetkileri farklı devlet organları arasında paylaşmak suretiyle yayarak küçültmek iken, diğer yandan iktidarın kişisel olmasının önüne geçmektir. Demokrasi kişiye dayalı bir rejim değil, kurumsal bir rejimdir. Demokrasinin kişi hak ve özgürlükleri için sağladığı güvencenin kaynağı; iyi liderlerin verdikleri sözler değil, anayasal bir rejimin himayesinde iyi işleyen kurumların getirdikleri etkin denetimdir.

Anayasal demokrasinin, bir başka deyişle anayasaya bağlı ve anayasa ile kayıtlı yönetimin bir devleti niçin anayasal devlet kıldığı ve yönetim biçimi olarak niçin tercih edildiğinin cevabı şudur: ***“Yurttaşları, iktidarın teslim edildiği kişilerin korkusundan kurtaran, demokrasi dışında başka bir siyasal formül bilmiyoruz. Demokrasi genellikle keyfi ve kişiselleşmiş iktidarı bu özelliklerinden kurtarmada başarılı olmaktadır. Çünkü demokrasi bu amaç için yaratılmış bir mekanizmadır. Bu amaca hizmet ettiği sürece etkilidir”¹⁰***

Anayasal devlette, yönetimi anayasallaştırma zorunluluğunu dayandırdığımız bir gerekçe de “demokrasinin korunması” argümanına dayandırılır. Buna göre demokrasinin anayasa ile sınırlanması, demokrasiyi korumak açısından gereklidir. Çünkü anayasa ile sınırlanmamış demokrasi kendi yıkımına yol açar. Militan ya da mücadeleci demokrasi olarak da adlandı-

¹⁰ G.SARTORI; *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, s.466.

rılan bu yaklaşım, demokratik yönetime yönelik sınırlamaları, siyasal hakları ve bireysel özgürlükleri de kapsayacak şekilde genişleten politikaları savunur¹¹.

3. Hukuk Devleti

19. yüzyıl, modern devletin toplumu disipline etme yöntemlerini en üst düzeyde geliştirdiği bir yüzyılın hemen ardından, bu kez süreç içinde iktidarlarını yoğunlaştıran modern devlete karşı bireylerin özgürleşme taleplerinin yükseldiği bir yüzyıldır. Kuvvetler ayrılığının modern çağa özgü bir yönetim tekniği olarak tekrar gündeme çıkması da bu dönemde gerçekleşmiştir. Amaç, devlet gücünün yoğunlaşmasını önlemektir.

19. yüzyıl, devletin yönetsel bir mekanizmaya dönüştüğü ve araçsallaştığı bir dönemdir. Yaşanan devrimlerin de etkisiyle, toplumsal yapının ve iktidar ilişkilerinin dönüşmesi, ölümlü tanrı Leviathan'dan geriye iyi organize olmuş bir hükûmet, ordu, polis, idari teşkilat, yargı organı ve yetişmiş bir bürokrasi kalmasına neden olmuştur¹².

Hukuk devletinin doğuşunu açıklayan görüşlerin birleştiği nokta, bu devletin; genel olarak mutlak monarşilerin kuvvete dayanan devlet anlayışına karşı, burjuvazinin mücadelesinden doğmuş olmasıdır. Liberal kuram, hukuk devletini “gücün hakim olduğu zorba devlet” karşısında “hukukun egemen olduğu devlet” olarak tanımlar. Alman hukuk geleneğinde bu kavram “polis devleti”nin karşıtı olarak kullanılmıştır. Robert von Mohl, hukuk devletini tanımlarken, temel görevini “toplumun amaçlarını gerçekleştirmek” olarak belirlediği devlete bir misyon daha yüklemiştir: **“bireyin varlığını mümkün kılan ve bireyi devletin üstün gücünden koruyan devlet, hukuk devletidir”¹³.**

Kant'ın devlet anlayışında da hukuk devletinin özlü bir tanımını bulabiliyoruz. O'na göre devletin tek amacı hukuku korumak ve özgürlükleri teminat altına almaktır. Görevi de hukukun gerçekleştirilmesi ve hukuk

¹¹ “Almanya Federal Cumhuriyeti, Weimar Cumhuriyeti'nin aksine, temel hakların anayasanın öngördüğü özgürlükçü düzene karşı mücadelede kötüye kullanılmalarını kabul etmeyen, vatandaşlarından bu düzeni savunmalarını bekleyen bir demokrasidir. Bu demokrasi, temel düzenin düşmanlarına biçimsel açıdan yasallık çerçevesi içinde hareket etseler bile hoşgörü göstermez.” Fed. Alman Anayasa Mahkemesi'nin mücadelecü veya militan demokrasi nitelemelerini kullandığı bir karar olarak Bkz. BVerfGE 5,s.85 ve BVerfGE 30,s.119-120'den aktaran : M.SANCAR; Anayasal Demokrasi: ...,s.48, dipnot 11.

¹² Ernst Rudolph HUBER; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, içinde: Hukuk Devleti, Der. Hayrettin ÖKÇESİZ, s.58-59.

¹³ Carl SCHMITT; “Der Rechtsstaat”, s. 109'dan AKTARAN; B. BEZCİ; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, s.24.

ihlâllerinin engellenmesi şeklinde özetlenebilecek hukuk düzeninin muhafızlığından ibarettir. Kant bu anlayışını “hukuk devleti” formülü ifade etmiş ve “polis devleti” karşıtı olarak kullanmıştır¹⁴.

G.D.Vecchio, hukuk devletine Kant’ın tanımladığı şekliyle değil, şu şekilde yaklaşmaktadır: “Devlet, hukuku yegane gaye olarak telakki etmemeli ve fakat hukuka müsteniden ve hukuki şekilde hareket etmelidir. Her türlü faaliyetini daima hukûki şekilde yapmalıdır ve her hareketi genel iradenin tezahürü sıfatıyla kanuna dayanmalıdır¹⁵. Hukuk devletine bu yaklaşımda hareketle şu basit tanımı getirebiliriz: Hukuk için ve hukuk içinde devlet. Amacı hukuk olan, bu amaca ulaşmak için yöntemi de hukuk olan devlet. Hukuk devletini demokrasi içine yerleştiren ve demokrasi ile hukuk devleti ilişkisini “hukuk aracılığı ile hareket eden demokrasi” şeklinde kuran bir anlayışın köklerini, 18.yüzyıla kadar uzatanlara göre bu anlayışın temelinde kamu makamlarının yalnızca bir yasanın, yani genel ve soyut bir kuralın uygulanması zımnında hareket edebilmeleri vardır. Böyle algılanan hukuk devleti, iktidarın normlar hiyerarşisini de içeren bir örgütlenme biçiminden ibarettir. Siyasal özgürlüğün asıl güvencesini bu hiyerarşi oluşturur. Bunun iki temel nedeni vardır: Siyasal özgürlük kavramının kendisiyle ilintili olan birinci nedene göre siyasal özgürlük yasalara tâbi olmaktır. Yasalar arasında kurulan hiyerarşiye tâbi olmakla “öngörülebilirlik” ilkesi güvence altına alınmaktadır. İkinci neden ise şudur: Somut durumlar yürürlükteki somut bir yasaya dayanan somut kararlarla düzenlenir.

Bir yasanın doğrudan doğruya somut bir durumu düzenlemesi mümkün olmadığından, yasa koyucunun kararlar aracılığı ile sonuç doğurmaya elverişli genel ve soyut nitelikte yasa yapması gerekir. Bu görüş, Kelsen’in hukuk devletini normlar hiyerarşisine indirgeyen bakışının özetidir¹⁶. Kelsen düşüncesinde devlet ve hukuk sistemi kavramları iç içe geçmekte ve her hukuk sistemi kendi içinde bir hiyerarşiye sahip olduğundan, her devlet de zorunlu olarak hukuk devleti olmaktadır.

Bu çizgide düşünecek olursak demokratik devlet ile despotik devlet arasında hukuk devleti olmak bakımından bir fark yoktur. Dolayısıyla hukuk devletinde normlar hiyerarşisine uygunluk gözetilerek yasa yapılmasının

¹⁴ AKTARAN: G.DEL VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 402.

¹⁵ G.D.VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 405

¹⁶ Bkz. H.KELSEN; *General Theory of Law and State*, p. 32vd., *Introduction to Problems of Legal Theory*, s. 47 vd., *Pure Theory of Law*, s22 vd.

İktidarın sınırlandırılması açısından bir güvence getirdiğini söyleyemeyiz¹⁷.

Oysa hukuk devleti, hukukun tutarlı uygulanışı için gerekli bir ilke olmasının yanında ve bundan fazla olarak, siyasal meşruluğu hukuk kriterine bağlamanın da bir ilkesidir. A.V. Dicey'e göre hukuk devleti üç asgari ilkeye göre belirlenir¹⁸.

- Hiç kimse olağan şekilde yapılmış hukuka göre olağan mahkemeler karşısında hukuk ihlallerinin yargılanması dışında cezalandırılmaz, bedensel ve mal varlığı ile ilgili kısıtlamalara tâbi tutulamaz. Bu anlamda hukuk devleti, geniş ve keyfi kararlara tâbi olmanın tersidir.
- Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tâbi olmalıdır.
- Toplumsal düzende hukuki ruh önde gelmelidir.

Hukuk devletine özgü bu belirleme dahi gösteriyor ki hukuk devleti, liberal bir düşüncenin ürünüdür ve birey merkez alınarak oluşturulan bir toplumsal düzende güvenli bir yaşamın her birey için temin edildiği bir düzenin adıdır. Yine bu üç ilke bütün olarak değerlendirildiğinde, toplumsal ilişkiler dokusunun hukuk algısına göre tanımlandığı dikkat çeker. Bu, hukuk tarafından betimlenmiş olağan bir yaşamın sürdüğü toplumdur. Bunun karşıtı olan olağanüstü hal, anayasa hukukçularının minimize etmek için çaba gösterdikleri, sadece yoğun siyasal bunalım koşullarında

kısa süreli olarak kabul edilebilir bir yaşamdır. Yine bu toplum, “hukukun ruhu”nu sadece olağan yargı mercilerinin ifadeye kavuşturdıkları dikkate alınarak, bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada yargıçların kilit rol oynadıkları, deyim yerindeyse yargıçların her türlü idari karar alıcının üstünde olduğu bir tür “yargıçlar devleti”dir. Nitekim Dicey, İngiliz Anayasa hukukunun üstünlüğünü bu hukukun yargı kararları ile (kendi deyişimiyle; yargısal yasama yoluyla) yapılmasında görür. Bu yaklaşım, hukuk devletini teminat altına almakta temel rolü yargıya terk etmektedir.

Hukuk devleti konusunda benzer bir yaklaşım J. Habermas'da görülür. O'na göre zordan ve müdahaleden arınmış siyasal kamusal müzakere,

¹⁷ M.TROPER; “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, s.18.

¹⁸ A.V.DICEY; *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*, s. 182.

kurumsal güvencelerini burjuva hukuk devletinde bulur. Hukuk devleti, ideal olarak bütün devlet faaliyetlerinin kamuoyu aracılığı ile meşrulaştırılmış normlara dayandırılmasıdır. Hukuk devleti, tarafsızlaştırılmış ve zordan arındırılmış özel alanın ihtiyaçlarına tâbi kılınmış bir devlettir¹⁹. Yetkiye uygunluk ve hukuksal biçimsellik hukuk devletinin kriterleri, rasyonel idare ve bağımsız yargı hukuk devleti örgütlenmesinin önkoşuludur. Yasa herkes için eşit derecede bağlayıcı olmalı, ilke olarak istisna ve imtiyaza açık olmamalıdır. Habermas'a göre hukuk devleti, ABD ve Kara Avrupasında Amerikan ve Fransız devrimlerinin etkisiyle anayasal devlet biçimini alır. 18. yüzyıl'dan başlayarak devletin kamu otoritesi haline gelişinin evrimi, aynı zamanda hukuk devletinin anayasal devlet haline gelişinin de evrimidir.

Sürecin kronolojik gelişimi bu yönde olmakla birlikte, hukuk devletinin ilke ve ideallerini anayasal devlette yaşatabilmek sorunu, günümüz anayasal devletlerini hukuk devletine taşıyabilmekle aşılacak bir sorundur. Hukuk devletini, demokratik yönetim biçimini hukuka bağlı egemenliğe dayalı bir anayasa ile kurumsallaştırmak anlamında anayasal devletin amacı olarak görmek, bize göre doğru bir yaklaşımdır.

Tarihsel olarak bu aşamadayız. Ancak sahip olduğumuz kurumlar, bu kurumlara anayasa ile kazandırdığımız yapı ve yüklediğimiz işlevlere baktığımızda şu soruyu sormak ve cevabını araştırmak zorundayız? Biz bu yolun ne kadarını kat ettik? Hukuk devletine ne kadar yolumuz kaldı?

II. HUKUK DEVLETİ YOLUNDA İLERLERKEN

1. Anayasal Engeller

a. Güçler Ayrılığına Dayalı Bir Yönetimi Gerçekleştirmede Yaşanan Sorunlar

Hukuk devleti, hukukun egemenliğindeki devlettir. Hukukla sınırlanmış bir devlettir. Sınırlı devleti kurmak ve siyasi iktidarın sınırlarını önce tespit edip, sonra korumak amacıyla yapılması beklenen anayasalar için bugün gündemde olan sorun, devlet adına egemenlik yetkisini kullanan iktidarı gerçek anlamda sınırlamanın kural, kurum ve yöntemlerini yeniden düşünmek ve formüle etmektir. Partiler eliyle yürütülen politikaların ve partiler eliyle biçimlendirilen siyasal yapının günümüzde demokratik siyaseti doğrudan etkilediği ve klasik temsil kuramını nasıl dönüştürdüğü hatta

¹⁹ J. HABERMAS; *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, s. 169.

tahrif ettiği gerçeğini kabul etmek ve bu bozulmanın nedenlerini tespit etmek zorundayız.

Çağımızda temsili sistemler, siyasal iktidarların, halkın bir kısmını oluşturan seçmen çoğunluğu tarafından kendilerine verilmiş olan yönetme yetkisinin anayasal sınırlarını aşmak için kullandığı yol ve yöntemlerin denendiği laboratuvarlar haline getirilmiştir. Buna bağlı olarak temsili sistemlerin en önemli sorunu da, halkın iktidara verdiği yönetme yetkisinin halka rağmen kullanılma ihtimalini bertaraf etmenin yol ve yöntemlerini aramak ve bulmak zorunda olmalarıdır. Bulunabilen en akılcı çözüm, iktidarı anayasa çemberine alarak hukukla sınırlamak olmuştur.

İktidar görev ve yetkisini, devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesi ve bu amaçla devlet gücünün kullanılması olarak belirlediğimizde dikkatimizi, bu fonksiyonları üstlenen devlet organlarının işleyişine yöneltiyoruz. **“Kötüye kullanılmaması için gücün, bir başka güçle durdurulabilmesi gerekir”²⁰.** Montesquieu için bu ilke, özgürlüklerin korunabilmesinin tek yoludur. Bir başka deyişle devlette fonksiyonlar o şekilde örgütlenmelidir ki, karşılıklı olarak birbirlerini frenleyebilsinler. Daha sonra buna “fren ve denge sistemi” de denmiştir. Montesquieu bu temel düşünce çizgisinde devletin üç temel fonksiyonuna denk gelen üç kuvveti ayırmıştır: yasama, yürütme ve yargı. Bu kuvvetler birbirlerinden bağımsız olarak ayrı yetkiler dahilinde kullanılmalıdır. Fakat devletin fonksiyonları itibarıyla ayrı kuvvetler şeklinde örgütlenmesi ve bu kuvvetlerden her birinin diğerlerinden bağımsız bir devlet yetkisi olarak kullanılması öncelikle “egemenliğin tekliği ve devredilmezliği” ilkesi ile bağdaşmaz.

Dolayısıyla kuvvetlerin keskin bir ayrılığını ne tasarlamak ne de pratiğe aktarmak mümkündür. G.Del Vecchio’ya göre burada söz konusu olan ayrı kuvvetler değil ayrı organlardır ve bunlar kullandıkları yetkinin niteliğine göre değil, işlevleri itibarıyla birbirlerinden ayrılırlar ve bu da mutlak bir ayırım değil, belli bir organın bu üç fonksiyondan yalnız birini ifa etmesi anlamındadır²¹. Ancak bunun dahi, daima böyle işleyeceği garanti edilemez. “Üç ayrı fonksiyona üç ayrı organ” olarak ifade edebileceğimiz klasik kuvvetler ayrılığı kuramının sahibi Montesquieu bile yargıyı diğer

²⁰ Baron De MONTESQUIEU; *Yasaların Ruhu, içinde: Batıya Yön Veren Metinler, C.3, s. 156., L.LIPSON; Politika Biliminin Temel Sorunları, s. 342., J.BRYCE; Amerikan Siyasi Rejimi, s. 87.*

²¹ G.Del VECCHIO-S.K. YETKİN; *Hukuk Felsefesi Dersleri, s. 76.*

iki kuvvet karşısında zayıf bir konuma oturtmuş, hatta yargının bir iktidar dahi sayılmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Vecchio, “Montesquieu’nun Doktrini” olarak isimlendirdiği bu kuramın ; *“doğru olmayan yönlerinin varlığına rağmen yeni anayasalar için temel vazifesi gören bir ilke üzerine dikkat çekmek meziyetini haiz olduğunu”²²*.” belirtmek suretiyle, siyasi iktidarı hukukla sınırlama niyet ve arayışlarının temelinde bu doktrinin etkin bir rol oynadığını kabul etmektedir.

Uygulamalar göstermiştir ki, demokratik bir yönetimde olağan dönemlerde en tehlikeli tecavüzler yürütme organından değil yasama organından gelmektedir. Yürütmeyi harekete geçiren kuvvet olan yasama organı, yargı organının kontrolü olmadıkça saldırgan bir karaktere bürünmektedir²³. Sistemin dengesini kurmak bakımından mahkemeler çoğu kez yetersiz kalmaktadır. Haklar ve özgürlüklerin siyasi nitelikli devlet fonksiyonları olan yasama ve yürütmenin tehdidinden korunması için çağımızda yargı fonksiyonunun güçlendirildiği bir kuvvetler ayrılığı modelinin anayasal devlette yeniden yapılandırılması, hukuk devletinin tahkimi için zorunludur.

b. Siyasal İktidarın Hukukla Sınırlandırılmasında Yaşanan Güçlükler
Sorunun düğümlendiği noktada hukuk kavramına yönelmek ve siyasetin hukuk duvarını nasıl örmemiz gerektiği konusunda yeniden düşünmek şart olmuştur. Basit bir tanım: Hukuk esas olarak bir sınır, muhtelif sùjelelerin hareketleri arasında objektif bir düzen, bir arada yaşama veya var olma kuralıdır²⁴. Hukuk esas itibarıyla ihlâl edilmeye müsaittir ve ihlâl edilebildiği için vardır. Bu anlamda hukuk, hak ve haksızlığın birbirine bağlı ve birbirinin tamamlayıcısı olduğu bir değerler düzeninde hakkın sahibine teslimi ve haksızlığın düzeltilmesi yoluyla düzenin sürdürülmesinden sorumludur.

Böyle bir misyonla yüklü hukuk, hem yönetenin ve yönetilenin bireysel alanlarının, hem de yönetenin yetki alanındaki tüm eylem ve işlemlerin sınırlarını çizer. Bir anayasa ile sınırlanması günümüzde mutlak bir zorun-

²² G.DEL VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 388.

²³ Bkz. W.WILSON; *Seçme Parçalar*; s. 17.

²⁴ G.Del VECCHIO; *Hukuk Felsefesine Giriş*, s.300.

luluk haline gelmiş olan siyasal erkin, hukuk için ve hukuk içinde işleyen bir otorite sayılabilmesi, siyasetin gereklilikleri ile değil, siyasetin eylem çerçevesini çizen ve siyaseti tüm kurum, kural, ilke ve süreçleri ile anayasal bir yapı içine yerleştiren hukukun değerleri ile ölçülür.

Bir başka deyişle siyasal erkin meşruiyeti, otoritesinin dayanakları ile ilgili bir durum olmanın dışında, yetkilerinin kullanılma biçim ve yöntemi ile de ilgili bir durumdur. Bu nedenle bir yönetimin hukuk devleti kalıbında işleyip işlemediğini iki yönlü bir inceleme ile doğrularız: Birincisi, mevcut hukuk düzeninin yönetenin otoritesini hangi kaynağa bağladığına dair; ikincisi, yönetenin otoritesini kurmak üzere kullandığı yetkileri hangi çerçevede, nasıl ve ne amaçla kullandığına dair bir incelemedir²⁵.

Bu görüşümüzü Duguit'e giderek gerekçelendirelim²⁶:

“Hukuka tâbi olmak demek, objektif hukukun aktif ve pasif, müspet ve menfi şekillerde emrettiği yolda yürümek ve belirlediği görevleri yapmak demektir. Ancak bu şartla ve görevlerini başardıkları sürece hükümet edenlerin otoritesi meşrû olur ve buna uyma, bireyler için hukuki bir görev haline gelir. Hükümet edenlerin bir emir veya işleminin bireyler için uyma zorunluluğu doğurmasının şartı, onların herkesin iradesinden üstün ve yönetme hakkıyla donatılmış bir iradeye sahip olması gibi hayâli bir şey değil, sadece bu emir ve işlemin konusu ve amacı itibarıyla objektif hukuka uygun olmasıdır. Hükümet edenlerin egemenlik diye bir hakkı yoktur. Egemenliğin süjesi ve sahibi kimdir ve bu hakkı kim kullanacaktır diye bir mesele de yoktur. Olan şey şudur: yönetenlere ve yönetilenlere aynı anda hitap eden, herkese gücüne ve toplumdaki konumuna göre görev veren bir objektif hukuk vardır. Bu hukuka uygun olan ve bu hukuktan doğan irade tezahürlerine herkes uymalıdır. Şu halde bütün mesele hukukun yönetenler için belirlediği görevlerin bilinmesi ve yerine getirilmesidir.”

c. Anayasallaşma Sürecinde Yaşanan Aksaklıklar

Anayasacılık belli anlamları çağrıştıran bir kavramdır. Hukuka bağlı ege-

²⁵ Bkz. 1982 AY m.6: “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eli ile kullanır. Egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz.” Görülüyor ki, anayasal bir hukuk sisteminin anayasası uyarınca; siyasi iktidarın otoritesinin kaynağında millet, otoritenin kullanımının kaynağında anayasa (hukuk) vardır.

²⁶ AKTARAN: Ali Fuat BAŞGİL; Ana Hukuk, s.206-207.

menlik anlayışı ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir egemenlik kullanımı, iktidarın sınırlandırılmasında başlı başına etkin bir yöntemdir. İktidarın hukukla sınırlandırılması konusunda kabul görmüş en etkili yöntem, anayasallaşmadır. Anayasallaşma kavramının özünde, hukukun üstünlüğü inancı ve hukuka bağlılık kararlılığı vardır. Anayasallaşma, yöneticilerin devleti keyfi iradeleri doğrultusunda değil, hukukun evrensel ilkeleri üzerine bina edilmiş bir anayasaya göre yönetmesi düşüncesini içerir. Siyasi iktidarın yetki alanını daraltan bu sınırlamanın amacı, yurttaşların temel özgürlük alanlarını güvence altına almaktır.

Anayasallaşma, iktidar tekelleşmesinin yol açacağı zorbalıkları önler ve siyasal iktidarın özgürlükler lehine sınırlandırılmasını gerektirir. Anayasacılığın siyasi iktidarın elini güçlendirmek için değil, iktidarı hukukla sınırlandırmak için geliştirilmiş bir yönetim tekniği olarak modern toplumda kabul görmesi, nispeten yeni bir gelişmedir. Anayasalar, kendilerine ihtiyaç duyulduğu ilk zamandan bu yana, belli bir rejimde yöneten gücü dizginlemek veya ehliştirmenin kurallarını formüle eden belgeler olarak kabul edilmişlerdir. Yönetenin statü ve yetkilerini, yöneten-yönetilen ilişkilerini düzenleyen kuralları ve bunların nasıl yorumlanması gerektiğini açıklayan bir dogmatik inşa etmek, anayasacıların başlıca iştiğal sahası olmuştur²⁷. Bu yönüyle anayasacılık, batı kültürünün biçimlediği bir olgudur. Devleti ve devlette iktidarı sınırlayan ve kişi haklarını güvence altına alan belgeler olarak anayasaların, doğru toplumlarının hukuk düzenlerinde yerini alması, batıdaki gelişmelerin etkisiyle olmuştur. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesindeki **“İnsan haklarının korunmadığı ve kuvvetler ayrılığının sağlanmadığı toplumlar asla bir anayasaya sahip sayılamazlar.”** İfadesi, bir anayasanın temel işlevinin devleti anayasal sınırlar içinde tutmak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır²⁸.

Günümüzde demokratik anayasayı isimlendirmekte kullanılan “sivil” terimi, anayasanın yurttaşlar arasındaki bir sözleşme belgesi olduğu hususunu vurgulaması bakımından önemlidir. Bu sözleşmenin temel konusu da, çıkarları doğrultusunda birleştirdikleri iradelerinin ürünü olan devletin, bireyi tanıyan, koruyan ve toplumsal çıkarları gözeten bir görev ve sorumlulukla doğmuş olmasıdır.

²⁷ Bakır ÇAĞLAR; *Anayasa Bilimi*, s. 3.

²⁸ Erdoğan TEZİÇ; *Anayasa Hukuku*, s.2, Karl J. FRIEDRICH; *Sınırlı Devlet*, çev. Mehmet Turhan, ÖNSÖZ, s. 8.

Sözleşme kuramının sonuçları ile anayasallaşma olgusunu birleştirdiğimizde bireysel özgürlükler temelinde sınırlandırdığımız siyasi iktidarların, çağdaş demokrasilerdeki anayasacılık anlayışının odağında yerini aldığını görürüz. İşlevi, bireysel özgürlükleri siyasal iktidara karşı korumak olarak belirlenmiş olan anayasal devlet, devleti hukukla sınırlandırma düşüncesinde önemli bir adımdır.

Anayasal devleti, iktidarı sınırlama amacına yoğunlaştıran nedenleri, demokrasi algımızdan süzülen bilgiler ışığında şöyle özetleyebiliriz: Demokrasi için yapılan bütün tanımların ortak paydasında “halk”, bütün tanımların ortak çekince alanında da “çoğunluk iradesi” vardır. Basit ve dar bir şekilde demokrasiyi “çoğunluğun hukukla sınırlandığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlayabiliriz.

“Halk egemenliğine dayanan ve halkın iradesiyle belirlenen siyasal karar alma organlarınca yönetim yetkilerinin kullanıldığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlanan demokrasi, egemenliğin kaynağı sorusuna bir cevap getiriyorsa da, kavrama gerçek anlamını veren “egemenliğin kullanımı” konusunda hiçbir şey söylemiyor. Halka dayanan ve halk iradesiyle biçimlenen yönetimi demokratik kılan, halkın bir parçasını (azınlığı), yönetenin arkasına aldığı diğer parçasına (çoğunluğa) boğdurmamaktır. Anayasal devlet bu amaçla ortaya çıkan, çoğunluğun sınırlı yönetimine, anayasası ile biçim veren bir devlettir.

Özellikle de, çağdaş demokratik yönetim örneklerinde sıkça rastladığımız, seçimlere düşük katılımın temsilde adalet ilkesini çiğneyen seçim sistemleri ile birleşmesi sonucu ortaya çıkan azınlık yönetimlerinin, çoğunluğun yönetimi olarak tasarlanan demokrasileri daha da bozan etkileri, anayasaların demokratik hukukun ilke ve güvencelerini kapsamaması ihtiyacını daha da artırmıştır.

Anayasacılığa bu bakış açısıyla yaklaştığımızda, çağrıştırdığı anlamlar daha da önem kazanmaktadır. Öncelikle, üstün bir hukukla iktidarın sınırlandırılması gereği bu kavramla doğrudan ilgilidir. Siyasi iktidarın yetkilerini keyfi değil, üzerinde uzlaşmış adil kurallar aracılığı ile kullanabileceği, anayasacılığın tartışılmaz gereğidir. İktidarın yetkisine getirilen sınırlamaların sebebi, yurttaşların özgürlük alanlarını güvenceye almaktır. Yazılı

anayasacılığın tarihini ancak 18. yüzyıl'a kadar geri götürebiliyor olmamıza rağmen, hukuka dayalı bir yönetim anlayışının izlerini daha uzak bir geçmişte bulmamız mümkündür. “İnsanların değil, yasaların hükûmeti²⁹” formülünde billurlaşan, hukukun egemenliğine dayalı sınırlı yönetim anlayışı Ortaçağdan taşınıp modern siyasal düşüncenin temelinde yerini alırken, “hangi hukukun” sorusuna aranan cevaplarla gelişip biçimlendirilmiş, meşruiyet temelleri farklı ilke ve referanslara dayandırılmış yeni bir hukuk anlayışı da hukuk devletinin yolculuğuna eşlik etmiştir.

Bu süreçte, anayasalar kendilerine ihtiyaç duyulduğu ilk zamandan bu yana, belli bir rejimde yöneten gücü dizginlemek veya ehlileştiririnin kurallarını formüle eden belgeler olarak kabul edilmişlerdir. Yönetenin statü ve yetkilerini, yöneten-yönetilen ilişkilerini düzenleyen kuralları ve bunların nasıl yorumlanması gerektiğini açıklayan bir dogmatik inşâ etmek, anayasacıların başlıca iştiğal sahası olmuştur³⁰. Anayasacılıkta iktidarı sınırlandırmak maksadıyla ulaşılan her yeni gelişme, hukuk devletine giden yolu biraz daha kısaltacaktır.

d. İktidarın Sınırlanmasında Özgürlük-Otorite Dengesini Kurma Sorunu

Anayasaya siyasi iktidarın yetki ve görevlerini çerçeveleyen ve otoritesini sınırlayan bir belge işlevi yüklediğimizde, öncelikle üzerinde durmamız gereken konu bu görev ve yetkilerin sınırlandırılmasında hangi kriteri kullanılacağıdır.

Aslında bu sınırlamaların doğası ve buna bağlı olarak iktidar üzerinde bu sınırlamaların dolayısıyla anayasanın ne derece etkili olacağı, anayasayı yapanların korumak istediği değerlerle ilgilidir.

Liberal felsefenin en güçlü yansıtıcısı sayabileceğimiz ABD Anayasası'nı yapanlar, kurulacak yeni devlette yönetimin özellikle bireyin temel haklarını çiğnemeyecek bir biçimde oluşmasını zorunlu görmekteydiler. Güçleri, birbirlerine karşı fren ve denge oluşturacak biçimde ayrı ellerde toplama gayret ve tasavvuru, zorba bir devletin ortaya çıkması tehlikesini önlemek içindi. Bu amaçla, anayasaya federal devletin yetkilerini sınırlı biçimde sayan hükümler koymakla yetinilmiş, yasama ve yürütme organ-

²⁹ Bkz. K.LOWENSTEIN; *Political Power and The Governmental Process*, s. 117.

³⁰ B.ÇAĞLAR; *Anayasa Bilimi*, s. 3.

ları arasındaki görev ve yetki sınırı ise net bir biçimde çekilmiştir. Ancak değişen koşullar nedeniyle işlemez hale gelerek saygınlığının azalacağı düşüncesiyle esnek tutulan anayasa metni, yönetim erkini yetkilendirme konusunda hasis davranılmasına rağmen güçlü bir merkezi devletin oluşumunu engelleyememiştir³¹.

Bugün anayasal devlette, devlet organlarının ve kurumların yetkilerinin kaynağı olan ve yetki çerçevesini çizen anayasaların iktidarın kötüye kullanımı tehlikesini hangi mekanizmalarla önleyeceği veya kontrol altında tutacağı sorunu, tüm anayasal sistemlerin en önemli sorunudur. Özgürlük, iktidara sınır koyulmasını gerektirir. Ancak L. Lipson'un deyiimi ile bir atın boynuna dizgin takmakla ayağına bukağı vurmak farklı şeylerdir³². Siyasal erki denetlemek ile kösteklemek aynı şey değildir. İktidar olgusuna yönelen bakış, siyasal gücün denetiminde her iki yönde aşırı bir tutumu doğurabiliyor. Yönetenin gücünü ve yetkisini kötüye kullanması tehdidini öncelikli ve mutlaka engellenmesi gereken bir tehdit olarak görenler için anayasallaşma, iktidarı mutlak anlamda sınırlamanın yol ve yöntemidir. Hukukun üstünlüğü, siyasetin yolunu daraltan bir yığın yasak halinde düşünülürse, kontrol, sınırlamalardan ibaret bir anayasallaşma özgürlüklerin güvencesi olarak tasarlanırsa, anayasallaşma; hukuk devletine giden yolun istinat duvarı değil, iktidar önündeki anayasa duvarı olmaktadır. Kötüye kullanılma ihtimaline karşı iktidarı sınırlamak, bir gereklilik hatta bir zorunluluktur ama iktidarı mutlak bir kötülük saymak, devletli bir toplumda yaşadığımız gerçeğini göz ardı etmektir. Anayasallaşmanın konusu önce iktidarın nasıl kullanılacağı, sonra da iktidarın kötüye kullanılabilme ihtimalinin sebep ve biçimlerini öngörme ve bunlara karşı tedbirler almak olmalıdır.

Ancak bu sorun kadar önemli olan bir başka sorun da, bu mekanizmaları işletirken doğru amaca yönelmektir. Anayasal yetki kullanan devlet kurumlarının, bu yetkilerini iktidarı denetlemek ve hukuk içinde tutmak için mi, yoksa kösteklemek için mi kullandığını ayırt edebilmek önemlidir. Çünkü bir devlet, faaliyet halindeki bir siyasal örgüttür. Bu faaliyetin aracı ise siyasal iktidardır. Anayasallıktan beklenen, devlet faaliyetini engellemek değil, hukuk içinde tutmaktır. Anayasallaşma kavramını siyasi iktidarın neleri yapamayacağına özgülenmiş bir dizi anayasal düzenleme olarak

³¹ L. H.TRIBBE; *American Constitutional Law*, L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 339-340.

³² L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s.86.

değil, devleti; “tüm devlet organları ve kurumlarının faaliyetlerini hukuk içinde yürüttükleri, karşılıklı denge ve denetler içinde işleyen bir kurumsal ilişkiler ağının örgütü” olarak düşünmek durumundayız.

Hukukun üstünlüğü amacına, anayasayı bir yığın yasakla doldurarak ulaşılamaz. Hükûmetlerin neleri yapamayacakları konusundaki denetler, yasaklar ve sınırlamalar, anayasallaşmanın özü ve kişi hürriyetlerinin güvencesidir. Ama içeriği, siyasi iktidarın neleri yapamayacağı konusundaki kurallarla doldurulmuş bir anayasa yoluyla etkin bir anayasal devlet düzeninin kurulmasını beklemek de boş bir hayaldir.

Anayasal devlet, özgürlük-otorite dengesini kurmak ve korumak zorundadır. Son dönemde anayasacılığı temel hak ve özgürlükler sorununa özgülemek ve demokratik anayasacılığa ilişkin tüm sorunları sadece bu boyuta indirgemek gibi güçlü bir eğilim gözlenmektedir. Bunun aslında anayasacılık tartışmalarının kaynağındaki liberal bakışın ürünü olduğunu görebiliyoruz. Hukuku can ve mal güvenliğini sağlama anlamına gelen “zorbalığı engelleme tekniği” olarak gören liberal düşünce³³, anayasayı hak ve özgürlükleri koruma probleminin çözümü olarak kullanmaktadır. Oysa demokrasi teorisi içinde sık sık dillendirilip güncel siyasi tartışmalara da yansıyan yöneten-yönetilen demokrasi kavramlarının çağrıştırdığı temel bir problem vardır ki, bu problemin varlığını saptamak, anayasal düzlemde tartışılan pek çok soruna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmamızı da sağlayacaktır. Demokrasi bir yönüyle birey-toplum-devlet ilişkilerinin ilkesel ve kurumsal rehberi iken diğer yönüyle bir siyasal yapılanma biçimidir. Bir başka deyişle demokrasi sadece yaşam tarzının, bireyin toplumla ve devletle ilişkilerinin özgürlük haritası değil, bir iktidar verme ve iktidar kullanma tekniğidir, ayrıca sadece toplumsal ve politik alanın değil, aynı zamanda hukukun da konusudur³⁴. İ. Kaboğlu benzer sonuca başka bir bağlamda konuyu ele alarak ulaşmıştır. O’na göre³⁵, çağdaş anayasa hukuku üç boyutludur. Bunlar, kurumsal anayasa hukuku, özgürlükler anayasa hukuku ve içtihadî anayasa hukuku (anayasa hukuku uygulaması) olarak ayrılır ve bir bütünün sacayaklarını oluştururlar. O’nun deyişiyle “uygulama alanının kurumlar, normlar ve özgürlüklerle genişlemiş olması”na bizim bağladığımız sonuç, anayasacılığı salt özgürlüklere özgüleme-

³³ B.ÇAĞLAR; *Bir Anayasacının Seyir Defteri*, s. 23.

³⁴ B.ÇAĞLAR; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, içinde: *Anayasa Yargısı-7*, s.57-127 (s.57).

³⁵ İ.KABOĞLU; *Anayasa Hukuku-Genel Esaslar*, s. 35-37.

nin yanlış olduğu, anayasa ile kurulan kurumsal dengeleri ve bu dengeleri kuran ve koruyan normatif çatıyı da gözetmenin, anayasacılığın ilgi ve duyarlık alanında olması gerektiğidir. B. Çağlar, aynı konuyu anayasayı kurucu yazımlı anayasa ve içtihadi anayasa olarak ikiye ayırarak inceler. O'na göre de M. Haurio'nun kullandığı anlamda “politik anayasa” kamu iktidarını düzenlerken, içtihadi anayasa sivil toplumu düzenler ve muhtariyeti korur. Bu, aynı zamanda anayasanın politik ve sosyal iki boyutuna tekabül eder. Her iki anayasanın yazımı farklıdır³⁶.

Anayasallaşmanın amacı, önce iktidarın nasıl kullanılacağını düzenlemek, sonra da kötüye kullanılma ihtimalini bertaraf edecek yasal ve kurumsal önlemleri geliştirmek olmalıdır. Amaç “iktidarı sınırlamak” olarak vurgulandığında, demokratik siyaset hareket alanı daraltılmış, özgürlükçü hedeflere yönelik politikalar üretme ve uygulama yetenekleri körelmiş aktörlerle oynanan verimsiz ve heyecansız bir oyuna dönüşür.

2. Hukuk Devletinde Hukukun İşlevi

Bir anayasaya sahip olmanın anayasal devlet olmaya yetmediği, ayrıca anayasal bir devlette yönetiyor olmanın da siyasi iktidara tek başına haklılık kazandırmadığını, açıklamaya ve gerekçelendirmeye çalıştık. “Çağdaş demokrasilerin anayasal bir statüde örgütlenmesi” diye tanımlayabileceğimiz anayasal devletlerin hepsinde halk var, seçim var, temsili kurumlar var, yasa var, hukuk var ama aynı zamanda sonu gelmez bir demokrasi ve meşruiyet tartışması var. O zaman biz anayasal hukuk devletini bu unsurların varlığında değil, bu unsurların anlamlı terkinde aramalıyız.

Devletin varlık alanı ve varlık göstergesi olan hukukun hangi zeminde, nasıl ve kimin tarafından biçimlendirildiği, önemli bir devlet fonksiyonu olan yargının anayasal bir devlette hangi meşruiyete dayandığına dair cevaplar vermeden hukuk devletine giden yolda mesafe alamayız. Siyasal bir örgütlenme olan devletin, çıplak güç kullanımına dayanan diğer örgütlerden adalet temelinde ayrıldığı çok eski çağlardan beri bilinmektedir. Devletin ayırt edici niteliği olarak adaletin de hukuktan ayrı düşünülemediği yine epeyce eski bir bilgidir. Modern devlet anlayışında adalet, insanların özgür ve eşit yaratılmış oldukları düşüncesine yaslanır. Bu düşüncenin hukuk anlayışı, “insanların hukuk önünde eşitliği (statü

³⁶ B.ÇAĞLAR; “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, İçinde: *Anayasa Yargısı*-8, s. 27 vd.

ayrıcalıklarının reddi) esasının kabulü ile birlikte, hukukun; “her insanın birey olarak sahip olduğu hak ve özgürlükleri güvence altına alacak bir biçimde inşa edilen bir kurallar sistemi” olarak anlaşılmasıdır. Böyle bir hukuk anlayışının da, ortaya çıkışından itibaren hukuku meydana getiren kuralların bireylerin rızasına dayandırılması gerektiği, dolayısıyla modernlik öncesinin ilâhi meşruiyet temeli yerine toplumsal rızaya dayanan bir meşruiyet zeminini zorunlu kıldığı açıktır.

Bu nedenle;

- Kendi hukukuna tâbi ve kendi yaptığı yasayla yöneten erkin hükmettiği yerde ne hukuk devletinin hukuku vardır, ne hukuk devletinin yasası.
- Bir hukuk düzeninde yasa adını alan kurallar, bireyler açısından düzenlendikleri alanlarda öngörülebilir nitelikte olmalıdır ve uygulamanın sürekliliği sağlanmalıdır. Buna “yasanın istikrarı” deriz. Süreklilik veya istikrar, yasanın kesinliği ilkesine mutlaka eklenmesi gereken bir niteliktir. Bağlayıcı, ihlâli halinde uygulanacak yaptırım konusunda açık ve ayrıntılı olmakla kesinlik kazanan bir yasa, eğer ne zaman ve kimler için yürürlükte olduğu konusunda bir belirsizlik yaratıyorsa, yasalarla sağlanması amaçlanan özgürlükçü düzeni kuramayacağı gibi, özgürlükleri tahrip eden bir sürecin de kaynağı olur³⁷.
- Hukuk devletinin hukuku, siyasetten bağımsızdır ve toplumu özgürleştirir. Hukuk siyasal iktidarın kontrol edilmesinde en önemli araçtır. Bu yüzden siyasal iktidardan bağımsız olması gerekir. Bunun tersi, hukuku; mutlak egemenlik geleneği içerisinde siyasal iktidarın toplumu denetlemek ama kendisini denetletmemek için kullandığı baskı aracına dönüştürür³⁸.
- Bu nedenle devlet, modern dünyada; 1. Bireylerin hukuk önünde eşit hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, 2. Bu hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için gerekeni yapmakla yükümlü, 3. Bu işlevlerini yerine getirebilmesi için hukuka uygun olarak işlemesi gereken bir mekanizmadır.

³⁷ F.A.HAYEK; *The Constitution of Liberty*, p.149-150’de; “Herkesin uyguladığı genel bir kuralın, bir emrin tam tersine her zaman bunu koyan eya belirleyen bir kişinin olmasını gerektirmediğini, genel kuralın emirden genelliği ve soyutluğu ile ayrıldığını, ...ancak yasaların içerikleri belirgin bir duruma geldikçe emrin gölgesi altına girdiklerini” belirtmiştir.

³⁸ H.ÇETİN; “Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine”, s.9.

Meşru otoritenin beslemediği bir güç ilişkisine siyasi iktidar adı verilemeyeceğine göre³⁹, siyasi iktidarın kaçınılmaz olarak şu soruyu cevaplaması gerekir ki, yasaları adil, eylemleri haklı, emirleri uyulabilir, cezaları katlanılabilir, hataları mazur görülebilir olsun: neden ve ne adına, hangi amaç ve ne/kim için iktidar? Bu gücü kullanma hakkını ve yetkisini nereden aldın? Bu gücü nasıl kullanıyorsun?

Totaliter ve özgürlükçü devlet geleneği içinde, bu soruya verilecek cevaplar farklılaşacaktır. Hukukun yeri siyasal iktidarın ya yanındadır ya da karşısındadır. Bu yüzden hukuku tanımlama sorunu siyasi iktidarı tanımlama sorunudur.

Hukuku, siyasal iktidar tarafından belirlenen ve kullanılan bir araç olarak gören totaliter ve otoriter kuramlar, onu güç etki, otorite, hegemonya ve baskı unsuru olarak ele alır. Özgürlükçü düşünce geleneğinde ise hukuk, birey ve toplumun belirleyiciliği altında kullanılan bir güvenlik aracıdır. Birincisinde hukuk mutlak, aşkın, bir, bütün, bölünmez ve sınırlanamaz siyasal iktidarın bir aracı iken, ikinci kuramda bireysel haklara, toplumsal rızaya, adalete, özgürlük ve mülkiyetin korunmasına, siyasal iktidarın sınırlanıp denetlenmesine dayalı bir araç olarak demokratik değerlere ve evrensel insan haklarına bağlılık şeklinde değerlendirilir. Siyasi iktidar, hukuksal temelini bu olgulara olan bağlılığına dayar.

Ancak burada önemli bir problem vardır. Siyasi iktidarın dayandığı hukuksal temel ne olduğu ya da olması gerektiği konusunda bir anlaşma yaratılmalıdır. Tüm eylem ve işlemlerin kendisine uygun olması gerektiğine işaret edilen hukuk, yürürlükteki pozitif hukuk normları ile yasama usulleri ise, bu halde siyasi iktidara temel olan üstün hukuk, siyasi iktidarın hukukudur. Ama eğer meşru ve meşrulaştıran hukuk, siyasi iktidarın hukuku değil, evrensel değeri haiz bir üst hukuk ise bu hukuku kimin yapacağı ve bu hukukun ne olduğu üzerinde siyasi iktidarı aşan bir güç ve yetkinin var olduğunun kabulü gerekir⁴⁰.

- Kanun genellikle “güvenoyu almış hükümetlerin programlarını gerçekleştirme aracı⁴¹” olarak tanımlandığına göre yasanın politik yönü-

³⁹ C.Bali AKAL; *Yasa ve Kılıç*, s. 7.

⁴⁰ H.ECKSTEIN; “Devlet Bilimi Üzerine”, içinde: *Devlet ve Hukuk*, s.40.

⁴¹ E.TEZİÇ; “Kanun ve TBMM Kararı”, *Anayasa Yargısı* 1989, s. 49.

nü göz ardı etmek mümkün değildir. O zaman kaçınmamız gereken hukukun ister istemez siyasallaşması ya da siyasal iktidarın yasama ayağı tarafından yapılması değil, çıkar çevrelerinin, baskı gruplarının, politikacıların amaçlarına ulaşmak için hukuku bir araç olarak kullanmalarınıdır.

- Hukuk ve yargı, bireysel ve toplumsal amaçların bir düzen ve uyum içinde gerçekleştirilmesine ortaklaşa katkıda bulunabilir. Kabul edilemeyecek olan, parlamento çoğunluğuna yaslanan bir yasama-yürütme ekibinin demokrasi çarkını dilediğince döndürerek kendi tercihlerini, politikalarını, kararlarını milli irade adına yasalaştırma konusunda keyfi bir tutum almaları, yargıdan da bu tutumu onaylamasını istemeleri, bunu sağlamak için yasal ve anayasal düzlemde yine çoğunluk gücüyle çıkardıkları yasalar yoluyla istedikleri hukuku zeminini döşemeleridir. Bir başka deyişle sorun, hukukun siyasal alanı düzenlerken siyasallaşması değil, hukukun siyasetin gücüne yenilerek araçsallaştırılmasıdır. Bir hukuk devletinde kesinlikle kabul edilemeyecek olan, siyasal iktidarın araçsallaştırdığı, gücüne dayanak kıldığı bir yasa ve hukuk anlayışıdır.

3. Hukuk Devletinde Yargının Rolü

Çoğunluğun yönetiminin, anayasal devlette hukukla sınırlandırılması hukukun üstünlüğü ilkesi gereğidir ancak sınırlamayı sağlayacak araçlar, hukuk devletinin araçlarıdır. Bunların ilki ve en önemlisi yargıdır. 19. yüzyıl itibarıyla üç devlet fonksiyonunun üç ayrı devlet organı eli ile yürütülmesi esasına dayandırılan güçler ayrılığı kuramı anayasalarda bu organlar arasında bir eşitlik ilişkisini öngörür⁴².

Bilindiği gibi klasik demokrasi, parlamento çoğunluğunun halkı temsil ettiği kurgusuna dayanır. Anayasaya uygunluk denetimi yoluyla bir yasanın anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi, bu kurguyu bozar. Bu durumda, demokrasi siperine çekilerek yapılan tartışmada, iki argümana başvurulur: Bunlardan birincisi yargı yoluyla anayasal denetimin milli iradeyi gasp ettiği ve yargının kendisini milli irade yerine koyduğu, diğeri ise demokratik bir sürecin ürünü ve demokratik bir siyasal sistemin temel normu olan anayasa yoluyla tıpkı yasama organı ve hükümet gibi kendisine tahsisli

⁴² 1982 AY Başlangıç/4: "Kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda bulunduğu"nu belirtir.

görevleri yerine getirmek üzere yetkilendirilmiş bir mahkemenin, halkın iradesini temsil hakkına sahip olduğudur.

Eğer halk, anayasa yargısı yoluyla yasaların anayasaya uygunluğu denetiminde mahkemenin yaptığı yoruma ve verdiği karara katılmıyorsa, anayasayı değiştirerek iradesini ortaya koyabilir. Fakat burada yine aynı sorunla karşılaşırız: Hangi halk? Yasa yapma iktidarını kullanan yasama çoğunluğunun dayandığı destek tabanındaki halk mı? Bu durumda yasayı yapan da, yapılacak yasaların anayasaya uygunluğunu sağlamak amacı ile anayasasını, yapacağı yasanın kılıfı haline getirmek için değiştiren de yine aynı çoğunluktur.

Yani sorunun cevabını, klasik demokrasinin “halk iradesi” kalıbını değişik şekillerde değişik yerlerde kullanarak vermek mümkün görünmüyor. Yargının bağımsız bir devlet fonksiyonu olup olmadığı, yasama ve yürütme erkleri karşısındaki konumu, görev ve yetkisinin sınırları demokratik hukuk devleti yaklaşımlarını biçimleyen temel bir sorun olarak varlığını korumaktadır.

Aynı zamanda bir hukuk düzeni olan devlette, devlet adına gerçekleştirilen bütün eylem ve işlemlerin nihâi amacının adaletin gerçekleştirilmesi olduğunu düşünürsek, adaletin nasıl sağlanacağı devlet organları arasındaki ilişki ve dengeleri de etkileyen bir sorundur. Özellikle yargı fonksiyonu, doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir ve hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak çözme gücüne sahiptir⁴³.

“Adalet mülkün temelidir” sözündeki anlamı kavrayabilmek, yargının devlet içindeki konumunu kavramakla eşdeğerdir. Yasa ile hukuk arasındaki doğru ilişkiyi, adaletli bir toplum düzenine hizmet edecek şekilde yargı ve yargıç kurar. Bu nedenle, benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, bütün uygar ve demokratik ülkelerde yargı organının siyasal organlar olarak nitelendirdiğimiz yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir⁴⁴. Yargı işlevi ve bu işlevin yerine getirilmesi sırasında verilen yargı kararlarının maddi nitelikleri itibarıyla, devletin diğer işlevleri ve hukuki işlemlerinden ayrı olduğunu belirten H.N. Kubalı, yargı er-

⁴³ E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 354. Bkz. COPLESTON; İngiliz Görgütcülüğü HOBBS-LOC-KE-BERKELEY, C.5, s.190 vd.

⁴⁴ E. ÖZBUDUN; *Türk Anayasa Hukuku*, s. 354.

kinin, yürütme erkinin bir biçiminden başka bir şey olmadığı ve mahkeme kararlarının sadece kanunların uygulanmasında ibaret olduğu yolundaki kanaatin şüphe ile karşılanması gerektiğini belirtir⁴⁵. Bu görüşe şöyle bir gerekçe geliştirebiliriz: Yasa yapmak bir devlet fonksiyonudur ve siyasal nitelikli bir organın yetki alanındadır.

Ancak adalet kavramının, kanun koyucu bakımından yol gösterici olması zordur. Çünkü hangi tür düzenlemenin adalete uygun olacağı ile ilgili bir sonuca ulaşmak, yasa koyucunun yasayı yaparken kestiremeyeceği bir hedeftir. Adalet, kuralın içeriğinden değil, kuralın uygulanmasından ortaya çıkan bir sonuçtur. Mahkeme kararlarının adalete uygun olup olmadığından söz edebiliriz. Bu anlamda adalete uygunluk ise, çoğu kez bu kararların belli bir kurala ya da kurallar sistemine uygun olarak verilmesi anlamını taşır. Bu mânâda adalete uygunluk ile pozitif hukuka uygunluk arasında bir tür paralellik olduğu dikkat çekmektedir⁴⁶.

M. Soysal, adaleti hissetmek için, insan beyninin yarattığı mekanizmanın yargı mekanizması olduğunu belirtir. O'na göre; ***“bir takım insanları toplumun içindeki çıkar çatışmalarından soyutlayarak, güvencelere kavuşturarak yargı bağımsızlığını yaratmak ve adaletin tecellisini onlardan bekleme, insanlığın tarih içinde bulabildiği belki de tek çaredir, fakat onun da zaman zaman tartışması yapılır, kararların adalete uygunluğu tartışılır, ama hiç olmazsa yargı mekanizmasıyla tecelli etmiş olan kararlar en kötü adaletsizlik durumundan daha iyidir denir⁴⁷.”***

Yine O'na göre; en kötü adaletsizlik durumu, yargının hiç bulunmadığı durumdur. Çünkü yargı yoksa, adaletin tesisi için insan beyninin bulunduğu mekanizma da yoktur. O zaman, durumlar tamamen sübjektifliğe açıktır. Yargının siyasetin amaç ve yöntemlerinden bağımsız ve siyasetin tamamen dışında bir fonksiyon olduğu gerçeğinin ifadesi, bu açıklamada saklıdır. Bilhassa Batı demokrasilerinde yaygın bir uygulama alanı bulan parlamenter hükümet sistemlerinde iç içe geçerek tamamen siyasi iktidarın eylem alanı haline getirilmiş yasama ve yürütmeyi denetim yetkisi

⁴⁵ H.N. KUBALI; *Devlet Ana Hukuku, C.1, s. 83. Esasen kökü 16. Yüzyıla kadar giden bu görüş Piskopos Hoadly tarafından şöyle ifade edilmişti: “Gerçek kanun koyucu yazılı veya sözlü bir kanunu yazan veya söyleyen değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir.” AKTARAN: H. KELSEN; General Theory of Law and State, p.153.,M.KAPANI; İcra Organı Karşısında Hakimleri İstiklâli, s. 7-9.*

⁴⁶ A.GÜRİZ; *“Adalet Kavramı”, Anayasa Yargısı-7, s.17.*

⁴⁷ M. SOYSAL; *Anayasa Yargısı-7,s.24.*

ile donanmış yargıyı, siyasetin değil, devletin varlık alanına yerleştirmek hem bir gereklilik hem de mantıksal bir zorunluluktur.

M. Soysal şu soruyu soruyor: **“Bizim toplumumuzda son çeyrek yüzyıldır bazı konuların yargısal mekanizmaların işlev alanından çıkarılması yolundaki istek ve eğilim, bir başka deyişle bazı durumların yargı konusu edilemeyeceğini düşünmenin sebebi nedir?”**

Cevabını ise yine kendisi şu şekilde veriyor: **“Bu düşüncenin kaynaklandığı endişe; toplumun huzuru, devletin varlığı ve gücü düşüncesidir. Toplum bir takım olaylarla karşılaşmış, varlığı ve huzuru tehlikeye girmiştir. Devletin parçalanması, bölünmesi yönündeki tehlike ve yarattığı toplumsal huzursuzluk bazı durumlarda yargıya başvurmamak yolunda bir düşünce geliştirmiştir. Oysa adalet kavramı, toplumsal geleneklerimiz ve hatta genel kabul görmüş temel değerler açısından bakıldığında güçlü devlet kavramıyla doğrudan bağlantılıdır. Gücünü adaletinden, haksızlıklara karşı başvuracak mekanizmaları bulundurmasından ve bu mekanizmaların adil bir biçimde hüküm verebiliyor olmasından alan bir devlet, bu mekanizmaları bağımsız çalıştırabildiği ölçüde gücünü pekiştirir. Güçlü devlet yaratmaya çalışırken kendi içinde bazı mekanizmaları işletemeyen, adalete giden yolları anayasası ile tıkamış bir devleti hukuk ile tahkim etmek, zayıf bir devlet yaratmaktır⁴⁸.”**

Yukarıda yaptığımız alıntılarda da değinildiği gibi uyumsuzlukların çözümü, siyasal düzenin ilk ve en temel nitelikteki fonksiyonudur. Yargılamanın amacı ve anlamı, adaletin tesisinde ve adalete dayalı bir toplum düzeninin korunmasında oynadığı rolde gizlidir.

Adalet ise, toplumsal barışın korunmasıyla doğrudan ilgili bir değerdir. C. J. Friedrich, modern anlamda anayasacılığın ortaya çıkışını bağımsız yargı talebine bağlar⁴⁹. Kurumsallaşmış iktidar ilişkileri sistemini biçimlendiren anayasa, bir yönüyle uygulanması gerekli kurallar bütünüdür; diğer yönüyle ise dinamik sürekli değişen bir sistemin gelişim ve değişim ihtiyacına da cevap vermesi gereken bir yol haritasıdır.

⁴⁸ M. SOYSAL; *Anayasa Yargısı -7*, s. 25-26.

⁴⁹ C.J.FRIEDRICH; *Sınırlı Devlet*, s. 189.

Bağımsız yargıya talebin güçlenmesi, anayasalarda bağımsız bir devlet fonksiyonu olarak yargının yeniden tanımlanmasını ve işlevine uygun bir statü kazanmasının da yolunu açmıştır.

Yargının devlete ait ve bağımsız bir devlet organı eli ile yürütülecek bir işlev konumuna yükselmesi, anayasanın özgürlükleri koruma amacı ile yakından ilgili bir gelişmedir.

Yargının devletin vazgeçilmez bir işlevi olduğunun ve yargı kurumlarının demokratik sistem içindeki mutlak yerinin tartışılmaz kanıtı, “devletin zorunluluğu” gerçeğinde saklıdır. A.J. Carlyle’ın; “Ortaçağın siyasal düşüncesinin en önemli yanını, “bütün siyasal otoritenin adaletin ifadesi olduğu” ilkesinin oluşturduğu ve Irmağın kaynağından çıkıp aktığı gibi bütün medeni ve pozitif hukukun da adaletten çıktığı”⁵⁰ gibi, çağımızın da aydınlanmış bir adalet düşüncesi ve onu gerçekleştirecek sistem ve kurumlara ihtiyacı vardır.

Eğer yasalar bireysel özgürlükleri koruma aracı olarak tasarlanmış metinlerse, artık görülmektedir ki hukukun biçimsel ve pozitivist anlayışı doğrultusunda üretilen yasalarla yönetilmek özgürlükleri korumaz. Hukuksal savunma araçlarına ihtiyacımız vardır. Demokratik anayasacılık tartışmaları bu ihtiyaçtan doğmuş, bağımsız ve güçlü bir yargının varlığını da bu ihtiyaç zorunlu kılmıştır.

Özetle; başlı başına müstakil bir çalışma konusu olan yargı, hukuk devletin en önemli güvencesidir. Çalışmanın başında da vurguladığımız gibi bağımsız mahkemeler ve bağımsız, iyi yetişmiş yargıçlar hukuk devletin olmazsa olmazıdır. Yargı yoksa devlet yoktur, bağımsız yargı ve yargıç yoksa hukuk devleti yoktur.

4. Çoğulcu Toplum Yapısının Hukuk Devletindeki İşlevi

Hukuk devleti kavramının, çoğulcu demokrasi ile sıkı bir içsel bağlantı içinde olduğunu anlamak için şu gözlemler yeterlidir: Bireyler kamu erki karşısında hukuk özneleri olarak kabul edilmişlerdir. Özellikle devletin tasarrufundan çıkarılmış bireysel özgürlükler, hukuken tanınmış ve yargısal koruma altına alınmıştır.

⁵⁰ A.J.CARLYLE; *Political Liberty*, Oxford University Press, New York 1941, s. 12.

Hukuksal eşitlik, bağımsız yargı, kanunilik ilkesi, kanunların geriye yürümesi yasağı gibi kişi güvenliğini koruma altına alan temel hükümler anayasal düzleme yerleştirilmiştir. Bu unsurlar, siyasal erki sürekli bir rasyonelleşme ve meşrulaşma baskısı altına sokarlar ve ona karşı itaati sorgusuz bir kural olmaktan çıkarıp, haklılaştırılması gereken bir istisnaya dönüştürürler.

Söz konusu unsurların gereği gibi uygulandığı durumlarda hukuk devleti, devletten bağımsız bir sivil toplumun inşası ve gelişmesi için gerekli olan kurumsal şartları temin eder. Bu tür bir sivil alan şüphesiz kendiliğinden demokratik bir yapıya izin vermez. Demokratik kurumların özünün, özgürlük temelinde kolektif bağlayıcı kararların alınmasını mümkün kılmalarında yattığı kabul edilecek olursa, sivil toplum alanının varlığının demokrasi için zorunlu bir şart olduğu da kabul edilmelidir. Çünkü bu alan, bireylerin iradelerinin özerk bir şekilde oluşması özgürlüğünü güvence altına alan yapısal unsurların oluşumunu sağlar. Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde hukuk devletinin zeminine yerleşen anayasaların ilke ve kurumları, siyasal erk karşısında sadece olumsuz karakterde, sadece denetleme amacına hizmet eden, siyasal özden yoksun, sadece engelleyici sınırlar koyan ilkeler ve kurumlar niteliğini taşımazlar. Aksine siyasal erkin hareket kabiliyetini yükseltmeye yönelik, siyasal alanı genişleten olumlu bir öz içerirler. İşte bu öze sadık kaldığı sürece ve ölçüde, demokrasiyi anayasacılıkla birlikte anan ve demokrasi ile anayasal yönetimi bağdaştıran kurguların demokratik düşüncenin özü ile bir sorun yaşamaları düşünülemez.

Buna karşılık demokrasi ve çoğulculuk unsurlarının geri plana düştüğü ya da belirsizleştiği bir anayasal demokrasi söylemi sorunların ve çatışmaların siyasetin içinde ve siyasal süreçlerle çözülmesi yerine bürokratik vesayet ve/veya yargısal yöntem ve mekanizmalarla halledilmesi esasına dayanan bürokratik-devletçi bir düzenin simgesi olmaktan kurtulamaz.

SONUÇ YERİNE

“Devlet gücünün kötüye kullanılmaması için bu gibi çarelere gerek görülmesi belki insan tabiatına itimatsızlık sayılabilir. Ama devlet, insan tabiatına karşı itimatsızlıkların en büyüğü değil midir? İnsanlar melek olsaydı devlete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi, insanlar

üzerinde ne dış denetlemelere ihtiyaç duyulurdu ne de iç denetlemelere. İnsanlar tarafından ve insanlar üzerinde yürütülecek bir devlet kurarken en büyük güçlük şuradadır: Önce devleti, idare edilenlere hakim olabilecek bir hale getireceksiniz, ondan sonra da kendi kendisine hakim olmasını isteyeceksiniz. Şüphesiz devlet üzerindeki asıl kontrol, devletin halka dayandırılmasıdır, fakat tecrübe, yardımcı tedbirlerin gerekliliğini de insanlığa öğretmiştir⁵¹.”

Yasalara tâbi olmak başka şeydir, yasama organına bağlı olmak başka şeydir. Aynı şekilde yasalar doğrultusunda yönetmek sorumluluğunu üstlenen yürütmenin, yasayı yapan organ üzerindeki aşırı baskı ve kontrolü, yasa adını taşıyan o kuralı aslında yürütme gücü tarafından çıkarılmış bir emirnameye dönüştürür. İyi bir devlet yönetiminin temel ilkeleri doğrultusunda, her bir organın kendi yetki alanı içinde hukuka uygun çalışması anayasa ile amaçlanmış ve planlanmış iken bu durumda bizzat devlette görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş organlar tarafından anayasal sisteme yönelmiş bir ihlâl vardır. Devlet yurttaşların yasaları ihlâli halinde kamu düzenini nasıl koruyacağına dair tüm mekanizmaları çalıştırma yetenek ve tecrübesine sahiptir, bizatihi kendi organları eliyle kendi varlığına ve anayasal düzenine yönelmiş bir ihlâli nasıl önleyeceği konusunda ise hâlâ çok yetersizdir. Şimdilik bulabildiğimiz, müstebit bir çoğunluğun kolay kolay bertaraf edemeyeceği anayasal sınırlamalar koymak ve sınır bekçileri görevlendirmektir. Ancak sorun çözülmemiştir, bu anayasal sınırlamalarda görevlendirdiğimiz ve yetkilendirdiğimiz makamlar, kurumlar ve kişiler de müstebit çoğunluklar eliyle geliyorlar ve gidiyorlarsa, ne yapacağız?

Hiç değilse şu sorunun cevabını almalıyız: Bu yol hukuk devletine gider mi?

KAYNAKÇA

- [1] **AKAL** Cemal Bali; Yasa ve Kılıç, Afa yay., İstanbul 1991.
- [2] **BRYCE** James; Amerikan Siyasi Rejimi, çev. Türkkaya Ataöv-Arif Payashoğlu, TSİDY, Yenilik Basımevi, İstanbul 1962.
- [3] **CARLYLE** Alexander James; Political Liberty, Oxford University, Press, New York 1941.

⁵¹ J.MADISON; “Fren ve Denge Sistemi”, içinde: Anayasa Üzerine Düşünceler, s.28.

- [4] **ÇAĞLAR** Bakır; Bir Anayasacının Seyir Defteri, su yay., İstanbul 2000.
- [5] **ÇAĞLAR** Bakır; Anayasa Bilimi, BFS yay., İstanbul 1989.
- [6] **ÇAĞLAR** Bakır; “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı-3, Ankara 1987, s. 135-201.
- [7] **ÇAĞLAR** Bakır; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı-7,AYM Yay., Ankara 1990, s.51-127.
- [8] **DICEY** Albert Ven; Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8 th ed., London Mac Millan and Co, 1915.
- [9] **ECKSTEIN** Harry; “Devlet Bilimi Üzerine”, içinde: devlete Hukuk, Der. Mehmet Turhan, Gündoğan yay. Ankara 1996.
- [10] **FRIEDRICH** Carl J.; Constitutional Government and Democracy, 4thed., Blaisdell Publishing Co., Waltham 1968.
- [11] **FRIEDRICH** Carl J.; Sınırlı Devlet, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yay., Ankara 1999.
- [12] **HABERMAS** Jurgen; Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yay., İstanbul 1990.
- [13] **HAMILTON-MADISON-JAY**; Anayasa Üzerine Düşünceler, çev.Mümtaz Soysal, TSİDY, Yenilik Basımevi İstanbul 1962.
- [14] **HAYEK** Friedrich August Von.;The Constitution of Liberty; Routledge and Kegan Paul, London 1960.
- [15] **HUBER** Ernst Rudolph; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, içinde:Hukuk Devleti, Der. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yay., İstanbul 1998.

- [16] **KAPANİ** Münci; İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, AÜHF Yay., Ankara 1956.
- [17] **KELSEN** Hans; General Theory of Law and State, Harvard University Press, Cambridge 1945.
- [18] **KELSEN** Hans; Pure Theory of Law; Trans By: Max Knight, Berkeley University of California, 1978.
- [19] **KUBALI** Hüseyin Nail; Devlet Ana Hukuku 1. C.,İ.Ü.Yay., İstanbul 1950.
- [20] **LOWENSTEIN** Karl; Politicial Power and the Governmental Process, University Chicago Press 1957.
- [21] **TEZİÇ** Erdoğan; “Kanun ve TBMM Kararı”, Anayasa Yargısı -5, AYM Yay., Ankara 1988, s. 40-55.
- [22] **TRIBE** Laurence H.; American Constitutional Law, Foundation Press, New York 2000.
- [23] **TROPER** Michel; “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar birliği yay., Ankara 2005, s. 12-24.
- [24] **TROPER** Michel; “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne”, çev. Özlem Günyol, içinde: Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akay, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 341-356.
- [25] **UITZ** Renata; “Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasına Sıkışık Kalmış Post-Komünist Demokrasiler”, içinde: Demokrasi ve Yargı, TBB Yay., Ankara 2005, s. 272-309.
- [26] **VECCHIO** Giorgio Del; Hukuk Felsefesi, Çev. Sahir Erman,İ.Ü. Yay.,İstanbul 1962.

- [27] **WHEARE** Kenneth C.; Modern Anayasalar, ev. Mehmet Turhan, Değişim Yay., 2. Bası, Ankara 1985.
- [28] **WILSON** Woodrow; Seçme Parçalar, ev. Nermin Abadan, TSİD yay., İstanbul 1961.

Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler

Ebru CEYLAN*

Özet

Yeni 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Yeni Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği, paket tur sözleşmesi ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. Paket turlarla ilgili hükümlerin uygulama alanı genişlemiştir, tanımı ve unsurları daha açık belirtilmiştir, tüketici kavramı daha geniştir. Paket tur sözleşmesinde, tarafların borçları incelenmiştir. Paket tur sözleşmesinde tüketicinin zayıf taraf olduğundan korunması için hukuki tedbirler getirilmiştir. Paket tur sözleşmesinin kurulması sırasında tüketicinin paket turla ilgili bilgilendirilmiş olması, sözleşmenin verilmesi zorunluluğu, şekle tabi olması, sözleşmenin içeriğindeki haksız şartların geçersiz olması, sözleşme kurulduktan sonra turun hiç veya gereği gibi yapılmaması durumlarında, sözleşmede değişiklik yapılması durumunda ve turun devri durumunda tüketiciye çeşitli haklar tanınması ve paket tur düzenleyenin sorumluluğunun açıkça mevzuatta düzenlenmesi tüketiciyi korumayı amaçlayan düzenlemelerdir.

Anahtar Kelimeler: *paket tur sözleşmesi, tüketici, haksız şart, borçlar, haklar*

Recent Changes in Regulations on Package Tour Contracts Under the New Consumer Protection Law No. 6502

Abstract

The New Consumer Protection Law No. 6502 and The New Package Tour Contracts Regulation brought important regulations concerning the package tour contract. Application of the provisions relating to the package tour has been expanded, the definition and elements have been specified more

**(Doç. Dr.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı*

clearly, consumers have a wider concept. In the package tour contract, obligations of the parties have been examined. Legal cautions have been put in order to protect the consumer who the weak side is. The regulations that protect the consumer are necessity to inform the consumer during signing up the contract, to form the contract in formal code, to give a copy of the contract to the consumer, to give rights to consumer in case of breach of the contract, innovation of the contract and transfer of the contract, invalidity of the unfair terms in the contract.

Keywords: *package tour contract, consumer, unfair term, obligations, rights*

Giriş

Dünyada ve özellikle Türkiye’de turizm hizmeti önemli bir gelir kaynağı haline gelmiştir. Yaşam standardının gelişmesi, çalışanların tatil haklarının artması, ulaşım imkânlarının genişlemesi, ülkeler arasında sınırların açılarak kolaylaşması turizm sektörünün gelişmesinde etkili olmuştur. Günümüzde tüketiciler kitle turizmi ile karşı karşıya kalmıştır. Tüketime hazır bir mal gibi paket turlar tüketicilere sunulmaktadır. Paket tur düzenleyenler, önceden hazırladıkları katalog ve broşürlerde ve paket tur sözleşmelerinde tatil yerlerini övmekte ve dinlenme ve tatil imkânları konusunda vaatte bulunmaktadır. Ancak bazen paket tur başladığında tüketiciler, beledikleri tur hizmeti ile karşılaşmadıklarından hayal kırıklığına uğramaktadır. Tüketiciler, paket tur sözleşmelerinde, paket turun istenildiği gibi gerçekleşmemesi, paket tur sözleşmesinin kötü ifası, tüketici aleyhine paket tur sözleşmesine konulan haksız şartlar, güvensiz ulaşım araçları, kaliteli olmayan yemek, kötü oteller, pahalı alışverişe zorlamalar, programda olmayan keyfi değişikliklerin olması, yurtdışına sınır geçişlerinde ortaya çıkan sıkıntılı geçiş sorunları gibi sorunlarla karşılaşmaktadır.

Tatil hizmeti sunan şirketlerin hazırladıkları paket tur sözleşmelerinde tüketicilere söz hakkı tanımadan dayatmaları nedeniyle tüketicilerin karşılaştığı haksızlıklar nedeniyle hukuki düzenlemelerin yapılması gerekli olmuştur.

Türk Hukukunda, tüketicinin korunması ihtiyacını karşılamak amacıyla 08/03/1995 ‘de yürürlüğe giren ve 23/02/1995 tarihli 4077 sayılı TKHK.

'nda paket turlarla ilgili bir düzenleme yer almamıştı. İlk defa 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 'la 4077 sayılı Kanun'la eklenen TKHK.m.6/C hükmünde paket tur sözleşmeleri düzenlenmiştir¹.

Yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un paket tur sözleşmelerini düzenleyen hükmü, paket tur sözleşmeleriyle ilgili madde, 13/6/1990 tarihli "*Paket, Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara*" İlişkin 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin, paket seyahat, paket tatil ve paket turlar hakkındaki ulusal yasalarının, paketlerle ilgili hizmet sağlama özgürlüğüne karşı engeller oluşmasına ve farklı üye ülkelerde yerleşik operatörler arasındaki rekabetin bozulmasına neden olan farklılıklar göstermesi ve bu alandaki ulusal uygulamaların önemli ölçüde farklı olması nedeniyle paketlerle ilgili ortak kuralların oluşturulmasının bu engellerin ortadan kaldırılmasına ve üye ülkelerdeki paket seyahat sektörünün, kendisine Topluluk boyutu kazandırmak için, en azından asgarî ortak kurallar kabul edildiği taktirde daha fazla gelişme ve üretkenlik yönünde teşvik edilecek olması nedeniyle bu Direktif hazırlanmıştır. Bu Direktif gereği, turizm sektöründe Avrupa Birliği üyesi ülkesi tüketicilerinin ekonomik haklarının korunması için önemli tedbirler alınmaktadır².

Güncel olarak henüz bir öneri metni olan AB No. 2013/0246 Direktif Önerisi, Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin paket tur ve (yeni kavram) kişiye özgülenmiş seyahat konularında yeni bir Direktif çıkartmasını, bu arada mevcut iki ilgili Direktifin kısmen değiştirilmesini ve 1990 tarihli Direktifin kaldırılmasını hedeflemektedir³.

Avrupa Birliği düzeyinde tüketici politikasının geliştirilmesi iç pazarın oluşmasının bir sonucudur. Avrupa iç pazarının tüketicilerin avantajlarından yararlanmaları için daha yüksek seviyeye getirilmesi gerekmektedir.

¹ CEYLAN, Ebru, 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 'un Getirdiği Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2002/2, s.267; CEYLAN Ebru, Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması , Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul 2006, s.241.

² İNAL, Tamer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku , Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2014, s.406, vd.

³ ÖZSUNAY, Murat ,Alman ve Türk Hukuklarında Paket Tur /Seyahat Sözleşmelerinin Güncel Sorunları ve Çözüm Yolları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara 2015, s.462.

Avrupa Birliğinde tüketiciyi koruma politikalarının oluşmasında Avrupa Birliği'ndeki ülkelerin çoğunda euronun tedavüle girmesiyle ticaret ve tüketim kolaylaşmıştır, ayrıca sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin sonucunda özellikle internet kullanımının artmasıyla bilgi toplumunun tüketim alışkanlıkları da değişmiştir, bu nedenle turizm sektörü de bütün bu gelişmelerden olumlu etkilenmiştir.

1. Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili Hükümlerin Uygulama Alanı

Yeni TKHK.m.51 /II hükmüne göre turun ayrıntılarının, paket tur düzenleyicisi, aracısı veya tüketici tarafından belirlenmiş olması veya aynı paket tur içindeki hizmetlerin ayrı ayrı faturalandırılması hallerinde de paket turu düzenleyen m.51 hükmü uygulanacaktır.

Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği (PTSY.)⁴, paket tur sözleşmelerine ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu Yönetmelik, 07/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m.51 ve m.84'e dayanılarak hazırlanmıştır. Bu Yönetmelik gereği paket tur, paket tatil, paket seyahat veya benzeri isimler altında düzenlenen sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu Yönetmelik hükümleri a) Paket turun ayrıntılarının, paket tur düzenleyicisi, aracısı veya katılımcısı tarafından belirlendiği veya aynı paket tur içindeki hizmetlerin ayrı ayrı faturalandırıldığı sözleşmelere de, b) Başka ülkelerdeki paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından düzenlenmekle birlikte Türkiye'deki bir aracı veya temsilci vasıtasıyla satışa sunulan sözleşmelere de, c) Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişilerle kurulan sözleşmelere de uygulanacaktır⁵. *Kanımızca, paket turların kapsamının, Yön.m.2 'de geniş şekilde belirtilmiş olması isabetlidir.* Sözleşmenin adı, paket tur, paket tatil veya paket seyahat veya benzeri isim olsa da önemi yoktur, önemli olan bu sözleşmenin yeni TKHK. m.51/I hükmünde gösterdiği unsurları taşımasıdır⁶.

2. Paket Tur Sözleşmesinin Tanımı , Unsurları ve Hukuki Niteliği

Paket tur sözleşmesinin tanımı, yeni TKHK.m.51/I hükmünde yapılmıştır. Bu tanıma göre paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından ulaştırma, konaklama, ulaştırma ve konaklama hizmetlerine

⁴ RG. T. 14.01.2015 S. 29236.

⁵ AYDOĞDU ,Murat , *Tüketici Hukuku Dersleri* , Ankara 2015, s. 314.

⁶ Aynı kanaatte KARA ,İlhan *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku* , Ankara 2015,s. 947.

bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinin en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satıldığı veya satının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmedir. PTSY. m. 4 f’de de aynı tanım yer almaktadır. Bu tanım 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi’nin m.2’deki tanımına uygundur. *Kanımızca paket tur sözleşmesinin tanımının revize edilmiş olması isabetli olmuştur.*

4077 sayılı eski TKHK.m.6/C hükmünde ise paket tur sözleşmeleri, ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu, önceden düzenlenmiş yazılı sözleşmeler olarak tanımlanmıştı. Eski TKHK. m.6/C’de yer alan “*ulaştırma konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisi birlikte*” ifadesi yerine yeni TKHK. m.51/I hükmünde daha farklı şekilde “*ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinin en az ikisi birlikte*” ifadesine yer verilmiştir. *Kanımızca yeni tanım daha açıklayıcı olduğundan daha isabetlidir.*

Bu tanıma göre, taraflar arasında yapılan sözleşmenin paket tur sayılması için şu unsurları taşıması gereklidir: Birinci unsur, taraflardan birinin tüketici, diğerinin ise paket tur düzenleyicisi olması gereklidir. İkinci unsur, ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan yardımcı hizmetlerin en az ikisinin birlikte verilmesi gerekir. Başka turizm hizmeti ile anlaşılması gereken, ulaştırma ve konaklama hizmetine bağlı olmayan araç kiralama, kültürel, tarihi veya turistik yerlerin gezildirilmesi, gösteri, konser veya spor faaliyetlerinin düzenlenmesi veya izlettirilmesi ya da rehberlik hizmetleridir (PTSY.m.4 b). Üçüncü unsur fiyatın her şey dahil olarak kararlaştırılmasıdır. Dördüncü unsur ise, paket turun yirmi dört saatten uzun olması veya en az bir gecelik konaklamayı kapsamasıdır. Beşinci unsur ise paket tur sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde tarafların anlaşmasıdır⁷. Paket tur sözleşmesinin unsurları, edimlerin bütünlüğü unsuru, ücret unsuru ve süre unsuru olarak da sayılabilir⁸.

⁷ ÇINAR, Ömer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara 2015, s.443 vd.;KARA, s.950.*

⁸ ÖKSÜZ, Ömer. *Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 66,*

Paket tur sözleşmesi birçok hizmeti bünyesinde barındıran karma nitelikli bir sözleşme olarak görünmektedir. Paket tur sözleşmesi, ulaştırma yönü ile taşıma, konaklama yönü ile kira sözleşmesi ve paket tur bedeli yönüyle satış sözleşmesine ilişkin unsurları barındırmaktadır. Vekalet sözleşmesinde, hizmetin verilmesindeki talimat alma verme ilişkisi⁹, tüketici ile paket tur düzenleyen arasında yoktur¹⁰. Eser sözleşmesinde belli bir sonuç meydana getirme önemlidir¹¹. Ama nasıl meydana getirildiğinin önemi yoktur. Paket tur sözleşmesinde ise bu sürenin nasıl geçtiği önemlidir. Ayrıca eser sözleşmesinde ifa, eser bitirildikten sonra teslimiyle bir anda yapılmaktadır. Paket tur sözleşmesinde ise ifa tur süresince devam ettiğinden paket tur sözleşmesi, eser sözleşmesinden bu açılardan farklıdır.

Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda eski 4077 sayılı TKHK. 'da 4822 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce farklı görüşler doktrinde ileri sürülmüştür. Paket tur sözleşmesinin isimsiz sözleşmelerden¹² karma sözleşme¹³ veya sui generis sözleşme¹⁴ olduğu ileri sürülmüştür. Karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir¹⁵. Paket tur sözleşmelerinin, tüketicinin para ödeme borcuyla satış sözleşmesi, diğer tarafın da ulaştırma hizmetiyle taşıma sözleşmesi ,konaklama hizmetiyle kira sözleşmesi gibi tipik sözleşmelerin kombinasyonundan oluştuğundan karma sözleşmelerden¹⁶ olduğu ileri sürülmüştür. Paket tur sözleşmesi sui generis bir sözleşme olduğu kabul edilirse¹⁷ bu sözleşmeye benzer sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Her gezi gösterdiği özellikler nedeniyle birbirinden farklı olabileceğinden her sözleşmenin özelliğine göre ayrı ayrı hangi sözleşmelerin unsurlarının bulunduğunu tesbit etmek veya ortalama bir paket tur sözleşmesinde bulunan unsurları göz önünde tutarak değerlendirme yapmak

2006, s. 337 vd.

⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Ankara 2013, s.611.

¹⁰ OKTAY, *Saibe*, *Gezi Sözleşmesi*, İstanbul 1997, s. 41; ASLAN, s.580.

¹¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.473; YAVUZ, *Cevdet /ÖZEN, Burak /ACAR, Faruk, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı*, İstanbul 2014, s.957 vd.

¹² Tarafların yaptığı sözleşme, hiçbir unsuru bakımından veya kısmen herhangi bir kanun hükmüyle düzenlenmemişse veya kanunun başka sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmişse veya bağımsız ve başka tiplerdeki birden fazla sözleşmenin tek bir sözleşme gibi düzenlenmişse isimsiz sözleşmeler söz konusudur.YAVUZ, ÖZEN, ACAR, s.22.

¹³ ZEVKLİLER, Aydın /AYDOĞDU, Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2004, s.201.

¹⁴ OKTAY, s.54-55.

¹⁵ YAVUZ, ÖZEN, ACAR, s.24.

¹⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.201.

¹⁷ ÖKSÜZ, s.334.

gerekir. Bu nedenle bu sözleşmenin kanımızca sui generis olduğunu kabul etmek daha isabetlidir¹⁸.

Paket tur sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen¹⁹, kesin vadeli bir sözleşme olup²⁰, paket tur düzenleyen, paket turdaki edimlerini bir bütün halinde tur süresi içinde sürekli bir davranışla yerine getirmek zorunda olduğundan sürekli borç ilişkisi²¹ kurulmaktadır. Paket tur sözleşmesi, bir tüketici sözleşmesidir, bir tüketici işlemidir, çünkü yeni TKHK.m. 3 l hükmüne göre “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemler*” tüketici işlemi kabul edilmektedir. Yeni tanım gereği, sözleşmenin hangi tipte olduğu veya hangi yasada düzenlendiği, o sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılmasında etkili olmayacaktır²². *Kanımca tüketici işlemi ile ilgili yeni TKHK. m.3 l hükmündeki, eski TKHK’da bulunmayan eser sözleşmesi, sigorta, vekalet gibi hukuki işlemler tüketici işlemi kapsamına alınması, tüketici sözleşmelerinin kapsamının bu kadar genişlemesi, tüketici hakem heyetlerinin ve tüketici mahkemelerinin iş yükünü artıracaktır*²³.

Eski TKHK.m.3h hükmüne göre ise tüketici işlemi “*mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem*” ifade etmekteydi. Bu tanıma göre bir işlemin “tüketici işlemi” sayılması için taraflarının tüketici ve karşı tarafın ticari veya mesleki amaçlarla hareket ederek tüketiciye mal veya hizmet sunan bir kişi olması sözleşmenin konusunun kanunda tanımlanan bir mal veya hizmetin arzına yönelik olması ve ivazlı olması gerekmektedir²⁴.

¹⁸ CEYLAN, 246.

¹⁹ BAŞPINAR, VeySEL / DEMİR, Bahadır , *Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları* , *Terazi Hukuk Dergisi* C.9, Özel Sayı , Kasım 2014 ,s.153.

²⁰ ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku* , 4. Baskı , Bursa 2014 , s.579.

²¹ ASLAN, s.580.

²² HAVUTÇU, Ayşe, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı* , *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* , C. 9, Özel Sayı Kasım 2014, s. 16.

²³ CEYLAN , Ebru , *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler*, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart- Nisan Sayısı, 2015,C: 89 S:2015/2,s.80.

²⁴ HAVUTÇU, s. 10 vd.

3.Paket Tur Sözleşmesinin Tarafları

Paket tur sözleşmesinde, bu sözleşmenin tarafları, tüketici ve paket tur düzenleyicisidir. Paket tur düzenleyicisinin Türkiye’de temsilcisinin bulunmadığı hallerde paket tur aracısı, paket tur düzenleyicisi gibi sorumlu kabul edilmiştir (yeni TKHK.m.51/III).

Tüketici sıfatına genel anlamından daha farklı ve daha geniş bir anlam verilmiştir²⁵. Tüketici, yeni TKHK.m.3k ve PTSY.m.4g’ye göre ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Ancak yeni TKHK.m.51/IX hükmüne göre “*ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden yararlanan kişiler de*”, tüketici kabul edilmiştir. *Kanımca bu düzenleme isabetlidir, çünkü bu durumda iş gezisine çıkan kişiler, iş amaçlı tur toplantıları için bu turların gezi ve konaklama imkanlarından yararlanmaktalar, ancak tur süresince işlerini yapmaktadırlar. Bu nedenle kanımca tüketiciye paket tur sözleşmesinde daha geniş anlam verilmesi isabetli olmuştur.* 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi’nde de paket tur katılımcısının ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmesi durumunda tüketicilere sağlanan haklardan yararlanacağı düzenlenmiştir. Katılımcı, “*herhangi bir paket turu satın alan veya almayı taahhüt eden, adına ya da lehine bir paket tur satın alınan veya satın alınması taahhüt edilen veya kendisine bir paket tur sözleşmesi devredilen tüketiciyi*” (PTSY.m.4ç) ifade etmektedir.

Tüketicinin karşısında yer alan paket tur düzenleyicisi, “*paket turları düzenleyen ve bu turları kendisi veya aracısı vasıtasıyla satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” (PTSY.m.4e), paket tur aracısı,”*paket tur düzenleyicileri tarafından hazırlanmış olan paket turları satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” (PTSY.m.4d) ifade etmektedir. AB Konsey Direktifi’nde paket tur düzenleyen ile paket tur aracısı ayrı ayrı tanımlanmış olduğundan Yönetmelikte de bu şekilde ayrı ayrı tanımlanmıştır. Paket tur düzenleyen, paket turlarla ilgili programı hazırlayan kişilerdir, paket tur aracısı ise kendisi bizzat tur hizmeti vermeyen ancak aracılık yapan kişilerdir. Bağımsız hizmet sağlayıcısı, “*bir paket tur içinde yer alan hizmetlerden bir veya bir kaçını paket tur düzenleyicisi veya aracısı ile yaptığı sözleşme gereği katılımcıya sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir (PTSY.m.4a).

²⁵ AYDOĞDU , s. 313; KARA , s.950.

4.Paket Tur Sözleşmesinin Şekli

Paket tur sözleşmesi nitelikli yazılı şekilde veya mesafeli şekilde yapılabilir²⁶. Yeni TKHK.m.4/I hükmünde belirtildiği gibi paket tur sözleşmesi de bir tüketici sözleşmesi olduğundan yazılı şekilde yapılması gereklidir. Bu bilgilerin en az oniki punto büyüklüğünde anlaşılabilir dilde ve açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenmesi gereklidir. Sözleşmenin geçersizliğini sadece tüketici ileri sürebilir.

Paket tur sözleşmelerinde, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde paket tur düzenleyicisinin broşür verme yükümlülüğünü düzenleyen PTSY.m.5 hükmündeki bilgilere ek olarak şu hususların da yer alması zorunludur: a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı ve varsa temsilcisi ile katılımcının adı veya unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri, b) Paket turun varış yerleri ile belirli bir süre kalınacak olması durumunda tarihleriyle birlikte kalış süreleri, c) Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dahil toplam fiyatı, ç)m.9'a göre fiyat değişikliğinin şartları ve paket tur fiyatına dahil olmayan vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülükler, d) Ödeme planı ve şekli, e) Katılımcı tarafından sözleşme kurulmadan önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına bildirilen ve taraflarca kabul edilen özel talepler, f) Mücbir sebep halleri ve bu hallerde tarafların hak ve yükümlülükleri, g) Sözleşmeden dönme ve fesih şartları.

Yurt dışı turlarda sözleşme bedeli döviz cinsinden belirlenebilir. Ödemede hangi kurun esas alınacağı sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca belirlenir.

Paket tur düzenleyenin, paket tur sözleşmesinin bir nüshasını tüketiciye, korunması bakımından önem arz ettiğinden vermesi gereklidir²⁷. Paket tur düzenleyen sözleşmeyi, yazılı kağıtta veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye vermelidir (yeni TKHK.m.51/V).

5.Paket Tur Sözleşmesinde Turun Devri

Paket tur sözleşmesi yapıldıktan sonra bazı hallerde tüketicinin kararlaştırılan tura katılamayacak olması durumunda sözleşme kapsamındaki tur hakkını başkasına devredebilir²⁸. Tüketicinin turdan vazgeçme sebepleri

²⁶ AYDOĞDU, s.315; KARA, s.955.

²⁷ AYDOĞDU, s.315; KARA, s.957.

²⁸ KARA, s.971.

(sağlık, ailevi veya mesleki gibi) çok çeşitli olabilir²⁹. Paket tur düzenleyen bakımından tura katılanın kim olduğunun bir önemi olmaması nedeniyle sözleşmenin devri kabul edilmektedir³⁰.

Paket tur düzenleyenin tura katılanın değişmesini kabul etme borcu, paket tur düzenleyenin yan borcudur³¹. Paket tur düzenleyen haklı bir nedeni varsa tüketicinin talebini kabul etmeyebilir, ancak tüketicinin talebini haksız olarak reddederse, TMK.m.2/II'deki hakkı kötüye kullanma yasasına aykırı davranmış olur³². Paket tur düzenleyen sözleşmeyle veya genel işlem koşullarıyla sözleşmenin devredilmesini sınırlayan bir kaydı sözleşmeye koyamaz³³. Tüketici, paket tur sözleşmesini devrederken herhangi bir gerekçe bildirmek mecburiyetinde değildir³⁴.

Tüketicinin, paket tura devam etmesinin mümkün olmaması durumunda, turun başlamasından en az yedi gün önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirimde bulunarak üçüncü bir kişiye devredebilir. (PTSY.m.15/I). Bu durumda, devir almak isteyen üçüncü kişinin paket tur düzenleyene veya aracısına bildirimde bulunması gerekir. Paket tur sözleşmesini devreden ve devralan, paket tur düzenleyicisi ve aracısına karşı bakiye tutarın ve devirden doğan tüm ek masrafların ödenmesinden müteselsilen sorumluluk altındadır (PTSY.m.15/II). Ancak bazı durumlarda yapılan turun özel durumu ve şartları gereği sözleşme ancak o tura katılacak meslek grubu veya benzer koşulları taşıyan bir kişiye devredilebilir³⁵.

6.Paket Tur Sözleşmesinde Tarafların Borçları

Paket tur sözleşmesine göre taraflar, borçlarını sözleşmeye uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Taraflar, borçlarını sözleşme koşullarına uygun şekilde ifa etmeleri halinde taraflar arasında bir hukuki sorun doğmaz. Ancak, paket tur sözleşmesindeki hizmetlerin gereği gibi yerine getirilmemesi uygulamada çoğunlukla görülmektedir. Paket tur düzenleyen

²⁹ CEYLAN,Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler; İstanbul 2015, s.108;BAŞPINAR/DEMİR, s.152.

³⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.214.

³¹ OKTAY, s.103, 104.

³² OKTAY, s.189.

³³ CEYLAN, Ebru, " Genel İşlem Koşulları " Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağa , C. I, İstanbul 2014, s.183 vd.

³⁴ CEYLAN,paket tur , s.249.

³⁵ KARA, s.971.

veya aracısı, bir ifa engelinden veya ifa mümkün olduğu halde hizmeti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş veya hizmeti özen sorumluluğuna aykırı olarak yerine getirmiş olabilir. İfa engelleri paket turun başlamasına veya başlamış ise devam etmesine engel olurken, diğer durumlarda ise hizmetin ayıplı olmasına neden olmaktadır³⁶.

a. Paket Tur Düzenleyenin Borçları

aa. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tüketicie Önbilgilendirme Amaçlayan Broşür Verme Borcu

Yeni TKHK.m.51/II hükmüne göre, paket tur düzenleyen, paket tur sözleşmesi kurulmadan önce tüketiciye turla ilgili gerekli bilgileri içeren önbilgilendirmeyi amaçlayan broşür vermekle yükümlüdür. Bu hükümde ne kadar süre önce broşürün verileceği düzenlenmemiştir. *Kanımca, tüketiciyi korumak için sözleşmenin şartlarını düşünerek değerlendirmesi için makul bir süre olarak en az bir hafta süre tanınmalıdır*³⁷.

Broşürdeki bilgilerin doğru ve tam olması gereklidir. Tüketicinin sözleşmeden önce turla ilgili bilgi alma hakkı TMK.m.2/1 'deki dürüstlük kuralından doğmaktadır. Paket tur düzenleyenin tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmeyle ilgili önemli hususlarda vardır³⁸.

Katılımcıya sunulan broşür veya ekinde yer alması gereken bilgiler, PTS-Y.m.5 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre paket turun vergiler dahil toplam fiyatı, ön ödeme tutarı ve kalan bedelin ödeneceği tarih bilgilerinin yanı sıra, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde şu bilgilerin de yer alması zorunludur: a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri, b) Kullanılan ulaşım araçlarının türü ile yolculuğun sınıfı, hareket ve dönüş tarihleri, saatleri ve yerleri, c) Konaklama tarihleri de belirtilerek konaklamanın türü, yeri, nitelikleri, sınıfı ve bu sınıflandırma Türkiye'de uygulanandan farklı ise bu farklılığa ilişkin uyarı, ç) Yemek planı, d) Yolculukta izlenecek güzergâh, e) Paket turun özelliklerine uygun olarak pasaport, vize, yaş ve sağlık şartlarına ilişkin bilgi, f) Paket turun düzenlenmesi için asgari bir katılımcı sayısı öngörülmüşse bu sayı ve bu sayıya ulaşamadığı takdirde katılımcıya paket turun iptalinin bildirileceği son tarih, g) 14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Se-

³⁶ OKTAY, s.106.

³⁷ Makul süre önce yapılmasının uygun olduğunu belirtmektedir. AYDOĞDU, s.315.

³⁸ BAŞPINAR, Veyssel / DEMİR, Bahadır, *Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları*, Terazi Hukuk Dergisi C.9, Özel Sayı, Kasım 2014, s.148.

yahat Acentaları Birliği Kanununa göre düzenlenmesi zorunlu sigorta ile varsa diğer sigortalara ilişkin bilgi, ğ) Turist rehberliği hizmetlerine ilişkin bilgi. Katılımcıya verilen broşürde yer alan bilgiler, paket tur düzenleyicisi ve aracısı için bağlayıcıdır. Özellikle broşürlerin tüketici tarafından saklanması, gelecekteki ihtilaflar bakımından ve davalar bakımından tüketiciye önemli bir ispat kolaylığı sağlamaktadır³⁹.

Broşürde yer alan bilgiler, sözleşme kurulmadan önce broşürde açıkça belirtilmek ve katılımcıya bildirilmek şartıyla sözleşme kurulduktan sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilmesi mümkündür. Yönetmeliğin bu hükmünün amacı, tüketicinin edimlerinin ifası sırasında karşılaşacağı sorunların önüne geçmek ve tüketiciye ispat kolaylığı sağlamaktır⁴⁰. Sözleşme öncesi yapılan önbilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Tüketiciye, broşürle önbilgilendirme yapıldığının ispatı paket tur düzenleyene aittir. Paket tur düzenleyen turla ilgili bilgileri doğru ve tam şekilde vermelidir⁴¹.

bb. Paket Tur Sözleşmesi Düzenleme Borcu

Paket tur düzenleyen veya aracısı, tüketicilerle paket tur sözleşmesi düzenlemek zorundadır. Günümüz modern toplum yaşantısında hızla çoğalan ekonomik ilişkiler ve yoğun yaşam temposu nedeniyle çoğu zaman tarafların bir araya gelerek uzun süreli tartışarak ve konuşarak sözleşme yapmaları mümkün olmadığından sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflardan biri sözleşme koşullarını önceden hazırlamaktadır. Paket tur sözleşmeleri de standart tipte paket tur düzenleyen tarafından hazırlanmaktadır. Bu nedenle tüketici önüne gelen paket tur sözleşmesini önceden hazırlanmış şekilde görmektedir, içeriğine müdahale edememektedir⁴². Paket tur sözleşmesi, bir tüketici sözleşmesidir. Paket tur sözleşmesinde taraflardan tüketici, paket tur düzenleyen veya aracısı karşısında daha zayıf konumdadır. Bir tüketici sözleşmesi olduğundan, paket tur sözleşmesinde haksız şartların bulunması durumunda, yeni TKHK.m.5 hükmü ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁴³ hükümleri uygulanarak tüketici korunacaktır.

³⁹ KARA, s.955.

⁴⁰ BAŞPINAR / DEMİR, s.146.

⁴¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.257.

⁴² KARA, s.139.

⁴³ RG. T. 17 .06.2015 S.29033.Bu Yönetmelikte , tazminat sorumluluğunun sınırlanması , ifa ile ilgili veya sözleşmenin sona erdirilmesi veya sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesiyle ilgili veya tarafların yükümlülüklerini kısıtlayan kayıtlar niteliğindeki haksız şartlarla ilgili bir liste verilmiştir.

Haksız şartlarla ilgili yeni TKHK.m.5 hükmünde haksız şartlar için içerik denetimi getirilmiştir, yeni TBK.m.25’de genel işlem koşulları bakımından ise hem içerik, hem de kapsam denetimi getirilmiştir⁴⁴. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının⁴⁵ paket tur sözleşmesinde kullanılması zayıf taraf olan tüketici bakımından önemli sakıncalar doğurur.

Bütün paket tur sözleşmelerinde haksız şart olarak şöyle bir hükümle genellikle karşılaşılmaktadır: “Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulu yetkilidir ve kusurların tespiti ve tanzimi ile ilgili olarak Tursab tüketici taleplerini değerlendirme çizelgesi hükümlerinin uygulanacağını tüketici kabul beyan ve taahhüt eder.” Bu türdeki bir hükümle ilgili tüketicinin serbest iradesiyle kararlaştırıldığı ispat edilememektedir. Bu düzenleme, Tüketici hakem heyetlerini ve Tüketici mahkemelerini devre dışı bırakmayı amaçladığından haksız şart olarak kabul edilmektedir⁴⁶. Yeni TKHK. m.5 anlamında bir hükmün haksız şart olarak kabul edilmesi için bir şartın tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmiş olması ve tarafların dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gereklidir. Böylece, bir şartın “haksız şart” olması için genel işlem koşulları ile ilgili TBK.m.20’den farklı olarak “*ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak*” amacıyla hazırlanması gerekmez ve TBK.m.20’den farklı olarak “*önceden*” hazırlanması da belirtilmemiştir⁴⁷.

Paket tur sözleşmesinde, haksız şartlar bulunuyorsa, bu hükümler kesin hükümsüzdür. Haksız şartlar dışındaki sözleşme hükümleri, geçerli olmaya devam eder. Sözleşmeyi düzenleyen paket tur düzenleyicisi, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapamayacak olduğunu ileri süremez (yeni TKHK.m.5/II).

cc. Bilgilendirme Borcu

Tüketicinin sözleşmede en önemli hakkı bilgilendirme hakkı olduğundan doğru ve tam olarak paket tur düzenleyenin tüketicisiyi bilgilendirme bor-

⁴⁴ ANTALYA, Gökhan ,6098 Sayılı TBK.m.20-25 Maddede yer Alan “ Genel İşlem Şartları “ İle 6502 sayılı TKHK’nun 5. Maddesinde Yer Alan “ Haksız Şartlar “ in Karşılaştırılması, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 9 Özel Sayı, Kasım 2014 , s. 45.

⁴⁵ Genel işlem koşulları, tacir –tüketici ayırımı yapılmadan uygulama alanı bulur.bkz.GÜMÜŞ, M. Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul 2014 , s.51.

⁴⁶ ŞAHİN MCCARTHY, Oya ,Haksız Şartlara İlişkin Uygulama Örnekleri , *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey ‘e Armağan, C. 1, İstanbul 2014 ,s.198.

⁴⁷ CEYLAN, genel işlem koşulları, s.184.

cunu yerine getirmesi gerekir. Paket tur düzenleyenin bilgilendirme borcu kaynağını TMK.m.2 hükmündeki dürüst davranma kuralından almaktadır⁴⁸. Paket turla ilgili gerekli bilgilendirmeyi yapmadığı takdirde tüketici mağdur olmaktadır. Paket turla ilgili paket tur düzenleyenin bilgilendirme borcu, sözleşmenin yapılması sırasındaki tüketiciyi koruyan önlemlerden biridir.

Paket tur düzenleyicisinin veya aracısının tüketiciyi yolculuk öncesinde bilgilendirme borcu, Yön.m.7 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, paket tur düzenleyicisi veya aracısı, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, turun başlamasından yurt içi turlar için en az yirmi dört saat, yurt dışı turlar için ise kırk sekiz saat önce şu konularda katılımcıyı bilgilendirmek zorundadır: a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri, b) Ara konaklamaların yapılacağı tarih ve yer ile aktarma bilgileri, c) Katılımcıya yolculukta belirli bir yer tahsis edildiği hallerde bu yer hakkında ayrıntılı bilgi, ç) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının tur yerindeki temsilcisinin veya bir temsilcisi yoksa iletişime geçilebilecek yerel irtibat noktalarının adı, adresi ve iletişim bilgileri, yerel temsilcinin ve irtibat noktasının bulunmaması durumunda katılımcının paket tur düzenleyicisi veya aracısı ile en kısa sürede iletişim kurmasını sağlayacak bilgiler, d) Reşit olmayan kişilerin yabancı bir ülkeye seyahat etmesini veya orada kalmasını öngören bir sözleşme yapılmışsa, küçükle veya küçüğün kaldığı yerdeki sorumlu kişi ile doğrudan iletişim kurmayı sağlayacak bilgiler, e) İptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dahil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmışsa buna ilişkin bilgiler.

Ancak katılımcıya verilen broşürün veya kurulan sözleşmenin, bu belirtilen bilgileri içermesi ve bu bilgilerin değişmemiş olması halinde, katılımcının yolculuk öncesinde tekrar bilgilendirilmesi zorunlu değildir.

çç. Paket Tur Kapsamındaki Hizmetleri Belirlenen Ücretle Gerçekleştirme Borcu

Tüketici ile paket tur düzenleyicisi arasındaki paket tur sözleşmesinde paket tur düzenleyen hizmetleri sözleşmede belirlenen fiyatla gerçekleştirmelidir. Kural olarak sözleşmede kararlaştırılan paket tur ücreti artırılamaz, çünkü ücretin artırılması kural olarak sözleşmeye bağlılık ilkesine

⁴⁸ AYDOĞDU, s.97; BAŞPINAR/DEMİR, s.148.

aykırı olur. Paket tur sözleşmesinde kararlaştırılan paket tur ücreti kural olarak değiştirilemez. Ancak bazı zorunlu hallerde ücret değişikliği yapılabilir⁴⁹. Paket tur sözleşmesinde yer alan fiyatın değiştirilebileceği istisnai durumlar, Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m.9 hükmünde belirtilmiştir. Fiyat değiştirilmesi için fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça sözleşmede mevcut olması ve değişikliğin gerekçesinin ve nasıl hesaplanacağına sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde katılımcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi gereklidir. Yapılacak değişiklik sözleşme bedelinin %5'ini geçemez.

Fiyat değişikliğinin yapılabilmesi üç durumda mümkündür: a) sözleşme bedelinin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik paket turlarda fiyat değişikliğinin döviz kurunda meydana gelen olağandışı değişikliklerden doğması halinde, b) fiyat değişikliğinin yakıt giderlerindeki olağandışı değişikliklerden doğması halinde, c) fiyat değişikliğinin, liman, havaalanı gibi yerlerde tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerde meydana gelen değişikliklerden doğması halinde.

Fiyat değişikliğinin yapılabileceği bu durumlar ,tur düzenleyicisinden doğmayan durumlardır. Bu durumlardan biri ortaya çıkınca, paket tur düzenleyenin fiyat artışını tüketiciden talep etmesi için sözleşmede açıkça bir hüküm bulunmalıdır ve tüketiciye bu durum yirmi gün önce bildirilmelidir. AB Direktifi m.4 p. (IV) a'ya göre sözleşmedeki bedel değiştirilemez, ancak sözleşme bedel artırımı veya indirimi imkânını açıkça tanımlıysa ve sadece sonraki değişikliklerin dikkate alınması gereken hallerde yeni bedelin hesaplanmasıyla ilgili bütün bilgileri içermekte ise bedelin değiştirilebileceği , değişikliklerin akaryakıt giderleri de dahil olmak üzere bütün konaklama harcamaları, harçlar ve ilgili tur için uygulanan cari kambiyo kurları ile ilgili olduğu düzenlenmiştir. Gerek, PTSY. , gerekse AB Direktifi sözleşmedeki fiyatın değiştirilemeyeceği esasını kural olarak kabul etmiştir, ancak değiştirilmesinin şartları farklıdır. *Kanımızca PTSY. 'de akaryakıt ve konaklama masraflarındaki değişikliklerin giderlere yansıtılacağına kabul edilmemesi tüketici lehine isabetli olmuştur.*

Paket tur sözleşmesinde veya genel işlem koşulları yoluyla tura ilişkin ücret değiştirme hakkının paket tur düzenleyene verilmesi mümkündür. Eğer paket tur düzenleyen sözleşmeye tur ücretini istediği gibi artıracığına

⁴⁹ KARA, s. 999; BAŞPINAR/DEMİR, s.149.

ilişkin bir kayıt koymuşsa, bu kayıt PTSY. m.9 hükmüne göre geçersizdir. Böyle bir kayıt “sorumluluk kaydı”dır. Paket tur sözleşmesine paket tur düzenleyenin koyduğu “sorumluluk kayıtları” geçersizdir, böylece tüketicinin keyfi uygulamalara karşı korunması sağlanmaktadır⁵⁰. Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin PTSY.’nde yer alan haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya paket tur düzenleyicisi veya aracısının bu Yönetmelikten doğan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersiz kabul edilmiştir (PTSY.m.18).

dd. Paket Tur Başlamadan Önce Sözleşmede Esaslı Değişiklik Yapılması veya Turun İptali Halindeki Borçları

Paket tur sözleşmesi taraflar arasında yapıldıktan sonra kural olarak tüketici aleyhine sözleşmede bir değişiklik yapılamaz. Bu kural, Yeni TKHK.m.4/II hükmündeki, sözleşmede öngörülen koşulların sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği kuralının bir yansımasıdır. Böylece yeni TKHK.’da tüketici aleyhine tek taraflı değişiklik yapılmasının önüne geçilmiştir.

“Sözleşmedeki esaslı değişiklik”, paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından paket turun başlamasından önce, katılımcıdan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler ve PTSY.m.9 ‘daki fiyat değişikliği haricindeki fiyat değişiklikleridir (PTSY.m.10/I) Örneğin, paket tur tarihinin değiştirilmesi durumunda veya tura uçakla gidileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen gemiyle gidileceğinin kararlaştırılması gibi. Tur programında değişiklik yapılması için gerçek bir ihtiyacın ortaya çıkmış olması, bu değişikliğin dürüstlük kuralına aykırı olmaması ve paket turun genel karakterini değiştirmeyecek şekilde kullanılması gerekir⁵¹. Tur programlarındaki değişikliklerden biri, sözleşme yapılmadan önce broşürde yer alan programın değiştirilmesidir. PTSY.m. 5/III hükmüne göre broşürün içerdiği hususlar paket tur düzenleyen veya aracısı için bağlayıcıdır. Broşürde açıkça belirtilmek ve sözleşme kurulmadan önce tüketiciye bildirilmek şartıyla, sözleşme kurulduktan sonra ise tarafların açık onayıyla değiştirilebilir (PTSY.m.5/IV). AB Direktifi m.4/p.V, VI’da da, sözleşmenin esaslı unsurlarında önemli bir değişiklik yapılmasının zorunlu hallerde olabileceği, ancak bu değişikliğin tüketiciye karar verileme imkanı sağlaması için bildirilmesi gerektiği, paket tur düzenleyenin

⁵⁰ BAŞPINAR/DEMİR, s.149.

⁵¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.214.

değişiklik önerme hakkına karşı tüketicinin de sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Paket tur düzenleyicisi veya aracısı esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyatı üzerindeki etkilerini katılımcıya derhal bildirmelidir (PTSY. m.10/II).

Sözleşmedeki esaslı değişiklikler, tüketiciden kaynaklanmayan değişikliklerdir. Bu nedenle tüketiciye haklar tanınmıştır⁵². Tüketici sözleşmenin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi halinde, bu değişikliği kabul edebilir veya kabul etmezse şu seçimlik haklarından birini kullanabilir: a) tüketici, eşit veya daha yüksek değerde bir başka paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma hakkını, b) fiyat farkını kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma hakkını veya c) herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Tüketici, bu seçimlik haklarını paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmelidir (PTSY.m.10/III).

Tüketicinin dönme hakkını seçmesi durumunda, paket tur düzenleyicisi veya aracısının sözleşmeden dönme bu durumunun kendisine ulaştığı tarihten itibaren katılımcının ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur (PTSY.m.10/IV).

Paket tur sözleşmesi kapsamında yapılan değişikliğin tüketiciyi etkilemeyecek düzeyde küçük olması durumunda tüketicinin bir talepte bulunması mümkün olmaz⁵³. Örneğin otobüs kalkış saatinin bir saat ertelenmesi durumunda veya yemek saatlerinin on beş dakika öne alınması durumunda olduğu gibi. Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan bir sebepten dolayı paket turun başlamasından önce turu iptal etmesi halinde de, eşit veya daha yüksek değerde bir başka paket tura ek bir bedel ödemeksizin tüketicinin katılma hakkını, fiyat farkını kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma hakkını veya herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir (PTSY.m.10/V). Paket turun tüketicinin kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle paket tur düzenleyicisi tarafından iptal edilmesi durumunda paket tur düzenleyen veya aracısı oluşan tüm zarardan sorumludur⁵⁴.

⁵² KARA, s.962; AYDOĞDU, s.315.

⁵³ KARA, s.962.

⁵⁴ KARA, s.965; BAŞPINAR/DEMİR, s.150.

Ancak tüketici, a) paket tur düzenlenmesi için gereken asgari katılımın sağlanmaması nedeniyle turun iptal edilmesi halinde ve bu durumun tüketiciye sözleşmedeki süre içinde tüketiciye bildirilmesi halinde b) mücbir sebepler nedeniyle paket tur sözleşmesinin ifa edilememesi halinde paket tur düzenleyenden şu durumlarda tazminat talep edemez.

ee. Paket Tur Kapsamındaki Hizmetleri Özenle ve Tam olarak İfa Borcu

Paket tur sözleşmesi kurulduktan sonra, tüketici haklı olarak sözleşmede kararlaştırılan şekilde sunulması taahhüt edilen hizmetlerin özenle yapılmasını beklemektedir. Ancak paket tur düzenleyenin veya aracısının ,tur başladıktan sonra sözleşmede kararlaştırılan şekilde turu yapmaması halinde, eksik veya ayıplı ifa ortaya çıkmaktadır.

Paket tur sözleşmesinin kötü ifası, paket tur düzenleyenin turu sözleşmede düzenlediği gibi gerçekleştirmemesi anlamındadır. Kötü ifa tespit edilirken, tüketicinin gezinin değerini, amaca uygunluğunu azaltan veya ortadan kaldıran tüketicinin geziden gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklik ve aksaklığın bulunması, paket tur kapsamındaki hizmetlerin ayıplı olduğunu göstermektedir. Gezi ediminin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini belirlemek için sözleşmeyle turun nasıl taahhüt edildiğinin ve fiilen nasıl yerine getirildiğini karşılaştırmak gereklidir⁵⁵. Uygulamada paket tur sözleşmeleriyle ilgili ortaya çıkan şikayetler, tüketicinin beklentilerinin gerçekleşmemesi⁵⁶, yapılan reklamlarla oluşan beklenti ile gerçek hizmetin birbirine uymamasından doğmaktadır⁵⁷. Paket tur sözleşmesinin kötü ifası nedeniyle paket tur düzenleyenin veya aracısının sorumluluğunun doğması için gezinin başlamış olması, verilen hizmetlerden birinin ayıplı olması gerekir.

Paket tur düzenleyen veya aracısı, gezi hizmetlerini sözleşmede öngörüldüğü gibi tam olarak yerine getirmek zorundadır⁵⁸. Geziyle ilgili kataloglar ve broşürler, hangi hizmetlerin turda verileceğini gösteren önemli kaynaklar olup ayıp değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.

⁵⁵ OKTAY, s.106.

⁵⁶ *Tüketicinin yabancı ülkeye geçişlerinde gümrükte yaşanan zorluklar (örneğin Sarp sınır kapısında Türk vatandaşlarının Türkiye'den Gürcistan'a geçişlerinde tüketicilerin can güvenliğinde tehlike yaratan sıradaki sorunlar) tüketicilerin turdan beklentilerinin gerçekleşmediğini, turun ayıplı ifa edildiğini göstermektedir.*

⁵⁷ OKTAY, s.124.

⁵⁸ CEYLAN, paket tur, s.251.

Paket tur sözleşmesinde tüketicinin turdaki hizmetlerle ilgili en çok karşılaştığı sorunlar, turun gereği gibi yerine getirilmemesi ile ilgilidir. Paket tur düzenleyen veya aracısının paket tur sözleşmesindeki hizmetleri ayıplı ifasının hukuki sonuçları vardır, bu durumda sorumluluğu doğmaktadır. Bu durumla ilgili olarak yeni TKHK.m.51/VII hükmünde, tüketiciye, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksiklik nedeniyle bedelin indirilmesini talep etme hakkı, tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya yerine getirmeyeceği tespit edildiğinde ise sözleşmeden dönme tanınmıştır. Bu hallerde, paket tur düzenleyen veya aracısının turun ücretini talep etme hakkı sona ermektedir ve tüketicinin sözleşmeden döndüğü tarihten itibaren daha önce ödemiş olduğu ödemelerin iade edilmesi gereklidir. Eğer tüketici, paket tur düzenleyen o ana kadar ifa etmiş olduğu edimlerle ilgili hizmetten yararlanmışsa yararlandığı oranda uygun bir karşılık paket tur düzenleyen tüketiciden talep edebilir. Tüketici, paket tur sözleşmesinin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksik ifasını, bağımsız hizmet sağlayıcısına veya paket tur düzenleyicisine veya aracısına derhal bildirmek zorundadır (PTSY.m.12/I). Tüketicinin bildirme yükümlülüğü ,paket tur düzenleyenin gereken tedbirleri alması için getirilmiştir. Tüketici, bildirim borcuna aykırı davranırsa haklarını kaybeder.

Paket tur başladıktan sonra ,paket tur düzenleyen veya aracısı önemli bir yükümlülüğünü ifa etmezse veya ifa etmeyeceği tespit edilmişse paket turun devam etmesi için tüketiciye ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler sunmak ve tüketiciye teklif edilen hizmetlerle sunulan hizmet arasındaki farkı tazmin etmekle yükümlüdür. Tüketici, alternatif turu kabul edebilir veya etmeyebilir. Tüketicinin kabul etmemesi durumunda dönme hakkını kullandığında paket tur düzenleyen veya aracısının ödediği bedeli en geç ondört gün içinde iade edilmesi gereklidir (PTSY.m.12/III) .Ayrıca paket tur düzenleyen, tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde paket tura başladığı yere veya üzerinde anlaşılan yere ücretsiz naklini sağlamak ve zorunlu olması halinde yapılan giderleri karşılamalıdır (PTSY.m.12/IV).

Ayıplı bir hizmetin ifası durumunda tüketici, yeni TKHK.m.15'deki seçimlik haklarını kullanabilir. Hizmetin yeniden görülmesini, hizmet sonucunu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedel indirimi

veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarından birini tüketici kullanabilir. Ayrıca, karşı tarafın kusuru varsa ve eksiklik ile zarar arasında uygun illiyet bağı varsa ayıplı hizmet nedeniyle tüketici zarar görmüşse, maddi ve manevi tazminat da talep edebilir. Paket tur sözleşmesinde zarar tazmini, hem eksiklik nedeniyle olan zararları, hem de eksikliğin sonucu olarak ortaya çıkan zararları kapsamaktadır⁵⁹. Ancak paket tur sözleşmesi, kesin vadeli bir sözleşme olduğundan hizmetin yeniden görülmesi mümkün değildir. Ancak durum uygunsa tüketicinin ayıplı olarak görülen paket içindeki hizmetin tekrar görülmesini talep etme hakkı vardır⁶⁰. Tüketicinin paket tur hizmetinin durum uygunsa yeniden görülmesini istemesi halinde hizmetin niteliği ve amacı dikkate alınmalıdır. Makul sayılabilecek bir sürede ve tüketici için ciddi sorunlar yaratmayacak şekilde yerine getirilmelidir⁶¹. Tüketicinin, paket tur bedelinden indirim istemesi halinde, indirim hesabında ayıplı veya eksik ifanın turun bütünlüğü içindeki ağırlığı ve önemine göre bir değer atfedilmesi ve buna göre indirimin yapılması gereklidir⁶². Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde sözleşme geçmişe etkili sona ermektedir⁶³. Sözleşmeden dönme hakkı, yenilik doğuran bir hak olup geri alma hakkından, fesih hakkından, iptal hakkından farklıdır⁶⁴. Dönme hakkı ile karşılıklı sözleşen tarafların çatışan eşdeğerdeki çıkarlarını dengelemek, karşılıklı edimler arasındaki görev bağıllığını korumak ve sözleşenleri beklenmedik sözleşme sarsıntıları karşısında bağıttan kurtarmak amacı vardır⁶⁵.

Paket tur sözleşmesinde, bir ana hizmetin ifa edilmemiş olması, sadece o hizmet için ifa etmeme halini oluşturmaktadır ve bu sözleşme kesin vadeli bir sözleşme olduğundan imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gereklidir. Paket tur sözleşmesinde hizmetlerin hiç yerine getirilmemiş olması durumunda, bu sözleşme kesin vadeli sözleşme olduğundan hizmetlerin zamanında yerine getirilmemesine, imkânsızlığa⁶⁶ sebep olur.

⁵⁹ CEYLAN, *paket tur*, s.255.

⁶⁰ CEYLAN, *paket tur*, s.254.

⁶¹ BAŞPINAR/DEMİR, s.150.

⁶² BAŞPINAR/DEMİR, s.150.

⁶³ CEYLAN, s.255.

⁶⁴ CEYLAN, Ebru, *Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul 1998, s.4 vd.

⁶⁵ ÇAĞLAR, Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1999, s.110.

⁶⁶ İmkânsızlığın sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, paket tur düzenleyenin kusuru varsa borç ilişkisi devam edecektir, kusurlu imkânsızlığın ortaya çıkması sebep olan tarafın borcu, tazminat borcuna dönüşecektir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.904. Diğer görüşe göre ise imkânsızlıkta, borçlunun kusuru olsun olmasın borç sona erecektir. Ancak alacaklı, borçlu kusurlu ise borcun sona ermesiyle uğradığı zararını tazmin edecektir. OĞUZMAN /ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 12. baskı, İstanbul 2014,

Tek tek hizmetlerin eksik veya gereği gibi yapılmaması bütün gezi için “ayıplı ifa” anlamını taşıırken, tek tek hizmetler açısından ise her hizmet için imkânsızlık durumu vardır. Eksik hizmet, sözleşmenin bütününe zarar vermiyorsa “ayıplı ifa” hükümlerine başvurmak gereklidir⁶⁷.

b. Tüketicinin Borçları

Tüketicinin paket tur sözleşmesinden doğan borçları, paket tur ücretini ödeme borcu, ek masrafları ödeme borcu, işbirliği yapma ve özenli davranma borcudur.

aa. Paket Tur Ücretini Ödeme Borcu

Paket tur sözleşmesinde tüketicinin paket turun fiyatını ödeme borcu vardır. Paket turun ücreti turun toplam parasıdır, bu ücret bağımsız hizmetlerinden birisine ait değildir. Paket tur ücreti Türk parasıyla kararlaştırılacağı gibi yabancı para ile de ödenebilir. Uygulamada genellikle tur düzenleyenin ödeme gününde belirlediği kur esas alınmaktadır⁶⁸. Ücret ödeme borcu götürülecek borç olduğundan, paket tur sözleşmesinde taraflar aksine bir düzenleme öngörmedikçe alacaklı sıfatına sahip olan paket tur düzenleyenin işyerinde ödenmelidir. Paket tur ücreti, taksitle veya bir defada ödenebilir. Taraflar, tur ödeme zamanını serbestçe belirleyebilirler.

bb. Ek Masrafları Ödeme Borcu

Tüketici, paket tur sözleşmesindeki tali yükümlülüklerine giren ek masrafları ödemekle yükümlüdür. Ek masraf yaratan hususlar, pasaport, vize veya seyahat belgeleri ile ilgili masrafları kapsamaktadır⁶⁹.

cc. İşbirliği Yapma ve Özenli Davranma Borcu

Tüketicinin paket tur düzenleyenin ilgili geziyi gerektiği gerçekleştirebilmesi için turu düzenleyenle işbirliği yapması gereklidir. Örneğin, paket tur için gerekli belgeleri sağlaması, havalimanında veya otobüs terminalinde önceden ilân edilen yerde hazır olması gereklidir. Paket tur sırasında tüketici otel, taşıma aracı olarak kullanılan uçak, otobüs, gemi ve tren gibi araçlarda önceden ilân edilen saatlerde yer almalıdır. Tüketicinin bulunduğu yerlerde diğer kişilerin rahatını ve huzurunu bozmadan dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket etmesi gereklidir. Tüketicinin, bu tür yü-

s.415 vd.

⁶⁷ OKTAY, s.149.

⁶⁸ BAŞPINAR/DEMİR, s.152.

⁶⁹ BAŞPINAR/DEMİR, s.154.

kümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, işbirliği içinde bulunması gereken faaliyete dahil olmaması nedeniyle turu düzenleyen sorumlu olmamaktadır⁷⁰. Paket turun amacına ulaşması için tüketicinin paket turu düzenleyenle işbirliği içinde olması halinde turun akışı sağlanabilecektir. Bu nedenle tüketicinin işbirliği yapma borcu gereği zamanında vermesi gereken bilgileri vermemesi sorumluluğuna neden olacaktır.

7. Paket Tur Düzenleyenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulma Şartları

Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, paket tur sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Burada, 14.9.1972 tarihinde kabul edilen 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun⁷¹ zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklıdır (PTSY.m.13/I). Tüketici, boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir. Tüketici, mesleki çalışma döneminde, zarara uğradığı gerekçesiyle zarar tazmininde bulunabilir⁷². *Kanımızca, dinlenme hakkını en çok kullandıkları dönem olan tatilin boşa geçmemesi durumunda uygun bir maddi veya manevi tazminat talebinin tanınmış olması tüketici için isabetli olmuştur.*

Paket tur sözleşmesine aykırılık, bağımsız hizmet sağlayıcılarının davranışlarından kaynaklanması halinde de paket tur düzenleyen veya aracısının tüketicinin her türlü zararından sorumluluğu söz konusudur (PTSY.m.13/II). Paket tur düzenleyenin tüketicinin turun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin zararlarından sorumlu olması için kusurlu olması gerekir⁷³.

Paket tur düzenleyen veya aracısı, sözleşmeye aykırılığın belirli durumlarda doğması halinde sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardan sorumlu olmamaktadır. Bu durumlar, a-tüketicinin kusurunun bulunmaması, b-paket tur sözleşmesinin ifası sürecine dahil olmayan üçüncü kişinin beklenmeyen ve önlenemez bir davranışının bulunması c-mücbir sebebin bulunması, ç-paket tur düzenleyicisinin, aracısının veya bağımsız hizmet sağlayıcısının gerekli tüm özeni göstermelerine rağmen

⁷⁰ BAŞPINAR/DEMİR, s.154.

⁷¹ RG. T. 28/9/1972 S. 14320.

⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.588. Boşa giden zaman için istenecek tatil için istenecek meblağ en az paket tur bedeli kadar olabilir. bkz. AYDOĞDU, s. 317.

⁷³ BAŞPINAR/DEMİR, s.151; CEYLAN, paket tur, s.255.

öngörmedikleri ve engelleyemedikleri bir olayın meydana gelmesi d-paket turun düzenlenmesi için öngörülen asgari katılımın sağlanmaması nedeniyle turun iptal edilmesi ve iptalin sözleşmede öngörülen sürede paket turun başlamasından en az yirmi gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye bildirilmiş olmasıdır.

Sözleşmenin ifası sürecine dahil olmayan üçüncü kişinin beklenmeyen ve önlenemez bir davranışının bulunması, mücbir sebebin bulunması, paket tur düzenleyicisinin, aracısının veya bağımsız hizmet sağlayıcısının gerekli tüm özeni göstermelerine rağmen öngörmedikleri ve engelleyemedikleri bir olayın meydana gelmesi hallerinde, paket tur düzenleyen veya aracısı ile o yerdeki temsilcileri, tüketicinin zor durumda kalması halinde hızlı bir şekilde yardımda bulunmakla yükümlüdür (PTSY.m.14/II).

8. Tarafların Paket Tur Sözleşmesini Fesih Hakkı

Taraflar arasında yaptıkları paket tur sözleşmesini sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği her zaman karşılıklı anlaşarak sona erdirebilirler. Tarafların sözleşmeyi sona erdirmek konusunda anlaşamamaları durumunda taraflardan her biri, her zaman tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak fesih talebinin haklı olmaması halinde fesih haksız yapılmış olur, bu durumda fesih yapan karşı tarafın zararlarını tazmin etmek zorundadır⁷⁴.

a. Tüketicinin Fesih Hakkı

Tüketici, fesih talebini paket tur düzenleyen veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek kaydıyla tek taraflı olarak feshedebilir (PTSY.m.16/I). Böylece tüketici, haklı bir nedeni varsa fesih hakkını kullanabilir. Tüketicinin, paket tur başlamadan otuz gün önce fesih bildirimini yapması ile otuz günden daha az süre önce fesih bildiriminde bulunması farklı sonuçlara yol açmaktadır. Eğer tüketici, paket turun başlamasından en az otuz gün önce fesih bildirimini yapmışsa, ödenmesi zorunlu olan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın ödediği bedel kendisine iade edilecektir (PTSY.m.16/II). Eğer tüketici, paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala fesih bildirimini yapmışsa, paket tur sözleşmesinde belirtilmek şartıyla belirli bir tutar veya oranda kesinti yapılabilir (PTSY .m.16/III). Ancak, otuz günden daha az süre kala fesih

⁷⁴ KARA, s.973; CEYLAN, 6502 Sayılı TKHK., s. 109.

bildirimini yapması gerekli tüm özeni göstermesine rağmen öngörmediği ve engelleyemediği bir durum veya mücbir sebep nedeniyle olmuşsa ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedeller hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın tüketicinin ödemiş olduğu bedel iade edilmelidir (PTSY.m.16/IV).

Tüketicinin tek taraflı olarak paket tur sözleşmesini feshetmesi halinde tüketicinin fesih bildirimini paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içinde tüketiciye iade edilmesi zorunludur (PTSY.m.16/V). *Burada, bedel iadelerinin tüketicinin lehine belirli bir süre ile sınırlandırılması kanımızca isabetli olmuştur.*

b. Paket Tur Düzenleyenin veya Aracısının Fesih Hakkı

Paket tur düzenleyenin paket tur sözleşmesini fesih hakkını, haklı bir nedene dayandırması gereklidir. Eğer haklı bir neden olmadan sözleşmeyi feshederse haksız fesih nedeniyle maddi ve manevi tazminat tüketici talep edebilir⁷⁵.

Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, sözleşmenin feshi tur için başvuran tüketici sayısının gerekli olan sayıya ulaşmaması ve bu durumun fesih sebebi olduğu paket tur sözleşmesinde yer alması veya paket tur düzenleyen tüm özeni göstermesine rağmen mücbir sebeplerden dolayı turun yapılmaması halinde tüketici tazminat talep edemez. Örneğin Japonya'ya yapılacak gezinin yapılacağı tsunami felaketinin hemen arkasına denk gelmesi durumunda paket tur düzenleyenin yaptığı fesih haklı fesih kabul edilmektedir.

Sonuç

Türk Hukukunda paket tura katılan tüketicinin korunması için yeni 6502 sayılı TKHK. ve yeni Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde sözleşme kurulmadan önce ve kurulduktan sonra ifası aşamasında tüketiciyi koruyan önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Paket tur sözleşmesi düzenlenmesine müdahale etme imkanı olmayan tüketicinin korunması büyük önem arz etmektedir. Bu sözleşme bir tüketici sözleşmesi olduğundan tüketiciyi koruyan temel ilkeler bu sözleşme için

⁷⁵ KARA, s.972.

de geçerlidir. Paket tur sözleşmesinde öngörülen koşulların sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilmesinin yasak olması bu sözleşmenin açık , sade , okunabilir bir şekilde , yazılı veya mesafeli olarak düzenlenerek bir örneğinin tüketiciye verilmesi , tur öncesinde tüketiciye detaylı broşür verilmesi, yolculuk öncesinde yurt içi turlar (en az yirmidört saat) ve yurt dışı turlar (en az kırksekiz saat) için belirli bir süre önce tüketiciyi bilgilendirilmesi, sözleşmede esaslı değişiklik yapılması halinde ve fiyat değişikliği halinde tüketicinin korunmasıyla ilgili tedbirlerin getirilmesi, sözleşmenin hiç veya eksik ifası halinde tüketiciye haklar tanınmış olması paket tur düzenleyenin sorumluluğu ve sorumluluktan kurtulmasının şartlarının düzenlenmiş olması, sözleşmenin devri hakkı tanınmış olması tüketiciye tek taraflı her zaman fesih hakkı tanınmış olması tüketicinin korunması amacıyla yapılan olumlu adımlardır.

Paket tur sözleşmesinde tüketicinin bilgi edinme hakkı, hizmetin belirlenen ücretle gerçekleşmesini isteme hakkı, hizmetin yeniden görülmesini isteme hakkı, paket tur bedelinden indirim isteme hakkı, sözleşmeden dönme hakkı, tazminat isteme hakkı, sözleşmeyi devretme hakkı tüketicinin başlıca önemli haklarıdır. Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden yararlanan kişilerle kurulan sözleşmelere de Paket Tur sözleşmeleri Yönetmeliği uygulanacaktır. Böylece tüketici kavramı paket turlarda daha geniş kabul edilmiştir.

Günümüzde sözleşme özgürlüğü, her zaman sözleşmenin her iki tarafı için de sözleşme adaletinin sağlanmasında yeterli olmamaktadır. Sözleşme tarafları, bilgileri, sosyal-ekonomik durumları bakımından eşit değilse sözleşme şartları adil olmamaktadır. Paket tur sözleşmesi bakımından sözleşme adaletinin sağlanması için zayıf konumda bulunan tüketicinin korunmasını sağlayan düzenlemelere ihtiyaç vardır. İşte bu nedenle paket tur düzenleyicisinin sözleşmeye tüketiciyle müzakere etmeden dahil ettiği ve tüketicinin hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları kesin hükümsüzdür.

Uygulamada paket tur sözleşmesinde en çok tüketicinin karşılaştığı sorunlar, sözleşme öncesinde turla ilgili aldatıcı reklamlar nedeniyle sözleşme yapmasından ve sözleşme yapılması sırasında doğru ve tam bilgilendiril-

memesinden, sözleşme yapıldıktan sonra ise ayıplı hizmetlerle karşılaşmasından ortaya çıkmaktadır. Yeni TKHK., paket turla ilgili hüküm yanında tüketiciye temel ilkeler yoluyla da koruma getirdiğinden kanımızca tüketicilerin korunması bakımından olumlu adım atılmıştır.

KAYNAKÇA

- [1] **ANTALYA, Gökhan:** 6098 Sayılı TBK.m.20-25 Maddede yer Alan “Genel İşlem Şartları” İle 6502 sayılı TKHK’nun 5. Maddesinde Yer Alan “Haksız Şartlar”ın Karşılaştırılması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s.44-46.
- [2] **ASLAN, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.
- [3] **AYDOĞDU, Murat:** Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- [4] **BAŞPINAR, Veysel / DEMİR, Bahadır:** Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları, Terazi Hukuk Dergisi C.9, Özel Sayı, Kasım 2014, s.144-155.
- [5] **CEYLAN, Ebru:** Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul 1998.
- [6] **CEYLAN, Ebru:** 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2002/2, s.267-295.
- [7] **CEYLAN, Ebru :** Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, İstanbul 2006, 241-260. (atıf şekli: CEYLAN, paket tur)
- [8] **CEYLAN, Ebru:** “Genel İşlem Koşulları”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, C. I, İstanbul 2014, s.172-188.(atıf şekli : CEYLAN, genel işlem koşulları)

- [9] **CEYLAN, Ebru:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan Sayısı, 2015, C: 89 S:2015/2, s, 76 - 178.
- [10] **CEYLAN, Ebru:** 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015 (Atıf şekli: CEYLAN, 6502 Sayılı TKHK.).
- [11] **ÇAĞLAR, Özel:** Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Korumaya Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- [12] **ÇINAR, Ömer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara 2015, s.442-459.
- [13] **GÜMÜŞ, M. Alper:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014.
- [14] **HAVUTÇU, Ayşe:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 8-19.
- [15] **KARA, İlhan:** Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015.
- [16] **İNAL, Tamer:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2014.
- [17] **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 12. baskı, İstanbul 2014.
- [18] **OKTAY, Saibe:** Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997.

- [19] **ÖKSÜZ, Ömer:** Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 66, 2006, s. 331-351.
- [20] **ÖZSUNAY, Murat:** Alman ve Türk Hukuklarında Paket Tur/ Seyahat Sözleşmelerinin Güncel Sorunları ve Çözüm Yolları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ankara 2015, s.460-468.
- [21] **ŞAHİN MCCARTHY, Oya:** Haksız Şartlara İlişkin Uygulama Örnekleri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C. I, İstanbul 2014, s.189-200.
- [22] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP:** Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- [23] **YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.
- [24] **ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat:** Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.
- [25] **ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

Somut Bir Olaydan Hareketle “Yargılamanın Yenilenmesi” Müessesesine Yönelik Bir Değerlendirme

Ali Hakan EVİK*

Özet

Yargıya intikal etmiş somut bir olay kapsamında ele alınan bu çalışmanın konusunu; **a)** 6526 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılan değişikliklerin, olağanüstü kanun yollarından yargılamanın yenilenmesi müessesesinin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu 311/1-e maddesi kapsamında “Yeni Bir Olay” olarak kabul edilip, edilemeyeceği ve **b)** “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135 ve 140. maddelerinde yapılan değişikliklerin ilk derece mahkemesindeki dosyaya sunulu delillerden özellikle telefon dinleme kayıtlarına ilişkin tespit tutanaklarını hukuka aykırı delil haline getirip, getirmeyeceği” oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: ceza muhakemesi hukuku, ceza muhakemesi kanunu, yargılamanın yenilenmesi, yeni bir olay, delil, hukuka aykırı delil

An Evaluation of “Retrial” as an Institution Starting from the Viewpoint based on a Specific Case

Abstract

The subject of the paper is about a specific case which is still pending before the Court, examines; **a)** Whether it is possible to accept as a “new circumstance”, the modifications made on the Criminal Procedure Code with the law numbered 6526, regarding the article 311/1-e of the Criminal Procedure Code where the extraordinary remedies are regulated and **b)** Whether the modifications made on the articles 135 and 140 of the Criminal Procedure Code, should be considered as unlawfully obtained evidences, especially about the minutes of the wiretaps that been presented to the Court.

* (Yrd. Doç. Dr.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı

Keywords: *criminal procedure law, criminal procedure code, re-examination, new circumstance, evidence, unlawfully obtained evidence*

Giriş

Ceza muhakemesi faaliyeti kapsamındaki duruşma sonunda ilk derece mahkemelerince verilen ve maddi gerçeğe uygun olması umulan hüküm (son karar), genelde muhakemeye katılan taraflardan birini, hatta bazen bir kaçını tatmin etmemektedir. Özellikle yargılanan kişi yani sanık açısından maddi gerçeğe uygun olması bir gereklilik ve güvence niteliğinde olduğundan¹, hemen hemen her ceza muhakemesinin sonunda verilen hükmün, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) yer alan koşullar uyarınca sanık veya diğer muhakeme süjelerince bir üst mahkemece yeniden ele alınması talebinde bulunulduğu görülmektedir.

CMK’da “*Kanun Yolları*” başlığı altında düzenlenen bu taleplerin temel gerekçeleri arasında; maddi gerçeğe ulaşma, verilen hükmün yeniden ele alınarak denetlenmesi, yanlış ise düzeltilmesi ve böylelikle adaletin tesisi, kanunların tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasının sağlanması gibi çeşitli nedenler yer almaktadır².

“Yargılama makamlarınca verilen kararların, başka makamlarca denetlenmesi, var ise bu kararların bünyesindeki hukuka aykırılığın giderilerek düzeltilmesini sağlayan hukuki çareler”³ şeklinde tanımlanan kanun yolları kendi içerisinde; **a)** Henüz kesinleşmemiş hükme (temyiz, itiraz) veya kesinleşmiş hükme (kanun yararına bozma, yargılamanın yenilenmesi) karşı başvurulana ve **b)** Kanun yolu muhakemesinde yapılacak denetimin maddi (fiili) denetim (itiraz, istinaf) veya hukuki denetim (temyiz) ya da her ikisi birden olmasına göre ikiye ayrılmaktadır⁴.

¹ AKYÜREK, Güçlü: *Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 17.

² Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 17-18; KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 18. Baskı, 2010, s. 1639 vd; ŞAHİN, Cumhur-GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 227; YURTCAN, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 12 baskı, Beta, İstanbul, 2007; s. 471.

³ Şahin-Göktürk, *Ceza Muhakemesi...*, s. 227.

⁴ Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 32; CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 753; KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi...*, s. 1646; ÖZBEK, V. ÖZER-KANBUR, M. Nihat-DOĞAN, Koray-BACAĞSIZ, Pınar-TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara; 2014, s. 779; Şahin-Göktürk, *Ceza Muhakemesi...*, s. 227 vd; ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2015, s. 321-322.

Bu ayırım kapsamında öğretilmiş⁵; kesinleşmemiş hükme karşı gidilen kanun yollarına “*olağan kanun yolları*”, kesinleşmiş hükme karşı gidilene de “*olağanüstü kanun yolları*” denilmektedir. “*Kanun Yararına Bozma*” ve “*Yargılamanın Yenilenmesi*” müesseselerinin aksine kesinleşmemiş bir karara yönelik olmasına karşın “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı*”nın da CMK’da “*olağanüstü kanun yolları*” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir.

Başvuruya esas teşkil eden ve sanık aleyhine veya lehine olabilen yeni durumlar nedeniyle ortada kesinleşmiş bir hüküm olmasına karşın, yanlış verildiği düşünülen hükmün duruşma yapılarak veya yapılmaksızın yeniden ele alınmasını sağladığından, cezanın değiştirilmesi amacıyla başvurulamayan bu olağanüstü kanun yolu “*yargılamanın yenilenmesi*” şeklinde isimlendirilmektedir⁶. Bu kanun yoluna; kesinleşmiş bir hükmün infazı esnasında, hatta infazından sonra ortaya çıkan yeni durumlar nedeniyle hükmün yanlış verildiğinin anlaşılmış olması halinde (yanlışlığın giderilmesini sağlayacak başka bir yol bulunmaması şartıyla) söz konusu hükmün düzeltilmesi amacıyla başvurulabilir. Şartlarının nelerden ibaret olduğu, kimlerin başvurabileceği, başvuru süresinin ne olduğu, başvurunun etkisinin ne olacağı hususları CMK’nun 311-323. maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir⁷.

Son zamanlarda, Türkiye gündemini meşgul etmiş somut bir olayda; haklarında verilmiş mahkûmiyet kararı kesinleşmiş kimi sanıkların CMK’daki bu düzenlemelerden yola çıkarak “*21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun⁸ ile CMK’nun çeşitli maddelerinin değiştirildiğini, bu değişikliklerin CMK 311/1-e maddesi kapsamında “Yeni Bir Olay” olduğunu, bu değişiklikler nedeniyle dosyaya sunulu bazı delillerin hukuka aykırı hale geldiğini*” gerekçe göstererek yargılamanın yenilenmesi talebinde buldukları görülmektedir. Başvurunun yapıldığı yetkili Savcılık Makamı ile ilk derece Mahkemesinin de özetle; “*(...)6526 sayılı yasa ile CMK madde 135 ve 140. maddelerinde yapılan değişiklikleri(...)*” dikkate alarak yeniden yargılama yapılması taleplerinin kabulü yönünde karar verdikleri anlaşılmaktadır.

⁵ CENTEL-ZAFER, *Ceza Muhakemesi...*, s. 753; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, *Ceza Muhakemesi...*, s. 779; ŞAHİN-GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi...*, s. 227; ÜNVER-HAKERİ, *Temel Bilgiler*, s. 321 vd.

⁶ Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi...*, s. 322. Yargılamanın yenilenmesinin, bir kanun yolu olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bakınız: Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 32 vd.

⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bakınız: Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*.

⁸ 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer Sayılı RG.

Yargıya intikal etmiş bu somut olay kapsamında ele alınan muhakeme kurallarını irdelemeyi amaçlayan bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuki sorunları; a) “6526 sayılı Kanun ile CMK’da yapılan değişikliklerin yargılamanın yenilenmesi müessesesinin düzenlendiği CMK 311/1-e maddesi kapsamında “Yeni Bir Olay” olarak kabul edilip, edilemeyeceği” ve b) “CMK’nun 135 ve 140. maddelerinde yapılan değişikliklerin ilk derece mahkemesindeki dosyaya sunulu delillerden özellikle telefon dinleme kayıtlarına ilişkin tespit tutanaklarını (tapeleri) hukuka aykırı delil haline getirip, getirmeyeceği” şeklinde somutlaştırabiliriz.

A) 6526 Sayılı Kanun İle CMK’da Yapılan Değişikliklerin Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesinin Düzenlendiği CMK 311/1-e Maddesi Kapsamında “Yeni Bir Olay” Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği

Somut olayda ilk derece mahkemesince verilen “Yargılamanın Yenilenmesi” taleplerinin kabulü yönündeki kararının ana gerekçesi; Yargıtay (5.) Ceza Dairesi’nin onama kararından (hakkında mahkûmiyet kararı verilen kimi sanıklar yönünden kesinleşmesinden) sonra, 6526 Sayılı Kanun ile sanıkların yargılandıkları TCK’nun 220. maddesinde düzenlenen suçun, CMK 135. maddede düzenlenen “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına” ve CMK’nun 140. maddesinde yer alan “teknik araçlarla izlemeye” ilişkin katalog suçlar arasından çıkartılmasıdır.

Bu gerekçeden de anlaşılacağı üzere kanaatimizin aksine yerel mahkeme; CMK’daki bu değişiklikleri, CMK 311/1-e maddesi kapsamında “Yeni Olay” olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

Öğretiye mensup yazarlardan Kantar’ın da açıkça ifade ettiği üzere; “yeni olay ve deliller, fiili olaylara ilişkindir. Yargılamanın yenilenmesinden maksat fiili meselelerin yeniden incelenmesi olduğu cihetle ceza hukukuna muhalefet veya usul hukuku hükümlerinin ihlali halleri yeni olay ve delillere ilişkin bendin uygulanmasına sebep olmaz. Mahkeme içtihatlarının değişmiş olması veya ceza kanununun yorumuna veya uygulanmasına ilişkin yeni bir fikrin çıkmış olması iadeye neden olmaz.”⁹

⁹ KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1957, s. 411.

Yine Kantar ve Erem'e göre; “*yeni olay ve deliller, fiili olaylara ilişkindir. Kanunun uygulanmasında hata iddiası, içtihadın değişmesi, yorum farkı yeni vaka değildir.*”¹⁰

Ceza Muhakemesinde önemli bir etkinliğe sahip yazarlardan Kunter, Kantar, Erem'in ortak görüşlerine göre; “*yeni olay veya delilin yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için iki özelliğe sahip olması gerekir: a) Yenilik ve b) Önemlilik.* Yenilik kapsamındaki; yeni olay veya delil; mahkemece bilinmeyen, yani mahkemenin hüküm verdiği sırada bilmediği olay veya delildir. Önemlilik ise; gerek kendi başlarına, gerek öncekilerle birlikte dikkate alındığında hükümlünün beraatını ya da daha hafif cezayı gerektiren bir hükmün uygulanmasını gerektirecek derecede önemli olması demektir.”¹¹

Aynı şekilde Önder'e göre de; “*olaydan maksat; doğrudan veya dolayısıyla usul hukuku içinde ispat vasıtası olarak kabul edilen şeylerdir. Bir şeye olay olma özelliğini, beş his vasıtasıyla değerlendirilmesinde ve bunun da doğrudan doğruya vuku bulmasında aranır.*”¹²

Yargılamanın yenilenmesi müessesesini mevzuatında düzenleyen hemen her hukuk düzeninde “*yeni olay*”ın da, tıpkı “*yeni delil*” gibi müessesenin temel oluşum nedeni olarak kabul edildiği, ancak bu kavramlara bir sınırlama getirilmesinin yerinde olacağı, “*yeni olay veya delil*”e getirilmesi gereken sınırlamanın da, hukuksal bir soruna değil, muhakemeye yönelik bir olaya (maddi/fiili soruna) ilişkin olması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir¹³.

Kanun değişiklikleri, tıpkı “*Af*” gibi, siyasi iradenin ürünü olup, yeni bir olay veya delil kapsamında olmamalıdır, izlenen suç siyaseti gereği gerçekleşen mevzuattaki her değişikliği hata ile açıklamak da mümkün ve doğru değildir, aksi kabul yargının görev alanına giren konulara siyasi iradenin karışmasını anlamına gelecektir¹⁴. Kural, kanun değişikliklerinin

¹⁰ EREM, Faruk: *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara, 1978, s. 739-740; Kantar, *Ceza Muhakemeleri...*, s. 411.

¹¹ Erem, *Ceza Usulü...*, s. 739-740; Kantar, *Ceza Muhakemeleri...*, s. 411; KUNTER, Nurullah: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 1989, s. 1126; Aynı doğrultudaki görüş için bkz: CENTEL-ZAFER, *Ceza Muhakemesi...*, s. 822.

¹² ÖNDER, Ayhan: *Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebepyle Muhakemenin İadesi*, İÜHFİM, cilt: 31, sayı: 1-4, İstanbul, 1966, s. 62.

¹³ Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 100.

¹⁴ Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 109.

ileriye dönük olarak hemen uygulanmasıdır. İstisnai olan “*lehe kanunun geçmişe uygulanması*” ilkesinin uygulanması için mevzuatımızda yargılamanın yenilenmesi dışında zaten özel bir takım yöntemler belirlenmiştir.

Çoğu içtihadında ısrarla benzer görüşünü tekrarlayan Yargıtay’a göre de; “*tek başına yapılan kanun değişikliğinin hükümlünün lehine olması durumu yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılamayacaktır.*”¹⁵

Yeni olay veya yeni delilin yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için öğretide var olması gerektiği ileri sürülen koşullardan “önemliliğe” vurgu yapan bir kararında; “*(...)O halde sanığın dilekçesinde ileri sürdüğü hususların doğruluğu kanıtlandığına göre, bu hususların yargılamanın yenilenmesi davasına konu yargı kararının verildiği tarihte, yargılama heyetinin bilmediği delil veya olay diye tanımlayabileceğimizi yeni delil veya yeni olay olup olmadığına bakılmı, bu soruya bulunacak cevap olumlu olduğu takdirde, hükümlünün beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren yasa hükmünün uygulanmasını gerektirip gerektirmediğini saptamak gerekecektir(...)*”¹⁶ diyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, öğretideki hâkim görüşü benimseyerek yeni delil veya olayı, yargılama sırasında heyetin bunu bilip bilmemesi kıstasına bağlamakla, kanun değişikliğini bu kapsamda görmemektedir.

Olay veya delilin yeni olarak kabulü için; **a)** Muhakeme esnasında (Yargıtay aşaması dâhil) yetkili mahkemeye sunulmamış veya yeni ortaya çıktığı için sunulmamış olması, **b)** Sunulmuş olmasına karşın özellikle hükmün tesisi sırasında herhangi bir nedenden (hata gibi) dolayı değerlendirme dışı bırakılmış olması gerekmektedir¹⁷. Görüldüğü üzere; kanun değişiklikleri bu kapsamda değildir.

6526 sayılı Kanunla CMK’da yapılan değişiklikler, aksi kabulde bir an için “*yeni olay*” olarak kabul edilse dahi, tek başına veya diğer delillerle birlikte beraati veya daha hafif cezayı gerektirecek bir etki ve özelliğe sa-

¹⁵ Yargıtay CGK’nun 01.03.2005 tarih ve 2005/4-8 Esas, 2005/19 Karar, Yargıtay 8. CD’nin 11.06.2002 tarih ve 2002/6260Esas, 2002/6846 Karar sayılı kararları için bakınız: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>. Yargıtay 9. CD’nin 10.12.1993 tarih ve 1993/10401 Esas, 1993/10953 Karar; 9. CD’nin 01.07.2004 tarih ve 2004/3407 Esas, 2004/3587 Karar sayılı görüşleri için bakınız: ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, cilt: 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 421.

¹⁶ Yargıtay CGK’nun 01.10.1990 tarih ve 190-212 sayılı kararının tam metni için bakınız: PARLAR, Ali- HATİ-POĞLU, MUZAFFER: *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, cilt: 2, Ankara, 2008, s. 2142.

¹⁷ Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 101-103; Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi...*, s. 903.

hip değildir. Çünkü somut olayda sübut açısından yeni bir “*delilin ortaya çıkmış olması*” anlamına gelmediği gibi, muhakemeye “*yeni bir olay*” da eklememektedir.

- 1) Bu tür uyuşmazlıklarda maddi hukuka ilişkin değişiklikler ile usul kanunlarında yapılan değişiklikleri birbirinden ayırmak gerekir: Maddi hukuka ilişkin kanun değişikliklerinde, bu değişiklikler hükümlünün lehine olsa dahi bu, CMK 311/1-e anlamında yeni bir olay kapsamında yargılamanın yenilenmesi nedeni olmaz. Bu olasılıkta ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması kuralları kapsamında TCK'nun 7/2 ve 5252 Sayılı Kanununun 9. maddesinde öngörülen lehe kanun uygulaması söz konusu olur.

Nitekim TCK'nun 7/2.maddesine göre; “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur*”. Fıkra da yer alan “*infaz olunur*” ifadesi, karar kesinleşmiş ve infaz aşamasında dahi olsa maddi hukukta yapılan ve failin lehine olan kanunun bu aşamada da dikkate alınacağını ve uygulanacağını belirtmektedir.

Bu şekildeki bir lehe kanun uygulamasında dahi usul bakımından uygulanacak olan hüküm, CMK 311/1-e kapsamında yeniden yargılama değil, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 98. maddesidir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 98. maddesinin karşılığı olan mülga 1412 sayılı CMUK'nun 402. maddesine göre; “*Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir*”.

Görüldüğü gibi maddi hukukta sonradan yapılan bir kanun değişikliği hükümlünün lehine olduğunda dahi bu CMK 311/1-e maddesi anlamında yeni bir olay, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi nedeni olmamakta, sadece belirtilen hükümler ışığında ve ceza kanunlarının zaman bakımından

uygulanması kuralları kapsamında bir lehe kanun uygulamasını gerektirebilmektedir ki, bu da, ancak 5275 sayılı Kanununun 98. maddesi kapsamında gerçekleşebilmektedir.

- 2) Maddi hukuk kapsamındaki değişikliklerde dahi, lehe olan bir kanun değişikliği “yeni olay” kapsamında bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olamazken, lehe kanun uygulamasının söz konusu olmadığı ve derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu usul hukukunda bunun olması hiçbir şekilde mümkün değildir.

Kanaatimizce; usul kanunlarında yapılan değişiklikler, usul hukukunda lehe kanun uygulamasının söz konusu olmaması, bunun yerine “*derhal uygulama*” ilkesinin geçerli olması sebebiyle hiçbir biçimde yeni vakıta olarak kabul edilemez. Böyle bir kabul, artık yargılamalarda hiçbir zaman gerçek anlamda bir kesin hükmün ortaya çıkamamasına yol açar ve kesin hükmün önleme etkisi de tamamen ortadan kalkar. Gerçekten bu durumda, her türlü kanun değişikliğinde tüm yargılamalar yenilenecek anlamına gelir ki, böyle bir ortamda hiç bir yargılamanın kesin hükümle sonuçlandırıldığını kabul etmek mümkün olmaz ve uzun vadede olması gereken hukuk güvenliği sarsılır.

Bununla birlikte, maddede “*yeni delil veya olaydan*” söz edildiğine göre burada kanun değişikliğinin kastedilmesi imkânsızdır. Çünkü kanunlarda “önceki” veya “*sonraki*” kanun söz konusu olabilirse de, “*yeni kanun*” anlamsızdır, çünkü mutlaka yeni bir kanun olmak durumunda değildir. Aksi bir düşünüşle de bu kez, her zaman yeni bir kanun yapılması mümkün olduğuna göre kanun koyucunun her yeni kanunu doğrudan yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmesi söz konusu olamaz, tersine bir kabul müessesenin ruhuna ve amacına aykırı olur.

- 3) Nitekim yine öğretilerde Kantar, Erem, Özgen ve Önder tarafından ileri sürülen ve büyük bir çoğunlukla benimsenen görüşe göre; muhakemenin yenilenmesi yoluyla tamir edilebilecek hatalar maddi nitelikteki hatalardır. Kanun ve içtihat değişikliği maddi meseleye değil, hukuki meseleye etki eder. Bu sebeple; kanun ve içtihat değişikliği sebebiyle muhakemenin yenilenmesi yoluna başvurulamaz¹⁸.

¹⁸ Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 109-110; KARAKURT, *Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Seçkin, Ankara, 2009, s. 110.*

Görüldüğü gibi öğretide büyük bir çoğunlukla kabul edildiği ve yargısal kararlarla da sabit olduğu üzere, ister maddi hukuka, ister usul hukukuna ilişkin olsun kanun değişiklikleri CMK 311/1-e hükmü anlamında “*Yeni Vakıta (Olay)*” olarak kabul edilemez. Kanaatimizce; somut olayda aksi kabul bu gerekçeden yola çıkan ilk derece mahkemesinin yargılamasının yenilenmesinin kabulüne ilişkin kararı hukuken doğru değildir.

B) CMK’nun 135 ve 140. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin, İlk Derece Mahkemesindeki Dosyaya Sunulu Delillerden Özellikle Telefon Dinleme Kayıtlarına İlişkin Tespit Tutanaklarını (Tapeleri) Hukuka Aykırı Delil Haline Getirip Getirmeyeceği

Bilindiği üzere; kanunların zaman bakımından uygulanmasında üç ilke veya kural mevcuttur: **a)** Derhal uygulama, **b)** Geriye yürüme ve **c)** İleriye yürüme. Maddi ceza hukukunda, kural geçmişe yürümeme, kendinden sonraki olaylara uygulanma olmakla birlikte lehe olan ceza hukuku kuralları geçmişe etkili (yürürlü) olarak uygulanmaktadırlar. Buna karşılık ceza muhakemesi (usul) kuralları derhal uygulanırlar.

Bu açıdan öncelikle bir kuralın maddi ceza hukuku kuralı mı, yoksa ceza muhakemesi (usul) kuralı mı olduğunu belirlemek, zaman itibarıyla uygulanabilirliğine ilişkin ilkeyi belirlemek açısından önemlidir. Ayrıntıya girmeksizin belirtmek gerekirse; suçları ve yaptırımları öngören, ceza sorumluluğunu etkileyen kurallar maddi ceza hukuku kuralı, suç iddiasını araştırıp izlenecek usul ve yöntemi belirleyen kurallar ise muhakeme hukuku (usul) kurallarıdır¹⁹.

Usul (muhakeme) kurallarının zaman bakımından uygulanmasında yukarıda ifade edildiği üzere; “*derhal uygulama ilkesi*” geçerlidir. Bu ilke kanunda yazılı olmamakla birlikte, eylemin yargılama sırasındaki hukuk kurallarına göre muhakeme edilmesi gereği çok açık olduğundan, buna gereksinim de yoktur. Ayrıca muhakeme hukuku alanındaki her yeni yasanın, bir öncekine oranla daha mükemmel ve amaca daha uygun olduğu kabul edilir²⁰. Bu ilkeye göre, muhakemenin hangi aşamasında olursa olsun, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber, muhakeme işlemlerinde kural

¹⁹ KATOĞLU, Tuğrul: *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin, Ankara, 2008: s. 26-30.*

²⁰ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi...*, s. 54; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, *Ceza Muhakemesi...*, s. 115-116.

olarak yeni kanun uygulanmaya başlanır ve muhakemenin işleyişi o anda yürürlükte olan kanuna göre gerçekleştirilir.

Derhal uygulama ilkesinin sonuçları şunlardır²¹:

- Muhakeme işlemleri daima yürürlükteki kanuna göre yapılır.
- Yürürlükteki yasaya uygun olarak yapılmış işlemler, sonradan yasa değişse de geçerliliklerini korurlar. Bu açıdan kanunların, ancak gelecek için geçerli olması, geçmişe yürümemesi kuralı muhakeme hukukunda da söz konusudur. Örneğin, alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada CMK madde 150 uyarınca şüpheli veya sanıklar için müdafî mecburiyetinin getirilmiş olması, daha önce bu şüpheli ve sanık hakkında müdafîsiz olarak yapılmış işlemlerin geçersiz olması ve tekrarlanması sonucunu doğurmaz.
- Eski kanuna göre henüz yapılmamış işlemler, artık yeni kanuna göre yapılır.
- Yeni kanunun uygulanmasında onun sanığın lehinde veya aleyhinde olması bir önem taşımaz ve dikkate alınmaz. Başka bir ifadeyle; ceza muhakemesine ilişkin kanun hükümlerinin değişiklikleri sanığın aleyhinde olsa da hemen uygulanmaya başlanır ve lehine olsa da geçmişe yürürlü olarak uygulanmaz. Lehe kanunların geriye yürümesi ilkesi ceza yasaları (maddi ceza hukuku kuralları) açısından geçerli olup muhakeme hukukunda kural olarak derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Usul yasalarının geriye uygulanması söz konusu olmaz.

Centel-Zafer'e göre; önceki kanuna göre yapılmış bir işlemin etkileri yeni kanun zamanında da devam ediyor olabilir. Örneğin; şüpheli veya sanığın eski kanuna göre tutuklandığını, ancak yeni kanunun bu tutuklama nedenlerini sınırlandırdığı düşünüldüğünde, önceki kanuna göre verilen tutuklama kararı geçerli olmaktadır²².

²¹ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi...*, s. 54-56; Katoğlu, *Ceza Kanunlarının...*s. 294-301; Kunter, *Ceza Muhakemesi...*, s. 571 vd; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, *Ceza Muhakemesi...*, s. 115-116; Yurtcan, *Ceza Yargılaması...*s. 36 vd.

²² Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi...*, s. 64.

Ünver-Hakeri'ye göre; derhal uygulama ilkesinin doğal bir sonucu olarak, muhakeme (usul) işlemleri, yapılacağı sırada yürürlükte olan muhakeme kanunu hükümlerine tabi olacak ve ceza muhakemesi sırasında kanunda değişiklik olduğu zaman yeni kanun hemen uygulanacak ve fakat bu durum, önceki kanunun yürürlükte bulunduğu esnada o kanuna göre usule uygun yapılmış işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi, tekrarlanmasını da gerektirmeyecektir. Yani muhakeme işlemleri mutlaka yürürlükteki kanuna göre yapılacaktır; yürürlükteki kanuna göre yapılmış işlemler sonradan yürürlüğe giren kanun nedeniyle geçerliliğini yitirmeyecektir. Yeni kanunun yürürlüğünden sonra yapılması gereken muhakeme işlemleri yeni kanuna tabi olacak ve yeni kanunun uygulanmasında sanığın leh veya aleyhine sonuç doğurmasına bakılmayacaktır²³.

Katoğlu'na göre de; yeni kanunda istisna getirilmedikçe ceza muhakemesi kanunu yürürlük tarihinden sonra yapılan işlemlere uygulanır, önceki kanun döneminde yapılarak tamamlanmış ceza muhakemesi işlemleri, hukuکی güven ve istikrarın gereği olarak yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra da geçerliliklerini korur. Tamamlanmış işlemlerin geçerliliklerini korumasının bir diğer gerekçesi de; usul ekonomisidir. Sonraki kanun hükümleri, ancak tamamlanmamış ceza muhakemesi işlemlerine uygulanır²⁴.

1) Kısaca özetlenen bu hukuki durum karşısında somut olayda ilk derece mahkemesinde görülen davada delil olarak tarafların değerlendirmesine sunulan ve Mahkemece hükmün tesisinde dikkate alınan telefon dinlemelerine ilişkin tespit tutanaklarının (tapelerin) geçerliliklerini korudukları, salt CMK'nun bu koruma tedbirinin düzenlendiği maddelerinin değişikliğe uğraması nedeniyle hukuka aykırı delil haline gelmediği ortadadır. Şöyle ki:

- CMK 135 ve 140. madde hükümlerinin maddi hukuk kuralları olmadığı, birer muhakeme (usul) kuralı olduğunda kuşku yoktur ve bu husus tartışmasızdır.
- Bu düzenlemeler usul kuralı olduğuna göre, bunlarda değişiklik yapan düzenleme (6526 Sayılı Kanun) derhal uygulanma ilkesine tabidir ve lehe kanun uygulamasının konusunu oluşturamaz.

²³ Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi...*, s. 91.

²⁴ Katoğlu, *Ceza Kanunlarının...*,s. 294-302.

- Dinleme ve teknik takip, 6526 sayılı Kanunun değişikliğinden önce, o sırada geçerli olan usul kurallarına göre yapıldığına göre, mevcut değişiklik geçmişe yürürlü olarak uygulanamaz ve dolayısıyla bu şekilde yapılan işlemler (dinleme ve teknik takip) ve bu suretle elde edilen deliller (tapeler) hukuka uygunluklarını ve geçerliliklerini korurlar. Nitekim CMK 217/2. madde “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” derken, 206/2.madde delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağını içermektedir. Oysa davada bu deliller (tapeler) o sırada yürürlükte olan kanuna uygun olarak elde edilmiş olmakla, sonradan yürürlüğe giren, geçmişe yürürlü olarak uygulanamayan 6526 sayılı Kanunun TCK 220.maddeyi katalog suç olmaktan çıkarması, bunların elde edilmişindeki hukukiliğe bir etki yapmaz ve bunları hukuka aykırı hale getirmez. Bu işlemler geçerliliklerini ve hukukiliklerini korurlar. Kaldı ki; dosyayı temyiz nedeniyle inceleyen Yargıtay (5.) Ceza Dairesinin konu hakkındaki; “(...)Usulüne uygun olarak mahkemeden alınan kararlar üzerine elde edilen TAPE kayıtları ve fiziki takip tutanakları(...)” şeklindeki değerlendirmeleri de bu delillerin hukuka uygun olduğunu ve konuyla ilgili görüşümüzü bir anlamda onaylamaktadır.

- 2) Tüm bunlara ek olarak, Centel-Zafer’in de çok isabetli bir şekilde belirttiği üzere; muhakeme hukukuna ilişkin kuralların zaman yönünden uygulanmasında önemli olan, yeni kanunun yürürlüğe girdiği anda, muhakemenin sona ermiş olup olmadığıdır. Muhakeme, eski kanuna göre kesin hükümle sona ermiş ve kanunla buna istisna da getirilmemişse, artık yeni kanunun uygulanması söz konusu olmaz²⁵.

Somut olayda, dava her durumda kesin hükümle sona ermiş olmakla, esasen artık 6526 sayılı kanun değişikliğinin zaman bakımından bu yargılamaya hiç bir etkisi olamaz. Yeniden yargılama da bu durumu değiştirmez. Gerçekten de bu durumda yine usul kurallarının derhal uygulanması ilkesi devreye girecek, önceki yargılama sırasındaki işlemler geçerliliğini koruyacak, 6526 sayılı Kanun, ancak kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki işlemlere uygulanabilecektir. Kaldı ki, CMK 135 ve 140. maddelerin tatbiki ile gerçekleştirilmiş dinleme ve teknik takip, yenilenebilecek işlemler de değildir.

²⁵ Centel-Zafer; Ceza Muhakemesi..., s. 64.

O günkü mevzuat kapsamında ve buna uygun olarak gerçekleşmiş ve tükenmiştir. Sonradan yürürlüğe giren bir kanun bunları geçersiz ve hukuka aykırı hale getiremez.

Aksi kabul, her yeni kanunla eski kanun dönemindeki usuli işlemlerin geçersiz kılınabileceği anlamına gelir ki, bu netice “*hukuk devleti ilkesi*” ile asla bağdaşmaz. Yargıtay’ın; “*ayrıntıları Yargıtay CGK’nun 26.12.2006 tarih ve 2006/8-317 Esas ve 2006/319 Sayılı kararında belirtildiği üzere, 19.12.2006 tarih ve 5560 sayılı yasanın 21. maddesi ile 5271 sayılı Yasanın 150/3. maddesinde yapılan değişiklik ile daha önce üst sınırı 5 yıl olan hapis cezasını gerektiren suçlarda sanıklar için zorunlu müdafî atanması öngörülmüş iken, yapılan değişiklik ile bu zorunluluk alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmış bulunmasına, yargılama yasalarının derhal uygulanması gerekmesine ve sanığın sorgusunun da 14.01.2004 tarihinde yapılmış bulunmasına göre, sanık hakkında zorunlu müdafî atanması koşulları artık ortadan kalkmıştır*”²⁶ şeklindeki kararı da kanaatimizce bu görüşlerimizi doğrular mahiyettedir.

Netice

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız nedenlerden hareketle somut olaydaki hukuki sorunlarla ilgili olarak ulaştığımız sonuçları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

- 6526 Sayılı Kanun değişikliği CMK 311/1-e maddesi anlamında yeni bir olay teşkil etmemektedir. Çünkü kanun değişiklikleri yeni olay olarak değerlendirilemez. Nitekim öğretide ve Yargıtay kararlarında yeni delil ve olayın yargılama sırasında mahkemenin bilgisi dâhilinde olmayan delil veya olay olarak tanımlanması da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.
- Aksi kabul ile bu kanun değişikliği “*yeni bir olay*” olarak değerlendirilse bile, yeni olay veya yeni delilin yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için gerekli koşullardan “*önemlilik*” niteliğine sahip değildir. Diğer bir deyişle; bu şekildeki bir kanun değişikliği CMK 311/1-e maddede yer alan beraatı veya daha hafif bir cezayı gerektirecek nitelikte, önemlilikte değildir.

²⁶ Yargıtay 3. CD’nin 24.3.2010 tarih ve 2007/7021 Esas, 2010/5057 Karar sayılı kararı için bakınız: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>.

- Lehe olsa da salt kanun değişikliği, yargılamaya yeni bir husus eklemekte, somut olayda yeni bir delil veya olayın ortaya konulmuş olduğu anlamına gelmemektedir.
- 6526 sayılı kanun değişikliği, muhakeme (usul) kurallarında değişiklikler içermekte olup, derhal uygulama ilkesine tabi olduğundan, ancak ilerideki olaylara uygulanabilir, geçmişe etkili olarak uygulanamazlar. Usul hukukunda lehe kanun uygulaması da bulunmadığından bunların lehe olduğundan bahisle geçmişe uygulanması mümkün değildir.
- Kanun değişiklikleri lehe olarak kabul olursa dahi, ancak TCK 7/2 ve 5275 sayılı kanununun 98. maddesi kapsamında bir değerlendirilmeye tabi tutulabileceklerdir. Bu somut netice de, lehe olan kanun değişikliklerinin geçmişe yürürlü olarak uygulanamayacağına açık gösterge-sidir.
- Gerçekleştiği dönemdeki kanuna ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilen usuli işlemlerin sonucunda elde edilen deliller (somut olayda tapeler) geçerliliklerini ve hukuka uygun olma özelliklerini sürdürmektedirler. 6526 sayılı kanun değişikliklerinin geçmişe yürürlü olarak uygulanarak bunlara etkili olabilmesi, bunları ortadan kaldırabilmesi, yapılmamış hale getirmesi mümkün değildir. Bu usuli işlemler o sırada kanuna uygun olarak yapıp bitirilmiş, tüketilmiş, tekrarlanması mümkün olmayan işlemlerdir.
- Sonradan yürürlüğe giren bir kanunla önceki kanun ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilen işlemleri geçersiz ve hukuka aykırı hale getiremez. Aksi kabul, her yeni kanunla eski kanun dönemindeki usuli işlemlerin geçersiz kılınabileceği anlamına gelir ki bu, “*hukuk devleti ilkesi*” hukuk güvenliği ve istikrarı açısından kabul edilebilir bir netice değildir.

KAYNAKÇA

- [1] **AKYÜREK, Güçlü:** Yargılamanın Yenilenmesi, Seçkin, Ankara, 2015.
- [2] **CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.
- [3] **EREM, Faruk:** Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- [4] **KATOĞLU, Tuğrul:** Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin, Ankara, 2008.
- [5] **KANTAR, Baha:** Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1957.
- [6] **KARAKURT, Ahu:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Seçkin, Ankara, 2009.
- [7] **KUNTER, Nurullah:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 1989.
- [8] **KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 18. Baskı, 2010.
- [9] **ÖNDER, Ayhan:** Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Vakalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi, İÜHFİM, cilt: 31, sayı: 1-4, İstanbul, 1966.
- [10] **ÖZBEK, V. Özer-KANBUR, M. Nihat-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara; 2014.
- [11] **PARLAR, Ali- HATİPOĞLU, MUZAFFER:** Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, cilt: 2, Seçkin, Ankara, 2008.
- [12] **ŞAHİN, Cumhur-GÖKTÜRK, Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

- [13] **ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, cilt: 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- [14] **ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler, 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2015.
- [15] **YURTCAN, Erdener:** Ceza Yargılaması Hukuku, 12 baskı, Beta, İstanbul. (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran- Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş, ancak basılmamış, bildirilerden üretilmiş, çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.
3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.
4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemlerin kararı ile yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar durumdan haberdar edilir.
5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayımlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen makaleler bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konulur. Yazı, değişiklikleri isteyen hakemler tarafından yeniden incelenebilir.
6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
8. Ana Başlık: İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i: Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot ile belirtilmelidir.

Özet: Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcükler (keywords) verilmelidir. Türkçe makalenin İngilizce başlığı olmalı ve abstract’ın üstünde gösterilmelidir.

Ana Metin: A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar özet, abstract, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

Bölüm Başlıkları: Makalede, düzenli bir bilgi aktarımı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Makaledeki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

Kaynakça: Metnin sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik olarak yazılmalıdır.

9. Yazılar elektronik ortamda CD’ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
10. Yazıları yayımlanan yazarlara dergi ücretsiz olarak gönderilecektir.

İletişim Bilgileri

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 Dahili:23410 **Faks:** 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

