

6. ULUSLARARASI SUÇ VE CEZA FİLM FESTİVALİ

“YOKSULLUK”

TEBLİĞLER

6TH INTERNATIONAL CRIME AND PUNISHMENT FILM FESTIVAL

“POVERTY”

ACADEMIC PAPERS

Editör/Editor: Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Arş. Gör. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN

Arş. Gör. Buhari ÇETİNKAYA

Yazarlar/ Authors

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heiner Kühne, Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal, Prof. Dr. Migena Leskoviku, Anusooya Sivaganesan, Kanita Pruščanović, Arş. Gör. Volkan Aslan, Dr. Bülent Yücel, Prof. Dr. Stephen C. Thaman, Dr. Burcu Ertem, Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar, Arş. Gör. Dr. Nafiye Yücedağ Göztepe, Arş. Gör. Barış Demirsatan, Dr. Nil Karabağ Bulut, Dr. Cansu Kaya Kızılırmak, Nassima Hanafi, T. A. Qerkin Berisha, Arş. Gör. Altan Rençber/Arş. Gör. İmran Semiz, Doç. Dr. Vesile Sonay Evik, Yrd. Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli, Öğr. Gör. Başak Oya İşcan, Arş. Gör. Eylem Baş, İur. Dr. Soner Hamza Çetin, Yrd. Doç. Dr. T. Polat İšoğlu, Arş. Gör. Ezgi Cankurt, Doç. Dr. Necdet Neydim, Mehlika Philip, Arş. Gör. Dr. Dilan Tüysüz, Arş. Gör. Alper Tunga Küçük, Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç, Arş. Gör. Serpil Işık, Arş. Gör. Eren Kalanyuva, Arş. Gör. Necip Taha Gür, Av. Necip Şenel, Av. Merve Dömen, Yrd. Doç. Dr. Serhat Nasıroğlu, Arş. Gör. Eren Solmaz, Prof. Dr. Melikşah Yasin

FESTİVAL BAŞKANINDAN

Sinema ve Hukukun Değerli Dostları,

Bu yıl altıncısını düzenlediğimiz film festivalimizde dünyadaki sorunların beyaz perdedeki yansımaları ışığında, konuşma ve çözüm aramayı sürdürüyoruz. Festivalin ruhunu yansıtan “Adaletin herkes için olduğu inancı” ile altıncı yılında festivalimizin yolculuğunun molası “Yoksulluk” temasında oldu. “ *Dünyada saatte 300 çocuk açlıktan ölüyor! Dünyanın tüm zenginliklerinin yüzde doksanı, dünya nüfusunun yüzde birinin elinde! gerçeklerini sadece bilgi ya da haber olarak okuyarak geçmenin, sorunları çözmek bir yana, sorunların artışına neden olduğunun artık herkes farkına vardı. Günümüzde iş dünyasının patronları dahi dünya nimetlerinin paylaşım ve dağılımındaki dengesizlikten rahatsız olduğunu söylüyor, "kapitalizmin böylesinden" şikâyet ediyorlar. Yoksulluk sadece edebiyatın ve sanatın en baş konularından biri olarak görünür olmaktan çıkıp, yaşamın her alanını etkileyen ve tüm sorunların temel kaynağı olan bir olgu olarak gündemdedir. Toplumsal ve yasal sorunların temelinde yer alan iki önemli etken yoksulluk ve yoksunluktur. Yoksulluk ve yoksunluk aynı zamanda adalet açısından sorun yaratan hastalık ve suçların da temel etkenleridir. Tüm dünyada adalet kavramı ve uygulamaları üzerine artan tartışmalar, bozulan toplumsal dengeler, gelir dağılımındaki adaletsizlikler dünya nüfusunun büyük kesiminde hızla artan “Yoksulluk” bağlamında ele alınmaktadır. Şimdi sıra yoksulluğun neden ve sonuçlarını tartışarak, gerçekçi çözümler bulmaya gelmiştir. Bu sürece katkı olacağını düşünerek sinema, hukuk, sosyoloji ve insan gelişimi bağlamında yoksulluğu festival boyunca birlikte izleyecek, tartışacak ve çözümler arayacağız.*

Değerli dostlar, her film festivali duygu ve düşüncelerin buluştuğu bir forumdur. Biz bu yıl da tüm dünyadan sinemaseverleri İstanbul’da uluslararası suç ve ceza film festivalinin forumunda buluşturuyoruz. Bu buluşmada adaletle ilgili konuları sinemacıların film karelerinde izleyecek, sinema ve üniversitedeki panellerde tartışacağız. Festival kapsamında Türkiye’de ilk kez gösterime girecek olan adalet ve yoksulluk temalı, 30 adet uzun metrajlı filmi Beyoğlu Atlas ve Ortaköy Feriye sinemalarında izleyebileceksiniz. Bu filmler içinden on tanesi ve “Yoksulluk” temalı 9 kısa film ise “Altın Terazi” ödülleri için yarışacaklar. Bu yıl ayrıca programımızda "iz bırakanlar" başlığı altında yoksulluk konusunda Dünya ve Türk Sinemasının seçkin örneklerini izleyecek, anılara yolculuğa çıkacaksınız.

Dünyanın dört köşesinden gelecek sinema emekçileri ve akademisyenlerin katılımıyla bir hafta sürecek adalet dostları buluşmasını izlemek, dinlemek ve tartışmak için herkesi bekliyoruz. Festivalin gerçekleşmesi için destek olan tüm adalet dostlarına festival ekibi olarak gönülden teşekkür ediyor ve sizleri altı yıldır özenle biriktirdiğimiz “adalet dostlarına” katılmak için festivale davet ediyoruz.

Saygılarımızla.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Festival Başkanı

FROM FESTIVAL DIRECTOR

Dear Friends of Cinema and Justice,

During the Sixth International Crime and Punishment Film Festival this year, we continue to discuss major world problems and look for solutions from the perspective of cinema. With our strong commitment to the belief in 'Justice for everyone', we have chosen 'Poverty' as our main theme for the sixth year of our Festival. *'Three hundred children die of hunger every hour in the world'. 'Ninety percent of the world's wealth is in the hands of one percent of the world population!'* Everyone is now aware that simply reading the facts as news does not help solve the problems, it actually increases them. Today, even the leaders of the business world complain about the uneven sharing and distribution of the world resources and 'capitalism of this kind'. Poverty, being one main theme in literature and arts, is always on top of the agenda since it has a great impact on all aspects of life and is the main source of all problems. Poverty and deprivation are two important factors behind all social and legal problems. They also lead to justice-related problems, such as illness and crime. Increasing volume of discussions on the issue of justice and its applications today focus on social imbalances, injustices in unequal distribution of wealth and 'poverty' which increasingly influences more and more people. Now, it is time to discuss the causes and consequences of poverty and find real solutions. Throughout the Festival, we will be watching poverty-themed movies and carrying out discussions and our search for solutions in the light of cinema, law, sociology, psychology and human development.

Dear friends, every film festival is a platform where emotions meet ideas. This year, The International Crime and Punishment Film Festival in Istanbul offers a platform where cinema-lovers from all around the world will get together. During the Festival, we will watch justice-themed films and discuss related issues. Throughout the Festival, 30 justice and poverty-themed long films will be screened for the first time at Beyoğlu Atlas and Ortaköy Feriye Movie Theatres. Ten of these long films together with another nine poverty-themed short films will compete for the Golden Scale Film Competition. This year, we will also offer you a journey to the past under the section 'Memorable' where you will watch outstanding examples from the Turkish and the World Cinema.

We welcome everyone to this one-week festival where you will meet numerous people from the world of cinema and academia from all around the world and watch a great selection of movies, attend panels and discussions on the same subject. As the Festival Team, we thank all our friends of justice who have contributed to making this event happen and invite you to join our network of 'friends of justice' which has constantly been getting bigger over the last six years.

Kind regards.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Festival Director

İÇİNDEKİLER

FESTİVAL BAŞKANINDAN.....	3
FROM FESTIVAL DIRECTOR.....	5
Poverty and Access to Justice: Special Implications of “fair trial”	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heiner Kühne.....</i>	11
Silahların Eşitliği İlkesi Çerçevesinde Yoksulun Yargılamada Temsili	
<i>Doç.Dr. Pınar Memiş Kartal</i>	17
Access to Justice and Poverty	
<i>Prof. Dr. Migena Leskoviku</i>	27
Social goals without rights – (Un) fair inequality made in Switzerland?	
<i>Anusooya Sivaganesan.....</i>	43
Poverty as a post-war struggle in Bosnia and Herzegovina	
<i>Kanita Pruščanović</i>	49
Yoksulluğun Karşısında Anayasalar: Gelişmiş Sosyal Devlet Anayasalarında Sosyal Haklar	
<i>Arş. Gör. Volkan Aslan.....</i>	57
Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Devlet İlkesinin Anlamlandırılması Ve Türkiye Uygulaması	
<i>Dr. Bülent Yücel</i>	73
Poverty as a Defense or Mitigating Circumstance in U.S. Criminal Law	
<i>Prof. Dr. Stephen C. Thaman.....</i>	99
Yoksulluk ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi	
<i>Dr. Burcu Ertem</i>	107
Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler	
<i>Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar</i>	113
Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Woman’s Alimony)	
<i>Arş. Gör. Dr. Nafiye Yücedağ Göztepe.....</i>	145
Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)	
<i>Arş. Gör. Barış Demirsatan</i>	159
Evlilik Birliğinden Doğan Giderlere Katılma Payının İhlali Dolayısıyla Kadının Yoksulluğa Düşme Tehlikesi Karşısında Medeni Kanun Kapsamında Başvurulabilecek Önlemler	
<i>Dr. Nil Karabağ Bulut</i>	179
Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi	
<i>Dr. Cansu Kaya Kızılırmak.....</i>	205

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty	
<i>Nassima Hanafi</i>	223
Rule of Law in Kosovo and its Impact in Poverty	
<i>T. A. Qerkin Berisha</i>	231
Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemler Ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi	
<i>Arş. Gör. Altan Rençber/Arş. Gör. İmran Semiz</i>	237
Yoksulluk ve Suç İlişkisi	
<i>Doç. Dr. Vesile Sonay Evik</i>	259
Yoksulluğun Çocuk Suçluluğuna Etkisi	
<i>Yrd. Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli</i>	275
Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)	
<i>Öğr. Gör. Başak Oya İşcan</i>	291
Türk Ceza Kanunu’nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında Değerlendirilmesi	
<i>Arş. Gör. Eylem Baş</i>	313
Yoksulluk ve Adli Para Cezası	
<i>Iur. Dr. Soner Hamza Çetin</i>	351
Yoksulluğun Türk Ceza Kanunu’ndaki İzleri	
<i>Yrd Doç. Dr. T. Polat İşoğlu</i>	373
Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı ile Zorunluluk Hali ve Yoksulluk İlişkisine Dair Değerlendirme	
<i>Arş. Gör. Ezgi Cankurt</i>	391
Çocuk Edebiyatı Metinlerindeki Yoksulluk ve Yoksunluk Kavramlarına İç İçelik ya da Karşıtlık Üzerinden Yeniden Bir Bakış	
<i>Doç. Dr. Necdet Neydim</i>	401
Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar	
<i>Doç. Dr. Necdet Neydim/ Mehlika Philip</i>	409
“Dünya Senindir”: Amerikan Rüyası ve Suç İlişkisi Çerçevesinde Gangster Filmleri	
<i>Arş. Gör. Dr. Dilan Tüysüz</i>	421
Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Adli Yardım	
<i>Arş. Gör. Alper Tunga Küçük</i>	437
Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Maddi Olanaklardan Yoksun Kişinin Avukat Yardımından Yararlanması	
<i>Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç</i>	455

İcra Hukuku'nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik	
<i>Arş. Gör. Serpil Işık</i>	467
Danıştay Kararlarına Göre Sosyal Güvenlik Hizmetlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları	
<i>Arş. Gör. Eren Kalanyuva</i>	505
İdare Hukuku Boyutuyla Sosyal Yardımlar	
<i>Arş. Gör. Necip Taha Gür.....</i>	513
Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret	
<i>Av. Necip Şenel</i>	523
Çocuk ve Kadın İşçiler, Sigortasız İşçiler	
<i>Av. Merve Dömen</i>	529
Göç, Yoksulluk ve Sağlık	
<i>Yrd. Doç. Dr. Serhat Nasıroğlu</i>	537
Yoksulluğun Giderilmesinde Kamu Hizmetinin “Eşitlik İlkesi” Gereğince İdarenin Rolü	
<i>Arş. Gör. Eren Solmaz</i>	543
Kentsel Dönüşüm Mevzuatının “Yoksullukla Mücadele” Bağlamında Değerlendirilmesi	
<i>Prof. Dr. Melikşah Yasin.....</i>	555

Poverty and Access to Justice: Special Implications of “fair trial”

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heiner Kühne*

I Introduction

There are two topics on which philosophers of all centuries have mainly worked. It is about life and death and about justice. My short presentation will dwell on justice. There is a worldwide accord that justice is an elementary requirement of a dignified life. Yet, the definition of what justice in its substance could be is extremely controversial. Since the period of enlightenment it transpired that there was hardly any way of giving a substantive description of what justice means in concrete situations. Instead, a rather formal approach of justice evolved, which still today is dominant. Justice, accordingly, has to be described as an independent system in which specialists are trying to find appropriate solutions for each single case in conformity with the law.

Following the theory of separation of powers (Montesquieu) the judiciary became one of the three state powers at the end of the 19th century. The two others were, as widely known, parliament and executive (government). Although the judiciary is bound by parliamentary law, the act of interpretation and application is free. The judicial work of implementing substantive law, moreover, is strongly affected by criminal procedure law. This is why we have to look at substantive as well as at procedural criminal law in our search for justice.

The divergence of substantive law in international comparison, has always demonstrated that different cultures have different value systems. Yet, basically and in the center of substantive criminal law we find mostly the same objects of protection, like life, bodily integrity and property in various variations; at the end of the day the differences are often marginal. Only with regard to specific substantive criminal law regarding state security, honor of state, religion and the like, differences may become significant. Last not least, there are, indeed, big differences in the degree of penalty attached to each crime in international comparison.

* University of Trier

The organization of the judiciary in Europe has, however, developed according to pretty identical principles. Roughly these principles can be summed up as :

- Independence and impartiality of judges
- General access to courts
- Infringement of individual rights by procedural measures only in exceptional cases and according to strict legal legitimation.
- Fair trial throughout all proceedings.

These principles meanwhile have entered not only all constitutions of democratic states in the world but are additionally guaranteed by international codes like the UN-Human Rights Convention, the ICCPR and last not least the ECHR. Only the latter contains directly applicable law in 47 countries of the European Council and can be controlled by an international court, the ECtHR.

II Does poverty make a difference in criminal law?

In theory the answer is no. In reality, it is much more complicated.

1 Substantive criminal law

Regarding substantial criminal law, rich and poor are treated alike. Yet, according to criminal statistics it is mostly the poor who become criminals. This has basically two reasons. First of all, the poor have more reason to reach out to criminal activities to improve their living conditions, because the social structures and lacking access to education do not permit to lead a law conforming successful professional life. To highlight this social fact, the French poet Anatole France ironically pointed out that "the law in its serene equality forbids poor and rich likewise to sleep under bridges and to steal bread".

Secondly, and in consequence of the aforementioned, their intellectual or educational standards make it easy to prosecute and get them into the crime statistics. This is fueling the wrong impression that poor people have a higher crime burden than their richer fellow citizens.

These are reasons beyond the perspectives of criminal law, although they bring about strong arguments for inequality of poor people's treatment in criminal law.

2 Criminal procedure law

Access to justice is of highest importance – in criminal law this holds true for the victim who must be certain that the act against him/her will be professionally prosecuted. On the continent the principle of legality which obliges prosecutors to investigate as soon as there is a suspicion of a crime having been perpetrated, provides for this certainty. Some national criminal procedure laws contain provisions under which the victim may apply to a court if the prosecutorial authorities have decided not to investigate. Within the Anglo-American system there are various legal provisions which oblige the police to start investigations in such cases. So far access to justice is guaranteed in a non-discriminating way.

In criminal procedure law the principle of fair trial is covering just about all important guarantees, be they explicitly mentioned in the law or not. This makes the principle as valuable as vague. There is, however, no doubt about the fact that the right to defense and the right to participation are part of fair trial. These two important points are being also discussed under a subtitle of fair trial, which is called "equality of arms".

The right to defense includes the right to be supported by a professional defense counsel. As a rule, those people do not work for free which might make it difficult for poor people to engage one. The right to participation at a criminal trial does not only refer to the physical presence of the accused but includes the right to understand what is being communicated in the proceedings. If the accused is not sufficiently in command of the court language, his physical presence alone will be not very helpful for him, if there is no support by an interpreter – who, again, will not work for free.

So far criminal procedure law does, indeed, make references to the fact that a suspect is poor. We find provisions with regard to the financial capacity to pay for a defense counsel or an interpreter. In both cases, criminal procedure law constitutes a right of the pauper to get a counsel or an interpreter for free, which means that the state will pay for the costs. Yet, there are procedural codes – like the German one – which grant free defense counsels only in serious or complicated cases. According to the jurisprudence of the ECHR¹ the costs for an interpreter never have to be restituted by the suspect, whereas the costs of a defense counsel have to be compensated as soon as the beneficiary financially becomes liquid again.

Evidently, such provisions are aiming at adjusting positions of poor people to those of the more affluent ones. This is good! Nevertheless, the result is not equality, at least no perfect equality.

We cannot ignore the fact that there are differences in competences of defence counsels, differences which are mirrored by the fees which they ask for. Prominent lawyers are very expensive. In some national criminal procedure laws, like in the German, fees are, however, prescribed by law. As this pertains only to minimum fees, the sky is open for much higher claims. A defence counsel who is mandated by the court to assist an accused who financially cannot afford one, only has the right to claim the legal minimum fees. In consequence, such mandates as a rule go to lawyers who are either beginners or of average reputation. This might lead to an abatement of quality of the defence work. Yet, such possible handicap can hardly be proved, as there are no hard criteria to assess the quality of a lawyer, and the law presupposes that each and every licensed defense counsel will deliver a professional performance. Hence, the potential disadvantage of a poor accused remains uncertain in spite of a suspicion which makes us worry. .

Since the ECtHR has decided that interpretation must be free of charge for the accused, the German High Court (Bundesgerichtshof) as well as the Federal Constitutional Court (BVerfG) have opened the interpreter's work to all necessary communication within and outside main trial², poor and rich accused without knowledge of the court's language are given the

¹ ECtHR as of 23. 10. 1978 in EuGRZ 1979, 34.

² BGH NJW 2001, 309; BVerfG NJW 2004, 1095.

necessary support to guarantee that they can follow the proceedings. It may be annotated that notwithstanding the financial capacity of the accused any translation will be in a way inadequate, as especially in the course of oral proceedings details may get lost – but this is the same problem with rich or poor defendants.

An important part of the right to defence is the possibility to summon witnesses. Within the Anglo-American system of party process, such right is the essence of defence; the parties have to submit all of their evidence to the court. The adversarial principle of the continental system, however, puts the burden of proof solely on the court. Yet, the possibility to summon those potentially exonerating witnesses, the court is not willing to summon, is an important tool for each defendant.

In both systems, the continental and the Anglo-American, the efficiency of this right depends on whether or not the accused or his defence counsel have to pay in advance for travel fees and other necessary expenditures of the witness. If this is the case, like it is in Germany, the poor accused has, indeed, in comparison with an affluent accused not the same chances to defend himself.

3 Penalties

Criminal sanctions in European countries are regulated either in substantive or in procedural law, which is why we have reserved a special paragraph for this topic.

Reading the text of those provisions administering the extent of penalty for each crime, we do not find any reference to rich or to poor people, although the statutory range of penalties attached to single crimes is quite different even in Europe; Spain for example provides for penalties which are about the double of what we find in the German criminal code. But this is a different question.

If we go one level deeper into the problem, however, we will find evidence for inequality. Penal sanctions according to the definition of the law basically have two objectives: to punish and to re-socialize. Regarding the latter, the prognosis for re-socializing poor people is bad as far as they have perpetrated because of their social neediness, their bad company and the like. Hence, the weight of the sanction – which is mostly the length of the prison sentence – necessarily is high. There is hardly any social or familial support to help them improve their behavior; mostly it is just the opposite, as their usual social environment will rather bring them back to criminal activities.

Whereas criminals from a more favorable social background are better off, as they evidently do not need very much institutional support to turn law abiding again. As a rule their social environment is strongly assisting their endeavor to avoid any further criminality. For this reason criminals out of a well settled social echelon as a rule receive lesser sanctions in comparison with identical crimes perpetrated by lower class criminals.

This seems to be as unfair as unequal. But the sad thing is, that this argumentation is not wrong but is consequent within the system of criminal sanctions. As a matter of fact, middle class people who have become criminals are – for the reasons given above – much less suffering from recidivism than others. For this there are sociological explications, which are wording

the evident: in the higher echelons of society there is more support for ailing and failing members. This, however, is nothing criminal law can change.

III Summary

Neither in substantive criminal law nor in criminal procedure law have we found provisions seriously discriminating against poor suspects/accused. In the contrary, there are a number of provisions which try to compensate needs of poor people within the criminal process.

Nevertheless we have to state that de facto poor people have lesser chances in criminal proceedings and are sanctioned more severe than criminals from higher strata of society. Yet, all of this is not due to the legal provisions. It is rather general social reasons which nearly in all fields of society are leading to discrimination against lower class people. Hence, it is about social policy to improve their situation in society. Total equality, I am afraid, will, however, never be achieved, as there are always the more and the less successful individuals in society. But society has to make efforts to improve these social conditions.

Silahların Eşitliği İlkesi Çerçevesinde Yoksulun Yargılamada Temsili

Doç.Dr. Pınar Memiş Kartal*

Özet

Hukukun temel prensibi olan eşitlik ilkesi gereği herkes, ırk, dil, din, cinsiyet, yaş, cinsel yönelim, ekonomik durum farkı gözetilmeksizin aynı haklara sahiptir. Yoksulun yargılamada temsili de tam bu temel ilkesinin konusunu oluşturmaktadır. Gerçekten de mali yönden güçsüz olan yoksul kişinin sırf bu nedenle adil yargılanma hakkından yoksun kalması insan haklarının üstünlüğüne inanan demokratik, sosyal, hukuk devletleri için kabul edilemez. Türk hukukunda, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi eşitlik ilkesinin yargılamadaki görünümünden biri de silahların eşitliği ilkesidir. Çelişmeli bir yargılamada iddia ve savunma makamlarının elinde eşit güç bulunmalıdır ki maddi gerçeğe adil bir şekilde ulaşılabilsin. Konumuzun ceza yargılaması olması sebebiyle, medeni yargı ve idari yargı bakımından silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde yoksulun temsili konusu incelenmeyecektir. Biz bu çalışmamızda adil yargılanma hakkının temelini teşkil eden eşitlik ilkesi ışığında yoksulun ceza yargılaması yürüyüşünde temsilini ele alacağız. Ceza yargılamasını oluşturan soruşturma, iddianamenin kabulü ve koğuşturma safhalarında yoksulun temsilini iki açıdan düşünmek gereklidir: Mağdur yoksulun yargılamada temsili ve şüpheli ile sanık yoksulun yargılamada temsili.

Ceza yargılaması yürüyüşünde mağdur yoksulun temsilinde bir sorun olmadığı düşünülse de konunun mağdur hakları kapsamında ele alınması gerekir. Bu nedenle mağdur yoksulun temsili işinin tek başına savcıda olduğunu söylemek, hem mağdur hem de şüpheli yönünden inceleme ve araştırma yapan savcının görevi ve yükümlülükleri dikkate alındığında doğru bir tespit olmayacaktır.

Yoksul şüpheli ve sanığın ceza yargılamasında temsili ise daha fazla araştırılmış bir konudur. Gerçekten de şüpheli ve sanık haklarının adil bir yargılamada temsili, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında büyük önem arz eder. Nitekim silahların eşitliği bağlamında adil yargılanma hakkına ilişkin tüm AIHM kararlarında görüldüğü üzere adil bir yargılama için soruşturulan ya da yargılanan kişinin temsilinin önemi vurgulanmaktadır.

Tüm bu kısa açıklama ile amacımız tebliğimizde, AIHM ve Türk mahkeme içtihatlarını da dikkate alarak Türk ceza muhakemesi hukukunda silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde yoksulun ceza yargılamasında temsilini ele alacağız.

I. GİRİŞ

Silahların eşitliği ilkesi adil bir yargılamanın temel taşıdır. Yargılama yürüyüşünde yer alan süjeler arasında tesis edilmesi gereken eşitlik olarak nitelendirilebilir. İlkenin, “ *taraflar arasında*

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını” amaçladığı ifade edilmektedir¹. Eşitlik ilkesinin bir başka ifade biçimi olan silahların eşitliği, medeni, idari ya da ceza davalarında taraflar arasında yargılama mekanizmasına erişim, kullanım ya da her ne surette olursa olsun adil bir yargılama için gereken dengeyi ifade eder. Her kim olursa olsun herkes yargı önünde eşittir. Eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan hükme göre ; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...)² kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”.

Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa hükmü geniş anlamda herkesin kanun önünde eşit olacağını ifade eder. Bunun anlamı hiç kimseye imtiyaz tanınmayacağı, Devlet’in tüm imkanlarından herkesin eşit bir şekilde yararlanacağı ve hakimlerin de tarafsızlığını koruma yükümlülüğüdür. Kanaatimizce her ne kadar hakimlerin tarafsızlığının Anayasa’da düzenlenmediği kabul edilse de bu hükümle yargılama süjesi belirtilmediğinden sadece hakimlerin değil aynı zamanda savcılarının da tarafsızlığının zımnen düzenlendiğini ifade edebilmemiz gerekir. Gerçekten de yargılama makamı ve süje olarak taraf olmakla birlikte özünde bitaraf kalması gereken savcılığın da kanunun kendisine çizdiği görev tanımı içerisinde eşitlik ilkesini dikkate almanın ötesinde içine sindirmiş olması gereklidir. Gerçekten de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 160/2. maddesi savcının görev tanımına önemli bir unsur eklemiştir. Buna göre; “Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”. Savcı şüphelinin lehine ve aleyhine delilleri toplayacak ve her ne olursa olsun diyerek iddianame hazırlamayacaktır. Bu eşitlik ilkesinin önemli bir tezahürüdür. Eşitlik ilkesi herkesin adalet önünde eşit olduğu kadar bu adli mekanizmaya eşit şekilde erişim imkanına da sahip olması gerektiğini ifade eder. Herkesin sosyal hukuk devleti anlayışı içerisinde eşit olduğu gerçeğinden hareketle 10. maddenin 1. fıkrasında herkesten maksadın ifade edildiği durumların tahdidi değil, örnek olduğunu unutmamak gerekir. Bu çerçevede her kim olursa olsun derken çalışmamızın konusunu teşkil eden yoksulun yargılamada temsili de tam bu sorunu karşılar niteliktedir. Yoksul kişi de sosyal hukuk devleti anlayışı içerisinde adaletle zengin bir kişinin erişim hakkı kadar hakka sahiptir. Yoksulun imkanları olmasa bile Devlet bu kişiye iddiasını oluşturacak imkanları ya da kendisini savunacak hukuki desteği sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devletinin özünü oluşturan eşitlik ilkesi bir başka anayasal

¹ İNCEOĞLU Sibel, Adil Yargılama Hakkı”, in: İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, 3. Baskı, İstanbul 2013, sh. 239.

² 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle; bu fıkraya “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir. Daha sonra aynı ibare; Anayasa Mahkemesi’nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

ilke olan adil yargılanma hakkının (Anayasa m.36, AIHS.m.6) da mihenk taşıdır. Silahların eşitliği, herkesin kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili hakkaniyete uygun yargılanmayı talep ve iddialara karşı kendisini savunacak imkana sahip olması olarak da ifade edilmektedir³. Adil bir yargılama için silahların eşit olması, bir başka ifadeyle şüpheli ya da sanığın iddia makamı ile eşit imkanlara sahip olması gereklidir⁴. Ancak unutulmamalıdır ki bu hayatın olağan akışına uygun değildir. Başta şüpheli konumunda olan kişinin kolluk gücünü kullanan savcı ile eşit olduğunu söyleyebilmek mümkün olmayacaktır. Müdafii soruşturma sırasında, soruşturmanın sıhhatini bozacağından bahisle dosyaya erişim imkanından yoksun bırakılabilecektir⁵. Aynı şekilde şüpheli ya da sanık, hakkındaki dinleme kararından haberdar olmayacaktır. Bu durumlar silahların eşitliği ilkesinin maddi gerçek lehine sapma gösterdiği hallerdir. Ceza yargılaması diğer yargılamalardan farklıdır. Ceza hukukunun ultima ratio olması, ceza yargılaması tedbirlerini ve uygulamalarını da diğerlerinden farklı kılmakta; bazı durumlarda insan haklarının çekirdek özüne dokunulmaksızın bir takım tedbirleri kabul etmektedir. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için silahların eşitliği ilkesinin her zaman dengede olduğunu söyleyebilmek mümkün olmayacaktır. Ancak yoksul kişinin kendisini savunma olanaklarının temini ya da yoksul mağdurun maddi gereçeğin ortaya çıkartılması hususundaki mücadelesi konusunda esnekliğin mümkün olmaması gerektiği ifade edilmelidir. Burada artık adli yardım söz konusudur⁶. Adli yardım, mağdur gerekse şüpheli ve sanık bakımından kanunlarla düzenlenmiştir. Bu çalışmanın özünü oluşturan adli yardım kavramını önce yoksul mağdur açısından, sonra yoksul şüpheli ve sanık açısından yoksulun yargılamada temsili olarak değerlendireceğiz.

II. YOKSULUN YARGILAMADA TEMSİLİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Yoksulun yargılamada temsili ilk hukuki dayanağı Anayasa'dır. Anayasa'nın 2. , 10.,36. maddeleri adil bir yargılamada silahların eşitliği çerçevesinde yoksulun da tıpkı diğer bireyler gibi adalete erişim hakkı olması gerektiğini bunun sosyal hukuk devletinin özü olduğunu ifade etmektedir. Tabii ki bu şekilde bir ifadeyi Anayasa metni içerisinde değil ama ruhunda okuduğumuz açıktır.

Yoksulun yargılamada temsili 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda; Türkiye Barolar Bilirliği Adli Yardım Yönetmeliği'nde, zımnen de olsa 5271 sayılı CMK'da düzenlenmektedir. Burada belirtilen tüm hükümler yoksul mağdur ve şüpheli ile sanık bakımından geçerlidir.

5271 sayılı CMK'nun müdafinin görevlendirilmesi başlıklı 150/4. madde hükmü uyarınca hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle

³ ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku Des Kitabı, Adalet, Ankara 2014, sh. 16.

⁴ YCGK, E. 2006/6-192, K. 2006/311, T. 19.12.2006li Kararında , "Silahların eşitliği ilkesi, şüpheli/sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Davanın taraflarından birini iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan kanıtların sunma imkanı tanınmıyorsa silahların eşitliği bakımından ihlal doğacaktır. Bu ilke açısından önemli olan, taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamaması başka bir anlatımla iddia ile savunma arasında denge olmasıdır" ilkeyi açık bir şekilde ifade etmiştir... Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2006-6-192.htm&kw=%20silahlar%20B1n+e%20C5%9Fitli%20C4%9Fi+ilkesi%20#fm>

⁵ DEMİRBAŞ Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin, Ankara 2015, sh. 176-177.

⁶ KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul 2010, sh.411.

Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik uyarınca şüpheli ve sanığın müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirmesi durumunda görevlendirilen müdafie yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Söz konusu Yönetmeliğin 5. Maddesi kimlere müdafii ve vekil tayin edileceğini düzenlemiştir. Hem şüpheli ve sanık hem de mağdurun ceza yargılaması yürüyüşündeki temsiliyi öngören bu düzenlemeye göre : “ (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafie yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir.

(2) Şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malûl veya sağır ve dilsiz ise ya da hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yapılıyorsa istemi aranmaksızın barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için şüpheli veya sanığın müdafinin olmaması şarttır.

(3) İkinci fıkrada sayılan hâllerde kovuşturma aşamasında sanığa iddianamenin tebliği için çıkarılan çağrı kâğıdına ayrıca "tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafii bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafii görevlendirmesinin isteneceği, görevlendirilen müdafie ödenecek ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği" hususunu hatırlatan meşruhat verilir. Sanığın tutuklu olması hâlinde Ceza Muhakemesi Kanununun 176 ncı maddesinin üçüncü fıkrası gereğince yapılan işlemler sırasında yukarıda belirtilen meşruhat hatırlatılır. Sanık tarafından bildirimde bulunulmadığı, tebligat yapılmadığı veya tutuklu sanığın müdafii olmadığını bildirmesi hâlinde duruşma günü beklenmeksizin barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir.

(4) Vekili bulunmayan mağdur, şikâyetçi veya katılanın talep etmesi hâlinde, barodan bir vekil görevlendirmesi istenir.

(5) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince mağdur veya suçtan zarar gören için zorunlu olarak vekil görevlendirilmesi gereken hâllerde istemi aranmaksızın barodan bir vekil görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için mağdur veya suçtan zarar görenin vekilinin olmaması şarttır.

(6) Müdafii veya vekil görevlendirilmesi; soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından barodan talep edilir.”.

Yoksulun yargılamada temsili, insan haklarına ilişkin uluslar arası metinlerden Türkiye’nin taraf olduğu AIHS.m.6/3; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.14 adalete erişim hakkı ve Adli Yardım taleplerinin iletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile düzenlemiştir. Bu metinlerin hepsi Anayasa’nın 90. maddesi çerçevesinde iç hukuk normudur.

III. MAĞDUR VE SUÇTAN ZARAR GÖREN YOKSULUN YARGILAMADA TEMSİLİ

5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK’dan farklı olarak Kanun’un dördüncü kitabının birinci kısmında “Suçun Mağduru İle Şikâyetçinin Hakları” başlığı altında mağdur haklarını düzenlemiştir. Bu önemli bir gelişmedir. Gerçekten de mağdurun haklarının her zaman geri planda kalması, insan hakları, adil yargılanma hakkı denildiğinde ilk akla gelenin sanık hakları olarak algılanması nedeniyle eleştirilen bu durum 5271 sayılı CMK ile düzeltilmiş ve mağdurun haklarının da olduğu ifade edilmiştir.

Mağdurun hakları CMK.m.234 ve 239’da düzenlenmiştir. Bu hükümlerde açıkça belirtilmemiş olsa bile yoksul mağdur, şikâyetçi ve bunların davaya katılmaları halinde katılan adli

yardımdan yararlanma hakkını haizdir. Bu hak 1136 sayılı Avukatlık Kanunundan kaynaklanmaktadır⁷. Avukatlık Kanunu'nun 176. maddesinde adli yardımın kapsamı belirtilmiştir. Buna göre *"Adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılamak üzere bulunmayanlara bu Kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır."* Bu hükümle avukatlık ücretini karşılamak imkanı olmayan kişilere bu yardımın verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu yardımın esasları, uygulama şekli de ilgili Adli Yardım Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Adli yardım isteminin nereye yapılacağı, şartları, sağlanabilme koşullarının hepsi Avukatlık Kanunu'nun 177 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Burada önemli olan husus adli yardım talebinde bulunan mağdur, şikayetçi, katılanın bu yoksulluk durumunu ispat etmesinin aranmasıdır (Av. K.m. 178). Bu hükmün benzeri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda düzenlenmekte ve hukuk yargılaması ve idari yargılamada da adli yardım talebinde bulunanlardan talep edilmektedir (HMK.m.336).

Adli yardım talebi haklı görülenler ücretsiz bir şekilde avukat yardımı alabileceklerdir. Bu çerçevede avukat şikayetçi ve mağdur hakları çerçevesinde kendilerine yardım etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük kanundan kaynaklanmaktadır. Buna göre; mağdurun soruşturma sırasında hakları ve kovuşturma sırasında hakları olarak ikili bir ayırıma gidilebilir. Ancak mağdur ya da suçtan görenin yargılamada taraf olarak kabulü için katılan sıfatı alması gerektiği unutulmamalıdır⁸.

A. Yoksul Mağdurun Soruşturma Sırasında Temsili

Mağdurun kanundan kaynaklanan haklarını doğrudan talep etme hakkı olduğu gibi, avukatı vasıtasıyla da kullanabilme imkanı vardır. Dolayısıyla adli yardım çatısı altında, hukuki bilgisi yeterli olmayan yoksul mağdurun aydınlanma hakkı da avukatı aracılığı ile olabilecektir. Bunlar kısaca; delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizliliğini bozmamak suretiyle Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, CMK.m.153'e uygun olmak şartıyla vekili aracılığıyla soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma olarak belirtilebilir. CMK.m.234. maddenin 3. fıkrasında özel bir düzenleme bulunmakta ve mağdurun doğrudan kendisine avukat görevlendirilmesini talep edebileceği hal öngörülmektedir⁹. Bu düzenlemede durumda belirtilen haller sınırlı sayıda olup, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda vekili olmadığı durumda mağdur barodan kendisine bir avukat görevlendirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Burada suça özgü haller öngörülmüş olup, mağdurun mağduriyet ya da suçtan doğrudan zarar gördüğü fiiller dikkate alınarak bir düzenleme yapılmıştır. Mağdurun fiili durumuna özgü düzenleme ise adli yardım verecek kurumun genel düzenlemesi içerisinde ele alınmıştır.

B. Yoksul Mağdurun Kovuşturma Sırasında Temsili

⁷ PAMUK Gülfem, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, Beta, İstanbul 2012, sh. 224.

⁸ PAMUK, age., sh. 268.

⁹ 5271 sayılı CMK.m.234/3. (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) *Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, hakkını öngörmektedir.*

Burada belirtilmesi gereken husus mağdur katılan sıfatını alıp almadığına göre CMK farklı hükümlerine tabi olacaktır. Ancak burada ortak olan husus katılanın yoksulluk halidir ki bu da zaten CMK'da değil, Avukatlık Kanunu ve ilgili Adli Yardım Yönetmeliği çerçevesinde ele alınmaktadır. Katılan da mağdur kişi olduğundan yine CMK.m.234/1-b hükümleri içerisinde değerlendirilecektir. Burada mağdur ve katılan mağdur ayırımına gidilmeksizin yoksul mağdurun kovuşturma sırasındaki hakları ve temsili şü şekilde ifade edebiliriz:

"-Duruşmadan haberdar edilme;

-Kamu davasına katılma;

-Tutanak ve belgelerden örnek isteme¹⁰,

-Tanıkların davetini isteme;

-Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma"

şeklinde sıralanabilir. Bu belirtilen haller kanunda ifade edilen hallerdir ve bunların mağdura öğretilmesi gerektiği öneme vurgulanmaktadır¹¹. Burada belirtilmeyen ve soruşturma sırasında da mağdurun hakları arasında saydığımız bir takım başka haklar da fiile ilişkin durumdan kaynaklanan ve mağdurun vekilinin olmadığı hallerde özellikle Barodan kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebileceği hallerdir. Bu haller de yine cinsel saldırı ve alt sınırı beş senenden fazla olan suçlarla ilgili olan hallere ilişkindir. Bu düzenlemeler çok önemlidir. Mağdurun haklarının kuvvetlendirilmesi bakımından yerinde düzenlemelerdir.

Soruşturma ve kovuşturma sırasında mağdur onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Zorunlu avukat tayini olarak düzenlenen ve mağdurun haklarını kuvvetlendirme adına çok yerinde bir düzenleme olan bu hükümde yoksulluğun bir kıstas olarak alınmadığı görülmektedir. Burada yoksulluk da sayılmalı mıdır sorusu akla gelmektedir. Ancak AIHM uygulamasında dahi yoksulluğun tek başına dikkate alınmadığı hallerin bulunduğu, başka bir takım kıstasların da arandığı görülmektedir. Bu çerçevede zorunlu avukat tayini için aranan koşullar değiştirilmesi neredeyse imkansız mağdurdan kaynaklı fiziki koşulların çaresizliğine ilişkindir. Burada yargılama giderlerinin yüksek olup, adli yardımın verilmediği durumlarda adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ifade edilmekle birlikte; davanın dayanaklarının yeterli olmaması, makul bir başarı ihtimalinin olmadığı tespit edilmesi durumunda adli yardım verilmemesi mahkemeye erişim hakkının ihlalini oluşturmaz şeklinde bir değerlendirme ile de karşılanabilir¹². Burada kıstas hakkın özünün sınırlandırılmasında ölçülü davranılıp, davranılmadığıdır.

IV. ŞÜPHELİ VE SANIK YOKSULUN YARGILAMADA TEMSİLİ

Şüpheli ve sanığın savunma hakkını bir müdafii aracılığı ile kullanması, adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Burada mağdurun durumundan farklı bir hal söz konusudur. Hakkında suç isnadı bulunan şüpheli ve sanık hakkında isnat edilen fiile ilişkin gerçeğin

¹⁰ Anayasa Mahkemesi iptal etmeden önce mağdur ve şikayetçi CMK düzenlemesinde ancak *"vekili aracılığı ile"* tutanak ve belgelerden örnek isteyebiliyordu ancak Anayasa Mahkemesi bu ibareyi Anayasa'ya aykırı görerek 17/5/2012 tarihli ve E.: 2011/37, K.: 2012/69 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Değerlendirme için bz., ÜNVER/HAKERİ, age., sh. 325.

¹¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, age., sh.374.

¹² İNCEOĞLU, agm., sh. 217.

araştırılması ve maddi gerçeğin insan haklarına uygun bir şekilde yüzde yüze varacak şekilde ispat ettirilmesi gerekir. Bu açıdan uygulanacak olan tedbirler ve yapılacak olan araştırmalarda şüpheli ve sanığın haklarına, örneğin özel hayatın gizliliği, vücut bütünlüğü, seyahat özgürlüğü gibi haklarının özüne dokunulabilecektir. Halbuki mağdurun bu hakları yargılama makamı tarafından kısıtlanmamaktadır. Bu nedenle şüpheli ve sanığın soruşturma ve kovuşturmada temsiliinde büyük özen gösterilmeli ve insan hakları hep ön planda tutulmalıdır. Bu tespit özellikle kendisini savunabilme için gerekli ve yeterli maddi imkanlara sahip bulunmayan şüpheli ve sanık bakımından daha önemlidir. Burada görev sosyal hukuk Devletine düşmektedir. Yoksul şüpheli ve sanığın yargılamada temsili, silahların eşit kullanımının da göstergesidir. AIHM, Adil yargılanma hakkının bir parçası olarak adli yardımı mutlak bir hak olarak nitelendirmemektedir. Maddi yoksunluk içinde bulunan şüpheli ya da sanığın bu yoksulluğunu ispat etmesi gerektiği ifade edilirken, bunun tek başına yeterli olmadığı aynı zamanda *"adaletin selametinin bu yardımı gerekli kılıp kılmadığı, bir başka ifade ile davanın karmaşıklığı, isnat edilen suçun ciddiliği ve karşılaşılan ceza miktarının ağırlığı"* ile adli yardımın gerekliliğinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³.

A. Yoksul Şüphelinin Temsili

Ceza yargılaması yürüyüşünde bir suç isnadı ile karşılaşan kişiye şüpheli denir. Şüpheli CMK.m.2'de tanımlar maddesinde düzenlenmiştir. Şüpheli kişinin maddi imkanlardan yoksun bulunduğu hallerde, kendisini savunma imkanına maddi açıdan sahip olan bir kişiden farklı olmadığı hukuk idealidir. Ancak gerçek tabii ki bu değildir. Adil yargılanma hakkının özünü oluşturan savunma hakkı sadece kovuşturma aşamasında değil, soruşturma aşamasında da geçerlidir. Bu çerçevede yoksul şüphelinin hakları ve temsili CMK'da belirtilen genel esaslar ve hukukun temel ilkeleri çerçevesinde çözümlenmesi gereklidir. Bu duruma ilişkin örnek AIHM kararlarından bir tanesi de 2008 tarihli Türkiye'ye karşı Salduz davasında başvurusunun adli yardım kapsamında müdafiden yararlandırılmamasını AIHS.m.6/3 olarak değerlendirerek ihlal kararı vermiştir¹⁴. Nitekim AIHM, bir suçla itham edilen kişinin gerekirse resmi olarak görevlendirilen bir avukat ile etkin bir şekilde savunulmasının adil yargılanma hakkının unsuru olduğunu ifade etmiştir¹⁵. Belirtmek gerekir ki şüpheli kişinin savunmada temsil edebilecek olan kişiler müdafi ile sınırlı değildir. Aynı zamanda şüphelinin eşi, yasal temsilcisi ve vekilde olabilir¹⁶.

Şüpheli ve sanık hakları genelde müşterektir. Buna göre, şüphelinin hakkındaki isnadı öğrenme hakkı, susma hakkı, yakınlarına haber verilmesini isteme hakkı (Anayasa 19, CMK.m.95, YGİY.m.8); haklarını öğrenme hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, kendisine bir müdafi görevlendirilmesini isteme hakkı (Ör. CMK.m.101), ifade ve sorguda müdafiden yararlanma, tercümandan yararlanma hakkı; salıverilmeyi isteme hakkıdır. Bu haklarla birlikte ifade ve sorguda yasak yöntemlerin kullanılmaması da belirtilmesine ihtiyaç yokmuş gibi görünse de altının çizilmesinde yarar vardır. Belirtilen tüm bu haklar herkesin hakkıdır.

¹³ AIHM'nin çeşitli kararları ile birlikte değerlendirme için bkz., İNCEOĞLU, agm., sh. 265.

¹⁴ Karar için bkz. <http://www.echr.coe.int>.

¹⁵ DEMİRBAŞ, age., sh. 144-145.

¹⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, age., sh. 405-406.

Bu hakların özellikle yoksul kişinin temsili yönünden ele alınmasının önemi, bu hakların korunmasındaki zarurettir. Hukuki bilgi eksikliği ile birlikte adalete erişim yönünden maddi eksiklik birleştiğinde hak kaybına uğrama ihtimalinin artması ile birlikte hukuki güven zedeleneyecektir. Bu nedenle doktrinde de sürekli belirtildiği üzere kendisini savunma imkanına maddi yönden sahip olmayan kişilerin haklarını Devlet öncelikli olarak korumakla yükümlüdür. Bu sosyal hukuk devletinin gereğidir¹⁷.

Şüphelinin hakları bakımından önemli bir düzenleme de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 23. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümde ifade alma sırasında kendisine müdafî seçme hakkı olduğunun hatırlatılması gerektiği düzenlenirken aynı Yönetmeliğin 20. maddesinde hakları öngörülmektedir. Buna göre ; *"Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafî'nin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.*

Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç müdafî hazır bulunabilir.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafî'nin, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi hâlinde baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafî de bulunmazsa talebi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığın talebi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir."

Yoksulluk hiçbir düzenlemede zorunlu müdafilik için aranan kıstas olmasa da talep halinde adeta zorunlu müdafilik olarak ele alınmaktadır. Bu önemlidir, gerçekten de yoksul kişinin savunma için gereken donanımda olması adil yargılanmanın unsurudur.

B. Yoksul Sanığın Temsili

Kovuşturma aşamasında yoksul sanığın müdafii tarafından temsiline mahkeme tarafından müdafî tayini ile Baro tarafından bir müdafî'nin görevlendirilmesi 1412 sayılı CMUK zamanında tartışılmış¹⁸, tartışılan ve kuvvetlendirilmesi gereken haklar olarak belirtilen bu haklar 5271 sayılı CMK ile değiştirilerek insan haklarına daha uyumlu hale getirilmiştir. Kanunen sanığın müdafîiden faydalanma hakkı mümkündür, ancak burada önemli olan husus uygulamada bu haktan yararlandırılıp yararlandırılmadığıdır. Sanık hakları çok çeşitlidir. Devlet bu hakları temin etmekle yükümlüdür. Bu hakların temininin kontrolü de gerek Anayasa mahkemesine bireysel başvuru¹⁹ yoluyla gerekse AIHM yoluyla sağlanmaktadır. Yoksul sanığın hakları çeşitlidir. Buna göre; *"öncelikli olarak adil yargılanma hakkı (Anayasa m.36²⁰; AIHS.m.6; İHEB m.10)*

¹⁷ CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul 2013, sh. 162.

¹⁸ CENTEL Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı, İstanbul 1984, sh. 98.

¹⁹ 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna "ve bireysel başvuruları karara bağlar" ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

²⁰ Anayasa'nın Hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine göre ; *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

sanığın temel hakkıdır. Bu hak içerisinde yargılamanın tarafları arasında eşitliği ifade eden *silahların eşitliği* ilkesi d adil yargılanma hakkına mündemiçtir²¹. Yoksul sanık herkese gibi, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede tabi hakim ilkelerine göre yargılanacaktır. Burada hiç tartışmasız adli yardım kapsamında kendisini savunmak için bir müdafiden yararlanacaktır. Dil bilmediği durumda savunmasını bir tercüman aracılığı ile yapma hakkına sahip olacaktır²². Hakkındaki isnat da aynı şekilde anlayabileceği bir şekilde anadili ile kendisine bildirilecektir. Makul sürede yargılanma hakkı ile birlikte masumiyet karinesi hakkına sahiptir. Hiçbir şekilde yoksul diye şüpheden sanık yararlanır ilkesi göz ardı edilmeyecektir. Bu Anayasa'nın 10. maddesinin temelidir. Herkes kanun önünde eşittir.

Sanık muhakemenin her aşamasında adli yardımdan yararlanma hakkına sahiptir. AIHS'nin 6/3-a maddesi ve CMK 147/1-c²³, 148, 149 ve 150. maddeleri sanığın müdafiden ücretsiz bir biçimde yararlanma hakkını tanımaktadır. Sanık yoksul diye üzerinde baskı kurulmayacağı kendi kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmayacaktır. Sanığın tanık dinletme ve soru sorma hakları bulunmaktadır. Sanık dosyayı inceleyebilir, örnek alabilir ve bu şekilde savunmasını hazırlayabilecektir. Sanık duruşmada hazır bulunma hakkına sahiptir. Bu da adil bir yargılamanın en önemli unsurudur. Belirtilen tüm bu haklar silahların eşitliği ilkesinin birer görünümüdür.

Sanığın müdafisi hazır bulunmaksızın alınan ifadesinin sanık tarafından doğrulanmadığı sürece hükme esas alınmayacağını düzenleyen CMK.148/4²⁴, 1412 sayılı CMUK'da yer almayan bir düzenleme ve önemli bir yeniliktir. Sanığın yoksul ya da zengin olması önemsizdir. Ancak yoksul sanığın yukarıda da belirttiğimiz gibi kendisini korumasının tek yolu Devletin kendisine ferdi savunma imkanlarını tanıması suretiyle olmasına dayanır. Aksi halde savunma hakkından bahsedilebilmesi imkansızdır.

V. SONUÇ

Yoksulun yargılama da temsili tüm mağdur, şüpheli ve sanıkların yargılamada temsili kadar önemlidir. Çünkü herkes kanun önünde eşittir. Bu çerçevede ele alındığında hiç kimseye bulunduğu durum dolayısıyla acınmayacak ya da imtiyaz tanınmayacaktır. Bu eşitlik ilkesinin tezahürüdür.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

²¹ CENTEL/ZAFER, age., sh. 138.

²² AIHM, 1980 tarihli Almanya'ya karşı Luedicke, Belkacem ve Koç kararında yargılamada kullanılan tercüman giderlerinin sanıklardan alınmasını adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ve Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.

²³ 5271 sayılı CMK Madde 147 - "(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafisi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafisi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafisi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafisi görevlendirilir"

²⁴ 5271 sayılı CMK 148/4' e göre ; "(4) Müdafisi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz".

Bu ilkenin bir başka görünümü de yargılamanın süjelerinin eşitliğidir ki bu da silahların eşitliği ilkesi ile ifade edilmekte ve adil bir yargılamanın unsuru olarak nitelendirilmektedir²⁵. Silahların eşitliği tarafların birbirlerine karşı aynı donanıma sahip olması geretiğinden hareketle, adalete erişimin mümkün olması gerektiğini vurgular. Gerçekten de iddia makamı, mağdur, katılan, şüpheli ve sanık yargı makamı önünde tez, antitez ve sentez faaliyetini icra ederken araçlarının benzer olması adil yargılanma hakkının gereğidir. Nitekim AIHM'de adil yargılanma hakkının unsuru olarak gördüğü silahların eşitliği ilkesine uyulmamasını adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmektedir. Avukatla temsil olanağını silahların eşitliği çerçevesinde kabul eden AIHM, Almanya'ya karşı Pakelli kararında Federal Mahkemenin yargılamada sanığa müdafi atanmamasını daanın sonucuna etkisi olan mühüm bir eksiklik olarak nitelendirmiştir²⁶.

Hukukun temel prensibi olan eşitlik ilkesi gereği herkes, ırk, dil, din, cinsiyet, yaş, cinsel yönelim, ekonomik durum farkı gözetilmeksizin aynı haklara sahiptir. Mali yönden güçsüz olan yoksul kişinin sırf bu nedenle adil yargılanma hakkından yoksun kalması insan haklarının üstünlüğüne inanan demokratik, sosyal, hukuk devletleri için kabul edilemez. Çelişmeli bir yargılamada iddia ve savunma makamlarının elinde eşit güç bulunmalıdır ki maddi gerçeğe adil bir şekilde ulaşılabilsin. Yargılama türlerinin hepsinde silahların eşitliği ilkesi kabul edilmektedir. Bu ilke ceza yargılamasına özgü değildir. Ancak konumuz ceza yargılaması ile sınırlı olduğu için yoksulun yargılamada temsili bu çerçevede kısca ele alınmıştır. Konunun sadece hukuki değil sosyolojik boyutu da önem taşımaktadır. Savunma makamında bulunan yoksul kişinin yargılamada temsili ile sorun çözümlenmemektedir, yoksulun yargılamada temsili sonrası mahkumiyet halinde topluma kazandırılması ve hatta iş sahibi yapılabilmesinin önünün açılması da gereklidir. Bu da temsilin devamı niteliğinde sosyal Devlet olmanın gereğidir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak uygulama ile ortaya konulması gereken konuların sadece kanunlarda kalmaması gerekir.

Kısaca belirttiğimiz yoksulun yargılamada temsili sosyolojik boyutuyla da önemlidir. Hukuken bir ayrıcalık söz konusu olmamakla birlikte adli yardım mekanizması içerisinde yoksulun yargılamada temsili sağlanmaya çalışılmaktadır.

²⁵ PAMUK, age., sh. 258. Yazar "silahların eşitliği ilkesinin mağdur bakımından uygulanması gerektiğini, bu bağlamda tıpkı sanık gibi ücretsiz avukat yardımından yararlanma hakkına sahip olması gerektiğini" ifade etmektedir.

²⁶ PAKELLI v./ Allemagne (1984) 6 EHRR.

Access to Justice and Poverty (a perspective under the human rights approach)

Prof. Dr. Migena Leskoviku*

- **Introduction**

Access to justice is “not only a fundamental right in itself, but it is an essential prerequisite for the protection and promotion of all other civil, cultural, economic, political and social rights.”¹ Access to justice means *substantive* justice (the right to an effective remedy, in conformance with human rights standards, whether through formal or informal institutions) as well as *procedural* justice (the right to effective judicial protection through fair trial or due process).² Access to justice is crucial for restoring rights that have been disregarded or violated, such as those contained in the international and regional Conventions.

In the context of human rights, equitable access to justice means ensuring that all individuals are served and protected by legal systems. This means outcomes must be meaningful and

* University College “Luarasi”, Tirana, Albania.

¹ Magdalena Sepúlveda Carmona, Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, ‘Extreme poverty and human rights’, 9 August 2012, A/67/278.

² Ibid. The Special Rapporteur on extreme poverty and human rights notes: “States have assumed obligations by committing themselves to respect, protect and fulfil several rights such as the right to an effective remedy (e.g., Universal Declaration of Human Rights, art. 8; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 2.3; Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. 6; Convention against Torture, arts. 13 and 14); the right to equality before the courts and tribunals (e.g., International Covenant on Civil and Political Rights, art. 14.1); the right to a fair trial (e.g., Universal Declaration of Human Rights, art. 10; International Covenant on Civil and Political Rights, arts. 14-15); the right to legal assistance (e.g., Universal Declaration of Human Rights, art. 11.1; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 14.3 (b)-(d)); and the right to equality and equal protection of the law (e.g., Universal Declaration of Human Rights, art. 7; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 26).

See also: (1) Magdalena Sepúlveda Carmona, Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, ‘Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights,’ 11 March 2013, A/HRC/23/36; (2) UNDP, Programming for Justice: Access for All. A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice, (2005), available: <http://regionalcentrebangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/tools/index1.html>, where access to justice is defined as the ability to “seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with human rights standards”; and (3) UNDP Justice System Programme, ‘Access to Justice Concept Note’, February 2011, where it is defined as “the right of individuals and groups to obtain a quick, effective and fair response to protect their rights, prevent or solve disputes and control the abuse of power, through a transparent and efficient process, in which mechanisms are available, affordable and accountable.”

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

effectively protect from or deliver redress for wrongs. Lack of access to justice is a defining attribute of poverty and exclusion. Certain groups – such as women, minorities and people with disabilities – are therefore generally more affected than others. Due to their dependent status, children are particularly vulnerable³ and some groups of children are more affected than others due to poverty and exclusion.⁴ For example, discriminatory attitudes towards girls, poor children, minorities, people living on the street and with disabilities often limit the ability of these groups to access justice and receive outcomes in their best interest.

There is a clear link between the safety and security of individuals and their effective access to justice, especially in the provision of remedies for violations of the rights contained and recognized in the international and regional Conventions and enshrined in constitutional provisions. Despite the positive flow on effects of the realization of access to justice, vulnerable groups far too often must overcome social, economic, and political barriers to achieve outcomes that are “just and equitable.”⁵

In terms of access to justice approach, three main pillars/principles have to be considered:

- Promoting accessibility – eliminating barriers that prevent people from understanding and exercising their rights
- Ensuring fairness – delivering fair and just outcomes for all parties, including those facing financial and other disadvantages
- Increasing efficiency – delivering fair and just outcomes effectively, without waste or duplication.

When we refer to access to justice concept the principle of equality should be the focal point of discussion. Thus, equal access to justice involves extending the reach of formal rule of law institutions to the population by removing barriers to their use. Strengthening access also involves engaging the informal sector to enhance its reach, effectiveness, and compliance with human rights standards.

Nowadays, the access to justice approach has gained widely importance and has been addressed at the international as well as the domestic level. In the last decades this concept is further developed which led to considerable modifications of international and European legal framework. Access to justice is affected by social and cultural practices that should aim to enable persons to seek justice without fearing of reprisal and stigmatization. What is worth mentioning is the approach that combines the need to always guarantee the human rights in relation to information, participation and representation in administrative and judicial proceedings, recognizing these rights in all stages of the proceedings, considering that the private life, interests, special needs, individual dignity of the person must be respected and protected.

It is not enough to have laws that outline and prescribe human rights. These ought to be accompanied by interventions and mechanisms that allow all persons to equally gain the awareness and resources required to access the justice system.

³ Ibid.

⁴ Supra, note 3.

⁵ UNDP, Access to Justice: Practice Note (2004).

Access to justice is defined by the United Nations Development Programme (UNDP) as “the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, in conformity with human rights standards.” A more recent practitioners’ definition has also been suggested by UNDP: “the right of individuals and groups to obtain a quick, effective and fair response to protect their rights, prevent or solve disputes and control the abuse of power, through a transparent and efficient process, in which mechanisms are available, affordable and accountable.” Therefore, over the last few decades, the concept of access to justice has evolved from a right to take legal action for violation of rights into a term that more broadly encompasses equitable and just remedies.⁶

Access to justice is also an integral part of any good rule of law framework⁷. In 2012, the High-Level Meeting of the UN General Assembly on the Rule of Law recognized the importance of the rule of law for the protection of the human rights, including legal protection from discrimination, violence, abuse and exploitation. Increasingly, the rule of law is also seen as a prerequisite to sustainable development, the decrease of poverty, and greater equality. Very often, certain individuals face laws, policies and practices that are not adapted to their experiences or otherwise lend themselves to unjust results in criminal matters, family disputes, including domestic violence, etc. Where poverty is a factor, persons are even less likely to approach the justice system to claim their rights: the stigma of poverty and the multi-dimensional deprivations suffered by the poor or those excluded and marginalized on other grounds such as disability, gender or ethnicity are enhanced by the one’s dependent status.

Access to justice must be equitable in its implementation, not only in form. *Equitable access to justice* requires enhanced friendly and sensitive legal and policy reforms, including capacity building and the provision of adequate staffing and services to meet individual’s needs. Further, beyond the justice sector, changes are needed across the spectrum of other services so that people obtain an understanding of their rights, are able to access services, and seek justice and redress. This means that all stakeholders and government officials must closely collaborate in helping persons to access justice, equally.

- **Equal access to justice as an integral part of the international and European human rights framework**

For the purpose of this paper, it is essential to consider the relevant international and regional human rights instruments that have developed over time. These norms guide law and policy

⁶ See UNDP Justice System Programme, ‘Access to Justice Concept Note’, 2011, p.2.

⁷ In the United Nations definition, the rule of law is a “principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards.” See: United Nations, ‘Guidance Note of the Secretary General UN Approach to Rule of Law Assistance’, 2008.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

through binding legal obligations, guidelines, best practices, and recommendations. The concept of access to justice is still an evolving one⁸.

The basis of the right to access justice can be found in international human rights instruments including the *Universal Declaration on Human Rights* (UDHR)⁹ and the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). These human rights instruments recognize the right of an individual to take legal action to defend his/her rights, when these rights have been violated. The Universal Declaration of Human Rights enshrines the notion of *access to justice*. Thus, article 8 of the UDHR provides that: "Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law." Article 10 confirms that: "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him", without excluding persons of any age.

The ICCPR reaffirms this right. While the UDHR refers to the right to a remedy for violations of rights recognised by national constitutions, Article 2 of the ICCPR recognises the right to a remedy for internationally recognised human rights. Article 14 recognises the right of access to courts, in particular, for a fair hearing on issues concerning any legally recognised right. This right, as recognised by Article 14, is not limited to human rights violations, but covers practically any issue concerning any legal right, regardless of whether the other party is a public official, private individual, corporation, or any other entity. Article 26 of the ICCPR confirms the principle of non-discrimination and equality in this context: "All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law."

Article 3 of the CRC is particularly pertinent to issues concerning remedies and decisions taking on behalf of children. It provides that in "all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration".¹⁰ It also provides that "States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures" as well as that every State party "shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and

⁸ UNDP Justice System Program (2011). '*Access to Justice Concept Note*'.

⁹ Universal Declaration of Human Rights, art 8.

¹⁰ In determining 'best interests', all the legal rights of the child as well as their individual circumstances must be taken into account. Determining best interest should involve adequate child participation without discrimination, due weight to be given to the views of the child and input from decision makers with relevant areas of expertise.

See also: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 2013, CRC/C/GC/14.

suitability of their staff, as well as competent supervision". Access to justice for children encompasses the right to be heard, to participate in legal proceedings and to be protected, according to the provisions of this Convention¹¹.

The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination¹² prohibits discrimination on the basis of racial or ethnic origin in relation to a number of economic, social and cultural rights. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)¹³ affirms a range of economic, social and cultural rights to women. The ILO Conventions protect a range of work related economic, social and cultural rights, too. It defines discrimination against women as "...any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field."¹⁴

The ILO Convention No.111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation (approved in 1958 and enforced in 1960) provides for pursuing a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof.

Human rights in the context of equal access to justice have been further articulated by other UN and regional treaty monitoring bodies through general comments and concluding observations. Additionally, while not binding in the same manner as treaty instruments, international and regional guidelines support and further clarify this framework.

In recent years several human rights treaty bodies, mentioning for example the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its *General Comment no. 3*, has paid attention to the nature of States obligations under the Covenant. The right to non-discrimination was among the provisions considered by the Committee to be capable of immediate realization and enforceable by the respective authorities, noting that the enjoyment of the rights recognized, without discrimination, will often be appropriately promoted, through the legislative measures as well as provision of judicial or other effective remedies¹⁵. The Committee emphasizes that even where the available resources are demonstrably inadequate, the obligation remains for a State party to strive to ensure the widest possible enjoyment of the relevant rights under the prevailing circumstances and it underlined the fact that even in times

¹¹Children have the right to express their views freely on all matters affecting them. Article 12(2) provides that: "the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law".

¹² *UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1969), (ratified by Albania in May 1994).

¹³ *UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW) 1979, (ratified by Albania in May 1994).

¹⁴ Article 1 CEDAW.

¹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights: *General Comment No. 3* "The nature of States parties' obligations" (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86 (1991), paragraph 5.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

of severe resources constraints whether caused by a process of adjustment, of economic recession, or by other factors the vulnerable members of society can and indeed must be protected by the adoption of relatively low-cost targeted programs¹⁶. This is a clear statement that the question of availability of resources does not reduce States parties' obligations to satisfy socio-economic rights by postponing them to a future time.

In its *General Comment No. 18*, the Human Rights Committee¹⁷ clearly stated that non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights. It underlined that discrimination should be understood as "any distinction, exclusion, restriction or preference which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms."¹⁸ The Human Rights Committee has further noted in relation to Article 2/3 ICCPR that: "remedies should be appropriately adapted so as to take account of the special vulnerability of certain categories of person."¹⁹ There are also procedural guarantees in Articles 9 and 14 relating to arrest and detention and fair trial, respectively.

Access to justice must be seen as a tool to realize economic, social and cultural rights as foreseen also in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).

The International legal framework constitutes a core basis for adopting and developing regional acts and instruments dealing with equality and non-discrimination principle/concept from a human rights perspective with direct impact at the domestic level. European regional human rights instruments incorporate (equal) access to justice provisions, reinforcing the international human rights framework and providing an additional layer of protection and opportunity for redress. Briefly, the Council of Europe and European Union's standards in this area will also be mentioned, as they are increasingly relevant in the region.

The 2011 *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, also referred to as the Istanbul Convention, requires, among other things, that women and girls are afforded adequate protection and support as victims and witnesses of domestic violence.

¹⁶Committee on Economic, Social and Cultural Rights: *General Comment No. 3* "The nature of States parties' obligations" (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86 (1991), paragraphs 11-12.

¹⁷ This is a body established under the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) to monitor State party compliance with the Covenant.

¹⁸ **Human Rights Committee: General Comment No.18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994).** See also: Committee on Economic, Social and Cultural Rights: 'General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights' (42nd session, 2009), E/C.12/GC/20, 2009.

¹⁹ Human Rights Committee: 'General Comment No.31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant', CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 2004, paragraph 15.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

At the regional level, among the most important instruments to be mentioned are the European Social Charter (ESC)²⁰ and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)²¹. ESC protects a wide range of economic, social and cultural rights, including the right to work, to favourable working conditions, the right to join trade unions and to take collective labour action in the right to health²², the right to social security, including the right to medical assistance and the right to social welfare services, in Articles 12 to 14. The protection of especially vulnerable groups is enshrined in Articles 15 to 17 and 19, and the right to housing in Article 31 of this Charter. The European Committee of Social Rights oversees conformity of national law and practice with the Charter. Additionally, the *European Social Charter (Revised)*, an instrument focused on social and economic human rights, contains provisions specifically directed at the enhancement of human rights.²³ Importantly, the Social Charter includes a 'collective complaints procedure'²⁴ which allows non-governmental organizations and other specified groups to lodge complaints where it has been alleged a State has not complied with the provisions of the Charter. This procedure has been described as an innovative, efficient, accessible and simple mechanism to uphold human rights especially for certain vulnerable groups.²⁵

The prohibition on discrimination is guaranteed by Article 14 of the ECHR, which ensures equal treatment in the enjoyment of the other rights set down in the Convention. Protocol 12 to the ECHR, expands the scope of the prohibition of discrimination by guaranteeing equal treatment in the enjoyment of any right (including rights under national law).

ECHR recognises the right to an effective remedy²⁶. Article 1 provides that States "shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms" contained in the Convention. The Strasbourg Court's practice has been to have a "benevolent attitude towards access by minors".²⁷ The Court stated: "...vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity". This approach has been followed in several cases concerning neglect, physical and sexual abuse²⁸.

The Lisbon Treaty makes it clear that the European Union will be directed by the following principles: democracy, rule of law, versatility and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect human dignity, the principles of equality and solidarity, and

²⁰ *European Social Charter* adopted in 1961 by the Council of Europe and revised in 1996; ratified by Albania in 2002.

²¹ *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, adopted by Council of Europe, 1950 (ratified by Albania on 2 October 1996).

²² See articles 1-11 ESC, for these rights.

²³ 'European Social Charter', adopted 1961 (ETS 035), revised 3 May 1996 (ETS 163), revision entered into force 1 July 1999.

²⁴ Albania has ratified the European Social Charter, but it has not accepted the optional collective complaints procedure.

²⁵ Council of Europe, *'International Justice for Children'*, 2008, p. 12.

²⁶ Article 13 of ECHR.

²⁷ Council of Europe, *'International Justice for Children'*, 2008, p. 71.

²⁸ For example see *Stubblings and Others vs. the United Kingdom* (1996); *Scozzari and Giunta v. Italy*, (2000); *Z and others v. UK* (2001); *Michaud v. France* (2012); *Fabris v. France* (2013), etc.

respect for the principles of the United Nations Charter and international law. These principles are reinforced by the Charter of Fundamental Rights of the EU, which includes all of these rights in a single text. Furthermore, the importance of European Convention of the Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and the respective jurisprudence of the Strasbourg Court are recognized at the union level and are of paramount importance.

At the EU level, until 2000 non-discrimination law applied only to the context of employment and social security, and only covered the ground of sex²⁹. In 2000, two directives were adopted: the *Employment Equality Directive* prohibited discrimination on the basis of sexual orientation, religious belief, age and disability in the area of employment; the *Racial Equality Directive* prohibited discrimination on the basis of race or ethnicity in the context of employment, but also in accessing the welfare system and social security, and goods and services. This was a significant expansion of the scope of non-discrimination law under the EU, which recognized that in order to allow individuals to reach their full potential in the employment market, it was also essential to guarantee them equal access to areas such as health, education and housing. In 2004, the *Gender Goods and Services Directive* expanded the scope of sex discrimination to the area of goods and services. Although sexual orientation, religious belief, disability and age are only protected grounds in the context of employment, a proposal to extend protection for these grounds to the area of accessing goods and services (known as 'Horizontal Directive') was debated and considered by the EU institutions³⁰.

As mentioned above, in providing a much clearer concept of discrimination and equality, a crucial role is played by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and of the European Court of Justice. European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Justice leave to the public authorities a margin of appreciation to determine the concept and criteria that can lead to equality and non - discrimination, for specific cases, but without exceeding the minimum threshold set forth. These European jurisdictions have played a key role in developing its jurisprudence on a case-by-case ground regarding such questions.

As the Strasbourg Court ruled, public authorities must use all available means to strengthen the vision of democracy on a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of its enrichment³¹. According to ECJ jurisprudence in order to ensure that everyone has equal enjoyment of rights, governments, and employers and service providers may need to take special or specific measures to adapt their rules and practices to those with different characteristics. The terms 'special measures' and 'specific measures' can be taken to include

²⁹ Latter, significant lobbying was carried out by public interest groups calling for the prohibition on discrimination to be extended in EU law to cover other areas such as race and ethnicity, as well as sexual orientation, religious belief, age and disability.

³⁰ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004. See also the *Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Publication Office of EU, Luxembourg 2011, p.14.

³¹ See the decision in the case *Stoica vs. Romania*, European Court of Human Rights, 2008.

redressing past disadvantage suffered by those with a protected characteristic³². Where this is proportionate, it may constitute a justification of discrimination.

European non-discrimination law, as constituted by the EU non-discrimination directives, and Article 14 of and Protocol 12 to the ECHR, prohibits discrimination through a range of contexts and grounds. With the rich body of case-law developed by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice in the field of equality and non-discrimination, it seems useful to know and study this case law practice, as a mean to know the European standards and their practical implementation, but also to compare the legal and institutional measures at the domestic level aiming the improvement of the situation at the domestic level concerning the equal access to justice and non-discriminatory practices in compliance with international and European standards³³.

- **Access to justice in relation to economic situation and poverty**

Human rights create entitlements for rights-holders, but they also create duties for right-bearers. Human rights require that various actions of a legislative, administrative, policy or program nature are considered in view of the obligations inherent in human rights. A rights-based approach thus assumes the creation of an enabling environment in which human rights can be enjoyed and guaranteed either from a vertical or horizontal perspective and also promises an environment which can prevent the many conflicts based on poverty, discrimination and exclusion³⁴. Pursuant to the level typology of State obligations approach, with regard to human rights generally, these obligations to *respect*, *protect* and *fulfill* has become a widely accepted framework for analyzing States' obligations³⁵.

Fundamental human rights principles recognized internationally and domestically, include among others values/principles such as: equality, social participation, legitimacy, transparency, access to information, judicial protection and accountability, etc. People must be able to participate in public life and to meaningfully interact with the decision-making process

³² See for example the case *Abrahamson and Leif Anderson vs. Elisabeth Fogelqvist*, European Court of Justice, 2000.

³³ Migena Leskoviku (2012), "*Albanian legislation on discrimination and its harmonization with EU legal framework*", delivered at the International Scientific Conference "*Towards future sustainable development*", University of Shkodra 'Luigj Gurakuqi', Shkodër, 16-17 Nëntor 2012. Proceedings of the Conference ISBN: 978-9928-4135-0-5. (CD version).

³⁴ C.Miller & M.Thomson (2005), "*Case Studies on Rights-based Approaches to Gender and Diversity*", published by Gender Development Network, London, UK, pp.3. See also the web site: www.plan-academy.org.

³⁵ This three level typology of State' obligation was pioneered by Asbjørn Eide who developed the following typology: the duty to *respect* the right (primary level) is essentially a duty of non-interference with existing access to adequate right. It requires States Parties to refrain from measures that prevent such access; the duty to *protect* the right (secondary level) requires State Parties to take active measures to ensure that enterprises or individuals do not deprive other individuals of their access to adequate right; the duty to *fulfill* the right (tertiary level) is a positive obligation to include the duty to facilitate and to provide. See also U.N. ECOSOC, Sub-Comm. on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights: Report on the Right to Adequate Food as a Human Right*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (submitted by Asbjørn Eide), July 1987.

affecting them, thus rendering the processes affecting their lives open to participate and contest³⁶. Individuals whose rights have been affected must enjoy accessible and effective remedies to seek redress and compensation³⁷. Human rights standards call for governments to ensure that no deliberately regressive measures are taken, unless this is fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the core human rights treaties and in the context of the full use of the maximum available resources. Even in the face of public revenue limitations, States must primarily consider the maximum available resources to ensure that full implementation of economic and social rights is progressively realized in the short and longer term. In addition, the principle of non-discrimination requires that States ensure that all measures adopted avoid disproportionate effects and that deliberate, targeted measures are put into place to secure substantive equality of access to basic services across countries and population groups. Disadvantaged and vulnerable members of society must be protected as a matter of priority, even in times of severe resource constraints. Under a human rights perspective, a government must also ensure that human rights standards take primacy over any trade, investment or finance commitments.

In developing countries the barriers of access to justice have the biggest impact on the poorest people. The barriers can be related to reasons such as costs and long distances but also importantly to discrimination, inequality, lack of legal awareness, and corruption in the justice system. Often traditional informal community based justice systems are the only ones the poorest women and men can access. While offering dispute and conflict resolution mechanisms that are close to the people and easily accessible, traditional justice systems also present several problems – starting with lacking linkage of decisions with human rights. In particular, these mechanisms often fail to ensure equal rights for vulnerable groups. Increased openness and transparency of the procedures and decision-making as well as keeping records of the decisions would be useful for those mechanisms.

From a human rights approach, poverty cannot be examined only through levels of income. Rather, poverty is a multidimensional phenomenon that includes as one of its components chronic social, political and economic inequality³⁸. From a human rights perspective, poverty

³⁶ There are several articles of the Albanian Constitution that enables this possibility of citizens. Article 15/2 of the Albanian Constitution states: “The public authorities, in fulfillment of their duties, shall respect the fundamental rights and freedoms, as well as contribute to their practical implementation”.

Article 23/2 of the Albanian Constitution states: “Everyone has the right, in compliance with the law, to obtain information about the activity of state authorities, and of persons who exercise public functions.”

³⁷ Article 13 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, titled ‘Right to an effective remedy’ states: “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”. See: www.echr.coe.int.

Also, Article 44 of the Albanian Constitution stipulates: “Everyone has the right to be rehabilitated and/or indemnified in compliance with law if he/she has been damaged because of an unlawful act, action or failure to act of the state authorities”.

³⁸ Magdalena Sepúlveda Carmona and Kate Donald, ‘Access to justice for persons living in poverty: a human rights approach’, (2014). Available also at: <http://ssrn.com>.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

is “a human condition characterized by the sustained or chronic deprivation of the resources, capabilities, choices, security and power necessary for the enjoyment of an adequate standard of living and other civil, cultural, economic, political and social rights”.³⁹ Therefore, fighting poverty not only requires improving income levels and access to housing, food, education, health services and water and sanitation, but also that persons living in poverty have the resources, capabilities, choices, security and power necessary to enjoy the whole spectrum of human rights. Access to justice plays a crucial role in all parts of this equation. The exclusion of people living in poverty from the protection provided by the law denies them the opportunity to improve their enjoyment of rights. To ensure that persons living in poverty can benefit from the law and enjoy equal access to justice, a holistic set of reforms is necessary. While measures such as reforming the justice sector, improving legal information and education and implementing human rights training are necessary steps, action is also required to address the multidimensional causes of poverty and social inclusion.

The United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor estimated in 2008 that four billion people were excluded from the rule of law⁴⁰. A more recent study estimates that an access to justice gap exists for a majority of the people in the world, perhaps even as many as two thirds. Every year, one in every eight people on earth runs into a serious conflict that is hard to avoid: at home, at work, regarding land, about essential assets they bought, or with local authorities. About half these people do not succeed in obtaining a fair, workable solution, although many of these problems could be addressed and solved with better access to justice. Many of these people who are left without remedy or recourse will be people living in poverty, and the lack of solution could evolve into a threat to their livelihood⁴¹.

The human rights approach to access to justice seeks to develop people’s capacity to demand accountability and the State’s obligation to provide effective remedy in a holistic manner. This includes through strengthening of the judicial system, promoting capacity-building and empowerment at the individual and community level, and by tackling underlying structural and economic-social obstacles, stigma, lack of access to education and social exclusion.

Under the human rights framework, States have an obligation to ensure access to justice for all. To this end, they must have a legal and institutional framework in place that does not discriminate any individual or group, that facilitates access to independent and effective judicial and mechanisms equally, enabling those seeking redress. However, a human rights approach recognizes that these steps will not be sufficient without changing such power structures by empowering those who are more vulnerable and disadvantaged. Thus, reforms must prioritize the needs of those most vulnerable who must be considered active stakeholders and not just passive recipients of reforms. They must be enabled to actively and meaningfully participate in the decisions that affect their lives.

A human rights approach calls also for the reform of governance structures to ensure that all economic policy at the domestic and international levels is carried out in accordance with the

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Commission on Legal Empowerment of the Poor (CLEP), 2008, Volume I.

⁴¹ *Ibid.*

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

legal content that the human rights regime offers⁴². An essential starting point for redressing the imbalance between the State and the market is to recognize and reaffirm that governments have duties to respect, protect and fulfill human rights, as well as obligations to meet the human rights principles of equality, non-discrimination, participation, transparency and accountability⁴³. The implications of these standards and principles for longer-term responses at the national level should be strongly outlined.

From a rights-based approach, improving access to justice by the poorest requires creating the conditions to enable those who are socially or economically disadvantaged to enjoy a real opportunity for justice or the benefits of due process of law in an equal manner.

Due to their lack of financial, social and political capital, people living in poverty are exceptionally vulnerable to crime, abuse and exploitation. Therefore, access to justice can serve a protective function, shielding them from plunging deeper into poverty through falling victim to criminal or illegal acts. Secondly, access to justice can serve a proactive role in the fulfillment of human rights. Better legal empowerment of the poor can also result in improved public services, bolster the social accountability of the state and create greater civic engagement in governance.

Thus, a specific target on access to justice would not only be in the interests of tackling poverty and inequality, but it would also contribute to the fulfillment of many other targets and goals. Today, more stakeholders are devoting attention to access to justice and there is an increased awareness that it is crucial for equitable present and future development.

The Central and Eastern Europe region is still affected by the consequences of certain legacies, which are reflected in significant rates of socio-economic inequality and political instability, and deficits in the full transition to the rule of law. To these challenges, the uneven political commitment to inclusive policies, in a region characterized by religious and ethnic diversity, can lead to greater levels of intolerance and security risks. In certain countries, “corruption is seen as particularly acute in the legal process, as the police, courts and judiciary are some of the least trusted institutions”, demonstrating the need for effective rule of law frameworks that strengthen justice sector institutions, including access to justice services and mechanisms⁴⁴. In a number of countries (including Albania), efforts such as reducing court waiting times and modernizing court processes have been undertaken to improve judicial efficiency. Despite these efforts, the independence, effectiveness and integrity of the justice sector are still evolving, as is public confidence, as illustrated by several studies on this topic⁴⁵. Sufficient funding for the justice sector remains a challenge in many countries, and there have been indications that funding cuts may continue in the future.

⁴² Centre for Economic and Social Rights: *Human rights and the global economic crisis*, US, 2009.

⁴³ OHCHR, *Principles And Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, HR/PUB/06/12, Office of the High Commissioner for Human Rights: Geneva, 2006.

⁴⁴ Transparency International, ‘Corruption Perceptions Index 2014: Results’, Transparency International, 2014, <www.transparency.org/cpi2014/results>.

⁴⁵ Council of Europe, *State of democracy, human rights and the rule of law in Europe, Report by the Secretary General of the Council of Europe*, CoE, Strasbourg, May 2014, p. 23.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

In 2014, the World Justice Project Rule of Law Index ranked 99 countries on how the rule of law is experienced in everyday life, where Albania ranked 63rd⁴⁶, however recognizing the country has seen some improvements.

As the Rule of Law Index highlights, justice systems in the region have traditionally been fragile and there still exist challenges in terms of government accountability, judicial independence and significant levels of corruption⁴⁷. To address these issues, reforms and progressive changes in constitutional and legal frameworks are ongoing in many countries (as it is the case of Albania), as are efforts to strengthen the professionalism, independence and integrity of the judiciary.

The Albanian Government, according to the constitutional values and fundamentals, has broad responsibility towards its citizens. It cannot ignore the weak, the vulnerable and it is part of its responsibility towards all of them as the guarantor of social justice. The private sector and civil society organizations play important roles in helping citizens articulate their interests and exercise their rights. Thus, *a human rights-based approach calls for a reform of governance structures to ensure that all economic policy is carried out in accordance with the human rights regime. This will ensure participation at all levels, subjecting decisions to public scrutiny, equality, transparency and accountability at every step.*

At the heart of the rule of law is the notion that all persons are equal before the law. Equally fundamental is a state's obligation under human rights law to set up effective access to justice mechanisms for when the rights to equality and to non-discrimination are breached. Despite a set of international and regional norms protecting the rights of minorities and their ethnic, religious and linguistic identities, many minority and vulnerable groups are excluded from full and equal political and economic participation⁴⁸. The practice shows that the justice experience for certain vulnerable groups does not always reflect the legal and policy framework in place in a given country. Overall, access to justice is largely affected by their consequent dependent status, as well as by cultural perceptions of a person's place in society and within the family. Due to their situation, poor people have less knowledge, fewer financial resources and are generally less-equipped to deal with the complexity of the justice system, in all its forms. It is difficult for marginalised groups, especially those with scarce economic means to receive information regarding their rights, to approach and understand available remedies and to access justice fora and mechanisms.

In many countries across the developing and developed world, measures such as cuts to social protection systems and public services as well as regressive taxation reform, are threatening States' human rights obligations and disproportionately impacting on the rights and

⁴⁶ The World Justice Project Rule of Law Index ranks countries based on how the rule of law is experienced in everyday life according to eight themes: constraints on government powers, absence of corruption, open government, fundamental rights, order and security, regulatory enforcement, civil justice and criminal justice. In 2014, the World Justice Project conducted more than 100,000 household and 2,400 expert surveys to determine the rankings. The World Justice Project, 'Rule of Law Index 2014', WJP, Washington, D.C., 2014.

⁴⁷ The World Justice Project, 'Rule of Law Index 2014', WJP, Washington, D.C., 2014, p. 37.

⁴⁸ ODI: *The global financial crisis: Poverty and social protection*, Overseas Development Institute, London, 2009.

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

livelihoods of persons living in poverty⁴⁹. Critics have argued that structural inequalities in international monetary and financial architecture and the imposition of national austerity measures have had wide-ranging human rights implications and pose a continuing threat to the global economy that must be addressed⁵⁰. If social unrest and public expressions of desperation and frustration are met, as they have already been in some countries, with violent repression by government forces, then civil and political rights will also be threatened by the economic crisis. The rise in xenophobic or otherwise discriminatory sentiments that is being seen in several places could also jeopardize the rights of migrant workers and minority groups, who are most vulnerable to discrimination. Looking at these impacts, and accepting the consensus about the sources of the crisis, one has to conclude that choices made on financial regulation have tangible consequences for the enjoyment of rights.

Thanks to the MDGs, governments and international actors have acted more decisively on poverty and other development agenda's issues, as well generation and collection of more targeted data on MDG issues, which have been used to influence policies and shape national or international measures. Together, rule of law, access to justice and legal empowerment contribute to an enabling environment for achieving the MDGs⁵¹.

In the ongoing discussion about the shape and content of the post-2015 development agenda, the inclusion of a global and generic stand-alone goal on equality is highlighted⁵². Many actors have recognized that one of the weaknesses of the MDG framework has been its weakness to the issue of inequality and to the most extremely disadvantaged members of societies. Various studies have shown that inequality is rising across many developed and developing countries, and have also documented its detrimental effect on social cohesion and economic growth. Equality is, of course, also a fundamental human rights principle. A global goal and targets dedicated to eliminating inequalities will draw attention to this increasingly important issue, as well as to the needs of groups and individuals who are most disadvantaged. It will create incentives to end discrimination and call for more effective ways of collecting disaggregated data on inequality, disadvantaged groups and the challenges they face.

The post-2015 development agenda incorporate a stand-alone goal to ensure that access to justice is treated as a vital feature of human-centred social and economic development⁵³. Access to justice is a human right in itself, and essential for the realization of a range of other civil, cultural, economic, political and social rights. In the absence of this access, individuals are unable to have their voices heard, exercise their rights challenges redress or accountability mechanisms. Without equal access to justice, people living in poverty are unable to claim their

⁴⁹ Commissioner for Human Rights: *Effects of the economic crisis on the enjoyment of human rights*, Council of Europe, Strasbourg, November 2012.

⁵⁰ United Nations, *World Economic Situation and Prospects*, 2012.

⁵¹ UNDP "Access to justice and rule of law", www.undp.org.

⁵² Magdalena Sepúlveda Carmona, Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, 'Equality and access to justice in the post-2015 development agenda', Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva, www.ohchr.com.

⁵³ *Ibid.*

Access to Justice and Poverty
(a perspective under the human rights approach)
Prof. Dr. Migena Leskoviku

rights, or challenge crimes, abuses or violations committed against them, trapping them in a vicious circle of impunity, deprivation and exclusion. Equal access to justice can serve to protect and improve the income and livelihoods of people living in poverty but moreover it can promote their capabilities, choices, security and power.

Social goals without rights – (Un) fair inequality made in Switzerland?

Anusooya Sivaganesan*

Poverty makes human dignity violable. Human dignity though, is the foundation of human rights. Therefore, poverty which in many societies goes along with social inequality is a challenge for the very principles of the universal human rights. Let's look at what the Universal Declaration of 1948 tells us about human dignity and human rights: "All human beings are born free and equal in dignity and rights" (art. 1 of the Universal Declaration of Human Rights).

Two principles mentioned here, freedom and equality in dignity and rights, can be complementary or cooperative, but also conflicting. Often, inequalities are legitimated with the freedom claim. John Locke is one of the influential political philosophers of the 17th (and 18th) century for whom the freedom of property was an essential right¹, contrary to Jean-Jacques Rousseau who in one of his writing described property as a *misery of [hu]man*², because property ultimately would lead to socio-economic inequalities. While the Scottish liberal wants to see fundamental freedom rights protected by and from the state, the French-Swiss pre-revolutionary laid the foundation for a positive notion of the modern nation-state, with his deliberations on the common will and the common good.

This was also the context for the (liberal minded) philosopher Hannah Arendt to scrutinize the (neoliberal) conviction in the 1950s that assumed: "the less politics the more freedom"³. Obviously, those who defended this conviction were critical towards a political system who tried to redistribute income and wealth with the help of taxes and social security measures in order to reduce inequality. But Arendt rejected the assumption of a trade-off between "politics" and (individual) freedom and even held that the "raison d'être of politics is freedom"⁴. This freedom is tied to acting and therefore to the human agency to create, to shape one's future and not to be the victim of poverty and structural inequality. The Universal Declaration is imbued with this spirit and this hope. Because it was written in a time that also

* Faculty of Law, University of Zurich

¹ Isin Engin F., Turner Bryan S. (ed.), *Handbook of Citizenship Studies*, London/Thousands Oaks/New Delhi 2002, p 133.

² Orwin Clifford, Tarcov Nathan, *The Legacy of Rousseau*, Chicago/London 1992, p 152.

³ Arendt Hannah, *Freedom and Politics: A Lecture*, in: *Chicago Review*, vol. 14, no. 1 (spring 1960), p 28 – 46, p 30.

⁴ Arendt, p 32.

saw the economic and political experts for the post-war reconstruction shaping the international development policy: The eradication of poverty through economic growth, through education and through social rights, or in the words of sociologist Thomas H. Marshall: *social citizenship*, became major policy goals for the so-called “developing countries”.

The three dimensions of a holistic notion of citizenship that Marshall developed contemporaneously to the UHDR, are an attempt for a sociological-historical analysis of rights-claim-making⁵. The assumption is that for Western countries, civil rights, concerning classical freedom rights and equal treatment, were a major claim and accomplishment until the 18th century, political rights were most important from the late 18th to the early 20th century, and social rights were at the forefront of claim-making in the late 19th until the late 20th century. Marshall defined social rights as: “the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to the right to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilised being according to the standards prevailing in the society.”⁶ And he added: “It is no longer merely an attempt to abate the obvious nuisance of destitution [i.e. poverty, A.S.] in the lowest ranks of society. It has assumed the guise of action modifying the whole pattern of social inequality.”⁷

With this, we can link the concept of human dignity as the fundament on which the human rights rest, with the absence of poverty and the overcoming of social inequality. Inequality and poverty and their severe consequence matter to us because they endanger the equal human dignity which is the bedrock principle for the foundation of the fundamental rights. But what actually is dignity? In the Judeo-Christian tradition humans are the image of God⁸ and their dignity derives from this idea. This dignity is, however, threatened from the onset. I here refer to the biblical “fall of man”, the original sin that requires the human beings in the Judeo-Christian tradition to re-acquire this dignity through their relationship with God⁹. But even in the Western tradition, there are other roots than the religious one. Philosophical approaches emphasize the human reason as the fundament to human dignity.

The Roman philosopher, statesman and lawyer Cicero referred to the idea of *dignitas humana*¹⁰. Being a child of his time, Cicero was by far not an egalitarian, and he excluded slaves and women from the concept of dignity because they were not perceived as political citizens able for reasoning and debating. In the 18th century, Immanuel Kant approached human dignity from the human capacity to act morally. Human beings are creatures able to make decisions based on rational thinking and therefore able to decide whether to live morally or not. But this also means that not only the “good” or “moral” ones possess human dignity¹¹. Rather, human dignity is inherent to all human beings, and the endowment with it is an inalienable virtue of being human. Let me make this point a little clearer by referring to Bertolt Brecht. In his famous socio critical “Threepenny Opera” from 1928 the underclass characters mock the upperclass

⁵ Marshall Thomas H., *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge 1950, p 10.

⁶ Marshall, p 11.

⁷ Marshall, p 47.

⁸ Genesis 1:26.

⁹ Soulen Kendall, Woodhead Linda, *God and human dignity*, Grand Rapids, 2006, p 52 f.

¹⁰ Cicero, *De Officiis* 6, p 106.

¹¹ Sensen Oliver, *Kant on Human Dignity*, Berlin 2011, p 201.

concerns on the unworthy behaviour of the poor by shouting: “You gentlemen who think you have a mission to purge us of the seven deadly sins, should first sort out the basic food position. Then start your preaching, that's where it begins (...) *Food is the first thing, morals follow on!*”¹² Obviously, this song-line is the poetic realization of Karl Marx’ famous reversal of Hegelian ideas¹³, when he declared: “It is not the consciousness of men that determines their existence, but their social existence that determines their consciousness.”¹⁴

What does this mean in a context, where poverty, even misery, is still a striking problem nowadays? And how can a modern state respond to this. The international development contemporary scholar, Ananya Roy, conceptualizes poverty in relation to territory. In this way, poverty can be understood best in the context of the given territory¹⁵. Let me therefore dwell on the Indian case for a moment, more specifically on to the role of government in diminishing the inequality based on caste system. The Indian society is still strongly influenced by the caste system, although this had been constitutionally abolished in 1949, shortly after India became free from colonial rule and an independent nation state, and shortly after the publication of the UDHR.

Unfortunately though, social reality differs from the letter of the law: referring to somebody’s background or “caste” is still widely used to categorize and also to stigmatise. The caste system is not only a socio-professional “order” based on religious assumptions, but it also entails a hierarchy of rich to poor. By excluding members of the lower castes from equal opportunities of education, work and property, the caste system produces significant inequalities. In order to improve this reality, the Indian government is facilitating the access of lower caste members to higher education. How does this work? For the children of socially disadvantaged families, the criteria to access universities, for example, are less severe. We know this principle of “affirmative action” or of “positive discrimination” also from the case of the United States, where it was supposed to help the historically disadvantaged African American population.

Does the privileging of lower castes or other disadvantaged groups contradict the fundamental right and imperative of equal treatment? In the Indian constitution this right is anchored in the chapter of fundamental rights in art. 14 (right to equality) and art. 29 (cultural and educational rights): (2) “No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them.” But in the same chapter of fundamental rights, we also find articles concerning affirmative action: Art. 15 sec. 3 for example anchors specific state measures for women and children. The state also has to apply quota regulations in favour

¹² Bertolt Brecht, *The Threepenny Opera* 1967, in: *Ethics. The Fundamental Questions of Our Lives*, Huber Wolfgang, p 45. Lyrics by Bertolt Brecht and Kurt Weill. Translation by Ralph Manheim and John Willett, published by: European American Music Corporation, 1928. Weill-Brecht-Harms Music Co., Inc. (ASCAP) & Kurt Weill Foundation for Music Inc. (ASCAP).

¹³ Hegel G.W.F., *The Phenomenology of Spirit* (1807, *Die Phänomenologie des Geistes*).

¹⁴ Marx Karl, *A Contribution to the Critique of Political Economy* (1859, *Zur Kritik der Politischen Ökonomie*, Vorwort, 1859, MEW 13, S. 7-11). In German: „Es ist nicht das Bewusstsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewusstsein bestimmt.“

¹⁵ Roy Ananya, Crane Emma Shaw (ed.), *Territories of Poverty. Rethinking North and South*, Athens/Georgia 2015, p 4.

of disadvantaged groups (backwarded classes, art. 16). The Indian jurisdiction sees no contradiction: "The principle of equality does not mean that every law must have universal application for all persons who are not by nature, attainment or circumstances in the same position, as the varying needs of different classes of persons often require separate treatment"¹⁶.

Positive discrimination can have positive effects in the medium term. Nevertheless, affirmative action is not a magic cure against poverty and the state encouragement of the weakest members of society cannot be a long-term instrument. Why not? The political philosopher Nancy Fraser warns us that disadvantaged groups who are (made) permanent receivers of social aid or social support by the state can become the scapegoats of the rest of the society.

She criticizes that affirmative action aims at end results without touching or transforming the social structures that produced inequality. Consequently, Fraser pleads for transformative action. „Transformative strategies aim to correct unjust outcomes precisely by restructuring the underlying generative framework"¹⁷. It is the very restructuring of the existent social structures that cause inequality (and also poverty) that is at stake¹⁸.

We could ask now whether the instruments of law also allow for such a structural transformation and if so, how. The Universal Declaration of Human Rights clearly states the right to secure the material basis for a life in dignity and freedom, in the form of "an adequate standard of living" (art. 25), whether through education (art. 26) and work (art. 23) or also thanks to social security (art. 22). This shows: Human rights are, without any doubt, also social rights. Not only the UDHR as soft law guarantees such social rights, also the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights from 1966 (art. 6, art. 9. Art. 11 and art. 13) recognizes them as a binding international instrument standard of social rights. The International Labour Organisation (ILO) is a pivotal element in fostering social justice and human rights related to labour rights. With binding legal instruments like conventions, the ILO tries to enhance the international labour standards. The European pendant to ILO is the European Code of Social Security, and Switzerland is contract party of this treaty.

Social rights are also addressed in regional human rights declarations and conventions, such as in the Arab Charter on Human Rights, the African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the ASEAN Human Rights Declaration and the European Social Charter. Turkey has also ratified the European Social Charter. In Turkey, economic growth has been strong in the recent years. But the effect of this growth is not distributed equally. In 2014, Turkey had the 3rd highest level of income inequality and the 3rd highest level of relative poverty in the OECD area. According to OECD, in 2014, one fifth of the Turkish population was poor. On the OECD-average, this share

¹⁶ Revankar Ratna G., *The Indian Constitution. A Case Study of Backward Classes*, Cranbury/New Jersey 1971, p 45.

¹⁷ Fraser Nancy, *Justice Interruptus. Critical Reflecons on the "Postsocialist" Condition*, New York/London 1997, p. 23.

¹⁸ cf. Fraser, p 24 – 25.

amounts to 10 percent¹⁹. This clearly appeals to the principle of due diligence. It is the duty of the realm of politics, of the state, to develop and anchor measures that reduce poverty and therefore help to secure basic human social rights for everybody.

The right to be free and to enjoy equal freedom includes freedom of poverty. And the reduction of poverty includes policies and other measures that increase social equality.

Other than Turkey, Switzerland has not (yet) ratified the European Social charter. In the case of Switzerland, the constitution acknowledges social goals in article 41, but no social fundamental rights are ensured. The individuals cannot claim their warranty of social rights based on this constitutional norm. Are social fundamental rights therefore a foreign concept for Switzerland? The Swiss notion of welfare state is based on ideas of liberal humanism, Christian social ethics and the influence of the labour movement²⁰. The welfare state is described as a constitutionally justified mandate to the state authorities and administrative bodies to act with appropriate measures, which take into account the social economical context to award social security and justice (which means social equality). The principle of “subsidiarity” is held in high esteem in the Swiss political system. It awards an important role to sub-central level government such as cantons and communes, and also to non-governmental bodies which are authorized to offer public services under the mandate of the state. Such is the case for the Swiss Conference for Social Assistance (Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, SKOS), a private organisation called, whose directives on social aid are made binding by regional law. SKOS and communal social aid are the ones who take care of those individuals struggling with poverty. The Swiss Federal Statistical Office considers “people who do not have the financial means to acquire goods and services necessary to an integrated social life [as] poor.”²¹ In 2014, 6.6 percent of the Swiss population was affected by income poverty. The most affected individuals and groups are single-parent households, adults living on their own, people without post-compulsory education who also have higher risk of unemployment, and non-working persons²². Obviously, the poor in Switzerland are less poor than the ones in Turkey who on their turn are less poor than the ones in India. But what counts is the relative socio-economic distance in a given society. Let me remind you of Thomas Marshall’s prerequisite of social rights: “...and to live the life of a civilised being according to the standards prevailing in the society.”²³

While Switzerland has a more equal income distribution than Turkey and less of a poverty problem, its wealth distribution is more unequal. According to the wealth tax statistics, 0.24 percent of the inhabitants own almost 28 percent of the whole private wealth or: 12 percent own 78 percent. In the canton Zug where I come from and which is famous for low taxes and multinational trading companies, the wealth inequality is even more extreme: less than 1

¹⁹ OECD Social Indicators, Society at a Glance 2014, March 2014, <<https://www.oecd.org/turkey/OECD-SocietyAtaGlance20142014-Highlights-Turkey.pdf>>.

²⁰ Gächter Thomas(Hrsg.), Meyer Ulrich, *Ausgewählte Schriften*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 77.

²¹ Federal Statistical Office, Neuchâtel 2016, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/20/03/blank/key/07/01.html>>.

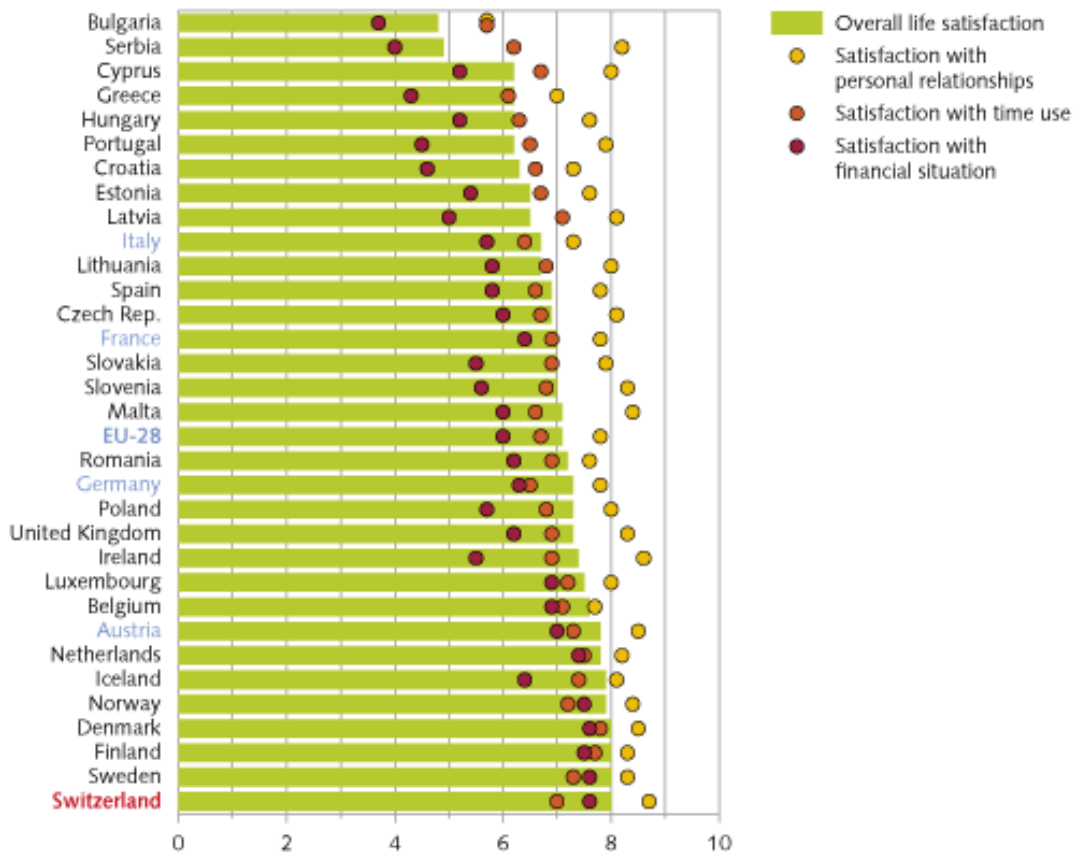
²² Federal Statistical Office.

²³ Marshall, p 11.

percent (0.92%) own more than half of the wealth (50.73%).²⁴ You could ask now why this should be a problem in a country where average income is high and poverty relatively low. Actually, if you look at the following graph, you can see that economic wellbeing and overall life satisfaction do interact significantly and that the Swiss are really well off.

Average score for life satisfaction and satisfaction in different areas of life in Europe, 2013

Satisfaction on a scale of 0 "not satisfied at all" to 10 "very satisfied"



Source: Eurostat – EU-SILC 2013 (15.10.2015 version)

© FSO, Neuchâtel 2016

But even so, a high wealth inequality is not only a moral problem – because large parts of the wealth are acquired through inheritance and therefore a sort of “unearned income”. But it also poses a problem for the majority of the population to buy their own apartment or house as land prices are very high. Of course, you can lead a good life in Switzerland as a tenant. But it is an interesting irony, that the “right to – residential property” – that could also be viewed as an important civil right and freedom, is so unequally distributed in a country where liberal and republican ideas were always held in great esteem.

²⁴ Eidgenössische Steuerverwaltung, Gesamtschweizerische Vermögensstatistik der natürlichen Personen 2012, values for Switzerland and the Canton Zug, Bern 2015.

Poverty as a post-war struggle in Bosnia and Herzegovina

Kanita Pruščanović*

In my presentation I am going to talk about poverty as a post-war struggle in Bosnia and Herzegovina.

After the war which ended in 1995, a war-torn Bosnia and Herzegovina faced many issues. One of them is also poverty. Poverty is not phenomena that occurred first in the war, but the war turned it to an issue which is highly present in post-war society of Bosnia and Herzegovina. In the years after the war, global economic crisis in 2008 made efforts of state in this area even harder. Recently, Bosnia and Herzegovina is ranked by World Bank as the fifth poorest country of Europe.

Poverty is socio-economic issue, and in order to understand it better, it should be considered multidimensional. It is a new approach in estimating poverty not just by its monetary measures. In a country in transition such as Bosnia and Herzegovina, poverty is an issue of high priority. For better and deeper understanding of poverty in Bosnia and Herzegovina's society, I am going to explain various aspects of this issue in our society. As first, I am going to elaborate why multidimensional approach to poverty is the most appropriate for developing country such as Bosnia and Herzegovina. After it, poverty would be interpreted from various angles. Those are:

- ❖ Female-headed households and poverty,
- ❖ Children affected by the poverty,
- ❖ Rural poverty, and
- ❖ Unemployment as a factor contributing to poverty.

Bosnia and Herzegovina is known in the whole world because of the war which took place from 1992 to 1995. Peace after the war was established by General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (so called Dayton Peace Agreement), which was formally signed on 14. December 1995, in Paris. It is important to mention that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is Annex 4 of Dayton Peace Agreement.

War itself brought many problems to Bosnia and Herzegovina and its citizens. One among them was also poverty.

Many things were to be done after the war, and in that purpose a large amount of humanitarian financial commitments given by foreign donors had been poured into the country.

* University of Sarajevo

“The goals included the minimization of bottlenecks in all areas of infrastructure, the provision of basic services in health, education, and housing, the achievement of minimal living standards for the most vulnerable, and the establishment of institutions that could help make the transition from plan to market.”¹ Many years after, it is not known, or, precisely said, there is no or very less official reports, showing what all that aid was used for. Allocating of resources was not done systematically, since there was no or less formal assessments of real needs and priorities, as well as people and places who needed it the most.

One of the phenomena contributing to rising of poverty rate was also migration, which occurred both internally, inside the state, and internationally, in other countries who were accepting refugees. People, very often whole families, were forced to leave everything in order to save their lives. It was not rare that the places they escaped to were in bad condition and that they were lacking food, water and medicine.

The economy of the country was almost ruined, as the industrial hotspots were extremely affected and most of them destroyed, which resulted in increasing of the number of unemployed, and, consequently, many households have lost their sources of income. Affected by the war was also area of trade, especially trading with other republics of former Yugoslavia was affected.

The best illustration of what war had done to our country are the next numbers. The estimates of war damage range from 30 to 50 billion USD. On the other side, the war affected national GDP by loss of nearly 40 billion USD, which can be observed the best by comparing GDP in 1991, which was 10.3 billion USD and in 1995, which was 1.2 billion US dollars at current prices.²

It is of high importance to choose the most adequate way of measuring the poverty. Nowadays, there are new approaches to measuring and perceiving poverty. It is no longer understood as homogeneous phenomena, since there are tries to observe the poverty from angle of its monetary as well as non-monetary measures. Especially this approach could be more appropriate for deeper understanding of poverty in countries in transition such as Bosnia and Herzegovina. In order to measure poverty, the monetary measurement used is income or consumption. Now those measurements are broadened by taking into account various non-monetary measures.

In study of Adela Delalić from School of economics and business, University of Sarajevo, two non-monetary measures added are education and deprivation. It is research that is based on data from 2004 and 2007.

In a conclusion given in a study done by the World Bank, based on the database from House Budget Survey 2007, there is a strong bond between level of education and poverty. The rate of poverty falls, as the level of education of people is higher.³

¹ Marcelo Bisogno and Alberto Chong, *Poverty and Inequality in Bosnia and Herzegovina After the Civil War*, 2002, pg. 61

² Merima Zubčević and Fikret Čaušević, *Case study: Bosnia and Herzegovina*, pg. 13

³ World Bank, Poverty reduction and Economic Managment Unit, Europe and Central Asia Region, *Protecting the poor furing the global crisis: Bosnia and Herzegovina Poverty Update*, pg. 19

In a study done by Adela Delalić, in order to observe deprivation, different items were separated in three groups. Households lacking 3 or more items given were in that study categorized as being in a state of serious deprivation.

The result of study performed at the level of whole country showed that “poverty rate measured by consumption is greater than poverty rate measured by deprivation, but its depth and strength are lower when measured by consumption than by deprivation.”⁴

The next aspect analyzed is poverty from an angle of households. In a literature concerning poverty, there is a phenomena called as „feminization of poverty”. It is a perception of poverty being more dominant in female than in male population, and, consequent to that, that female-headed households are at bigger risk of falling into poverty than male-headed ones. Observing whether it is an issue or not in Bosnia and Herzegovina is especially important knowing a fact that there are many households that lost male head in war, and in some of them he was the only financially contributing in a household. Of course we cannot say that war is the only reason for female-headed households exist in Bosnia and Herzegovina, since there are causes leading to female-headed households such as divorces, natural death etc., but it in the places mostly hit by ethnic cleansing during the war, there is a high presence of female-headed households.

The study concerning Bosnia and Herzegovina and its female-headed households came to a result that particularly in this country female-headed households are not more prone to poverty. Empirical investigation showed that there is higher incidence of poverty in male-headed households than it is in female-headed households, and that female-headed households are better-off than the male-headed ones.⁵

This study is based just on consumption dimension of poverty. In this field also a multidimensional approach would, concerning non-monetary measures of poverty, contribute to more precise and deeper understanding of poverty. An issue in investigations of this kind could be also that in many households, headship has ethnic and regional characteristics, and is not based on the fact who earns the most in the household. For investigation to be accurate, headship needs to be determined on financial rather than on any other basis.

Since children are crucial part of the society, and at the same time its very vulnerable part, it is very important to investigate how much the children are affected by the poverty in Bosnia and Herzegovina. For children especially, all dimensions of poverty can affect them in different aspects, and it is very important for a country to have as one of the priorities providing children with conditions that every child needs and deserves.

Analysis done by UNICEF, published in 2015, show some shocking results. This analysis observed poverty and deprivation (which we already categorized as a non-monetary measure of poverty) as well as their correlation.

„Almost all children aged 0 to 4 (98.1%) are deprived in at least one dimension. A third (33.2%) are deprived in four or more dimensions at a time. Almost three out of four children (73.8%)

⁴ Adela Delalić, *Multidimensional aspects of poverty in Bosnia and Herzegovina*, pg. 220

⁵ Senada Smajić and Sergio Ermacora, *Poverty amongst Female-headed households in Bosnia and Herzegovina: an empirical analysis*, pg. 85

aged 5 to 15 are deprived in at least one dimension, and about one in four (22.8%) are deprived in three or more dimensions.”⁶

Some of aspects of deprivation observed are nutrition, housing, health, clothing etc. These high percentages show actual position of children in Bosnia and Herzegovina’s post-war society, and are really something that we should be concerned about.

And all those percentages shown before are more important when associated with monetary poverty, which was analyzed for age group between 5 and 15 years old. In the same study, they came to a result that „poor children are more likely to be deprived in every dimension, and that the activity and education of the head of household increase the probability of being both poor and deprived “.⁷

Results of this study bring us to a conclusion that state should have policies which are trying to improve the status of children in the society, in financial, social and every other aspect. One of the most efficient ways to contribute to the future of the children is of course improving education offered to the children, even in pre-school age. Unfortunately, the fact is that Bosnia and Herzegovina has very low rates in pre-school education, in most rural areas it does not exist, and even access to school is very difficult, since they may be located far from houses. In the long term, it decreases risk for new generations of children for being deprived and poor, since the children of more educated parents have lower risk of falling into poverty and deprivation. Social benefits given by a state to poor families should also be supportive in terms of education, so that they really enable a child to study and to have all it needs to study.

In country such as Bosnia and Herzegovina, rural poverty is also one of the problems. Our country is one of the most rural countries in Europe. There are just few bigger cities, and a big part of country is a rural area.

Statistics, based on data from House Budget Survey 2007, show that poverty is 9% more severe in rural areas. There is not such a big difference when comparing people living in poverty in urban area, 18 %, and in rural area, 20 %. Difference is bigger when comparing households considered poor: 24 % of rural and 11 % of urban households. In most rural households, there is a practice of using wood for cooking and heating, which is in surveys about poverty considered as a sign of poverty.⁸

Another issue that I am going to elaborate is unemployment as factor contributing to poverty. One of the issues in Bosnia and Herzegovina’s society is a structurally high unemployment rate. In order to decrease poverty rate in long terms, it is of high priority to have labor market in which those who are capable of working can find a job and ensure themselves source of income.

⁶Lucia Ferrone and Yekaterina Chzhen, *Child Poverty and Deprivation in Bosnia and Herzegovina: National Multiple Overlapping Deprivation Analysis (N-MODA)*, Innocenti Working Paper No.2015-02, UNICEF Office of Research, Florence., pg. 43

⁷ Lucia Ferrone and Yekaterina Chzhen, *Child Poverty and Deprivation in Bosnia and Herzegovina: National Multiple Overlapping Deprivation Analysis (N-MODA)*, Innocenti Working Paper No.2015-02, UNICEF Office of Research, Florence., pg. 43

⁸ UNDP, *National human development report 2013, Rural Development in Bosnia and Herzegovina: Myth and Reality*, pg. 22

According to 2015 Labor Force Survey, just a third of people who are over 15 years old are employed, and even higher is percentage of people of working age staying jobless for more than a year – 80 %. Percentage of those in labor force being unemployed is 27.7.⁹

By taking a look at these numbers we can understand that one of urgent problems in post-war society of Bosnia and Herzegovina is unemployment. Unemployment contributes to poverty in a society, and it leads also to another problem, such as increasing the crime rate, which make all of these function as chain reaction. In order to contribute to long-term stability and welfare of the society, the employment rate must be raised through effective labor market policy.

Bosnia and Herzegovina as a state is providing support to people living in poverty through its social protection system. Aim of social protection system of every country is to contribute to social stability of the country by providing necessary support to the most vulnerable groups of the society. Social protection system should be designed so to respond to critical social needs of the population.

In order to understand the functioning of social protection system in Bosnia and Herzegovina, it is important to know how the competences are distributed within the state. Social protection competencies are set at the entity and cantonal level. Such a distribution of competences leads to inequalities in providing the citizens with various services and benefits. Since the competencies in this area are not set to a state level, it is much harder to provide same level of services and benefits in the whole country. It is the fact that State level institutions have no or minimal role even in coordinating of the system and setting up its basic principles and standards.

In this area, problem is that noncontributory social cash benefits given by state are often targeted inadequately, which leads to a consequence that the poorest population receives much lower amount of money than their real needs are.¹⁰

So, in Bosnia and Herzegovina, according to distribution of competences, on the state level just Poverty Reduction Strategy can be made. All other competences in this area are set at the entity and cantonal level.

Can this way of dealing with poverty through social protection system be considered as a good reaction of a state on poverty? As an answer, I am going to cite paragraph from Bosnia and Herzegovina Report on Development 2014.

„Apart from fiscal pressures and a poor effect on poverty alleviation, the domination of categorized (status-based) social protection programs weakens the supply of labor force and influences the increase of employment in the informal sector. Aside from that, targeting of benefits to those who do not really need them acts as a disincentive and has a negative effect on the labor market “.¹¹

Status-based social protection is especially present in area of veterans' benefits. Veterans are given permanent cash benefits. The problem is that they mainly remain inactive, living just from social benefits given by state. Many of them are in fact work capable, but they prefer

⁹ The World Bank, *Bosnia and Herzegovina: Two decades of peace and transition*, pg. 12

¹⁰ Bosnia and Herzegovina Directorate for Economic Planning, *Bosnia and Herzegovina Report on Development 2014*, pg. 51

¹¹ Bosnia and Herzegovina Directorate for Economic Planning, *Bosnia and Herzegovina Report on Development 2014*, pg. 51

living relying on the assistance provided by the state. In long term, many of them living in that way come close to or fall into poverty.

In 2011, Bosnia and Herzegovina spent 3.88 % of GDP on various non-contributory cash benefits, which is more than double the region average (which is 1.6% of GDP). The result is not satisfactory at all, since the situation remained the same as in 2007.¹²

In assessment made by World Bank, this situation was assessed as “fiscally unsustainable, economically inefficient and socially inequitable “.¹³

What should be done in order to solve the problems explained and to improve the situation?

„BiH ought to reform non-insurance social cash benefits and move towards programs and measures that aim to develop a social safety net in a way that will be: (a) less of a burden for public resources, (b) more efficient and (c) better targeted to the poor.“¹⁴

All of the aspects of poverty elaborated give us a sight in Bosnia and Herzegovina’s society and what its urgent issues are. A big percentage of people leave Bosnia and Herzegovina and migrate to another countries, in order to find jobs and afford themselves better living standard, since most of them cannot see their prosperous future in their home country.

The data shows that up to half of Bosnia and Herzegovina’s population could be categorized as being at risk of poverty or social exclusion, which bring us to second place in rates ranging between European countries, just behind Bulgaria.¹⁵

In an article written by two World Bank economists, Alexandru Cojocaru and Simon Davies, there are suggestions given on what could be done to improve situation in Bosnia and Herzegovina. The next ideas are given:

- Changes should be made in area of tax law, particularly by lowering the tax burden for low-income employees,
- The social welfare system should be adjusted, in order to help those who mostly need it,
- Access to preschool education and childcare must be broadened, and
- Education should be enriched by lifelong learning.¹⁶

By analyzing poverty as socio-economic issue in post-war Bosnia and Herzegovina’s society, it can be concluded that it should be one of the priorities to decrease the rates of poverty and increase the living standard.

In order to design and moderate an effective policy concerning this issue, precise data should be obtained. Detailed surveys should be done concerning monetary measures of poverty, as well as its various non-monetary measures, such as education, deprivation and many others. Social protection system, which country uses as a respond to social issues such as poverty, should be modified. It should provide assistance to those who really need it and when they need it the most. Such a system should have improved targeting of those who need social benefits, in order to be more efficient. There should also be more measures different from cash

¹²Maastrich University, Maastricht Graduate School of Governance, *Non-contributory Cash Benefits for Social Protection in BiH, What Works and What Does Not (I)*, pg. 18

¹³ World Bank, *Social Transfers in Bosnia and Herzegovina: Moving Towards a More Sustainable and Better Targeted Safety Net*, pg. 6

¹⁴ Maastrich University, Maastricht Graduate School of Governance, *Non-contributory Cash Benefits for Social Protection in BiH, What Works and What Does Not (I)*, pg. 20

¹⁵ Alexandru Cojocaru and Simon Davies, *Why growth matters in fighting poverty in Bosnia and Herzegovina*

¹⁶ Alexandru Cojocaru and Simon Davies, *Why growth matters in fighting poverty in Bosnia and Herzegovina*

benefits which contribute to poor people to escape poverty such as education, assistance in finding a job etc.

Social protection system should be more efficient and fiscally sustainable, and its aim should be long-term reducing of poverty rate rather than just providing assistance without affecting causes of poverty. State should react more proactively, rather than retroactively, oriented to eliminating the causes leading to the poverty.

Yoksulluğun Karşısında Anayasalar: Gelişmiş Sosyal Devlet Anayasalarında Sosyal Haklar

Arş. Gör. Volkan Aslan*

Özet

Vatandaşlarına insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sunma kaygısında olan sosyal devlet, doğrudan ya da dolaylı müdahaleleri aracılığı ile yoksullukla da mücadele etmektedir. Hukuk perspektifinden bakıldığında bu mücadele içinde başta anayasalar olmak üzere pozitif hukuk metinleri önemli yer tutmaktadır. Bu bakımdan söz konusu düzenlemeler çerçevesinde sosyal hakların düzenlenme biçimi ve dava edilebilirliği gibi çeşitli hususlar gündeme gelmektedir. Tebliğde, sosyal harcama kıstasına göre belirlenmiş en gelişmiş sosyal devletlerin anayasalarında yer alan sosyal hakların ve koruma mekanizmaları dışındaki sosyal haklara ilişkin düzenlemelerin tespit edilmesinin ardından hem genel olarak hem de ülkemiz özelinde çıkarımlarda bulunulması amaçlanmaktadır.

A. Giriş

İlk olarak, sosyal hak ya da haklar kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz. Bilindiği üzere insan hakları tarihsel gelişim sürecine, hakların korunmasında ya da gerçekleştirilmesinde devletin takınacağı role, hakların konularına, kısıtlandırılmalarının mümkün olup olmamasına ve daha birçok farklı kıstasa göre sınıflandırılmıştır.¹ Haliyle sosyal haklar dediğimiz kategori de esas alınan kıstasa göre yapılan sınıflandırmalarda kendi yerini almaktadır. Bu bağlamda sosyal hakların yerine göre ikinci kuşak haklar, yerine göre pozitif statü hakları ve yerine göre daha birçok farklı şekilde karşımıza çıkması söz konusu olmaktadır. Böylelikle “sosyal hak” çerçevesinde düşündüğümüz haklar yapılan sınıflandırmaya göre kendine bir yer bulur. Sınıflandırmaları

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, volkan.aslan@istanbul.edu.tr. Bu metin 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali’nde sunulacak tebliğ için hazırlanmış bir ön çalışma niteliğinde olup tamamlanmış değildir. Yapılacak değişiklik ve eklemelerle beraber nihai metnin festival sonrasında yayımlanması planlanmaktadır.

¹ Örneğin bkz: Abdurrahman Eren, **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması-Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Ankara, Turhan, 2007, s. 46-57; Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 38-65; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, Yayına Hazırlayan: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul, Legal, 2012, s. 15-34; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, DÜHF Yayınları, 1989; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 667 vd; Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, XII Levha, İstanbul, 2009.

bir kenara bırakıp öğretide yapılan tanım ve nitelendirmelere bakacak olursak; sosyal hakların, ekonomik ve sosyal eşitsizliklere tepki niteliği taşıyan ve sosyal eşitlik amacına yönelmiş haklar², “toplumda yaşayan ve statüsü itibarıyla güçsüz konumda bulunan kesimlerin, insan onuruna uygun bir yaşam standardının altına düşmemeleri için, çoğu kere devletin önlemler alması ya da doğrudan edimlerde bulunması aracılığıyla gerçekleşen ve özü itibarıyla toplumsal eşitsizliklerden kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik haklar”³, “büyük çoğunluğu devlete bir kamu hizmeti kurma görevi yükleyen haklar”⁴, “insan haklarının, bireyin bir topluluğun üyesi sıfatıyla ve topluluğun diğer üyeleriyle ilişkisi bağlamında sahip olduğu ve bireyin sosyal statüsü ile ilişkilendirilebilecek olan özel bir kısmı”⁵ gibi zikretmekle tüketemeyeceğimiz farklı şekillerde nitelendirildiğini görebiliriz.

Benzer şekilde, sosyal hakların hangi hakları içerdiği sorusuna da tek bir cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan sayacaklarımızla sınırlı olmadığını belirtmek şartıyla, çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, grev ve toplu iş sözleşmesi hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, beslenme hakkı, işyeri yönetimine katılma hakkı, dinlenme hakkı, kültürel yaşama katılabilme hakkı, anne, çocuk, engelli, yaşlı gibi korunmaya muhtaç kesimlerin korunma görmesi gibi haklar sosyal haklar çerçevesinde akla gelebilir.⁶ Haliyle, esas meselemize geçmeden sosyal hakların tanım, nitelik ve içeriklerine ilişkin birçok tartışmalı hususun olduğunu not edelim.

Tebliğde gelişmiş sosyal devlet anayasalarındaki sosyal haklar, bu hakların düzenleniş biçimi, sosyal finansman yasalarının kabulündeki usul kuralları gibi sosyal hakları ilgilendiren diğer düzenlemeler ele alınacaktır. Ancak sosyal hakların korunması için öngörülen koruma mekanizmaları ve bu mekanizmalara ilişkin anayasal düzenlemeler tebliğin konusu dışında kalmaktadır. Tebliğde ele alınacak devletlerin neye göre gelişmiş sosyal devlet kabul edildiğini belirtecek olursak; bu belirleme yapılırken Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı’nın⁷ hazırladığı “sosyal harcama” istatistikleri kullanılmıştır. Bu teşkilatın belirli aralıklarla hazırladığı sosyal harcama istatistiklerinde teşkilata üye devletlerin gayrisafi yurtiçi hasılasından sosyal harcamalara ayırdığı pay yüzdelik olarak tespit edilerek gösterilmektedir. Gayet tabii, harcama oranı nesnel bir veri olsa da bir devletin sosyal açıdan gelişmiş olup olmamasının belirlenmesinde bu verinin temel alınması tartışılabilir. Bu bakımdan kullandığımız ölçütün bir devletin sosyal niteliğini belirlemek için seçeneksiz olduğu düşünülmemelidir. Ancak sosyal devlet ya da diğer bir ifadeyle refah devletleri

² Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul, May Yayınları, 1978, s. 91-94.

³ Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, s. 62.

⁴ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 496.

⁵ Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 26.

⁶ Bkz: Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, s. 131-181; Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”; Uygun, *Devlet Teorisi*, s. 497.

⁷ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı 1961 yılında kurulmuştur. Teşkilata üye 35 devlet bulunmaktadır: Türkiye, Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Şili, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kore, Letonya, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri.

karşılaştırılırken sosyal harcamaların gayrisafi yurtiçi hasılaya oranının genellikle kullanılan ölçüt olduğunu belirtelim.⁸

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın hazırlamış olduğu en güncel verilere göre⁹ gayrisafi yurtiçi hasılasından sosyal harcamalara en fazla pay ayıran 5 devlet sırasıyla şunlardır: Fransa (%31,9), Finlandiya (%31), Belçika (%30,7), Danimarka (%30,1), İtalya (%28,6). Söz konusu devletlerin anayasalarındaki konumuzu ilgilendiren hükümlere artık geçebiliriz.

B. Gelişmiş Sosyal Devlet Anayasalarında Sosyal Haklar ve İlgili Düzenlemeler

1. Fransa

İncelenen devletler arasında Fransa'nın kendisine has bir özelliği bulunmaktadır. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere, gayrisafi yurtiçi hasılasından sosyal harcamalara en çok pay ayıran Fransa, şu an yürürlükte olan 1958 Anayasası metninde, çağdaş anayasaların çoğunda görüldüğünün aksine haklara -ve haliyle sosyal haklara- yer vermemektedir. Bu bakımdan 1958 Anayasasının özgün yanı başlangıç kısmının ilk paragrafında belli hak ve özgürlükleri içeren metinlere atıf yapmak suretiyle bu metinlerde düzenlenen hak ve özgürlükleri anayasasında düzenlemese bile anayasallık bloğuna dahil etmiş olmasıdır:

"Fransız halkı 1789 Bildirgesi'nde tanımlanan, 1946 Anayasası'nın Başlangıcı ile teyit edilen ve tamamlanan İnsan Hakları ve ulusal egemenlik ilkeleri ile 2004 Çevre Şartı'nda tanımlanan hak ve ödevlere bağlılığını resmen ilan eder."

Dikkat edilecek olursa başlangıç kısmında hak ve özgürlükler ile ödevlerle ilgili olarak üç metne atıf yapılmaktadır: 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1946 Anayasasının Başlangıç Kısmı ve 2004 tarihli Çevre Şartı. Çevre Şartı dışındaki¹⁰ konumuzu ilgilendiren düzenlemelere sırayla bakalım.

1789 Tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi

Başlangıç ve 17 maddeden oluşan "oldukça sade" İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne bakıldığında sosyal haklara ilişkin düzenlemelerden ziyade birinci kuşak haklar da denilen kişi hak ve özgürlükleri ile siyasi hak ve özgürlüklere yer verildiği görülmektedir. Ancak bu durum yadırganmamalıdır. Nitekim sosyal haklar çoğunlukla kabul edildiği üzere 19. Yüzyılın sonlarından itibaren pozitif metinlerde düzenlenmeye ve anayasa metinlerine

⁸ Bkz: Willem Adema, Pauline Fron, Maxime Ladaïque, "Is the European Welfare State Really More Expensive?: Indicators on Social Spending, 1980-2012; and a Manual to the OECD Social Expenditure Database (SOCX)", **OECD Social, Employment and Migration Working Papers**, No. 124, OECD Publishing, 2011, s. 10.

⁹ Söz konusu veriler Kasım 2014 tarihlidir. Bkz: (Çevrimiçi) http://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=SOCX_AGG, Erişim Tarihi: 06 Ağustos 2016.

¹⁰ Başlangıç kısmı ve 10 maddeden oluşan Çevre Şartı çevrenin korunmasına ilişkin devletin ve halkın yapması ve yapmaması gerekenlere ilişkin bir manifesto niteliğindedir. Konumuzla ilgili olarak Şart'ın 6. maddesini anabiliriz: "Kamusal politikalar sürdürülebilir kalkınmayı teşvik eder. Söz konusu politikalar bu maksatla; doğanın korunması ve iyileştirilmesi ile ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeyi bağdaştırır."

girmeye başlamışlardır. Bu bakımdan “burjuva devrimi” niteliği tartışmasız olan 1789 Fransız Devrimi’nin hemen ardından ilan edilen Bildirge’de klasik hak ve özgürlüklere yer verilmesi normaldir. Ancak doğrudan olmasa bile dolaylı olarak sosyal haklarla ilişkilendirilebilecek iki maddenin Bildirge’de bulunduğunu görüyoruz:

- 1789 Bildirgesi m. 1: “İnsanlar haklar bakımından eşit ve özgür doğar ve yaşarlar. Sosyal ayrımlar yalnızca kamu yararı mülahazaları üzerine dayanır.”
- 1789 Bildirgesi m. 13: “Kamusal gücün sürdürülebilmesi ve yönetsel harcamalar için genel vergi kaçınılmaz olup, söz konusu vergi yükü ödeme güçleri oranında tüm yurttaşlar arasında eşit şekilde dağıtılır.”

1946 Anayasasının Başlangıç Kısmı

Fransa’nın anayasacılık tarihine bakıldığında 1946 Anayasasının başlangıç kısmı sosyal haklar bakımından bir *mihen* taşı niteliğindedir. 18 paragraftan oluşan bu kısmın ilk paragrafında Fransız Halkı’nın 1789 Bildirgesi’nde belirtilen hak ve özgürlükleri tekrar teyit ettiği belirtildikten sonra ikinci paragrafta halkın, “ayrıca sonraki paragraflarda sayılan, günümüz bakımından özellikle gerekli nitelikte olan siyasi, ekonomik ve **sosyal** ilkeleri de ilan ettiği” belirtilmektedir. Sosyal haklarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili sayabileceğimiz paragraf sayısı başlangıç kısmının yarısından fazlasını teşkil etmektedir:

- 3. Paragraf: “Hukuk tüm alanlarda kadınlara erkeklere tanıdığı hakların aynısını tanır.”
- 5. Paragraf: “Her birey çalışma ödevine ve işe alınma hakkına sahiptir. Hiçkimseye çalışırken yahut işe alınırken kökenleri, fikirleri yahut inançlarından dolayı önyargılı yaklaşamaz.”
- 6. Paragraf: “Her birey hak ve çıkarlarını sendikal faaliyet vasıtasıyla koruyabilir ve istediği sendikaya üye olabilir.”
- 7. Paragraf: “Grev hakkı, konuya ilişkin yasalar çerçevesinde kullanılacaktır.”
- 8. Paragraf: “Tüm çalışanlar temsilcileri vasıtasıyla çalışma koşullarının toplu olarak belirlenmesine ve çalışma yerinin yönetimine katılırlar.”
- 9. Paragraf: “Kamu hizmeti niteliğinde olan ya da bu niteliği kazanan yahut fiilen tekel niteliğinde olan tüm mal ve kurumlar topluma ait olacaktır.”
- 10. Paragraf: “Ulus, bireye ve aileye gelişimleri için gereken koşulları sağlar.”
- 11. Paragraf: “Çocuklar, anneler ve yaşlı çalışanlar başta olmak üzere herkese sağlık koruması, güvenlik, istirahat ve serbest zaman temin eder. Yaş, fiziksel veya ruhsal koşulları yahut ekonomik durumu sebebiyle çalışmaktan aciz olan herkese toplum uygun bir geçim kaynağı sağlar.”
- 13. Paragraf: “Ulus, çocuklar ve yetişkinlere öğretim ile mesleki ve kültürel eğitime eşit erişim imkanı tanır. Tüm düzeylerde ücretsiz, genel ve laik eğitimin sağlanması Devletin görevidir.”

1958 Anayasası

Yukarıda da değindiğimiz üzere 1958 Anayasası’nda sosyal hakların ya da genel olarak belirtmek gerekirse hakların düzenlendiği ayrı bir kısım bulunmamaktadır. Ancak bu durum anayasada hakları ilgilendiren hiçbir husus olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim

henüz devletin niteliklerinin sayıldığı birinci maddede Fransa'nın "bölünmez, laik, demokratik ve **sosyal** bir Cumhuriyet" olduğu belirtilirken¹¹ Cumhuriyet'in tüm yurttaşların yasa önünde eşitliğini sağlayacağı, yasaların kadın ve erkeklerin mesleki ve sosyal mevkilere eşit bir şekilde erişimini temin edecek şekilde düzenleneceği belirtilmektedir. Diğer ilgili düzenlemelere bakalım:

- 1958 Anayasası yasa ile düzenlenmesi gereken alanlar ile yasa ile temel ilkelerin belirleneceği alanları saymış, bunlar dışındaki alanlarda yürütmeye oldukça geniş şekilde düzenleme yetkisi vermiştir.¹² Yasa ile düzenlenecek alanları belirleyen 34. maddeye bakıldığında, konumuzla alakalı olarak vatandaşlara tanınan medeni haklar ile temel özgürlükler, vergilendirme, kamu görevlileri ile silahlı kuvvetler mensuplarına sağlanan temel güvenceler ile devletleştirme de sayılmaktadır. Yine aynı maddede temel ilkeleri yasa ile belirlenmesi gereken alanlar da belirtilmektedir. Bu alanlarda temel ilkelerin yasa ile düzenlenmesi yeterli olup, temel ilkelerin dışındaki hususlarda düzenleme yetkisinin yürütmeye bırakıldığı söylenebilir.¹³ Konumuzla alakalı olarak temel ilkeleri yasa ile düzenlenmesi yeterli gelecek alanlar şunlardır: eğitim, mülkiyet, ayni haklar iş hukuku, sendikal hukuk ya da diğer bir ifadeyle toplu iş hukuku, sosyal güvenlik.¹⁴ Diğer taraftan bazı yasa tasarılarının referanduma sunulabilmesine imkan tanıyan 11. maddede devlet başkanının referanduma sunabileceği yasalar arasında ulusun ekonomik, sosyal ya da çevre politikasıyla ilgili reformlara dair yasalar ve yine bu politikalar çerçevesinde sunulan kamu hizmetlerini düzenleyen yasalar da sayılmıştır. Dolayısıyla sosyal politika ve reformlara dair yasa tasarıları referanduma sunulabilir.
- Sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin yasalarla ilgili olarak hızlı düzenlemeler yapabilmesi amacıyla yürütmenin eline silahlar verilmiştir. Örneğin, meclis gündemini düzenleyen 48. maddede, hükümetin isteği üzerine mali yasalar ile sosyal güvenlik finansmanı yasalarına gündemde öncelik tanınabileceği düzenlenmektedir.¹⁵ Diğer taraftan sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin yasa tasarılarının onaylanıp onaylanmaması hükümetin siyasi sorumluluğuyla beraber gündeme getirilebilir. Nitekim güven oylaması ile ilgili hükümler içeren 49. maddede bu hususta ilginç bir düzenleme bulunuyor. Düzenleme uyarınca başbakan, bakanlar kuruluna danıştıktan

¹¹ Cumhuriyet'in şiarı da malum olduğu üzere, "Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik (**Liberté, Égalité, Fraternité**)"tir. Bkz: Fransa Anayasası m. 2.

¹² Bkz: Fransa Anayasası, m. 34, 37.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Ankara, Yetkin, 2009.

¹⁴ Maddenin devamında birtakım yasaların tanımı yapılmakta ve içeriklerine ilişkin bilgi verilmektedir. Konumuzu ilgilendirenler kısaca göz atalım: "Güvenlik finansmanı yasaları mali dengenin sağlanması için gereken genel koşulları belirler, tahmini gelirleri hesaba katarak Organik Yasa'da belirlenen şartlar ve istisnalar çerçevesinde harcama hedeflerini belirler." "Programlama yasaları devletin faaliyetlerinin amaçlarını belirler." "Kamu maliyesi için birçok yılı kapsayan kılavuz ilkeler Programlama Yasaları ile belirlenir. Bunlar, idareler için dengeli hesaplar sağlanması amacını taşırlar. Bu madde hükümleri bir Organik Yasa ile ayrıntılandırılabilir ve tamamlanabilir.

¹⁵ Sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin yasaların parlamento ve komisyonların önünde görüşülmesi ile ilgili olarak diğer yasalardan farklılaştıkları başka hususlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda hükümetin sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin sunduğu yasa teklifinin komisyon önünde görüşülmeden parlamentoda görüşülmesi örnek olarak gösterilebilir. Bkz: Fransa Anayasası, m. 42.

sonra, bir mali yasa yahut sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin bir yasanın kabul oylamasını aynı zamanda bir güven oylaması haline getirebilir. Bu durumda güvensizlik oyu verilmemesi halinde yasa kabul edilmiş sayılır. Dikkat edilirse burada hükümete kabul edilmesini istediği sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin bir yasanın kabulünü güven oylaması şeklinde yaptırma imkanı tanınarak adeta kumar oynama imkanı verilmiştir: Yasayı onaylamayan meclis hükümeti de düşürmüş olacaktır. Bunun siyasi sonuçları ise duruma göre farklı olabilir.

- Anayasanın 47-1 maddesinde sosyal güvenlik finansmanı yasalarının hızlı çıkarılmasına ilişkin bir başka tedbir bulunuyor. Maddede ilk olarak sosyal güvenlik finansmanı yasalarının organik yasada belirtilen şekilde çıkarılacağı öngörülmektedir. İkinci olarak, söz konusu madde uyarınca Millet Meclisi tasarının ulaşmasından sonraki yirmi gün içinde gerçekleşecek ilk okumada bir karara ulaşamaz ise, Hükümet'in tasarımı Senato önüne götüreceği ve Senato'nun 15 gün içerisinde karar vereceği düzenleniyor. Sonrasında ise yasaların görüşülmesi ile ilgili 45. maddenin uygulanacağı düzenlenmektedir.¹⁶ Olur da parlamento 50 gün içerisinde karar vermezse yasa tasarısının hükümlerinin kararname (**ordinance**) yoluyla yürürlüğe konulabileceği öngörülmüyor.¹⁷
- Yasaların Anayasa Konseyi tarafından denetlenmesine ilişkin 61. maddeyi de aynı amaç çerçevesinde kullanılabilecek bir düzenleme olarak değerlendirebiliriz. Nitekim bu maddede yasaların Anayasa Konseyi önüne getirilmesi halinde Konsey'in bir ay içinde karar vereceği öngörülmektedir. Ancak aynı madde uyarınca, acil olan durumlarda Hükümetin isteği üzerine Konsey'in en geç sekiz gün içerisinde karar vereceği öngörülmüştür. Haliyle sosyal güvenlik ya da daha geniş kapsamıyla sosyal haklara ilişkin yasaların Konsey önüne getirilmesi durumunda hükümetin isteği ile süre kısaltılarak yasa ile ilgili durumun bir an önce netleştirilmesi imkanı söz konusu olabilmektedir.
- Anayasada sayılan yardımcı nitelikteki organlara bakılacak olursa ülkemizdeki Sayıştay'a benzer bir kurum olan **Cour des Comptes**'in mali yasalar ile sosyal güvenlik finansmanı yasalarının uygulanmasının denetlenmesinde ve kamu politikalarının belirlenmesinde parlamento ve hükümete yardımcı olacağı; hazırlayacağı raporlar ile de yurttaşların bilgilendirilmesine katkıda bulunacağı Anayasada belirtiliyor.¹⁸ Yine, Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Konsey'in hükümetin başvurması üzerine yasa ve kararname tasarıları hakkında görüşlerini açıklayacağı ve bu bağlamda konseyin söz

¹⁶ 45. Maddede her yasa teklifi ya da tasarısının parlamentonun iki kanadı tarafından görüşüleceği belirtilirken, iki kanadın uyuşmazlığa düşmesi halinde bunu giderme yolları da düzenleniyor. Öngörülen çözüm yolu uygulanmasına rağmen uyuşmazlık yine giderilmezse Ulusal Meclis'in nihai olarak karar vereceği düzenleniyor.

¹⁷ Maddenin son fıkrası uyarınca bu maddede belirtilen süreye ilişkin limitler Parlamento'nun toplantı halinde olmadığı yahut her iki kanattan birinin toplanma kararı vermediği haftalar bakımından uygulanmaz. Dikkat edilirse bu düzenleme ile yürütmenin bu maddeyi kullanarak parlamentoyu etkisiz kılmasına karşı sınırlı da olsa en azından zamansal güvence sağlanmaktadır.

¹⁸ Fransa Anayasası, m. 47-2.

konusu tasarılarla ilgili görüşünü parlamentonun her iki kanadına sunmak amacıyla üyelerinden birini görevlendirebileceği anayasada düzenlenmektedir. Ayrıca konseye Hükümet ya da parlamento tarafından herhangi bir ekonomik, sosyal ya da çevresel konu ile ilgili danışılabilirliği gibi, kamu maliyesi ile ilgili birçok yılı kapsayan kılavuz ilkeleri belirleyen program yasa tasarılarıyla ilgili de hükümet tarafından danışılabilir. Ancak ekonomik, sosyal yahut çevresel konularla ilgili plan veya program yasa tasarısı olması halinde bunlar görüş alınması amacıyla Konsey'e sunulur.¹⁹

2. Finlandiya

Finlandiya Anayasası 13 kısım içermektedir. Temel ilkeleri düzenleyen birinci kısımda (m. 1-5) devletin sosyal niteliğine açıkça vurgu yapılmasa da özellikle ilk iki maddeden devletin bu niteliğe sahip olduğunu çıkarmak mümkündür. Nitekim birinci maddeye bakıldığında anayasanın insan onurunun dokunulmazlığını, bireyin hak ve özgürlüklerini temin edeceği ve toplumda adaleti gerçekleştireceği belirtilmekte, Finlandiya'nın barışın ve insan haklarının korunması ile toplumun gelişmesi için uluslararası işbirliğine dahil olacağı vurgulanmaktadır. İkinci maddede ise demokrasinin bireyin, toplumun ve kendi yaşam koşullarının geliştirilmesi sürecine katılımını ve bu süreci etkileme hakkını içerdiği düzenlenmektedir. Şüphesiz bu düzenlemeler demokratik devlet ilkesi ile birlikte sosyal devlet ilkesini de akla getirmektedir.

Finlandiya Anayasası'nın ikinci kısmı (m. 6-23) temel hak ve özgürlüklere özgülenmiştir. Bu bağlamda sosyal hakların yanı sıra kişi hak ve özgürlükleri ile siyasi hak ve özgürlüklerin de bu kısımda düzenlendiğini belirtelim. Eşitlik ilkesi (m. 6), ayrıntılı düzenlemesi yasaya bırakılmakla birlikte mülkiyetin korunması ve kamulaştırma (m. 15), gibi sosyal hakları ilgilendiren hükümler bulunmakla birlikte sosyal haklar da başlı başına düzenlenmektedir. Ayrıntılı düzenlemelere geçmeden önce 6. maddede hüküm altına alınan eşitlik ilkesinin birçok batı anayasasına benzer şekilde düzenlendiğini belirtelim. Ancak maddenin son fıkrasında özellikle iş koşulları ve maaş başta olmak üzere çalışma koşullarında ve sosyal faaliyetlerde cinsiyet eşitliğinin yüceltilmesi dikkat çekicidir. Diğer maddelere geçelim:

- Toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün düzenlendiği 13. maddede herkesin önceden izin almaksızın örgütlenme özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra sendika kurma ve örgütlemenin de güvence altına alındığı görülmektedir. Ayrıntılı hükümlerin düzenlenmesi ise yasa alanına bırakılmıştır.
- 16. madde uyarınca, herkesin ücretsiz temel öğrenim görme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca, herkes için yetenek ve özel ihtiyaçlarına göre diğer eğitim öğretim hizmetlerini almada eşit imkan tanınması ve ekonomik zorluklardan arındırılarak kendilerini geliştirme imkanı verilmesi kamu makamları tarafından sağlanacaktır.
- Çalışma hakkını düzenleyen 18. maddenin öncelikle başlığını ele alalım: "Çalışma hakkı ve ticari faaliyette bulunma özgürlüğü". Bu başlık bir bağdaştırma girişimi

¹⁹ Fransa Anayasası, m. 69-71.

olarak yorumlanabilceği gibi hak ve özgürlük kavramlarına verilen özgül anlamlardan kaynaklanan bir durum da olabilir. Bu konuda fazla ayrıntıya girmiyoruz. Birçok anayasada benzer şekilde düzenlendiği gibi çalışma hakkına ilişkin bu maddede herkesin yaşamını idame ettirmek için serbest seçimine göre istihdam edilme, çalışma ve ticari faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra; iş gücünün korunması için kamu makamlarının sorumluluk alacağı ifade edilmiştir. Ayrıca yine kamu makamlarının istihdamı teşvik edeceği ve herkese çalışma hakkının tanınması için gayret edeceği düzenlenirken, istihdamı arttırmaya yönelik eğitim/staj alma hakkına ilişkin hükümlerin yasa ile düzenleneceği belirtilmektedir. Maddede son olarak, kimsenin yasal bir sebep olmaksızın işine son verilemeyeceği düzenleniyor.

- “Sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 19. madde uyarınca onurlu bir yaşam için gerekli olan gelire sahip olamayan kişiler lüzumlu geçim kaynağı ve himaye hakkına sahiptirler. Bu bağlamda herkesin işsizlik, hastalık, engellilik durumunda ve yaşlılıkta, çocuk doğumunda veya geçimini sağlayan kişinin kaybı durumunda temel geçim kaynağına sahip olma hakkı yasa ile güvence altına alınır. Kamu makamları herkese uygun sosyal, tıbbi ve sağlığı ilgilendiren hizmet sunar ve toplumun sağlığını geliştirir; çocukların iyiliği ve kişisel gelişimini sağlayacak güce sahip olmaları amacıyla aileleri ve diğer çocuklara bakmakla sorumlu olanları destekler. Maddede son olarak ilginç bir duruma dikkat çekmek istiyoruz. Bu maddenin son fıkrasında kamu makamlarının herkesin konut hakkını ve kendilerine ait bir konuta sahip olma olanağını destekleyeceği düzenlenmektedir. Konut hakkının “sosyal güvenlik hakkı” başlıklı maddede düzenlenmesi bu hakkın sosyal güvenliğin bir unsuru olarak düşünülmesi bakımından ileri bir düzenleme sayılabilir. Ancak konut “hakkından” bahsedilirken kendi konutuna sahip olma “olanağından” bahsedilmesi maddenin aynı zamanda çekingen bir şekilde kaleme alındığını da göstermektedir.

Finlandiya Anayasasında bulunan söz konusu düzenlemeler dışında bir de Sosyal Güvenlik Kurumu’nun idaresi ve faaliyetlerini denetleyecek “güvenilir” kişilerin parlamento tarafından seçileceğini düzenleyen 36. maddeyi anabiliriz.

3. Belçika

9 kısımdan oluşan Belçika Anayasasının ikinci kısmı “Belçikalılar ve Hakları Üzerine” özgülenmiş olup bu kısmın dışında sosyal haklarla ilgili pek bir düzenleme bulunmamaktadır. Devletin niteliklerine ilişkin ilk kısmında (m. 1-7) bulunan ilk yedi maddede sosyal haklarla ilgili düzenleme bulunmamakla birlikte ilk kısma 2007 yılında eklenen mükerrer 7. maddede devletin sosyal niteliğine ilişkin bir düzenleme görülmektedir. İlgili madde uyarınca, yetkilerini kullanırken Federal Devlet, Topluluklar ve Bölgeler nesiller arasındaki dayanışmayı dikkate alarak **sosyal**, ekonomik ve çevresel hususlarda sürdürülebilir kalkınmaya yönelik amaçlar güderler.

Belçika Anayasası yukarıda da belirttiğimiz üzere, günümüzde yürürlükte olan anayasaların çoğunda görüldüğü gibi hak ve özgürlüklerle ilgili ayrı bir kısma sahiptir. Bu bakımdan

“Belçikalılar ve Hakları Üzerine” başlıklı ikinci kısım (m. 8-32) temel hak ve özgürlüklere yer vermektedir. Bu bağlamda, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 10 ve 11. maddelerde diğer devlet anayasalarının muadil maddelerindeki düzenlemelerden pek bir farklılık bulunmamaktadır. Sosyal haklara ilişkin diğer düzenlemelere bakalım:

- Anayasanın 16. maddesi uyarınca kimse kamusal amaçlı yapılacak, yasa ile öngörülecek durumlarda ve tarzda, adil bir karşılık ödenerek yapılacak kamulaştırma hali dışında mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.
- Çocuğun kendisini ilgilendiren durumlarla ilgili kendi fikirlerini beyan etmek dahil birçok hakkına değinen mükerrer 22. maddede ayrıca her çocuğun kendi gelişimine katkı sunacak olanak ve tedbirlerden yararlanma hakkı olduğu düzenlenmektedir.
- 23. Madde uyarınca herkes, insan onuruna uygun bir hayatı yaşama hakkına sahiptir. Bu amaçla mevzuat, gerektirdikleri yükümlülükleri dikkate almak suretiyle ekonomik, sosyal ve kültürel hakları güvence altına alır; söz konusu hakların kullanılması için gerekli olan koşulları belirler. Sonrasında madde sınırlama getirmeksizin bu hakları sayma yoluna gitmektedir:
 1. *“Olabildiğince istikrarlı ve yüksek istihdamı, eşit iş koşullarını ve adil ücreti, bilgilendirme, danışma ve toplu pazarlığı sağlayacak bir genel istihdam politikası çerçevesinde çalışma ve serbestçe meslek seçme hakkı;*
 2. *Sosyal güvenlik, tıbbi bakım ile sosyal, tıbbi ve hukuki yardım hakkı;*
 3. *Makul bir şekilde konaklama hakkı;*
 4. *Sağlıklı bir çevrenin korunması hakkı;*
 5. *Kültürel ve sosyal açıdan tatmin olma hakkı;*
 6. *Aile yardımlarından yararlanma hakkı.”*
- Eğitim hakkının düzenlendiği 24. maddeye göre zorunlu eğitim süresi boyunca eğitim ücretsizdir. Bu bağlamda verilecek eğitimin öğrenciler ve ebeveynlerinin felsefi, ideolojik ve dini görüşlerine saygı çerçevesinde yerine getirileceği; devlet okulları tarafından zorunlu eğitim süresinin sonuna kadar din eğitimi yahut herhangi bir zümreyi, mezhebi vb temsil etmeyen etik eğitimi alma seçeneği verileceği düzenlenmektedir. Yine 24. madde uyarınca okul çağında olan tüm öğrenciler kamusal kaynaklardan karşılanmak üzere ahlaki ya da dini eğitim alma hakkına sahiptir.
- Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin 27. maddeyi sendikaya üye olma hakkı bakımından zikredebiliriz: *“Belçikalılar derneğe ya da bir ortaklığa girme hakkına sahiptirler. Bu hak herhangi bir önleyici tedbire tabi kılınamaz.”*

4. Danimarka

11 kısımdan oluşan Danimarka Anayasasında hak ve özgürlükler, “Yurttaşların Hakları” başlıklı 8. kısımda (m. 71-85) düzenlenmektedir. İlgili düzenlemelere bakalım.

- Mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasanın 73. maddesi, mülkiyet hakkı ile ilgili güvence sağlamakta, adil giderim ve yargı denetimi gibi kamulaştırmaya ilişkin birçok anayasada rastladığımız türde bir düzenleme getirmektedir. Ancak kamulaştırmaya ilişkin ilginç bir durum söz konusu. Anayasanın 73. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, kamulaştırmaya ilişkin bir yasa Meclis'ten geçtiğinde üç gün içinde üye tamsayısının 1/3'ü oranında üye talep ettiği takdirde yasa kraliyet onayına sunulmaz. Bu durumda söz konusu yasa tasarısı ancak bir sonraki seçimden sonra kurulan yeni meclis önünde tekrar kabul edilmek suretiyle yasalaşabilir.
- 75. maddeye göre kamu yararını arttırmak amacıyla her sağlıklı bireyin varlığını devam ettirecek koşullar altında iş sahibi olması için gayret gösterilecektir.²⁰ Kendisinin ya da ailesinin geçimini sağlama yeteneğinden yoksun olan kimse, bu kimsenin ya da ailesinin yaşamını idame ettirmesinden sorumlu başka bir kimse bulunmadığı takdirde, bu hususta düzenlenen yasalardaki yükümlülöklere uygun davranması koşuluyla sosyal yardım alma hakkına sahiptir.²¹
- 76. madde uyarınca tüm çocuklar için zorunlu eğitim devlet okullarında ücretsizdir. Zorunlu eğitimin (9 yıl) devlet okullarında alınmaması mümkün olup evde ya da özel okullarda alınması da mümkündür. Ancak devletin sağladığı ücretsiz eğitim yalnızca devlet okullarını kapsamaktadır. Ayrıca özel okullar devlet tarafından sağlanan sübvansiyon ile desteklenmektedir.²²
- Anayasanın 78. maddesinde örgütlenme özgürlüğü genel olarak düzenlenmekte, hukuka uygun amaçlarla dernek/birlik kurmanın önceden izne bağlı olmadan mümkün olduğu belirtilmektedir. Şiddet yasağı, mahkeme ile kapatılma, idare tarafından faaliyetten geçici olarak alıkonulma gibi hususlar da maddede düzenlenmektedir. Bu madde çerçevesinde sendika kurma hürriyetinin de güvence altına alındığını söyleyebiliriz.
- 81. Maddede her ne kadar, "Silah taşıma gücü olan her erkeğin yasalarda belirtilen kurallara uygun olarak ülkesinin savunmasına katkı sunmakla yükümlü" olduğu belirtilse de vicdani ret sebebiyle askerlik hizmetinden muaf tutulan kimselerin

²⁰ Danimarka Meclisi (**Folketing**)'nin resmi internet sitesinde bulunan açıklamalı anayasada, söz konusu hükmün doğrudan etkisi olan, hak tanıyan nitelikte bir düzenleme olmadığı vurgulanmakta; parlamentoya yol gösteren siyasi bir emel olduğu belirtilmektedir. Bkz: **My Constitutional Act with Explanations**, (Çevrimiçi)

http://www.thedanishparliament.dk/Publications/My_Constitutional_Act_with_explanations.aspx?page=all, Erişim Tarihi: 21 Ağustos 2016.

²¹ Her ne kadar Anayasada belirtilmese de konu ile ilgili yasalarda sosyal yardım alma hakkının "Danimarka'da yasalara uygun olarak ikamet eden" kişilere tanındığı belirtilmektedir. Bu koşulun en son kabul edilen sosyal hizmetler ve etkin sosyal politika yasalarında da geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz: **My Constitutional Act with Explanations**.

²² Bkz: **My Constitutional Act with Explanations**.

askerlik yerine başka bir toplumsal hizmet yükümlülüğünü yerine getirmekten sorumlu tutulduklarını (örneğin sosyal kurumlarda) belirtelim.²³

- Her ne kadar 82. maddede Devlet denetimi altında yerel yönetimlerin kendi yetkilerini bağımsız olarak kullanma yetkilerinin yasalar ile düzenleneceği belirtilse de maddenin açıklama kısmında birçok kararın yerel düzeyde alındığı vurgulanmaktadır. Bu bağlamda birçok sosyal iş ve özelleştirilmiş sosyal kurumlar da yerel yönetimlerin yetkisi altındadır denebilir.²⁴

Son olarak söz konusu düzenlemelerin dışında Anayasanın 42. maddesinin 6. fıkrasında, referanduma sunulmayacak yasalar arasında, maaş yasaları, kamulaştırma yasaları ve vergi yasalarının sayıldığını belirtelim.

5. İtalya

İtalya Anayasası temel ilkeler (m. 1-12) ve 2 kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım yurttaşların hak ve görevlerini, ikinci kısım ise Cumhuriyetin organizasyonunu düzenlemektedir. Hak ve ödevlere ilişkin birinci kısım da kendi içerisinde 4 bölüme ayrılmaktadır: Sivil İlişkiler (m. 13-28), Etik ve Sosyal Hak ile Ödevler (m. 29-34), Ekonomik Haklar ve Ödevler (m. 35-47), Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 48-54). Anayasanın en sonunda ise geçici ve son hükümler yer alıyor.

Temel ilkelerden başlayacak olursak birinci maddenin ilk fıkrasının konumuz açısından oldukça önemli olduğunu görmekteyiz. Nitekim ilgili fıkra uyarınca, *“İtalya emek/çalışma üzerine kurulu demokratik bir Cumhuriyettir”*²⁵ Anayasanın ilk cümlesinde emeğe vurgu yapılması ve emeğin devletin temellerinden biri olarak sayılması sosyal haklara ilişkin yaklaşımın ilk sinyali olarak değerlendirilebilir. İkinci maddede ise Cumhuriyetin kişinin hem bireysel hem de insan kişiliğinin ifade edildiği sosyal gruplardaki dokunulmaz haklarını tanıyıp güvence altına aldığı vurgulandıktan sonra siyasi, ekonomik ve sosyal dayanışmanın gerektirdiği temel ödevlerin yerine getirilmesinin Cumhuriyetin beklentisi olduğu belirtiliyor. Eşitlik ilkesinin düzenlendiği 3. maddede aynı zamanda devletin amaçlarından da bahsediliyor:

Madde 3: *“Tüm yurttaşlar cinsiyet, ırk, dil, din, siyasi görüş, kişisel ve sosyal koşullar bakımından bir ayrımcılık söz konusu olmaksızın eşit sosyal itibara sahip olup hukuk önünde eşittir.*

Yurttaşların özgürlüğünü ve eşitliğini sınırlandıran ve dolayısıyla insan kişiliğinin tam gelişimi ile tüm işçilerin ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal örgütlenmesinde etkin katılımını engelleyen ekonomik veya sosyal nitelikli engelleri ortadan kaldırmak Cumhuriyetin görevidir.”

Eşitlik ilkesi ile devletin görevlerinin aynı maddede düzenlenmesi ikisi arasındaki bağlantıyı vurgulamak açısından önemli kabul edilebilir. Nitekim bu düzenleme ilk bakışta hukuki

²³ Bkz: **My Constitutional Act with Explanations.**

²⁴ Bkz: **My Constitutional Act with Explanations.**

²⁵ *“L'Italia e'una Repubblica democratica, fondata sul lavoro”*

eşitliği güvence altına alsa da yurttaşların insan onuruna uygun bir yaşam yaşamasına mani olan engellerin kaldırılmasının devletin görevi olduğunu belirtmek hukuki eşitlikle yetinilmeyeceğini ima etmektedir. Ancak söz konusu olan karşılıklı bir ilişkidir ve kişiye de ödevler yükler. Nitekim 4. maddede Cumhuriyetin tüm yurttaşların çalışma hakkını güvence altına aldığı ve bu hakkın etkin kullanımı için gerekli koşullara katkıda bulunacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrada, *“Her yurttaşın kişisel imkan ve bireysel tercihiyle göre toplumun maddi veya manevi gelişimine katkı sunacak bir faaliyet gerçekleştirme veya işlev görme ödevi vardır”* denilmektedir. Haliyle emeğe ve işçilere fazlasıyla vurgu yapan temel ilkeler kişinin topluma olan ödevlerini de hatırlatma gereği duymaktadır.

Sivil İlişkiler (m. 13-28) bölümünde konumuzla alakalı pek bir düzenleme bulunmamakla birlikte birkaç maddeye değinebiliriz. Bu bölümde genel bir örgütlenme özgürlüğü (m. 18) maddesi bulunmakla birlikte konumuz açısından önem taşıyan sendika kurma hakkı aşağıda göreceğimiz gibi ayrı bir maddede düzenlenmektedir.²⁶ Yoksulların mahkemeler önünde davalı ve davacı iken gerekli olan güvencelere yasalarda belirtildiği şekilde sahip olacaklarını belirten düzenlemeyi (m. 24/3) de konumuzla alakalı olarak anabiliriz. Diğer bölümlere bakalım.

Etik ve Sosyal Hak ile Ödevler (m. 29-34):

- 29. Madde uyarınca Cumhuriyet, evlilik üzerinde kurulan doğal bir kurum olan ailenin haklarını tanır ve evlilik eşlerin ahlaki ve hukuki eşitliği üzerine dayanır.
- 30. Maddeye göre evlilik dışı doğmuş olsa bile çocukların yetiştirilmesi ve eğitilmesi ebeveynlerinin görevi ve hakkıdır. Ayrıca aynı madde evlilik dışında doğan çocuklar için *“meşru aile üyelerinin”* hakları ile uyumlu hukuki ve sosyal önlemlerin alınmasının yasa ile sağlanacağını öngörmektedir.
- Cumhuriyet, ekonomik önlemler ve diğer faydalar sağlamak suretiyle büyük ailelerin durumunu özellikle göz önünde bulundurarak ailelerin oluşmasını ve görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olur, gerekli yasal düzenlemeleri yaparak anneleri, çocukları ve gençleri korur (m. 31).
- Cumhuriyet, bireyin temel hakkı ve ortak bir menfaat olarak sağlığı korur, muhtaçlara ücretsiz tıbbi bakım sağlar (m. 32/1).
- 34. Madde uyarınca okullar herkese açık olup ilköğretim zorunlu ve ücretsizdir. Mali kaynağı olmayanlar dahil yetenekli ve hak eden öğrenciler en üst seviyelerde eğitim alma hakkına sahiptirler. Cumhuriyet seçme sınavları eliyle sağlanacak burslar, ailelere verilecek ödenekler ve diğer vasıtalarla bu hakkın kullanılmasını etkin bir şekilde yerine getirir.

²⁶ Siyasi parti kurma hakkının da ayrı bir maddede düzenlendiğini belirtelim. Bkz: İtalya Anayasası, m. 49.

- 35. Madde uyarınca Cumhuriyet, her şekliyle ve uygulamasıyla çalışmayı/emeği korur, çalışanlara eğitim ve profesyonel gelişim imkanı tanır, çalışma haklarını sağlama ve düzenleme amacını güden uluslararası anlaşmalar ve organizasyonları teşvik eder, yasalarda belirtilen yükümlülüklere uymak koşuluyla göç etme hakkını tanır, yurtdışındaki İtalyan işçileri korur.
- İşçiler yaptıkları işin niteliği ve niceliğine göre ve her halükarda kendileri ve ailelerine özgür ve onurlu bir varoluş sağlayacak şekilde ücret alma hakkına sahiptirler. Günlük maksimum çalışma saatlerinin yasa ile belirlenmesi, çalışanların haftalık dinlenme ve ücretli tatil hakları oldukları ve bu haklarından vazgeçemeyecekleri de aynı maddede düzenlenen hususlardandır (m. 36).
- 37. Madde uyarınca çalışan kadınlar erkeklerle aynı haklara sahip olup yapılan iş erkeklerin yaptığı ile karşılaştırılabiliriyorsa kadınlara erkeklere ödenen ücret ödenir. Çalışma koşulları, kadının aile içindeki temel rolünü yerine getirmesine ve anne ile çocuk için uygun korumanın sağlanmasını mümkün kılmalıdır. Dikkat edilirse anayasa, eşitliğe ilişkin genel nitelikteki üçüncü madde ile yetinmemiş, çalışan kadın ve erkek arasındaki eşitliği de özel olarak düzenlemiştir.²⁷ Yine aynı maddede ücretli iş için erişilmesi gereken asgari yaşın yasa ile belirleneceği ve Cumhuriyetin küçüklerin çalışmasını özel hükümlerle koruyacağı ve bunlara “eşit işe eşit ücret” hakkını temin edeceği belirtiliyor.
- 38. Madde uyarınca çalışamayacak durumda olan ve yeterli geçim kaynağı olmayan her yurttaş sosyal yardım alma hakkına sahiptir. Çalışanlar, kaza, hastalık, engellilik, yaşlılık, istemsiz olarak işsiz kalma durumlarında ihtiyaçlarının uygun bir şekilde karşılanması hakkına sahiptirler. Engelli ve bakıma muhtaç kişiler eğitim ve mesleki eğitim alma hakkına sahiptirler. Diğer taraftan maddenin dördüncü fıkrasında, bu maddede belirtilen yükümlülüklerin Devlet tarafından kurulan veya desteklenen oluşum ve kuruluşlara verileceği düzenlenmekte, son fıkrada madde bağlamındaki yükümlülükler bakımından özel sektör desteğinin sağlanmasının serbest olduğu belirtilmektedir.
- 39. maddeye göre sendikalar serbestçe kurulabilir, yasalarda öngörülen hükümlere göre yerel yahut merkezi tescil yükümlülüğü dışında sendikalara başka yükümlülükler getirilemez. Ancak sendikaların tescil edilebilmesi iç örgütlenmelerini demokratik temelde kuracak bir içtüzük benimsemiş olmaları gerekir. Tescilli sendikalar hukuki kişiliğe sahip olup toplu iş sözleşmelerine üye sayılarıyla orantılı

²⁷ Siyasi haklar ve ödevler kısmında bulunan 51. maddede de kamu görevlerine girme ve seçimle gelinen makamlara seçilmede cinsiyetler arasındaki eşitlik vurgulanıyor. Yine 117. maddede, bölgelerin çıkaracakları yasaların kadın ve erkeğin sosyal, kültürel ve ekonomik yaşamdaki tam eşitliğinin önündeki engelleri kaldıracağı ve seçimle gelinen makamlara eşit giriş şansını teşvik edeceği belirtiliyor.

şekilde taraf olarak katılır, üyelerini temsil ederler. Toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan tüm koşullar taraflar için bağlayıcı olur.

- Grev hakkı yasalara uygun olarak yerine getirilir (m. 40).
- 41. madde uyarınca özel ekonomik girişim kurmak serbesttir. Ancak özel girişim çerçevesinde yerine getirilen faaliyetler ortak iyiye yahut güvenlik, özgürlük ve insan onuruna aykırı bir şekilde gerçekleştirilemez. Kamunun ve özel sektörün ekonomik faaliyetinin sosyal amaçlarla uyumlu ve bu amaçlara odaklı olması için uygun programlar ve kontroller yasa ile öngörülür.
- Mülkiyetin niteliği ile ilgili olarak düzenlemeler içeren 42. maddede sosyal işlev vurgusu dikkat çekmektedir. Nitekim ilgili madde uyarınca mülkiyet özel ya da kamusal olabileceği gibi, ekonomik değerler de kamusal organlara yahut özel kişilere ait olabilir. Özel mülkiyet yasalar ile korunup güvence altına alınır. Ayrıca söz konusu yasalarda mülkiyetin sosyal işlevini sağlamak ve herkes için erişilebilir olmasını sağlamak amacıyla özel mülkiyetin edinme ve yararlanma yolları ile sınırları düzenlenir. Yasa ile öngörülen hallerde tazminat ödenmesi koşuluyla kamulaştırma yapılabilir. Ancak bunun için genel yararın gerekli kıldığı nedenlerin olması gerekir.
- Temel kamu hizmetleri, enerji kaynakları yahut tekel niteliğindeki alanlarda faaliyet gösteren işletmeler devletleştirilirken hükümete yahut diğer bir kamu kurumuna veya işçilerin kurmuş oldukları bir kuruma devir bakımından yasa ile öncelik tanınabileceği 43. maddede belirtiliyor.
- 44. Maddede özel mülkiyet üzerine sınırlama ve yükümlülük getirmek ile küçük ve orta boyllu tarım işletmelerini desteklemenin amaçlarından biri olarak eşit sosyal ilişkilerin sağlanması da sayılmaktadır.
- 46. Madde uyarınca işçilerin ekonomik ve sosyal olarak daha iyi duruma gelmeleri ile üretimin ihtiyaçlarının sağlanması için Cumhuriyet, yasa ile öngörülen usuller ve sınırlar dahilinde işletmelerin yönetimine işçilerin iştirak etme hakkını tanır.
- 47. madde uyarınca Cumhuriyet konut ve tarım arazisi sahipliğini teşvik eder.

Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 48-54) bölümünde konumuzla ilgili pek bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu bölümde yer alan 53. madde, herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu ve vergi sisteminin artan oranlı olacağını vurguluyor.

Diğer kısımlara bakacak olursak, Anayasanın yardımcı organlar başlıklı üçüncü kısmı altında konumuzla alakalı olarak Ekonomi ve Emek Ulusal Konseyi düzenleniyor (m. 99). Bu bağlamda söz konusu konseyin belirlenecek oranlar dahilinde niceliksel ve niteliksel durumlar göz önüne alınarak belirlenecek ekonomik faaliyet kategorilerinden uzmanlar ve temsilcilerden oluşacağı düzenleniyor. Konseyin görevi ise yine aynı maddede, yasa ile

belirlenen konularda ve verilen işlevlerde parlamento ve hükümete danışma organı olarak çalışmak olarak belirlenmiştir. Ancak buna ek olarak konsey, yasa ile belirlenen sınırlamalar dahilinde bir konu ile ilgili yasama sürecini başlatabileceği gibi, ekonomik ve sosyal konulardaki mevzuatın oluşturulmasında taslak hazırlama yetkisine de sahiptir.

Son olarak belirtmek gerekirse; bölgesel bir devlet olan İtalya’da bölgelerin ve devletin yasama yetkilerini kullanacağı alanlar anayasada belirtilmiştir. Bu bağlamda sosyal güvenlik ile ülke çapında sağlanan temel düzeydeki sosyal katkıların belirlenmesi merkezin münhasır yetkileri arasında sayılırken; konumuzla alakalı olarak, iş güvenliği, tamamlayıcı ve ek sosyal güvenlik gibi alanlar ise bölgeler ve merkezin yetkileri arasında sayılmıştır. Bu bağlamda bölgesel makamların yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya getirememesi halinde merkezi devletin bölgesel makamlar yerine hareket edebileceğini öngören 120. madde de dikkate değer. Nitekim, bu durumun meydana gelmesi için varsayılan ihtimallerden birisi olarak temel düzeydeki medeni ve sosyal menfaatlerin sağlanmasındaki başarısızlık da gösterilmektedir. Bu durumda bölgenin yapamadığı görevi merkezi devletin yerine getirme yetkisi bulunmaktadır. Yine 119. madde uyarınca Devlet, ekonomik gelişme ile sosyal uyum ve dayanışma ile ekonomik gelişmeyi ilerletmek, ekonomik ve sosyal dengesizlikleri azaltmak, kişilerin haklarının daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak gibi amaçlarla belirli yerel yönetim birimleri, bölgeler ve şehirler için ek kaynaklar sağlayıp, yine bunlar lehine özel önlemler alabilir.

C. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Devlet İlkesinin Anlamlandırılması Ve Türkiye Uygulaması

Dr. Bülent Yücel*

GİRİŞ

Kapitalist ekonomi modelinin uygulandığı ve temsili “liberal batı demokrasilerinde süregiden ve aslında sistemin demokratik işleyişi bakımından da ciddi bir gizil risk oluşturan yoksulluk sorunsalı bu bildirinin ana temasını oluşturmaktadır. Dengesiz gelir dağılımının sonucu olan yoksulluk ve onun özel bir hâli olan “yoksunluk duygusu” toplumsal bünyenin kültürel, ahlakî, ekonomik ilişkiler ağında onulmaz yaralar açtığı gibi üzerinde bir biçimde oydaşma sağlanmış siyasal sisteme duyulan güveni de içten içe zayıflatan bir etkiye sahiptir.

Kaba bir iktidar kuvvetinin varlığını aşma iddiasındaki demokratik siyasal sistemlerin temel dayanağını oluşturan meşruiyet girdisinin zaafiyet göstermemesi için büyük çaba sarf eden liberal Batı demokrasileri tarihî süreçte iki kavramı öne çıkarmışlardır. Bunlardan ilki hukuk devleti olgusu iken diğeri ise derinleşen sınıfsal çatışmayı yumuşatmak ve toplumun nezdinde mevcut siyasal sistemin geçerliliğini korumak üzere “kerhen” de olsa kabul edilen sosyal devlet araçları ve kurumlarıdır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde genel bir tarihî perspektifle Sanayi Devrimi ve sonrasında yaşanan büyük toplumsal değişimin yarattığı yoksulluk olgusu ele alınacaktır. Bu çerçevede yoksulluk sorunsalının demokratik siyasal sistemle olan ilişkisi netleştirilmeye çalışılacaktır.

Sunumun ikinci bölümünde ise geçen yüzyıl itibarıyla sosyalist ekonomik modele karşı bir tür pansuman etkiye sahip “engelleyici/önleyici kurumlar bütünü” olarak geliştirilen “sosyal devlet” kavramı ele alınacaktır. Kavramlaştırmanın Türkiye boyutunun da işlendiği bu kısımda Anayasa Mahkemesi’nin bir anayasal ilke olarak sosyal devlete yüklediği anlam üzerinden genel bir değerlendirme yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YOKSULLUK OLGUSU ya da GERÇEKLİĞİ

1. Siyasi Yapının Dönüşümünün Ekonomik Alt Yapısı Olarak Sanayi Devrimi ve Etkileri

* Anadolu Üniversitesi

İnsanlığın kültürel evriminin bir yönünü oluşturan “ekonomi tarihinin” en özel dönemlerinden birini 18. yy.’ın ikinci yarısı itibarıyla sosyo – ekonomik, siyasal ve hukuksal kurumlarını biçimlendiren Sanayi Devrimi meydana getirmektedir. Kapitalizmin kurumsal anlamda ilerlemiş ve olgunlaşmış bir safhasını ifade eden sanayileşme süreci, özellikle toplumsal yapıda yarattığı sınıfsal farklılaşma ile bir yandan yoksulluk olgusunun somutlaşmasında önemli rol oynamış ve öte yandan kadro partilerinden yığın partilerine geçişi sağlaması sebebiyle siyasal düzeni sarsan bir etkiyi de beraberinde taşımıştır. Bu çok boyutlu kırılma ister istemez yeni bir dünya düzeninin şematize edilmesine ve “kâğıtların yeniden karılmasına” yol açmıştır.

Sanayi Devrimi düşünüldüğünün aksine belli koşulları yaratan ve belli bir neden sonuç ilişkisine de sahip olan en azından üç yüzyıllık¹ bir dönemsel birikimin sonucudur. Önderliğini İngiltere yapsa da aslında Avrupa’nın diğer büyük devletlerinin de içinde yer aldığı sosyo-ekonomik bir olgudur. İngiltere, Fransa ve bazı yönler itibarıyla Belçika’nın, Hollanda, İspanya, Portekiz, Almanya ve İtalya’ya göre daha önde olduğu makinalaşma sürecinde sanayileşmiş bir toplum yapısına ulaşılabilmesi, “sermaye”, “kapitalist bir ruh/anlayış”, “ulaşımı da kapsayan pazarlar”, “ücretli çalışanlar”, “ham madde” ve “makinalar” olmak üzere altı temel koşulun bir arada var olmasını gerektirmiştir.²

18. yy. itibarıyla özellikle makinelerin kullanımının artışı, “buhar” başta olmak üzere yeni teknolojilerin devreye girmesi, metalurji ve dokuma sanayiinin öne çıkmasıyla birlikte temelinde ticaret kapitalizminin olduğu merkantilizm çökmüş ve onun yerini sanayi kapitalizminin üzerinde yükseldiği ekonomik liberalizm almıştır. Bu süreçte rekabetçi

¹ Avrupa’da yaşanan Sanayi Devrimi’nin arka planındaki bu tarihi derinlikle etkileşimli biçimde ve belli bir zaman aralığında da koşul olarak şekillenen Doğu ekonomisinin belirleyici siyasi dinamiğini Moğol Barışı (Pax Mongolica) oluşturmuştur. Daha 1000 – 1350 yılları arasında Doğu ile Batı arasında başlayan ekonomik bütünleşmede özellikle ticaret yollarının Kızıldeniz’den kara yoluna kayışı, Türklerin Anadolu’da ilerleyişi, Haçlı Seferleri Bizans’ın güç yitirmesine yol açtığı gibi elinde tuttuğu iktisadi kontrolü de Ceneviz ve Venediklilere kaptırmasına yol açmıştır. Moğol Barışı’nın sona erişini izleyen dönemde (1350 – 1500) Doğu ticareti içinde Avrupalı tacirlerin hareket serbestisinin azalması ve güvenliklerinin tehdit altına girmesi, vebanın yayılması, Timurlenk’in Osmanlı Devleti’ni Fetret dönemine sokması gibi beklenmeyen olaylar ve sonuçlar bile bu ekonomik bütünleşmeyi engelleyememiş sadece gerçekleşme biçimlerini değiştirmiştir. Bununla birlikte sonraki süreçte Baharat yolunun denetiminin el değiştirmesiyle 15. yy.’ın sonları itibarıyla hızlanan coğrafi keşifler, sonuçlarını 16. yy.’ın ilk çeyreğinden itibaren doğurmaya başlamış ve sömürgecilğe dayalı olarak gelişen merkantilist ekonomi, iki “Dünya” arasında gerçekleşen teknolojik aktarımın da etkisiyle yaşanan siyasal, ekonomik ve toplumsal dönüşümlerin ve tabii ki Avrupa sermaye birikiminin en ciddi unsuru olmuştur (Ronald Findlay ve Kevin H. O’Rourke, **Güç ve Refah, İkinci Binyılda Ticaret, Savaş ve Dünya Ekonomisi**. Çev.: Ahmet Ataseven. (İstanbul: Küre Yayınları, 2009), s. 146 – 150, 164 – 166, 183 – 187).

² Başlangıcını Orta Çağ feodal ekonomik ilişkiler ağına kadar geri götürebileceğimiz kapitalist ekonominin tarihi akış içinde kurumsallaşması, kendi tekniklerini oluşturmaları ve bunların egemen olduğu bir anlayış üretmesi bakımından “coğrafi keşifler”, “sömürgecilik” ile onun ekonomik modeli olan “merkantilizm” ile Reformasyon gibi önemli gelişmeler göz ardı edilmemelidir. Bu süre zarfında yönetim anlayışının da değişmesiyle kapitalist üretimin de kendi içinde dönüşüm yaşadığı görülecektir. Tarım ekonomisinden, ticaretin ön plana çıktığı bu ilk evre bir süre sonra yerini, teknolojik gelişmelerin de hızlandırıcı etkisiyle, sanayileşen tarım, ticaret ve maliye ilişkilerinin geliştiği Avrupa toplumlarının içine girdiği modern devlet aşamasına bırakacaktır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Shepard Bancroft Clough ve Charles Woolsey Cole, **Economic History of Europe**. Third edition. (The United State of America: D.C. Heath and Company Boston, 1952), s. 66 – 74, 97 – 223, 393-394).

ol(a)mayan sanayi üretimi, özellikle loncaların ve ayrıcalıklı ticaret kumpanyalarının tekeli yapısı karşısında rekabet etmeye çalışıyordu. İngiltere’de parlamentonun sanayii kayıtlayan denetimleri kaldırması, sömürge kumpanyalarının hızla gelişmesi ve dış ticaretin serbestleşmesiyle koruyucu ve kayıtlayıcı ticaret anlaşmalarının çözülmüş ve serbest ticaret gelişmeye başlamıştır. Böylece ekonomik yaşamın ön planındaki “ticaret”, “tacir” ve “maliyeci” ilişkisinin yerini “sanayi”, “sermaye” ve “işgücü” almıştır. Bu da doğal olarak ücretli işçi olgusunu doğurmuş ve yeni sınıfsal mücadelenin temelini işçi – işveren arasında biçimlenmesine neden olmuştur. Siyaseti “laissez – faire” olarak kodlanan ekonomik liberalizm, koyu ulusalcı merkantilizm karşısında evrenselliği savunurken devrimci bir tutumla büyük toprak sahibi soylular ile Kiliseye karşıydı. Özellikle Fransız İhtilali’nin ortaya çıkışında Fizyokratların bu yaklaşımı göz ardı edilemez. Buna karşın kapitalizmin kökleştiği ve kurumsallaştığı ülkelerde mevcudun “korunması” ve “sürdürülmesi” gereği ağır bastıkça ekonomik liberalizmin tutuculaşmıştır. Ekonomik yaşamda süregelen bu dip akıntısı siyasette ve yönetimde “herkes için eşit oy hakkının” ortaya çıkmasına ve kabulüne giden süreci de etkilemiştir. Bu sonuç beraberinde toplumun kalabalık alt sınıflarının yönetime dâhil olmasına yol açmışsa da bu değişim, serbestlik ilkesinin sisteme egemen olması nedeniyle siyasî iktidarın girişimci sınıfa müdahale edebilmesine olanak tanımamıştır.³

Sanayi Devrimi’nin gerçekleştiği Avrupa coğrafyasında ekonomik modelin kapitalist olmasının siyasî ve felsefî altyapısını liberalizm⁴ oluşturmaya karşın yönetim tarzının mutlak monarşilerden/imparatorluklardan meşrutî monarşilere ve cumhuriyetlere doğru kayması daha yavaş bir hızda gerçekleşmiştir. Sonuç itibarıyla üst yapının değişmesinde toplumda oluşmaya başlayan işçi sınıfının⁵ ve örgütlenmelerinin yarattığı basıncın önemli bir etkisi olmuştur.

³ Merkantilizmden ekonomik liberalizm geçişi hazırlayan koşulların başında fiyat artışlarının önlenememesi ve gelir bölüşümünün kapitalistlerin lehine bozulması, insan gücünün yerinin makine ile doldurulması ve ev sanayiinden fabrika sanayiine evrilme önemli bir rol oynamıştır. Bu sosyo-ekonomik kırılma çerçevesinde, feodalizmin çözülüşüyle birlikte geçimlik tarım üretimi piyasaya bağlı hale gelen ticarî tarım üretimine dönüşmüş, toprak, emek hizmeti ve hammadde serbestçe piyasadan alınabilir hâle gelmiştir. Bu değişime Reformasyon sonrasında Kilise varlıklarının alınması ve sömürgecilik sonucunda işgücünün ve hammaddenin kapitalist ekonomik yapıya aktarılması ve piyasa bağlamında bu girdilerin bütünleşmesi de büyük bir etki yaratmıştır. Böylece merkezinde ücretli işçiliğin bulunduğu yeni bir ekonomik düzen biçimlenmiştir (Gülten Kazgan, **İktisadî Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, 12. Basım, (İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, 2006), s. 47, 51 – 52, 62 – 63).

⁴ Düşünsel kökleri, Rönesans’ın tetiklediği Reform Hareketi dolayısıyla “akılcılığa” ve “Aydınlanma felsefesine” dayanan liberalizm bugünkü anlamına 19 yy.’da kavuşmuştur. Bu devrimde belirleyici unsur, toprağa bağlı feodal düzene ve servete sahip aristokrasiye karşı kentlerdeki meta üretimi ve ticaret eksenli sermaye birikimini gerçekleştiren burjuvazi olmuştur. Özellikle kapitalizm temellendiği bütün coğrafyalarda benzer biçimde “erkler ayrılığına”, “parlamentar yapıya” ve “halk egemenliğine” dayalı siyasî iktidarlar şekillenmiştir. Bu noktada yer yer küçük burjuvazi ve Sanayi Devrimi’nin toplumsal bir sonucu olan işçi sınıfının da desteğini alan büyük burjuvazi gerçekleştirdiği liberal karakterli Batı demokrasisinin ekonomik ayağını girişim ve ticaret özgürlüğü/serbestisi oluştururken; siyasî boyutunu çoğulculuk meydana getirmiştir (Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Üçüncü Bası, (İstanbul: Say Kitap Pazarlama, 1982), s. 26 – 30).

⁵ İşçi sınıfının ortaya çıkışında ana dinamik kapitalizm olmasına karşın, bu sınıfsal oluşumun farklılıklar içerecek tarzda biçimlenmesi söz konusudur. Her ne kadar Sanayi Devriminin yaşanması, ticaret burjuvazisinden sanayi burjuvazisine geçiş bu anlamda bir sosyo-ekonomik alt yapıyı hazırlasa da bunun gerçekleştiği her ülkede işçi sınıfının birebir aynı yapıda olacak şekilde oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede çalışanların zanaat veya mesleki sendikal birlikler biçiminde örgütlendiği, pazarın

2. Liberal Demokrasi ile Yoksulluk Arasındaki Neden Sonuç İlişkisi

Liberal ve parlamenter temsili demokrasinin kurumsallaştığı yenedünya düzeninde yaşanan siyasî farklılaşma kendini hukuk alanında da hissettirmiştir. Böylece bir yandan anayasallaşmayla⁶ bazı hakların ilk defa gündeme getirilerek güvence altına alınmasının yolu açılırken; öte yandan, “küreselleşme”⁷ olgusunun kaçınılmazlığı kendisini dayatmıştır. İlki, sınıfsal iktidar mücadelesi içinde bazı hakların güvence altına alınmasının hukukî ve siyasî ifadesi iken; ikincisi, bu mücadelenin devamlılığının adı olmuştur.

işleyişiyle ilgilenen ve sınıfsal olmaktan ziyade her kesime seslenen kitle partileriyle siyaseten güç elde etmeye çalışan Anglo – Amerikan işçi sınıfı ile Kıta Avrupası’ndaki benzerlerini bir tutmak olası değildir. Hatta Kıta’nın kendi içinde bile Fransa, Almanya ve Rusya gibi ülkelerdeki oluşum süreçlerini de aynı kabul etmek mümkün değildir. Öyle ki savaşlar, devrimler, ekonomik bunalımlar ve ülkelerin kendi yerel özellikleri kapitalizmin geliştiği ülkelerde işçi sınıfının oluş ve yapısal karakteristiğine etki eden değişkenlerdir. Dolayısıyla bu yeni sınıfın ortaya çıkışını belli bir yaratıcı nedene bağlamanın aksine dinamiklerin farklılaşmasını esas alarak bu oluşumun temelindeki kurucu kavramın “çeşitlilik” olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Özellikle “sanayileşmenin zamanlaması ve hızı” ile “ekonomik yapının niteliği” her kapitalistleşmiş ülkedeki sınıf oluşumunda, o ülkenin kendi özel değişkenlerini de hesaba kattığımızda belirleyici unsurlar olarak dikkat çekmektedir (Aristide R. Zolberg, “Kaç İstisnacılık?,” Çev.: Reşide Adal Dünder içinde **İşçi Sınıfı Oluşumu Batı Avrupa ve Amerika’da 19. Yüzyıl Örüntüleri**. Editörler: Ira Katznelson & Aristide R. Zolberg. Çev.: Reşide Adal Dünder, Özgür Balkılıç, Mehmet Kendirci ve Onur Öncan, (Ankara: Tan Kitabevi Yayınları, 2012), s. 402 - 404, 408, 430 - 432).

⁶ Özünde bireyi korumak kaygısıyla/amacıyla siyasî iktidarı sınırlamanın hukukî araçları olarak düşünülen anayasalar, erkler ayrılığı üzerine inşa edilen devlet yapılanmasının kurgulandığı ve liberal siyaset felsefesinin doğal uzantısı olarak 18. yy. itibarıyla ortaya çıkan kurucu metinlerdir. Sanayi Devrimi sonrası yaşanan sosyo- ekonomik ve siyasal dönüşümün ve mücadelenin sonucunda, liberal ve kapitalist sistem içinde varlığı kabul edilmek durumunda kalan “sosyal haklar” 20. yy. ikinci yarısı itibarıyla bir ölçüde garantör bu üst normların bir parçası hâline gelmiştir. Anayasacılık hareketleri için ayrıca bkz. (Gisbert H. Flanz, **XIX Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, Anayasacılık Hareketlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesine Giriş**. Çev.: Necat Erder, Şerif Mardin ve Aydın Sinanoğlu, Ankara: AÜSBF Yayını, 1956), s. 8 - 18).

⁷ Neo-liberal ideolojinin egemen söylemi ve *mottosu* hâline gelen küreselleşme kavramı, tek boyutlu bir kavram olmayıp anlam ve kapsam derinliği içinde ekonomik, siyasî ve toplumsal tüm boyutları / alanları içeren bir “öneriler reçetesi” olarak tanımlanmaktadır. Sadece olumlayarak anlamlandırmanın mümkün olamayacağı küreselleşme olgusuna “piyasa mantığını engelleyen ya da engelleyecek olan bütün toplu yapıların ortadan kaldırılması” olarak eleştirel bir yaklaşımla da bakılmalıdır. Sadece ekonomik boyutuyla ele alınması durumunda bu “reçete”, kaçınılmaz bir süreç olarak nitelendirilmekte olup temelinde mal ticaretinin ve mali sermaye akımlarının serbestleştirilerek dünya ekonomisini oluşturan bütün sosyo - ekonomik parçaların / unsurların uyumlu biçimde birbirine eklenerek piyasayla bütünleşmesi biçiminde algılanmaktadır (Erinç Yeldan, “Neoliberalizmin İdeolojik Bir Söylemi Olarak Küreselleşme,” içinde **İktisat Üzerine Yazılar I Küresel Düzen: Birikim, Devlet ve Sınıflar Korkut Boratav’a Armağan**. Derleyenler: Ahmet H. Köse, Fikret Şenses, Erinç Yeldan. (İstanbul: İletişim Yayınları, 2003), s. 428 - 429).

Batı kültürünün hâkim olduğu bir akış şeması içinde ekonomik, toplumsal, siyasî, hukukî⁸ ve teknolojik değişim itibarıyla çeşitli evrelerden⁹ geçerek bugünkü anlayışına gelen küreselleşme dikkatli okunması gereken bir kavramdır ve yoksulluk, yoksunluk¹⁰, açlık olgularıyla neden – sonuç ilişkisi bağlamında yakın bir ilinti¹¹ içindedir. Özellikle teknolojik

⁸ Küreselleşmenin hukukî ayağı uluslararası toplumun oluşumuyla yakında ilintilidir. Bu bağlamda “ilk küreselleşme dönemi” olarak adlandırabileceğimiz 15 - 17. yy aralığı sonraki dönem açısından belirleyici olayları bünyesinde barındırmaktadır. Hukuksal anlamda egemen ve eşit devletler arasındaki görece düzenli ilişkilerden kurulu olan uluslararası toplumun daha 1500 yılı itibarıyla başlayan modern ve küresel dünyaya geçiş sürecinin taçlandığı olay 1648 Westphalia Barışıdır. Bu dönüşümün yaşandığı Yeniçağ boyunca uygarlığın küresel bir nitelik kazanmıştır. Böylece birbirinden yalıtık anakaraların coğrafi keşiflerle birbirinden haberdar olmaya başlaması ve sömürgecilik/kolonizasyon yoluyla gelişen ticaret ekonomisiyle de Avrupa merkezli aktörlerin küresel eylemde bulunma olanağına kavuşmaları söz konusu olabilmektedir (Ahmet Halûk Atalay, **Uluslararası Hukukun Oluşumu “İlk Küreselleşme Dönemi” (1492 - 1648)**, (İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997), s. 10-11).

⁹ İnsan ilişkilerinin sıklaşarak yaygınlaştığı dünya tarihi açısından küreselleşmeyi kronolojik olarak açıklamaya çalışan çeşitli görüşlerin varlığına karşın bunlar arasında tam bir oydaşma/örtüşme olduğunu söylemek güçtür. Küreselleşmenin, coğrafi keşiflerle başladığı yönündeki genel kabulün yanında “Sanayi Devrimi” ve “ulus devletlerin ortaya çıkışı” biçiminde ekonomik ve siyasî dönemeçlerin geçildiği dönemler boyunca geliştiği vurgulanmaktadır. Bu açıklama çabalarının yanında Robertson’ın vurguladığı hâliyle “oluşum evresi” (1400 - 1570), “başlangıç evresi” (1750 - 1875), “yükseliş evresi” (1875 - 1925), “hegemonya için mücadele evresi” (1925 - 1969) ve “belirsizlik evresi” (1970 - ...) gibi daha kesin/nokta yılların verildiği beşli bir sınıflama da yapılmaktadır. Ayrıntılı okuma için bkz. (Ayfer Gedikli, “Küreselleşmenin Tarihi Mi, Tarihin De Küreselleşmesi Mi?,” içinde **Küresel Ekonomi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, “Küreselleşen Ekonomik Sorunlar Perspektifinden Dünyanın Geleceği”**. Editörler: Hüseyin Altay ve Ali Şen (Ankara: Detay Yayıncılık, 2011), s. 6 - 7, 9 - 32).

¹⁰ Yoksulluk kavramının anlam kapsamı içinde yer alan ve bir azlığı ya da mahrumiyeti işaret eden yoksunluk olgusu ise kişinin/kişilerin bir şeye sahip olamaması ya da ona ulaşamaması anlamında o şeye/olanağa/hakka/özgürlüğe ilişkin “yok”luğu ifade etmektedir. Bu noktada yoksulluk ile yoksunluk arasında ciddi bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Özellikle maddî yoksunlukların “kaynaklara” ve “üretim araçlarına/etmenlerine” ulaşmayı engellemesi asgari yaşam düzeyini sürdürebilecek gelire sahip olunmasını engellemekte ve yoksulluk bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır (Şafak Kaypak, “Yoksulluğun Değişen Yüzü; Kentsel Yoksulluk ve Sosyal Dışlanma,” içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014), s. 262).

¹¹ Söz konusu bağıntı aslında küreselleşme sürecinin yarattığı düzen içinde dünya toplumlarının ve o toplumlar içinde bireylerin sosyo-ekonomik yapıda beliren olanakları, yararları ve nimetleri nasıl kullanabildiği durumuyla ilgilidir. Küreselleşme, dünya ekonomisi bakımından gelirin artması ve yerküre üzerinde yeniden dağıtılması bağlamında yoksulluğu azaltıcı bir etkiye sahip gözükse de bu etkiden her ülke aynı derecede yararlanamadığı gibi aksine birçok ülkede yoksulluk daha öncesine göre ağırlaşarak varlığını korumuştur. Bu yönüyle küreselleşme aslında ciddi bir yanılma olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Dünya Bankası, IMF, BM gibi uluslararası örgütlenmelerin “küreselleşen” yenedünya düzeninde yoksullukla ilgili olarak ortak hedefler saptamış olsalar bile burada asıl amacın, yoksul ülkeleri kalkındırarak refahını arttırmaktan ziyade bu ülkelerin görece durumlarını düzeltmek suretiyle gelişmiş ülkelerin refahını bu yolla daha da arttırmaktır. Çünkü yoksulluğun derinleşmesi ve yaygınlaşması gelişmiş ülkeleri de doğrudan etkileyecek biçimde çok boyutlu bir yük olduğu gibi Dünya dış ticaret hacminin artmasını engelleyen bir durumu ifade etmektedir. Gelişmiş ya da gelişmemiş bütün ülkelerin bir biçimde birbirine ekonomik ilişkiler yoluyla bağlı olduğu günümüzde geri kalmış ve yoksul tarafın bir gelişmiş ve varssılara nazaran bu ekonomik düzenin içinde pay alamaması hem kapitalist ekonominin bir sonucu hem de çıkmazı olarak paradoksal bir duruma yol açmaktadır. Bu nedenle yoksulluğu yaratan ve sürdüren bu ekonomik yapının aktörleri, onun aşırı halini ifade eden açlık/yetersiz beslenme ve ölümcül hastalıklarla “mücadele programlarını” bir bakıma kendilerini korumak amacıyla kısmen devreye sokmaktadırlar (İsmail Küçükaksoy ve Ali Şen, “Küresel Dünyanın Karanlık Yüzü: Yoksulluk ve Açlık,” içinde **Küresel Ekonomi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, “Küreselleşen Ekonomik Sorunlar Perspektifinden Dünyanın Geleceği”**. Editörler: Hüseyin Altay ve Ali Şen (Ankara: Detay Yayıncılık, 2011), s. 141 - 143, 160).

gelişimin yarattığı “hortumvari” döngünün de etkisiyle küreselleşmenin dünya siyasetinde ve ulus-devlet yapılanması üzerindeki tesirinin¹² ıskalanmaması gerekmektedir.

Reddedilemeyecek bir olgu ve sonuçlar bütünü olan küreselleşme, olumlu sonuçlarının yanında yarattığı olumsuz etkiler bağlamında ele alınmalıdır. Özellikle yol açtığı eşitsizlik¹³ ve yoksulluk sorunları üzerinde durularak çözümler üretilmelidir. Bugün dünya ekonomisini belirleyen/yönlendiren/denetleyen bütün büyük aktör devletler için en önemli sorunsalların başında yoksulluk olgusu gelmektedir. Çünkü kurdukları dünya düzeninin bir gereği olarak adeta bir kelebek etkisi¹⁴ söz konusudur. Öyle ki “gelişmişlik düzeyleri” aynı olmasa bile devletlerin belli bir gelişmişlik seviye çizgisinin altında olması aslında öteki gelişmişlerin ilerleme döngülerini sekteye uğratan ya da en azından yavaşlatan etkiye sahiptir. Bu yüzden ki dünya üzerindeki “görece/sözde” yoksullukla mücadele sorumluluğunu,

¹² I. Sanayi Devrimi’nin arka planındaki buhar teknolojisi ulaşım ağında yarattığı etkiyle 19. yy. ortası itibarıyla dünya pazarının oluşturduğu gibi bu yolla Büyük Britanya’nın da üzerinde güneş batmayan bir imparatorluk olarak bariz bir üstünlük sağlamasına da hizmet etti. Bu süreçte Britanya’nın serbest ticaret esasına dayalı uluslararası siyasetine karşılık ABD ve Almanya’nın bağımsızlıklarını ve birliklerini sağlayarak gümrük duvarları ve gümrük birlikleri yollarına meyletmişler ve bu çekişme ulus – devletlerin şekillenişine ve sayıca artışına hız vermiştir. İçten patlamalı motorların icadının sanayiye uygulanmasının sonucu olan II. Sanayi Devrimi birçok alandaki buluşla hızla gelişmiştir. Bu ikinci dalganın en tipik özelliği ise Dünya siyasetinin ve ekonomisinin belirlenmesinde Büyük Britanya’nın yalnız olmadığı ve ona Almanya, Fransa, ABD ve Japonya’nın eşlik ettiğidir. Bu süreç II. Dünya Savaşı’nın sona ermesini takip eden dönemde sayısı 200’leri bulan devletler sistemi içinde kapitalist bunalım ve dönüşümlerle birlikte 1980 yılına kadar devam etmiştir. 20. yy.’ın son çeyreği itibarıyla serbestleşme ve özelleştirme politikalarıyla farklı bir ivme kazanan küreselleşme, mevcut Dünya Bankası, IMF, OECD ve Dünya Ticaret Örgütü mekanizmaları da devreye sokularak ABD ve Büyük Britanya’nın öncülüğünde Batı sistemi tarafından Dünya geneline “dayatılmıştır”. Bu yolla küreselleşme önünde engel olarak düşünülen ulus – devlet yapılanması bir yandan ekonomik düzlemdeki yetkilerini ulus – üstü kurumlara devrederek aşılmaya çalışılmakta; öte yandan da ulus devletler içinde yerel yönetimlerin artan ölçüde mali, idari ve ekonomik düzlemde özerkleştirilmesi yoluyla bu aşındırma gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu suretle ulus-devleti hem tavandan hem de tabandan örgütlenme ve yetkiler bağlamında dönüştürülerek küresel sistem karşısında bir “ara örgüt” konumuna sokulmuş olmaktadır. Böylece ulus – devletin bütün korumacı mekanizmaları, önlemleri ve politikaları kırılarak uluslararası sermayenin istediği gibi hareket edebileceği bir sosyo-ekonomik ve siyasi ortam yaratılmış olacaktır (Gülten Kazgan, **Küreselleşme ve Ulus – Devlet Yeni Ekonomik Düzen Ne Getiriyor? Ne Götürüyor? Nereye Gidiyor?** Yeni Gelişmelerle Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Baskı. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), s. 7 – 12, 18 – 19).

¹³ Küreselleşmenin aynı zamanda ciddi bir “kaybedenler” kulübü yarattığını düşündüğümüzde ortaya çıkan en önemli sonuçlardan birini “işsizlik” ve çalışan sınıfın içindeki “ücret eşitsizliği” oluşturmaktadır. Her iki durumda genel anlamda toplumsal yapıda ve toplumlar arasında eşitsizliği derinleştirmektedir. Bu sonuçlar ister istemez küreselleşmenin denetlenmesi ve özellikle ekonomik gelişim düzeyi, büyüme ve gelir dağılımı arasındaki ilişkilerin gözden geçirilmesine yol açmıştır. II. Dünya Savaşı ertesindeki ilk 20 yılda en azından sanayileşmiş ülkelerde “tam istihdam”, “reel ücretlerin düzenli artışı” ve “refah devletinin güçlenmesi” yönünde başarılı adımlar atılmış ve işgücü piyasasındaki güvensizlik görece azaltılmışsa da 1970’lerin başı itibarıyla yaşanan petrol bunalımı (Bretton Woods Sistemi’nin çöküşü) her şeyi ters yüz etmiştir. Eski “güvensizlik” duygusu bir anda sosyo-ekonomik düzeni sarmalamış ve bu darbesel etki kendisini ABD ve Avrupa’da işsizlik ve ücret adaletsizliği biçiminde göstermiştir. Sermaye birikiminin hızı, teknolojik gelişmeler, imalat sanayi istihdamındaki kayıplar, mali serbestleşme (finansal liberalizasyon) ve sermaye hareketliliğinin işgücü piyasası üzerindeki etkileri küreselleşmenin olumsuz yönlerinden birini ifade bu eşitsiz yapının ortaya çıkışındaki başlıca dinamiklerdir (Yılmaz Akyüz, Heiner Flassbeck ve Richard Kozul – Wright, “Küreselleşme, Eşitsizlik ve İşgücü Piyasası,” içinde **İktisat Üzerine Yazılar I Küresel Düzen: Birikim, Devlet ve Sınıflar Korkut Boratav’a Armağan**. Derleyenler: Ahmet H. Köse, Fikret Şenses, Erinc Yeldan. (İstanbul: İletişim Yayınları, 2003), s. 475 – 478).

¹⁴ Ayrıntılı bir okuma için bkz. (Mehtap Yeşilorman, “Kelebek Kanadını Kimden Yana Çırpıyor? Birleştirilmiş Bilimin Kıyısında Kaos ve Sosyal Bilimler,” **Journal of İstanbul Kültür University** Sayı 3: 77 – 86, 2006).

paradoksal biçimde, yine ona yol açan sistem üstüne almıştır. Bu nedenle yoksulluk tanımlanmaya ve sınıflandırılmaya çalışılmakta ve bu çerçevede birtakım çözümler geliştirilmeye çaba gösterilmektedir.

Yoksulluk kavramının tanımlanmasının kendisi sorunlu bir konudur ve üzerinde bütünüyle oydaşılan bir tanım henüz yapılamamaktadır. Bunun yerine çeşitli ölçü(t)lerin kullanıldığı “yoksulluk tanımlama yaklaşımları” geliştirilmeye çalışılmaktadır. Toplumsal, kültürel ve tarihi bağları bulunan ve farklı toplumlarda karşılaştırmalı olarak tanımlanmaya çalışılan yoksulluk kavramının “dar ve geniş kapsamlı”, “gelir ya da yaşam standardı” ve “gelir ya da olanaklar/yeterlilik kapasitesi” unsurları öne çıkartılarak tanımlanmaya çabalanmıştır. Buna göre dar kapsamlı yoksulluk tanımı daha çok maddi unsurlara yönelirken; geniş anlamıyla yoksulluk içine “karar alma süreçlerine katılımın yokluğu”, insan onurunun ihlali”, “güçsüzlük”, “kişinin yalıtımı ve aşağılanması” gibi manevi unsurları da içine alan bir kavramsallaştırma. Yoksulluğun tanım çeşitliliğindeki bir diğer kaynağı da “gelir ve/veya yaşam seviyesi” unsurları oluşturmaktadır. Yoksulluğun daha çok maddi boyutuna yönelik olan bu alt kavramlar itibarıyla bir kişi düşük bir gelire ve yaşam seviyesine sahipse yoksuldur. Buna ek olarak “yaşam standardı” ile “ yurttaş olarak kişinin asgari bir gelir kaynağına sahip olması” arasında da yoksulluk bağlamında bir ilişki kurulmaktadır. Ancak bu ilişkilendirme daha ziyade yoksulluğun geniş anlamı içinde kendine yer bulan bir bağıntıyı ifade etmektedir. Feministlerin yoksulluğa bakışında öne çıkan nokta ise potansiyel anlamda asgari bir ekonomik bağımsızlığın var olmasının bireysel bir hak olduğu yönündedir. Gelir ölçütü ile ilişkilendirilen bir diğer alt kavramsallaştırma ise olanak/yeterlilik durumudur. Burada öne çıkan onu ise gelirin düşüklüğü ile birlikte aslında bir yerleşik paradigmayı da değiştiren uluslararası anlamda ekonomik gelişme ölçütüdür. Bu noktada yoksulluk, sürdürülebilir bir yaşam için lazım gelen fırsatların ve tercihlerin engellenmesi ya da ondan yoksun bırakılma olarak tanımlanmaktadır. Yoksulluğun bugün için artık nasıl tanımlanacağı konusundaki merkez tartışmayı ise “mutlak ve göreceli yoksulluk” ayrışması oluşturmaktadır.¹⁵

Kökeninde siyasî tercihlerin bulunduğu yoksulluk sorunu, bu içeriğinden ayrılamayacak biçimde coğrafya sorunu olduğu kadar aynı zamanda bir tarih sorunsalı olarak karşımızda durmaktadır. Bu durum beraberinde yoksulluğu oluşturan kavramsal örüntülerin zaman içinde farklı topluluklarda ve farklı deneyim ve riskler bağlamında değişime uğramasına yol açmaktadır. Britanya için özgülediği bu çıkarımı çerçevesinde yoksulluğun nedenlerini¹⁶ tartışan Pete Alcock, “yapısal” ve “kişisel tercihler” yaklaşımlarının birbirlerinin

¹⁵ Ruth Lister, **Poverty**. (United Kingdom, Cambridge: Polity Press, 2004), s. 12 – 15, 20.

¹⁶ Bu nedenleri genel olarak, yoksulları, yoksulluğun hem kurbanı hem de nedeni olarak gören kişisel tercihler/özellikler görüşü ile yoksulluğu, yoksul bireylerin dışında var olan ve onları etkileyemedikleri bir yapının sonucu olarak gören yaklaşımın bakış açıları çerçevesinde sınıflandırmak mümkündür. Ancak yoksulluğun açıklanmasında gözden uzak tutulması gereken bir diğer husus da bu nedenlerin, ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiğinin ve hatta aynı ülkede yaş, dini inanç, ırk, [etnisite], siyasal görüş, eğitim, gelir düzeyi, yerleşim yeri ve gelişmişlik düzeyine bağlı olarak farklılıklar taşıdığıdır. Bu nedenlerin açıklanmasına bir de zamansal ve çeşitli toplu kesimlerinin farklılaşan değerlendirmeleri de dâhil edildiğinde oldukça çetrefil bir konu olduğunu görmek olasıdır. Yoksulluğun sürekli hali ile dönemsel olarak yaşanmasının aynı kaynaklara dayanmadığı ve tanımın kapsamının genişledikçe bu nedenleri bulmanın da güçleştiği görüldüğünde çok da içinden çıkılabilecek bir sorunsal olmadığı daha iyi anlaşılabilir. Buna karşın kişisel nedenler, şans unsurlarından ziyade yapısal durum öne çıkarılarak yapılacak çözümlemelerin daha yerinde ve bilimsel bir yaklaşım olduğunu kabul etmek gereklidir. Bu çerçevede, “büyüme”, “gelir

zıddı gibi görünseler de aslında her ikisinde de çeşitli doğruluk paylarının bulunduklarını ifade etmektedir. Öyle ki insanların yaşam akışının ve burada karşılaşılabilecekleri fırsatlarının belirlenmesinde rol oynayan toplumsal güçleri ve koşulları öne çıkaran yapısal yaklaşımın yanında bireylerin kendi şanslarını/şanssızlıklarını kendi eylemleri ile yaratacaklarına odaklanan kişisel tercihler görüşünün de göz ardı edilmemesi gereğine dikkat çekmektedir. Küresel bir gerçeklik olan yoksulluğun, saptanması, tanımlanması, nitelenmesi ve Dünya ekonomisi üzerindeki etkilerine yönelen Dünya Bankası ve IMF'nin aksine bu olguya daha kalıcı çözümler ve bakış açıları geliştirmeye çalışan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Oxfam gibi hükümet dışı yapıların uzun soluklu mücadelelere giriştikleri görülmektedir. Sorun üzerindeki bu çalışma yoğunluğuna karşın, “yoksulluk ölçütlerinin farklı kullanılışı”, “gelir ve harcama dağılımlarını gösteren çizgilerin/sınırların farklı uygulamaları”, “Ölçümlemede hane halkı, aile ya da farklı birimlerin kullanılması” ve “birimler içinde kaynaklara erişimin karşılaştırılmasında farklılaşan eşdeğerlik oranlarının tercih edilmesi” tanımlama ve çözümlemelerde değişkenliklere yol açmaktadır. Buna karşın değişmeyen bir gerçeklik olarak yoksulluk mutlak haliyle, yaşamının sürdürülebilmesi için gerekli olan en az geçim çizgisinin altında kalınması durumudur. Ancak bu çok yalın bir kabul değildir ve iklim gibi başka değişkenlere bağlı olarak ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Yoksulluğun mutlak hâliyle anlamsal bir karşıtlık içinde bulunan görece (nisbi) yoksulluk ise daha çok öznel ya da toplumsal standartlara ilişkindir. Yoksulluk seviyesinin belirlenmesini ifade eden bu kavramsallaştırmanın anlamlandırılabilmesi / tanımlanabilmesi ise toplum içindeki yoksul olan ve olmayan insanların yaşam standartlarının karşılaştırılmasına bağlıdır.¹⁷

Dünya ekonomi politığının geldiği bu noktada mevcut kapitalist *statu quo* nun devamlılığı için yoksulluk olgusuyla ilgilenmek, mücadele etmek ve en azından belli bir seviyede tutabilmek için gerçek ya da taktiksel çeşitli siyasetler geliştirilmiştir. Bunların içinde kısa dönemlik olmayan aksine kendi ilkeleri ve yapıları bulunan kurumsallaşmış çözüm girişimlerinden birini sosyal devlet ya da refah devleti¹⁸ pratiği oluşturmaktadır.

dağılımı”, “nüfus baskısı”, “hane halkının niteliği”, “göç”, işgücü piyasaları”, doğal afetler”, “ayrımcılık olgusu”, “yerleşim yerinin özellikleri”, ile “yapısal uyum programları kapsamındaki kamu harcamaları, üretim ve istihdam yapısı, ekonomik dalgalanmalar ve enflasyon” üzerinde çalışılması gereken ana başlıklardır (Fikret Şenses, **Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk**. Üçüncü baskı. (İstanbul: İletişim Yayınları, 2003), s. 145 - 149).

¹⁷ Pete Alcock, **Understanding Poverty**. Third edition. (United Kingdom, London: Palgrave Macmillan, 2006), s. 15, 24, 35, 49 - 50, 64 - 65.

¹⁸ Refah devletini, sanayileşmenin doğurduğu olumsuz etkileri sosyal yardım türü önlemlerle gidermeye çalışan sosyal devlet ile bir tutmayan Luhmann'a göre, bu kavramlaştırma oluşun mağduriyetlerin telafisinden daha öte bir anlamsal kapsamı ifade etmektedir. 19. yy.'a gelinmesiyle başlayan büyük dönüşümün siyasi ve hukuki yansımalarını oluşturan “anayasacılık”, “erkler ayrılığı ilkesi” ve “ulusal egemenliğe dayalı yasama organı” olguları ve kurumları halkın kendi temsilini gerçekleştirerek kendini yönetmeye başlaması aslında refah devletine uzanan sürecin başlangıcını meydana getirmiştir. Böylelikle çok dinamik biçimde gelişen sosyo ekonomik yaşamın yarattığı olumsuzlukların giderilmesi yönünde yine bundan doğrudan etkilenen halk kitlelerinin temsil edildikleri parlamentolar aracılığıyla buna çözüm aramaları gündeme gelmekte ve artık “inayet” düşüncesinin/uygulamasının yerini “talep” gerçekliği ve bunların karşılanma koşulları almaya başlamaktadır. Modern devletin bu yeni “sürümünde” öne çıkan unsur artık toplumun belli kesimlerine büyük çapta sosyal hizmetler sunan ve bunun için de ciddi ölçekte mali yükümlülükler altına giren bir devlet örgütlenmesi karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramlaştırmada Luhmann refah devletini basit bir ihtiyaç görmenin ötesinde bireylerin siyasete dâhil edilmesi ve toplumsal yaşam

İKİNCİ BÖLÜM

YOKSULLUKLA MÜCADELEDE SOSYAL DEVLET AYGITI BİR MÜCADELE ARACI OLABİLİR Mİ?

1. Sosyal Devlet Tercihinin Ortaya Çıkışı

19. yy.'dan I. Dünya savaşına kadar ki dönemde altın çağını yaşayan klasik liberalizm kısaca piyasa ekonomisine ve devletin ulaşılabilir en büyük ölçekte küçültülmesine düşüncesine dayanmaktaydı. Adam Smith'in vurgusuyla devlet, iç ve dış güvenlik, altyapı hizmetlerinin örgütlenmesi ve adalet dışında kendisini ilgilendirmeyen hiçbir işe karışmayacak olan, bireysel çıkarlara ön planda tutulduğu ve genel bir sosyal refah görevi bulunmayan bir yapıdır. Klasik liberalizm, mevcut sosyo-ekonomik sistemin düzenli işleyişini sağlayan "sihirli" görünmez elin hâkim olduğu serbest piyasa mantığının, devletin müdahil ol(a)ma(yacağı)dığı bütün diğer alanları doldurduğu ve yönettiği bir devlet öngörmektedir. Bu yaklaşım, devlet aygıtının özellikle piyasaya müdahalesini kapitalist ilişkiler ağına bir saldırı olarak gördüğü gibi aynı zamanda liberal düşünüş alanındaki hak ve özgürlükleri ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olduğunu da ileri sürmektedir. Bu nedenle karma/devletçi ya da sosyalist modellerle çatışan liberal devlet öngörüsünün sosyal refahı sağlamak ve toplumsal farklılıkları azaltmak yönünde bir programı söz konusu değildir. Bu gerçeklik kendi karşıtı olarak merkezinde yoksunluk, eşitsizlik ve ekonomik güvensizlik bulunan ve kapitalist toplumlara özgü sorunları çözmeye odaklanan sosyalist hareketi tetiklemiştir. Bu çerçevede sosyalizm kapitalist modelin yapısal kökenine eleştirel olarak bakmakta ve üretim araçlarının özel mülkiyeti ile piyasa ekonomisini bu yapının temel sorunları olarak saptamaktadır. Sosyalistler, gelirlerin ve diğer kaynaklarının dağıtımının halk adına denetleyecek bir mekanizma ile toplumsallaştırılmasının bu ekonomik bölüşümde dağıtım adaletini sağlayacağını savunmaktadır.¹⁹

Sosyal devletin ortaya çıkışında, liberal özgürlük anlayışının Marksist eleştirisinin payı büyüktür. Öyle ki, sosyal yaşamın içinde ekonomik eşitsizlikler devam ettikçe insanlar hiçbir zaman gerçekten özgür olamayacaklardır. Bu yüzden kişisel ve siyasal hak ve özgürlüklerin tanınması, bu hakları anlamlı kılacak ekonomik bir yapı oluşturulmadıkça kişinin "özgürleşmesini" tek başına sağlamayacaktır. Bu saptama, sosyal devletin ve onun en önemli parçalarından birini oluşturan sosyal hakların ortaya çıkışının kuramsal alt yapısını

çinde hizmetlerin üretilmesi sürecine kişilerin sokulması olarak görmektedir. Aksi hâlde devlet bu mali yük altında bir süre sonra batma noktasına gelerek bu hizmetleri karşılayamaz noktasına gelecektir. Bu sayede sisteme "sadece" bağımlı olma durumu azalacağından devletin yükünün bu ölçüde katlanabilir bir seviyeye geleceği hesaplanmaktadır. Siyasi dâhil ediliş anlamına gelen refah devleti uygulaması bir yönüyle herkesin sosyal refahının güvence altına alınması ve yükseltilmesi iken aynı zamanda asgari standardın belirlenmesi ve mümkün olduğunca yukarı bir hadde çekilerek insanlara yaşamın bütün nimetlerinden yararlanabilme olanaklarının sunulmasıdır. Bu hedefleme aslında demokrasi prensibinin işlerlik kazandırılmasına da koşut olarak bir "ihsan dilenmenin" aksine yurttaşlık bilincine uygun olarak "talep etme" durumuna ilişkindir (Niklas Luhmann, **Refah Devletlerinin Siyaset Teorisi**. Çev.: Medeni Beyaztaş. (İstanbul: Bakış Yayınları, 2002), s. 5, 13 - 14, 25 - 28).

¹⁹ Süleyman Özdemir, **Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti**. Genişletilmiş 2. Baskı (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007), s. 48 - 51, 55.

hazırlamıştır. Özgürleştirme ve insan onuru temeli üzerinde biçimlendirilemeye çalışılan sosyal haklar ve onu temin edecek devlet mekanizmasının somutlandığı ilk siyasal belge 1848 Devrimi'nin yarattığı işçi – işveren uzlaşısı sonucunda kabul edilen ve klasik hakların sosyal ve ekonomik haklarla birlikte düzenlendiği 1848 Fransız Anayasası olmuştur.²⁰

20. yy. ise değişen siyasi iklimin de etkisiyle sosyal devletin yükselişine tanıklık etmiştir. Yalnızca devrimci ya da reformcu sosyalistler veya sendikalar değil aynı zamanda Hristiyanlığın yeni bir sosyal yorumunu benimseyen çok geniş bir yelpazeye yayılmış kitleler laissez-faire kapitalizminin acımasız uygulamasına ve bu yöndeki liberal düşünsel temellere karşı çıkmışlardır. Özellikle genel oy ilkesinin yarattığı etki sonucunda işçi sınıfının kurulu düzenin bir parçası haline gelerek karar alma sürecine dâhil olması, 1929 Bunalımı'nın yarattığı yoksulluk ve işsizlik sorunlarının ortadan kaldırılmasında devlet müdahalesinin kaçınılmaz gerçekliği ve II. Dünya Savaşı'nın yol açtığı yıkım ve kurulmaya çalışılan yeni dünya düzeni içinde “emek meta değildir” ilkesinin merkeze alınması, kurulmakta olan Keynesçi sosyal devletin hazırlayıcı gelişmeleridir. Sonuç itibarıyla yüzyılın başında İngiliz sosyal kanunları ile başlayan dönüşüm, II. Dünya Savaşı ertesinde sosyal devlet modelinin kurumsallaştırılması ve sosyal politika anlayışının geçirdiği değişim ile tamamlanmıştır. Alt yapıda yaşanan ve siyasetin de bunu hukuki bir kalıba döktüğü sosyal devlet olgusu, önce sosyal haklar olarak anayasalarda yer almış ve BM sisteminin oluşturulmasıyla birlikte uluslararası belgelere de girmeye başlamıştır.²¹

Çeşitli uygulamaları anlaşılışları bulunması sebebiyle birbiri yerine kullanılan sosyal devlet / refah devleti / sosyal refah devleti kavramlaştırması, siyasal, ekonomik ve özgürlükler bağlamında liberal devletin temel ilkelerini ve kurumlarını koruyan bir anlayışın ürünüdür. Liberal devletin ve ona hâkim olan burjuvazinin daha köklü bir siyasal değişimi önlemek için benimsediği sosyal devlet sistemi, Değişen sosyo-ekonomik koşulların yarattığı zorunluluk çerçevesinde bütün sosyal tabakalara ve gruplara sosyal adalet ilkesine uygun olarak çeşitli haklar tanıyan bir devlet pratiğidir. Kapitalist mantığın bir ödünü olarak

²⁰ Özellikle bu eleştiri, birbirine bağlantılı olacak biçimde bireylerin önce ekonomik ve onu izleyen süreçte toplumsal ve en sonunda da siyasal yabancılaşması tezine dayanmaktadır. Böylece kişi bir yandan üretim ve geçim araçlarına özgürce erişememenin yarattığı yoksunluğu yaşarken öte yandan toplumsal düzlemde üretim araçlarına sahip olanlar ile olamayanlar arasında gerçekleşen yarılmının/ayrışmanın öznesi olmaya başlar. Kapitalist sistemin yarattığı bu kendinden uzaklaşma hali, devletin sınıflar arasındaki mücadeleyi/ çatışmayı yumuşatan ve uzlaştıran bir aygıt olmaktan çıkaran bir sonuç yaratmakta ve sermaye sınıfının bir sömürü aracına dönüşmektedir (Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2009), s. 47 – 51).

²¹ Kapitalist ülkeleri değişime zorlayan başlıca etken sosyalist dünya görüşüyle yaşanan siyasi rekabettir. Verilecek belli ve görece ödümlerle sosyalist dalganın kırılması ve bir cazibe merkezi olmaktan çıkarılması öngörülmüştür. Yoksa kapitalist mantık açısından bir meta olan emek gücünün bu niteliğinde farklılaşmaya gitmek ve piyasa bağımlılığını azaltmak başka türlü açıklanabilecek bir kabul olamayacaktır. 1917 Meksika, 1919 Weimar, 1931 İspanya ve 1936 Sovyetler Birliği Anayasalarında yer alan sosyal haklar yaygınlaşarak, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmelerine insan hakları olarak dâhil edilmiştir. Ayrıntı için bkz. (Yasemin Özdek, “Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü,” içinde **Kamu Hukukçuları Platformu Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı 19 – 20 Mayıs 2011** (İLEFkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2013), s. 201, 203, 206 – 209).

nitelenebilecek bu uygulama bir yanıyla da toplumsal eşitsizliklere karşı halkın içinde büyüyen tepkinin bir ürünüdür.²²

2. Türkiye’de Sosyal Devlet İlkesinin Anayasallaşması ve AYM Kararları Işığında Anlamlandırılması

Türkiye’de sosyal hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik bir “program paketi” olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bunun içinde çeşitli ilkeler, olanaklar, mekanizmalar, kurumlar, hak ve özgürlükler bulunduğu gibi cumhuriyetin içini dolduran bu ilkeyi kısıtlayan ve bir ölçüde anlamsızlaştıran düzenlemeler de mevcuttur. Yoksullukla mücadele²³ bağlamında bir çözüm önerisi olarak düşünülen ve önerilen sosyal devlet aygıtının gerçekleştirilmesi bağlamında çeşitli mekanizmalara 1961 Anayasasıyla birlikte anayasal düzen içinde yer vermeye başlanmıştır. Sonraki dönemde de varlığını koruyan sosyal devlet ilkesi, 1982 Anayasası’nda da cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Anayasal demokratik cumhuriyet sisteminin hukuki garantörü olarak düşünülen AYM’nin 54 yıllık karar geçmişinde sosyal devlet ilkesi farklı konular²⁴ itibarıyla çeşitli kereler mahkeme

²² Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**. (Ankara: Maki Bas. Yay. Ltd. Şti., 2004), s. 34, 36, 39. Sosyal devlet / refah devleti tartışması noktasında özellikle devletin toplum yararı amacıyla gerçekleştirdiği “eğitim”, “sağlık”, “sosyal güvenlik” vd. sosyal hizmet harcamaları üzerinde yoğunlaşan tartışmalar geleneksel koruma anlayışını eleştiren bir üçüncü yolun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Refah devletini rekabetçi ekonomik çevreyle uyumlu bir yapıya kavuşturmak suretiyle üretilen “refahın” yurttaşlar arasında bölüşülmesi konusunda piyasanın olduğu kadar devletçi uygulamaların da sorumluluğunda olduğunu savunulmuştur. Bu yönde 1970’li yıllardaki bunalım süreciyle başlayan düşünsel egzersizler 1980’li yıllarda ağırlığını hissettirmeye başlayan neoliberal politikaların yarattığı sosyal harcamaların ekonomik refah ile çatıştığı teziyle daha güçlü biçimde dillendirilmeye başlanmıştır. Sonuç itibarıyla 1990’lı yıllarda bir anlamda yükselen liberal dalgaya karşı savunma stratejisi anlamında “sosyal yatırım devleti” modeli bir seçenek olarak sunulmuştur. Bu çerçevede “insan kaynakları oluşturacak biçimde bir sosyal politikanın belirlenmesi”, “sosyal harcamaları yeniden kanallandırmak üzere tüketimden çok yatırıma ağırlık verilmesi”, “gelecek kuşaklar için yapılan sosyal korumanın yarattığı külfette kuşaklar arası adaletin sağlanması”, Sonuç eşitliğinden ziyade eğitim ve işe ulaşma/erişmenin önem kazanması” ve “haklar/özgürlükler ile görevler/ödevler bakımından var olan dengenin yeniden belirlenmesi” ilkelerine dayanan bir anlayış geliştirilmiştir (Şenol Öztürk, **Kapitalist Devlet İçin Yeni Bir Öneri Sosyal Yatırım Devleti**. (Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2015), s. 22 – 24, 125 – 127).

²³ Günümüzde küreselleşme, yaygınlaşan ve derinleşen yoksulluk, eşitsizlik ve sosyal adaletsizlikle mücadelede bir yöntem olarak düşünülen sosyal devletin serbest piyasa ekonomisi içinde anlamını yitirmesinin ve kazanımlarının yok edilmeye çalışıldığı bir süreci ifade eder noktaya gelmiştir. Özellikle sosyal hakları dışlamak ve dönüştürmek üzere üzerinde odaklanılan “hayırseverlik” kavramlaştırması, oluşturulmaya çalışılan sadaka kültürü ve sadaka devleti anlayışının merkez olgusu haline gelmiştir. İnsan sevgisine dayanan, güçsüz, yoksul, düşkün ya da garip durumdaki insanlar için iyiliksever, yardımsever ve merhamete dayalı olarak geliştirilen “geleneksel yaklaşımın” 1980’ler itibarıyla “stratejik bir araç” olarak görülmesi küresel kapitalizmin bunu kendi çıkarına kullanmasıyla dönüşümünü tamamlamıştır. Bu yolla ağırlıklı olarak vakıflar aracılığıyla, geniş kitlelerin yoksulluk ve yoksunluğa ilişkin olarak saptanan istek ve şikâyetlerinin anlık lütuflarla belediyeler, siyasi partiler, ticari işletmeler vb. tarafından karşılanarak kalıcı, kurumsal ve sürekli sosyal devletin bilinçli biçimde uzaklaşmaktadır (Aslı Şimşek, “Sadaka Kültürü ve Stratejik Hayırseverlik Çıkmazında Sosyal Hak Mücadelesi,” içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014), s. 194 – 199).

²⁴ “Eşitlik ilkesi”, “sosyal devlet – sosyalist devlet ayrımı”, “emek – sermaye dengesi”, “kamu hizmeti”, “sosyal ve ekonomik haklar, özgürlükler ve sınırları”, devletleştirme /devletçilik”, “dış ticaret”, “özelleştirme”, Toprak ve tarım reformu”, “bütçe”, “planlama”, “vergileendirme”, “sosyal piyasa ekonomisi” “piyasaların denetlenmesi” gibi başlıkların AYM kararlarında tartışıldığını en azından ele alındığını görmek

tarafından ele alınmıştır. Bu faaliyetinde Mahkeme, sosyal devletten ne anlaşılması gerektiğini, unsurları ve niteliği itibarıyla tanımlamaya ve kavramın anlamsal kapsamını ortaya koymaya çalışmıştır.

Anayasa koyucunun “artan oranlı vergilendirme”, “kamulaştırma”, “devletleştirme”, “planlama” ve “sosyal haklar²⁵” gibi araçlarla ekonomik yaşama müdahale edilmesini öngördüğü ve AYM’nin çeşitli kararlarında bunu “sosyal adaletin, sosyal güvenliğin ve insan onurunun” bir gereği olarak tanımladığı sosyal devlet ilkesinin anlamlandırılması çok da istikrarlı bir seyir izlememiştir.

AYM’nin bu yöndeki ilk önemli kararını, Türkiye İşçi Partisi’nin 15.7.1963 günlü ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun çeşitli hükümlerinin iptali için açtığı davada görüyoruz. Oldukça uzun bir süre sonra karara bağlanan ve AYM’nin iptal talebini reddettiği bu davada sosyal devlete dair bir tanım geliştirilmeye çalışılmıştır. Buna göre;

“...Demokratik sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.

İşvereni bir yana bırakarak, sadece işçinin çıkarları ile uğraşmak, işçileri ele alıp özel teşebbüsü ihmal etmek Anayasa'nın yapısına, adaletli hukuk düzeni kavramına uymaz. Nitekim Anayasa, ...çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için gerekli tedbirleri almakla devleti ödevli kıldığı gibi... herkesi dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetlerine sahip kılmakta, vatandaşın iktisat alanında teşebbüs sahibi olmak hakkını temel haklardan saymakta ve böylece özel teşebbüslerin kurulmasını serbest bırakmakta, devleti, özel teşebbüslerin, millî iktisadın

mümkündür. Ayrıntılı okuma için bkz. (İlker Hasan Duman, **Sosyal Devlet**. (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1997), s.27 - 116).

²⁵ Neoliberal politikaların hedef tahtasına oturttuğu sosyal devlet anlayışında yöneldiği ve içini boşaltmaya çalıştığı en önemli unsur sosyal haklar olmuştur. Bunun için “hak” kavramı “yardım” kavramıyla ikame edilmeye çalışılmıştır. Oysa sosyal bir siyasetin temel esaslarını meydana getiren “sosyal güvenlik”, “sosyal hizmet ve sosyal yardımlardan” özellikle sonuncusu üzerine yoğunlaşılması ve diğerlerinin ikincilleştirilmesi bilinçli bir tercihtir. Çünkü sosyal güvenlik sistemi sürekli, ön plana çıkması gereken ve ardından da sosyal hizmetlerin sunulduğu bir ana yapıda, sosyal yardımlar, sadece, ana sistemde ortaya çıkan açıkların ve eksiklerin giderilmesi ve kapatılması için düşünülen geçici önlemlerdir. Bu yardımlara süreklilik kazandırılması bir yapısal değişiklik olarak sosyal devletin yerine hayırsever devletin geçirilmesi demektir. Böylece sosyal devletin gereği olarak anayasal düzlemde sahip olunan haklar bütününden ve sosyal güvenlik sisteminden “sakatlık” “muhtaçlık” vb. yetersizliklerin adeta yüze vurulduğu onur kırıcı ve daha çok itaat ve rızayı yardımla biçimlendiren bir kurumsal yapı inşa edilmeye çalışmaktadır. Oysaki yurttaşlık hukuku içinde anayasal sistemin öngördüğü sosyal devlet kurgusunda, birey ve öznesi olarak talep edebileceği haklar vardır (Makbule Şiriner Öner, Ayşegül Kanbak ve Nihal Şirin Pınarcıoğlu, “Sosyal Hak mı? Sosyal Yardım mı?,” içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014) s. 170 - 171, 175 - 177).

gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler almakla da ödevli kılmaktadır.

... Anayasa, devleti, işverenle işçi arasında ekonomik ve sosyal bir denge kurmak, sermayenin emeği ve emeğin sermayeyi sömürmesini, bu iki varlıktan birinin ötekini önleyici tedbirleri almakla yükümlü tutmuştur.

Grev, işçinin kendi çıkarlarını işverene karşı korumak için Anayasanın işçiye tanıdığı bir haktır. İşçinin bu hakkı karşısında, işverenin de bir takım haklarının bulunması gerekir. Yoksa işveren işçinin grevi karşısında, hemen her zaman işçinin isteklerini kabul etmek zorunda kalır ve böylelikle sosyal ve ekonomik denge bozulur. Grev nasıl işçiler için ekonomik bir savaş aracı ise, lokavt da işverenler için ekonomik bir savaş aracıdır. Bunların her ikisi de toplu iş uyuşmazlıklarının çözülmesi hususunda kullanılan haklardır. Pazarlığa oturan taraflardan birinin eline grev gibi çok önemli ve etkili bir baskı aracı verilirken diğer tarafı, bir olanaktan yoksun bırakmak, işverenin güvenliğini sarsıp toplum için emek gibi önem taşıyan sermaye erkini zayıflatabilir. Demokratik sosyal hukuk devletin bütün ereği, bir sınıfın ezilmesi pahasına diğer bir sınıfın gelişmesine, dengesizliğe olanak vermemektir. Devlet işsizliği önlerken sermaye sahibini zayıf bir duruma sokamaz.

... çalışanların insanca yaşamalarını sağlayıcı tedbirler almakla ödevli devletin, işçilerin geçici olarak işsiz kalması sonucunu doğuracak lokavt hakkını işverenlere tanıması, sosyal devlet kavramına aykırı düşmez.

Devletin, grev karşısında lokavt hakkının tanınmaması ile birçok işverenlerin, iş hayatından çekilmeleri sonucunda önü alınamayacak işsizlik durumlarının ortaya çıkması ihtimalini hesaba katarak, daha büyük bir kötülüğü önlemek için belli iş yerlerinde veya alanlarında işçilerin geçici olarak işsiz kalmaları sakıncasını doğuracak bir yola girmek zorunluğunu duyması, Anayasa ile kendine yüklenen sosyal ödevleri yerine getirmekten kaçındığı anlamına gelmez.”²⁶

Mahkeme verdiği bu kararla işçi – işveren arasında sanki yaşamın gerçekliği içinde bir denge varmış da onun korunması gerekiyormuşçasına bir tutum takınmaktadır. Bu çerçevede “emek” tarafının “sermaye” tarafını sömürmesine izin verilmemesi gereğine dikkat çekerek devletin, işverene “lokavt” olanağını tanımak suretiyle buradaki dengeyi korumasının yerinde olacağını vurgulamaktadır.

Mahkemenin bu ilginç “hakem” olma kararından sonraki dönemde, sosyal devlete ilişkin kararlarında öne çıkardığı alt kavramlar daha çok “sosyal adalet”, “sosyal güvenlik”

²⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1963/336, K.: 1967/29, K.T.: 26-27.9.1967 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d7366f47-f3a7-4014-8a5d-0cd409fff40d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 22.08.2016. AYM bu tanımını, büyük ölçüde aynı içerikte olacak şekilde, 1985 yılında Halkçı Parti (HP)’nin açtığı davanın karar gerekçesinde yinelemiştir. Kararın ayrıntısı için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1984/9, K.: 1985/4, K.T.: 18.02.1985 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d28211b8-4ded-4592-b0ec-898d6bf79813?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016).

ve “insan haysiyetine yaraşır bir yaşam” olmuştur. Özellikle 1986²⁷ ve 1988²⁸ yıllarında verdiği kararlarda AYM, Anayasa’nın 5. maddesine atfen devletin temel amaç ve görevlerine vurgu yaparak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirecek koşulların hazırlanması, kişinin mutlu kılınması ve yaşam mücadelelerinin kolaylaştırılması ve insan onuruna yaraşır bir çevresel ortamın oluşturulması sosyal devlet gereği olarak görülmüştür. Mahkeme aynı kararda bu hedeflere ulaşmak noktasında “sosyal güvenliğin”²⁹ çok önemli bir araç olduğuna işaret etmektedir.³⁰ Sosyal güvenlik ağının güçlü ile güçsüz arasındaki sosyo ekonomik dengesizliği azaltıcı bir yönü olduğunun kabul edildiği bir başka kararında AYM, Zonguldak Üçüncü İş Mahkemesi aracılığıyla davalı işveren tarafının anayasaya aykırılık iddiasını yerinde görmemiş ve Anayasanın 2., 42. ve 48. maddelerine dayandığı kararla istemin reddi yönünde karar vermiştir. Buna göre;

“ ...

²⁷ Kararın ayrıntısı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1986/16, K.: 1986/25, K.T.: 21.10.1986 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/82b13b50-e833-4459-86b5-031a5f3e9d9b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 24.08.2016

²⁸ Kararın ayrıntısı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1988/19, K.: 1988/33, K.T.: 26.10.1988 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/33a2b3b0-c8c1-4014-90bf-c0bf2208e40e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 24.08.2016.

²⁹ Ankara 3. İş Mahkemesi yoluyla gelen davanın konusunu 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na 23.10.1969 günlü 1186 Sayılı Kanunun 21. maddesiyle eklenen geçici 3. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası oluşturmaktadır. AYM, davaya ilişkin olarak verdiği kararda ilgili maddenin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu belirterek iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçelendirilmesinde sosyal güvenlik vurgusu yapan Yüce Mahkeme, esas incelemesinde sosyal güvenlik konusunda yapılacak çalışmaların toplumsal koşullar dikkate alınarak yapılması gereğine değindiği kararını 1961 Anayasası’nın 2., 48., ve 53. maddelerine dayandırmıştır. Buna göre;

“Milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi haline getirmek, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesine ulaştırmak, insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak, Anayasa’mızda temel ilke ve erekler olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda gayretler sarfedilen, özellikle kalkınmak ve bir endüstri toplumu haline gelebilmek için büyük atılımlar yapılan ülkemizde, sosyal güvenlik kurumlarının geç kurulabilmiş olması onların dar kapsamlı olarak kurulması zorunluğunu da birlikte getirmiştir. Engellerin aşılması, ve olanakların elverişli hale gelmesi ölçüsünde sosyal adaletin yaygın bir hale getirilmek istenmesi, sosyal güvenlik örgütlerinin kapsamını genişletme yönünde etki yapmış, ortaya çıkan bu durum borçlanma müessesesinin kabulünü zorunlu kılmıştır. Bu nedenledir ki, pek çok Kanunlarda sosyal güvenlik ve sosyal adalet sağlayıcı borçlanma hükümlerine yer verilmiştir. Nitekim Anayasa’nın 53. maddesi de Devlete bu tür ödevleri takati ölçüsünde yerine getirmeyi buyurmaktadır

...Anayasanın 2. maddesi uyarınca *Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk Devletidir. Sosyal hukuk devletidir, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü Devlet demektir. Çağdaş uygar görüşü ve Anayasa’nın temel yapı ve felsefesine göre gerçek hukuk devleti ancak toplumsal Devlet anlayışı içinde ise bir anlam kazanır. Hukuk devletinin amaç edindiği kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.”*

(Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1972/16, K.: 1972/49, K.T.: 17.10.1972 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9f310bb3-06be-4778-a69a-f543915d809e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 30.08.2016)

³⁰ Mahkeme aynı yönde bir diğer kararı da kısa bir süre sonra 1988 yılında vermiştir. AYM bu kararında gerçek eşitlik anlamına gelen “sosyal adaletin ve toplumsal dengenin sağlanabilmesi” için güçsüzlerin güçlüler karşısında devlet tarafından korunmasının gerekliliğine değinmiştir. Bu temel amacın sağlanmasında kullanılacak mekanizmanın da sosyal güvenlik olduğuna işaret etmektedir (Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**. Gözden Geçirilmiş 11. Baskı. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), s. 137 – 138).

Tartışma konusu kuralda işvereni işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikte korunma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği de vardır. Böyle bir tedbirin ise, Anayasa'nın 14 üncü maddesinin ilk fıkrasındaki (Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.), 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki (Devlet insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.) kuralları ile 49 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki (Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini sağlamakla ödevlidir.) Kuralının dayandığı temel ilkenin, başka deyimle kişinin canının ve sağlığının Devletçe, her türlü zarardan korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten; bütün devletlerin ilk görevi, kişilerin canlarını, sağlıklarını özellikle başka kişiler yüzünden doğacak her tehlikeden korumaktır. Devletler bu ödevlerini hukuk alanında ceza veya tazminat gibi yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedirler.

...

Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Genellikle toplum yaşamında ve özellikle sanayi toplumu olmuş ya da olma yoluna girmiş toplumların yaşamında işverenler güçlü, işçiler ise güçsüz kişiler sayılır...Anayasa'nın 2 nci maddesindeki sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi ereği ile konulmuş bulunan 42 ve 48 inci maddeler ...böyle bir koruma düşüncesine dayanmaktadır. Daha açıkçası işçinin canını ve sağlığını etkin biçimde korumak üzere işverene yerine göre gerçek zararı aşkın olduğu varsayılabilecek bir tazmin borcunun yükletilmesi, Anayasa'nın toplumsal Devlet ilkesine ve bunun sonucu olan 42 ve 48 inci maddeleri kurallarına uygun düşmektedir.³¹

Planlı ekonomik bir model içinde kamulaştırma³² ve devletleştirme³³ araçlarının da belli ölçülerde kullanıldığı sosyal devlet uygulamalarında öne çıkan asıl unsur anayasada düzenlenen sosyal haklar kataloğunun yaşama geçirilmesidir. Özellikle bu hakların yaşama

³¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1972/2, K.: 1972/28, K.T.: 23.05.1972 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/61fcc7a3-79c9-4f8c-afcc-e18429ad2d75?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 30.08.2016

³² AYM kamulaştırmaya ilişkin olarak çeşitli kararlarında sosyal devlet açısından "kamu yararı" kavramını işlemiştir. Bu kararlar için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı E.: 1963/127 K.: 1965/47 K.T.: 14.09.1965 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c22fec33-bf9a-447f-9df2-215bd4ef0562?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>; E.1966/14 K.: 1966/36 K.T.: 21.9.1966 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/52a45d07-135e-48cb-9109-7e132423d105?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>; E.: 2015/2 K.: 2016/19 K.T.: 16.03.2016 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/445e4bce-3d20-43c4-8d15-b2658ee43063?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016). Ayrıntılı bir okuma için ayrıca bkz. (Yusuf Göven, "Kamulaştırma İşlemlerinde 'Kamu Yararı'," *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Sayı 1: 247 - 262, (Ocak, 1999).

³³ Kararın ayrıntısı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1985/2 K.: 1985/16 K.T.: 27/9/1985 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1082a064-bd0b-42b5-aae9-d439387fd12c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016

geçirilmesi ve bu yönde devletin sosyal harcamalar yapabilmesi için gereksinim duyduğu mali kaynağın teminindeki en önemli unsurun vergilendirme³⁴ olduğu inkâr edilemez.

1961 Anayasası'nın 61. maddesindeki yazıma sadık kalınarak düzenlenen 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde kişilerin "kamu giderlerini karşılamak üzere mali güçlerine göre vergi yükümlülüğü altında oldukları ifade edilmiştir. Böylece anayasa koyucu bu hükümle bir yandan sosyal devletin vergilendirme alanındaki görünümünü ortaya koymaya çalışırken öte yandan vergi adaletini ilkesel olarak sağlamaya çalışmıştır. Ancak neo-liberalizmin artan baskın etkisi sermaye gelirlerini emek gelirlerine oranla daha korunaklı bir hukuki alan yaratmaya başlamıştır. Özellikle vergileme konusunda 1998 itibaren uygulanmaya başlanan ve ücretlilerin yararına olacak şekilde düşünülen tarife - oran farklılaşması 2006 yılında çıkarılan 5479 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Böylece oluşturulan tek tarife çerçevesinde ücretlilerin vergi yükü artarken diğer gelir vergisi yükümlülerin vergi yükü azaltılmıştır. Bu düzenleme için AYM'de açılan iptal davasında verdiği kararla sosyal devlet pratiği açısından çok önemli bir karara imza atmıştır.³⁵

³⁴ AYM, vergilendirmeyi önemli bir müdahale aracı olarak görmenin yanında özellikle vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması noktasında kanunilik ilkesine dikkat çekmektedir. Bunun yerleşik bir içtihat olduğuna da vurgu yapan Mahkeme, karar gerekçesinde keyfiliği önleme ve belirliliği sağlama amacını ön plana çıkarmaktadır. Buna göre;

"...Anayasa Koyucu her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdirli uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin, matrah ve oranlar, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla, yasayla "yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta, temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir."

(Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1986/20, K.: 1987/9, K.T.: 31.03.1987 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e907bfbd-ca8d-4b13-a90b-625da5872d24?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016).

³⁵ Nami Çağan, "Anayasa Mahkemesine Göre Ayırma İlkesi ve Ücretlerin Vergilendirilmesi," **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan III.** (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2011), s. 3129 - 3131). AYM, karar gerekçesinde "mali güç", "vergi yükünün adaletle uygun ve sosyal amaçlı dağılımı", "adaletli ücret elde etme" ilkelerini öne çıkarmaktadır. Buna göre;

"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adaletle uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.

...

Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Mali güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Yasa koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Mali güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin

Ancak 1961 ve 1982 Anayasalarının her ikisinde de düzenlenen “mali kaynakların yeterliliği ölçütünün varlığı sosyal devlet ilkesinin Türkiye uygulamasındaki kritik sorunsalların başında gelmektedir. Bu sayede hükümetlerin eli rahatlamakta “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçüsünde bir sosyal devlet uygulamasını devreye sokmaktadırlar. Aslında bütün mesele siyasi iktidarın bütçeyi nasıl hazırladığı ve öngörülen mali olanaklarını ne yönde kullandığıdır. Özellikle bu düzenleme sayesinde hükümetler program hak³⁶ olarak

uygulama aracı olup, mali gücü fazla olanın mali gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır. Diğer bir anlatımla, yükümlülerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalarını ifade eder. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştiremez. Mali güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bir ilkesidir.

Dava konusu kuralın da yer aldığı yeni gelir vergisi tarifesini ile önceki tarife karşılaştırıldığında, yeni tarifenin ilk üç dilimine giren ücretlinin vergi tutarı önceki tarifeye göre daha düşük iken, %35 vergi oranlı dördüncü dilimine giren ücretlinin vergi tutarının öncekine göre daha yüksek olduğu görülmektedir. Karşılaştırma, ücretliler ile ücret dışı gelir elde eden diğer yükümlüler arasında yapıldığında, bu dilimde ücretlilerin üzerindeki yükün diğer gelir vergisi yükümlülerine göre yükseldiği, yeni tarife ile ücretlilerin vergi yükü artırılırken diğer gelir vergisi yükümlülerinin yükünün azaldığı ortaya çıkmaktadır. Yeni tarifenin dördüncü dilimine giren ve aynı geliri elde eden yükümlülerin vergi yükü, ücret dışı gelir sahiplerinin lehine değişirken ücretlinin aleyhine değişmiş ve mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olarak ağırlaştırılmıştır. Ücret geliri elde edenlerin mali gücü ile gelirin niteliği ve kişisel durum arasında bağlantı kurulmamıştır. Yasa koyucu vergi oranlarını belirlerken ücret geliri elde eden yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumunu göz önüne alacak bir sistem getirmemiştir.

Oran, verginin asli unsurlarından olup mali gücü etkileyen en önemli ölçütlerden biridir. Vergi oranı ile vergiye tabi gelirin niteliği arasında doğrudan bağlantı vardır. Vergilendirmede farklı nitelikteki gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması, vergi adaletinin sağlanması için gereklidir.

Yasa koyucu vergilendirme yetkisini kullanırken, anayasal kurallara uymak ve vergi yükünün adaletle uygun ve sosyal amaçlı dağıtımını sağlamak koşuluyla, gelir, servet veya harcamanın vergilendirilmesinde konulara, nitelik veya miktarlara göre kimi değişik ölçütler getirebilir, gelirin unsurlarına ve miktarına göre ayrı yükümlülükler ve oranlar belirleyebilir. Ücret gelirlerinin diğer gelir unsurlarına göre salt emeğe dayalı olarak elde edilen gelir niteliğinde olması ve vergi baskısının yüksekliği nedeniyle özellikle bu geliri elde edenlerin ekonomik durumları ile vergi oranları arasında doğrudan bir bağlantının kurulmaması ve ücretlilerden vergi alınırken mali gücün göz ardı edilmesi düşünülemez.

Anayasa'nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayrık durumunu gözeterek, Devlet'e 'adaletli bir ücret' için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır. Anayasa'nın 73. maddesindeki 'mali güç' ilkesi ile 55. maddesindeki 'adaletli bir ücret elde etme' ilkesi bir arada değerlendirildiğinde, ücret gelirlerinin ücret dışında elde edilen gelirler ile aynı oranda vergiye tabi tutulması ve hiçbir önlem alınmadan ücrette azalmaya neden olacak şekilde yükseltilmesi, 'adalet' ilkesini de zedeler.”

(Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 2006/95, K.: 2009/144 K.T.: 15.10.2009 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a5f9f1cf-9b4a-4cfd-b283-78de023088c7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> 31.08.2016)

³⁶ Program hak, devlete genel hedefler gösteren kurallar yoluyla öngörülen, öznel nitelikte olmayan ve bu yönde devlete somut bir işlevi bulunan bir ödev ve yetki vermeyen haklardır. Bu hakları öngören program kuralları niteliği itibarıyla anayasanın diğer kurallarının yorumlanmasında yol gösterici bir işlev görmektedir ve

nitelendirilen ve doğrudan talep edilmeyeceğini ileri sürülen sosyo-ekonomik hakların finansmanı konusunda neoliberal yaklaşımların da etkisiyle ayak sürmektedirler.

AYM'nin 1974 yılında Cumhuriyet Halk Partisi (CHP)'nin yaptığı başvuru üzerine verdiği kararda mali kaynakların yeterliliği ölçütünü bir sınırlılık olarak görüp sosyal devletin ancak bu kapsam içinde kalınarak gerçekleştirilebileceği yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Dava konusu, 14/6/1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununun 38. maddesinin anayasaya aykırı bulunmadığı bu kararın gerekçesine göre;

“...halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama belli başlı kamu hizmetlerinden biri olmaktadır. Hizmetin bu niteliği karşısında Devletin vergiler dışında, hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca harç, ücret, gider ve benzeri adlar altında herhangi bir karşılık isteyip isteyemeyeceği sorunu kendiliğinden ortaya çıkacaktır...

61.(...)Maddenin getirdiği ilke herkesi, malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü kılmış, ancak yükümlü kamu giderlerinin karşılanması koşuluna bağlamıştır. Bu, kamu giderleri gerektirmedikçe kişiden vergi alınmaması ve vergi adı altında toplanan paraların kamu giderleri dışında harcanamaması demektir. Görülüyor ki vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Burada belirli bir kimsenin belirli kimi hizmetlerden hiç yararlanmadığı halde gene de tüm kamu giderlerinin karşılanmasında kendi payını katması durumu vardır.

(...).

Kamu hizmetleri giderlerini önceden kuruşlandırarak tutarını yurttaşlar arasında bölüştürmeye vergi tekniği elverişli değildir. Devlet gelir kaynakları araştırır. Bulunca vergi tekniğinin olanakları oranında o kaynağa yönelir ve vergilendirilmesine gider. Onun içindir ki verginin her kamu hizmetinin tüm giderlerini karşılayacağı ve başka akçalı desteklere yer ve gerek kalmıyacağı düşünülemez. Şu durum, 61. maddedeki anlatım ve "vergi" kavramı yurttaşın vergi vermesinin belirli bir kamu hizmetinden doğrudan doğruya yararlanmasına karşılık ayrıca bir ücret ödemesine engellik edemeyeceği gerçeğini ortaya koyar...

(...).

Öğrenimin sağlanması Devletin sosyal bir ödevidir. *Anayasa'nın 53. maddesi, Devleti, böyle bir ödevi ancak iktisadî gelişme ve malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü tutmuş; daha ilerisini beklememiş ve istememiştir. Böyle olması da doğal ve olağandır. Çünkü iktisadî gelişme seviyesine ve malî kaynakların yeterliğine dayanan iktisadî ve sosyal ödevleri bu koşullar var olmadıkça, gerçekleştirilemezler.* Ülkedeki nüfus patlayışı ve buna ayak uyduramayan iktisadî gelişme oran ve kapsamı bir yandan yüksek öğrenim isteklileri sayısını artırırken öte yandan yüksek öğrenim kurumlarının ihtiyacı gereği gibi karşılayacak aşama ve niteliğe ulaştırılması olanağını vermemektedir. Bugün içinde bulunulan durum "parasız yüksek öğrenim yönteminin

pozitif hukuk bakımından o ana kadar varılan aşamaları belirlemekten çok ulaşılması gereken hedefleri gösterir (Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (İstanbul: May Yayınları, 1978), s. 191).

artık yürüyemeyeceğini ve ihtiyaçla ihtiyacı karşılama olanakları arasındaki uyumsuzluğun giderek daha da artacağını ortaya koymuştur. Onun için böyle bir durumda yüksek öğrenimden doğrudan doğruya yararlananlardan para alınmasının Anayasa'ya aykırı olmamakla birlikte işin gereklerine de uygun düştüğü ortadadır.

Yüksek Öğrenimin paralı olması bir bakıma, akçalı kaynakları elverişsiz bir ülkede sosyal Devlet ilkesinin bir alan ve oranda bir çeşit uygulanışı da sayılabilir. Çünkü böylece varlıklı öğrencilerden alınacak paralar varlıksız, başarılı öğrencilere yardım olanaklarını artıracak ve Devletin yanı başında varlıklı kişilerin de bu yardımda payları olacaktır.”³⁷

Sosyal devlet, kapitalist ekonominin biçimlendirdiği toplum yapısı içinde liberalizmin yarattığı eşitsiz ve adaletsiz yaşam tarzını belli ölçülerde törpüleyen ve bu yolla aslında liberal “temsili” demokrasiye esneklik kazandırarak varlığını sürdürmesini sağlayan bir anlayışı ifade etmektedir. Bu ara model/çözüm daha radikal bir toplumcu hareketin ortaya çıkarak bir seçenek olmasını engelleme gayesiyle üretilse de bir yönüyle sağladığı olanaklar ve haklar yoluyla belli ölçüde toplumcu bir kazanım da yaratmaktadır. Özellikle altyapı hizmetleri, sağlık, barınma, beslenme gibi yaşamsal ve temel gereksinimlerin karşılanması kadar “eğitim”, “spor” ve “sanat” gibi bireyin sosyal yapı içinde geliştiren ve tek başına karşılayamayacağı hizmetleri sunan sosyal devlet anlayışı “liberalizmin” istediği ve izin verdiği kadar bile olsa yoksullukla bir ölçüde mücadele eden bir yapıyı ifade etmektedir. Aynı zamanda kapitalist liberal sistemin sürdürülebilirliği açısından olmazsa olmazı ifade eden görece bir toplumsal barışın tesisinde çok önemli bir yere sahip olan ve Huber’in vurgusuyla bu sosyal müdahaleler devleti, yoksunları ve yoksulları gerçekte piyasa ve serbest rekabete dayalı düzen içinde tutmaya çalışmaktadır. Bu yönde anayasallaştırılan çalışma hakkı³⁸, sosyal

³⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1973/32, K.: 1974/11, K.T.: 26.03.1974 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e37b8c5a-10e8-49b0-b528-80f4d80db2f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016. AYM, bir anlamda içtihat istikrarı göstererek benzer bir kararı 1982 Anayasası döneminde de vermiştir. Kararın ayrıntısı için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1988/34, K.: 1989/26, K.T.: 21.06.1989 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f403069-9501-420f-8443-42ebe0a7dee2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016).

³⁸ Ayrıntılı okuma için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 2005/52 K.: 2007/35 K.T.: 03.04.2007 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/af373a01-9644-43d8-8f12-092fab50be22?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016).

güvenlik hakkı³⁹, sağlık hakkı⁴⁰ ve gelir dağılımındaki adaleti sağlamaya⁴¹ dönük düzenlemeler ve bunlara ilişkin Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararları mevcut işsizlik, yoksullukla mücadelede⁴² 1982 anayasal düzeninin nerede durduğu hakkında fikir verici olacaktır.⁴³

SONUÇ

İnsanlık tarihi, onun kendi yarattığı olumlu ve olumsuz bütün bir birikimin toplamıdır. Bu çerçevede toplumsal yaşamın oluşumu ve evrilmesi süreci, coğrafi bütünlük içinde siyasal, ekonomik ve kültürel etmenlerin belli bir neden sonuç ilişkisinin sonucunda vücut bulmuştur. Toplumsal yaşamın alt yapısını oluşturan ekonomik ilişkiler ile üst yapısal siyaset ve hukuk kurumlarının birbirlerini etkileyerek biçimlendirdiği bu süreç bir gerçeklik olarak kapitalist ve liberal bir dünya düzeni ve onun öngördüğü temsili demokrasi uygulamasını yaratmıştır. Kapital birikimin ilkel halinden özellikle Sanayi Devrimiyle artık kurumsallaşmış haline gelişinde yaşanan birçok yerel, bölgesel, kıtasal ve küresel gelişme bu sosyo-ekonomik, siyasal ve hukuki örüntünün tamamlayıcı örüntüleri olmuşlardır.

Toplumun sınıfsal ayrışması, iktidarın kimin elinde olacağı, nasıl kullanılacağı ve paylaşılıp paylaşılmayacağı, ortakları olup olamayacağı tartışmaları bütün bu gelişmelerin üzerinde yer alsa da aslında tamamen bu büyük ekonomik döngünün yanıtı aranan sorunsalları olmuştur. Sanayileşme olgusu ve ondan da önce başlayarak bugüne kadar ki yaşantıyı bir anlamda çeşitli yönleriyle kuşatan küreselleşme dinamiği çok yaşamsal bir sorun olarak “yoksulluk” sorununu herkesin önüne kaçınılmaz olarak koymuştur.

Dünya düzeninin “sahiplerinin bile salt klasik liberal bir anlayışla işlerine devam edebilecekleri çizginin çoktan aşıldığı yoksulluk ve onun özel bir türü olarak yoksunluk artık mücadele edilmesi gerekli olan ve sonuçları itibarıyla yıkıcı bir toplumsal “Leviathan”a dönüşmüştür.

Siyasal ve ekonomik sistemin sahipleri kendi dengeleri içinde ve sürekli büyüme kaygıları ölçüsünde denetimli bir mücadeleyi yürütürken; sorunu gerçekten sonlandırarak var olan sosyal eşitsizlik ve adaletsizlikleri gidermeye yönelik toplumcu yaklaşımlar daha köklü

³⁹ Ayrıntılı okuma için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1994/90 K.: 1995/22 K.T.: 27.06.1995 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f463bf6-f130-4923-be87-422f483c6baf?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016).

⁴⁰ Mali kaynakların yeterliliği ölçütüne olan sıkı bağlılığını devam ettiren AYM, sosyal devletin koruma anlamını zayıflatan bir bakış açısıyla çeşitli kararlar vermiştir. Örnek bir ayrıntılı okuma için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1987/16 K.: 1988/8 K.T.: 19.04.1988 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>; E.: 2006/111 K.: 2006/112 K.T.: 15.12.2006 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/fdb92ee8-a96e-4368-977e-ef67c7cef124?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016).

⁴¹ Ayrıntılı okuma için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: K.: 2006/119 K.: 2009/145 K.T.: 5.10.2009 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6b359817-4306-443f-bd74-66dd78a7eb6b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016).

⁴² Ayrıntılı okuma için bkz. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 2000/26 K.: 2000/48 K.T.: 16.11.2000 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8ef13816-5162-471a-ba26-2659dfb1ed4e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016).

⁴³ Gonca Erol, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yoksulluk,” içinde **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler 18 - 19 Ekim 2012** (İstanbul: Petrol - İş Yayını, 2012), s. 356 - 358.

ve sürdürülebilir yapısal/kurumsal çareler üretme çabasında olmuşlardır. Özellikle sosyalist düşüncenin pratiğe geçişi bu alanda gerçekten bir seçeneğin olabileceği konusunda çok önemli bir gelişme olduğu gibi aynı zamanda karşısında konumlanan kapitalist liberal dünya görüşünü de harekete geçirmiştir. Bunun doğal uzantısı olarak “sosyal devlet”, “bırakınız yapınlar” felsefesinin ödünler vererek taktik geri çekilmeyle ürettiği bir kavramlaştırma olmuştur.

20. yy. içinde yükselen sosyal devlet bir yandan sosyalistlere dönük barikat / engelleme işleviyle bir tampon/pansuman uygulaması olmuş; öte yandan acımasız piyasa ve rekabet mantığının ve görünmez el aldatmacasının oluşturduğu sert eşitsizlikleri ve adaletsizlikleri yumuşatarak katlanabilir bir seviyeye çekmiştir. Bu çift yönlü müdahale, kapitalistler açısından “kardan zarar” a yol açsa da temel hedefin yani esas sistemin yerini ikame edecek toplumcu bir modelin görülmesinin büyük ölçüde gözden uzaklaştırılmasını sağlamıştır. Ancak bu yararlı sonuçlarına karşın sosyal devlet hiçbir zaman kendi yaratıcıları tarafından tercih edilen bir model olamamıştır ve 1980’ler itibarıyla başlayan ve güçlenen neoliberal dalga ilk saldırısını sosyal devletin toplumsal yapıdaki düşük gelirli sınıflara ve çeşitli yoksunluklar yaşayan grupların sağladığı görece kazanımlara gerçekleştirmiştir.

Sosyal devletin bir cumhuriyet ilkesi olarak Türk anayasal düzenine dâhil olduğu 1961 Anayasası’ndan bugün yürürlükteki 1982 Anayasası uygulamalarına bakıldığında dünya üzerinde yaşanan değişimin ve dönüşümün Türkiye örneğini görmek mümkün olacaktır. Türk AYM’si sosyal devletin ne olduğunu ve “işlevsel” olarak neye hizmet ettiğini kavramış çeşitli kararlar vermiştir. Bu nedenle AYM sosyal devleti, liberalizmin “katlanmak” zorunda olduğu bir ürünü anlamına gelecek biçimde saptamakta ve serbest piyasa mantığının belli ölçülerde törpülenerek dengelenmesi uygulaması olarak kayda geçirmektedir. Bu süreçte sosyal devleti çeşitli yönleriyle anlamlandırmaya çalışan AYM, yaşanan dönemsel gelişmeler (ekonomik bunalım) ya da özel koşullardan (askeri müdahale gibi) etkilenmekten de kurtulamamıştır. Özellikle 24 Ocak Kararları üzerine inşa edilen 1982 Anayasası’nın serbest piyasaya ve ekonomik liberalizme daha yatkın yapısı özelinde sosyal devletin hem hukuki düzlemde hem de siyaset pratiğinde kâğıt üzerinde kaldığını söylemek cumhuriyetin diğer nitelikleri ve hatta kendisi için söylenebilecek olan zorunlu bir saptamadır.

KAYNAKÇA

Akyüz, Yılmaz, Heiner Flassbeck ve Richard Kozul – Wright, “Küreselleşme, Eşitsizlik ve İşgücü Piyasası,” içinde **İktisat Üzerine Yazılar I Küresel Düzen: Birikim, Devlet ve Sınıflar Korkut Boratav’a Armağan**. Derleyenler: Ahmet H. Köse, Fikret Şenses, Erinc Yeldan. İstanbul: İletişim Yayınları, 2003.

Alcock, Pete. **Understanding Poverty**. Third edition. United Kingdom, London: Palgrave Macmillan, 2006.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E.: 1963/127 K.: 1965/47 K.T.: 14.09.1965
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c22fec33-bf9a-447f-9df2-215bd4ef0562?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016

- _____. E.: 1963/336, K.: 1967/29, K.T.: 26-27.9.1967
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d7366f47-f3a7-4014-8a5d-0cd409fff40d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 22.08.2016
- _____. E.1966/14 K.: 1966/36 K.T.: 21.9.1966
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/52a45d07-135e-48cb-9109-7e132423d105?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016
- _____. E.: 1972/2, K.: 1972/28, K.T.: 23.05.1972
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/61fcc7a3-79c9-4f8c-afcc-e18429ad2d75?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 30.08.2016
- _____. E.: 1972/16, K.: 1972/49, K.T.: 17.10.1972
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9f310bb3-06be-4778-a69a-f543915d809e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 30.08.2016
- _____. E.: 1973/32, K.: 1974/11, K.T.: 26.03.1974
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e37b8c5a-10e8-49b0-b528-80f4d80db2f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016
- _____. E.: 1984/9, K.: 1985/4, K.T.: 18.02.1985
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d28211b8-4ded-4592-b0ec-898d6bf79813?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016
- _____. E.: 1985/2 K.: 1985/16 K.T.: 27/9/1985
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1082a064-bd0b-42b5-aae9-d439387fd12c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016
- _____. E.: 1986/16, K.: 1986/25, K.T.: 21.10.1986
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/82b13b50-e833-4459-86b5-031a5f3e9d9b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 24.08.2016
- _____. E.: 1986/20, K.: 1987/9, K.T.: 31.03.1987
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e907bfb-d-ca8d-4b13-a90b-625da5872d24?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016
- _____. E.: 1987/16 K.: 1988/8 K.T.: 19.04.1988
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016
- _____. E.: 1988/19, K.: 1988/33, K.T.: 26.10.1988
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/33a2b3b0-c8c1-4014-90bf-c0bf2208e40e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 24.08.2016
- _____. E.: 1988/34, K.: 1989/26, K.T.: 21.06.1989
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f403069-9501-420f-8443-42ebe0a7dee2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016
- _____. E.: 1994/90 K.: 1995/22 K.T.: 27.06.1995
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f463bf6-f130-4923-be87-422f483c6baf?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016
- _____. E.: 2000/26 K.: 2000/48 K.T.: 16.11.2000
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8ef13816-5162-471a-ba26-2659dfb1ed4e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016

- _____. E.: 2005/52 K.: 2007/35 K.T.: 03.04.2007
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/af373a01-9644-43d8-8f12-092fab50be22?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016
- _____. E.: 2006/95, K.: 2009/144 K.T.: 15.10.2009
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a5f9f1cf-9b4a-4cfd-b283-78de023088c7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 31.08.2016
- _____. E.: 2006/111 K.: 2006/112 K.T.: 15.12.2006
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/fdb92ee8-a96e-4368-977e-ef67c7cef124?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016
- _____. E.: K.: 2006/119 K.: 2009/145 K.T.: 5.10.2009
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6b359817-4306-443f-bd74-66dd78a7eb6b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 02.09.2016
- _____. E.: 2015/2 K.: 2016/19 K.T.: 16.03.2016
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/445e4bce-3d20-43c4-8d15-b2658ee43063?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T.: 01.09.2016

Atalay, Ahmet Halûk. **Uluslararası Hukukun Oluşumu "İlk Küreselleşme Dönemi" (1492 - 1648)** İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997.

Bulut, Nihat. **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar.** İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2009.

Clough, Shepard Bancroft ve Charles Woolsey Cole, **Economic History of Europe.** Third edition. The United State of America: D.C. Heath and Company Boston, 1952.

Çağan, Nami. "Anayasa Mahkemesine Göre Ayırma İlkesi ve Ücretlerin Vergilendirilmesi," **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan III.** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011.

Duman, İlker Hasan. **Sosyal Devlet.** İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1997.

Erol, Gonca. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yoksulluk," içinde **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV Bildiriler 18 - 19 Ekim 2012** İstanbul: Petrol - İş Yayını, 2012.

Findlay, Ronald ve Kevin H. O'Rourke, **Güç ve Refah, İkinci Binyılda Ticaret, Savaş ve Dünya Ekonomisi.** Çev.: Ahmet Ataseven. İstanbul: Küre Yayınları, 2009.

Flanz, Gisbert H. **XIX Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, Anayasacılık Hareketlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesine Giriş.** Çev.: Necat Erder, Şerif Mardin ve Aydın Sinanoğlu, Ankara: AÜSBF Yayını, 1956.

Gedikli, Ayfer. "Küreselleşmenin Tarihi Mi, Tarihin De Küreselleşmesi Mi?," içinde **Küresel Ekonomi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, "Küreselleşen Ekonomik Sorunlar**

Perspektifinden Dünyanın Geleceği". Editörler: Hüseyin Altay ve Ali Şen. Ankara: Detay Yayıncılık, 2011.

Göven, Yusuf. "Kamulaştırma İşlemlerinde 'Kamu Yararı'," **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Sayı 1: 247 – 262, Ocak, 1999.

Kara, Uğur. **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü.** Ankara: Maki Bas. Yay. Ltd. Şti., 2004.

Kaypak, Şafak. "Yoksulluğun Değişen Yüzü; Kentsel Yoksulluk ve Sosyal Dışlanma," içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı.** Editörler: Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. Ankara: TODAİE Yayını, 2014.

Kazgan, Gülten. **İktisadî Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi.** 12. Basım. İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, 2006.

_____. **Küreselleşme ve Ulus - Devlet Yeni Ekonomik Düzen Ne Getiriyor? Ne Götürüyor? Nereye Gidiyor?** Yeni Gelişmelerle Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Küçükaksoy, İsmail ve Ali Şen, "Küresel Dünyanın Karanlık Yüzü: Yoksulluk ve Açlık," içinde **Küresel Ekonomi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, "Küreselleşen Ekonomik Sorunlar Perspektifinden Dünyanın Geleceği".** Editörler: Hüseyin Altay ve Ali Şen Ankara: Detay Yayıncılık, 2011.

Lister, Ruth. **Poverty.** United Kingdom, Cambridge: Polity Press, 2004.

Luhmann, Niklas. **Refah Devletlerinin Siyaset Teorisi.** Çev.: Medeni Beyaztaş. İstanbul: Bakış Yayınları, 2002.

Önver, Makbule Şiriner, Ayşegül Kanbak ve Nihal Şirin Pınarcıoğlu, "Sosyal Hak mı? Sosyal Yardım mı?," içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı.** Editörler: Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku.** Gözden Geçirilmiş 11. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Özdek, Yasemin. "Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü," içinde **Kamu Hukukçuları Platformu Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı 19 - 20 Mayıs 2011** Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2013.

Özdemir, Süleyman. **Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti**. Genişletilmiş 2. Baskı İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007.

Öztürk, Şenol. **Kapitalist Devlet İçin Yeni Bir Öneri Sosyal Yatırım Devleti**. Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2015.

Şenses, Fikret. **Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk**. Üçüncü baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2003.

Şimşek, Aslı. "Sadaka Kültürü ve Stratejik Hayırseverlik Çıkmazında Sosyal Hak Mücadelesi," içinde **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar Bildiriler Kitabı**. Editörler: Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, 2014.

Tanilli, Server. **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**. Üçüncü Bası. İstanbul: Say Kitap Pazarlama, 1982.

Tanör, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**. İstanbul: May Yayınları, 1978.

Yeldan, Erınç. "Neoliberalizmin İdeolojik Bir Söylemi Olarak Küreselleşme," içinde **İktisat Üzerine Yazılar I Küresel Düzen: Birikim, Devlet ve Sınıflar Korkut Boratav'a Armağan**. Derleyenler: Ahmet H. Köse, Fikret Şenses, Erınç Yeldan. İstanbul: İletişim Yayınları, 2003.

Yeşilorman, Mehtap. "Kelebek Kanadını Kimden Yana Çırpıyor? Birleştirilmiş Bilimin Kıyısında Kaos ve Sosyal Bilimler," **Journal of İstanbul Kültür University** Sayı 3: 77 – 86, 2006.

Zolberg, Aristide R. "Kaç İstisnacılık?," Çev.: Reşide Adal Dünder içinde **İşçi Sınıfı Oluşumu Batı Avrupa ve Amerika'da 19. Yüzyıl Örüntüleri**. Editörler: Ira Katznelson & Aristide R. Zolberg. Çev.: Reşide Adal Dünder, Özgür Balkılıç, Mehmet Kendirci ve Onur Öncan, Ankara: Tan Kitabevi Yayınları, 2012

Poverty as a Defense or Mitigating Circumstance in U.S. Criminal Law

Prof. Dr. Stephen C. Thaman*

I. POVERTY IN THE U.S. AND ITS RELATION TO CRIME AND IMPRISONMENT

For a wealthy industrialized, democratic country, the United States (U.S.) tolerates a frightening amount of poverty. In 2012, the top 1% of households took home 22.5% of the total income, the highest percentage since 1928, while the share of income going to wages and other forms of labor compensation dropped from 68% in 1970 to 62% in 2010, a decline of close to a trillion dollars.¹ In 2013, 14.5 % of Americans were living in poverty, down from 15 % in 2012. This was the first drop in the poverty rate since 2006. The U.S. Census Bureau estimates that 45.3 million people were living below the poverty level in 2013. Poverty thresholds vary with the size and composition of a family. A family of four was classified as poor if its income was less than \$23,830 last year; for one person, the threshold was \$11,890. Median household income in the US in 2012 was \$51,940.²

Poverty in the U.S. tends to hit minorities, and especially the African-American minority the hardest. For instance, the median net worth of white households in 2013 was \$141,900, about 13 times that of black households at \$11,000. In 2007, when the recession began in the U.S., the median net worth of white households was \$192,500, but it was only 10 times that of black households at \$19,200.³ So things seem to be getting worse.

The ratio of the unemployment rate among blacks versus that among whites has consistently held between 2 to 2.5 times since 1970. In 1972, the jobless rate among African-Americans was 2.04 times that among whites. In 2013, the ratio was 2.02. Even among people with similar levels of education, the black unemployment rate is higher. There was a 5.7 % unemployment rate among African-Americans with a bachelor's degree or higher in 2013, compared with 3.5 percent among white Americans with a bachelor's degree or higher.

* *Saint Louis University, U.S.A.*

¹ John Cassidy, *Forces of Divergence*, NEW YORKER, March 31, 2014, 69, at 70.

² Robert Pear, *Number of Children Living in Poverty Drops Sharply*, *Census Bureau Reports*, NY TIMES, Sept. 17, 2014, at A17, <http://www.nytimes.com/2014/09/17/us/politics/census-report-poverty-income.html?ref=us>

³ Tanzina Vega, *Wealth Gap Widens Between Whites and Minorities*, NY TIMES, Dec. 12, 2014, at <http://www.nytimes.com/2014/12/13/us/pew-research-finds-growing-net-worth-gap.html?ref=us>

Joblessness is higher among blacks in every education level tracked by the Labor Department. 27.2 % of Blacks live in poverty as compared to 12.7% of Whites⁴.

It goes without saying, not only in the U.S., but in all countries, that poverty correlates with an increased involvement in crime, especially property crimes, substance abuse crimes, and violence. Frustration caused by lack of work, lack of money to buy food and other necessities, also leads to frustration, which can lead to insensitizing oneself from the miserable reality through using intoxicants, or striking out, with nothing to lose, and acting violently.⁵

The rate of imprisonment of African Americans in the U.S. is more than six times higher than that of the White American population. Remarkably, by 2008, African American males under age thirty-five who had not completed high school were more likely to be imprisoned than employed, and more than two-thirds of African American males who have not completed high school are expected to serve time in prison at some point in their lives.⁶ One can see, poverty, lack of education and lack of work lead in the U.S. to excessive rates of imprisonment.

The U.S. incarcerates around 626 persons per 100,000 of the population.⁷ But it is not only the prisons and pretrial detention facilities that are filled with poor people, but also the city and county jails, which in the words of one report have become “vast warehouses made up primarily of people too poor to post bail or too ill with mental health or drug problems to adequately care for themselves.”⁸

II. POVERTY AS A JUSTIFICATION FOR THE COMMISSION OF CRIME IN ANGLO-AMERICAN LAW

⁴ Neil Irwin, Claire Kane Miller & Margot Sanger-Katz, *America's Racial Divide, Charted*, NY TIMES, July 20, 2015, at <http://www.nytimes.com/2014/08/20/upshot/americas-racial-divide-charted.html?ref=us&abt=0002&abg=1>

⁵ For more detailed summaries of the relation between poverty and crime, See Mirko Bagaric, *Rich Offender, Poor Offender: Why It (Sometimes) Matters in Sentencing*, 33 LAW & INEQUALITY 1, 10-12 (2015) ; Michele Estrin Gilman, *The Poverty Defense*, 47 U. RICH. L. REV. 495, 496-98 (2013)

⁶ Bagaric, pp. 7-8.

⁷ Bagaric, p. 8.

⁸ Timothy Williams, *Jails Have Become Warehouses for the Poor, Ill, and Addicted, a Report Says*, NY TIMES, Feb. 11, 2015, at A19, <http://www.nytimes.com/2015/02/11/us/jails-have-become-warehouses-for-the-poor-ill-and-addicted-a-report-says.html?ref=us> On municipalities' use of fines to finance their budgets, which got great attention in St. Louis County, Missouri, after the police shooting of a Black youth in Ferguson, is wide-spread in the U.S. and leads to law-abiding blacks and other poor being incarcerated in local jails for minor infractions. Sarah Geraghty, *Keynote Remarks: How the Criminalization of Poverty Has Become Normalized in American Culture and Why You Should Care*, 21 Mich. J. Race & L. 195 (2016).

Because of the persistence of poverty in the U.S. and its long-known connection to crime, defense lawyers have often tried to defend their clients by arguing that poverty should sometimes be treated as a full justification or excuse at least for the commission of some crimes. However Anglo-American criminal law has always been reticent to justify or excuse criminal conduct even under the most duressful and constraining situations.

In the famous case of *Regina v. Dudley & Stephens*, 14 Q.B.D. 273 (1884), Lord Coleridge refused to recognize a justification defense in the case of starving shipwrecked sailors who chose to eat one of their own so that the rest would survive. Lord Coleridge stated that England did not follow the writings of the famous European jurists, Grotius and Pufendorf, who would accept a necessity defense, “even when one steals to assuage hunger.” Lord Coleridge, in sentencing the men to death concluded: “.it is quite plain that such a principle once admitted might be made the legal cloak for unbridled passion and atrocious crime. There is no safe path for judges to tread but to ascertain the law to the best of their ability and declare it according to their judgment; and if in any case the law appears to be too severe on individuals, to leave it to the Sovereign to exercise that prerogative of mercy which the Constitution has intrusted to the hands fittest to dispense it.”⁹

Even later English law has not strayed from this position. In *Borough of Southwark v. Williams*, (1971) 2 All E.R. 175, homeless families were charged with trespassing in empty houses in which they were squatting. In an action to evict them, they claimed necessity. In rejecting the defense, Lord Denning pitied the hungry and homeless but refused to extend necessity to crimes such as this, because, he wrote, it would be too great a threat to the right of property.

In the U.S., defense lawyers have also had little better luck arguing a “choice of evils” justification defense, even for minor crimes such as theft, even though the classic example given by Hegel and other European scholars was that it would be “justified,” and therefore no crime, for instance, for hikers, lost in the woods or mountains, and dying of hunger, to break into a locked cabin and look for food to stave off death.¹⁰ For instance, in *People v. Fontes*, 89 P.3d 484 (Colo. App. 2003): the defendant was convicted of attempting to cash a forged check in amount of \$454.75 to buy food for his young children who suffered from severe health problems. They had not eaten for more than 24 hours, three different food banks had turned down his requests for food; and he feared that with continued lack of food, his children faced “malnutrition and death.” The court stated that: “While we are not without sympathy for the downtrodden, the law is clear that economic necessity alone cannot support a choice of crime. Although economic necessity may be an important issue in sentencing, a choice of evils defense cannot be based upon economic necessity.”¹¹

⁹ The men did have their death sentences after serving six months in prison.

¹⁰ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. GRUNDLINIEN DER PHILOSOPHIE DES RECHTS. 4. Ed. Felix Meiner. Hamburg. 1955, § 127, pp. 114-15.

¹¹ We will discuss to what extent economic necessity is a mitigating circumstances in part III, below.

Only, to my knowledge, in California has there been a glimpse of a possibility of accepting a necessity defense to crimes committed by the poor. In 1998, the California Court of Appeal overturned a conviction of a homeless person in Santa Ana for violating a city ordinance prohibiting sleeping in public.¹² It held that an instruction on the justification of necessity should have been given. In California, an instruction on the defense of necessity is required “where there is evidence “sufficient to establish that defendant violated the law (1) to prevent a significant evil, (2) with no adequate alternative, (3) without creating a greater danger than the one avoided, (4) with a good faith belief in the necessity, (5) with such belief being objectively reasonable, and (6) under circumstances in which he did not substantially contribute to the emergency.”¹³ The defendant was able to show that all the beds in the homeless shelters in Santa Ana were filled and that he had no alternative but to sleep in a public area.

A homeless person in a later case cited *Eichorn*, and tried to get a necessity instruction in a case involving burglary of a house supposedly with the intent to find food, but was unsuccessful and his conviction was upheld by the California Court of Appeal in an unpublished case in 2010.¹⁴ The court held that the defendant had alternatives of going to soup kitchen’s for the homeless or doing as he had done in the past, collecting bottles and turning them in for money to buy food.¹⁵

There is one area in criminal law where there has been a recognition that poverty can be a defense, in the prosecution of child neglect cases. A poverty defense exists in at least seven states in criminal child neglect cases, and more than half the states recognize a poverty defense in civil child neglect cases, which are usually heard in family courts, and deal with whether parents should lose custody of their children.¹⁶

The horrendous effects caused by poverty, malnourishment, violence, lack of education and massive imprisonment on the populations of poor and very often minority neighborhoods in the U.S. gradually led some jurists to accept that a criminal defendant’s “rotten social background” could in some cases be a defense to a crime. This idea was probably first broached in the dissenting opinion of Judge David Bazelon in a 1973 murder case heard in the Federal Circuit Court of the District of Columbia,¹⁷ in which the Black defendant with a “rotten social background,” claimed that this condition, which was not diagnosable as a mental disease, led him to shoot to death two White unarmed Marines who had hurled racial epithets at him. Judge Bazelon argued, in dissent, that such a defense should be allowed if the defendant could show that the horrendous environment of his formative years has as a result that he lacked the “ability to make any meaningful choice of action.” Such a defense, according to Bazelon, would would

¹² *In re Eichorn*, 81 Cal. Rptr. 2d 535 (Cal. App. 1998)

¹³ *Ibid*, at 539.

¹⁴ *People v. Carter*, Dec. 23, 2010, 2010 WL 5232940. Cal. App. 4th Dist (not published)

¹⁵ For other cases denying a necessity defense under similar circumstances: *Harris v. State*, 486 S.W.2d 573, 574 (Tex. Crim. App. 1972); *State v. Moe*, 24 P.2d 638, 640 (Wash. 1933) (ruling that hungry, unemployed people were guilty of larceny when they stole groceries).

¹⁶ *Gilman*, pp. 510.

¹⁷ *United States v. Alexander*, 471 F.2d 923, 960 (D.C.Cir. 1973).

force society to examine the causes of crime and to consider “whether income redistribution and social reconstruction are indispensable first steps toward solving the problem of violent crime.”¹⁸

Although American scholars some years ago pushed to accept such a defense,¹⁹ basing their arguments either on a social forfeit theory, that the state had lost its moral authority to punish the poor due to its failure to adequately address the causes of poverty, or on a pure constraint theory, that poor people have “no choice” but to commit certain types of crime.²⁰ Judge Bazelon seemed to support the social forfeit theory when he wrote: “it is simply unjust to place people in dehumanizing social conditions, to do nothing about those conditions, and then to command those who suffer, ‘Behave--or else!’”²¹

In American jury trials one can only offer the jury a theory of acquitting a poor person of a crime if the judge will give an instruction, say on a necessity – or choice of evils – theory, which will allow them to do so. No courts have given instructions allowing juries to do so on the theory of “rotten social background” and the success on a pure necessity theory has been limited to child neglect cases and the few outlier cases like *Eichorn* mentioned above. This does not mean, however, that a jury could not *ignore the law*, and acquit on its own equitable notion of what the law should be. It is not surprising, that Judge David Bazelon was also one of the few American judges who felt that juries should be instructed on their power to nullify the law.²²

III. POVERTY AS A MITIGATING CIRCUMSTANCE IN SENTENCING IN THE U.S.

One would think that, even if poverty should not completely exclude conviction that it should at least be a recognized mitigating factor in sentencing. But, lo and behold, in the most authoritative and “modern” sentencing law in the U.S., the U.S. Sentencing Guidelines, one reads: “Race, Sex, National Origin, Creed, Religion, and Socio-Economic Status” are not “relevant in the determination of a sentence.”²³ This is also the approach in most of the U.S. States. And, as Bagaric points out, the most common aggravating factor in sentencing in the U.S. and in other countries is recidivism, having a bad criminal record, which is also a typical characteristic of poor delinquents with “rotten social backgrounds.” So poverty actually ends up being an aggravating circumstance through the back door.²⁴

¹⁸ See discussion of this case in Gilman, pp. 500-01.

¹⁹ See, above all, Richard Delgado, “*Rotten Social Background*”: *Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?*, 3 LAW & INEQ. 9 (1985).

²⁰ Bagaric sees the possibility of something like a justification defense based in the way poverty limits choice, “especially in a manner that inclines people to criminal behaviour.” Bagaric, p. 12.

²¹ Cited in Gilman, p. 502.

²² *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113, 1142 (D.C.Cir. 1972), Bazelon, dissenting.

²³ 5H1.10 U.S. Sentencing Guidelines

²⁴ Bagaric, pp. 3-4.

Although Bagaric, who is Australian and notes that some Australian law does treat poverty as a mitigating circumstance,²⁵ believes that U.S. law should be reformed to allow poverty or “rotten social background” as a mitigating circumstances in property crimes and low-level drug cases, but not in homicide, rape or other serious cases involving violence, it is precisely in the most serious cases of violence in the U.S. that courts do take these factors into consideration: in aggravated murder cases in which the prosecutor seeks the death penalty.²⁶

In federal death penalty cases, the list of mitigating factors includes: “impaired capacity--The defendant's capacity to appreciate the wrongfulness of the defendant's conduct or to conform conduct to the requirements of law was significantly impaired, regardless of whether the capacity was so impaired as to constitute a defense to the charge” as well as a catch-all category: “ Other factors--Other factors in the defendant's background, record, or character or any other circumstance of the offense that mitigate against imposition of the death sentence.”²⁷

Several U.S. Supreme Court cases have found it also to be reversible error in State death penalty cases, when the court refused to, for instance, consider the defendant’s “unhappy upbringing and emotional disturbance,” including “evidence of a turbulent family history ... [and] beatings by a harsh father ...”).²⁸ In a California case, Justice O'Connor noted that “defendants who commit criminal acts that are attributable to a disadvantaged background, or to emotional and mental problems, may be less culpable than defendants who have no such excuse.”²⁹

In more recent cases, the Supreme Court has overturned death judgments because the defense counsel did not investigate the defendant’s “rotten social background” and present evidence thereof in mitigation. In a 2000 case, the U.S. Supreme reversed a capital judgment because defense counsel failed to investigate defendant’s “nightmarish childhood,” where he grew up in an abusive foster home while his parents were in prison and was borderline mentally retarded.³⁰ In a 2003 case, another reversal based on incompetence of council followed, for refusing to investigate evidence of severe physical and sexual abuse suffered at hands of mother and foster parents. Defendant’s mother, a chronic alcoholic, left the defendant and his siblings to beg for food, eat paint chips and garbage. She beat them and had sex in bed with the children present. At age 16, defendant ran away and began living on streets and was sexually abused by his supervisor in the job corps.³¹ In a 2005 case, the Supreme Court set aside another capital judgment because the lawyer failed to find evidence of defendant’s “horrific childhood, mental illness and alcoholism” which could have served as mitigation.³²

²⁵ Bagaric, pp. 24-28.

²⁶ Bagaric, p. 20

²⁷ 18 U.S.C. § 3592 (2006), see Bagaric, pp. 30-31.

²⁸ *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104 (1982)

²⁹ *California v. Brown*, 479 U.S. 538, 545 (1987)

³⁰ *Williams v. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000)

³¹ *Wiggins v. Smith*, 539 U.S. 510 (2003)

³² *Rompilla v. Beard*, 545 U.S. 374 (2005).

Many lower federal court cases have reversed capital convictions for a similar failure to investigate “rotten social background” almost always rooted in the vicious cycle of poverty, abuse, etc.³³

IV. CONCLUSION

We are confronted with a seeming contradiction in the approach of the U.S. to recognizing the profound and tragic effects of poverty and degradation on large swaths of the U.S. population and how it contributes to widespread criminal activity. The proponents of erecting a defense of poverty or “rotten social background” are, in my opinion, largely making a political argument, that a government which ignores the spread of poverty and makes at most half-hearted attempts to introduce social policies to alleviate the causes of the growing inequality in the U.S. which has led to a gradual disappearance of the middle class, has to one or more degrees lost its moral authority to punish the “other half’s” transgressions.

The solution, of course, lies in what some call a “Marshall Plan” for America’s inner cities and to some extent for extremely poor rural areas as well, which have now become scourged by abuse of methamphetamine and recently heroin, or, to follow the suggestions of Thomas Piketty, to introduce, once again, a strongly graduated income tax or capital tax,³⁴ so as to invest in housing, education and new infrastructure to alleviate the problem.

Instead of addressing the problem politically, the U.S. has used the criminal justice system to incarcerate the poor, and take them off the rolls of those “looking for work,” thereby also lowering the unemployment rate. It is estimated that around 2.4 million Americans are locked up, many because they are poor, mentally ill, or drug-dependent. The situation has been called the “prison-industrial complex.” An oppressive plea-bargaining system based on the threat of Draconian prison sentences (and the death penalty) to force people to plead to prison, which means only a minuscule number of defendants risk being able to tell their story, or try to push a defense, to a jury.

The recognition of a poverty defense for child neglect in a few states, or for an occasional minor misdemeanor like sleeping on the streets does nothing. Conscientious prosecutors who have full prosecutorial discretion, themselves do not prosecute such cases because they realize it is unfair and a waste of money. Juries might occasionally nullify the law and acquit a poor person who is charged with a minor theft offense, as well, even if the defense is unable to get a justification instruction.

But at least the U.S. Supreme Court has drawn a line at killing even the perpetrators of the most horrendous crimes, if they grew up without hope in one of our urban nightmare situations. There was also a glimpse of hope in the recent case in which the Supreme Court put an end to life-imprisonment for juveniles, that “rotten social background” lay at least in part behind this

³³ Sowell v. Anderson, 663 F.3d 783 (6th Cir. 2011) (“horrific childhood”)

³⁴ Thomas Piketty, *Le capital au XXIème siècle*, Paris: Seuil (2013), pp. 751 ff.

decision. The juvenile in that case was 14 year-old at the time of the murder, had been in and out of foster care because his mother suffered from alcoholism and drug addiction and his stepfather abused him. He also regularly used drugs and alcohol and had attempted suicide four times.³⁵

³⁵ *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455 (2012)

Yoksulluk ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Dr. Burcu Ertem*

Kökeni sanayi devrimine dayanan ve küresel hakimiyetini sürdüren neo liberal politikaların da körüklediği yoksulluk sorunu, söylem bazında her zaman kendisiyle savaşılan, mücadele edilen bir şey olmuştur. Bunun fiilen de, öyle olup olmadığı apayrı bir tartışma konusudur. Şu kadar ki, her şeyin zıddıyla mevcut olduğu kabul görecektir olursa ve yoksulluğun zıddı olarak zenginlik gösterilse; neo liberal politika ekseninde zenginliğin savaşılabilecek bir şey olarak görülmediği ilgiye değerdir.

Yoksullukla mücadele sürecinin ve onun başarı derecesinin sağlıklı olarak yorumlanması, yoksullukla mücadelenin nasıl gerçekleştirildiği kadar kimin tarafından ve neden gerçekleştirildiğinin de gözetilmesini gerektirmektedir. Zira son anılan hususlar, yoksullukla mücadelenin amacını göstermek yanında, ayrıca bu mücadelede benimsenecek araçları da belli edecektir. Şüphesiz bu hususların ayrıntılı tahlili, yoksulluk sorunsalının özellikle emek ve sermaye ilişkisi ekseninde ekonomi politik yönünden ele alınmasını gerektirmekteyse de, en anlamlı çözümlemeye konunun bio-politik ekseninde tartışmaya açılmasıyla ulaşılabilir.¹ Şöyle ki, eğer yoksulluk bir nüfus sorunu olarak algılanıyorsa, yoksullukla bir pandemiyle savaşır gibi mücadele edilir ve buna uygun tipte bastırıcı ve önleyici araçlar benimsenir. Bunun ceza hukuku yönünden önemi ise ceza hukukunun biyo-iktidarın sosyal kontrol aracına dönüşme tehlikesi olarak karşımıza çıkar. Buna karşın, insan onurunu üstten tutan bir sistemde ise yoksulluk bir insan hakkı sorunu olarak görülür ve yoksullukla mücadelede bireyin özerkliğinin ve genel eylem özgürlüğünün temin edilmesi gayelerine uygun iyileştirici ve önleyici araçlar tercih edilir.

Şu halde yasa koyucunun, yoksullukla mücadelede benimsediği hukuk siyasetinin ve özellikle ceza siyaseti tercihlerinin de az önce anılan hususlar nazarında şekilleneceğini söylemek mümkündür. Bir diğer ifadeyle, yasa koyucunun yasama pratikleri, ister doğrudan yoksullukla mücadele adına ister dolaylı olarak ona temas eden nitelikte ve fakat başka bir ad altında ortaya koyduğu düzenlemeler olsun, yoksullukla mücadelenin aslında yoksula karşı mı yoksa gerçekten yoksulluğa karşı mı yapıldığı konusunda esaslı veriler sunacaktır.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, burcuertem@cankaya.edu.tr

¹ Foucault'nun biyo-politik tanımı şu şekildedir: "18. Yüzyılda başlayan, nüfus olarak teşekkül etmiş bir grup yaşayan insan varlığının sağlık, hijyen, doğum oranı, uzun süreli yaşam ve ırk gibi fenomenal karakteristiklerinin devlet pratiğine karşı ortaya çıkardığı sorunların rasyonalize edilmesi çabasıdır." Bkz. FOUCAULT, M.: "The Birth of Biopolitics", Ethics: Subjectivity and Truth (editör: Paul Rabinow), New York 1997, s. 73.

Ceza hukuku yönünden gerçekleştirilecek bir incelemede, öncelikle yoksulluk olgusunun ne olduğu ve kimlerin yoksulluk statüsünde kabul edilebileceğinin ortaya konulması gerekir. Yoksulluk sadece gelir yoksunluğuna hasredilemeyen, ötesinde onur içinde yaşamak için temel olanaklardan yoksun olma halini de kapsayan çok boyutlu bir fenomendir.² Yoksulluğa dair, onu gerek ekonomik gerekse sosyal boyutlarıyla ele alan bir çok tanım mevcut olmakla birlikte, hukuki bir inceleme ve değerlendirme yönünden en uygun yaklaşım, uluslararası insan hakları müktesebatı esas alınarak yoksulluk olgusunun insan hakları boyutuyla ortaya konulmasıdır. Birleşmiş Milletler (BM) Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Komitesi³ yoksulluğu, “yeterli bir yaşam standardından ve diğer sivil, kültürel, ekonomik, siyasal ve sosyal haklardan istifade için gerekli kaynaklardan, yapabilirliklerden, seçeneklerden, güvenlikten ve güçten sürekli ya da kronik olarak yoksunlukla karakterize olan bir insanlık durumu” olarak tanımlamıştır. Aşırı yoksulluk ise, insan hakları sorunu olarak ele alınmış ve gelir yoksulluğu, insan gelişimi yoksulluğu ve sosyal dışlanma hallerinin birlikteliği olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, uzun süren temel güvenlik yoksunluğu kişilerin hayatlarını bir çok açıdan etkilemekte ve öngörülebilir bir gelecekte haklarını kullanma ya da geri kazanma imkanlarına halel getirmektedir.⁴

Yoksulluğa karşı en gelişkin insan hakları koruması öngören düzenlenme ise (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın “Toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı” kenar başlıklı 30. maddesidir. İlaveten, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de, Sözleşme’nin otonom yorumu yoluyla ve insan haklarının birbirleriyle bağlantılı oluşu kabulü altında, özellikle aşırı yoksulluğu insan onuru kapsamında yorumlayarak yaşama hakkı ve insanlık dışı küçük düşürücü muamele ve özel yaşam kapsamında ele alma eğiliminde olduğunu ifade etmek gerekir.⁵

Tebliğ kapsamında yoksulluk olgusu insan hakları ekseninde insan onuruna aykırılık derecesine ulaşmış ayrımcılık, damgalanma ve sosyal dışlanma ağırlığına ulaşan sadece gelire bağlı değil diğer tüm temel ihtiyaçlarını giderme güçlüğü doğurarak temel insan haklarından yararlanmayı etkileyecek nitelikte yoksunluk hallerine hasredilecektir.

Yukarıda anılan kapsamda, ceza hukuku yönünden yapılacak bir değerlendirmede, salt yoksulluk olgusuna odaklanmayı mümkün kılacak iki temel ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır. İlk olarak, salt parasız olmak ile sosyal bir damgalanma ve ayrımcılık içeren bir statü olarak sürekli yoksulluğun birbirlerinden ayırt edilmesi gerekir. Parasız olan ya da kalan her insan, her zaman yoksul değildir. Bir diğer ifadeyle, tembellik, müsriflik, savurganlık nedeniyle bireysel açıdan kusurlu olarak maddi imkanların kaybına yönelik parasız olma ya da parasız kalma hali yoksulluk kapsamı dışında kalmaktadır. Şüphesiz, sonradan ortaya çıkan parasızlık halinin süreklilik arz ederek yoksulluğa dönüşmesi mümkündür. Şu halde,

² BM: A/HRC/21/39, parag. 2.

³ BM: E/C.12/2001/10, parag.8

⁴ BM: A/HRC/21/39, parag. 2.; Birleşmiş Milletler Dünya Toplumsal Kalkınma Zirve Toplantısı Eylem Programı’nda mutlak yoksulluk, gıda, güvenli içme suyu, sanitasyon imkanları, sağlık, korunma, eğitim ve bilgilenemeyi de içerecek şekilde temel insani gereksinimlerden ciddi derecede yoksun olma hali olarak tanımlanmıştır. Buna göre, mutlak yoksulluk sadece gelire bağlı olmamakta, aynı zamanda hizmetlere erişimi de ilgilendirmektedir (BM: A/CONF.166/9, parag. 19.).

⁵ http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2013_ENG.pdf

ceza hukuku sorumluluğunun irdelenmesi yönünden önem taşıyan, dağıtımsal adaletsizlik (distributive injustice) ile ilişkilendirilen sosyal bir etiket haline gelmiş haksız yoksulluk hali olmaktadır.

İlk ayırım da gözetilerek, ikinci bir ayırma daha gidilmesi gerekir. Buna göre de, yoksulluğa bağlı olarak ortaya çıkan yoksunluk halinin doğurduğu özellikle açlık, barınma gibi temel ihtiyaçların giderilmesine yönelik, anılan güdüyle işlenen suçlar (ör., malvarlığı aleyhine işlenen suçlar, konut dokunulmazlığını ihlal suçu vb.) ile anılan amaç ve saik dışında işlenen (ör., adam öldürme, çocuk ihmali vb.) suçların da birbirlerinden ayırt edilmesi gerekir. İlk hal, ister geçici bir yoksunluk şekli ister yoksulluğa tekabül eden kalıcı bir yoksunluk şekli yönünden olsun, genel hükümler uyarınca (özellikle zaruret hali kapsamında) çözümlenebilecek, bu bakımdan özellik arz etmeyen bir husustur. Zira zaruretin kanunu yoktur ilkesi uyarınca, zaruret durumunda bulunan kişinin zaruret halinden yararlanması için yoksul olup olmaması bazı nüanslar dışında önemli bir fark yaratmamaktadır. Buna karşın, anılan yönde temel ihtiyaçların giderilmesine yönelik işlenmeyen suçlar, yoksulluk olgusunun ceza sorumluluğuna etkisi konusunu tam anlamıyla tartışmaya açtırtacak niteliktedir. Zira anılan bu ikinci grup, yoksulluk olgusunun sosyal dışlanma ve anti sosyalliğe itilme gibi kendine özgü özelliklerinin gözetilmesini mümkün kılmaktadır.

Yukarıda anılan hususlar ve tespitler ışığında, yoksullukla ceza hukuku aracı ile mücadelede iki farklı yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Bunlardan ilki, yoksulluk olgusunun ceza sorumluluğunu temellendiren bir sebep olarak öngörülmesiyle, ikincisi ise tam aksi bir şekilde cezai sorumluluğunu azaltan hatta ortadan kaldıran bir sebep olarak telakki edilmesidir. Öyle ki hukuk sistemlerinde her iki yaklaşımdan biri kabul görebileceği gibi, birlikte benimsenmeleri de mümkündür.

Son dönemlerde gerek kıta Avrupası gerekse müşterek hukuk sistemlerinde özgürlük ve güvenlik sorunsalına güvenlik odaklı yaklaşıldığı görülmektedir. Öyle ki, uyuma, oturma, etrafında çer çöp bulundurma, kamuya açık alanlarda eşyalarıyla birlikte yaşama gibi evsizlerin sokaklarda yaşama haline ilişkin bazı eylem ve hallerinin doğrudan cezalandırılmasını hedef alan bir çok yasama örneği mevcuttur (ör. ABD, Kanada). Benzer şekilde, avarelik, dilencilik ya da şarkı söyleyerek ya da müzik ya da sair icraatlar suretiyle para toplamanın da suç haline getirilmesi yönünde yaklaşımların çoğalmakta olduğu ve bu durumunda şehir güvenliği mülahazalarıyla meşru kılınmaya çalışıldığı görünmektedir. Her ne kadar bu tip düzenlemelerin hepsi doğrudan doğruya yoksulları hedef almamaktaysa da, yoksul kişiler hakkında orantısız uygulamalara yol açmaları olasıdır. Bu bağlamda, devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu barınma, beslenme, sanitasyon gibi olanaklardan yoksun kalmalarından dolayı, bu kişilerin tekrar bir ayrımcılığa tabi tutulmalarının insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Hatta yoksulluğu, evsizliği ve dilencilliği suç haline getiren düzenlemelerin çoğunlukla para cezası öngördüğü ve bu kişilerin haliyle para cezalarını karşılayabilecek maddi imkanları olmaması sebebiyle bu kez haklarında hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulandığı dikkate alındığında, bu durumun yoksulluk içinde yaşayan kişiler yönünden sosyal dışlanmayı derinleştirdiği ve

yoksulluğu körüklediği ifade edilebilir.⁶Anılan yönde düzenlemelerin, devletin cezalandırma yetkisinin sınırları yönünden de tartışmaya açılmasının bir gereklilik olduğunun ifade edilmesi gerekir.

Yukarıda anılan yaklaşıma karşıt olarak, Amerikan ceza hukuku doktrinde yoksulluk olgusunun ceza sorumluluğuna hafifletici hatta ortadan kaldırıcı etkisinin tartışmaya açıldığı görülmektedir. Tartışmaların odak noktasını, yoksullar yönünden devletin cezalandırma yetkisinin dağıtımsal adaletsizlik nazarında meşruluğunun sorgulanmaya açılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda yoksulluğun kriminojenik olup olmaması değil, devletin kriminojenik durumları ortadan kaldırma yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği ihmalinin ya da başarısızlığının ceza sorumluluğu üzerindeki olası hüküm ve sonuçları önem kazanmaktadır. Burada getirilen önemli argümanlar olarak hipokrasi ve -devleti ya da toplumu şerik olarak gören- iştirak yaklaşımları gösterilebilir.

Bu bağlamda, yoksul kişilerin cezai sorumluluğunu tümünden reddeden, bu kişilerin ceza sorumluluğu için gerekli olan bilişsel, moral iradi kapasitelerden yoksun olduklarını ve bu nedenle statü sorumluluğuna sahip olmadıklarını ileri süren uç görüşlere dahi rastlanmaktadır. Bu görüşe göre, sosyalizasyon için eğitim ve benzeri gerekli fırsatları olmayan yoksul kişiler yönünden ceza sorumluluğu reddedilmelidir. Böyle uç bir görüş, bir ekmek çalmaya ilişkin hırsızlık suçundan, adam öldürme suçuna kadar geniş bir suç yelpazesi yönünden abartılı ve kabul edilemez bir sorumsuzluk alanı yaratmaktadır.

Yoksulluk olgusunu yönünden, yoksulluk savunması (poverty defence) adı altında müstakil nitelikte ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan bir sebep ihdas edilip edilemeyeceği, böyle bir savunmanın hukuka uygunluk sebebi mi (justification defence) yoksa mazeret sebebi olarak mı (excuse defence) değerlendirilmesi gerektiği de tartışılmışsa da, fazlaca rağbet görmemiştir. Buna karşın, yoksulluğun ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıcı ya da azaltıcı etki doğurabileceğine ilişkin görüşü açıklayan teoriler, iki temel grupta ele alınabilir.

Bu görüş çerçevesinde anılması gereken ilk teori ve belki de en önemlisi, bozuk sosyal geçmiş (rotten social background/RSB) ya da şiddetli çevresel yoksunluk (severe environmental deprivation) şeklinde anılan yaklaşımının yoksulluğu kapsayacak şekilde ele alınmasıdır. Bu yaklaşımın, Amerika'da özellikle çocuk ihmali vakalarında uygulanma alanı bulunduğu, buna karşın uygulamasının halen sınırlı kaldığının ifade edilmesi gerekir. Söz konusu yaklaşım, sorumluluğun kimi zaman azalacağını hatta kimi zaman da ortadan dahi kalkabileceğini savunmakta, temel argüman olarak da kısmen RSB'un bireyin davranışını üzerinde etki doğurmakta olduğunu kısmen de kökeni sosyal sözleşme teorisine dayanan cezalandırmaya yönelik toplumsal hak kaybı (social forfeit) söylemini esas almaktadır.

İkinci görüş ise, zorlayıcılık (coercion) savunmalarını esas alan görüşlerdir. Bu kapsamda, yoksulluk olgusunu klasik zaruret hali (necessity) kurumu çerçevesinde ele alan görüşler mevcut olduğu gibi, manevi cebir (duress) yönünden ele alan görüşler de mevcuttur. Örneğin, California Mahkemesi, uykunun insanlar için bir seçim değil, fizyolojik bir

⁶ Bu konuda özellikle bakınız. UN, A/66/265, Report of the Special Rapporteur on the question of human rights and extreme poverty, Magdalena Sepúlveda Carmona.

gereksinim olduğunu belirtilerek, evsizler karşıtı düzenlemeye aykırılık yönünden, sokakta yatan kişiler lehine zaruret halini uygulamıştır.

İfade etmek gerekir ki, yoksulluk savunmasının genel geçer bir şekilde kabulü yerine sadece belirli suç tipleri yönünden elverişliliğinin tartışmaya açılmasının daha yerinde olduğu da ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, şiddet içeren her türlü suç tipinin değerlendirilme dışı bırakılması ( r.  ld rme ve yaralama eylemleri,  ocuk suiistimali vb.), buna karşın dilencilik, uyururucu madde kullanımı, fuhuş, okulu asma vb. gibi, özellikle mağduru belli bir kişi olmayan topluma karşı işlenen suçlar yönünden kabul edilmesinin mümkün olduğu da savunulan görüşler arasındadır.

Yukarıda anılan görüşlere karşıt olarak, yoksul kişilerin işledikleri suçlar dolayısıyla üstlenmeleri gereken sorumluluğu, toplumun onları kınama hakkının sorgulamaya açılmasından ayırt edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Buna göre, her ne kadar yoksul kişiler tam bir seçim özgürlüğüne sahip değillerse de, yine de eylemleri kendi değer yargılarının yansması olmakta, eylemde bulunma ya da bulunmama imkanının mevcudiyeti de ceza sorumluluğu varlığı yönünden yeterli olabilmektedir. İlaveten, ceza hukukunun öncelikli amacının sosyal refah hedeflerine hizmet etmek olmadığı, bu kapsamda sosyal yeniden dağıtımın mahkemelerden değil politik kanallardan gelmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Öte yandan, her ne kadar dağıtımsal adalete hanel gelmesi sebebiyle devletin, toplumun kınama hakkının aşındığı ileri sürülse dahi, yoksul kişiler yönünden cezai sorumluluğu reddedilmesi başka bir karşıt adaletsizliğe yol açabilecektir. Suçun özünün kusur ve sosyal zarar olduğu dikkate alındığında, ortaya çıkan sosyal zarara ve mağdura karşı yapılan haksızlığa karşı uygun kamusal tepkinin gösterilmemesi de hukuk güvenliğini ve sosyal barışı zedeleyecektir.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar*

ÖZET: Yoksulluk günümüzde sadece az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin değil, gelişmiş ülkelerin de sorunudur. Özellikle, son on yılda gelişmiş ülkelerde de artan bir yoksulluk söz konusudur. Dünya genelinde yaşanan ekonomik kriz, terör olayları, yaşanan savaşlar ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan göç dalgası yoksulluğu ortaya çıkaran ve giderek artmasına yol açan nedenlerdir. Yoksulluk; güçsüz ve savunmasız olan, dirençli tepki veremeyen çocukları daha ağır biçimde etkilemektedir. Çocukların bakımı, yetiştirilmesi ve eğitiminden velayete sahip olan ana ve/veya babaları sorumludur. Bu sorumluluklarını olanakları ölçüsünde yerine getirirler. Velayete sahip olmayan ana ve/veya baba ise çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için yapılan giderlere katılmak yükümlülüğü altındadır (nafaka yükümlülüğü). Nafaka yükümlülüğünü de ana ve/veya baba maddi olanakları kapsamında yerine getirir. Maddi olanakları olmayan veya son derece kısıtlı olan ebeveyn çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için hiç veya gereği gibi sağlayamayacaktır. Bu durumda çocuk yetersiz beslenecek, sağlıklı, hijyen olmayan bir barınma imkânına sahip olacak, eğitimi için gerekli çalışma ortamı ve zamanı bulamayacaktır. Bu ve buna benzer sebeplerle çocuğun hem fiziksel gelişiminde, sıklıkla hastalanması nedeniyle sağlığında ve eğitiminde sorunlar oluşacak hem de kıyafetinden, yaşadığı ortamdan dolayı kendisini değersiz hissetmesi sonucu ruhsal gelişiminde de sorunlar ortaya çıkacaktır.

Türk Medeni Kanununda velayetin gereği gibi kullanılmamasının çocuğun menfaatlerini tehlikeye sokması halinde çocuğun korunması için alınacak önlemler düzenlenmiştir. Velayetin gereği gibi kullanılmamasında velayet sahibi ana ve/veya babanın kusurlu olup olmaması, çocuğun korunması yoluna başvurulmasında önemli değildir. Burada amaç ana ve/veya babaya bir yaptırım uygulamak, bir ceza vermek değil, çocuğun fiziki, ruhi, ahlaki gelişiminin tehlikeye girmesini önlemek veya söz konusu tehlikenin oluşmasında yaşanan olumsuzlukları gidermek, yani çocuğun menfaatlerini korumaktır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Türk Medeni Kanununda çocuğun korunmasına ilişkin alınacak önlemler hafiften ağıra doğru düzenlenmiştir. En hafif önlem, çocuğun ana ve/veya babasının yanında kalmaya devam etmesi fakat velayetin gereği gibi kullanılmaması nedeniyle çocuğun menfaatlerine aykırı olarak oluşan olumsuzlukların giderilmesine, velayetin gereği gibi kullanılabilmesi için ebeveyn yardımı olacak uygun önlemlerin alınmasıdır. Türk Medeni Kanunu 346. maddesinde *uygun önlemler* denilerek hâkime geniş takdir yetkisi sağlanmıştır. Bu önlemlerin neler olacağı örnekleyici nitelikte dahi maddede belirtilmemiştir. Hâkimin bu noktada çocuğun korunmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan koruma önlemlerini örnek olarak dikkate alabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Bunun yanında yoksulluk nedeniyle, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi gereği gibi yapılamıyorsa alınacak önlemler kapsamında çocuğa maddi yardım sağlayacak sosyal yardım imkânları da dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi konusunda birinci sırada ana ve/veya baba sorumlu ise de Devletin de bu hususta ana ve/veya babaya yardım edip, onlara destek olmak noktasında sorumluluğu vardır. Devlet, bu sorumluluğunu son yıllarda sosyal yardım kapsamında yaptığı düzenlemelerle kısmen yerine getirmeye başlamıştır. Daha ağır olarak nitelendirilecek hâkimin alacağı önlemler, çocuğun ana ve/veya babasının yanından alınması şeklindedir. Ya velayet ana ve /veya babada kalır çocuk bir aile yanına veya kuruma yerleştirilir (TMK. m. 347) ya da en ağır önlem olarak çocuğun velayeti ana ve/veya babadan alınır. (TMK. m. 348 vd). Yoksulluğun, çocuğun ana ve /veya babasının yanından alınması için bir sebep olmadığı kabul edilmekle birlikte, maddi olanakları olmayan veya kısıtlı olan ana ve/veya babaların çocuklarının bakımını gereği gibi yapamadıklarında çocuğun korunması önlemi olarak ilk akla gelen önlem, çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi olmaktadır.

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde kural olarak çocuklar ergenliğe kadar soybağı kurulmuş olan ana ve/veya babalarının velayeti altındadır. Evlat edinmede yer alan istisna dışında ana ve/veya baba dışındaki kişiler velayete sahip olamazlar. Ana ve/veya baba ile çocuk arasındaki ilişki doğası gereği karşılıksız sevgi ve fedakârlık içinde cereyan edeceği için ana ve/veya babanın çocuklarına karşı velayeti kötüye kullanacakları, onlara zarar verecekleri düşünülemez. Bu nedenle, ilk bakışta çocuğun velayete sahip olan kişiye karşı yani ana babasına karşı korunmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Aslında bu düşünce bir bakıma doğrudur da. Ana ve/veya baba ile çocuk arasındaki ilişkiye devletin müdahale etmesi çocuğun menfaati gerektirmedikçe çok arzu edilen bir durum değildir. Her ne kadar ana baba çocuğu için en iyisini yapma arzusunda olsa da bilerek veya bilmeyerek çocuğun menfaatine aykırı davranabilirler. Bu noktada devletin çocuğu ana babasına karşı koruması gerekir. Türk Medeni Kanunun velayeti düzenleyen hükümleri içinde velayete sahip olan ana babaya karşı çocuğun kişi varlığının korunmasını sağlayacak önlemler alınması da yer almaktadır. Çocuğun kişi varlığını koruyan hükümler bunlarla sınırlı değildir. Çocuk Koruma Kanunu¹ çocuğun kişi varlığının korunmasını daha geniş kapsamda düzenlemektedir. Çocuk Koruma

¹ RG 15 Temmuz 2005 - Sayı: 25876

*Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması
İçin Alınacak Önlemler*

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Kanunu kapsamındaki koruma, çocuğun velayet altında olup olmaması, on sekiz yaşını doldurmadığı müddetçe evlenerek veya mahkeme kararıyla erginliğe kavuşup kavuşmamasına bakmaksızın ve sadece velayet hakkına sahip kişilere karşı değil, herkese karşı çocuğun kişi varlığının korunmasını amaç edinir. Biz çalışmamızın ana eksenini yoksulluk nedeniyle velayeti hiç veya gereği gibi kullanamayan ana ve/veya babaya karşı çocuğun kişi varlığını koruyan Türk Medeni Kanunu hükümleri olarak belirlemiş olsak da yoksulluk nedeniyle bağlantılı olarak Çocuk Koruma Kanunu hükümlerine ve yine yoksulluk nedeni bağlamında çocuğun malvarlığının korunması hususundaki Türk Medeni Kanununda yer alan düzenlemelere de çalışmamızda yer vereceğiz.

I-ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞI BAKIMINDAN KORUNMASI

A-KORUNMA İÇİN GEREKEN TEMEL ŞARTLAR

1-VELAYETİN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ KULLANILMAMASI

Velayet, velayette sahip ana ve/veya baba için hem bir hak, hem de yükümlülük getirir. Bu nedenle, doktrinde velayet yüküm-hak² olarak ifade edilmektedir. Velayete ilişkin hükümler velayete sahip olan kişinin çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitilmesini sağlaması gerektiğini düzenlemiştir. Bunları velayette sahip kişi olanakları ölçüsünde yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitilmesinde asgari yaşam standartlarının altına düşülmemesi gerekir. Çocuğun bedensel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişimini sağlayacak bir hayat standardına sahip olmasından velayette sahip ana ve/veya baba sorumludur³. Velayete sahip olmamakla birlikte, çocukla aralarında soy bağı kurulmuş olan ana baba da çocuk için yapılacak söz konusu bakım giderlerine katılmakla yükümlüdür (nafaka yükümlülüğü) (TMK.m.327). Sadece yiyecek, giyecek, barınma, eğitim ve öğrenim giderleri değil, tedavi, ulaşım, dinlenme ve eğlence, boş zamanları değerlendirme ve cep harçlığı giderleri de nafakanın kapsamındadır⁴.

Yoksulluk kavramı toplumlara görece bir anlam ifade etse de hem az gelişmiş ya da gelişmekte olan hem de gelişmiş olan toplumların mücadele etmesi gereken toplumsal bir sorundur⁵. Yoksulluk, genel anlamıyla bireylerin yaşamını normal koşullarda devam ettirebilmesi için gereksinimleri olan kaynaklara yeterli ölçüde sahip olamamasıdır⁶. Yoksun

² SEROZAN, Rona,Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005,S.250.

³ USTA, Sevgi,Velayet Hukuku, İstanbul, 2016, s.271.

⁴ BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010,s.121.

⁵ Dünyada çocuk yoksulluğu oranları: Danimarka, Finklandya, Norveç ve İsveç'te %6, Avusturya, Hollanda ve İsviçre'de %7-9, Almanya, Avustralya, Lüksemburg, Birleşik -Krallık'ta %10-15, İrlanda, Kanada, Polonya'da %16-20, ABD'de %21, Guatemala, Brezilya'da %30-32 (KONUK ŞENER, Dilek/OCAKÇI, Ayşe Ferda, Yoksulluğun Çocuk Sağlığı Üzerine Çok Boyutlu Etkileri, Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt.3, Sayı 1, 2014, s.59)

⁶ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.59; Dünya bankası, kişi başına günlük bir dolar kazancı uluslar arası yoksulluk sınırı olarak kabul etmekte bu yoksulluğu gelir yoksulluğu olarak adlandırmaktadır.(diğer yoksulluk tanımları için bakınız HATUN, Şükrü/ETİLER, Nilay/ GÖNÜLLÜ, Erdem Yoksulluk ve Çocuklar Üzerine Etkileri, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003, Sayı:46, s.251)

kalınan temel gereksinimlerin kapsamına sadece gıda, barınma, giyim vb maddi nesneler değil, aynı zamanda sağlık, eğitim, ulaştırma, sosyal güvence ve toplumsal faaliyetlerdeki hizmetler de girmektedir⁷.

Çocukların geliri olmadığı için yoksul sayılamayacağı belirtilse de çocuk yoksulluğu günümüzün en üzücü sorunu oluşturmaktadır⁸. Çocukların yoksulluğu, ailelerinin yoksulluğuna bağlı olmaktadır. Yoksulluğun en önemli nedeni ebeveynlerin eğitim düzeylerinin düşük olması nedeniyle kolay iş bulamaması veya düşük ücretli düzensiz işlerde çalışmak zorunda kalmalarıdır⁹. Velayete sahip olan ebeveynler çalışmıyorsa (bunun birçok sebebi olabilir, kişinin bir mesleği olmaması, iş bulamaması, bir başka yere göç etmesi nedeniyle işini kaybetmiş olması, işlerinin bozulması veya iflas etmiş olması nedeniyle işsiz kalmış olması, sağlığını kaybedip çalışamayacak duruma düşmüş olması, tembel olup çalışmak istememesi, alkol, uyuşturucu gibi kötü alışkanlıkları nedeniyle kendini disipline edip çalışamaması vb.) veya çalışmasına rağmen (kalifiye bir eleman olmaması, kendi mesleği alanında iş bulamaması nedeniyle) düşük ücret alıyorsa veyahut tek ebeveyn olarak çocuğuna bakıyor ve çok yüksek bir maaş da almıyor olması nedeniyle tüm masrafları karşılayamıyorsa ekonomik güçsüzlüğe düşebilir. Ekonomik güçsüzlük içinde olan ana ve/veya baba velayet kapsamında çocuğa karşı olan görevlerini ya hiç ya da gereği gibi ifa edemeyecektir. Bu durumda çocuğun beslenme, barınma, sağlık, eğitim gibi en temel ihtiyaçları ya hiç karşılanmaz ya da son derece eksik ve yetersiz şekilde karşılanabilir.

2-ÇOCUĞUN MENFAATİNİN İHLAL EDİLMİŞ OLMASI

Velayetin hiç veya gereği gibi kullanılamaması çocuğun korunması için önlem olmak için tek başına yeterli değildir. Bu durumun, çocuğun menfaatlerini ihlal etmiş olması da gerekir. Çocuğun menfaati, onun kişiliğinin bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal açıdan en iyi şekilde gelişimini sağlayacak koşulların oluşturulmasını gerektirir¹⁰. Çocuğun menfaatlerinin ihlal edilmiş olması ise; çocuğun fiziki, ruhi, kişisel, ahlaki gelişiminin tehlikeye düşecek olması veya tehlikeye düşmüş olması anlamına gelir¹¹. Henüz bir ihlal gerçekleşmeden fakat somut şartlar bakımından hiçbir tedbir alınmazsa, tehlikenin ortaya çıkacağı ve çocuğun menfaatinin zarara uğratacağı öngörülebiliyorsa hâkim gerekli tedbirleri almalıdır¹².

Yoksulluk, çocukların hem biyolojik hem de zihinsel potansiyellerini olumsuz etkilemektedir. Yoksul aileler, çocuklarının yaşama, duygusal, bedensel ve zihinsel gelişme

⁷ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.58; “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanlar yoksul olarak nitelendirilir.” (HGK 07.06.1998 T.1998/856 E., 688 K.) (www.kazancı.com)

⁸ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.58.

⁹ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.60.

¹⁰ ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2016, s.1135; BAYGIN, s.321; ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009, s.59.

¹¹ ÖZTAN, s.1135; BAYGIN, s.322.

¹² ELÇİN GRASSİNGER, s.68.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

açısından gereksinimlerini karşılayamadıkları gibi, onların sömürülmesine, istismarına, şiddet ve ayrımcılığa uğramasına da neden olmaktadır¹³. Yoksulluğun, çocuğun bedeni, ruhi, fikri gelişimini nasıl olumsuz etkilediği, araştırmalar sonucu ortaya konulmuş bulunması nedeniyle, henüz bu olumsuzluklar gelişimi etkilemiş olmadığı hallerde de bu hususta ileride gerçekleşecek muhtemel bir tehlike olması nedeniyle önlem alınması mümkün olacaktır.

Yoksulluğun çocuklar üzerindeki en bilinen etkisi beslenme yetersizliğidir. Yoksulluk nedeniyle beslenmesinin yeterli ve dengeli olmaması, hatta açlık sınırında bulunması, çocuğun fiziksel gelişimini etkileyecek¹⁴ niteliktedir. Hatta eve giren besinlerin yetersizliği, ev içi stres nedeniyle annenin sütünün kesilmesi bebek ölümlerine neden olmaktadır¹⁵. Çocuğun, her öğün yiyecek bir şey bulamaması, öğün atlaması, bazı günler hiç yemek yememesi veya alması gereken besin gruplarını dengeli şekilde veya bazı ürün gruplarını hiç alamaması halinde tıp ilminde malnütrisyon¹⁶ olarak adlandırılan beslenme yetersizliği olarak ifade edilebilecek bir rahatsızlık baş gösterir. Ayrıca yeterli miktarda A vitamini, demir veya çinko gibi temel besleyici maddeler alınmadığı zaman çocuklarda körlük, bodurluk, motor ve bilişsel gelişimde gerilik ve IQ düşüklüğü görülebilmektedir¹⁷. Tıp bilimindeki bulgular çocukların dengeli ve yeterli beslenmemesi durumunda fiziksel gelişiminin (boyun kısa kalması, kas ve kemik yapısının normal düzeyde gelişmemesi vs) yetersizliği yanında beyin fonksiyonlarının gelişmediğini de göstermektedir. Kronik açlığın ise, beyin dokusunun gelişimini etkilediği bilinmektedir¹⁸. Uzun süren demir eksikliğinin entelektüel gelişmeyi olumsuz etkilediği, bunun geri dönüşsüz olabileceği ve ağır demir eksikliğinin hafif derecede mental geriliğe neden olduğu bilinmektedir¹⁹. Ayrıca, demir eksikliğinde kaslardaki aerobik çalışma kapasitesinin azaldığı ve bunun da çocuklarda yorgunluğa neden olabileceği ileri sürülmektedir²⁰. Özellikle, beyin gelişiminde ilk üç yaş kritik dönem olarak nitelenmektedir. Bu dönemde çocukların yetersiz beslenmesi görme, duygu denetimi, dil ve diğer bilişsel becerileri gelişmesini olumsuz etkilemektedir²¹. Beslenmenin yetersiz ve dengesiz olması kişinin bağışıklık sisteminin gelişimini de olumsuz etkilemekte²² bu kişiler çocukluklarında

¹³ USTA,s.272 dn.991; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi madde 11/1 25/1 ile herkesin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşam standartlarına hakkı olduğu düzenlenmiştir.;UNİCEF “Dünya Çocuklarının Durumu 2005” raporunda yoksulluk içinde yaşayan çocukların, yaşama, büyüme ve gelişmeleri açısından gerekli maddi, manevi ve duygusal kaynaklardan yoksun biçimde yaşamakta olduğunu, böylece haklardan yararlanamadıklarını, yeteneklerini tam olarak geliştiremediklerini ve topluma tam ve eşit üyeler olarak katılamadıklarını belirtilmiştir. (KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.60);

¹⁴ Yoksulluğa bağlı beslenme yetersizliğinin uzun dönemli etkilerinden biri çocukta lineer büyümenin bozulması yani boy kısalığının bodurluğun artmasıdır (HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.255)

¹⁵ Yetersiz beslenme, tüm dünyada 5 yaşından küçük çocuk ölümlerinin 1/3 den fazlasına neden olmaktadır. KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.61.

¹⁶ Her birinin eksiklik dereceleri değişebilmekle birlikte, gerek proteinden gerekse enerjiden fakir bir beslenme sonucu oluşan en fazla süt çocukları ile küçük çocuklarda rastlanan sık olarak enfeksiyonların da eşlik ettiği bir patolojik sendromlar grubu olarak tanımlanmaktadır. (HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.255)

¹⁷ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.61.

¹⁸ HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.258; Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu Çocuk Yoksulluğu Çalışma Grubu Kuruluş Bildirgesi, 22 Nisan 2005, İstanbul.

¹⁹ HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.258.

²⁰ HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.258.

²¹ KURNAZ AVŞAR, Şebnem, Türkiye’de Çocuk Yoksulluğu, Ankara, 2009. (Yüksek Lisans Tezi), s.85.

²² HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.254.

olduğu gibi yetişkinlik devresinde de sık sık hastalanmakta ve hastalıkları kolay atlatamamaktadırlar.

Beslenme yetersizliğinin açlık boyutuna varması halinde ise, vücudun verdiği tepkiler bakımından şiddete benzetilmektedir²³. Açlık döneminin uzaması halinde vücut açlığa uyum göstermekte, metabolizma yavaşlamakta vücutta mevcut enerji idareli kullanılmakta, bu da çocuğun yavaş büyümesi, sürekli uyku halinde olmasına neden olmaktadır²⁴. Çocuğun maddi olanaksızlıklar nedeniyle, çocuğun gerekli şekilde beslenmemesi hem fiziksel gelişimini, hem sağlığını, hem de eğitimde başarısını etkileyerek kişisel gelişimini tehlikeye düşürmekte veya böyle bir muhtemel tehlikeyi ortaya koymaktadır.

Beslenme kadar güvenli ve sağlam bir konut da temel ihtiyaçtır. Barınma ihtiyacının uygun standartlarda sağlanamaması da yoksulluğun bir sonucudur. Barınma ihtiyacı; rutubetli, tam anlamıyla ısıtılamayan, banyosu bulunmayan, iki veya tek odalı tüm ailenin bir arada oturup, bir arada yattığı, çocuğun kendisine ait bir odayı bırakın kendine ait bir yatağının olmadığı, banyo, tuvalet ve mutfak olarak kullanılan mekânların hijyen olmadığı binalarda, bazı durumlarda henüz tamamlanmış inşaat halinde olan bir binanın iptidai olarak tefriş edilerek ev gibi kullanılan, hatta daha kötüsü bir bina dahi olmayan çadır veya karton kutulardan ya da naylonlardan yapılmış çadırvari mekânlarda giderilmektedir. Rutubetli, soğuk havalarda tam anlamıyla ısıtılamaması, ayrı bir banyonun bulunmaması nedeniyle gerektiği şekilde ve sık yıkanamaması, mutfak ve tuvaletlerdeki hijyen eksikliği sebebiyle çocuklar sık sık hasta olmaktadır²⁵. Bu hastalıkların çoğu tam olarak atlatılmadığından yetişkinlik zamanında da kişi bu hastalıktan kurtulamamaktadır. Bu sık hastalanmalar ve mekânsal yetersizlik (ayrı bir oda olmaması, ders çalışmama, yaşam alanı olarak kullanılan televizyon seyredilen sohbet edilen kalabalık ev ortamında aynı odanın daha sonra yatak odası olarak kullanılması nedeniyle okul için erken kalkacak çocuğun geç yattığı, sağlıksız oksijensiz bir ortamda uyuduğundan uykusunu alamama vb) nedeniyle çocukların eğitim hayatı da olumsuz etkilenmektedir.

Eğitim hayatını olumsuz etkileyen diğer bir faktör ise, çocuğun eve maddi katkıda bulunmak için çalışmak zorunda kalınması halidir. Bu durum okula gitmesini aksatmakta, çalıştığı için bedenen yorgun olması, uykusuz kalması nedeniyle okulda derslerini dinlemede ve anlamada zorlanmakta, bu da çocuğu başarısız kılmakta ve başarısız olduğu yeri haliyle sevmemekte, okuldan ve eğitim hayatından soğumaktadır. Bunun yanı sıra, yoksul mahallelerdeki okullar hem fiziki şartlar açısından iyi durumda değildir, hem de sınıfların kalabalık olması nedeniyle, öğretmenler çocuklarla gerekli şekilde ilgilenememektedir, bunlar

²³ Başta glukagon ve katekolominler olmak üzere açlıkla harekete geçen hormonlar önce karaciğerdeki glikojeni, sonra yağ dokusunu ve son olarak da kas dokusunu yıkmaktadır Açlık sırasında şiddet dönemlerine benzer bir organik/ruhsal huzursuzluk düzensizlik yaşanır. Posttravmatik stres bozukluğu kavramı tam da böyle bir süreci anlatır. HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.253.

²⁴ HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.253.

²⁵ Temiz olmayan içme suyu, yetersiz sanitasyon ve hijyenik olmayan koşullar yüzünden her yıl çok sayıda insan ölmektedir. Bunların çoğunluğunu 5 yaş altı çocuklar oluşturmaktadır. (HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.253)

da bir faktör olarak çocuğun eğitim ve kişisel gelişimini tehlikeye düşürmektedir²⁶. Yoksulluk bir kısır döngü oluşturur. Yoksul ailenin çocuğunun yetişkinliğinde bu yoksulluktan kurtulması için çocuğuna verebileceği bir şey yoktur, tüm saydığımız faktörler nedeniyle çocuk, eğitim hayatında da başarı sağlayamadığında, o da karşımıza yoksul bir yetişkin olarak çıkacak ve aynı kısır döngü onun çocukları içinde işlemeye başlayacaktır²⁷. Bu nedenle, eğitim, yoksulluk sarmalından belki de tek çıkış yolu olması sebebiyle, yoksul çocuklar için çok daha önemlidir.

Yoksulluğun biyolojik etkileri kadar psiko-sosyal ve davranışsal etkileri de önemlidir. Yapılan çalışmalarda bu çocuklarda öğrenme güçlüğü, anksiyete²⁸, depresyon, hiperaktivite riskinin arttığını saptanmıştır. Yoksul çocukların algılama fonksiyonlarında düşme ve öğrenme kapasitelerindeki azalma²⁹ nedeniyle, okul başarılarının da düşük olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca bu çocuklar okula erişimde, okul malzemelerini satın alma da, ders çalışacak yer bulmada güçlüklerle karşılaşmaktadırlar³⁰. Barınma şartlarındaki olumsuzluklar, beslenmedeki yetersizlikler ve eğitim hayatında başarısız olma, arzu edip, edinemediği şeyleri başkalarında örneğin okul arkadaşlarında görmek, çocuğun psikolojisini de olumsuz etkilemektedir³¹. Çocuk, bu ötekileşme duygusuyla ya özgüvenini yitirip içine kapanıp, pasif bir kişilik yapısına bürünmekte ya da tüm bunlara isyan edip, agresif, isteklerine ulaşmak için her yolu mubah gören, disipline edilemeyen bir kişilik yapısına sahip olmaktadır.

Sonuç olarak yoksulluk nedeniyle velayette sahip ana ve/veya babanın çocuğun barınma, beslenme, giyinme, eğitim gibi ihtiyaçlarını karşılayamaması ya da gerekli asgari standartta karşılayamaması çocuğun ahlaki, fiziksel, kişisel gelişimini yukarıda izah ettiğimiz gibi olumsuz etkiliyorsa, bu noktada çocuğun korunması için önlem alınması gerekmektedir.

B-KORUMA İÇİN ALINACAK ÖNLEMLER

Velayette sahip kişi, velayeti çocuğun yararı doğrultusunda kullanmamış veya kullanamamış olup, çocuğun menfaati tehlikeye düşmüş ya da düşecek ise çocuğun

²⁶ KURNAZ AVŞAR, s.43.

²⁷ KURNAZ AVŞAR, s.27; UNİCEF'e göre yoksulluk çocukların hem bedenlerini hem de zihinlerini tahrip eder ve sonuçta yoksulluk daha sonraki kuşaklara geçerek bir kısır döngü oluşturur. Bu nedenle de yoksulluğun önlenmesine çocukluk çağında başlanmalıdır.(HATUN/ETİLER/GÖNÜLLÜ, s.252).

²⁸ Yoksulluk nedeniyle fiziksel gereksinimleri karşılayamayan çocukların kendilerini güvende hissetmemeleri sonucunda kaygı düzeyleri yüksek olmaktadır. KURNAZ AVŞAR, s.27.

²⁹ Yoksul çocukların evlerine gazete dergi girmedeği çocukla ebeveynlerinin pek ilgilenmemesi çocukların entelektüel gelişimi için gerekli "bilişsel uyaran" yoksunluğuna yol açar. Bu nedenle çocukların algılama fonksiyonlarında ve öğrenme kapasitelerinde azalma olmaktadır. (Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu Çocuk Yoksulluğu Çalışma Grubu Kuruluş Bildirgesi, 22 Nisan 2005, İstanbul.).

³⁰ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.63.

³¹ KURNAZ AVŞAR, s.43.

korunması³² gerekmektedir³³. Bir başka deyişle, bu noktada devletin çocuk ile ana ve/veya baba arasındaki ilişkiye müdahale etmesi gerekir. Hâkim, bu noktada çocuğun korunması için gerekli önlemleri ya resen ya da yapılan müracaat sonucu alacaktır. Hâkimin alacağı önlemler, en hafiften en ağıra doğru TMK 346, 347 ve 348 maddelerinde düzenlenmiştir. Velayetin kullanılmasının ihlalindeki ağırlık, velayete sahip kişinin kusurlu olup olmaması, çocuğun menfaatinin düştüğü tehlikenin ağırlığı ve sürekliliği hangi önlemin alınması noktasında önemli olacaktır. Bunun yanında, hâkim koruma önlemlerini alırken, çocuğun üstün yararı, talilik, tamamlayıcılık, orantılılık temel ilkelerine riayet ederek karar vermelidir³⁴. Hafif bir önlemlerle, çocuğun kişi varlığının korunması sonucuna ulaşılabilecekken en ağır ve son çare olarak düzenlenmiş önleme karar verilmemesi gerektiği (orantılılık ilkesi) gibi, hâkim gerekli olmadıkça, ana ve/veya baba ile çocuk arasındaki ilişkiye de müdahale etmemelidir. İlk önce, çocuğun korunması için önlemleri ana babanın alması gerekir. Ana babanın yetersiz kaldığı noktada hâkimin müdahalesi söz konusu olacaktır (Talilik ilkesi). Alınacak önlemler, ana babanın yeteneklerini tamamlar, eksikliğini giderir. Hiçbir zaman, ana babanın yerine geçmek amaç olmamalıdır. (Tamamlayıcılık ilkesi). Çocuk için en faydalı önlem hangisi olursa, buna karar verilmeli, çocuğun üstün yararı karşısında ana babanın velayette sahip olması nedeniyle haklarının ya da analık babalık duygusunun bir önemi olmamalıdır.

Tüm bunların dışında ana baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi, yaşadıkları çevreyi, yoksulluğun ana baba ve çocuğu ne düzeyde etkilediği gibi somut olayda yer alan ve psikolog, çocuk psikologu, sosyal hizmet uzmanı gibi uzmanlığı olan kişilerin bu husustaki inceleme ve bu sorulara cevap verdiği bir rapor sonucunda hangi nitelikte bir önleme gerek olduğunu hâkim tayin ederek duruma uygun bir karar verebilir. Uygulamada bu kısımda eksiklikler yaşanmaktadır. Bunun nedeni personel, bütçe ya da organizasyon eksikliği olmaktadır. Bazı durumlar kişilerin yaşadıkları çevre dahi görülmeden çocuk ve ana babayla görüşülmesi sonucu rapor tanzim edilebilmektedir.

1-ÇOCUĞU ANA VE/VEYA BABASININ YANINDAN AYIRMADAN ALINACAK ÖNLEMLER

Esas olan çocuğun, öz ana babasının bakım ve himayesinde onların sevgi, ilgi, şefkati, eğitimi ile yetiştirilmesidir. Çocuğun, ana babasının yanından çok mecbur kalınmadıkça alınmaması temel prensip olarak kabul edilir. Çocuğun üstün yararı, ana babasının yanında, onların bakım gözetiminde, aile yaşantısı ve sıcaklığından yoksun olmadan yetişmesi yönündedir³⁵. Çocuk Koruma Kanununun ilkeleri arasında 4. maddenin j bendinde tedbir

³² Türk Medeni Kanunun'da korunma ihtiyacı içinde olup, hâkimin önlem alması gereken çocuklar için bir terim kullanılmamakla, bir tanımlama yapılmamakla birlikte Çocuk Koruma Kanunu 3/b maddesinde bu çocukları korunma ihtiyacı içindeki çocuk olarak isimlendirilerek tanımlanmıştır.

³³ ÖZTAN, s.1133.

³⁴ İlkeler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ELÇİN GRASSİNGER, s.98 vd; ÖZTAN, s.1136 vd; AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2012, s.264 vd.

³⁵ AKYÜZ, s.279.

kararı verilirken, kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi düzenlenmiştir. Çocuk Koruma Kanunu 5. maddesine göre de çocuğun tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte, velinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin aşılması halinde, çocuk bu kişilere teslim edilerek, diğer destekleyici tedbirlerden birisine karar verilebilir. Bu tedbirlerin yeterli olmaması halinde, çocuk, aile çevresinden alınacaktır. Hukuk bu prensibi kabul ederken, hukuk bilimi verilerinden ziyade çocuk psikolojisi, psikoloji, sosyoloji bilim dallarının verilerini dikkate almıştır. Sosyolog, psikolog ve eğitimciler, çocuğun sağlıklı gelişimi için aile içinde yetişmesinin önemine her zaman dikkat çekmişlerdir³⁶. İnsan doğası gereği, bilimsel verilerle bir noktaya kadar açıklanabilen, fakat herkesçe hissedilen ve bilinen ana baba ve çocuk arasında kuvvetli bağın mevcudiyetidir. Çocuğun ana babasından ayrılması çocuk için bir boşluk meydana getirmektedir. Bu boşluk, ana babaya tabiri caizse ikame olarak çocuğu çok seven ona ilgi, şefkat ve sevgilerini vererek, yetiştiren koruyucu ana baba ile doldurulmaya çalışılsa da mevcudiyetini korumaktadır. Çocuk, iyi eğitim almış, meslek sahibi, maddi problemleri olmayan, bir aile kurup çocuk sahibi bir yetişkin olduğunda dahi hayatında bir eksiklik hissini her daim yaşatmaktadır. Ana babadan ayrılmış olan çocuk, ana babası ile zaman içinde irtibatı kopmuş olsa da yetişkin olduğunda ana babasını aramakta, onlarla ilişki kurmak istemektedir. Bunun dışında, çocuk teknik hukuki bir kavramdır ve kişi 18 yaşını doldurmasıyla çocuk olmaktan çıkar. Fakat teknik terim olma dışında kişi, hangi yaşta olursa olsun ana babasının çocuğudur ve ana baba-çocuk ilişkisi bir ömür boyu sürecektir. Bu nedenlerle, hâkim, çocuğun korunmasını sağlamada mümkün olduğunca çocuğu ana babasının yanından ayırmadan onun kişi varlığını koruyucu önlemler almaya gayret etmelidir.

Türk Medeni Kanunu 346 madde kapsamında velayet hakkının kullanılmasının ihlali halinde çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğünün veya düşecek olduğunun ya ana baba farkında değildir ya da farkında olmakla birlikte buna engel olmaya, çare bulmaya gücü yetmemektedir. Ekonomik güçsüzlük nedeniyle, çocuğun barınması, beslenmesi, eğitimi, tedavisi gibi hususlarda standardın altında bir imkân sağlayabildiğini, bunun çocuğun gelişimi için iyi olmayacağını ana baba bilmekle birlikte, bunun çocuğun ömrü boyunca yaşayacağı hastalıklara sebep olacağını, bu hastalıkların niteliğini, asgari yaşam standardının çocuğa sağlanamamasının onun karakter gelişimi üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri tam olarak bilmeyebilir. Bunları bilse dahi tüm çalışmalarına ve gayretlerine rağmen, ekonomik durumunu düzeltemeyebilir. Daha iyi ve yüksek gelirli bir iş bulamamakta veya hiç iş bulamamakta olabilir. Böyle durumlarda, yoksulluk aslında maddi nitelikte bir yoksulluktur, manen (duygusal) olarak ana baba ve çocuk arasındaki bağ, yok olmuş değildir. Ana babayı destekleyici nitelikte önlemler alınması durumunda velayetin gereği gibi kullanılması sağlanacak, çocuğun menfaatleri tehlikeye düşmeyecek veya tehlikeye düşmüşse bu tehlike bertaraf edilecekse, çocuk ana babadan alınmadan gerekli önemlere hâkim tarafından karar verilmelidir.

³⁶ AKYÜZ, s. 236.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Sonuç olarak, ana babanın mali ve maddi yoksulluğu hiçbir zaman çocuğun ailesinin bakımından alınmasının tek gerekçesi olmamalı, fakat aileye uygun desteği sağlamak gerektiğine dair bir işaret olarak görülmelidir³⁷.

Türk Medeni Kanununu 346 maddesinde alınacak önlemler hususunda hâkime geniş bir takdir hakkı tanımış ve uygun önlemlerin alınmasını düzenlemekle yetinmiştir. Kanun koyucu bu uygun önlemlerin neler olacağını, takdir yetkisini kullanacak olan hâkime yol göstermek maksadıyla, örnekleyici nitelikte dahi saymamıştır. Maddenin amacı ve en önemli işlevi tehlikeyi baştan önleyip, çocuğu ana babası yanında korumaktır³⁸. Bu noktada TMK m.346 kapsamında hâkim uygun önlem alırken, bu amacı gerçekleştirmeye uygun olan önlemleri alacaktır. Hâkim, Medeni Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre Medeni Kanunun'da aynı hükümde yer alan örnekleyici nitelikte sayılan önlemler³⁹, Çocuk Koruma Kanunu 5. maddesinde ve Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu Ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik⁴⁰te (Yönetmelik olarak anılacak) ayrıntıları düzenlenmiş olan destekleyici ve koruyucu tedbirler başlığı altında sayılmış önlemler, Aile Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olan önlemler ve Ailenin Korunması Hakkında Kanunda yer alan önlemlerden faydalanacak⁴¹ ya önlemlere ya da bu önlemleri örnek olarak takdir hakkını kullanıp, somut olayın özelliklerine göre uygun önleme karar verecektir.

Hâkim tarafından uygun önleme karar verilmesi kadar bu önlemin uygulanması, buna ana baba ve çocuğun riayet edip etmedikleri, önlemin alınmasında arzulanan amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin takibi ve denetlenmesi de önemlidir. Alınan önlemlerin takibi ve denetimi için hâkim Çocuk Koruma Kanunu 36 vd ile Yönetmeliğin 18. maddesinde yer alan denetim ve takip imkânlarından istifade ederek, önlemin yerine getirilip getirilmediğini, işe yarayıp yaramadığını görüp, gerekirse daha ağır bir önlem alma ya da önlemi kaldırma yoluna gidebilir.

Biz aşağıda yoksulluk nedeniyle özellikle yukarıda belirttiğimiz kanunlarda yer alan önlemleri dikkate alarak, hâkimin uygun önlem olarak hangi önlemleri alabileceğini kısaca açıklamaya çalışacağız.

³⁷ BM Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Rehber İlkeler paragraf 15 naklen USTA, s.434.

³⁸ USTA,s.438; çocuğun ana babasından alınmadan korunmasına yönelik İsviçre Medeni Kanununda düzenlenmiş fakat TMK alınmamış tedbir olan kayımlık ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız ELÇİN GRASSİNGER,s.123.

³⁹ Hâkim ana babayı veya çocuğu uyarabilir, onlara çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda belirli talimatlar verebilir, çocuğun gelişimini gözlemlemek veya hâkimin talimatlarının yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmek üzere gerektiğinde kendisine bilgi verilecek bir kişi veya merci görevlendirebilir.

⁴⁰ R G 24 Aralık 2006 - Sayı: 26

⁴¹ÖZTAN, s.1141; ELÇİN GRASSİNGER, s.111; BAYGIN, s.326 ;USTA ,s.418; AKYÜZ 268.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Danışmanlık⁴²- Rehberlik Önlemi; Çocuk Koruma Kanunu m.5⁴³ düzenlenmiştir. Yoksulluk içinde olup, son derece kısıtlı bütçeye sahip olan ebeveynler çoğunlukla kendilerine vakit ayıramamakta, kendi ihtiyaçlarını ertelemekte çocuğun ihtiyaçlarına öncelik vermektedir. Özellikle tek ebeveyn⁴⁴ olarak kısıtlı bütçeyle, çocuğunu yetiştirmeye çalışan ana veya babanın hayatı uzun ve yorucu çalışma saatleri, işe gidiş-gelişte uzun ve zahmetli trafik, evde ev işleri, çocukla ilgilenmek, onun ihtiyaçlarını gidermek, kısıtlı gelir ile giderleri karşılamaya çalışmak, kendine vakit ve ihtiyaçları için bütçe ayıramamak, çalıştığı zamanlarda kreş veya bakıcı için bütçesi bulunmadığından çocuğuna aile ve arkadaş çevresinden birisi tarafından bakıldığı için o kişiye karşı (bu annesi bile olsa) kendisini ezik hissetmek vb birçok sebeple psikolojisi

⁴² Danışmanlık tedbiri Yönetmelik 12. maddesinde düzenlenmiştir. MADDE 12 - (1) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye yönelik rehberlik tedbirleridir.

(2) Danışmanlık tedbirleri, çocuğun ailesi yanında korunmasını sağlamak veya çocuk hakkında verilen tedbir kararlarının uygulanması sırasında onu desteklemek ya da uygulanması muhtemel tedbirler hakkında bilgilendirmek amacıyla uygulanır.

(3) Özel veya kamu sosyal hizmet kurum veya kuruluşlarında ya da ailesi yanında kalmakta olan ve hakkında danışmanlık tedbirine karar verilen çocukların bedensel, zihinsel, psiko-sosyal, duygusal gelişimini desteklemek, okul, aile ve sosyal çevresi ile uyumunu güçlendirmek ve yeteneklerine uygun bir meslek sahibi olarak hayata hazırlanmalarını sağlamak amacıyla okul başarısını artırma, madde kullanımı, davranış bozukluğu, ergenlik sorunları, aile içi iletişim gibi çocuğun, ailesinin ve çocuğun bakımını üstlenen kişilerin ihtiyaçlarına uygun konularda uzmanlaşmış bir veya birden fazla kişi danışman olarak görevlendirilebilir.

(4) Çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere; anne baba eğitimi, aile danışmanlığı, aile tedavisi gibi konularda danışmanlık hizmetleri sunulur. Ayrıca, davranış değişikliği için bu anne ve babalar aile eğitimi programlarına yönlendirilebilir.

(5) Danışmanlık hizmeti, kurumlarda görevli sosyal çalışma görevlileri ile alanında meslekî eğitim almış görevlilerce yürütülür. Danışmanlık hizmeti verecek uzman kişilerin uygulayacakları meslekî çalışmalar ve programlara ilişkin standartlar, uygulama esasları ve değerlendirme ölçütleri tedbiri yerine getirecek kurumlar tarafından belirlenir. Uzmanlar alanları da belirtilmek suretiyle tedbiri yerine getirmekle sorumlu kurumların taşra birimleri tarafından, il ve ilçelerdeki koordinasyon makamlarına, mahkeme veya çocuk hâkimlerine bildirilir.

(6) Danışmanlık hizmeti verecek olan kişilerin konularında meslekî eğitim almış olmalarının yanı sıra yeterliliklerini sertifikaları ile belirten ve alanlarında çalıştıklarını hizmet belgesi ile ispat edenler öncelikli olarak tercih edilir.

(7) Danışmanlık tedbiri, Millî Eğitim Bakanlığı, **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.6)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü" ve yerel yönetimler tarafından yerine getirilir. Danışmanlık tedbirini yerine getirmekle sorumlu kurumlar, bu Yönetmeliğin yayımından itibaren altı ay içinde uygulama usûl ve esaslarını oluşturarak birer örneğini il ve ilçe koordinasyon makamları ile merkezî koordinasyonun sekreteryaya hizmetlerini yürüten **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.6)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğüne" gönderir.

⁴³ MADDE 5- (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, yönelik tedbirdir.

⁴⁴ İsviçre'de tek ebeveynlerin yoksullukla mücadelede günlük yaşamda yaşadıkları sorunlar için bakınız AMACKER, Michele/ FUNKE, Sebastian, Alleinerziehende in prekaeren Lebenslagen, Fam Pra 2016, s.157.

*Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması
İçin Alınacak Önlemler*

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

bozulmaktadır. Bu nedenle, bazen çocuğu bir yük olarak görebilmekte, bu sıkıntıların acısını çocuktan çıkarmakta, çocuğa karşı toleransını kaybetmekte, daha sonra çocuğa karşı bu davranışları nedeniyle kendinden nefret etmek gibi birçok karmaşık ruh halini yaşamaktadırlar. Bu noktada bu sorunlarının giderilebilmesi için hâkim tarafından ana ve/veya babaya psikolojik danışmanlık hizmeti sağlanması yararlı olacaktır.

Bunun dışında, yoksullukla yaşamaktan, ekonomik sorunlarla mücadeleden bıkan, bezginlik yaşayan ebeveyn, para kazanmak için kolay yolu seçen, çoğunlukla bir eğitim almamış olmakla birlikte ticari hayatta para kazanma kriterine göre başarılı olan kişileri kendine örnek alıp, özellikle sohbetlerde, çocuğa verdiği nasihatlerde eğitimin önemli olmadığını, akıllı olmak, hayata çabuk atılmak ve her ne olursa olsun kolay yoldan para kazanmak gerektiğini vurgulayarak, eğitimin zaman kaybı olduğu kanaatini çocukta uyandırabilmektedir. Böyle bir durumda hem çocukta oluşan bu yanlış kanaatin düzeltilmesi hem de ana ve/veya babanın çocuğa bu şekilde yanlış yol göstermelerini önlemeye yönelik aile danışmanlık hizmeti sağlanmalıdır.

Çocuğun, arzuladığı şeyleri (bu şeyler giysi, oyuncak, kırtasiye malzemesi, telefon, tablet vs olabilir) arkadaşlarında görüp kendisinin bunlara sahip olmaması ve olamayacağını bilmesi, kendisini okul veya mahalle ortamındaki arkadaşları karşısında ötekileştirip, yalnız kalmasına neden olabilmektedir. Bu duruma bazen çevresindeki arkadaşlarının davranışları da sebebiyet verebilmekte veya bu durumu pekiştirebilmektedir. Bu halde çocuğun karakter özelliklerine göre ya çocuk özgüvenini yitirir, içine kapanır, pasifize olur, çoğu zaman buna depresyon da eşlik edebilir ya da asileşir, isyan eder, agresif söz dinlemeyen, huzursuz, disipline edilemeyen bir psikolojiye bürünür. Bu durumlarda çocuğun psikolojik danışmanlık hizmeti alması önem arz eder.

Kısıtlı bir bütçeye sahip olmakla birlikte, bazen kişiler bu bütçelerini verimli olarak kullanamamakta, elindeki imkânla ulaşabileceğinden daha az ihtiyacını karşılayabilmektedir. Böyle bir durum varsa, bir ev ekonomisi veya bütçe tanzimi hususunda uzman bir kişinin danışmanlığı ile aynı bütçeyle çok daha fazla ihtiyacın karşılanabildiği bir duruma gelmesi sağlanabilir. Bazen de beslenme hususunda bir uzmanın danışmanlığı sağlanarak, özellikle doğru pişirme, saklama metotları, daha ucuz fakat besin değeri daha yüksek olan besinlerin seçilerek aynı bütçeyle, özellikle çocuğun daha dengeli ve yeterli beslenmesi sağlanabilir.

Hâkim ekonomik destek alma konusunda da ana babaya rehberlik ve yardım sağlayabilir. Ana babaya bu konuda yararlanabilecekleri imkânları, başvurabilecekleri yolları gösterebilir. Örneğin; ekonomik olarak desteğe ihtiyaçları için sosyal yardım almaları konusunda rehberlikte bulunulabilir⁴⁵.

⁴⁵ USTA, s.439.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

*Barınma Önlemi*⁴⁶; bu önlem yaşamını devam ettirmek için yeterli ve sağlıklı bir barınma yeri olmayan çocuklu kimselere ve hayati tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlanarak bu kişilerin geçici olarak korunabilmesini amaçlamaktadır.

*Sağlık Önlemi*⁴⁷; Çocuklara sağlık hizmeti Genel Sağlık Sigortası kapsamında 18 yaşını dolduruncaya kadar ücretsiz sağlanmakla birlikte, ekonomik güçsüzlükler nedeniyle, bazen

⁴⁶ Yönetmelik MADDE 15 - (1) Barınma tedbiri, yaşamını devam ettirmek için yeterli ve sağlıklı bir barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayati tehlikede olan hamile kadınlar ile bunların çocuklarına uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirlerdir.

(2) Barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

(3) Barınma tedbiri kararı verilen kimselerin, kolluk kuvvetlerince tedbir kararını uygulayacak Kuruma teslim edileceği hâllerde, bu kimselerin ilk sağlık kontrolü yapıldıktan sonra teslimi sağlanır. Bulaşıcı hastalığı olanların tedavisi Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilir. Bu durumdaki kimseler hakkında derhâl sağlık tedbiri alınması için mahkeme veya çocuk hâkimine başvurulur.

(4) Bu tedbirin uygulanmasında kurum tarafından ilgili mevzuat çerçevesinde yabancı uyruklu kimselerin vatandaşı olduğu ülkenin konsoloslukları ile irtibat sağlanır.

(5) Sağlık kontrolü ve tedaviye ilişkin hizmetlerden doğan tüm giderler Sağlık Bakanlığınca karşılanır.

(6) Barınma tedbiri, **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.8)** “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlükleri”, Milli Eğitim Bakanlığı ve yerel yönetimler tarafından yerine getirilir

⁴⁷ Yönetmelik Sağlık tedbiri MADDE 16 - (1) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonu ile madde bağımlısı olanların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir.

(2) Suça sürüklenen veya korunma ihtiyacı olan akıl hastası çocuklar hakkında ruhsal sağlığının tedavisi için öncelikle sağlık tedbirine karar verilmesi esastır.

(3) Mahkeme veya çocuk hâkimi acil korunma kararı veya koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarını vermeden önce çocuğun sağlık durumu hakkında sağlık kuruluşlarından rapor isteyebilir.

(4) Akıl hastalığı veya madde bağımlılığı sebebiyle sağlık tedbirine hükmetmeye ve kısıtlamaya resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Ancak, çocuğun akıl hastalığı veya madde bağımlılığının açıkça belli olduğu hallerde; kendisi veya anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin tedavi talep etmesi üzerine veya re’sen rapor alınmadan da sağlık tedbirine karar verilebilir.

(5) Sağlık kurulunca düzenlenen rapora göre toplum açısından tehlikeli olan suça sürüklenen veya korunma ihtiyacı olan akıl hastası çocuklar hakkında sağlık tedbiri, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında korunma ve tedavi altına alınmak suretiyle yerine getirilir.

(6) Akıl hastası çocuk hakkında toplum açısından tehlikeliliğinin devam edip etmediği veya önemli ölçüde azalıp azalmadığı hususunda en geç üçer aylık dönemler hâlinde mahkeme veya çocuk hâkimine bilgi verilir.

(7) Yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya çocuk hâkimi kararıyla çocuğun yüksek güvenlikli sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasına ilişkin karar kaldırılarak çocuk serbest bırakılabilir.

(8) Sağlık Kurulu raporunda akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre güvenlik bakımından çocuğun tıbbî kontrol ve takibinin gerek gerekmediği, gerekiyor ise bunun süre ve aralıkları belirtilir.

(9) Tıbbî kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, çocuğun ana, baba, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimseler ya da hakkında bakım veya barınma tedbiri verilmiş ise bu tedbiri yerine

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

çocuğun tedavisi aksayabilmektedir. Örneğin; lösemi hastası bir çocuğun evde tedavisinin sürmesi sırasında hastaneye kontrol veya tedavinin belirli aşamalarının tatbik edilmesi için gidip gelmesi gerekmektedir. Enfeksiyon kapma riski sebebiyle bu gidiş gelişler toplu taşıma araçlarıyla yapılamamaktadır. Ana babanın taksiyle ulaşma da bütçesi izin vermediği için çocuğun kontrollerini ve tedavisini aksatmaları söz konusu olabilmektedir. Bunun yanı sıra kanser, tüberküloz gibi rahatsızlarda besin değeri yüksek beslenme, tedavi kadar önem arz etmektedir. Tedavi sürmekle birlikte, beslenme istenilen şekilde gerçekleşmediğinden çoğu zaman tedaviden sonuç almak da mümkün olamamaktadır. Bu ve buna benzer hallerde en azından tedavinin hastane ortamında sürdürülebilmesinin sağlanması, hastaneye ulaşım için servis olanağının düzenlenmesi bu noktada önem arz edebilecek bir önlem olarak düşünülebilir.

*Eğitim Önlemi*⁴⁸; eğitim ücretsiz olarak devlet tarafından sağlansa da bazen yine de çocuklar ekonomik zorluklar nedeniyle eğitimlerine devam edemeyebilmektedir. Örneğin, çocuğun

getirmekle yükümlü kurum ya da kuruluşlarca bu çocukların teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

(10) Tıbbi kontrol ve takipte, çocuğun akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak sağlık tedbirine hükmedilir. Bu durumda, yukarıdaki işlemler tekrarlanır.

(11) Yatarak tedavisi tamamlanan çocuklardan haklarında bakım veya barınma tedbir kararı bulunanlar, kararı uygulamakla görevli kurum tarafından aile yanına, kuruma veya bu amaçla kurulmuş resmi veya özel kuruluşlara yerleştirilir.

(12) Sağlık tedbirleri kapsamında uygulanan tedavinin özelliklerine bağlı olarak bir aile veya kurum yanında bakımı gereken çocuklar hakkında verilen sağlık ve bakım tedbirleri birlikte uygulanır. Bunun için ilgili kurum veya kuruluşlar işbirliği yapar.

(13) Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olan çocukların, koruyucu ve destekleyici sağlık tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarının tedavi altına alınmasına yönelik olarak verilen kararların yerine getirilmesinde tedavi için çocuğun rızası aranmaz. Tedbirin uygulama süresince ilgili kurum uzmanı tarafından, çocuğa uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgi verilir, sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunulur ve yol gösterilir.

(14) Sağlık Bakanlığı, il sağlık müdürlükleri marifetiyle sağlık tedbirinin yerine getirileceği uygun sağlık kurum veya kuruluşunu belirleyerek, çocuğun bu kuruma ilk müracaatını sağlamak zorundadır. Ayakta tedavisi uygun görülen çocukların tedavisi; ana, baba, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimseler ya da haklarında bakım ve barınma tedbiri verilmiş ise bu tedbiri yerine getirmekle yükümlü kurum ya da kuruluşlarca belirlenen sağlık kurumlarına gönderilmeleri ile sağlanır. Gerekğinde kolluk birimlerinden güvenliğin sağlanması için yardım istenebilir.

(15) Sağlık tedbiri, Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilir.

⁴⁸ ÇKK madde 5- b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine, yönelik tedbirdir. ;Yönetmelik MADDE 13 - (1) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; bu şekilde eğitim alması mümkün olmayan çocukların evde eğitim almalarına, özel eğitim almaları gereken çocukların eğitsel ihtiyaçları doğrultusunda ilgili eğitim kurumuna devamına, kendilerine, ailelerine, öğretmenlerine ve okul personeline; uzman personel, araç gereç sağlanmasına yönelik tedbirler ile çocuğun

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

ikamet ettiği yerde okul mevcut olmaması sebebiyle, en yakın mesafedeki okula devamı, her gün servisle gidip gelmesi veya okulun bulunduğu yerde bir yurttan veya evde kalmasıyla mümkün olup, ailenin bütçesi ne servis ücreti karşılamaya ne de okulun bulunduğu yerde bir ev kiralamaya veya çocuğu bir yurda yerleştirmeye yetiyorsa, çocuk ekonomik yetersizlik nedeniyle eğitime devam edememektedir. Böyle bir durumda hâkim, servis ücretinin sağlanmasına yönelik bir önlem alabileceği gibi çocuğun devletin yatılı okullarından birine yerleştirilerek eğitime devam etmesi hususunda bir önlem de alabilir.

Yoksulluk, çocuk işçilerin ortaya çıkmasında en önemli nedenlerden biridir. Yoksul ailelerde çocuklara ilgi yetersiz olduğu için bu çocuklara erken yaşlarda sorumluluk ve bağımsızlık verilerek evin geçimine bir şekilde katkıları beklenmektedir. Eğitim için ise zaman uzun gelir⁴⁹. Bunun sonucu olarak sigortasız şekilde ağır işlerde, sokaklarda çalışan ve eğitimlerini aksatan veya eğitimi tamamen bırakan birçok çocuk mevcuttur. Hâkim, özellikle eğitime ara verdikten sonra tekrar kaldığı yerden devam etmek çocuk için yararlı değilse,

iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamu ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine yönelik tedbirlerdir.

(2) Mahkeme veya çocuk hâkimi, eğitim tedbirine karar vermeden önce çocuğun eğitim alacağı kişi, kamu veya özel kurumlardan bu konuda bilgi isteyebilir.

(3) Halk eğitimi ve meslek eğitimi merkezleri ile Türkiye İş Kurumu il müdürlükleri, açtıkları ve açacakları kurs ya da programlar hakkında süre, konu, hedef kitle gibi hususları içeren listeleri oluşturarak periyodik olarak mahkeme veya çocuk hâkimi ile il ve ilçelerdeki koordinasyon makamlarına bilgi verir.

(4) Milli Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, özel eğitime gereksinim duyan engelli çocuklar için eğitim tedbirinin uygulanmasına ilişkin gerekli önlemleri alır. Bu konuda ilde yapılan faaliyet ve programlar hakkında mahkeme veya çocuk hâkimi ile il ve ilçelerdeki koordinasyon makamlarına periyodik olarak bilgi verilir.

(5) Eğitim tedbiri kararının verilmesinde onbeş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından uluslararası sözleşmeler ve kanunların öngördüğü sınırlar dikkate alınır. Bunlar hakkında eğitimlerinin devamına ilişkin tedbir kararı verilebilir.

(6) Onbeş yaşını doldurmuş çocuk hakkında, iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine, meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamu ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine yönelik verilen tedbir kararında; Milli Eğitim Bakanlığınca yerine getirilmesinin hükme bağlandığı hâllerde bu Bakanlığın koordinasyonunda meslek eğitimi merkezleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yerine getirilmesinin hükme bağlandığı hâllerde ise Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünce geliştirilen işgücünün istihdam edilebilirliğini artırmaya yönelik işgücü yetiştirme, meslek eğitimi ve işgücü uyum programlarına yönlendirilmek suretiyle yerine getirilir. Bu eğitim programlarına erişimde güçlük yaşıyorsa, tedbir kararı verilen çocuğun Türkiye İş Kurumuna Genel Müdürlüğüne müracaatı sonrasında vasıflarına uygun işçi arayan özel işyerleri ile bağlantısı sağlanır. Kamuda işe yerleştirme ise, kamuda işe alınacaklarla ilgili kanun hükümleri çerçevesinde yerine getirilir.

(7) Hiç eğitim almamış veya zorunlu eğitimini yarıda bırakmış, zorunlu eğitim yaşını tamamlamış olup haklarında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen çocukların; eğitimlerini sürdürebilmeleri, kapasitelerini geliştirebilmeleri, iş ve meslek edinebilmeleri amacıyla Milli Eğitim Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünce gerekli önlemler alınır.

(8) Eğitim tedbiri, Millî Eğitim Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili birimleri tarafından yerine getirilir.

⁴⁹ KONUK ŞENER/OCAKÇI, s.63.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

bunun yerine çocuğun bir meslek ve sanat öğrenmesi onun için daha yararlı olacaksa, çocuğun iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamu ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine karar verebilir. Eğitim tedbiri, Millî Eğitim Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili birimleri tarafından yerine getirilir.

Bu önlem, yetişkinler için dolayısıyla ana baba için de uygulanabilecek önlemlerden biri olarak Aile Mahkemeleri Kanununda yer almıştır (m.6 e/I bent 1d). Ana babanın talepleri üzerine veya hâkim tarafından resen meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna devamına karar verilebilecektir⁵⁰.

Maddi Bakımdan Destek Sağlanması; çocuğun bakım giderlerini karşılamak çocukla soy bağı ilişkisi kurulmuş olan ana ve/veya babaya aittir. Velayete sahip olan ana ve/veya baba evleviyetle bu giderlerden sorumludur. Yalnız bu sorumluluğu, ana ve/veya baba olanakları ölçüsünde yerine getirirler, ekonomik olarak, bu giderleri karşılamaya güçleri yoksa, yoksul iseler bu durumda onların yükümlülüğü yerine getirmesi beklenemez.

Ana babanın çocuğun gereksinimlerini karşılayamadığı durumlar da Devlet bu yükümlülüğü üstlenmelidir. (AY m. 41/2) Devlet gerekiyorsa ana babalara bu konuda yardımcı olacak ve çocuğa özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları sağlayacaktır. Ana babaya da çocuklarının giderlerini karşılayabilmeleri için gerekli yardımları yapacaktır⁵¹. (ÇHS m.27⁵² AY.41/2). Hâkimin önlem kararı alırken tüm toplum kaynaklarına başvurması gerekir. Bu husus, Çocuk Koruma Kanununun 4. maddesinin j bendinde tedbir kararlarının verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanmasının da gözetileceği bir ilke olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ana ve/veya babadan sonra çocuğun bakım giderlerini karşılamayı sosyal devlet ilkesi bağlamında devlet üstlenmiş. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 26. maddesinde çocuklara yeterli yaşam standardı sağlanması çerçevesinde sosyal yardım hakkı tanınmıştır⁵³. Ayrıca bu paralelde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görev ve yetkileri için de yoksullukla mücadele kapsamında yoksul ailelere destek sağlayıcı sosyal yardımları düzenlemek yer almaktadır. Her ne kadar devlet tarafından sağlanan sosyal yardımlar, kamu hukuku nitelikli olsa ve bu yardımların sağlanması için bir mahkeme kararına gerek olmasa da çocuk hukukunun çoklu disiplinli bir hukuk dalı olması ve çocuğun korunmasının sağlanmasında devlet kurumları arasında koordinasyon ve işbirliğinin önemi hatırlanacak olursa, bu sosyal yardım olanaklarından istifade edilerek, ailenin maddi olarak desteklenmesi, bu yolla çocuğun korunması sağlanması mümkün görülmelidir. Söz konusu

⁵⁰ USTA, s.444.

⁵¹ USTA, s.275.

⁵² “çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu sahip oldukları imkânlar ve mali güçler çerçevesinde öncelikle çocuğun ana babasına veya çocuğun bakımını üstlenen kişilere düşer... Taraf devletler ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde ana babaya yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme giyim ve barınma konularında yardım ve destek programları uygular”.

⁵³ USTA, s.295.

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

yardımların yapılması için sosyal çalışmacılar tarafından müracaatçının aile ve çevre koşulları ile sosyal ve ekonomik durumlarını kapsayan bir inceleme yapılır. Bu inceleme sonucunda yardımın yapılabilmesi için ailenin ya da kişilerin yalnızca ekonomik zorluklar ve rehberlikten yoksun olduğu için çocuklarına bakamayacak durumda bulundukları belirlenmelidir.

Bu bağlamda burada iki sosyal yardım imkânından söz etmek isteriz.

Şartlı Nakit Transferi⁵⁴ (ŞNT) Türkiye’de Sosyal Riski Azaltma Projesinin kapsamında düzenlenen bir sosyal yardım programıdır. Uygulama 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunuyla Fondan yararlandırılarak yürütülmektedir⁵⁵. ŞNT yoksul ailelere nakdi destekle, eğitim çağındaki çocuklarının okula devam etmesini, 0-6 yaş grubundaki çocukların ise sağlık kontrollerine götürülmesini, ayrıca gebe anne adaylarının ise düzenli olarak kontrollerini yaptırarak hastanede doğum yapmalarını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. ŞNT programı kapsamında yoksul ailelerin çocuklarını okula göndermesini engelleyen masraflarının karşılanması yoluyla, çocukların eğitimlerine devamı ile yoksul aile çocuklarının doğum sonrası temel sağlık ve beslenme hizmetlerinden (aşılama, büyümenin gözlemlenmesi ve yetersiz beslenme bozukluklarının giderilmesi) yararlanmaları sağlanmaktadır. Düzenli olarak sağlık kontrolleri yaptırmazlar, çocuklarını düzenli olarak okula göndermezlerse yardımlar kesilmektedir⁵⁶. ŞNT programına sigortalı kişilerin başvuramamaları eleştirilmekte, sigortalı olarak asgari ücretle çalışan kişilerin de böyle bir sosyal yardım desteğine ihtiyacı bulunduğu belirtilmektedir⁵⁷.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Sosyal ve Ekonomik Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁵⁸ kapsamında yoksulluk içinde olup temel ihtiyaçlarını karşılayamayan ve hayatını sürdürmekte güçlük çeken çocuk ve gençlerin bakımı konusunda ailelerin desteklenmesi amacıyla sosyal ve ekonomik destek hizmeti verilmektedir. Ekonomik destek tutarı en yüksek devlet memuru aylığının ek gösterge dâhil tutarı olarak tespit edilmiştir. Sosyal hizmet desteği ise, gençlerin ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan ve kontrolleri dışında oluşan psikolojik ve sosyal sorunlarının önlenmesini ve çözülmesini, hayat standartlarının yükseltilmesini, kişilerin kendi kendine yeterli duruma gelmesini, sorunlarını çözme becerisi kazanmasını amaçlayan mesleki çalışmalardır. Söz konusu sosyal ve ekonomik destekten yararlanacak kişilerin içinde haklarında bakım tedbiri kararı verilerek, sosyal hizmet kuruluşlarında bakılan ve desteklendikleri takdirde ailesi veya yakınları yanına verilebilecek çocuklar ile ekonomik yoksunluk nedeniyle, desteklenmedikleri takdirde

⁵⁴ Şartlı Nakit Transferi sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, ÖZ, Murat/TOPUZ, Selma/ ERGÜL, Ahmet/ESENYEL, Caner, Çocuk Yoksulluğu ve Şartlı Nakit Transferi Programı, Uluslararası Katılımlı Sosyal Hizmet Sempozyumu 2013 28-30 Kasım, Kocaeli, Ankara, 2014, s. 168 vd.

⁵⁵ USTABAŞI, Dilara, Çocuklar için Düzenlenen Şartlı Nakit Transferine Eleştirel bir Yaklaşım, Programı, Uluslararası Katılımlı Sosyal Hizmet Sempozyumu 2013 28-30 Kasım, Kocaeli, Ankara, 2014, s.162.

⁵⁶ KURNAZ AVŞAR, s.76.

⁵⁷ Eleştiriler ve ayrıntılı bilgi için bakınız USTABAŞI, s.163 vd.

⁵⁸ R G 3 Mart 2015 - Sayı: 29284

korunmaya muhtaç duruma düşecek olanlardan haklarında bakım tedbiri kararı alınmaksızın sosyal ve ekonomik destek hizmetinden yararlandırılarak ailesi veya yakınları tarafından bakılabilecek çocuklar da yer almaktadır.

2- ÇOCUĞUN ANA VE/VEYA BABASINDAN AYRILMASINI GEREKTİREN ÖNLEMLER

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklamaya çalıştığımız gibi hâkim, ilk olarak çocuğun korunması için çocuğun ana babasının yanından ayrılmasını gerektirmeyecek önlemler almaya çalışmalıdır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin madde 20 ve Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Rehber İlkelerde çocukları ailesinin bakımı altında tutmak veya ailesine döndürmek, bu başarılamazsa evlat edinme de dâhil olmak üzere uygun ve kalıcı bir başka çözüm bulma çabaları desteklenmektedir. Bununla birlikte, çocuğun yararı açısından ana babasından ayrılması gerekli bulunuyorsa, TMK madde 346'daki önlemlerle, çocuğun korunması amacına ulaşamıyorsa, bu durumda çocuğun, ana babasından ayrılmasını gerektiren önlemlerin alınması gereklidir.

Çocuğun yararına aykırı olmadıkça, bu tür önlemler geçici çözüm olarak düşünülmelidir. Çocuğun ana babasının yanından alınma nedenleri giderilerek, çocuğun geri dönüşünün sağlanması ile ilgili tedbirler ve hizmetlerin de yürütülmesi çocuk yararı gereğidir⁵⁹.

a-ÇOCUĞUN BİR AİLE VEYA KURUMA YERLEŞTİRİLMESİ

Yoksulluk nedeniyle çocuğun en temel ihtiyaçlarını karşılamayan velayette sahip ana ve/veya babanın ilk aklına gelen çözüm, çocuğun devlet tarafından bakılması yani kurumda bakılması olmaktadır. Bunun nedeni, kurum bakımının toplumdaki yatılı okul şeklinde algılanmasıdır⁶⁰. Hâlbuki çocuğun, ana baba dışındaki alternatif bakım yöntemleri arasında çocuğun yararının en az olduğu için en son çare olarak tercih edilebilecek alternatif bakım yöntemi kurum bakımındır⁶¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, çocuğun korunması için alınacak önlemin ne olduğuna kararı hâkim verecektir⁶². Ana ve/veya babanın çocuğunun kurumda bakılması talebinin hâkimi bağlayıcı bir yönü yoktur.

⁵⁹ USTA, s. 453.

⁶⁰ AKYÜZ, s.441.

⁶¹ BAYGIN, s.339.

⁶² ÇKK 5/1 c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine yönelik tedbirdir. Yönetmelik Bakım tedbiri MADDE 14 - (1) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.7)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlükleri" tarafından çocuğun resmî veya özel bakım yurduna yerleştirilmesi ya da koruyucu aile

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Hâkimin bu önlemi alması için çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunması veya çocuğun manen terk edilmiş halde olması gerekir. Çocuğun velayetine sahip ana baba yukarıda belirttiğimiz şekilde çocuğun en temel beslenme, barınma, eğitim gibi ihtiyaçlarından hiçbirini karşılayamaz durumda ise, yukarıda açıkladığımız gibi ana babanın maddi bakımdan desteklenmesini sağlayacak bir imkân da bulunabilmiş değilse, bu durumda çocuğun ana ve/veya babadan alınarak kuruma özellikle çocuğun daha yararına olduğundan tercihen bir aile yanına yerleştirilmesine karar verilmesi yerinde olacaktır. Bu önlemin uygulandığı durumda çocuk fiilen ana babanın yanında olmasa da velayet ana babadadır. Yani çocuk hakkında karar vermek hak ve yükümlülüğü ana babadan alınmış değildir. Çocuğa dini eğitim verme, mesleki eğitimi belirleme, çocuğu hukuki işlerde temsil etme ve çocuk mallarını yönetme yetkileri ana babaya aittir⁶³. Şartların düzelmesi yani, ana babanın çocuğun ihtiyaçlarını karşılama imkânına sahip olduğu bir ekonomik duruma ulaşması halinde çocuğun yararı da bu yönde ise, önlem kaldırılarak çocuk, tekrar ana babasına verilebilir.

Yoksulluk hiçbir zaman tek başına çocuğun ana babadan alınma sebebi değildir. Ana baba ile çocuk arasında sağlıklı bir manevi bağın bulunduğu hallerde, sırf ekonomik sebeplerle çocuk ana babadan alınmamalıdır⁶⁴. Ana babanın sahip oldukları imkânlar ve ekonomik güçleri çerçevesinde çocuğu yetiştirme gayreti içinde oldukları hallerde, çocuğa

hizmetlerinden veya Kurumun bu kapsamda yürüttüğü hizmet modellerinden yararlandırılmasına yönelik tedbirdir.

(2) Bakım veya barınma tedbir kararı alınan ve ihmal veya istismara uğrayan, psiko-sosyal sorunları nedeniyle uyum sorunu yaşayanlar ile olumsuz yaşam deneyimlerini devam ettirmeleri nedeniyle rehabilitasyona ihtiyacı olduğu tespit edilen çocukların, rehabilitasyonu sağlanıncaya kadar korunma ihtiyacı olan diğer çocuklarla aynı ortamda bakılmamaları esastır. Bu çocukların öncelikle **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.7)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlükleri" tarafından bu amaçla kurulmuş merkezlerde rehabilitasyonları sağlanır.

(3) Sağlık ve bakım tedbirinin birlikte uygulanacağı hallerde, öncelikle suça sürüklenen veya korunma ihtiyacı olan çocuklardan tedavisi gereken ağır ruhsal hastalığı veya madde bağımlılığı nedeniyle fiziksel sorunları olanların rehabilitasyonu bu amaçla kurulmuş resmî veya özel sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilir. Bunlardan bakım tedbirini gerektirenler, yatarak tedavileri tamamlandıktan sonra bakım amacıyla aile yanına veya bu amaçla kurulmuş resmî veya özel kuruluşa yerleştirilir.

(4) Bakım tedbiri kararı verilen çocukların kolluk kuvvetlerince **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.7)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlüklerine" teslim edileceği hâllerde, çocuğun ilk sağlık kontrolü yapıldıktan sonra teslimi sağlanır. Bulaşıcı hastalığı olan çocukların tedavisi Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilir. Bu durumdaki çocuklar hakkında derhâl sağlık tedbiri alınması için mahkeme veya çocuk hâkimine başvurulur.

(5) Bu tedbirin uygulanmasında Kurum tarafından ilgili mevzuat çerçevesinde yabancı uyruklu çocukların vatandaşı olduğu ülkenin konsoloslukları ile irtibat sağlanır.

(6) Sağlık kontrolü ve tedaviye ilişkin hizmetlerden doğan tüm giderler Sağlık Bakanlığınca karşılanır.

(7) Bakım tedbiri, **(Değişik ibare - R.G.: 23.5.2012 - 28301 / m.7)** "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ve ilçe müdürlükleri" tarafından yerine getirilir.

⁶³ ÖZTAN, s.1151; BAYGIN, s.341.

⁶⁴ ELÇİN GRASSİNGER, s.140; ÖZTAN, s.1148.

sundukları hayat koşulları onun gelişimi için yeterli olmasa bile, çocuğun onlardan alınmaması gerekir⁶⁵. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu takdirde ailenin aynı veya nakdi sosyal yardımlarla desteklenmesi yoluna gidilmelidir⁶⁶.

Maddi nitelikte yoksulluk yanında, ana baba, çocuğu, ekonomik sıkıntılarının sebebi olarak görmekte ve çocuğa bakmak onun için katlanılamaz hale gelmiş ise, çocuk, ana babanın gözünde sadece bir yükse ve bu nedenle, çocuğu kuruma bırakmak istiyorsa, bu durumda çocuk manen terk edilmiş haldedir. Bu hususun tespiti önemlidir. Çocuğunu kısa veya belirsiz bir süre için kurum bakımına vermek isteyen bir ana ve/veya babaya ilk önce çocuğun bakımına devam edebilmesini sağlamak ve onu bu konuda teşvik etmek için danışmanlık ve sosyal destek hizmeti sağlanmalıdır⁶⁷. Ancak, ana babanın çocuğa karşı bu yaklaşımı ve çocuğa oluşan bu duygusal yoksulluk, ana babanın TMK m. 346 uyarınca psikolojik danışmanlık almasına rağmen değişmiyorsa veya bu durum o kadar ağır bir haldedir ki ana babanın aldığı psikolojik danışma önlemi sırasında çocuğun onun yanında bulunması dahi doğru görülmemişse ya da psikolojik danışmanlık önleminin ana babanın çocuğa karşı bu tutum ve duygularını değiştiremeyeceği başından belli ise, çocukla ana baba arasında hiçbir olumlu bağ kalmamışsa, çocuğun ana babadan alınması ve kurum veya aile yanına yerleştirilmesine karar verilmesi çocuğun yararına olacaktır. Hatta bu noktada çocuğa karşı bu duygularıyla çocuğa ait karar alınmasında da ana babanın sıkıntı çıkaracağı, kurumda veya aile yanına yerleştirilen çocuğa burada da rahat vermeyeceği anlaşıyorsa, daha ağır olan velayetin kaldırılması yoluna dahi gidilebilir.

Yalnız şu hususu belirtmek gerekir ki, ana babanın çocuğun kurumda bakılmasını talep ettiği her durum, çocuğun manen terk edildiği anlamına gelmez. Gerçekten ana baba ekonomik güçsüzlük nedeniyle, çaresizlikten, tabiri yerinde ise başına taş basarak, en azından çocuğun beslenebilsin, temiz ve sıcak bir ortamda kalabilsin diye bu yolu tercih etmişse bu durumda çocuğun manen terk edilmesi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda hâkim, diğer şartlar da uygunsa TMK 346. maddede yer alan önlemi uygulayabilir. Hiçbir zorunluluk bulunmamasına rağmen, çocuğun yetiştirme yurduna yerleştirilmesi velayet görevini ağır savsaklama, çocuğa ilgi göstermeme olarak değerlendirilerek velayetin kaldırılmasına yol açabilir⁶⁸.

Yerleştirme kararı alınması çocuğun davranışlarından da kaynaklanabilir (TMK m.347/2). Daha önce belirttiğimiz gibi yoksulluk, çocuğun psikolojik durumuna etki yapabilir. Çocuk, isyankâr, asi, agresif, disipline edilemeyen bir hal alıp, ana babasına saygıyı kaybedecek bir noktaya ulaşmış durumuna ise, ana baba, çocuğa söz geçiremiyorlarsa, çocuğa yönelik TMK 346. madde kapsamında danışmanlık önlemi alınmış olup, fakat henüz sonuç vermediyse ve çocuğun bu durumu ailenin huzurunu kaçırıyorsa, çocuğun ana babadan alınıp, kuruma veya aile yanına yerleştirilmesi önlemini ana ve baba veya çocuğun kendisi

⁶⁵ ELÇİN GRASSİNGER, s.140.

⁶⁶ Aynı yönde BAYGIN s.334 dn.185.

⁶⁷ USTA, s.451.

⁶⁸ BAYGIN, s.351.

talep edebilir. Çocuğu korumaya yönelik önlemlerin alınmasını herkes talep edebilir, hatta hâkimin resen önlem alması mümkün iken, sadece TMK m.347/2 kapsamında alınacak önlemi ana ve baba veya çocuk talep edebilir. Hâkim resen bu önlemi alamayacağı gibi bir başka kişi de bunun için istemde bulunamaz.

Yerleştirme önlemine karar verilecekse aile yanına yerleştirilmesi imkânı öncelikle tercih edilmelidir. Bu alternatif bakım çocuğun menfaatine daha uygundur. Çocuğun yanına yerleştirileceği aile seçilirken, çocuğun kendi ailesi, etnik, dinsel, kültürel özellikleri ile kişilik yapısı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁹.

b-VELAYETİN KALDIRILMASI

Çocuğun korunması için alınacak en ağır önlem ana ve/veya babadan çocuğun alınmasıyla birlikte, velayetin de kaldırılmasıdır (TMK m.348). Ana babanın her ikisinden de velayet kaldırılırsa, çocuğa vasi atanır. Velayetin kaldırılması son çaredir. Bunun için ya yukarıda belirtilen önlemler alınmış fakat amaca ulaşamamış ya da henüz alınmış bir önlem yoktur ama alınsa da bu önlemlerin yeterli olmayacağı bellidir. Bunun yanında, burada velayetin kullanılmasında yapılan ihlaller ağır, hatta velayetin kullanılmasının ihlali kusurlu şekilde gerçekleşmektedir.

Ana babanın yoksul olup, ekonomik desteğe ihtiyaç duymaları tek başına yetersizlik olarak nitelendirilerek velayetin kaldırılmasına sebep teşkil etmez. Ancak, ana baba çalışmaktan kaçınıyorsa, bu durum, velayetin kaldırılması sebebi olabilir. O halde ana babanın imkânları ölçüsünde çalışmalarına rağmen, çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli ve yeterli kaynağı sağlayamamaları, velayetin kaldırılmasını gerektirecek derecede bir yetersizlik sebebi sayılmamalıdır⁷⁰.

Ana babanın, çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde ihlal etmesi veya velayeti kötüye kullanması durumu da velayetin kaldırılması sebebidir. Çocuğu, fiziksel, duygusal cinsel ve sosyo-ekonomik yönden istismar eden tutum ve davranışları velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep olarak kabul edilmelidir⁷¹. Çocuğun gelişimini engelleyici, tehlikeli ve ağır işlerde çalıştırılması, bir an önce çalışıp para kazanması için okula gönderilmemesi, dilencilik, kapkaççılık gibi suçlara yöneltilmesi ya da bu eylemlerde araç olarak kullanılması, istemediği kişi ile evlenmeye zorlanması, velayetin ana babadan alınmasına yol açabilecek sosyo-ekonomik ve duygusal istismarın örnekleridir⁷²

Yoksulluk sebebiyle çocuğun çalışmak durumunda kalması çok sıklıkla görülmektedir. Bazı hallerde çocuklar yaşlarından daha olgun davranmakta, özellikle kendilerinden küçük kardeşleri varsa, çabuk büyümekte bir anda evin babası rolünü almaktadırlar. Özellikle, babanın olmadığı hallerde ya da babanın çalışmayacak şekilde hasta

⁶⁹ ÖZTAN, s.1151;BAYGIN, s.337.

⁷⁰ BAYGIN, s.349.

⁷¹ ÇHS 20/ 3yaz; BAYGIN, s.353; USTA, s.436; AKYÜZ, s.297.

⁷² AKYÜZ s,298; BAYGIN, s.354.

olması hallerinde çocuk çalışmakta ve bu sebeple eğitimini aksatmakta bir nevi kendini feda etmektedir. Ana ve/veya baba, çocuğun bu şekilde çalışmasını arzu etmemekle birlikte, çaresiz kalabilmektedirler. Ana babanın aslında arzusu, çocuğun çalışması değil, eğitimine devam etmesi yönündedir. Böyle bir durumda TMK m. 346 uygulanarak önlem alınması gerekir.

Velayet hakkına sahip olan bazı ana ve/veya babalar ise, çocuğu bir kazanç unsuru olarak görmekte, çocuğun çalışmamasına üzülme yerine, çocuğu çalışmaya zorlamakta, tüm ailenin masraflarının çocuğun çalışmasıyla karşılanmasını arzu etmektedirler. Hatta çocuğu dilendirmekte veya dilencilik yapan kişilerin yanına yevmiye ile verip çalıştırmaktadır. Daha korkuncu 3-4 aylık bebeklerini ya da engelli çocuklarını dahi yevmiye ile dilencilerin yanına verip, bunların üzerinden para kazanmakta bir sakınca görmeyen ana ve babalar söz konusu olabilmektedir. Bu ahlaken de yoksulluk içinde olan ana babanın maddi olarak desteklense de, bu verilen paraları çocuklar için harcamayıp, çocukları bu şekilde çalıştırmaya devam edeceği görülmekte ise, çocuğun yararı velayetin kaldırılması noktasındadır.

Türk Medeni Kanunundaki düzenleme uyarınca olağan evlenme yaşı 17, olağanüstü evlenme yaşı 16 olarak düzenlenmiştir. 17 yaşındaki biri ana babasının izni ile evlenebilmekte iken, 16 yaşındaki kişinin evlenmesine mahkeme karar vermektedir. Mahkemenin 16 yaşını doldurmuş kişinin evlenmesine izin verilmesi için olağanüstü bir durumun ve pek önemli bir sebebin söz konusu olması gerekir. Ana baba olanak varsa sadece karardan önce dinlenir. İznine gerek yoktur. Hâkimin karar vermesi için gerekli olan olağanüstü ve pek önemli sebep olarak uygulamada 16 yaşını dolduran kızın evlenmeyle yoksulluktan kurtulması gösterilmiştir⁷³. Sosyal bir devlette çocuğun yoksulluktan kurtulmasının yolunun evlenme olarak algılanması üzücü olmakla birlikte, düşündürücüdür. Ana veya baba, 16 yaşını dolduran kızlarının evlenmesini kendileri için hem bir kişinin masrafından kurtulmak hem de bu evlilik dolayısıyla bir maddi menfaat sağlamak maksadıyla teşvik ediyorsa veya 17 yaşını doldurmuş kızlarının evlenmesine bu sebeplerle izin veriyorlarsa, bu durumda da evlenme gerçekleşmeden velayetin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir⁷⁴.

II-ÇOCUĞUN MALVARLIĞI BAKIMINDAN KORUNMASI

Çocuk malları ve çocuğun malvarlığının korunması Türk Medeni Kanunun 352-363 maddelerinde düzenlenmiştir. Konu müstakil bir kaç çalışma konusu olacak kadar geniş olup, bizim çalışmamızın kapsamını oldukça aşacağı için biz sadece yoksulluk durumunda çocuk malvarlığına sahip ana babanın bu malvarlığından harcama yapmaları mümkün mü, hangi

⁷³ Y. 2. HD. T. 5.6.2003, E.2003/7198 K. 2003/8271 "Evlenmesine izin istenenin vesayet altında, düzenli aile yaşamı olmayan, akrabaları tarafından bakılan ve evlenmekle başkalarının yardımına bağımlı olmaktan kurtulacak kişi olması dikkate alınarak evlenme isteğinin kabulü gerekir" (www.kazancı.com.tr)

⁷⁴ bu durumun çocuğun korunması önlemlerinin alınmasını gerektirmesi yönünde USTA, s. 384.

*Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması
İçin Alınacak Önlemler*

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

şartlar atında mümkün, bu şartlar sağlanmamışsa çocuğun malvarlığını korunmasına yönelik hangi önlemler alınabilir kapsamında konuyu inceleyeceğiz.

Ana babanın yoksul olması, çocuğun temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak olması durumunda çocuğun malvarlığından söz etmenin yaşam tecrübeleriyle bağdaşmayacağı düşünülebilirse de bunun mümkün olduğunu söylemek gerekir. Çocuğun malvarlığından kasıt ana babasından bağımsız olarak çocuğun kendisine ait olan, parayla ölçülebilir tüm değerlerdir. Bunun kapsamına taşınmaz, taşınır mallar, fikri ve sınai haklar, alacaklar, nakit dâhildir. Yoksul bir ana babanın çocuğunun malvarlığının nasıl olabileceği sorusuna şu örneklerle yanıt verebiliriz. Miras yoluyla çocuk mal sahibi olabilir. Yoksul bir ailenin çocuğa miras bırakacak malvarlığına sahip bir yakınının olması, özellikle ülkemizde vasiyetname düzenleme alışkanlığı olmadığı düşünüldüğünde zorda olsa mümkündür. Örneğin, evlatlık olarak verilen çocuğu evlat edinen kişiler ölmüş başka çocukları ve yakınları olmadığı için tek mirasçı olarak çocuk miras yoluyla malvarlığına sahip olmuş olabilir. Böyle bir durumda velayet otomatik olarak ana babaya dönmez, fakat şartlar uygunsa hâkim çocuğu öz ana babasının velayeti altına koyabilir. Bağışlar yoluyla da çocuk malvarlığına sahip olabilir. Örneğin, ana babanın ekonomik durumu iyi olduğu zamanda çocuğa doğum günü hediyesi olarak bir daire satın almış olabilirler ya da çocuk adına bankada hesap açıp, para yatırmış olabilirler. Çocuk tazminata hak kazanmış olabilir. Örneğin bir trafik kazası nedeniyle veya bir hastanede kendisine yapılan yanlış tedavi nedeniyle maddi manevi tazminat elde etmiş olabilir. Destekten yoksun tazminatı elde etmiş olabilir. Örneğin, çocuğun babası bir trafik kazasında yaşamını yitirmişse, çocuk destekten yoksun tazminatı elde eder. Bir başka örnek olarak köpeğini kaybeden bir kişi köpeği bulana bir araba vereceğini vaad etmiş, çocuk da köpeği bulmuş ve araba sahibi olmuş olabilir. Ya da bir öykü, resim yarışmasına girip derece alıp, para ödülü kazanmış olabilir. Kanundan doğan alacak hakları da yine çocuğun malvarlığı içinde yer alır. Örneğin TMK dan doğan nafaka alacakları. Çocuk yazdığı bir kitap dolayısıyla telif ücreti elde etmiş olabilir. Örneğin; 1980 yılında piyasaya çıkan rubik (zekâ, sabır) küpünün nasıl yapılacağını çözen 12 yaşındaki Patrick Bossert'ın bu çözümü anlattığı "you can do the cube" isimli kitabı 1981 yılında 1.5 milyondan fazla satmıştır. Kendi çalışması sonucu elde ettiği kişisel kazanç da çocuğun malvarlığına dâhildir. Örneğin; çocuk dizi ve reklamlarda oynuyor⁷⁵ ve bu yolla para kazanıyor olabilir.

A-ANA VE/VEYA BABANIN ÇOCUĞUN MALVARLIĞINDAN HARCAMA YAPABİLMESİ

TMK m. 327/1 çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve babası tarafından karşılanacağını düzenlemiştir. Ana babanın çocuğa karşı olan bu yükümlülüğü soy bağına bağlı olarak düzenlenmiştir. Ana ve babanın çocuğun bakım, eğitim ve korunması için sorumlu olduğu giderleri karşılama yükümlülüğü velayete sahip olunup olunmamasından bağımsızdır, velayete sahip olmasalar da veya çocuğun yanlarından alınıp

⁷⁵ Bu işler için yapılacak sözleşmede ana baba çocuğu temsil eder fakat elde edilen ücret çocuğun kişisel kazancı olup malvarlığına dâhil olup bunun yönetilmesi ve kullanılması çocuğa aittir (TMK m.359/1). Çocuk temyiz kudretine sahip değilse, ana baba ancak o zaman çocuğun kişisel kazancını yönetebilir.

koruyucu aile veya kuruma yerleştirilmesi durumunda da söz konusu giderler devlet tarafından yapılmış olsa da ana babanın bu yükümlülüğü devam etmektedir⁷⁶. Ana baba bu giderleri bir başkasının üzerine bırakamaz. Çocuğun malvarlığına sahip olması halinde, hatta çocuğun malvarlığının ana babasından daha fazla olması halinde dahi ana babanın yükümlülüğünde değişen bir şey olmaz. Ana babanın ekonomik gücünün çocuğun bakım, eğitim, koruma giderlerini karşılamaya yetmediği veya ana babanın hiç geliri olmadığı için bu giderleri karşılayamadığı halde çocuğun malvarlığı mevcut olabilir. Ana babanın çocuğun malvarlığından harcama yapabilmesi, TMK 327 madde kapsamında çocuğa karşı yükümlü olduğu nafaka yükümünü tamamen veya kısmen yerine getiremeyecek bir ekonomik güçsüzlük içinde olmasını gerekli kılar⁷⁷. Sonuç olarak, ana babanın ekonomik gücünün yeterli olmaması fakat çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına yetecek malvarlığının bulunması ana babanın yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ancak, TMK m. 327/2 uyarınca çocuk mallarından belirli bir miktarı harcamaya dayanak teşkil edebilir⁷⁸. Ancak, bu şartların gerçekleşmesi halinde TMK 355 ve 356 maddelerde düzenlenen çocuğun malvarlığından harcama yapabilmeye imkân vardır⁷⁹.

Yapılacak harcama malvarlığını niteliğine göre 3 şekilde düzenlemiştir.

İlk olarak *çocuğun mallarının gelirlerinin* harcanması TMK m.355 düzenlenmiş bulunmaktadır. Malvarlığının kendisine dokunulmamakta, sadece söz konusu malın geliri harcanabilmektedir. Örneğin; çocuğa ait dükkânın veya evin kira geliri, çocuğa ait bir araba varsa bunun kirası, bankaya yatırılan vadeli hesapta mevcut paranın faizi gibi gelirlerin ana baba tarafından sarf edilmesi mümkündür. Bu harcamanın yapılması için ana babanın bir izne ihtiyacı yoktur. Gelirler, öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcanacaktır. Çocuğun bu ihtiyaçları karşılandıktan sonra artan bir meblağ varsa, çocuk haricinde hakkaniyete uyduğu ölçüde aile ihtiyaçlarının karşılanması için de harcanabilir. Bunun sonucunda gelirden kalan kısım yine çocuğun malvarlığına dâhil olacaktır. Aile ihtiyaçları için harcama yapılabilmesinde kanunun getirdiği ölçü hakkaniyet ölçütüdür⁸⁰. Örneğin; çocuğun bakımı kapsamına çocuğun beslenmesi de girmektedir. Çocuğun dengeli ve yeterli beslenebilmesi için ona özel mutfak harcaması yapıp, ona özel yemek hazırlanmayacaktır. Bu noktada ailenin ortak mutfak alışverişi yapılabilir, fakat ana babanın içtiği sigara veya annenin kullandığı parfümün buraya dâhil edilmesi, hakkaniyet ölçüsüne uymaz. Yani ailenin ortak giderlerinde hakkaniyet ölçütü sağlanabilirken aile fertlerinin kişisel harcamaları için aynı şey mümkün olmayacaktır. Ana babanın hastalığı, sakatlığı, yaşlılığı gibi haklı sebeple

⁷⁶ ÖZTAN, s.1175; AKYÜZ, s.253.

⁷⁷ TURANBOY, Nuri, Ana Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.2, Ankara, 2010, s.2129;BAYGIN, s.423.

⁷⁸ USTA, s.245.

⁷⁹ AKYÜZ, s.253.

⁸⁰ Velayet ve Vesayet İşleri Hakkında Tüzük madde 5 çocuğun mallarının gelirleri, öncelikle çocuğun bakımına, yetiştirilmesine ve eğitime harcanır. Bunu aşan gelirler, ancak ailenin sosyal ve ekonomik durumunu, çocuğun aileye getirdiği ekonomik yükler gibi hakkaniyetin gerektirdiği sınırlar içinde ailenin ihtiyacına sarf edilebilir.

çalışmadığı durumlarda da ailenin ortak ihtiyaçları için çocuğun mallarının gelirlerine başvurmak hakkaniyete uygun düşebilecektir⁸¹.

İkinci olarak çocuğun malvarlığında yer alan *sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzer edimler* de ana baba tarafından harcanabilir (TMK m.356/1). Gelirin tümünün dahi harcanması mümkün iken, burada ancak kısmen ve sadece çocuğun bakım giderleri ile sınırlı olarak olağan ihtiyaçlar⁸² gerektirdiği ölçüde harcanabilecektir. Sermaye şeklinde ödeme tazminat ve ikramiyeler ile sosyal yardım ve sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler ve maddi değeri olan benzeri edimlerin ortak özelliği para olmalarıdır⁸³. Ve bunlar malvarlığının kendisidir yani onun neması olarak gelir değildir. Yapılan harcama nispetinde malvarlığı azalmaktadır. Bu nedenle, bu nitelikte malvarlığının harcanması imkânı daha dar kapsamda düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, çocuğa ödenen bir tazminat varsa bu paranın işletilmesi ile elde edilen gelirin çocuğun ihtiyaçları için harcanması TMK 355. madde kapsamında mümkün iken, ana baba TMK 356/1' e dayanarak anaparayı harcama yoluna gidememelidir⁸⁴.

Üçüncü ve son malvarlığı grubu yukarıda sayılanlar dışında kalan *diğer mallardır*. Bunlar ise taşınır ve taşınmaz mallar ile haklardır⁸⁵. Bunların paraya çevrilerek, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcanması için zorunluluk bulunmalı ve harcanacak miktara da hâkim karar vermelidir. TMK m. 356/2 yer alan bu düzenleme ile TMK m. 327/2'nin beraber değerlendirilmesi yararlı olacaktır. Zorunluluk halinden anlaşılması gereken ya çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi için yapılması gereken giderlere yoksulluk içinde olan ana babanın ekonomik gücü yetmemekte, çocuğun malvarlığında ise taşınmaz veya taşınır nitelikte mallar mevcut bulunmaktadır. Ya da ana babanın ekonomik gücü çocuğun olağan bakım, yetiştirilme ve eğitim ihtiyaçlarını karşılayabilirken, oluşan olağanüstü bir durum nedeniyle söz konusu giderler artıp, ana babanın ekonomik gücünü aşar boyuta gelmiştir. Bu harcama durumu için ana babanın hâkimin iznini alması gerektiğine ilişkin düzenleme doktrinde tartışmaya neden olmaktadır. Bir görüş⁸⁶ bu hükmü ana babanın malvarlığı üzerinde yapacağı tasarrufa ilişkin hâkimin izin vermesi gerektiği şeklinde yorumlamaktadır. Yani başvuracağı mal bir taşınmazsa bunun satışı için ana babanın ilk önce bunun satışı hususunda hâkimin iznini alıp, satış işlemi için tapu memuruna gidip, bu izinle bu taşınmazı satmak hususunda yetkili olduğunu kanıtlaması gerekecektir. Bu görüşteki yazarlara göre, yönetim yetkisi kapsamında taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmesinde ana babanın hâkim iznine ihtiyacı yoktur. Söz konusu taşınmazı satıp daha değerlendirilen başka bir yerden bir taşınmaz alacaksa sorun yoktur. Fakat aynı taşınmazı satıp, satış parasını çocuğa

⁸¹ AKYÜZ, s.253; USTA, s.316.

⁸²Burada sıradan ihtiyaçlardan, çok mutlaka karşılanması gereken ihtiyaçlar anlamı bulunmaktadır. TURANBOY, s.2136.

⁸³ ÖZTAN, s.1178.

⁸⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s.653.

⁸⁵ AKYÜZ, s.254; BAYGIN,s.428.

⁸⁶ ERTAŞ Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerinde Tasarruf Yetkisi, DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007, s. 396-397; AKYÜZ, s.254; FIRAT ŞİMSEK, Ayşe, Çocuk Mallarının Yönetimi, İzmir, 2004, (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),s.84-85..

harcayacaksa satışı yapabilmesi için hâkimin iznine ihtiyacı olacaktır. Bu konudaki ağırlıklı görüş⁸⁷ ise ana babanın çocuğun malvarlığında tasarrufta bulunabilmesinde vasiden farklı olarak bir makamın onayına, iznine ihtiyacı olmadığını, burada tasarrufu izne tabi kılmanın sistemin temeline ters olacağını belirterek ilk görüşü eleştirip, buradaki iznin satış gerçekleştirildikten sonra ele geçen paranın harcanması noktasında alınacak bir izin olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, malın satışından elde edilecek nakdin sarfı çocuk malvarlığını azaltacağı için hâkimin iznine gerek görülmektedir. Bu aşamada hâkim miktarı da belirleyerek, ana babaya harcamada bulunması için izin verecektir.

Ayrıca çocuğun giderlerini karşılamak hususunda ekonomik gücü olmayan ana baba, çocuğun yukarıda açıkladığımız nitelikte bir malvarlığı mevcut olmamakla birlikte, çocuğun kişisel kazancı varsa TMK 359/1 hükmü gereği çocuktan kendi bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteme imkânına da sahiptir.

B-KORUMA İÇİN ALINACAK ÖNLEMLER

Çocuğun şahıs varlığının korunmasında olduğu gibi çocuğun malvarlığının da ana ve babaya karşı korunması için hâkimin önlem alması Türk Medeni Kanununda düzenlenmiştir. Burada da koruyucu önlemlerin alınmasında ana babanın kusuruna değil, malvarlığının tehlikeye düşüp düşmediğine bakılacaktır⁸⁸. Aslında çocuğun malvarlığının rahatlıkla emanet edileceği, onun yönetiminde ve korunması altında çocuğun malvarlığına bir zarar geleceğinin düşünülmeceği ilk kişi çocuğun ana babasıdır. Bununla birlikte, özellikle çocuğun malvarlığından harcama yapma imkânının ortaya çıktığı durumlarda ana ve baba, çocuğun en temel ihtiyaçlarının giderilmesi için yapılacak masrafları dahi karşılayamayacak ekonomik bir güçsüzlük içinde olacaktır. Aksi halde, yani çocuğun bakım, yetiştirilme, eğitim masraflarını karşılayabilecek bir ekonomik gücü varsa, yani bir yoksulluk içinde değilse, yükümlü olduğu masrafları kendisi yapacak, çocuk daha fazla malvarlığına sahip olsa bile çocuğun malvarlığından harcama yapma imkânı bulunmayacaktır. Ana ve babanın çocuğun mallarını hızla tüketme ya da çocuğun bakımı için harcamama tehlikesi varsa, hâkim TMK m.352/2 gereği müdahale ederek, ana babaya harcama ile ilgili bilgi ve hesap verme yükümlülüğü getirebilir⁸⁹. Yoksul bir durumda olan ana babanın, çocuğun malvarlığında harcama yapma hakkını kullanırken, kanun çizdiği sınırları aşma veya çocuğun ihtiyaçları için değil, kendisi ve ailenin geçimi için harcama yapma hususunda kuşkulu davranışları söz konusu olursa, hâkim TMK 360 ve 361 maddelerde yer alan önlemleri alabilir. Çocuğun şahıs varlığının korunması hususunda ana ve/veya babanın velayeti çocuğun menfaatine uygun kullanmadığı, çocuğun menfaatlerini tehlikeye düştüğü veya düşeceğinin başka kişilerce tespit edilerek koruma önlemlerinin alınmasını sağlanması, malvarlığının tehlikeye düştüğünü tespit ederek hâkimin önlem almasını sağlamaktan daha mümkündür. Başka

⁸⁷ SEROZAN, s.139 ve 271;USTA, s..319;BAYGIN,s. 432; KILIÇOĞLU, s.654-655.

⁸⁸ USTA, s.479.

⁸⁹ BAYGIN, s.428;AKYÜZ, s.257.

kişilerin ana babanın bir harcamalar yaptıklarında bunun kendi malvarlıklarından mı yoksa çocuğun malvarlığından mı yaptığını anlamaları çok mümkün değildir. Özellikle, toplum olarak çocuğun, ana babasından ayrı, onların kullanamayacakları bir malvarlığına sahip olma fikrine de çok aşına olduğumuz söylenemeyeceğinden, bu tür yapılan harcamalar normal dahi gelebilir. Bu yüzden hâkimin çocuğun malvarlığı bir zarara uğramadan önlem alarak tehlikeyi bertaraf etme ihtimali oldukça düşüktür.

Hâkim ana babanın çocuğun malvarlığından harcama yetkisini kanunun koyduğu sınırları aşarak kullanacağı şüphesinde ise, hafiften ağıra doğru çocuğun malvarlığını koruyucu önlemler alabilir. Örneğin, hâkim ana babadan yaptıkları harcamalar konusunda kendisine bilgi verilmesi talimatı verebilir, yapılan harcamalarda bir takım aşırılıklar görürse uyarabilir ve harcamaların kanunda öngörülen sınırlarını hatırlatabilir. Bu önlemler sonuç vermezse veya bu önlemlerin tehlikeyi bertaraf etmeyeceği açıkça görülüyorsa, çocuğun malvarlığının kanuna uygun şekilde harcanmayacağı çok açıksa bu durumda en ağır önlem olan çocuğun mallarının ana babadan alınıp, malların yönetiminin kayyıma bırakılmasına karar verilebilir. Daha öncede belirttiğimiz gibi hâkimin ana babanın yaptığı harcamalardan kuşku duyup, bu önlemleri alma ihtimali çok yüksek değildir.

Çocuğun malvarlığının kayyıma bırakıldığı hallerde eğer ana baba ekonomik durumları kötü olmamasına rağmen, çocuğu bir geçim kaynağı gibi görmüşler, bakım giderlerini yapma yükümlülüklerini yerine getirmeyip, hem çocuğun hem de kendi geçimlerini çocuğun malvarlığını harcayarak sağlamışlarsa bu velayetin ağır ihlali olarak da nitelendirilebilecek bir durumdur. Diğer şartlarda varsa belki sadece kayyım atanması değil, velayetin kaldırılması da gündeme gelecektir.

III-ÇOCUĞUN MALVARLIĞININ KORUNAMADIĞI DURUMDA ANA VE/VEYA BABANIN SORUMLULUĞU

Çocuk malları üzerinde ana baba, yönetim hakları sona erdiğinde çocuğun mallarını yönetim hakkının sona erme nedenine göre ergin olan çocuğa veya vasisine ya da kayyıma devredecektir (TMK m.362). Kanuna uygun şekilde çocuğun malvarlığında harcama yapılmışsa, bu harcama yapıldığında ekonomik güçsüzlük içinde olan ana baba daha sonra ekonomik durumunu düzeltmiş olsa dahi yapılan bu harcamalardan dolayı sorumlu tutulamaz. Yaptığı bu harcamaları çocuğa iade etmesi istenemez.

Böyle değil de ana baba, çocuğun mallarını kanuna uygun olmayan şekilde harcamışlarsa, yani harcama yetkileri olmadığı halde çocuğun mallarını harcamışlar veya harcama yetkilerini kanun belirlediği sınırları aşarak kullanmışlarsa, çocuğa karşı tazminatla yükümlüdürler (TMK m.363/3).

Ana baba, çocuğun bakım, eğitim, giderlerini dahi karşılayamayacak bir ekonomik güçsüzlük içinde olduğunda çocuğun malvarlığını harcama yetkisine sahip olduğu düşünülürse, kanuna uygun olmayan harcamalar nedeniyle çocuğa karşı tazminatla yükümlü tutulduğunda bu tazminat borcunu yerine getirecek ekonomik güce sahip olacak mı diye

düşünmek gerekir. Çocuk, bu tazminat alacağına sahip olsa dahi çoğu zaman karşısında bu alacağı tahsil edebileceği bir malvarlığı bulamayacaktır. Çocuk, ergin olduğu için ana babanın yönetim hakkı sona ermişse, bu durumda da kişi (çocuk), ana babasıyla bir tazminat davası ile karşı karşıya gelmek istemeyecektir.

Sonuç olarak, çocuğun malvarlığı bir zarara uğramadan hâkimin alacağı önlemlerle malvarlığı korunabilir. Bu mümkün olmamışsa harcamanın kanuna uygun olmaması nedeniyle malvarlığında oluşan zararın tazmini çoğu zaman mümkün olmayacaktır.

IV-KORUMA ÖNLEMLERİNİ ALMADA GÖREVLİ MAHKEME

Çocuğun şahıs varlığının korunması için alınacak önlemlerde görevli mahkemenin neresi olduğu sorusunun cevabı 2005 tarihinde Çocuk Koruma Kanunun yürürlüğe girmesinden önce basitti görevli mahkeme aile mahkemesiydi. Aile Mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi görevliydi. Çocuk Koruma Kanununu hakkında koruyucu ve destekleyici önlem alınacak çocuğun kapsamını oldukça geniş belirlemiştir. Bir suçun faili olan çocuk da, mağduru olan çocuk da, velayet altında olan çocuk da, velayet altında olmayan çocuk da, kazai erginliğe kavuşan ya da evlenerek ergin olan fakat 18 yaşını doldurmayan çocuk da kanunun kapsamında yer almaktadır. Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesinin a/1 bendinde korunma ihtiyacı olan çocuk tanımlanmıştır. Hükme göre korunma ihtiyacı olan çocuk, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuktur. Velayet altında olup, velayete sahip ana babası karşısında şahıs varlığı korunması gereken çocuğu da içine alan fakat ondan çok daha geniş kapsamı olan bir tanımdır. Kanunun 3/c bendinde çocuk hâkimi tanımlanmıştır. Hakkında kovuşturma başlatılmış olanlar hariç suça sürüklenen çocuklarla, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında uygulanacak tedbir kararlarını veren çocuk mahkemesi hâkimidir. Çocuk Koruma Kanunu m. 8/1 göre korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hâkimince alınır. Kanunun 26/3⁹⁰ maddesinde de mahkemeler ve çocuk hâkimi bu kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir hükmü yer almaktadır.

⁹⁰ Maddenin gerekçesinde "Bilindiği üzere çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınmasında aile mahkemeleri kurulan yerler bakımından bu mahkemeler, kurulu bulunmayan yerler bakımından ise asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Maddede yer alan son fıkra ile belirtilen hususlarda, çocuklar hakkında karar verme görevi, bu kanun ile düzenlenen mahkemelere verilmektedir. Bununla birlikte, aile mahkemelerinin, kendilerine intikal eden esas dava ile birlikte, çocuklar hakkında da koruyucu ve destekleyici kararların alınmasında görevleri devam edecektir. Maddenin son fıkrasıyla öngörülen amaç; özel koruma ihtiyacı içinde bulunan çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar hakkında bu Kanunla kurulan mahkemelerin ve çocuk hâkiminin karar vermesidir. Bununla birlikte, aile mahkemelerinin görev alanında kalan, örneğin boşanma davası gibi davalarda, aile mahkemesi tarafından görülen boşanma davasında, çocukla ilgili tedbir kararı verilebilecektir. Ancak, bu tür esas davaya bağlı bulunmayan ve çocuklarla ilgili koruyucu ve destekleyici karar alınmasını gerektiren hususlarda aile mahkemesi değil bu Kanunla kurulan

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Tüm bunların sonucunda çocuk mahkemesi hâkiminin çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri almakla görevli olduğunu söyleyebiliriz⁹¹. Çocuk mahkemesinin görevli olduğunu söylemek teknik olarak doğru olmayacaktır⁹². Çünkü Çocuk Koruma Kanunu açısından çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile suç ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar (ÇKK m.26).

Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 1/4 hükmünde çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararlarının görevli aile veya asliye mahkemelerince alınacağı düzenlenmiştir.

Çocukla ilgili kararların alınması ve tedbirlerin uygulanmasında etkili ve süratli bir usul izlenmesi çocuk yararına kabul edilmiş bir ilkedir (ÇKK m.4/bent f). Çocuğu ilgilendiren diğer tüm davalarda olduğu gibi, çocuk hakkında koruma önlemi alma davalarında da adli mercilerin gereksiz gecikmeyi engellemek için çabuk hareket etmesi ve kararların süratle uygulanması çocuk yararı gereğidir. Çocuk hakkında alınacak önlemler açısından ivedilik çok daha hayati öneme haizdir⁹³. Bunun nedeni, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin süratle alınmasının önemli olması hem çocuğu bir an önce mevcut tehlikeden korunması için bu çocuğun menfaatinedir hem de çocuklukta özellikle bebeklik döneminde zamanın büyük önemi vardır çünkü kısa zaman sonra alınacak önlemin çocuğu koruma amacını gerçekleştirmeyeceği bir durum olabilir. Bir yetişkin için 1 ay ile bir bebek, bir çocuk için 1 ay aynı zamanı ifade etmez. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik 8/10 maddesinde Aile Mahkemelerinin bakmakta oldukları davalar ile ilgili koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir. Aynı yönde açıklama ÇKK m. 26/3 gerekçesinde de ayrıntılı şekilde yapılmıştır. Bu nedenle, örneğin bir boşanma davası, velayetin tevdi davası veya nafaka davasında Aile Mahkemesi hâkiminin resen veya tarafların beyanı üzerine çocuğun korunmasına ilişkin önlem alması mümkün olacaktır. Hızlı karar vermek için aynı mantıkla Çocuk Koruma Kanunu 7/7 maddesinde Çocuk Mahkemesi korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında TMK hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetki kılınmıştır. Bu hükümlere rağmen uygulamada aynı olayda velayete ilişkin karar aile mahkemesinde, korumaya ilişkin kararın ise çocuk mahkemesinden alınması yoluna gidilerek kanun koyucunun arzu ettiği süratli karar alınması sonucundan uzaklaşıp, durum karmaşık bir hale sokulmuştur.

mahkemeler ve çocuk hâkimi karar verebilecektir. Ayrıca, bu Kanunda öngörülen mahkemelerin kurulmadığı yerler bakımından da aile mahkemelerinin görevleri devam edecektir.”

⁹¹ Aynı yönde BAYGIN, s.323-324; ÖZTAN, s.1156; AKYÜZ, s.268; USTA, s.423; BALO, Yusuf Solmaz, Uluslar arası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 2005., s98, 384.

⁹² Kavramlar arasındaki farklar için bakınız BALO, s.189

⁹³ USTA, s.431.

Bununla birlikte, doktrinde Aile Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu 4. madde ile Türk Medeni Kanununun Velayet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 3. maddesinde yapılan atıf ile Sosyal Hizmetler Kanunu 22. maddeye dayalı olarak görevli mahkemenin Aile Mahkemesi olduğunu kabul eden yazarlar⁹⁴ olduğu gibi Yargıtay'ın bu hususta birbiriyle çelişen birçok kararı mevcuttur. En son HGK kararında⁹⁵ çocuğun korunması için önlem kararı alma hususunda Çocuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır.

SONUÇ

Yoksulluğun çocuklar üzerinde etkileri oldukça ağır olmakta, çocuğun yaşı küçüldükçe ağırlık daha artmakta yeni doğan bebekler için yoksulluk zaman zaman, ölüm anlamına gelmektedir. Açlık, yetersiz beslenme, kötü sağlıksız yerlerde barınma ihtiyacını karşılamak, ısınamamak üşümek, erken büyüme zorunda kalmak, oyun değil, çalışmayı para kazanmayı düşünmek zorunda kalmak, belki tek kurtuluşu olan okulu bırakmak, geleceğe yönelik hayalleri olmamak, hastalıkların bir türlü peşini bırakmaması, itilip kakılmak hor görülmek bunlar çocukların karşısına yoksulluğun çıktığı haller. Aslında tüm bunlardan çocuğu korumak onun beslenmesini, eğitimi, sağlığını, gelişimini temin edecek olan ana ve baba bunu yapamadığında ya da yapmadığında bunları çocuğa sağlamak, yoksulluğun ve getirdiği olumsuzlardan çocuğu korumak kollamak Devlete düşmektedir.

Devletin, bu çocuklara elinin değmesi ise, bu çocukların bu hallerinin bilinir kılınması ile mümkün olacaktır. Bu da toplumun yoksulluğun bu çocukların kaderi olmadığını, sosyal devlette, ana baba çocuk ilişkisi sevgi saygı şefkat bağlamında devam ediyorsa, devletin sosyal yardım eliyle bu çocukların kaderini değiştirebileceğini bilmesi ile mümkün olacaktır.

Çocuğun korunmasının anlamının, çocuğun ailesinden alınıp, kuruma veya başka aileye verilmesi olmadığını anlatılması gerekir. Korunması gereken bir çocuk bildirildiğinde korunma önlemlerinin ivedilikle alınıp, çocuğun fiziki, sosyal, kişisel, ahlaki gelişimini etkileyen olumsuzlukların bertaraf edildiğinin görülmesi gerekir. Çocuğun korunması için her zaman ana babasından alınması gerekmediği, ana babanın çocuğa her istediğini yapamayacağı onu çalıştırmak, dilendirmek gibi hakkı olmadığı, ana babalık duygusu bulunmayan bu kişilerin yanında çocuğun kalmaması gerektiği bilinci oluşturulmalıdır.

⁹⁴ ELÇİN GRASSİNGER, s.94.

⁹⁵ YHGK. T. 21.11.2012, E.2012/2-654, K. 2012/817 "Dava korunmaya ihtiyacı olan mağdur çocuk hakkında bakım ve sağlık tedbiri alınması istemine ilişkindir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri gözetildiğinde, somut olay itibarıyla hakkında bakım ve sağlık tedbirleri istenen çocuk hakkında, bu tedbirleri vermeye görevli mahkemenin çocuk mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkında bakım ve sağlık tedbirleri alma görevinin Aile Mahkemelerine ait olduğu yönündeki Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin 5395 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirleri alma görevinin çocuk mahkemelerine ait olduğu gerekçesi ile önceki kararda direnmesi usul ve yasaya uygundur."

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Kişiler, çocuğun ana babasından alındıktan sonra başına geleceklerden endişe etmemelidir. Sosyal yardımlarla desteklenen ailelerinin yanında yoksulluk kısır döngüsünü kırmanın çaresi olan eğitim alıp, meslek edinmesini sağlayıcı önlemlerle çocukların yoksulluğun olumsuz etkilerini geride bırakmış, ruhen, fiziken sağlıklı, meslek sahibi yetişkinler olarak toplumda yerlerini almaları ile yoksullukla mücadele kazanılmış olur. Tüm bunlar, Sosyal Devletin, sosyal hizmet, sosyal yardımlarının son derece etkinleşmesi, toplumun bilinçlenmesi, çocuk mevzuatında yaşanan dağınıklığın giderilmesi, Kanunların hakkıyla tatbik edilebilmesi, uygulamada yaşanan organizasyon, personel, bütçe eksiklerinin giderilmesi ile mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYÜZ, Emine Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2012.
- AMACKER, Michele/ FUNKE, Sebastian, Alleinerziehende in prekaeren Lebenslagen, Fam Pra 2016, s.157
- BALO, Yusuf Solmaz Uluslar arası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 2005.
- BAYGIN, Cem Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.
- ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009.
- ERTAŞ Şeref Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerinde Tasarruf Yetkisi, DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007,s.391-398.
- FIRAT ŞİMSEK, Ayşe Çocuk Mallarının Yönetimi, İzmir, 2004, (yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- HATUN,Şükrü/ETİLER,Nilay/ GÖNÜLLÜ, Erdem Yoksulluk ve Çocuklar Üzerine Etkileri,Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003, Sayı:46, s.251-260.
- KILIÇOĞLU, Ahmet Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- KONUK ŞENER,Dilek/OCAKÇI, Yoksulluğun Çocuk Sağlığı Üzerine Çok Boyutlu

Türk Medeni Kanununun Velayet Hükümleri Kapsamında Yoksulluk Nedeniyle Çocuğun Korunması İçin Alınacak Önlemler

Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar

Ayşe Ferda

Etkileri, Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt.3, Sayı 1, 2014, s.57-64.

KURNAZ AVŞAR, Şebnem

Türkiye’de Çocuk Yoksulluğu, Ankara, 2009. (Yüksek Lisans Tezi).

ÖZ, Murat/TOPUZ,Selma/

Çocuk Yoksulluğu ve Şartlı Nakit Transferi

ERGÜL, Ahmet/ESENYEL, Caner

Programı, Uluslararası Katılımlı Sosyal Hizmet Sempozyumu 2013 28-30 Kasım, Kocaeli, Ankara, 2014, s.168-174.

ÖZTAN, Bilge

Aile Hukuku, Ankara, 2015.

SEROZAN, Rona

Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005.

TURANBOY,Nuri,

Ana Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof.Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.2, Ankara, 2010, s.2123-2139.

USTA, Sevgi

Velayet Hukuku, İstanbul, 2016.

USTABAŞI, Dilara

Çocuklar için Düzenlenen Şartlı Nakit Transferine Eleştirel bir Yaklaşım, Programı, Uluslararası Katılımlı Sosyal Hizmet Sempozyumu 2013 28-30 Kasım, Kocaeli, Ankara, 2014, s.161-168.

Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Woman's Alimony)

Arş. Gör. Dr. Nafiye Yücedağ Göztepe*

Özet

Yoksulluk nafakası, Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmünde düzenlenmiş olup, eşitlik kuralı gereği hem kadın hem de erkek tarafından talep edilebilecektir. Ancak yoksulluk nafakasına ilişkin davalarda bu nafakanın çoğunlukla kadın tarafından talep edildiği görülmektedir. Bu doğrultuda yoksulluk nafakasının talep edilebilme şartları ve yoksulluk nafakasının ne şekilde belirleneceği, yoksulluk nafakasının sona ermesi önemi haizdir. Yoksulluk nafakasını talep edebilmenin ilk koşulu, nafaka isteyen eşin yoksulluğa düşecek olmasıdır. Yine, nafaka ödeyecek eşin mali gücü ile orantılı bir nafaka takdir edilmesi gereklidir. Nafaka ödeyecek eşin mali gücü yoksa yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün olmayacaktır. Yoksulluk nafakasına karar verilebilmesinin bir diğer koşulu ise, yoksulluk nafakası talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olmasıdır. Bu çerçevede Yargıtay uygulaması kapsamında eşin hangi durumlarda kusursuz ya da daha az kusurlu sayıldığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Öte yandan yoksulluk nafakası talep edebilmede kusurun ne ölçüde etkili olması gerektiği de ele alınacaktır. Son olarak ise, yoksulluk nafakasının sona erme sebepleri üzerinde durulacak, nafakanın irat ya da sermaye şeklinde ödenmesine hükmedilmiş olmasının ne tür farklılıklara yol açacağı açıklanacaktır.

Giriş

Yoksulluk nafakası evliliğin sona ermesine rağmen sosyal ve ahlaki sebeplerle eşlerin yardım yükümlülüğü devam etmesi nedeniyle tanınmıştır. Yoksulluk toplumsal bir sorun olsa da, yoksulluktan daha ziyade kadın etkilenmekte ve uygulamada genellikle yoksulluk nafakasının kadın tarafından talep edildiği görülmektedir. Yoksulluk nafakası belirlenirken tarafların sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alındığından üst sınırı olan bir yoksulluk nafakasından söz etmek mümkündür değildir. Bu doğrultuda yoksulluğun belirlenmesinde uygulamada hangi hususların dikkate alındığı ve dikkate alınması gerektiği açıklanacaktır. Yoksulluk nafakasının belirlenmesi için nafaka talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olması gereklidir. Bu çalışma kapsamında kusurun nafaka talebine ne derece etkili olması gerektiği açıklanacaktır. Ayrıca, yoksulluk nafakasının değişen şartlara uyarlanması hangi

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

koşullar altında gerçekleşebileceği hususu üzerinde durulacaktır. Son olarak ise, yoksulluk nafakasının sona erme sebepleri değerlendirilecektir.

I. Yoksulluk Kavramı ve Yoksulluk Nafakasının Amacı

Boşanmanın sonucunda yoksulluk nafakası talebinin yanı sıra, eşler şartları gerçekleştiyse maddi ve manevi tazminat da talep edebilirler. Ancak bu çalışmada özellikle yoksulluk nafakasının incelenmiş olması, yoksulluk nafakasının tazminat taleplerinden farklı değerlendirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Tazminat taleplerinde uğranılan maddi ve manevi zararın giderilmesi amaçlanırken, yoksulluk nafakasında bu tür bir zararın varlığı gerekmemekte ancak daha az kusurlu ya da kusursuz eşin yoksulluğa düşecek olması gerekmektedir. Yoksulluk nafakasının, evliliğin sona ermesine rağmen kanun koyucu tarafından eşlere tanınmasındaki temel sebep, yoksulluğa düşecek eşin sosyal ve ahlaki düşüncelerle korunmasıdır¹. TMK m. 185 (3) hükmüne göre, evlilik birliği devam ettiği müddetçe eşlerin birbirlerine yardım yükümlülüğü bulunmaktadır. Evliliğin sona ermesi ile birlikte yardım yükümlülüğü de sona ermekte, ancak sosyal ve ahlaki sebeplerle yardım yükümlülüğü daha dar kapsamda yoksulluk nafakası olarak devam etmektedir².

Yoksulluk sadece kadınla ilişkili bir sorun olmamakla birlikte kadının yoksulluktan daha fazla etkilendiği söylenebilir. Her ne kadar yoksulluk nafakası Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmünde düzenlenmiş olup, eşitlik ilkesi gereği hem kadın hem de erkek tarafından talep edilebilecekse de, bu nafakanın çoğunlukla kadın tarafından talep edildiği görülmektedir. Eşlerin ekonomik bağımsızlıklarını evliliğin sona ermesinden sonra mutlak olarak tekrar kazanmaları gerektiği fikri kabul edildiğinde, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmektense kendi mesleki ve ekonomik çıkarlarına öncelik vermelerinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir³. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Türk Hukukunda aslında nafaka yükümlülüğünün aile birliğinin korunması fikrinin bir uzantısı olduğu sonucuna varılabilir. Nafaka ödeme borcu, doğrudan kadının korunmasını sağlama amacına hizmet etmemektedir. Ne var ki toplumsal nedenlerle yoksulluk nafakası daha ziyade kadın tarafından talep edilmektedir. Nafaka ödeme borcu, sonucu itibarıyla de olsa kadının korunması amacına hizmet eder.

Yoksulluk genellikle açlık ve yetersiz beslenme, barınmadan, sağlık hizmetlerinden, eğitim hizmetlerinden ve sosyal hayatın gereklerinden mahrum olma şeklinde anlaşılmaktadır⁴. Yoksulluğun mutlak ve görelî olmak üzere iki türü olduğu ifade edilmektedir. Mutlak yoksulluk hayatta kalabilmek için gerekli mal ve hizmetlere olan ihtiyaçların karşılanamaması durumu olarak tanımlanmaktadır⁵. Görelî yoksulluk ise, "yoksul hanehalkı veya birey ile o

¹ Serim, Arkan, Azra, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt (C.) LXV, Sayı (S.)1, sayfa (s.) 286.

² Öztan, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'inci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 44, S. 1-4, s. 118.

³ bakınız (bkz.) Ceylan, Ebru, *Türk Ve İsviçre hukukunda Boşanmanın Mali Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 112.

⁴ bkz. Kule, Huner / Es, Muharrem, "Türkiye'de Kentsel Yoksulluk: Kocaeli Örneği", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 50, 2005, s. 262.

⁵ bkz. Huner/Es, s. 262-263.

toplumda yaşayan ve var olan koşullara göre ortalama bir gelire sahip olan hanehalkı veya birey arasındaki gelir kaynaklarına sahip olma gücü arasındaki” açıklıktır⁶. Bu grupta olan kimseler “temel gereksinimlerini kısmen karşılayabilseler bile, eğitim, sağlık, altyapı, sosyo-kültürel katılım ve konut kalitesi açısından yeterli” imkânlarla sahip olamamaktadırlar⁷.

Yargıtay kararlarında “*yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanlar yoksul*” olarak kabul edilmeleri gerektiği ifade edilmektedir⁸. Görüldüğü üzere, görelî yoksulluk ile Yargıtay tarafından yapılan yoksulluk tanımı benzerlik göstermektedir. Ancak kanaatimizce yoksulluk tanımı ile yoksulluk nafakası talep etmenin bir şartı olan kadının yoksulluğa düşecek olması kavramları birbirlerini karşılayan kavramlar değildir. Görelî yoksulluk söz konusu toplumda yaşayan ortalama bir gelire sahip olan hanehalkı ile yoksul hanehalkı arasındaki farkı ifade ettiğinden ölçülebilir bir görelî yoksulluk sınırından söz etmek mümkündür. Yargıtay tarafından yoksulluk nafakasına hükmedilirken önceden belirlenmiş bir sınır esas alınmaz. Zira Yargıtay kararlarında özellikle eşlerin sosyal ve ekonomik durumu ile yaşam tarzlarının esas alındığı belirtilmektedir⁹. Bir kişinin sosyal ve ekonomik durumu, yaşam seviyesi bir diğerine nazaran farklılık göstereceğinden, takdir edilecek nafaka miktarları da farklılık gösterecektir. Ancak pek tabidir ki yoksulluk nafakası takdir edilirken bir kişinin evlilik süresince yaşadığı lüks hayat standardını sürdürmesini sağlayacak bir miktara karar verilmemesi gerekir. Bununla birlikte kanaatimizce boşanma sonucunda nafaka alacaklısının hayat tarzını tümüyle değiştirerek, görelî yoksulluk seviyesinin bir miktar üstünde bir standarda sahip olarak yaşamasını beklemek de, hakkaniyete ve tarafların evlilik sona ermesine rağmen devam eden yardım yükümlülüğünün niteliğine uygun düşmez¹⁰.

II. Yoksulluk Nafakasının Hukuki Niteliği

Yoksulluk nafakası alacağı kişiye bağlı bir haktır. Nafaka alacağı, nafaka alacaklısının ya da borçlusunun ölümü ile sona erecektir. Bu nedenle nafaka alacağı mirasçılara geçemez. Ancak ölüm anında muaccel olmuş olan nafaka borçları, nafaka borçlusunun mirasçılarına küllî halefiyet gereği intikal edecektir¹¹. Ayrıca, TBK m. 144(1)(3) hükmüne göre, nafaka alacağı, nafaka alacaklısının rızası olmadan takas edilemez.

III. Yoksulluk Nafakasının Şartları

⁶ Huner/Es, s. 263.

⁷ Huner/Es, s. 264.

⁸ Yargıtay HGK. E.1998/2-656, K. 1998/688, K. 07.10.1998 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), Esas (E.) 2009/2-73, Karar (K.) 2009/118, Tarih (T.) 11.3.2009; Yargıtay HGK E. 2009/2-500, K. 2009/557, T. 25.11.2009 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

¹⁰ Ancak bkz. Bozovalı, Haluk, **Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğreti ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları** Kazancı yayınları, İstanbul 1990, s. 69-70..

¹¹ Tekinay Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 271; Bozovalı, s. 83.

Yoksulluk nafakasına karar verilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu şartlar yoksulluk nafakasının talep edilmiş olması ve nafaka alacaklısının yoksulluğa düşecek olması, nafaka talep eden eşin daha ağır kusurlu olmamasıdır.

A. Yoksulluk Nafakası Talep Edilmiş Olmalıdır

Hâkim tarafından yoksulluk nafakasına karar verilebilmesi için öncelikle eşin yoksulluk nafakasını talep etmiş olması gereklidir. Ancak yoksulluk nafakasının mutlaka boşanma davasında talep edilmesi gerekli değildir. Yoksulluk nafakası TMK m. 178 hükmü uyarınca boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde de talep edilebilir¹². Bu hükme göre; *“Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar”*. Yoksulluk nafakası, boşanma davası ile birlikte istenmişse hükmün kesinleşmesiyle, ayrı bir dava ile istenmişse bu davanın açıldığı tarih itibarıyla işlemeye başlayacaktır¹³. Anlaşmalı boşanma söz konusu ise, tarafların yoksulluk nafakası üzerinde de anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması gereklidir¹⁴.

B. Yoksulluğa Düşülmüş Olmalıdır

Türk Medeni Kanununda yoksulluk kavramı tanımlanmamıştır. Ancak Yargıtay kararlarında *“yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanlar yoksul”* olarak kabul edilmektedir¹⁵. Kadın, asgari geçim standardını sağlayabilmek için sürekli ve düzenli bir geliri bulunmuyorsa, yoksulluk nafakası talep edebilir¹⁶.

Asgari geçim standardında gelir, asgari ücret anlamına gelmemektedir. Yargıtay uygulamasında yoksulluk nafakası talep eden eşin asgari ücret alıyor olması, yoksulluk nafakası ödenmesine karar verilmesine engel teşkil etmemekte ve somut olayın bütün koşulları çerçevesinde değerlendirme yapılarak sonuca varılmaktadır¹⁷. Benzer şekilde yaşlılık

¹² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (HD.) E. 2016/1197, K. 2016/1783, T. 15.2.2016 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

¹³ Bozova, s. 74.

¹⁴ Arbek, Ömer, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 1, 2005, s. 141.

¹⁵ Yargıtay HGK. E.1998/2-656, K. 1998/688, K. 07.10.1998 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

¹⁶ Yargıtay 2. HD. E. 2016/10231, K. 2016/10959, T. 2.6.2016 sayılı kararında; *“Davacı kadının asgari geçim standardını sağlayacak sürekli ve düzenli gelir getiren bir işte çalıştığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre, Türk Medeni Kanununun 175 maddesi koşullarının davacı kadın lehine oluşmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyleyken, davacı kadının yoksulluk nafakası isteğinin reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulü isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir”* (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016). Benzer şekilde Yargıtay HGK. E. 2014/2-1250 K. 2016/435 T. 30.3.2016 kararı (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

¹⁷ Yargıtay HGK. E.1998/2-656, K. 1998/688, K. 07.10.1998 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016); Yargıtay 3. HD., E. 2015/16747, K. 2016/174, T. 18.1.2016 sayılı kararında *“davacının serbest meslek sahibi olup, gelirinin tespit edilemediği, davalının ise matbaada asgari ücretle çalıştığı tespit edilmiştir. Nafaka alacaklısı kadının aldığı asgari ücretin; yukarıda belirtilen zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla, davalının eline geçen toplam gelir miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir”* (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

aylığı alınıyor olması da yoksulluk nafakasına karar verilmesine engel değildir¹⁸. Nafaka talep eden eşin malvarlığı bulunuyorsa, bu malvarlığının onun yoksulluğa düşmesine engel olup olmayacağının da dikkate alınması gereklidir¹⁹. Eş, kira geliri elde ediyorsa ve ayrıca emekli maaşı alıyorsa, bu durum eşin yoksulluğa düşmesini engelliyorsa, yoksulluk nafakası talebi reddedilecektir²⁰.

Öte yandan ödenecek yoksulluk nafakasının belirlenmesinde nafaka borçlusunun mali gücü de dikkate alınacaktır. Hâkim tarafından nafaka tayin edilirken, nafaka borçlusunun mali gücü ile nafaka alacaklısının yoksulluğu arasında bir denge kurularak karar verilecektir²¹. Nafaka borçlusu çalışmıyor olsa dahi, nafaka ödenmesine karar verilmesi de mümkündür. Bu durumda nafaka borçlusunun sosyal durumuna göre elde edebileceği gelir göz önüne alınarak nafaka takdir edilmektedir²². Öte yandan kanaatimizce kadının kendi sosyal durumuna göre bir işte çalışması mümkün ise, bu hususun da dikkate alınarak nafaka miktarının belirlenmesi gereklidir. Kadının iş hayatına yeniden dâhil olması için geçecek süre ve dâhil olma için yapılacak masrafların da dikkate alınması mümkündür. Kadının sosyal durumuna göre yeniden iş bulmasının imkân dâhilinde olup olmadığı belirlenirken söz konusu işkolundaki şartların da göz önünde bulundurulması gereklidir. Benzer şekilde yoksulluk nafakası belirlenirken, eşlerin yaşının, sağlık durumlarının da dikkate alınması yerinde olacaktır²³. Evlilik birliğinin süresi de ekonomik bağımsızlığın yeniden tesis edilip edilmeyeceğine etki edeceğinden dikkate alınmalıdır. Kısa süreli evliliklerde ekonomik bağımsızlık daha hızlı sağlanabileceğinden daha az miktarda bir nafakaya karar verilmesi mümkün olabilir. Bu hususların nafaka miktarının tayin edilmesinde dikkate alınması yerine sürekli olarak yoksulluk nafakasına karar verilmesi de mümkündür.

Yoksulluğa düşmenin boşanma sebebiyle gerçekleşmiş olması gereklidir. Yoksulluğa düşme eşin dolandırılması, iflası gibi bir sebeple gerçekleşmişse, yoksulluk nafakasına hükmedilemeyecektir²⁴.

Yoksulluk nafakası bakımından bir diğer tartışmalı husus ise, maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar verildiği hallerde, ayrıca yoksulluk nafakasına karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir. Kadının lehine maddi ve manevi tazminata karar verilmesi, ayrıca yoksulluk nafakasına karar verilmesine engel teşkil etmez. Yargıtay kararlarında da maddi ve

¹⁸ Yargıtay HGK., E. 2007/2-275, K. 2007/275, T. 16.5.2007 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

¹⁹ Yargıtay 2. HD., E. 2015/16400, K. 2015/19951, T. 27.10.2015 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

²⁰ Yargıtay 2. HD., E. 2014/27302, K. 2015/15092, T. 8.9.2015 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

²¹ Ruhi, Ahmet Cemal, **Yoksulluk Nafakası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 45.

²² Tedbir nafakası ile ilgili olarak bu yönde bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2003/2987, K. 2003/3256 T. 25.3.2003 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

²³ Ceylan, s. 113. İsviçre Hukukunda kadının 46 yaşını geçtiği, eğitimi seviyesinin yüksek olmadığı ve yabancı dil bilmediği durumlarda tekrardan ekonomik bağımsızlığını kazanamayacağı kabul edilmektedir (Schwenzer, Art. 125, Nr. 62). Ancak Türkiye’de bu belirme için tamamen farklı bir yaşın dikkate alınması toplumsal farklılıklar nedeniyle gereklidir.

²⁴ Arkan, Serim, s. 290.

manevi tazminat talepleri ile yoksulluk nafakasının hukuki dayanağının farklı olduğu, birinin diğerinin yerini alamayacağı kabul edilmektedir²⁵. Gerçekten de her iki talebin hukuki dayanağı farklı olduğu gibi, kusuru nedeniyle kadına maddi ve manevi tazminat ödemek durumunda olan erkeğin, bu yaptığı ödeme nedeniyle kadının yoksulluğa düşmeyeceğini iddia ederek yoksulluk nafakası ödemekten kurtulması kaideden mümkün olmamalıdır. Özellikle ödenen maddi ve manevi tazminat kadının asgari yaşam standardını geçici bir süre sağlayacak olmakla birlikte, kadın bir müddet sonra yine yoksulluğa düşecekse, kadın lehine yoksulluk nafakasına karar verilmelidir. Ancak tazminat miktarı olağanın dışında yüksek ve kadının yoksulluktan kurtulmasını sağlayacak nitelikte ise yoksulluk nafakasına karar verilmemesi gerekir²⁶. Benzer şekilde, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda elde edilen pay ile kadın yoksulluğa düşmekten kurutuluyorsa, bu durumda da yoksulluk nafakasına karar verilmemesi gerekir²⁷.

C. Yoksulluk Nafakası Talep Eden Tarafın Kusuru Daha Ağır Olmamalıdır

Yoksulluk nafakası talep eden eşin daha ağır kusurlu ya da kusursuz olup olmadığı tespit edilmelidir. Burada kastedilen kusurun boşanma üzerindeki etkisidir. Kaideden karşılıklı kusurların tartılması yoluna gidilerek bir sonuca varmamak gerekir. Ancak biri diğerine tepki olarak doğmuş davranışlar bakımından, bir bütün olarak değerlendirme yapılması mümkündür²⁸. Yargıtay bazı kararlarında kusur değerlendirmesinde bu tür bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Yargıtay 2. HD E. 2015/2463, K. 2015/2329, T. 20.2.2015 sayılı kararında; "*davalı-karşı davacı (kadın)'ın eşine hakaretine karşılık, davacı-karşı davalı (erkek eş)'in de, annesinin eşine hakaretlerine ve evliliğe müdahalesine sessiz kaldığı, eşini istemediğini söylediği ve aşağıladığı, boşanmaya sebep olan olaylarda davacı-karşı davalı (erkek eş)'in daha fazla kusurlu olduğu ve kocadan kaynaklanan bu eylemlerin kadının kişilik haklarına saldırı niteliğinde*" bulunduğu karar verilmiştir. Diğer yandan Yargıtay 2. HD. E. 2014/25942, K. 2015/14322, T. 2.7.2015 sayılı bir kararında "*davacı kadının davalı erkeğin annesine hakaret ettiği, davalının ailesine soğuk davrandığı, davalı erkeğin babasının cenazesine katılmadığı, buna karşılık davalı erkeğin de ailesinin uzun süre müşterek evde kalmalarına tepkisiz kaldığı, müşterek konutun kilidini değiştirdiği ve kadının boğazını sıktığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu*" oldukları kabul edilmiştir. Karara konu olaylardaki kadının hareketlerinin erkeğin annesine hakaret etme, erkeğin ailesine soğuk davranma ve erkeğin babasının cenazesine katılmama olması karşısında erkeğin kusur teşkil eden hareketi kadına şiddet kullanmasıdır. Bu tür bir durumda hareketlerden biri diğerine tepki olarak doğmuş olsa dahi, erkeğin ailesine soğuk

²⁵ Yargıtay HGK, E. 2009/2-73, K. 2009/118, T. 11.3.2009 sayılı kararında "*Her ne kadar davacı kadının SSK'dan 449,76 YTL. yaşlılık aylığı, özel sigortadan yıllık 1.324 YTL.geliri olduğu ve hükmedilen maddi tazminat miktarı gözetildiğinde yoksulluğa düşmeyeceği ileri sürülmüşse de, hükmedilen maddi ve manevi tazminatların hukuksal dayanağı ile yoksulluk nafakasının hukuksal dayanağı birbirinden farklı olup biri diğerinin yerine ikame edilemeyeceği gibi, birini alanın diğerini alamayacağının ileri sürülmesi yasal mevzuat karşısında mümkün görülmemektedir*". Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., E. 2009/2-500, K. 2009/557, T. 25.11.2009 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

²⁶ Uzun, Mine, **Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası**, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 49.

²⁷ Arkan, Serim, s. 300.

²⁸ Cemal, Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık, 2000, C. IV, S. 1-2, s. 25.

davranmanın hatta erkeğin babasının cenazesine katılmamanın boşanmaya etki etmede şiddet ile eşit ya da orantılı değerde olduğunu kabul etmek oldukça zordur. Tarafların eşit kusurlu kabul edilmesiyle kadının ödeme gücü bulunması halinde, kadını kasten yaralamış erkeğin de kadından yoksulluk nafakası talep etmesi mümkün olacaktır. Kanaatimizce bu tür bir sonuç kabul edilemezdir. Her ne kadar İsviçre Medeni Kanunu yoksulluk nafakasını kusur ile ilişkilendirmemiş olsa da, Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmasında, İsviçre Medeni Kanununun yol gösterici mahiyette dikkate alınması mümkündür.

İsviçre Hukukunda yoksulluk nafakası takdir edilirken kusurdan bağımsız bir değerlendirme yapılmaktadır. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu m. 125(3) hükmünde, nafaka alacaklısı eşin, nafaka alması açıkça hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse, nafaka talebinin reddedilebileceği ya da azaltılabileceği düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu m. 125(3) hükmüne göre, nafaka alacaklısı evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü ağır şekilde ihmal etmişse, yoksulluğa kendi kasıtlı bir davranışı ile düşmüşse, diğer eşe ya da onun yakınına karşı ağır bir suç işlemişse, nafaka talebi reddedilebileceği gibi indirilebilir. İsviçre Hukukundaki nafaka talebinin reddedilmesi ya da indirilmesi sebepleri esasen cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri ile benzerlik göstermektedir²⁹. Ancak cezai mirasçılıktan çıkarma için saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olması gereklidir. Hâlbuki nafakanın indirilmesi ya da nafaka talebinin reddedilmesi için evlilik birliği giderlerine katılmama yeterlidir. Evlilik birliği giderlerine maddi olarak destek olunmaması gibi ortak çocuğun giderlerine katkı sağlanmaması da bu kapsamda değerlendirilir³⁰. Ancak bu yükümlülüğün ağır ihmal teşkil etmesi için kadının düzenli olarak bu yükümlülüğü ihmal etmesi gerekir³¹. Ağır suç teşkil eden bir fiilden kasıt, "ağır cezalı bir suç" anlamına gelmemekte, fiilin niteliği dikkate alınmaktadır³². Adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs, ağır yaralama bu kapsamda değerlendirilebilir³³. Kanaatimizce Türk Hukukunda da nafaka alacaklısına nafakanın ödenmesinin adil olmayacağı, hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hallerle sınırlı olarak nafaka talebinin reddedilmesi gereklidir.

TMK m. 175(2) hükmüne göre, nafaka yükümlüsü olacak eşin kusuru bulunması gerekmez. Her iki eş kusursuz da olsa, nafaka yükümlülüğü doğabilir. Akıl hastası olan eşe bir kusur atfedilemeyeceğinden ondan manevi tazminat talep etmek mümkün olmasa da, nafaka talep edilmesi mümkündür³⁴.

Son olarak belirtelim ki, TMK m. 175 hükmünün lafzı gereği eşit kusur halinde yoksulluk nafakası talep edilebilecek olsa da, TMK m. 174 hükmüne göre, kadının maddi ve manevi tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda eşlerin eşit kusurlu sayılması aslında nafaka talep edilmesine engel teşkil etmez. Diğer şartlar da gerçekleşiyse (örneğin

²⁹ Cezai mirasçılıktan çıkarma hakkında bkz. Yağcı, Kürşad, **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

³⁰ Schwenzer, Ingeborg, **Scheidung Band I: ZGB, Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung / Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen, Zweite Auflage** 2011, Art. 125, Nr. 84 ve 86.

³¹ Schwenzer, Art. 125, Nr. 87.

³² Yağcı, s. 206.

³³ Schwenzer, Art. 125, Nr. 96.

³⁴ Ceylan, s. 110.

erkeğin ödeme gücü bulunması gibi) kadının eşit kusuru bulunmasına rağmen nafaka talep edebilmesi mümkündür.

III. Yoksulluk Nafakasının Değişen Şartlara Uyarlanması

TMK m. 176(4) hükmüne göre, "*Tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir*". Bu hükme göre, azaltma ya da artırmaya karar verilebilmesi için, tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin haklı göstermesi gereklidir. Nafaka alacaklısının çalışma gücünü yeniden kazanması, nafaka alacaklısına büyük bir miras kalkması³⁵ ya da nafaka borçlusunun çalışma gücünün azalması nafaka miktarında değişiklik yapılmasına sebep olabilir³⁶. Nafakanın azaltılması sebeplerini nafaka alacaklısının mali gücünün artması, nafaka borçlusunun mali gücünün azalması ya da giderlerinin artması şeklinde üç gruba ayırmak da mümkündür. Tarafların mali durumlarının değişmesinin kayda değer ölçüde ve kalıcı olması gereklidir. Örneğin erkeğin emekli olması bu kapsamda değerlendirilebilir.

TMK m. 176(5) hükmüne göre, "*Hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir*". Bu halde hâkim belirli bir oran üzerinden her yıl artırım yapılacağına karar vermez. Ancak her yıl Türkiye İstatistik Kurumunun yayınladığı Üretici Fiyat endeksi oranında bir artırım yapılmasına karar verebilir³⁷. Bu düzenleme ile nafaka alacaklısı her yıl dava açarak, nafaka artırım talebinde bulunma zorunluluğundan kurtarılmış ve enflasyon nedeniyle para değerinin düşmesine karşı korunmuş olmaktadır³⁸.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, nafakanın artırılması daha sonra açılan bir dava ile talep edilmişse de, "nafakanın takdir edildiği tarihe göre olağanüstü bir değişiklik olmadığı takdirde; yoksulluk nafakası TÜİK'in yayınladığı ÜFE oranında" artırılmaktadır³⁹. Esasen bu artırım enflasyon nedeniyle meydana gelen para değerindeki azalmadan kaynaklanmaktadır.

Öte yandan Yargıtay'a göre, anlaşmalı boşanmada taraflarca imzalanmış olan ve hâkim tarafından onaylanmış sözleşmenin, Borçlar Hukuku kurallarına tabi olması⁴⁰ nedeniyle

³⁵ Yargıtay 3. HD E. 2016/5196, K. 2016/9854, T. 23.6.2016 sayılı kararında "*Boşanma neticesinde davalı lehine aylık 210 TL yoksulluk nafakasına hükmedildiği, davacı-birleşen dava davalısı kadının boşanma dava dosyasında asgari ücretle çalıştığı bu davanın açıldığı tarih itibarıyla emekli olup, aylık 1.76.18 TL aylık aldığı, davalının ise kıdemli albay emeklisi olduğu, aylık 4.200 TL civarı gelirinin olduğu,... şehirde taşınmazı olduğu tespit edilmiştir. Ancak mahkemece, davacının vefat eden babasından kendisine intikal eden taşınmazlar olup olmadığı, bu taşınmazlardan aldığı kira gelir miktarı ile babasından yetim aylığı alıp almadığı, alıyorsa ise almış olduğu aylık maaş miktarı araştırılmamıştır*" (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

³⁶ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 151-152.

³⁷ Ruhi, s. 52.

³⁸ Arbek, s. 147.

³⁹ Yargıtay 3. HD., E. 2015/16493, K. 2016/855, T. 27.1.2016; Yargıtay 3. HD., E. 2015/10787, K. 2015/14775, T. 1.10.2015; Yargıtay 3. HD., E. 2014/16097, K. 2015/2634, T. 19.2.2015 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁴⁰ Anlaşmanın hâkimin onayı ile hüküm doğuracak bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Tekinay, s. 287; Anlaşmanın hâkim onayından önce de Borçlar Hukuku kurallarına tabi olduğu yönünde bkz. Elçin Grassinger, Gülçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda

tarafların mali durumunda bir değişiklik meydana gelmesi nafakanın artırılması ya da azaltılması için yeterli olmaz. Ayrıca bu durumun öngörülemez olması ve tarafların sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemez olması da gereklidir. Bu şartlar gerçekleşmediği müddetçe nafakanın indirilmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir⁴¹.

Yargıtay bir kararında⁴², nafaka alacaklısının "öğretmen olduğu ve gerekirse yeniden göreve başlayabileceği öngörülerek nafakanın kabul edildiği değerlendirildiğinde, boşanmadan iki yıl sonra işe başlanmış olması ileri sürülerek yoksulluk nafakasının kaldırılmasının istenmesi sözleşmeye bağlılık ve iyi niyet kuralları ile bağdaşmamakta ise de, boşanma sonrasında davacının emekli olduğu, gelirin azaldığı iddia edilerek nafakanın kaldırılması" isteğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay kararına⁴³ konu bir başka olayda mahkemece nafakanın belirlendiği tarihte çalışmayan kadın lehine aylık 1000 TL yoksulluk nafakasına karar verilmiş ve iki yıl sonra kadın çalışmaya başlamış, erkek ise yeniden evlenmiş, çocuğu olmuş ve giderlerinde artış meydana gelmiştir. Erkek tarafından nafakanın kaldırılması, bu mümkün değilse 400 TL'ye indirilmesi talep edilmiştir. Erkeğin geliri 8.000 TL iken, yeniden çalışmaya başlamış olan kadının geliri 2.200 TL'dir. Yerel mahkeme tarafından nafakanın kaldırılması talebi kabul edilmiştir. Yargıtay tarafından söz konusu karar " *tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilip, nafaka takdir edilirken taraflar arasında mevcut olan denge durumu da dikkate alınarak, davalının yoksulluğunun ortadan kalkmadığı kabul edilerek, (çoğun içinde azı da vardır ilkesi*

Anlaşma Yapmaları Ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 3, 1997, s. 237-238.

⁴¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2016/6064, K. 2016/10176 T. 27.6.2016 sayılı kararında "Nafaka iradı, tarafların yaptıkları sözleşmeye dayansa bile indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir. Sözleşmede, edimler arasındaki denge, umulmadık gelişmeler yüzünden bozulacak olursa sözleşme koşulları değişen maddi koşullara uyulanır. Buna göre, sözleşenlerin eğer gelişmeleri baştan kestirebilselerdi, sözleşmeyi bambaşka koşullarla kurmuş olacakları söylenebiliyorsa, ayrıca, beklenmeyen gelişme yüzünden sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için özveri sınırının aşılması anlamına geliyorsa, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde taraflardan sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla bağlı kalmaları beklenemiyorsa, sözleşmeye hakim müdahalesi gündeme gelebilir. Ancak sözleşme ile kararlaştırılmış ve hakim tarafından onaylanmış olan iradın, yasada aranan şartlar gerçekleşmeden tamamen kaldırılmasını ya da indirilmesini istemek hakkın kötüye kullanılması mahiyetini arzeder. Bunun gibi sırf boşanmayı sağlayabilmek için, bilerek ve isteyerek mali gücünün üzerinde bir yükümlülüğü üstlenen ya da karşı tarafın mali durumunun iyi olduğunu ve geçinmek için nafakaya ihtiyacı olmadığını bilen kişinin, sonradan bu yükümlülüğün kaldırılması veya azaltılması yönünde talepte bulunması da iyiniyet, doğruluk, dürüstlük ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile bağdaşmaz. Ancak Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddelerine aykırı bulunmayan karşılıklı sözleşmelerde, edimler arasındaki denge, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulacak olursa, sözleşme koşulları değişen koşullara uyulanır. Buna göre, sözleşenlerin eğer gelişmeleri baştan kestirebilselerdi, sözleşmeyi bambaşka koşullarla kurmuş olacakları söylenebiliyorsa, ayrıca, beklenmeyen gelişme yüzünden sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için özveri sınırının aşılması anlamına geliyorsa, nihayet, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde taraflardan sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla bağlı kalmaları beklenemiyorsa, sözleşmeye hakim müdahalesi gerekebilir" (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁴² 3. HD. E. 2006/189, K. 2006/1831, T. 7.3.2006 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁴³ Yargıtay 3. HD. E. 2016/4619, K. 2016/5479, T. 11.4.2016 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

gereğince) TMK'nın 4. maddesinde vurgulan hakkaniyet ilkesi gereğince, nafakanın uygun bir miktarda indirilmesine karar vermek olmalıdır" gerekçesi ile bozulmuştur.

Yine başka bir Yargıtay kararına⁴⁴ konu olayda kadın için 750,00 TL yoksulluk nafakasına karar verilmiştir. Erkeğin ise yeniden evlendiği, çocuğu olduğu, harcamalarının arttığı, kiracısı çıktığı ve kentsel dönüşüm nedeni ile kiracı bulamadığı, davalının ise kira geliri olduğu iddia edilmiştir. Yargıtay tarafından ise " *tarafların ekonomik ve sosyal durumu ayrıntılı olarak araştırıldıktan sonra, tarafların ekonomik ve sosyal durumları gözetilip, nafaka takdir edilirken taraflar arasında mevcut olan denge durumu da dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken; nafaka miktarını protokolle üstlenildiği ve nafakanın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte ekonomik durumunda değişikliğin olduğunu da kanıtlanamadığı gerekçesiyle; eksik araştırma ve inceleme sonucu, yoksulluk nafakasının kaldırılması talebinin*" reddedilmesi doğru görülmemiştir.

Yargıtay kararlarında, anlaşmalı boşanma halinde nafaka miktarının artırılması talep edildiyse işlem temelinin çökmesi (*clausula rebus sic stantibus*) teorisi uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere, anlaşmalı boşanmadan kısa süre sonra kadının sosyal durumuna göre çalışmaya başlaması öngörülebilir ise, bu durum tek başına nafakanın kaldırılması için yeterli sebep sayılmamaktadır. Ancak özellikle erkeğin gelirinin azaldığı ya da harcamalarının arttığı hallerde yoksulluk nafakasının indirilmesine karar verilmektedir.

Gerçekten de anlaşmalı boşanma halinde imzalanmış olan sözleşme, Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğundan, nafaka artırımı, nafaka bedelinin uyarlanması koşullarına tabidir. Ancak nafakanın hâkim tarafından takdir edildiği hallerde de nafakanın artırımı, kanuni uyarlama niteliğindedir⁴⁵. Hâkim tarafından nafakanın artırımı ya da indirilmesi taleplerinin değerlendirilmesi, nafaka miktarının tayin edildiği mahkeme kararının hukuka uygunluk denetimi anlamına gelmemektedir. Bu nedenle sadece nafakanın takdir edildiği andan sonra meydana gelen değişimlerin dikkate alınması gereklidir. Nafaka miktarı tayin edilirken kadının sosyal konumuna göre bir işte çalışmasının mümkün olup olmadığının dikkate alındığı ifade eden Yargıtay kararlarına rastlanmamıştır. Kanaatimizce nafaka miktarının hem mahkemece tayin edildiği hem de anlaşmalı boşanma halinde tarafların anlaşmasıyla belirlendiği hallerde kadının sosyal durumuna göre yeniden bir işte çalışması öngörülebilir ise, nafaka miktarının belirlenmesinde bu hususun dikkate alınması gerekir. Kadının işe başlamış olması sebebiyle açılacak nafakanın azaltılması taleplerinin, tıpkı taraflarca anlaşma ile belirlenmiş nafaka miktarının azaltılması davalarında olduğu gibi, öngörülebilirlik değerlendirmesinde dikkate alınması gereklidir.

IV. Yoksulluk Nafakasının Ödenme Şekli ve Süresi

TMK m. 176 hükmüne göre, hâkim nafakanın toptan ya da irat şeklinde ödenmesine karar verebilir. Uygulamada nadiren nafakanın toptan ödenmesine karar verilmektedir⁴⁶. Nafakanın ödenme şekli belirlenirken, nafaka borçlusunun toptan şekilde nafakayı ödeme gücü bulunup bulunmadığı öncelikle dikkate alınmalıdır. Erkeğin sadece aylık maaş aldığı

⁴⁴ Yargıtay 3. HD., E. 2016/6159, K. 2016/9575, T. 20.6.2016.

⁴⁵ Baysal, Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, Oniki Levha yayıncılık, İstanbul 2009, s. 213.

⁴⁶ Ruhi, s. 51.

başkaca bir malvarlığının bulunmadığı bir durumda nafakanın toptan ödenmesine karar verilmesi mümkün olmaz⁴⁷. İrat şeklinde ödenecek nafakada olduğu gibi toptan ödenecek nafakada da, nafaka miktarı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, nafakanın niteliği, nafaka yükümlüsünün mali gücü dikkate alınarak belirlenir⁴⁸. Yargıtay bir kararında toptan ödenecek yoksulluk nafakasının belirlenmesinde iki yıllık sürenin esas alınmasını kısa bulmuştur⁴⁹.

TMK m. 175 hükmüne göre nafaka süresiz olarak istenebilecektir. eMK m. 144 hükmüne göre; *"Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkum edilebilir"*. Ancak bu hüküm 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanunun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanunun 6. Maddesi ile *"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir"* şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre artık yoksulluk nafakası talep süresi bir yıl süreyle sınırlı olmadığı gibi, yoksulluğun büyük olması da gerekmecektir. Ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için kadının refah halinde bulunmasının aranması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle TMK m. 175 hükmü yerinde olarak *"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz"* şeklinde bir düzenleme getirmektedir.

TMK m. 175 hükmündeki "süresiz olarak" ibaresinin Anayasa m. 2, m. 10 ve m. 41 hükümlerine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinden hükmün iptali istenmiştir. Yerel Mahkemece nafakanın süresiz olmasının nafaka borçlusunu ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına soktuğunu, boşanmakla ortak hayatları biten kişileri birbirlerine sürekli olarak bağımlı kıldığını ifade etmiştir. Doktrinde de Yerel Mahkemece ileri sürülen görüşlere benzer şekilde nafakaya süresiz olarak karar verilebilmesi eleştirilmektedir⁵⁰. Arbek'e göre, özellikle hak düşümü ve zamanaşımı sürelerinin kabul edildiği bir sistemde nafakanın süresiz olarak mülkiyet hakkıymış gibi ileri sürülememesi gerekir. Ayrıca yazar

⁴⁷ Yargıtay 2. HD. E. 2014/13298, K. 2014/25197, T. 10.12.2014 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁴⁸ Yargıtay 2. HD. E. 2010/7918, K. 2010/10493, T. 31.5.2010 (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁴⁹ Yargıtay 2. HD. E. 2010/7918, K. 2010/10493, T. 31.5.2010 sayılı kararında "Mahkemece, davacı yararına toptan ödeme şeklinde yoksulluk nafakasına hükmedilmiş, toptan ödemeye ilişkin gerekçede; "davacının yaşı, tarafların evlilik hayatlarının kısa süreli olması, evlenme ve iş bulma şansının yüksek olduğundan" bahisle "iki yıllık nafaka tutarının tüm yoksulluk nafakası haklarını karşılamak üzere toptan ödeme miktarının belirlendiği" açıklanmıştır, kuşkusuz yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilebilir. (T.M.K. m. 176/1) Toptan ödenmesine karar verilmesi halinde de, nafaka miktarı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, nafakanın niteliği, nafaka yükümlüsünün mali gücü dikkate alınarak belirlenmelidir. Aylık irat biçiminde ödeme halinde süresiz takdir edilebilecek olan yoksulluk nafakasının, toptan ödeme halinde nafaka tutarının "iki yıllık süre" nazara alınarak belirlenmesi yasaya uygun değildir. Öyleyse toptan ödeme tutarının da yasal ölçüler dikkate alınarak tespiti gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır" (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁵⁰ Arbek, s. 145-146; Ruhi, s. 46.

toplumsal bir olgu olan yoksulluğun, nafaka borçlusu üzerinde bırakılmasının hakkaniyete de aykırı olduğu fikrindedir⁵¹.

Kanaatimizce nafakanın kural olarak belirli bir süreye bağlı olması halinde, nafaka miktarının tayininde hangi ölçütlerin esas alınacağını tespit etmek güçlük arz edecektir. Bu halde nafaka aslında toptan olarak belirlenmiş ancak taksitlere bağlanmış olacak ve nafakanın irat şeklinde belirlenmesi işlevsizleşecektir. Somut olayın bütün koşulları değerlendirilerek nafaka miktarının indirilmesine ya da kaldırılmasına karar verilmesi, esasen hakkaniyete daha uygundur. Zira nafaka miktarı TMK m. 176(4) hükmüne göre indirilebileceği gibi, TMK m. 176(3) hükmüne göre tümüyle kaldırılabilir. Örneğin nafaka borçlusunun işten çıkarılması ya da yeniden evlenmesi hallerinde, nafaka borçlusunun ekonomik durumu dikkate alınarak, nafakanın indirilmesine karar verilebilir. Öte yandan nafaka miktarının belirlenmesi ve değişikliği taleplerinde **tarafaların** ekonomik ve sosyal durumları dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce kadının kendi sosyal durumuna göre bir işte çalışmasının mümkün olup olmadığı hâkim tarafından göz önüne alınarak nafaka miktarı tayin edilmeli ya da değiştirilmelidir. Ancak kadının sosyal durumuna göre bir işte çalışması mümkün değilse, yoksulluk durumu ortadan kalkmadıkça, nafaka borçlusunun ödeme gücüyle orantılı, kadının asgari gereksinimlerini karşılayabileceği bir nafaka ödemesi hakkaniyete daha uygundur.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de E.2011/136, K. 2012/72 sayılı kararında “İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması” gerektiği gerekçesi ile talebi reddetmiştir.

V. Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi

TMK m. 176(3) hükmünde irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının sona erme sebepleri düzenlenmiştir. TMK m. 176(3) hükmüne göre; “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır”. Bu hükme göre, yoksulluk nafakası kendiliğinden ya da mahkeme kararı ile sona erebilir. Taraflardan birinin ölümü ya da nafaka alacaklısının yeniden evlenmesiyle birlikte, yoksulluk nafakası herhangi bir mahkeme kararı alınmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Her iki

⁵¹ Arbek, s. 145-146.

durumda da resmi belgenin icra müdürlüğüne ilgili takip dosyasına konulmak üzere sunulması gereklidir. Ancak uygulamada bu şekilde belge ibrazı ile icra müdürlüğünde takip dosyası kaldırılmamakta ve icra hukuk mahkemesinden takibin kaldırılması talep edilmesi gerekmektedir⁵².

Yoksulluk nafakasının mahkeme kararı ile kaldırılması gereken haller ise, nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi, yoksulluğunun ortadan kalkmasıdır. Nafaka alacaklısının adam öldürmesi haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilmelidir⁵³. Yargıtay kararına konu bir olayda, kadının kredi kartı bilgileri GSM operatörü faturalarını dikkate alınarak lüks kozmetik harcamalarında bulunduğu, yurtdışına çıktığının tespit edilmesi ile Yerel Mahkemece haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle açılan nafakanın kaldırılması davasının kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay tarafından tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak indirilmesi gereken nafakanın tümüyle kaldırılması yerinde görülmemiştir⁵⁴. Kanaatimizce Yargıtay'ın söz konusu olayda kadının kredi kartı ekstrelerini ve GSM operatörü faturalarını dikkate alarak kadının haysiyetsiz hayat sürdüğüne karar vermeyip, bu durumu yoksulluğun ortadan kalkıp kalkmadığı yönünde değerlendirmesi yerindedir. Haysiyetsiz hayat sürme halinde nafaka yükümlülüğünün sona ermesi, bu tür bir hayat yaşayan kimsenin eski eşinden ekonomik olarak sağlamlasının uygun olmaması fikrinden kaynaklanmaktadır⁵⁵.

Yargıtay tarafından yoksulluğun ortadan kalkıp kalkmadığını değerlendirirken, yoksulluk nafakasını takdir etmek için esas alınan ölçütler kullanılmaktadır. Örneğin boşanma esnasında

⁵² Ruhi, s. 55.

⁵³ Yargıtay 3. HD, E. 2013/20910, K. 2014/6283 T. 17.4.2014 sayılı kararında “davalının yakın akrabayı tasarlayarak öldürme suçundan davasının devam ettiği, nafakanın kaldırılmasını bu nedene dayandırdığı, ancak davalının haysiyetsiz hayat sürdüğüne dair iddianın sübut bulmadığı, davacının maddi durumunda herhangi bir kötüleşmesinin ispatının yapılamadığı, davacının iyi niyetli olmadığı gerekçesi ile ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir...Somut olayla ilgili olarak; İstanbul 21. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2012/302 Esas sayılı dosyası ile davalı hakkında ceza davası açıldığı ve davanın derdest olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, bahsi geçen ceza dosyasının bu davanın sonucuna olabilecek etkisi gözetilmeden anılan ceza davasının sonucunun bu dava için bekletici mesele yapılması gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak hükmün tesisi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁵⁴ Yargıtay 3. HD. E. 2015/4169, K. 2015/12395, T. 2.7.2015 sayılı kararında “Mahkemece, dosya içerisine alınan davalıya ait kredi kartı ekstreleri, GSM fatura dökümleri dikkate alınarak mahkemece davalının lüks kozmetik harcamaları bulunduğu, yurt dışı gezilerine çıktığı gerekçe gösterilerek davanın kabulü ile davalı lehine boşanma sonucu hükmedilmiş olan yoksulluk nafakasının kaldırılması yoluna gidilmiştir. Ancak, tarafların sosyal ve ekonomik durum raporları incelendiğinde görüleceği üzere, davalı çalışmamakta ve herhangi bir geliri bulunmamaktadır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamaları gözetilerek, davacının nafakanın kaldırılması olmadığı takdirde indirilmesi yönünde talebi olduğu da dikkate alınarak, TMK'nın 4. maddesinde düzenlenen hakkaniyet ilkesi nazara alınmak suretiyle, “çoğun içinde az da vardır ilkesi de nazara alınarak” davalının sosyo-ekonomik durumuna göre nafakanın indirilmesi şartlarının oluşup oluşmadığı tartışılarak hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken; yamılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

⁵⁵ Camcı, Ömer, *Boşanma Davası ve Yoksulluk Nafakası*, İstanbul 1998, 111.

çalışmayan bir kadının daha sonra asgari ücretle bir işe başlaması halinde de kadın yine de yoksulluktan kurtulamıyorsa, nafakanın kaldırılması sebebi doğmamış kabul edilmelidir⁵⁶.

Sonuç

Yoksulluğa düşme durumu sadece temel gereksinmelerini kısmen karşılayabilme ancak, eğitim, sağlık, altyapı, sosyo-kültürel katılım ve konut kalitesi açısından yeterli imkâna sahip olmamayı ifade etmez. Yoksulluk nafakasının talep edilme şartı olan yoksulluğa düşme, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak belirlendiğinden, göreceli yoksulluktan farklıdır. Ancak Türk Medeni Kanunu m. 175 anlamında yoksulluğa düşme de, göreceli olma niteliğini haizdir. Bu doğrultuda asgari ücret alınması, yoksulluk nafakasına karar verilmesine engel değildir. Kadının asgari ücret düzeyinde bir gelire sahip olmasına rağmen nafaka borçlusunun mali durumu ile orantılı olarak yoksulluk nafakası tayin edilebilir. Yoksulluk nafakası miktarı belirlenirken, evliliğin süresi, eşlerin yaşı, kadının ve erkeğin sosyal durumlarına göre elde edebilecekleri gelir gibi hususların dikkate alınması gereklidir. Yoksulluk nafakası ister hâkim kararıyla ister anlaşmalı boşanma halinde eşler arasında kurulmuş sözleşme ile belirlenmiş olsun, nafaka miktarının azaltılması ya da artırımı için önceden öngörülemeyen bir değişikliğin gerçekleşmiş olması gereklidir. Hâkim tarafından uygun görüldüğü takdirde bir süre ile sınırlı olmak üzere yoksulluk nafakasına karar verilebilir. Ancak yoksulluk nafakasının kural olarak süre ile sınırlı olması gerektiğinin kabulü, irat şeklinde yoksulluk nafakasına karar verilmesini işlevsizleştireceği gibi hakkaniyete de uygun düşmez. Yoksulluk nafakası irat şeklinde tayin edildiyse nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ya da nafaka alacaklısı ya da borçlusunun ölümü ile kendiliğinden sona erer. Nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde nafaka, mahkeme kararı ile sona erecektir.

⁵⁶ Yargıtay HGK E. 2007/3-84 K. 2007/95 T. 28.2.2007 sayılı kararında "Davalı (kadın) boşanma sırasında bir işte çalışmamaktadır. Kendisine aylık 100.000.000 lira yoksulluk nafakası bağlanmıştır. Boşanmadan sonra asgari ücretle (aylık 350 YTL maaşla) işe girmiştir. Aldığı nafaka ile geçinmesi günümüz ekonomik koşullarında mümkün görünmediğine göre; işe girip çalışması zorunluluk arz etmektedir. Aldığı nafaka miktarı ile, çalışarak elde ettiği asgari ücret miktarı toplamı ise, onu, yoksulluktan kurtaracak düzeyde değildir" (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 01.09.2016).

Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)

Arş. Gör. Barış Demirsatan*

I. Giriş

Yoksulluk, aile ilişkileri çerçevesinde bazı şartların varlığı halinde Türk Medenî Kanunu tarafından giderilmesi istenen bir olgu olarak ele alınmış ve bu hususta dolaylı veya doğrudan birtakım düzenlemeler sevk edilmiştir. MK m. 364 ila 366 hükümleri arasında düzenlenen yardım nafakası da yoksulluğa karşı Medenî Kanunun öngördüğü doğrudan önlemlerin başında gelmektedir.

II. Temel Dayanakları

a. Soybağı ilişkisine dayanması

MK m. 364 hükmü ile yardım nafakası yükümlülüğü altsoy ve üstsoy ile kardeşler¹ arasında tesis edilmiştir. Buna göre yardım nafakası yükümlülüğünün var olabilmesinin ilk koşulu nafaka alacaklısı ile borçlusu arasında belirtilen şekilde soybağının bulunmasıdır. Başka bir deyişle yardım nafakası, soybağı ilişkisinin bir sonucudur.

Öte taraftan, hukuka uygun olarak doğmuş bir soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması mümkün olmadığından, yardım nafakası ilişkisi her zaman ilgilileri arasında doğabilir. Oysa soybağı ilişkisi bulunan kişiler arasında yardım nafakasını meşru kılacak bir manevi birlik her zaman bulunmayabilir. Böyle bir tablo vuku bulduğunda her halükarda taraflar arasında yardım nafakası ilişkisinin doğabileceğini kabul etmek yerinde olmaz.

MK m. 365/III hükmü, “Nafakanın, yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir.” ifadesiyle soybağı ilişkisinin zayıfladığı hallerde, hakkaniyete aykırılık teşkil edecek diğer durumlarla birlikte nafaka isteminin yöneltilmesine karşı dayanak oluşturmaktadır². Bu yönüyle düzenlemenin

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı – baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

¹ Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarındaki benzer düzenlemelerde kardeşlerin böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı gözlemlenmektedir. Almanya için: **Heidemarie Schloms**, “Alman Hukukunda Çocukların Nafaka Hakkına, Özellikle Adli Memurlara Yüklenen Görevler Bakımından Genel Bir Bakış”, Çeviri: Hasan Seçkin Ozanoğlu, AÜHFD, 2001, C. 50, S. 1, s. 153 vd.; İsviçre için: **Philippe Meier**, “La dette alimentaire (art. 328/329 CC) Etat des lieux”, RNRF 91/2010, s. 9; Fransa için: **Jean Garrigue**, Droit de la famille, Paris, 2015, N. 929 ve 931. Türk hukukunda kardeşlerin mirasta saklı payının kaldırıldığı dikkate alındığında kardeşler açısından bu yükümlülüğün devam etmesi öğretide sorgulanmaktadır: **Seda İrem Çakırca**, “Kardeşler Arası Nafaka Yükümlülüğü”, AÜHFD, 64(1) 2005, s. 97-98; Genel olarak yardım nafakasının feodal aile yapısının kalıntısı olduğu, işlevini geniş ölçüde yitirdiği hakkında: **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, §5 N. 95

² Karş. Hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirme yapılacağı şeklinde: **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 1203

yardım nafakası davası hakkının kötüye kullanılmasıyla (MK m. 2) bağlantılı olduğu görüleceğinden, bu durum nafaka davasında hâkim tarafından re'sen gözetilmek gerekecektir. Bu hususta yargılamada değerlendirme yapılırken, nafaka davasını açan kişinin şahsında, yükümlü ile arasında aile bağı yok edecek sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmek gerekir. Örnek olarak en ufak bir ailevi ilişkiyi kurmaktan sebepsiz olarak kaçınan kişinin durumu verilebilir. Cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri de bu bağlamda örnek sayılabilir, fakat değerlendirme yine bu hüküm özelinde yapılmak gerekir. Ancak genel olarak, şahsında mirastan çıkarma sebebi gerçekleşmiş kişinin, yardım nafakası talep edebilmesinin düşük bir olasılık olacağı ifade edilmelidir³. Yardım nafakası alacaklısı nafaka borçlusunu mirasçılıktan çıkarmış olsa dahi, soybağı ilişkisi sürdüğünden ve şahsından kaynaklanan bir sebep bulunmadığından bu istem ileri sürülebilir. Nafaka yükümlüsünün aile bağlarını yok edecek eylemlerine karşın bu yükümlülüğünden kurtulması, soybağı ilişkisinin varlığını sürdürmesi sebebiyle olanaksızdır. Tek başına aile bağının zayıflamış olması, kişinin yaşayış tarzı⁴ tek başına nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya yeterli değildir.

Bununla birlikte yargı uygulaması, MK m. 365/III hükmünün uygulama alanını sadece birden fazla olası yardım nafakası yükümlüsünün bulunduğu ihtimallerle sınırlamakta olup diğer durumlarda MK m. 2'ye başvurulması gerektiği şeklindedir⁵. Oysa MK m. 365/III, lafzı itibarıyla yardım nafakası istemine karşı genel bir sınırlama getirmektedir. Madde gerekçesinde⁶ de “...Hâkim, nafaka yükümlüsünün bir veya birden çok olması hâlinde, bunlardan hangisinden nafaka istenebileceğini veya bir kaç nafaka yükümlüsünün her birinin yükümlü olduğu nafaka miktarını hakkaniyete göre belirleyeceği gibi, nafakanın miktarını durum ve koşullara göre hakkaniyet ölçüsünde kaldırabilecek veya azaltabilecektir...” ifadesiyle mevcut uygulamanın aksinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İsviçre’de de muadil düzenleme olan İMK m. 329/II (“Özel koşullar nedeniyle, borçludan yükümlülüğünü yerine getirmesi hakkaniyete aykırı görülüyorsa hâkim,

³ Bu konuda genel olarak bkz. ve karşı. **Cem Baygın**, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 448; **Selin Sert**, “Mirastan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, TAAD, Yıl: 5, S. 16 (Ocak 2014), s. 240-241; Nafaka alacaklısının ruhsal durumu nedeniyle aile bağlarının zayıflaması halinde nafaka tutarının indirilmesinin söz konusu olamayacağı hakkında: JdT 2012 III 210. Bununla birlikte, yardım nafakası borcunun ifa edilmemesi mirasçılıktan çıkarma için yeterli bir neden olabilir: **Pascal Montavon**, Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC / LPart, 2013, s. 418; **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 207

⁴ **Feyzi N. Feyzioğlu**, Aile Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: **H. Cumhur Özakman/M. Enis Sarıal**), İstanbul, 1986, s. 581

⁵ **Baygın**, s. 448; **Meltem Demiral**, “Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliği Hakkında Bir Yargıtay Karar İncelemesi”, DEÜHFD, Cilt: 11, 2009 (Özel Sayı), s. 1131 vd. Yazar ayrıca örtülü bir kanun boşluğunun var olduğunu ve bu boşluğun MK m. 365/III hükmünün kıyasen uygulanarak doldurulacağı fikrindedir. Eğitim nafakası bakımından ergin çocuğun anan baba ile kişisel ilişkiyi çekilmez hale getirmesi halinde eğitim nafakasına hükmedilmeyeceği hakkında: **Ali Sonat**, “Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 1, s. 270-271; Yarg. 3. HD., 27.12.2010, 19483/21732 (**Ali İhsan Özüğür**, Nafaka Hukuku, Ankara, 2015, s. 824-825); Yarg. 3. HD., 22.1.2008, 19271/860 (www.kazanci.com): “O nedenle, kural olarak nafaka yükümlülüğünün kaldırılması için birden çok nafaka yükümlüsünden talep edilmesi ve yükümlülerden birinin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğerinden talep edilmesinin hakkaniyete aykırı bulunması gerekir. Bunun dışında nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasını düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamaktadır.” Ayrıca bu kadarda Yargıtay altsoyun nafaka yükümlülüğü bakımından daha dar bir yorumu benimseyerek dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesi ile nafaka alacaklısı üstsoyun talebinin bertaraf edilemeyeceğini isabetsiz olarak kabul etmiştir. Oysa dürüstlük kuralına uymak alt veya üstsoy bakımından özdeşlik gösterir. İsviçre’de ise uygulama genel olarak ailevi bağın hiç kurulmadığı hallerde nafaka isteminin reddi şeklindedir: İFM, 21.2.2002, 5C.298/2001 (Swisslex); **Meier**, s. 29

⁶ Metin için: Lexpera çevrimiçi hukuk bilgi bankası

yardım nafakası borcunu azaltabilir veya kaldırabilir.”) hükmü genel bir sınırlama kabul edilmekte olup dürüstlük kuralına başvurmayaya gerek görülmemektedir⁷. Esasen, yargı uygulaması, MK m. 365/III’ün uygulama alanını açık bir dayanak bulunmaksızın sınırlamaktadır. MK m. 365/III hükmünün yardım nafakası istemine karşı genel bir koruma getirdiği kabul edilmelidir. Üstelik bu kabul, MK m. 2’nin tali niteliğiyle de bağdaşacaktır.

b. Ahlaki kökene karşı mahkeme kararına bağlılık

Soybağı ilişkisi içinde bulunanların birbirine, özellikle yoksulluğa düşme söz konusu olduğunda, yardım etmesi genel toplumsal anlayış dikkate alındığında, ahlaki bir ödev (TBK m. 78/II)⁸ olarak nitelendirilebilir.

MK m. 364 hükmü de aile ilişkisinin en yoğun olarak yaşanabileceği kişiler arasında yardım nafakası yükümlülüğü öngörmektedir. Bu noktada, yardım nafakası yükümlülüğünün ahlaki ödev teşkil edip etmediği veya hangi yönlerden ahlaki ödevden ayrılacağı akla gelebilir. Gerçekten, yoksulluğa düşen altsoy ve üstsoy ile kardeşe yardım etmek ahlaki bir ödevdir ve eksik borç olarak nitelendirilir. Ancak Medenî Kanun, bu ahlaki ödevi diğerlerine nazaran daha üstün tutarak, alacaklının gerçek anlamda bir alacak hakkına sahip olmasına olanak tanımıştır⁹. Nitekim Yargıtay da yardım nafakasının ahlak kuralları ile geleneğin zorunlu kıldığı bir ödev olmakla birlikte sadece kişinin vicdanına bırakılmadığını ifade etmiştir¹⁰. Yardım nafakası alacaklısının MK m. 364 vd. hükümlerine göre açtığı dava lehine sonuçlandığı takdirde¹¹, dava tarihinden itibaren¹² söz konusu ahlaki ödev, yine

⁷ Walter Schmid/Daniela Maravic, “Les nouvelles normes CSIAS relatives à l’obligation d’entretien en vertu du droit de la famille”, TREX 2009, s. 234; Peter Breitschmid/Michael Vetsch, Art. 328-329, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, N. 13-15; İFM, 21.2.2002, 5C_298/2001 (Swisslex); Böylece aile fertleri arasındaki karşılıklı yükümlülüklerin bir yaptırımın bağlanarak düzenlemenin somutlaştırıldığı ve İMK m. 329’un geniş olarak uygulanmasında bir sakınca bulunmadığı hakkında: Meier, s. 28 vd.; Bu hükmün getirildiği yasa değişikliğinin gerekçesi de hakka genel bir sınırlama getirildiği şeklindedir: FF 1974 II 96; Fransız hukukunda bu hususta açık düzenleme yapılmış, aile birliğinden kaynaklanan yükümlülerin ağır olarak ihlal edilmiş olması durumunda nafakaya karar verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Bkz. Garrigue, N. 932; Dominique Fenouillet, Droit de la famille, Paris, 2013, N. 671

⁸ Ahlaki ödev hakkında: Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2014, N. 22; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015, N. 67-69; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015, N. 11; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N. 302

⁹ Öztan, s. 1201; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 358

¹⁰ Yarg. 3. HD., 12.4.2012, 5724/10012 (www.kazanci.com); Yarg. 3. HD., 9.2.2015, 14868/1840 (www.kazanci.com): “Yardım nafakası, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya dair bir nevi sosyal yardımlaşma olup, ahlak kurallarıyla geleneklerin zorunlu kaldığı bir ödevdir. Yardım nafakası isteyen kusuruyla yardıma muhtaç duruma düşmüş olması, yükümlüyü borcundan kurtarmam aktadır. Aile bağlarının herhangi bir sebeple zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle, kanun koyucu, yardım nafakasını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir.”

¹¹ Ahlaki bir ödev için borç tanımada bulunulması halinde yine tam bir alacak hakkı doğacaktır: Oğuzman/Öz, C. I, N. 662. Bununla birlikte burada, alacak hakkı kaynağını tarafların irade uyuşmasında bulur. Karş. Ferit H. Saymen/Halid Kemal Elbir, Türk Medenî Hukuku Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul, 1957, s. 477

¹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 369; Yarg. İç. BK., 28.11.1956, 15/15; Yarg. 3. HD., 19.12.2005, 13908/14023 (www.kazanci.com)

mahkeme kararı ile sona erdirilmedikçe, gerçek anlamda bir borç haline gelmektedir¹³. Bu itibarla mahkeme kararı kurucu nitelik taşır¹⁴. Nafaka alacağının doğumu, mahkeme kararına bağlıdır. Ayrıca yargılama sürecinde geçici ödemelere dair TBK m. 76 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle zorunlu durumlarda davacıya belli bir miktar ödeme yapılması temin edilebilir¹⁵.

I. Niteliği

Yardım nafakası, hak sahibine insan onuruna yakışır bir yaşam temin etmeyi amaçlayan bir kurum olduğundan, bu hak üzerinde nafaka alacaklısının tasarruf etme olanağı özellik taşır. MK m. 365/IV saklı kalmak üzere, yardım nafakası için dava açma hakkı münhasıran şahsa bağlı bir haktır ve devri mümkün değildir¹⁶. Bu yönden işin niteliği gereği temlik engeli mevcuttur. Aynı nedenle, hükmedilen yardım nafakasının alacaklının rızası olmadan takası ve haczi mümkün değildir (TBK m. 123/1. bent - İİK m. 83)¹⁷.

Ayrıca, yardım nafakasına ilişkin talep hakkının kişilik haklarıyla ilgili olması bu hakkın devredilemeyeceğini doğruladığı gibi bu haktan feragat edilemeyeceğini veya hakkın kullanılamayacağını taahhüt edilmesinin hükümsüz olacağını da gösterir (MK m. 27)¹⁸. Bu itibarla açılmış nafaka davasından feragat edilmesi usul hukuku çerçevesinde mümkün olsa da, sonradan yeni bir dava açılmasına engel olmaz¹⁹. Buna karşılık, işlemiş münferit yardım

¹³ Nafaka alacaklısına karşı benzer şekilde ahlaki bir ödevi bulunan kişi, ahlaki ödevini yerine getirdikten sonra yardım nafakası yükümlüsüne karşı rücu isteminde bulunursa, yükümlü bu talebe karşı koyabilir. Zira bu halde ahlaki ödev sahibi, nafaka borçlusunun borcunu üçüncü kişi olarak ifa etmemektedir. Benzer yönde: **Ahmet Cemal Ruhi**, Nafaka Hukuku, Ankara, 2010, s. 88; Karş. **Saymen/Elbir**, s. 479, Yazarlar haklı veya zorlayıcı sebeplerle davanın geç açılması halinde hâkimin talep halinde nafaka alacağına dava tarihinden geriye etkili olarak karar verebileceği fikrindedir.

¹⁴ Benzer yönde: **Özüğür**, s. 734; Karş. Hükmün bildirici olduğu fikrinde: **Saymen/Elbir**, s. 479; **Öztan**, s. 1220; Benzer durum eğitim nafakası açısından da mevcuttur: **Ahmet Türkmen**, "Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)", Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 2737; Yarg. 2. HD., 13.2.2012, 17921/2392 (www.kazanci.com): "Ne var ki, ana ve babanın, ergin olduğu halde eğitimi devam eden çocuğa bakım yükümlüğü, ergin çocuğun kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davasının bulunması halinde söz konusu olur. Nafaka davasından önceki döneme ilişkin gereksinimler ahlaki ödev niteliğini korur." Benzer sonuca Fransız hukukunda dava tarihinden önceki döneme ilişkin istemden feragat edildiği şeklinde bir karinenin kabulü ile ulaşılmaktadır: **Garrigue**, N. 942; **Fenouillet**, N. 681

¹⁵ Hükmün kıyasen borcun ifası için açılan davalarda da uygulanabileceği: **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 2016, N. 423; Bu yolla genel olarak nafaka gereksinimi bulunan kişilerin acil ihtiyaçlarının daha etkin şekilde temini sağlanabilir. İsviçre'de bu konuda özel düzenlemelerin saklı tutulması yoluna gidilmiştir (İMK m. 293/II, m. 131). İsviçre'deki durum hakkında ayrıntılı bilgi: **Françoise Bastons Bulletti/Ludovic Farine**, "Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer les dites contributions auprès de leur débiteur", RDT 2008, s. 32 vd. İcra hukuku yönünden de, nafakanın niteliği gereği, nafakaya ilişkin hükümlerin icrası için kesinleşmeleri aranmaz: HMK m. 350, m. 367; İİK m. 36/IV; Bu yönde: Yarg. 2. HD., 15.5.2002, 3525/6522 (www.kazanci.com)

¹⁶ **Öztan**, s. 1204; **Çakırca**, s. 76; **S. Sulhi Tekinay**, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990, s. 596; **Bülent Köprülü/Selim Kaneti**, Aile Hukuku, İstanbul, 1989, s. 394; **Gonca Gülfem Bozdağ**, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Ankara, 2015, s. 112; Genel olarak ayrıca bkz. **Serozan**, §5 N. 96

¹⁷ **Kemal Oğuzman/Mustafa Dural**, Aile Hukuku, İstanbul, 1994, s. 387

¹⁸ Ayrıca bu haktan feragat halinde kanunen öngörülmüş yükümlülük sırasının da, diğer yükümlülerin iradesi bulunmaksızın değiştirilmesi sonucunu doğuracağından, feragatin geçerli sayılması kabul edilemez.

¹⁹ **Tekinay**, s. 598

nafakası edimlerine ilişkin olarak alacaklının ibra edilmesine veya alacağın temlikine bir engel yoktur²⁰.

Yine bu sebeple nafaka alacaklısının vefatıyla birlikte yükümlünün borcu sona erer, işlemiş nafaka ise alacaklının mirasçılara, terekeye dâhil olması sebebiyle intikal eder²¹. Gereksinimi olan mirasçılar, kendi adlarına yardım nafakası istemiyle kendi yükümlülerine dava açabilir. Nafaka borçlusunun vefatında ise, işlemiş nafaka alacağı mirasçılardan tereke borcu olarak müteselsilen talep edilebilecekken, vefattan sonra mirasçılar nezdinde nafaka borcu doğmaz. İlgilinin, bu istemle diğer nafaka yükümlülerine karşı yardım nafakası davası açması gerekecektir²².

Mahkeme kararıyla hükmedilen yardım nafakası, kural olarak periyodik (dönemsel) edimler oluşturacağından, her bir edim için zamanaşımı doğumundan itibaren beş yıl olacaktır (TBK m. 147/1. bent), aynı sebeple TBK m. 150 hükmü de uygulama alanı bulacaktır²³. Nafaka irat olarak hükmedilmediyse, genel on yıllık zamanaşımı, TBK m. 156/II gereği mahkeme kararının borçluya tebliğinden itibaren²⁴ işleyecektir. Bunun haricinde yardım nafakası için mahkemeye başvuru hakkı, zamansal olarak sınırlandırılmamıştır²⁵.

Bu hak münhasıran şahsa bağlı olduğu için nafaka davası sınırlı ehliyetliler tarafından açılabilir²⁶. Bununla birlikte Yargıtay bu hususa değinmemekte, davayı yasal temsilcinin açacağı ifadesiyle yetinmektedir²⁷. Nafaka alacaklısı ayırt etme gücünden yoksun ise, münhasıran şahsa bağlı bir hak olmasına rağmen, aksi yorum ilgilinin aleyhine bir şekilde bu haktan yoksun olmasına yol açacağından dava hakkının yasal temsilci tarafından kullanılması mümkündür²⁸. Yasal temsilci, vasi ise ayrıca vesayet makamından izin alınması dava açılacağı için şart olduğu gibi yasal temsilci ile ehliyetliler arasında menfaat çatışması bulunduğundan dava yasal temsilci ile ehliyetliler arasında ise ehliyetlilere kayyım atanması gerekir²⁹. Nafaka yükümlülüğü bakımından ehliyetin kurucu bir etkisi bulunmadığı için davalı ehliyetlilerin temsili genel hükümlere göre görülecektir³⁰.

II. Yardım Nafakası İlişkisinin Tarafları

MK m. 364 üstsoy ve altsoy ile kardeşler arasında yardım nafakası ilişkisi bulunduğunu hüküm altına almaktadır. Buna göre adı geçenler arasında, diğer koşullar gerçekleştiği

²⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 370; Oğuzman/Dural, s. 389-390; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt: Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 453; Öztan, s. 1216

²¹ Oğuzman/Dural, s. 387; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368; Akıntürk/Ateş, s. 453

²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 369

²³ Özuğur, s. 735-736; Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 65, Yazarın işaret ettiği gibi nafakaya mahkemenin hükmetmiş olması bu sonucu değiştirmez. Karş. TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımının işleyeceği görüşünde: Bozdağ, s. 114

²⁴ Bu husustaki görüşler: Erdem, s. 334, dn. 1157. Dava tarihinden karar tarihine dek işleyecek irat şeklinde tespit edilen nafaka tutarlarına ilişkin zamanaşımı da bu hüküm çerçevesinde işlemeye başlar.

²⁵ Bozdağ, s. 114; Öztan, s. 1215; Özuğur, s. 735

²⁶ Aksi yönde: Meier, s. 43

²⁷ Yarg. 2. HD., 3.10.2005, 15431/18364 (www.kazanci.com)

²⁸ Ruhi, s. 94

²⁹ Yarg. 3. HD., 22.11.2005, 12700/12336 (www.kazanci.com); Yarg. 3. HD., 14.9.2015, 6288/14051 (www.kazanci.com)

³⁰ Yarg. 3. HD., 22.12.2014, 20406/17028 (www.kazanci.com)

takdirde, karşılıklı nafaka ilişkisi her zaman doğabilir, yeter ki soybağı hukuka uygun olarak kurulmuş olsun³¹. Başka bir deyişle belirtilen şekilde soybağı ilişkisi içinde bulunan herkes potansiyel olarak nafaka alacaklısı veya borçlusu olabilir.

Evlat edinen ile evlatlık arasında, ilgili mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte soybağı ilişkisi altsoy-üstsoy olarak tesis edildiğinden, evlatlık ve evlat edinen arasında da yardım nafakası ilişkisi bulunmaktadır³². Evlatlık ilişkisi nisbi nitelik taşıdığından evlatlığın, evlat edinenin üstsoy ve altsoyuna başvurması olanaksızdır³³. Buna karşılık mahkeme kararı ile evlat edinen ve evlatlık arasında kurulan ilişkinin evlatlığın altsoyunu da kapsayacağı kabul edildiğinden, evlatlığın alt soyunun evlat edinene karşı yardım nafakası davası açması mümkündür³⁴. Evlatlık ile öz altsoy ve üstsoy ile kardeşleri arasında soybağı ilişkisi varlığını muhafaza etmektedir. Bunun kaçınılmaz sonucu, bu kişiler arasında da yardım nafakası ilişkisinin bulunmasıdır. Evlat edinene nazaran evlatlığın öz hısımlarının nafaka ilişkisinde ikinci planda kalacağı öğretide ifade edilmekte³⁵ ise de soybağı ilişkisi iki tarafta da aynı ölçüde bulunduğundan aralarında öncelik sonralık bulunduğu sonucuna varılması mümkün değildir³⁶.

Bu bahiste son olarak, MK m 365/IV ve m. 366 madde hükümlerinin yardım nafakası alacaklısı sıfatına etkisine değinmek gerekmektedir. Yardım nafakasına ilişkin dava hakkını düzenleyen MK m. 365 hükmünün dördüncü fıkrasına göre, nafaka davasını nafaka alacaklısına bakmakta olan resmi veya kamuya yararlı kurumlar da açabilir. Bu durumda, alacak yine bakılmakta olan kişiye ait olmaktadır, sadece ilgili kurum nafaka alacaklısı adına davayı açmaktadır. Dava sonucunda hüküm, kurum değil bakılan kişi lehine verilecektir. Bu düzenleme, alacaklı sıfatını etkilememekte, sadece, alacaklının dava hakkına halel getirmeksizin, ilgili kuruma “dava takip yetkisi (HMK m. 53)”³⁷ tanımaktadır.

Buna karşılık MK m. 366 korunmaya muhtaç kişilerin bakımıyla görevlendirilen kurumların, bu şahıslar için fiilen yaptıkları masrafları nafaka yükümlüsünden talep edebileceğini düzenlemektedir. Böylece ilgili kurumların, yaptıkları masraflar için nafaka yükümlülerine, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme kurumlarının şartlarının

³¹ Yarg. 2. HD., 4.2.2008, 575/913 (www.kazanci.com)

³² **Herdem Belen**, Yeni Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), İstanbul, 2005, s. 91; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359

³³ **Belen**, s. 92

³⁴ **Belen**, s. 92; **Öztan**, s. 1206. Öğretide bu görüş tartışmalıdır: **Belen**, s. 92-93; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359

³⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 359; **Belen**, s. 92; **Baygın**, s. 446; **Bozdağ**, s. 96; **Öztan**, s. 1206

³⁶ MK m. 365/I uyarınca dava açılırken mirasçılıktaki sıranın gözetileceği dikkate alınırsa, öncelik sonralık bakımından bir sonuca varılmasının yerinde olmayacağı görülecektir. Bunun yanı sıra, evlat edinenin bakım yükümlülüğü (MK m. 314 yollamasıyla MK m. 327 vd.), yardım nafakası yükümlülüğünden bağımsızdır.

³⁷ Kavram için: **Baki Kuru**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015, s. 105; **Hakan Pekcanıtez/Öğüz Atalay/Muhammet Özkes**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2013, s. 300 vd.; **H. Yavuz Alangoya**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 129 vd.; **İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay**, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, N. 556 vd.; İsviçre’de ise özel düzenleme (İMK m. 329/III atfıyla İMK m. 289/II) uyarınca ilgili kurumlar nafaka alacaklısına halef olmaktadır. **Meier**, s. 32 vd.; **Stephen V. Berti**, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/2, 2002, Art. 128 N. 20

gerçekleşmesine bakılmaksızın rücu edebilmesinin yolu açılmıştır³⁸. Bu madde ile ilgili kurum kendi alacağını, borçludan talep etmektedir. Bakılmakta olan kişi adına veya hesabına yöneltilen bir talep söz konusu değildir³⁹. Esasen nafaka için dava açılıp olumlu sonuçlanmasına da gerek yoktur. Başka bir ifade sonuçlanmış bir nafaka davasıyla tam bir borca dönüşmeyen ahlaki ödevin varlığına karşın, ilgili kurumun nafaka yükümlüsüne başvurabilmesi temin edilmektedir⁴⁰. Buna karşılık geleceğe yönelik olarak istem, ilgili kurum tarafından ancak MK m. 365/III hükmüne göre yardım nafakası alacaklısı adına yöneltililebilecektir.

III. Maddi Koşulları

a. Alacaklı bakımından

Yardım nafakası alacaklısı bakımından esasen tek bir koşul bulunmaktadır. MK m. 364 uyarınca yardım nafakası temin edilmediği takdirde “yoksul olan veya yoksulluğa düşecek” kişi, nafaka borçlularına karşı yardım nafakası davası açabilir. Burada dikkate edilmesi gereken nokta, nafaka talebinin yargısal yolla ileri sürüldüğü anda yoksulluğun gerçekleşmiş olmasının zorunlu olmamasıdır. Yoksulluğun yakın ve ağır bir tehlike olarak bulunması yeterlidir⁴¹. Bu açıdan Medenî Kanun yoksulluğun gerçekleşmesinden evvel bir müdahale olanağı tanıyarak yardım nafakasını sadece yoksulluğu giderici değil, yoksulluğu önleyici bir kurum olarak da düzenlemiştir.

Yoksulluk olgusu veya tehlikesini, yardım nafakasını ileri süren taraf MK m. 6 ve HMK m. 190 uyarınca ispatlamak zorundadır. Yoksulluktan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise yorum, yargı organına kalmaktadır (MK m. 4). Öğretide ve uygulamada yoksulluk genel olarak, yaşamı ve geçimi için zorunlu araçları kendi olanaklarıyla elde edememe durumu olarak ifade edilmektedir⁴². Kişi, dürüstlük kuralı çerçevesinde kendi emeği, geliri veya malvarlığı ile geçimi için yeterli unsurları elde edemiyorsa yoksul sayılır. Bu bağlamda kişinin, kendi sağlık, beceri ve yaşı itibarıyla elinden geleni yapması beklenir⁴³; ancak kişisel olanaklarının ötesinde bir çaba göstermesi istenemez. Mesela, yardım nafakası davası açandan iş bulma çabası içinde olduğunu kanıtlaması istenebilir oysa yaşlı ve sağlığı bozuk bir kişiden iş bulması veya çalışması istenemez⁴⁴. Sosyal hayattan iradi olarak uzaklaşmış bir kişinin

³⁸ Oysa bu madde kapsamı dışındaki kişiler, nafakaya ilişkin mahkeme kararı yokken gereksinim sahibine ödemedede bulunmuşsa, vekâletsiz işgörme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak olası nafaka yükümlülerine rücu edemez. Zira onlar bakımından gerçek anlamda bir borcun ifası söz konusu değildir. Karş. Öztan, s. 1216

³⁹ Nafaka alacaklısı adına istem olduğu şeklinde: Bozdağ, s. 97

⁴⁰ Yargıtay bu maddeye dayalı davalarda da aile mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmektedir: Yarg. 3. HD., 29.3.2012, 3659/8577 (www.kazanci.com); Bozdağ, s. 98; Yürürlükten kalkan Medeni Kanunun benzer 317. maddesi bakımından nafaka isteminin söz konusu olmadığı hakkında: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku Cilt II: Aile Hukuku Cüz 2, İstanbul, 1960, s. 411

⁴¹ Saymen/Elbir, s. 474; Baygın, s. 450

⁴² Baygın, s. 450; Bozdağ, s. 98; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360; Philippe Meier, “Résumé de jurisprudence juillet à octobre 2007”, RDT 2007, s. 295; Montavon, s. 417

⁴³ Bozdağ, s. 98-99; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361; Mevcut ekonomik durum nedeniyle iş bulma olasılığının çok düşük olmasının yeterli olabileceği kabul edilmektedir: Yarg. 3. HD., 18.10.2004, 10816/11187 (www.kazanci.com)

⁴⁴ Çakırca, s. 74

sonradan topluma entegre olma çabası da yeterli sayılır⁴⁵. Cinsiyet de bu yönden bir ayrım nedeni olamaz, fakat Yargıtay bazı kararlarında tek başına kadın olmanın çalışmamayı haklı kılacağına ve yardım nafakasının talep edilebileceğine karar vermiştir⁴⁶. Kişi yoksulluğa kendine yüklenebilecek nedenlerle düşmüş olsa bile bu talepte bulunabilir yeter ki kendisi gelir elde etmekten kasten kaçınmış olmasın⁴⁷.

Yoksulluğun ölçütü belirlenirken çıkış noktası “insan onuru” olmalıdır⁴⁸. Yardım nafakası ile insan onuruna yaraşır bir yaşam, bundan mahrum olacak kişiye sağlanmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.6.1998 tarih ve 2-656/688 sayılı kararında “Yeri gelmişken şunu belirtmek gerekir ki yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgilidir. O nedenle bunu ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları altında belirlemek gerekir. Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir. (Anayasa 17/1, 55) Şu halde, bu temel hakkın tabii sonucu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur.” ifadesini kullanarak bu ölçütü benimsediğini göstermektedir⁴⁹. Bu bağlamda sadece asgari ölçüde beslenme ve barınma ihtiyacının bulunmaması yoksulluğun var olmadığı anlamına gelmez. İnsan haysiyetine yaraşacak şekilde beslenme, barınma, kültürel vs. gereksinimleri karşılanmıyorsa nafakaya hak kazandıracak şekilde yoksulluk mevcuttur. Sosyal konum bakımından yeterli gelirin olmaması ise yardım nafakasına hak kazandırmaz⁵⁰. Burada somut bir ölçüt olarak TÜİK vb. kurumların tespit ettikleri yoksulluk sınırları dikkate alınabilir⁵¹. Bu çerçevede mesela emekli maaşı almak veya asgari ücretle çalışmak yoksulluğu tek başına mutlak anlamda ortadan kaldırmaz⁵².

⁴⁵ Meier, s. 17

⁴⁶ Örnek olarak: Yarg. HGK., 5.5.2004, 3-251/248 (www.kazanci.com); Yarg. 3. HD., 30.6.2003, 8873/8208 (www.kazanci.com)

⁴⁷ Velidedeoğlu, s. 412; Meier, s. 17; Yarg. 3. HD., 22.1.2008, 19271/860 (www.kazanci.com); Öztan, s. 1211; Çakırca, s. 82; Christiana Fountoulakis, “Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille”, La famille dans les relations transfrontalières, 2013, N. 147; Nafaka istemlerinde de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ilkesinin geçerli olduğu hakkında: Serozan, §5 N. 97

⁴⁸ Nafakanın tespiti açısından: Baygın, s. 462; Yargıtay bazı eski tarihli kararlarında yoksulluğun ölçütünü günlük yiyeceği bile karşılayamayacak durumda olmak şeklinde çok dar biçimde yorumlamaktaydı: Akıntürk/Ateş, s. 449; Güncel kararlarda da dar yorumlar bulunabilmektedir: Yarg. 3. HD., 14.3.2016, 19599/3808 (www.kazanci.com): “Yoksulluğa düşme terimi açıkça çok sıkıntılı bir durumu ve ağır ekonomik koşulları ifade eder.”; Yarg. 3. HD., 2.7.2015, 4273/12393 (www.kazanci.com)

⁴⁹ Karar için: www.kazanci.com; Aynı şekilde: Yarg. 3. HD., 15.1.2013, 22953/228 (www.kazanci.com); Bu kararlarda eğitime ayrıca atıfta bulunulmasına karşın, getirilen MK m. 328/II hükmü gereği, bu yönden kararda isabet yoktur. Meier, s. 15; Breitschmid/Vetsch, N. 7; Bununla beraber diğer nafaka istemlerini yöneltmeyen gençler açısından eğitim giderlerinin de girebileceği şeklinde: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, 2010, §46 N. 7; Fransız hukukunda da pozitif düzenlemelerde açık bir atıf bulunmamakla birlikte muadil kurum bakımından nafakanın amacının haysiyetli bir yaşamı temin etmek olduğu ifade edilmektedir: Garrigue, N. 928 ve 949; Karş. İhtimai seviye ve kültüre uygun bir hayat yaşayamamak yönünde: Saymen/Elbir, s. 473-474; Aksi yönde günlük yiyeceği bile temin edememek fikrinde: Köprülü/Kaneti, s. 291

⁵⁰ Sosyal durum, bakım niteliği taşıyan nafakalarda dikkate alınır: Tekinay, s. 587

⁵¹ Bu konuda İsviçre’de benzer tartışmalar için: Sylvie Masmejan, Dette alimentaires - notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais, 2002, s. 40 vd.

⁵² Yarg. 3. HD., 17.3.2008, 2228/4572 (www.kazanci.com); Yarg. 3. HD., 25.10.2005, 11848/10725 (www.kazanci.com)

Mevcut ekonomik ve sosyal durum dikkate alındığında bu ölçütün benimsenmesinin talebi çok genişleteceği şeklinde bir eleştiri getirilebilir. Ancak hukukta üstün tutulması gerekenin insan onuru olduğunda duraksama olmamalıdır. Ayrıca yardım nafakası davası yöneltilen kişinin aleyhine karar verilebilmesi için ödeme gücünün bulunması gerektiğinden eleştiriye haklı kılacak şekilde yardım nafakası istemlerinin yaygınlık kazanmayacağı açıktır. Öte yandan, hobi, tatil veya yargılama masrafları bu kapsamda sayılamayacaktır⁵³.

Yoksulluğa ilişkin değerlendirme, yalnızca nafaka talebinde bulunan kişinin şahsında yapılacaktır. Bu kişiyle birlikte yaşayan veya bu kişinin kanunen bakmakla yükümlü olduğu başka kişiler varsa, bu şahıslar kendilerine karşı yardım nafakası yükümlülüğü bulunanlara dava açma yoluna gitmelidir⁵⁴.

Bu noktada, geliri olan kişiler bakımından tek başına gelirin nafaka isteminin reddine yol açmayacağı tekrar vurgulanmak gerekir. Elinde varlıkları bulunan kişinin de, yoksulluk nafakası isteminde bulunabilmesi için öncelikle bu varlıklarını dürüstlük kuralı çerçevesinde tüketmiş olması beklenir⁵⁵. Ancak bundan kişinin aktifini tamamen tüketip harcaması anlaşılmamalıdır. Kişinin insan onuruna yaraşacak ölçüde varlıklarını muhafaza etmesi haklıdır. Bu bağlamda icra hukukundaki haczedilemezlik ölçütlerinden istifade edilmesi olanaklıdır⁵⁶.

Görüldüğü üzere, yardım nafakasına hak kazandıracak yoksulluktan bahsedebilmek için kişinin elindeki yoksulluğunu giderici tüm olanaklarını tüketmesi gereklidir. Başka bir deyişle yardım nafakası “son çare”dir⁵⁷. Öncelik, kişinin kendi varlığını kendi başına sürdürebilmesindedir ve bu itibarla yardım nafakası istisnai niteliktedir⁵⁸. Dolayısıyla ilgilinin, yoksulluk nafakası, katılma nafakası veya ergin çocuk nafakası gibi hukuki sebeplerle yoksulluğunu giderme olanağı bulunuyorsa öncelikle bu olanaklara başvurması icap eder. Hak sahibi, bu yollara başvurmadıysa madde kapsamında yoksul sayılamaz, zira yoksulluğunu ortadan kaldırmak için her olanağa dürüstlük kuralı içinde başvurmamıştır. Kamusal yardımlardan da öncelikli olarak yararlanılması gerekir⁵⁹.

Nitekim MK m. 364/III ile eş ve ana babanın bakım borcunun saklı olduğunun düzenlenmesi de öncelikle bu imkânların tüketilmesi gerekliliğine işaret eder⁶⁰. Özellikle MK

⁵³ Meier, s. 15

⁵⁴ Oğuzman/Dural, s. 378; Öztan, s. 1212

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 360-361; Feyzioğlu, s. 580-581

⁵⁶ Karş. Montavon, s. 418, Yazar yoksulluğu giderecek nafaka tutarının belirlenmesinde, kısmen haczedilebilecek gelirleri düzenleyen İsviçre İcra ve İflas Kanunu m. 93’ün esas alınacağını ifade etmektedir. Aynı yönde: ATF 101 II 21

⁵⁷ Masmejan, s. 11

⁵⁸ Breitschmid/Vetsch, N. 2

⁵⁹ Şu kadar ki yapılan yardım, MK m. 366 kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte ise öncelik yardım nafakasındadır. Nafaka yükümlüsü bu nitelikte bir sosyal yardımdan yararlanılmadığı gerekçesiyle davanın reddini isteyemez. Bkz. Meier, s. 8-9; RJJ 2011, s. 84 vd.; Audrey Leuba, “ 2. Teil Privatrecht / Développements récents en droit de la famille / I-II.”, Aktuelle Anwaltspraxis / La pratique de l’avocat 2009, 2009, s. 131; RDAF 2009 I 566

⁶⁰ Öztan, s. 1202-1203; Akıntürk/Ateş, s. 447; Abdulkерim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Ankara, 2014, s. 164; İkincil bir karakter taşıdığı şeklinde: Serozan, §5 N. 95; Meier, s. 6 vd.; Yarg. 3. HD., 3.11.2015, 9613/17115 (www.kazanci.com): “..yapılması gereken iş; davacının boşanmasına ilişkin dosyaların celp edilip, öncelikle davacı hakkında yoksulluk nafakasına hükmedilip hükmedilmediği, hükmedilmemiş ise, davacının bu yönde talebi ve talep hakkı olup olmadığı tespit edilerek, talep hakkı olmasına karşın yoksulluk nafakası istenmemiş olması halinde lehine ne kadar yoksulluk nafakası takdir edilebileceğinin değerlendirilmesi ve

m. 328 hükmü ile getirilen ergin çocuk nafakası kurumu bulunurken, eğitimi sürerken erginliği kazanan çocukların ana ve babasına karşı bu istemi öncelikle yöneltmesi gerekir⁶¹. Koşut olarak, ana ve babaya karşı yöneltilen bu istem, yardım nafakası olarak nitelendirilemez⁶². Bunun ötesinde kanuni dayanağı bulunmadığı halde, nafaka temini olanağının varlığından bahisle yardım nafakası istemi reddedilemez⁶³. Yoksulluk durumu dava sırasında sona ermiş ise, bu ana dek işlemesi gerekecek nafakaya yine de hükmedilmek lazım gelir⁶⁴.

b. Borçlu bakımından

Medenî Kanun nafaka borçluları bakımından ise ikili bir ayrıma gitmiştir. Altsoy veya üstsoy olan talep sahibi lehine mahkemenin karar verebilmesi için nafaka borçlusunun ödeme gücünün varlığı yeterlidir⁶⁵. Buradan anlaşılması gereken, yardım nafakasına, borçluyu yoksulluğa düşürmediği takdirde veya düşürmeyecek ölçüde hükmedilebilmesidir⁶⁶. Bu

bu şekilde toplanan deliller dikkate alınarak; davacının yardım nafakasına ihtiyacı olup olmadığı tespit edilmek sureti ile.."; Yarg. 3. HD., 17.11.2011, 11162/17999 (www.kazanci.com): "...Davacı eşinden boşanmış olup, öncelikle eşinden yoksulluk nafakası talep etmesi gerekir. Bu sebeple mahkemece öncelikle davacının eşinden yoksulluk nafakası isteme hakkına sahip olup olmadığı, eşin mali ve içtimai durumu araştırılarak, boşanma dava dosyası celbedilerek incelenmeli, eşinden yoksulluk nafakası isteme hakkına sahip olduğunun anlaşılması halinde davanın reddine karar verilmelidir." Bu kapsamda lehe hükmedilen diğer nafaka kararlarının da icraya konulmuş olması gerekir: **Çakırca**, s. 84

⁶¹ Eğitim devam ettiği sürece ana ve babanın bakım borcunun devam edeceğini düzenleyen bu hüküm, evleviyetle çocuğun yoksulluğunun giderilmesini sağlar. Katılma nafakası, yardım nafakasından daha kapsamlıdır: **Öztan**, s. 1203 ve 1206

⁶² **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Ankara, 2016, s. 666; Erginliğin kazanılmasının ardından, yürürlükten kalkan Medenî Kanun döneminde Yargıtay, böyle bir düzenleme bulunmadığından yardım nafakasına ilişkin hükümleri geniş yorumlayarak ergin çocuğun eğitim ve bakım giderlerini talep edebileceğini kabul etmekteydi. Mevcut düzenlemeler karşısında artık bu içtihadın sürdürülmesine gerek olmamakla birlikte halen devam ettiği görülmektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. HGK., 13.3.2015, 3-1627/1020 (www.kazanci.com); Ayrıca karş. **Bozdağ**, s. 94; Bu hususta: **Türkmen**, s. 2708-2709; **Sonat**, s. 243

⁶³ Yargıtay bazı kararlarında isabetsiz olarak fiilen birlikte yaşama halinde, kadının öncelikle birlikte yaşadığı erkekten geçimin temin edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Örnek olarak: Yarg. 2. HD., 4.10.1996, 6779/9716 (www.kazanci.com)

⁶⁴ Yarg. 3. HD., 14.3.2016, 9/3772 (www.kazanci.com): "...Davacı, dava tarihi itibari ile kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun olduğundan yardım nafakası talebi haklıdır. Ancak davacının emekli olduğu tarih itibariyle kendi geliriyle yaşamını sürdürme imkanı kazandığı düşünüldüğünde, mahkemenin, davacı Hatice yararına emekli olduğu tarihle sınırlı olacak şekilde nafakaya hükmedilmemiş olması.."

⁶⁵ Ödeme gücünün varlığı bakımından karar anı esas alınmak gerekir. Yoksa dava sürecinde bu durum değişmiş ise kararın hemen ardından nafakanın uyarlanması ilişkin başka bir davanın açılmasına gereksiz yere neden olabilir. Fakat davanın açıldığı anda ödeme gücü varken, karar anında bu güç yitirilmişse ara dönem bakımından nafakaya yine de hükmedilmesi gerekir. Karş. **Bozdağ**, s. 102; Benzer şekilde dava açıldıktan sonra davacının vefatı durumunda ölüm anına dek işleyecek nafakaya hükmedilebileceği yönünde: Yarg. 2. HD., 3.4.1979, 2535/2750 (www.kazanci.com): "...özellikle nafaka şahsî hak olmakla beraber dava açmakla "mameleki hak" niteliği aldığı için davalının ölümü halinde davanın mirasçılar aleyhinde devam edeceğine ve dava günü ile ölüm tarihi arasında geçerli olmak üzere nafaka takdir edilmesi gerektiği..."; **Köprülü/Kaneti**, s. 294

⁶⁶ **Saymen/Elbir**, s. 475; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 362; Geçimin tehlikeye düşmemesi gerektiği şeklinde: **Bozdağ**, s. 102; Yarg. 3. HD., 17.9.2014, 12228/11982 (www.kazanci.com): "...nafaka yükümlüsü davalıların ekonomik ve sosyal durumu tespit edildikten sonra, ödemede zorlamayacak, zarurete düşürmeyecek şekilde, TMK'nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak davacı tarafın talebinin değerlendirilmesi gerekirken.."; Yarg. 3. HD., 4.11.2015, 9875/17177 (www.kazanci.com): "...Kişi, kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun ise anılan yasa maddesinde sayılan kişilerden yardım nafakası isteyebilir. Ne var ki; bunu vermekle yükümlü tutulacak kişilerin geçim sıkıntısına düşürülmemesi asıldır. Bunun için belirlenen nafakanın; davacının geçinmesi için gerekli, nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı olacak şekilde

kapsamda borçlunun tüm geliri dikkate alınır⁶⁷. Değerlendirme yapılırken ayrıca, nafaka borçlusunun kanunen bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının ihtiyaçlarını da karşılamak zorunda olduğu ve evlilik birliği giderlerine katılması gerektiği de gözetilecektir⁶⁸. O esnada borçlunun çalışmıyor olması tek başına istemin reddine yeterli değildir⁶⁹. Bunun yanı sıra yükümlünün, yardım nafakası ödeyebilmek için malvarlığından sarfiyatta bulunması beklenmez. Ancak gelir elde edebilir durumda olan yükümlü açısından kendinden beklenebilir bir faaliyetle elde edebileceği varsayımsal gelir üzerinde yardım nafakasına hükmedilebileceği kabul edilmektedir⁷⁰.

Kardeşler arasında yardım nafakasına hükmedilebilmesi için borçlu kardeşin refah içinde bulunması gereklidir⁷¹. Bunun anlamı, yardım nafakasına hükmedildiği ölçüde, kardeşin olağan gereksinimleri dışında genel toplumsal anlayışa göre lüks addedilen unsurları elde edebilecek veya yatırım yapabilecek durumunu muhafaza etmesidir⁷². Başka bir deyişle kardeşin herhangi bir kaygı duymaksızın tüm gereksinimlerini ve isteklerini karşılayabilecek halde olması ve refah halinin süreklilik taşıyacak bir durum arz etmesi gerekir⁷³. Bu durumda kardeş, kendisinin ve varsa eş ve çocuklarına çocuklarının gereksinimlerini karşıladıktan ve yardım nafakasını ödedikten sonra dilediği şekilde harcama yapma olanağını yitirmez⁷⁴. Değerlendirme gelir ve aktifler nazara alınarak yapılır⁷⁵. Bu itibarla, lüks yaşam tarzı, kardeşin borçlanmasıyla elde edilmişse artık refah halinde olduğunu kabul olanağı yoktur⁷⁶.

Bu koşul dışında borçlunun yardım nafakasıyla yükümlü tutulabilmesi için bir gereklilik yoktur. Genel olarak ödeme gücü ve refah bakımından ispat yükünün, nafaka yükümlüsüne ait olduğu; davalıların ödeme güçlerinin bulunmadığını veya refah içinde olmadıklarını ispatlayacakları kabul edilmektedir⁷⁷.

TMK. 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek takdir edilmesi gerekir.”; Aynı şekilde: Yarg. 3. HD., 9.2.2015, 14868/1840 (www.kazanci.com); Alman hukukunda muadil düzenleme Al. MK §1603/II de nafaka borçlusunun ödeme gücü bakımından benzer bir ölçüt ortaya koymaktadır.

⁶⁷ Yarg. 3. HD., 21.5.2002, 5037/5761 (www.kazanci.com): “..davalı dışındaki babaanne ile davacının anne ve babasının ekonomik, sosyal durumları araştırılıp davalının yükümlülüğüne düşebilecek nafaka miktarı belirlenmeli, yine davalının (çay ocağı işletmeciliği dahil) tüm geliri saptanmalı, sorumluluğuna isabet eden nafakanın davalıyı olağanüstü geçim sıkıntısına (müzayakaya) düşürüp düşürmeyeceği de karar yerinde tartışılıp..”

⁶⁸ Baygın, s. 456-457; Oğuzman/Dural, s. 380

⁶⁹ Yarg. 12. HD., 22.12.2008, 19086/22655 (www.kazanci.com)

⁷⁰ Baygın, s. 457; Akıntürk/Ateş, s. 450; Yarg. 3. HD., 6.10.2008, 14507/16021 (www.kazanci.com): “..Mahkemece, davalının emekli olup olmadığı olmuş ise almakta olduğu aylık maaşı tekrar sorulup tespit edilmeli, hisseli taşınmazlardan elde edebileceği ortalama gelir de yöntemince araştırılarak..”; Refah durumunun zenginlik anlamına gelmeyeceğine ilişkin olarak: Velidedeoğlu, s. 413

⁷¹ İsviçre’de bu koşul nafaka yükümlülüğünde genel olarak geçerlidir.

⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363-364; Meier, s. 22. Eylemli olarak refah içinde yaşamamanın gerekmediği şeklinde: Pascal Pichonnaz, “Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille”, Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce, 2010, s. 323

⁷³ Çakırca, s. 86; Fountoulakis, N. 146

⁷⁴ Baygın, s. 458

⁷⁵ Pichonnaz, s. 323

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 363-364; Bozdağ, s. 103

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368-369; Öztan, s. 1217; Yürürlükten kalkan Medenî Kanun açısından karş. Velidedeoğlu, s. 414-415

IV. Nafaka Yükümlülüğünde Sıra

a. Nafaka yükümlüleri bakımından

Yoksulluk içinde bulunan nafaka alacaklısının ödeme gücü bulunan birden çok altsoy-üst soyu veya refah içinde kardeşi bulunabilir. Bu durumda nafaka alacağına ilişkin istemin mahkeme yoluyla kime karşı yöneltileceği sorunu ortaya çıkar. MK m. 365/I hükmüyle yasa koyucu olası yükümlüler arasında teselsülü reddederek talebin, mirasçılık sırasını izleyeceğini düzenlemiştir.

Bu hükme göre sıralama çocuklardan başlamak üzere altsoy, sonra anne ve baba, kardeşler, büyükanne ve büyükbabalar ve onların üst soyları şeklinde olacaktır⁷⁸. Ayrıca her zümrede mirasbırakandan önce vefat edenlerin yerine onların altsoyları olduğundan, nafaka alacaklısının vefat eden çocuğundan olan torunu ve hayattaki çocuğu birlikte yardım nafakasıyla yükümlü olabilir⁷⁹. Benzer şekilde, örnek olarak mirasçılıktaki zümre sistemiyle sınırlı olmaksızın amca ve vefat eden hala çocuğu da birlikte yardım nafakası yükümlüsü sıfatını taşıyabilir. Burada esas alınan soyut olarak mirasçılık şemasıdır. Mirastan yoksunluk, çıkarılma ve feragat gibi olasılıklar değerlendirmeye alınmaz⁸⁰. Çünkü soybağı ilişkisine bağlanmış bir yükümlülüktür.

Talepte bulunanın nafaka gereksinimi bu sıralamaya göre karşılanacaktır. İlk sıradaki yükümlüden kısmen veya tamamen karşılanamadığı takdirde, nafaka yükümlülüğü karşılanamayan tutar ölçüsünde sonraki sıraya geçecektir⁸¹. Doğrudan doğruya sonraki sıraya karşı yardım nafakası açılması halinde, davacının, ayrıca, önceki sıradaki yükümlülerin ödeme gücünün veya kardeş ise refah halinin yokluğunu da ispatlanması aranır⁸². Aynı sırada birden fazla yükümlü bulunuyorsa, sadece tek bir yükümlüye karşı dava açılmış olsa bile, her bir yükümlü bakımından ödeme gücüne göre re'sen bir değerlendirme yapılacak ve davalı

⁷⁸ Baygın, s. 459; Fransız hukukunda her bir nafaka yükümlüsünün tek başına tespit edilecek nafaka tutarından ödeme gücü ölçüsünde sorumlu tutulabileceği ancak nafakayı ifa eden yükümlünün diğer yükümlülere rücu edebileceği kabul edilmektedir: Garrigue, N. 935 ve 944; Fenouillet, N. 675-676

⁷⁹ Baygın, s. 460

⁸⁰ Meier, s. 11

⁸¹ Meier, s. 11 vd. Yazar bu durumun geçici olması halinde süreli şekilde karar verilebileceği fikrindedir: s. 13; Aynı yönde: Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, §46 N. 6. Benzer şekilde nafaka isteminin yöneltildiği kişi bakımından MK m. 365/III kapsamına giren bir durum varsa sonraki sıraya dava açılabilir: Breitschmid/Vetsch, N. 5 ve karşı N. 15; Ayrıca bkz. ATF 101 II 21, Kararda mal rejiminin tasfiyesinden küçük bir alacağa hak kazanan iki çocuk annesinin malvarlığını tüketmesinin beklenemeyeceği, çocuklar adına durumu iyi büyükanne ve büyükbabaya karşı yardım nafakası talebi yöneltilebileceği kabul edilmiştir.

⁸² Saymen/Elbir, s. 472; Baygın, s. 460; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 366; Yarg. 3. HD., 18.9.2008, 9868/14968 (www.kazanci.com): "Yine 365. maddesi uyarınca; işbu nafaka davasının, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılması gerekir. Nafaka yükümlülerinden bir veya bir kaçından nafaka istenilmesi halinde diğerlerinin yükümlü olacağı nafaka miktarı gözetilerek (indirilerek) nafaka takdir edilmelidir.

Somut olayda, davacı sadece babasından yardım nafakası talebinde bulunmuş, mirasçılıkta aynı derecede bulunan ve memur olması nedeniyle maaşı bulunduğu anlaşılan annenin ise sosyal ve ekonomik durumu tespit edilmeden ve annenin katkısı gözetilmeden, davalının tespit edilen geliri ve bakmakla yükümlü olduğu diğer çocukları ile yükümlülükleri nazara alınmadan nafakaya hükmedilmiştir."; Yarg. 2. HD., 27.10.1995, 10276/11158 (Özügür, s. 876); Karş. Yarg. 3. HD., 15.3.2004, 2128/2179 (www.kazanci.com) Bu kararda, babanın davacının kirasını karşılıyor olması yardım nafakası isteminin büyükbaba ve büyükanneye yöneltilmesi için tek başına yeterli sayılması ve meselenin MK m. 365/III çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde değildir.

yükümlü başına düşecek nafaka tutarı belirlenecektir⁸³. Böylece nafaka yükümlüsü olabilecek birden fazla kişi varsa kural olarak sadece birinin üzerinde bu yükümlülük bırakılamaz⁸⁴. Bu itibarla sorumluluk kısmidir, bir yükümlü, hükmedilmiş toplam nafaka tutarını tek başına ifa ederse, diğer yükümlülere müteselsil borçluluk esaslarına göre değil, üçüncü kişinin ifası hükmünde kural olarak vekâletsiz iş görme yahut sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu edebilecektir.

b. Nafaka alacaklıları bakımından

Medenî Kanunda bu olasılığa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bir kişinin birden fazla kişiye karşı yardım nafakasıyla yükümlü olması mümkündür. Nafaka yükümlüsü, aleyhine hükmedilecek toplam nafaka tutarını ödeyecek güçte veya kardeş sıfatıyla yükümlü olduğu takdirde refah içindeyse hukuken sorun teşkil eden bir durum söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık nafaka borcu, borçlunun diğer nafaka yükümlülerinin nafaka istemlerini kısmen veya tamamen karşılamasına, ödeme gücünü veya kardeş ise refah durumunu ortadan kaldırarak engel oluyorsa nafaka alacaklıları arasında bir sıra meselesinin ortaya çıktığından bahsedilebilir. Zira nafaka yükümlüsüne karşı önce mahkeme kararı aldırarak nafaka alacaklısı, diğerinin bu hakkını kullanabilmesinin önüne geçmektedir. Bu durumda, nafaka yükümlüsü önceki nafaka alacaklısına karşı yeni nafaka yükümlülüğünün ortaya çıkacağından bahisle nafakanın uyarlanması için dava açabilir⁸⁵. Aksi halde, sonradan açılan nafaka davası yükümlünün ödeme gücünün veya refah durumunun bulunmaması nedeniyle reddedilecektir. Uyarlama açısından mahkeme, diğer nafaka yükümlülüğünü kendi şartlarının gerçekleşmesi ve özellikle MK m. 365/III bakımından değerlendirmelidir. Aynı anda derdest birden fazla dava mevcutsa davaların birleştirilmesi veya ilk açılan davanın bekletici mesele sayılması yerinde olur.

V. Tespiti ve Uyarlanması

a. Tespiti

Yardım nafakasının tespiti iki aşamalıdır. Öncelikle kurumun amacıyla uygun şekilde, nafaka alacaklısının yoksulluk durumunu giderecek tutar bulunur. Nafakaya hak kazandıran yoksulluk kavramında ifade edildiği üzere maddi ve manevi yönden insan onuruna yakışır

⁸³ Saymen/Elbir, s. 773; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365; Meier, s. 12; Yarg. 3. HD., 22.11.2004, 12703/12756 (www.kazanci.com): “Mahkemece, davacının (annenin) bakım ve ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için gerekli nafaka miktarı tespit ettirilmiş ise de; nafaka yükümlüsü davalıların her birinin ödeyeceği nafaka miktarları (davalıların mali ve içtimai durumları ile hakkaniyet ilkesi gözetilerek) belirlenip, ayrı ayrı takdir edilmemiştir. Öte yandan, davalılar (yükümlüler) arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, müteselsilen sorumlulukları da söz konusu değildir. Nafaka ile yükümlü tutulan davalıların hepsinin ödemesi gereken toplam nafaka miktarından; her birinin müteselsilen sorumlu tutulmuş olması doğru görülmemiş...”; Yarg. 2. HD., 9.2.2004, 283/1250 (www.kazanci.com); Bozdağ, s. 106-107; Yarg. 3. HD., 19.11.2015, 10576/18488 (www.kazanci.com): “...nafakanın niteliği, davalı babanın ve mirasçılıkta da aynı sırada yer alan dava dışı annenin gelir durumu ile davacının ihtiyaçları birlikte nazara alındığında, hükmedilen nafaka miktarının az olduğu kanaatine varılmış...”

⁸⁴ Köprülü/Kaneti, s. 290; Öztan, s. 1209

⁸⁵ MK m. 365/I hükmünün kıyasen uygulanması fikrinde karş. Saymen/Elbir, s. 472; Baygın, s. 461; Meier, s. 13 vd.; Öztan, s. 1210. Alman hukukunda bu husus açık hükme bağlanmıştır: Al. MK §1609

hayatın kazandırılması esas alınacaktır⁸⁶. Beslenme, barınma, giyim, ulaşım, sağlık⁸⁷ ve kültürel gereksinimleri burada önem taşıyacaktır⁸⁸. Yoksulluğu giderecek tutar, nafakanın üst sınırını oluşturur. Yardım nafakası, dava hakkı sahibinin bireysel olarak yoksulluğunu giderir⁸⁹. Bu kişinin kanunen bakmakla yükümlü olduğu eşi veya çocukları varsa, nafakanın tespitinde bu durum dikkate alınmaz⁹⁰. Eş ve çocuklar kendi adlarına yardım nafakası isteminde bulunmalıdır. İkinci aşamada ise belirlenen yardım nafakası tutarının, nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü veya kardeş ise refahını engellemeyecek ölçüye indirilmesi gerekir. Başka bir deyişle ödeme gücü nafakanın indirimi bakımından nazara alınır⁹¹. Nihai olarak tespit edilen tutarın, davacının yoksulluğunu giderecek miktarda olmaması durumunda, izleyen sıradaki yükümlülere kalan tutar için yardım nafakası davası açılabilir.

Öte yandan ifade edildiği üzere MK m. 2'nin bir yansıması olan MK m. 365/III hükmü uyarınca, hakkaniyet gereği nafaka yükümlülüğünün daha az takdir edilmesi veya tamamen reddine karar verebilmesi olanaklıdır.

b. Uyarlanması

Yardım nafakası yükümlüsünün ekonomik veya ailevi-toplumsal durumu zaman içinde değişebilir. Dâhili ve harici nedenlerle alacaklının gereksinim duyduğu nafaka tutarı artabilir, azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir. Bu çerçevede yardım nafakasının koşullarına ve tutarına ilişkin ölçütler aynen geçerliğini korur ve nafakanın uyarlanması bir gereklilik arz eder. Ancak burada yoksulluk nafakasında veya katılma nafakasında söz konusu olduğu gibi değişen koşulların nafakaya etkisine dair açık bir hüküm yoktur (MK m. 176/III ve IV ile MK m. 331)⁹². Yardım nafakasının uyarlanması, bu boşluğun MK m. 176/IV ve m. 311'e kıyasen doldurulmasıyla temellendirilebilir. Öğretide bunun yanı sıra, MK m. 331 (İMK m. 286) hükmünün kıyasen uygulanması da önerilmektedir⁹³.

Bu itibarla hükmedilen nafaka tutarına ilişkin olarak mahkeme yoluyla müdahale edilebilmesi mümkündür⁹⁴. İlişkinin tarafları vefat etmediği sürece, mahkeme kararı⁹⁵ dışında, hükmedilen nafaka borcunun değişmesi veya sona ermesi söz konusu olamaz⁹⁶. Mahkeme

⁸⁶ Yarg. 3. HD., 14.3.2016, 19599/3808 (www.kazanci.com): “..Hükmedilecek yardım nafakasının miktarı yalnızca söz konusu sıkıntılı durumu önlemelidir.”

⁸⁷ Sağlık harcamaları kapsamında bağımlılıktan kurtulmaya ilişkin tedavilerin de gireceği hakkında: ATF 136 III 1; **Breitschmid/Vetsch**, N. 3

⁸⁸ **Öztan**, s. 1205

⁸⁹ **Öztan**, s. 1212

⁹⁰ **Meier**, s. 16; **Saymen/Elbir**, s. 474; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367

⁹¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 366

⁹² Buna karşılık uyarlama olanağından tereddüt edilmemektedir: **Saymen/Elbir**, s. 480; **Oğuzman/Dural**, s. 385

⁹³ **Meier**, s. 31, İsviçre’de İMK m. 129 düzenlemesinin karşılık geldiği MK m. 176/IV hükmüyle özdeşlik göstermediği dikkate alınmalıdır. TBK m. 138 hükmü ise, burada tarafların anlaşmasına dayalı bir nafaka borcu söz konusu olmadığından uygulama olanağı bulamaz. Ancak MK m. 166/III çerçevesindeki boşanmalarda hâkimin uygun bulduğu yoksulluk nafakası, sözleşmelere ilişkin ilkeler uyarınca uyarlanabilir. Bu hususta bkz. **Başak Baysal**, *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul, 2009, s. 102-103

⁹⁴ **Baygın**, s. 465; **Bozdağ**, s. 110; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; Koşullarda herhangi bir değişiklik bulunmadan nafakanın değiştirilmesi talep edilemez: Yarg. 3. HD., 20.3.2003, 3215/2982 (www.kazanci.com)

⁹⁵ Nafakanın uyarlanmasına ilişkin mahkeme kararı da, nafakaya hükmedilen kararlar aynı esaslara tabi olur: **Baygın**, s. 465

⁹⁶ **Oğuzman/Dural**, s. 385-386; **Tekinay**, s. 596; Evlilik yönünden karşı. **Çakırca**, s. 93

kararı hükmünü, yeni bir karar verilene dek korur. Ancak koşullar değiştiğinde, kural olarak uyarılma davası her zaman açılabilir⁹⁷.

Yardım nafakası borçlusunun ödeme gücünü, kardeşse refah durumunu yitirmesi, alacaklının yoksulluktan kurtulması veya ön sıralardaki nafaka yükümlülerine başvurma olanağının doğması nafakanın kaldırılması için yeterli olur. Buna karşılık, nafaka alacaklısının fiili birliktelikte bulunması veya evlenmesi tek başına yardım nafakasının kaldırılmasına yeterli olmaz, zira yoksulluk nafakasına ilişkin olarak düzenlenmiş MK m. 176/III benzeri bir hüküm yardım nafakasında bulunmamaktadır⁹⁸. Yine de bu durumlar açılan uyarılma davasında yoksulluğun ortadan kalktığı yönünde bir karine sayılabilir⁹⁹. Öte yandan aynı nedenle haysiyetsiz addedilen bir yaşam sürülmesi de nafakanın kaldırılması için MK m. 365/III hükmü saklı kalmak kaydıyla yeterli bir sebep olmaz.

Yardım nafakasına hükmedilmesine sebep teşkil eden olguların ortadan kalkmasına karşın, yardım nafakası işlemeye devam eder. Bu nedenle yardım nafakasının kaldırılması davası açılması gerekir. Bu durumu bildiği halde yardım nafakasını ödemeye devam eden kişinin ödediği bu tutarı sonradan talep etmesinin reddi meşru bulunabilir. Bu durumdan haberdar olmayan nafaka yükümlüsünün, yaptığı ödemeleri geri alıp olamayacağı sorgulanmaya değer bir meseledir. Öğretide sebepsiz zenginleşme kurumuna dayalı olarak iade isteminin yöneltilebileceği ileri sürülmekte ise de, mahkeme kararı nafaka alacağının doğumu için hukuki sebebi oluşturduğundan iadenin talep edilebilmesi olanaksızdır¹⁰⁰. Türk hukukunda kural olarak mahkeme hükümlerin şarta bağlanamayacağı da nazara alınırsa, nafakanın kaldırılması istemiyle uyarılma davası açılmadan, nafaka alacağının işlemesinin durmayacağı sonucuna ulaşılmalı gerekir. Çünkü hükme esas gerekçelerin sona ermesi durumunda nafaka alacağının kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek, açık bir kanuni dayanak bulunmadan mahkeme hükmünün örtülü şekilde şarta bağlandığı sonucunu kabul etmeye götürür.

Kural olarak yardım nafakasına mahkeme kararı ile müdahale edilebilirse de, istisnaen istem üzerine MK m. 365/V uyarınca nafakaya hükmedilen kararda, gelecekte hükmedilen tutarda ne gibi bir değişiklik yapılacağına, mesela TÜFE oranında arttırım, yer verilmesi olanaklıdır. Bu çerçevede artış ölçütünün makul olması gerekir¹⁰¹. Bununla birlikte değişikliğe

⁹⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, §46 N. 6; Köprülü/Kaneti, s. 293

⁹⁸ Yarg. 3. HD., 19.4.2004, 3871/3888 (www.kazanci.com): “..Somut olayda resmen evli olmayan dava dışı eşe yasal yükümlülük getirilemeyeceği ve yardım nafakası için istemde bulunanın davalı ile birlikte yaşamaya zorlanamayacağı dikkate alınmadan yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş olması..”

⁹⁹ Öztan, s. 1213

¹⁰⁰ Tartışma hakkında: Bozdağ, s. 111; Öztan, s. 1220; Sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilebileceği görüşünde: Tekinay, s. 596. Buna karşılık yardım nafakasının indirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin dava kabul edildiği takdirde, davanın açılmasından sonra işlemiş ve karar tarihine dek ödenmiş nafaka tutarları, karar dava tarihinden sonuç doğuracağından mevcut sebebin ortadan kalkması (*condictio ob causam finitam*) gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilir.

¹⁰¹ Yarg. 3. HD., 13.5.2002, 3915/5294 (www.kazanci.com): “..Ancak, Medeni Kanunun 365/5. maddesindeki “Hakim, istem halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğine karar bağlayabilir” hükmü gereğince; hükmedilen nafakanın takip eden her yıl için %50 artırımlı uygulanmasına karar verilmiş ise de, tarafların gelecek yıllardaki ekonomik durumlarında meydana gelebilecek değişikliğin asgari olarak, paranın satın alma gücündeki azalma (enflasyon) oranında arttırım olarak yorumlanması gerekir. Mahkemece, ülke ekonomisindeki dalgalanmalar gözetilmeden, arttırımın sabitlenmesi doğru görülmemiştir.”

esas olgu dışında nafakanın uyarlanmasını gerektiren bir durum gerçekleştiğinde, mahkeme ile uyarlama yolu yine açıktır¹⁰².

Nafaka tutarının uyarlanmasında içtihatlarda benimsenen temel ölçüt enflasyon karşısında yardım nafakası alacaklısının korunmasıdır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 14.3.2016 tarih ve 19599/3808 sayılı kararında "...davacının giderleri ve nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı şekilde, ülke ekonomisindeki gelişmeler ve enflasyon sebebiyle paranın satın alma gücünün azalması, hususları göz önünde bulundurularak, TMK'nın 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek, davacı lehine daha evvel hükmedilen yardım nafakasının uygun bir miktar artırılmasına karar verilmesi gerekirken.." ifadesiyle nafakanın sağladığı alım gücünün korunması gerektiğini açıkça ifade etmiştir¹⁰³. Bununla birlikte enflasyon yoksulluğun giderilmesi için gerekli tutarı arttırmış ise de, bu tutar nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü aştığı veya kardeş sıfatıyla yükümlüyse refahını etkilediği takdirde nafakanın uyarlaması söz konusu olmaz. Sonraki sıraya başvurulması icap eder.

VI. Yardım Nafakası Borcunun İfa Tarzı

Yardım nafakası davası sonucunda talep haklı görüldüğünde hâkim, gerçek anlamda bir borç ihdas ederek davalının yardım nafakası ödemesine hükmedecektir. Yardım nafakası borcunun ifa tarzı mahkeme hükmünde duraksamaya yol açmayacak şekilde yer almalıdır¹⁰⁴.

Yardım nafakasının amacı alacaklının yoksulluğunu gidermek suretiyle insan onuruna yaraşır bir yaşam tesis etmesine katkı sağlamak olduğundan, nafakaya irat şeklinde yani dönemsel olarak ödenecek bir para borcu şeklinde hükmedilmesi yerinde olur. Zira bu sayede gereksinim sahibi, sürekli şekilde ihtiyaçlarını karşılama olanağı bulur ve borçlunun ödeme gücünü sarsmaz. Ancak MK m. 365/V hükmünün lafzından hâkimin toptan şekilde nafakaya hükmedebileceği anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

Kural olarak nafaka dönemleri, diğer nafaka türlerine koşut olarak, aylık olarak belirlenmek gerekir¹⁰⁶. Fakat yükümlünün geliri aylık olarak eline geçmiyorsa farklı bir vade tespiti yerinde olabilir. Mesela nafaka borçlusu çiftçi ise, hasat zamanları vade olarak

¹⁰² Yarg. 3. HD., 9.9.2008, 9857/13986 (www.kazanci.com): "...Hükmolunan nafakaların gelecek yıllardaki artırımına ilişkin olarak kurulan ve bu konuda kesinleşen önceki hükümler, sonraki davalarda kesin hüküm teşkil etmezler. Zira, sonraki zamanlarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarında, ihtiyaçlarında, ülkenin ekonomik yapısında vs. hallerde önemli değişiklik olması hallerinde, önceki ilamlardaki hükmolunan gelecek yıllardaki artışa ilişkin değerler veya oranlar sonradan yetersiz kalabilir. Şartların değişmesi halinde nafaka her zaman artırılabilir."; Yarg. 3. HD., 23.6.2005, 6436/7115 (www.kazanci.com) "...Somut olayda ise, tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakaların niteliği, ülkemizdeki son yıllardaki ekonomik göstergelerdeki değişim (TÜİK'in yayınladığı ÜFE, TÜFE artış oranları) nazara alındığında, önceki ilamdaki gelecek yıllardaki artış (TÜFE) hükmüne göre otomatik olarak artan nafaka miktarları şimdilik uygundur. Nafakaların artırılmasını ve önceki ilamındaki artış hükmünün günün koşullarına uyarlanmasını gerektirir olağanüstü değişiklik yoktur."

¹⁰³ Karar için: www.kazanci.com; Yarg. 3. HD., 17.3.2008, 2228/4572 (www.kazanci.com)

¹⁰⁴ Yarg. 3. HD., 28.4.2014, 21334/6398 (www.kazanci.com): "...hükmün "...aylık 300,00 TL yardım nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine" şeklinde tesis edilmesi ve nafakanın başlangıç tarihinin; yargılama giderleri ile vekalet ücretinden kimin sorumlu olacağının belirtilmemiş olması.."

¹⁰⁵ Yıldırım, s. 164; Çakırca, s. 92; Bu yönde anlaşılabilir şekilde: Yarg. 2. HD., 23.1.2003, 14900/869 (www.kazanci.com); Aksi yönde: Baygın, s. 464; Bozdağ, s. 111; Öztan, s. 1218; Toptan bir ödemeye borçlunun rıza göstermesi halinde hükmedilebileceği şeklinde: Meier, s. 40-41

¹⁰⁶ Saymen/Elbir, s. 481; Baygın, s. 464; Oğuzman/Dural, s.384; Ruhi, s. 92; Genel eğilimin bu yönde olduğu hakkında: Öztan, s. 1219; Alman hukukunda bu husus açıkça Al. MK §1612/I'de düzenlenmiştir.

belirlenebilir. İstisnai olarak benzer şekilde para dışı edim olarak da yardım nafakasına hükmedilmesi söz konusu olabilir¹⁰⁷. Çiftçi örneğine devam edilirse, çiftçinin ürettiği birtakım gıda maddelerini yardım nafakası olarak alacaklıya teslim etmesine hükmedilmesi mümkün olabilir¹⁰⁸. Ancak üstün tutulması gereken yardım nafakası alacaklısının menfaatidir ve bu tür edimlerin cebri icra ile elde edilmesinde para borçlarına nazaran güçlük yaşanabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Verme edimleri dışında, yapma edimi şeklinde karar verilmesi ise mümkün değildir. Örnek vermek gelirse, nafaka yükümlüsünün alacaklıyı evinde bakması veya onun konutunda yemek yapması gibi bir yardım nafakasına hükmedilemez¹⁰⁹. Zira böyle bir kararın aynen cebren icrası olanaklı olmadığı gibi¹¹⁰, kişilik haklarıyla da bağdaştığı ifade edilemez. Fakat nafaka alacaklısının böyle iş görme edimlerini kabul etmesi mümkündür. Bu durumda para ödeme edimi yerine iş görme edimi kabul edilerek, ifa yerine eda ile işlemiş nafaka borcu sona ermiş olur.

VII. Sonuç

Yardım nafakası, yoksulluğa karşı Medeni Kanun'un öngördüğü tedbir ve çözümlerin başında gelmektedir. Temelinde soybağı ile oluşan aile birliği içindeki kişilerin birine yardım etmesine ilişkin ahlaki ödev bulunur. Mahkeme kararı ile bir borç kimliğini kazanır. Nafakanın amacı yoksulluktan kurtarmakla sınırlı olup yardım nafakası, nafaka yükümlülerden ödeme güçleri çerçevesinde veya kardeşler arasında refah durumları nispetinde dava edilebilir. Hedef, insan onuruna yakışır bir yaşamın elde edilmesidir. Fakat ilke, kişinin kendi yaşamını kendi olanaklarıyla sürdürebilmesi olduğundan, esasen istisnai nitelikte başvurulabilecek bir son çaredir. MK m. 365/III hükmü ise, MK m. 2'nin yansıması olarak, yardım nafaka yükümlülerine bir itiraz olanağı tanımaktadır. Gerek nafaka yükümlüsünün ekonomik gücü, gerek nafaka alacaklısının gelir ve malvarlığı, gerekse de genel ekonomik durum değişkenlik gösterebileceğinden, kararla hükmedilen nafaka, yine mahkemeye başvurularak uyarlanabilir veya sona erdirilebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, : Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt: Aile Hukuku, İstanbul, Derya 2016
Alangoya, H. Yavuz : Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003

¹⁰⁷ Bozdağ, s. 111; Oğuzman/Dural, s.384-385; Meier, s. 41; Karş. Öztan, s. 1201

¹⁰⁸ Baygın, s. 464

¹⁰⁹ Karş. Velidedeoğlu, s. 414; Akıntürk/Ateş, s. 451; Meier, s. 40; Davacının rıza göstermesi halinde olumlu yönde: Feyzioğlu, s. 585; Fransız hukukunda ise nakdi veya aynî nafakaya hükmedilebileceği kabul edildiği gibi bu kapsamda oturma veya intifa hakkı tesis edilmesi veya nafaka isteminde bulunanın borçlu tarafından bakılmasına da karar verilebileceği ifade edilmektedir: Garrigue, N. 936; Fenouillet, N. 678

¹¹⁰ Bu hususta: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1458 vd.; Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için: Şirin Aydıncık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları - NAMA İFA (Özellikle TBK m. 113/ I Kapsamında), İstanbul, 2013, s. 29 vd. ve 60 vd.

- Aydıncık, Şirin : Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları - NAMA İFA (Özellikle TBK m. 113/ I Kapsamında), İstanbul, 2013
- Bastons Bulletti, Françoise/ Farine, Ludovic : "Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer les dites contributions auprès de leur débiteur", RDT 2008
- Baygın, Cem : Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010
- Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009
- Belen, Herdem : Yeni Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk - İsviçre - Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), İstanbul, 2005
- Berti, Stephen V. : Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/2, 2002
- Bozdağ, Gonca Gülfem : Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Ankara, 2015
- Breitschmid, Peter/Vetsch, Michael : Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012
- Çakırca, Seda İrem : "Kardeşler Arası Nafaka Yükümlülüğü", AÜHFHD, 64(1) 2005
- Demiral, Meltem : "Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliliği Hakkında Bir Yargıtay Karar İncelemesi", DEÜHFHD, Cilt: 11, 2009 (Özel Sayı)
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper : Aile Hukuku, İstanbul, 2016
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut : Miras Hukuku, İstanbul, 2015
- Erdem, Mehmet : Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010
- Fenouillet, Dominique : Droit de la famille, Paris, 2013
- Feyzioğlu, Feyzi N. : Aile Hukuku, (Yayına Hazırlayanlar: H. Cumhur Özakman/M. Enis Sarıal), İstanbul, 1986
- Fountoulakis, Christiana : "Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille", La famille dans les relations transfrontalières, 2013
- Garrigue, Jean : Droit de la famille, Paris, 2015
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Aile Hukuku, Ankara, 2016
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2014
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim : Aile Hukuku, İstanbul, 1989
- Kuru, Baki : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015

- Leuba, Audrey : " 2. Teil Privatrecht / Développements récents en droit de la famille / I.-II.", Aktuelle Anwaltspraxis / La pratique de l'avocat 2009, 2009
- Masmejan, Sylvie : Dette alimentaires - notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais, 2002
- Meier, Philippe : "La dette alimentaire (art. 328/329 CC) Etat des lieux", RNRF 91/2010
- Meier, Philippe : "Résumé de jurisprudence juillet à octobre 2007", RDT 2007
- Montavon, Pascal : Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC / LPart, 2013
- Nomer, Halûk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa : Aile Hukuku, İstanbul, 1994
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 2016
- Öztañ, Bilge : Aile Hukuku, Ankara, 2015
- Özuğur, Ali İhsan : Nafaka Hukuku, Ankara, 2015
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, : Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2013
- Oğuz/Özekes, Muhammet
- Pichonnaz, Pascal : "Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille", Deuxième pilier et épargne privée en droit du divorce, 2010
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer : Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015
- Ruhi, Ahmet Cemal : Nafaka Hukuku, Ankara, 2010
- Saymen, F. Hakkı/Elbir, H. Kemal : Türk Medenî Hukuku Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul, 1957
- Schloms, Heidemarie : "Alman Hukukunda Çocukların Nafaka Hakkına, Özellikle Adli Memurlara Yüklenen Görevler Bakımından Genel Bir Bakış", Çeviri: Hasan Seçkin Ozanoğlu, AÜHFD, 2001, C. 50, S. 1
- Schmid, Walter/Maravic, Daniela : "Les nouvelles normes CSIAS relatives à l'obligation d'entretien en vertu du droit de la famille", TREX 2009
- Serozan, Rona : Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005
- Sert, Selin : "Mirastan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi", TAAD, Yıl: 5, S. 16 (Ocak 2014)
- Sonat, Ali : "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", MÜHF-HAD, C. 19, S. 1
- Tekinay, S. Sulhi : Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016

Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)

Arş. Gör. Barış Demirsatan

- Tuor, Peter/Schnyder, : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von
Bernhard/Schmid, Peter Tuor, 2010
Jörg/Rumo-Jungo,
Alexandra
Türkmen, Ahmet : “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)”, Prof. Dr. Aydın
ZEVKLİLER’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik
Dergisi, Özel Sayı, 2013
Yıldırım, Abdülkerim : Türk Aile Hukuku, Ankara, 2014
Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : Türk Medenî Hukuku Cilt II: Aile Hukuku Cüz 2,
İstanbul, 1960

Evlilik Birliğinden Doğan Giderlere Katılma Payının İhlali Dolayısıyla Kadının Yoksulluğa Düşme Tehlikesi Karşısında Medeni Kanun Kapsamında Başvurulabilecek Önlemler

Dr. Nil Karabağ Bulut*

Özet

Günümüz şartlarında her ne kadar kadınlar da en az erkekler kadar iş hayatında var olsalar da, evli kadınların özellikle çocuk sahibi olduktan sonra çoğunlukla çalışmamayı tercih etmeleri söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalde aile birliğinde erkek eşin çalışmak suretiyle ailenin ihtiyaçları için gereken ekonomik kaynakları temin etmesi, kadın eşin ise ev işleri ile çocukların yetiştirilmesi görevini üstlenmesi söz konusu olmaktadır. Ne var ki ortak hayatın idaresi, ev işleri ve çocuk bakımı kadının neredeyse günlük yaşamının bütününe kapsasa da, karşılığında herhangi bir ücrete hak kazanması söz konusu değildir. Bu gerçek karşısında kadının ekonomik bağımsızlığının olmaması bir yana, ekonomik bakımdan çoğunlukla bütünüyle erkek eşe bağımlı olduğu bir gerçektir. Erkek eşin gelirini sorumsuzca sarf etmesi, ailesinin bakımını gereği gibi üstlenmemesi, gelirini eşinden ve ailenin diğer üyelerinden sakınması hallerinde kadın eşin kolaylıkla yoksulluğa düşebileceği görülmektedir. İfade edelim ki, Medeni Kanun aile birliğinden doğan ihtiyaçların giderilmesi hususunda yalnızca erkek eşi sorumlu kılmamıştır. Nitekim MK. m. 186 hükmünde eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacakları öngörülmüştür (MK. m. 186/III). Ancak gerek türk toplumunda gerekse diğer toplumlarda kadın eş, ev işlerini ve çocukların bakımını üstlenmiş ve ailenin geçimine emek vermek suretiyle katılmıştır. Kadın eş çalışsa dahi, söz konusu faaliyetler yine de çoğunlukla kadının sorumluluğuna bırakıldığından, bu husus kadın eşin iş hayatında erkek eşe nazaran daha az kazanmasına yol açabilmektedir. Bu durumda erkeğe aile birliğinin para ile karşılanan ihtiyaçlarını temin etmek görevi düşmüştür. Kadın eş ister çalışsın ister çalışmasın, aile birliği ihtiyaçlarının ne şekilde kimin tarafından giderileceği hususunda eşler arasında ihtilaf yaşanması, oldukça sık karşılaşılan bir sorundur.

Aile birliğinden doğan ihtiyaçların kim tarafından ne şekilde giderileceği hususu ile, eşlerden birinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü ihlal ederek aile birliğinin menfaatlerine zarar vermesi halinde hangi imkanlara başvurulabileceği bütünüyle ayrı sorunlardır. O halde

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

çalışmamızda evvela eşlerin evlilik birliğinden doğan masraflara katılma payının ne şekilde tespit edileceği düzenlenmelidir.

I. Evlilik Birliğinden Doğan Hak ve Yükümlülükler Kapsamında Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma

A. Genel Olarak

Evlilik birliği giderlerinin ne şekilde karşılanacağı meselesi, evlilik birliğinde eşlerin hak ve yükümlülükleri ile yakından ilgilidir. Evlilik hukuki bir kurum olarak öngörülmüş olup aynı zamanda Anayasal koruma altındadır (AY. m. 41). Eşlerin hak ve yükümlülükleri ise, genel kural niteliğinde olan, hatta evlilik birliğinin Anayasası olarak nitelendirilen¹ MK. m. 185 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre evlilik birliği, evlenmeyle kurulmuş olur (f. 1). Bu şekilde kurulan evlilik birliği eşlere, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek yükümlülüklerini yükler (f. 2). Eşler ayrıca birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (f. 3). Öğretide söz konusu hükmün amacının burada açıklanan yükümlülüklerin ifasını sağlamaktan ziyade, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin somutlaştırılmasında çerçeve hüküm görevi gördüğü ve ilgili diğer hükümlerin yorumlanmasında esas alınacak ilkeleri içerdiği ifade edilmektedir².

Evlilik Hukuku bakımından temel norm olan MK. m. 185 hükmünde evlilik, sürekli nitelikte manevi birliğe, erkek ve kadının birlikteliğine, eğitim ve bakım birliği ile geçim birliğine işaret etmektedir³. Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, evlilik birliği eşlere bir takım yükümlülükler yüklemektedir. Ancak söz konusu yükümlülüklerin diğer eş için aynı zamanda bir hak olarak öngörülmüş olduğunun ve evlilik birliğinin bütünlüğünün sağlanmasına hizmet ettiğinin ifade edilmesi gerekir⁴. Evlilik, eşitliğe, ortak görevlere ve karşılıklı saygıya dayanmaktadır. Bu şekilde eşlere evvela birlikte yaşama yükümlülüğü yüklenmektedir. Öğretide evlilik birliğinin tüzel kişilikten yoksun bir “hukuksal ekonomik” ortaklık olduğu ifade edilmektedir⁵. Fiilen evliliğin sona ermesine kadar devam eden evlilik birliği, evlenme merasiminin tamamlanmasıyla başlar. Bundan sonra evlilik birliğinin hükümlerini doğurması için ayrıca eşlerin birlikte yaşamaya başlamış olmaları aranmamaktadır⁶.

Öğretide MK. m. 185 hükmünün kapsamı ve içeriğinden yola çıkılarak eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri, “evlilik birliğine dayalı kişilik haklarının korunması yükümü”, “evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlama yükümü”, “çocuklara birlikte

¹ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Bası, Schulthess Yayınevi, Zürich, 2010, § 28 N. 2; Heinz Hausheer, Ruth Reusser, Thomas Geiser, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Artikel 159-180 ZGB, Bern, Stämpfli Verlag, 1999, Art. 159 N. 5; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, N. 825.

² Tuor/ Schnyder/Schmid/ Rumo-Jungo, § 28 N. 4; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 5.

³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 6.

⁴ Tuor/ Schnyder/Schmid/ Rumo-Jungo, § 28 N. 3.

⁵ Dural/Ögüz/Gümüş, N. 826; Ayrıca bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 13.

⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 14; Dural/Ögüz/Gümüş, N. 826.

özen gösterme yükümü”, “sadakat yükümü”, “yardım yükümü” ve “eşlerin birbirlerine bilgi verme yükümü” şeklinde somutlaştırılmaktadır⁷.

Kanun koyucu MK. m. 186 hükmünde, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçeceklerini düzenlemiştir (f. 1). Bundan sonra ikinci fıkra hükmünde evlilik birliğinin eşler tarafından birlikte yönetileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümle birlikte evlilik birliğinin yönetimi hususunda herhangi bir eşe üstünlük tanınmadığından, artık erkek eşin evlilik birliğinin reisi olduğundan söz edilemez. Evlilik birliğinin yönetimi eşler için yalnızca bir hak değil, aynı zamanda yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşin evlilik birliğinin yönetimine katılmaması yükümlülüğün ihlali anlamına gelecek ve bu şekilde evlilik birliğini koruyucu tedbirlere başvurulabilecektir⁸. Hükümün son fıkrasında ise, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmaları gereği öngörülmüştür.

Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümü⁹, MK. m. 186/III hükmünde ifadesini bulmuştur. Söz konusu hüküm uyarınca eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdürler.

B. Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma

Kanun koyucu eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü MK. m. 186/III hükmünde somutlaştırmış, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmasını öngörmüştür.

Söz konusu yükümlülük, evlilik birliğinden doğan diğer yükümlülükler gibi evliliğin kurulması ile başlar ve fiilen sona ermesine kadar devam eder. Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün eşlerin ortak bir evde yaşamalarına bağlı olmadığı ifade edilmektedir¹⁰. Kanun koyucu, MK. m. 169 hükmünde boşanma veya ayrılık davası açılması halinde hakimin, davanın devamı süresince gerekli olan önlemleri re’sen alabileceğini düzenlemiştir. Kanun koyucu bu hükümde hakimin, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri almakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere eşler, ortak yaşamın devam etmemesi halinde dahi evlilik birliğinin giderlerine katılmakla yükümlüdürler. Bununla birlikte evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünün kapsamı elbette ki, eşlerin ortak yaşam sürdürmemeleri halinde farklı olabilecektir. Nitekim kanun koyucu, aşağıda inceleyeceğimiz MK. m. 196 ve 197 hükümlerinde eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün kapsamının birlikte yaşayıp yaşamamalarına göre ayırım yapmak suretiyle düzenlemiştir.

Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün varlığı için ortak yaşamın devam etmesinin şart olmadığı ifade edilmekle birlikte, öğretide eşlerden birinin evlilikten

⁷ Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 828.

⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 827.

⁹ Yardımcı olma yükümü ile ailenin geçimini sağlama yükümü arasındaki ilişki için bkz. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159 N. 29 vd.; Ailenin geçimini sağlama yükümlülüğünün yardımcı olma yükümlülüğü kapsamında olduğu yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 833.

¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 842.

doğan yükümlülükleri yoğun bir şekilde ihlal etmesine rağmen diğer eşin evlilik birliğinin giderlerine katılması hususunda yönelteceği talebin MK. m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebileceği kabul edilmektedir¹¹.

II. Evlilik Birliğinden Doğan Giderlere Katılma Payının İfasını Temin İçin Öngörölmüş Olan Tedbirler

A. Eşlerin MK. m. 195 Uyarınca Uzlaştırılması ve İhtar Edilmesi

Medeni Kanun'da "Birliğin Korunması" başlığı altında yer alan m. 195 hükmünde, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda ihtilafa düşmeleri hususu ele alınmıştır. Söz konusu hallerde eşlerin birlikte veya ayrı ayrı hâkimin müdahalesini talep edebilecekleri öngörölmüştür. "Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi" halinin mehz İsviçre Medeni Kanun m. 172 hükmünde olduğu gibi "eşlerin ailesine karşı yükümlülükleri" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹². Buradaki yükümlülükler kanundan doğabilecek gibi, eşler arasındaki anlaşmadan da doğabilir¹³. Bu kapsamda tedbirlere başvurulabilmesi için ihlalin kusurlu gerçekleşmesi veya süreklilik arz etmesi aranmamaktadır¹⁴. Ayrıca MK. m. 195 hükmüne başvurulabilmesi için ihlal edilen yükümlülüğün evlilik birliğinin devamı, günlük yükümlülüklerin yerine getirilmesi, birbirlerinin kişiliklerine saygı duymaları bakımından önem arz etmelidir¹⁵.

İlgili hüküm uyarınca hâkime başvurulabilecek bir diğer hal ise, eşlerin evlilik birliği için önem arz eden bir konuda fikir ayrılığına düşmeleridir. Ancak fikir ayrılığına düşünülen konunun evlilik birliğine dair olması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca önemli bir konuda olması da aranmıştır. Eşlerin çocuklarının ismi veya okuyacakları okul hususunda ihtilafa düşmeleri bu nitelikte kabul edilebilir¹⁶.

Hükmün ikinci fıkrası uyarınca hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyaracak ve onları uzlaştırmaya çalışacaktır. Burada ayrıca hakimin, eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebileceği öngörölmüştür. Hakimin MK. m. 195 hükmü çerçevesindeki faaliyeti arabuluculuk niteliğindedir. Ancak bu kapsamda hâkime, eşlere evlilik birliğini koruyucu olduğunu düşündüğü bir davranışın gerçekleşmesini emretme yetkisi tanınmamıştır¹⁷. Hakimin eşleri uzlaştırmaya zorlama yetkisi yoktur¹⁸. Hâkim bunun yanı sıra eşleri uyarma yetkisini de haizdir. Söz konusu uyarının içeriği, ihlal edilen yükümlülük veya yükümlülüklerin evlilik birliğinin ihlali sonucunu doğurmasıdır¹⁹. İfade edelim ki, MK. m. 195

¹¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 59b; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 843.

¹² Dural/Öğüz/Gümüş, N. 940.

¹³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 6.

¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 940; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 9.

¹⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 8.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 5; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 941; İsviçre Medeni Kanunu tasarısında ihtilafa düşülen konunun evlilik birliğinin hayatı derecede önemli menfaatlerine dair olması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 938.

¹⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 16b; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 943.

¹⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 16; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 944.

hükümünün amacı eşleri barıştırmak ve uzlaştırmak olduğundan, hakimin eşlere boşanmayı veya ayrı yaşamayı tavsiye etmek gibi bir yetkisi de yoktur²⁰.

O halde, eşlerden birinin diğerinin evlilik birliğinden doğan giderleri ifa etmemesi dolayısıyla hakime başvurması halinde hakim, eşleri uzlaştırmaya çalışacaktır. Bunun dışında hakimin söz konusu yükümlülüğünü ihlal eden eşi, bu ihlalin aynı zamanda evlilik birliğinin ihlali anlamına geldiği hususunda uyarması da mümkündür. Evliliğin genel hükümleri kapsamında öngörülen MK. m. 195 vd. hükümlerinin amacı yalnızca evliliğin değil aynı zamanda eşlerin kişiliklerinin de birbirlerine karşı korunmasını sağlamaktır. Söz konusu hükmün içeriğinin bu amaç çerçevesinde yorumlanması gerekir²¹. Eşlerin ortak rızaları var ise, hâkim ihtilafın çözümü için ayrıca uzman kişinin yardımını da talep edebilecektir. Bu anlamda hâkimin eşler arasındaki ihtilafa göre psikolog, pedagog veya sosyolog gibi uzmanlara başvurması söz konusu olacaktır²². İsviçre Medeni Kanunu bu kapsamda hâkimin eşlere aile veya evlilik danışma merkezlerine gitmelerini tavsiye edebileceği düzenlemiş olmasına rağmen (İMK. m. 172/II), Medeni Kanun m. 195 hükmünde bu yönde bir imkana yer verilmemiştir. Ancak İMK. m. 172/II hükmünde hakimin eşlere söz konusu merkezlere gitme hususunda talimat verme yetkisi olmayıp, ancak tavsiye etmesi söz konusu olabilmektedir²³.

Hükümün²⁴ son fıkrasında hâkimin gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alabileceği düzenlenmiştir. O halde hakim, MK. m. 195 hükmünde düzenlenmiş olan arabuluculuk faaliyeti ve ihtar sonucunda eşler arasındaki ihtilafı giderememiş ise ya da bu hususların ihtilafı çözme hususunda yeterli olmayacakları önceden öngörülebiliyor ise, o takdirde eşlerden en az birinin talebiyle diğer tedbirlere başvurulabilecektir²⁵. Kanun koyucu söz konusu önlemlere “gerektiği takdirde” başvurulmasını emrederek ölçülülük ilkesine işaret etmektedir²⁶. İfade edelim ki, ihtilafın çözümünün çocuğun yararları ile ilgili olması halinde burada artık eşlerin talepte bulunması aranmayacak, hâkim gereken tedbirlere re’sen hükmedebilecektir²⁷. Ancak çocuğun yararı ile ilgili konular dışında, burada ele alacağımız önlemlerin alınabilmesi için daima eşlerden birinin talebi gereklidir²⁸. Söz konusu önlemler MK. m. 196 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunun dışında hâkim ayrıca Medeni Kanun’un Aile Hukuku Kitabı’nda yer alan diğer önlemlere de başvurabilecektir²⁹. Ancak eşler talep etse dahi, hakimin kanun koyucu

²⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 6; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 25.

²¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 14.

²² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 21.

²³ Konu hakkında bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 23.

²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 941.

²⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 25; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 947; Yarg. 2.HD., 1.12.2003 T., 2003/15232 E., 2003/16106. K., (kazancı otomasyon).

²⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 25.

²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 947.

²⁸ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 5; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 25.

²⁹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 7; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 26; Bu önlemler, evlilik birliğin temsili hususunda hakime başvurma yetkisi (MK 188/II), aile konutunda rıza sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin mahkemeye başvurma yetkisi (MK 194/II), mal rejimleri çerçevesinde öngörülen hakim kararına dayalı ödeme ertelemeleri (MK 239/II), mal ortaklığında kabul edilen mirasın reddi için mahkemeye başvurma olanağı (MK 265) ve eşlerin bilgi verme yükümü olarak sayılabilir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 930, dpn. 92.

tarafından öngörölmüş olan tedbirler dışında, hal ve şartlara göre ihtilafı çözmeye elverişli olacağını düşündüğü tedbirlere başvurması söz konusu değildir³⁰. Hâkimin alacağı önlemler evliliği koruyucu nitelikte olmalıdır. Söz konusu tedbirler, eşlerin barışmasını, gelecekte ortaya çıkabilecek zorlukların engellenmesini, var olan sorunları çözmeyi hedeflemelidir. Bu şekilde eşlerin birbirlerine yabancılaşmaları engellenerek anlaşmazlıkların önleneyeği ifade edilmektedir³¹.

Söz konusu düzenleme ve devamındaki maddelerde yer alan tedbirler konumuz itibarıyla erkek eşin evlilik birliğinden doğan katılma payının ifa edilmemesi kapsamında incelenecektir.

B. Evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payının tespiti

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlölüklerin ihlali veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşölmesi halinde MK. m. 196/I uyarınca hakimin müdahalesini isteyebilecekleri öngörölümüştür. Evlilik birliğinin giderlerine katılma da evlilik birliğinden doğan bir yükümlölük olduğundan, bu hususta eşlerin ihtilafa düşmesi halinde MK. m. 196/I uyarınca hakimin müdahalesini istemeleri mümkün olacaktır. Bu durumda hakim, ailenin geçimi için her bir eşin yapacağı parasal katkıyı tespit edecektir. Kanun koyucu bu yönde bir talep halinde hakimin eşleri yükümlölükleri konusunda uyaracağını ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebileceğini düzenlemiştir (f. 2). Hükümün üçüncü fıkrasında eşlerin söz konusu talebi ancak geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için yöneltebilecekleri düzenlenmiştir.

Eşler ortak hayatın devam etmesi halinde MK. m. 196 hükmü çerçevesinde talepte bulunabileceklerdir. Ortak hayata devam etmeyen eş veya eşler bakımından yöneltilecek talep hakkı ise, MK. m. 197 hükmünde düzenlenmiştir.

Öğretide MK. m. 196 hükmünün MK. m. 185 hükmünden sonra ikinci temel norm olduğu ifade edilmektedir. Düzenlemede eşler arasında cinsiyetleri bakımından bir ayrım yapılmaksızın, evlilik birliğinin giderlerine katılma payının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği düzenlenmektedir³². Eşlerin evlilik birliğindeki işbölümü hususundaki ihtilafları MK. m. 195 uyarınca yalnızca hakimin ihtar veya uzlaştırma faaliyetleri çerçevesinde çözülebilecek iken, her bir eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payı bakımından hakimin doğrudan katılma payını tespit etme ve talep halinde gerekli tedbirlere karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Konunun buraya kadar aktarılış biçimi çerçevesinde evvela eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma paylarının ne şekilde tespit edilmesi gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Bundan sonra ise, hâkimin bu katkı payının ifasını sağlamak amacıyla Medeni Kanun kapsamında başvurabileceği tedbirler kısaca aktarılacaktır.

³⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 7; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 172 N. 25a, 26; Ayrıca bkz. BGE 114 II 18 vd., s. 22, (karar için bk. www.bger.ch).

³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 929; BGE 116 II 21, s. 28, (karar için bk. www.bger.ch).

³² BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 163 N. 5.

1. Talep hakkı

a. Ortak hayatın devamı sırasında

Eşler, şayet ortak hayatın devamı sırasında evlilik birliğinden doğan giderlere katılma paylarının tespiti hususunda ihtilafa düşmüş iseler, her eş hâkimden diğer eşin evlilik birliğinin giderlerine katılma payının tespitini talep edebilecektir. Kanun koyucu MK. m. 196 hükmünün ilk fıkrasında, “Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler” yönünde düzenleme öngörmüştür. Buna göre eşlerden biri veya ayrı ayrı herbiri ya da iki eş birlikte hâkimin müdahalesini talep edebileceklerdir. Evlilik birliğine ilişkin tedbirleri talep etme hakkı, kişiye nispi şekilde sıkı sıkıya bağlı bir haktır³³. Kanun koyucu söz konusu hükümde yalnızca eşlerin geçimini düzenlememiş, açıkça ailenin geçiminden söz etmiştir. Buradan yola çıkılarak çocukların geçimini sağlama borcunun aynı zamanda evlilik birliğinden doğan bir borç olduğu ifade edilmektedir³⁴.

b. Eşlerin haklı sebeple ayrı yaşaması sırasında

Yukarıda da değindiğimiz üzere, eşlerin bu yönde talepte bulunmaları için ortak hayatın devam etmesi şart değildir. Kanun koyucu eşlerin yalnızca ortak hayatın devamı sırasında değil, ortak yaşama ara verilmesi halinde de evlilik birliğinden doğan giderlere katılmakla yükümlü olduklarını hükme bağlamıştır. Söz konusu husus MK. m. 197 hükmünde düzenlenmiştir. Ancak buna göre eşlerin ayrı yaşaması, bir diğer ifadeyle ortak hayata ara vermeleri haklı bir sebebe dayanmalıdır. Bu kapsamda hükmün ilk fıkrasında ortak hayata ara vermenin hangi hallerde haklı sebebe dayanacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin³⁵, ekonomik güvenliğinin³⁶ veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesini ortak hayata ara verme için haklı sebep saymıştır. Bir diğer ifadeyle eşin kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya aile huzurunun tehlike düşmesinin tek sebebi, eşlerin ortak yaşamı sürdürmeleri olmalıdır. Aile huzuru bakımından aile bireylerinin ortak menfaati değil de, eşlerin ve çocukların bireysel menfaatleri dikkate alınmalıdır³⁷. Söz konusu madde hükmünün uygulanması bakımından çocukların huzuru ayrı bir önem arz etmektedir³⁸. Kanun koyucu tehlikenin ciddi olmasını aramıştır. Bu şartlar var ise, haklı sebebin bulunduğu kabul edilir. Burada haklı sebebin ayrıca eşlerin kusurlu davranışından doğması şartı aranmaz³⁹. Kanun koyucu burada ortak yaşama ara verilmesini evliliği korumaya yönelik bir tedbir olarak öngörmüştür. Eşlerden birinin diğer eşin rızası olmaksızın ayrı yaşaması evlilikten doğan yükümlülüklerin ihlali olmakla birlikte, kanun maddesinde sayılan şartların varlığı halinde eşlerin ayrı yaşaması aksine evliliğin devamını sağlayacak bir

³³ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 931.

³⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 28 N. 16.

³⁵ Bu duruma örnek olarak bir eşin diğer eşini dövmesi, eşin rızası olmaksızın cinsel ilişkiye zorlaması veya eşin cinsel hayatını çevreye yayması halleri örnek gösterilmektedir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 955; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 8a.

³⁶ Ailenin geçiminin sağlanabilmesi için kazanç sağlamak amacıyla eşlerden birinin ortak yaşamı devam ettirememesi halinde bu şart sağlanmış olur. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 956.

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 957.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 957.

³⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 954.

tedbir haline gelebilir⁴⁰. Bununla birlikte haklı sebebe kusuru ile sebebiyet veren eşin daha sonra ayrı yaşamak suretiyle bu kapsamdaki tedbirlere hükmedilmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir⁴¹. Haklı sebebin varlığını ispat yükü MK. m. 197 hükmü çerçevesinde düzenlenen talebi yöneltten eşe aittir⁴².

Ortak yaşama ara verilmiş olan süre bakımından da herhangi bir şart söz konusu değildir⁴³. Ayrı yaşama kanun koyucu tarafından aranan şartların varlığı devam ettiği sürece haklı sebebe dayanmaktadır. Dolayısıyla hâkimin buradaki tedbirlere hükmedebilmesi için belirli bir süre ayrı yaşanmış olması aranmaz. Hakim tarafından MK. m. 196 hükmü kapsamında alınan tedbirler ayrı yaşamaya yol açan haklı sebep varlığını devam ettirdiği müddetçe geçerli olacaktır. Bununla birlikte hakim bu kapsamda alacağı tedbirleri bir süre ile sınırlaması da mümkündür. Ne var ki bu sürenin sonunda haklı sebebin sona ermediğinin anlaşılması halinde bu defa tedbirin süresinin uzatılması gerekecektir⁴⁴.

Ayrı yaşamanın haklı sebebe dayanmaması eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma borcunu ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca katılma payının hâkim tarafından belirlenmesi için dava açma hakkı bakımından bir sınırlama getirmektedir⁴⁵. Bir eşin haklı sebep olmaksızın ayrı yaşaması ayrı yaşamadan kaynaklanan ek giderlerin talep edilmesine engel olabileceği gibi, aynı zamanda diğer eşten katılma payı talep etmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına da gelebilir⁴⁶.

Ortak hayata maddenin birinci fıkra hükmünde tarif edilen haklı sebeplerle ara verilmesi halinde, ortak hayata haklı sebeplerle ara veren eşin hâkime başvurmak suretiyle diğer eşin yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine dair önlem alınmasını talep etme hakkı söz konusudur. Kanun koyucu ayrı yaşama için hâkim kararı aramamakla birlikte ayrı yaşamanın sonuçlarının hakim tarafından düzenlenmesini öngörmüştür. Dolayısıyla söz konusu hallerde, şayet ortak hayata haklı sebeple ara veren taraf kadın eş ise, hâkime başvurarak erkek eşin bu süreçte yapması gereken katkıyı belirlemesini ve söz konusu katkının ödenmesine dair önlemlerin alınmasını talep edebilecektir.

Kadın eş, erkek eşin haklı sebep olmaksızın ortak hayata ara vermesi veya ortak hayatı olanaksız hale getirmesi halinde de yine aynı taleplerde bulunabilecektir. Bu husus MK. m. 197 hükmünün üçüncü fıkrasında açıkça öngörülmüştür. Bir eşin diğer eşini evi terk etmeye zorlaması⁴⁷ ya da açılan boşanma davasının reddinden sonra eşin eve dönmesinin diğer eş tarafından reddedilmesi bu hallere örnek olarak verilmektedir⁴⁸.

⁴⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 5.

⁴¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 13.

⁴² Dural/Öğüz/Gümüş, N. 954; Y.3.HD., 5.7.2005 T., E. 2005/7362, K. 2005/7570, (www.kazanci.com.tr).

⁴³ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 958.

⁴⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 18, 18a.

⁴⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 59.

⁴⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 59b, Art. 174 N. 7.

⁴⁷ Yarg. 3. HD., 27.5.2014 T., 2014/1018 E., 2014/8302 K., (kazancı otomasyon).

⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 967.

Söz konusu hükmün son fıkrasında eşlerin ergin olmayan çocukları bakımından tedbir alınabilmesi de düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri almakla yükümlü olacaktır. Bu husus kamu düzeninden olduğundan hâkim ergin olmayan çocuklar bakımından gereken önlemleri re'sen alacaktır⁴⁹.

Eşlerin haklı sebeple ayrı yaşaması için MK. m. 197 hükmünde sayılan maddi şartların var olması yeterlidir. Eşler madde hükmündeki şartların gerçekleşmesi ile ayrı yaşama hakkına sahip olmaktadır. Burada ayrıca eşleri bu konuda yetkilendiren veya haklı sebebi tespit eden bir karara ihtiyaç duyulmaz⁵⁰. Bu şartlar çerçevesinde hâkim her somut olay bakımından ayrı yaşama halinde erkeğin kadın eşi hangi oranda parasal katkıda bulunması gerektiğini takdir edecektir⁵¹.

İfade edelim ki, MK. m. 196 ve MK. m. 197 hükümlerinde düzenlenmiş olan tedbirin uygulanması için eşlerden en az birinin talepte bulunmuş olması zorunludur. Bu husus madde hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Yoksa hâkimin söz konusu tedbire re'sen hükmetmesi mümkün değildir. Bununla birlikte çocuklar ile ilgili tedbirleri hâkimin kendiliğinden alabileceğini tekrar hatırlatmak gerekir⁵².

Eşler, evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payını gerek MK. m. 196 gerekse MK. m. 197 hükmü çerçevesinde yöneltecekleri talep ile, ancak geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için dava konusu yapabilirler. Her ne kadar MK. m. 197 hükmünde ifade edilmemiş olsa da, MK. m. 196/III hükmünde öngörülen bu sınırlama MK. m. 197 hükmü bakımından da geçerlidir⁵³.

2. Katılma Payının Tespiti

Tarafların katılma payının tespiti için öncelikle ailenin geçimi, bir diğer ifadeyle evlilik birliğinden doğan giderler kapsamına nelerin dâhil olduğunun belirlenmesi gerekir. Bundan sonra ise tespit edilmiş olan ihtiyaçların eşlerin bireysel gelir elde etme yetenekleri ve somut kişisel ilişkileri ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Zira evlilik birliğinin giderleri kapsamına ancak gerekli ve uygun masraflar dâhil olacaktır. Bundan sonra ise, evlilik birliğinden doğan giderlere hangi eşin ne oranda ve ne şekilde katılması gerektiği belirlenmelidir⁵⁴.

a. Evlilik Birliğinden Doğan Giderlerin Tespiti

Hakim, evvela evlilik birliğinin ihtiyaçlarını tespit etmelidir. Burada ifade edilen evlilik birliğinin gerektirdiği harcamalardır. Hakim söz konusu giderleri tespit ederken ailenin özelliklerini dikkate almalıdır. Evlilik birliği giderlerinin somutlaştırılması her bir evlilik birliğinin tabi olduğu şartlar çerçevesinde gerçekleşmelidir. Bu harcamalara kadın veya erkek

⁴⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 41.

⁵⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 6.

⁵¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 174 N. 6b; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 953.

⁵² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 10; BGE 86 II 323, s. 334; BGE 96 II 69, s. 73 vd., (kararlar için bkz. www.bger.ch).

⁵³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 8; BGE 115 II 201, s. 204, (kararlar için bkz. www.bger.ch).

⁵⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N.7.

eşin yanı sıra varsa çocukların ihtiyaçları da girmektedir⁵⁵. Yalnızca ortak çocukların değil, ayrıca eşlerin ortak olmayan çocuklarının⁵⁶ bakımı için gereken süre ve giderlerin de dikkate alınması savunulmaktadır⁵⁷. Eşlerin katılma payının hesabında bütün yasal sorumluluklarının dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda bir eşin diğer eşin aile birliği dışında yer alan kişilerin geçimini sağlama yükümlülüğü altında olması dolayısıyla üzerine düşenden daha fazla katılma payı ödemesi gerektiğine de hükmedilebilir. Zira eşler MK. m. 185/III hükmü uyarınca aynı zamanda birbirlerine yardımcı olmakla yükümlüdürler⁵⁸.

Bu anlamda evvela evlilik birliğine dahil olan kişilerin, konut, gıda, giyim, kişisel bakım ve sağlık harcamaları⁵⁹ gibi yaşamsal ihtiyaçları belirlenmelidir. Ancak bunların yanı sıra sinema, tiyatro gibi kültürel harcamaların yanı sıra spor faaliyetleri için gereken harcamaların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰. Ailenin tatil ihtiyacı için gereken harcamalar da evlilik birliğinden doğan giderler kapsamında görülmektedir⁶¹. Aile üyelerine aile bütçesi kapsamında serbestçe harcamaları için verilmesi gereken harçlığın da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir.

Aile birliğine dâhil kimselerin eğitimleri için gereken harcamalar da ailenin geçimi için gereken bütçe kapsamındadır. Şayet bu şekilde alınacak eğitim, yalnızca boş vaktin değerlendirilmesi ve kişisel gelişim için olup da, bireylerin mesleki gelişimi ile ilintili değilse, yukarıda değinmiş olduğumuz kültürel harcamalar kapsamı altında ele alınacaktır. Bununla birlikte söz konusu eğitim ailenin geçimi için ihtiyaç duyulan gelirin elde edilmesi bakımından veya ailenin yaşam standartlarının iyileşebilmesi için zorunlu ise, o takdirde günlük aktiviteyi aşan ve bireylerin, özellikle de eşlerin bütün zamanlarını kapsayacak nitelikteki eğitimler de bu nitelikte kabul edilebilecektir. Bu şekilde zorunlu olmasa dahi, eşlerden birinin diğer eşin rızası ile yeni bir eğitim almaya başlaması veya daha önce başlamış olduğu eğitime devam etmesi de ailenin geçimi için gereken giderler arasında sayılmaktadır. Ayrıca ifade edilen nitelikte bir harcama evlilik birliğinden doğan giderler kapsamında görülmesi dahi, diğer eşin MK. m. 185/III hükmünde ifadesini bulan yardım yükümü kapsamında yardım etmesi gerekebilir⁶².

⁵⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 8;

⁵⁶ Eşlerin evli oldukları süre içerisinde başka bir kişiden dünyaya gelen çocukları bakımından aynı sonuç kabul edilmemektedir. Bkz. İsviçre Çocuk Hukukuna Dair Kanun Tasarısı, BBl. 1974 II 58; Aksi görüş için bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 42, 44.

⁵⁷ Tuor/ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 28 N. 16; MK. m. 185/II hükmünün eşlerin ortak olmayan çocuklarını da kapsadığı yönünde bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 15, 17; BGE 115 III 103, s. 106 vd., (kararlar için bkz. www.bger.ch).

⁵⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 41.

⁵⁹ Estetik kaygılarla yürütülen tedavi giderlerinin haklı olarak farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması hususunda bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 16; Yazarlara göre, eşlerin ekonomik durumlarının olağan dışı iyi olması veya diğer eşin estetik müdahaleden doğan masrafları birlikte ödeyecekleri hususunda anlaşmaları halinde bu giderlerde ailenin geçimi için yapılması gereken giderler kapsamında mütalaa edilebileceklerdir. Bununla birlikte estetik müdahalenin aynı zamanda eşin sağlığı için zorunlu olması halinde de aynı sonuca varmak gerekir. Bkz. a.g.e., Art. 163 N. 16c.

⁶⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 8, 9; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 845; BGE 114 III 83, s..., (karar için bkz. www.bger.ch).

⁶¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 9;

⁶² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 13.

Aile üyelerinin bireysel ihtiyaçları dışında, kira, elektrik, su, ısınma bedeli gibi ortak masraflar da bu aşamada dikkate alınacaktır⁶³. Eşlerin evlilik birliğinin ihtiyaçlarına hizmet eden malvarlığı değerleri için vergiler başta olmak üzere⁶⁴, yapacakları harcamalar ile sosyal güvenlik harcamaları ve sigortalar da yine bu kapsamda değerlendirilmektedir⁶⁵. Söz konusu malvarlığı değerinin elde edilmesi için yapılan harcamalar da bu niteliktedir⁶⁶. Ailenin geçimi ile ilgili bir konuda düşülen ihtilaf dolayısıyla yapılan dava ve icra masrafları da evlilik birliğinden doğan masraflar kapsamındadır. Boşanma için yapılmış olan masraflar da ailenin zorunlu ihtiyaçları kapsamında sayılmaktadır⁶⁷. Ailenin geçimi için yapılması gereken ortak ve bireysel masraflar dışında, ailenin geçimi ile aile birliğine dahil kimselerin bireysel ihtiyaçları ile ilgili olmayan masrafların hesaba katılması mümkün değildir. Dolayısıyla eşlerden birinin kendi işletmesi için yapmak zorunda olduğu masraflar burada dikkate alınamaz. Ancak söz konusu masraflar bu defa söz konusu eşin gelir elde etme gücünün hesabında rol oynayacaklardır⁶⁸.

Yardım yükümlülüğü bazı hallerde eşlerden birinin diğer eşin üçüncü bir kişiye karşı olan, örneğin önceki eşten olan çocuğuna karşı nafaka yükümlülüğüne yardım etmesini gerektirebilir⁶⁹. Öyle ki yardım yükümlülüğü söz konusu kişinin aile birliğine kabulünü dahi gerektirebilir. O takdirde evlilik birliğinden doğan giderler hesaplanırken bu kişinin ihtiyaçları da dikkate alınacaktır. Söz konusu kişi aile birliğine dâhil edilmemiş olsa dahi, bu kişinin bireysel ihtiyaçlarının yardım yükümlülüğünün gerektirdiği ölçüde evlilik birliğinden doğan masraflar dâhilinde görülmesi savunulmaktadır⁷⁰. Buna göre eşlerden birinin yardım yükümlülüğü kapsamına giren her türlü yasal sorumluluk aynı zamanda evlilik birliğinin masrafları arasında mütalaa edilmelidir.

İfade edelim ki evlilik birliğinde doğan giderler yalnızca para ile karşılanan ihtiyaçları ifade etmemektedir. Emek ile giderilen ihtiyaçlar da aynı şekilde hâkim tarafından tespit edilmelidir. Eşlerin bu konuda uyuşmazlığa düşmeleri halinde hâkime eşlerin katılma tutarını belirleme imkânı veren MK. m. 196 hükmü, bu aşamada bir eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması veya diğer eşin işinde karşılık almadan çalışması gibi hususların da dikkate alınmasını öngörmüştür. Dolayısıyla evlilik birliğinin giderleri tespit edilirken yalnızca filen yapılan harcamalar değil, eşlerden birinin vermiş olduğu emek karşılığında tarafların yapmaktan kurtulacağı masraflar da dikkate alınacaktır. Kanun koyucu MK. m. 197

⁶³ Yarg. 3. HD, 18.11.2014 T., 2014/7856 E. 2014/15055 K.: “Zira, evlilik birliğinin korunması ve devamını sağlamak için, eşlerin asgari ölçüde uyması gereken bazı yükümlülükler ve (eşitlik ilkesine dayalı olarak) karşılama gereken bazı ortak giderler mevcuttur. Bu giderlere örnek olarak; kira parası, yakıt parası, elektrik, su ve telefon parası gibi giderler gösterilebilir. Davalının (nafaka alacaklısının) gelirinin olması veya davacının (nafaka yükümlüsünün) gelirinin az olması, nafaka yükümlüsünü ortak giderlere katılma yükümlülüğünden büsbütün kurtarmaz. Bu durum, sadece nafaka miktarının takdirinde etkili olabilir”, (kazancı otomasyon).

⁶⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 11.

⁶⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 9; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 845.

⁶⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 12.

⁶⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 15.

⁶⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 8.

⁶⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 159 N. 41 vd.; BGE 109 III 102, s. 105 (www.bger.ch).

⁷⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 17.

hükmünde açıkça ifade etmiş olmasa da, burada ifade edilenler haklı sebeple ortak hayata ara veren eşler bakımından da aynı sonuç geçerlidir⁷¹.

Evlilik birliğinin giderlerine katılma payının ne şekilde tespit edileceğini düzenleyen MK. m. 196 hükmünde kanun koyucunun eşlerin refahı ile ailenin refahı bakımından hiyerarşik bir sıralama yapmamış olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte kabul edilmesi gereken, ailenin ergin olmayan çocuklarının menfaatlerinin ailenin refahı ve aile birliğinin diğer üyeleri karşısında ilk önce dikkate alınması gerektiğidir⁷². Dolayısıyla tarafların ortak hayatlarının gerektirdiği çaba ve emek, çocuklarının olup olmaması, çocukların bakımının yapılması için sarf edilmesi gereken süre, kadın eşin ayrıca erkek eşin bakıma muhtaç ana veya babası veya diğer aile yakınlarının bakımlarını üstlenmesi, kadın eşin erkek eşin işinde karşılıksız çalışıp çalışmadığı gibi her türlü somut şart dikkate alınmalıdır.

Ayrı yaşama halinde ise, çoğunlukla ek giderlerin doğması söz konusudur. Ek giderlerin yanı sıra eşler arasında uygulanagelen işbölümünün devam ettirilmesi de olanaksız hale gelmektedir. Eşlerin ayrı yaşamaları halinde, ayrı yaşamının gerektirdiği ek katkı yükünün, kural olarak eşler arasında yarı yarıya paylaşılması savunulmaktadır⁷³. Yoksa burada ayrı yaşamaya yol açan eşin cezalandırılmak suretiyle ayrı yaşamaktan doğan bütün masraflara katlanması kural olarak söz konusu değildir. Bu kapsamda ayrı yaşamının gerektirdiği bütün giderlerin ve ayrı yaşama dolayısıyla eşlerin yapmaktan kurtuldukları harcamalar ile sarf etmekten kurtuldukları sürenin dikkate alınarak her bir eşin katkı payının yeniden tespit edilmesi gerekmektedir. Evi katkı payını para ödemek suretiyle ifa eden eşin terk etmesi halinde, bu eşin yeni evinde ev işlerini kendisinin görmesi gerektiği dikkate alınacaktır. Ancak söz konusu eşin bu işleri görmek amacıyla üçünü kişiyi işe alarak üçüncü kişiye ödeyeceği ücreti ailenin ihtiyaçları kapsamında değerlendirmesi mümkün görülmemektedir⁷⁴. Hakim ayrı yaşama sırasında katılma payını tespit ederken, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerini ayrı yaşamaları halinde de korumalarına özen göstermelidir⁷⁵. Ayrı yaşama tarihine kadar aile birliğinde ev işlerini ve çocuk bakımı ile gözetimini üstlenen eşin de somut şartlar çerçevesinde ayrı yaşama tarihinden sonra evlilik birliğinden doğan giderlere para ödemek suretiyle katılması söz konusu olabilir. Ancak bunun için eşlerin yeteri derecede malvarlıkları olmamalı, diğer eşin geliri ailenin temel ihtiyaçlarına yetmemeli ve söz konusu eşten yaşı, ev işlerinin yoğunluğu, çocukların bakım ve gözetimi, sağlığı ve eğitimi itibarıyla iş bulması beklenebilmelidir⁷⁶.

⁷¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 23; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 960.

⁷² Tuor/ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 28 N. 18; BGE 132 III 209, s. 211, (www.bger.ch).

⁷³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 17 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 961.

⁷⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 19b.

⁷⁵

⁷⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 19a.

Ayrı yaşama halinde alınacak olan tedbirlerin amacı çocuklar başta olmak üzere aile bireylerinin ayrı yaşamadan mümkün olduğu kadar az etkilenmeleri ve o güne dek sürdürmüş oldukları yaşam biçimini muhafaza etmeleridir⁷⁷.

b. Tespit edilen masrafların uygun olması

İsviçre Medeni Kanunu'nda MK. m. 186/III hükmüne denk gelen m. 163 hükmünün ilk fıkrasında, eşlerin ailenin uygun şekilde geçimini birlikte ve güçleri oranında sağlama borcundan söz edilmektedir. Ne var ki burada geçen "uygun" kelimesi MK. m. 186/III hükmüne alınmamıştır. Buradaki uygun ifadesi ile kastedilen evvela, eşlerin bireysel veya ortak ihtiyaçlarının eşlerin durumuna uygun olup olmadığıdır. Kast edilen yaşamsal ihtiyaçlar olmayıp, ekonomik durum ile yakından ilintili olan ihtiyaçlardır. Uygun ibaresi ile kastedilen ikinci husus ise, aile birliğinin üyelerinin ihtiyaçlarının ne şekilde giderileceğidir. Bu kapsamda örneğin gıda veya giyim yaşamsal bir ihtiyaç olmakla birlikte, bunların ne şekilde giderileceği ailenin ekonomik durumuna göre farklılık arz etmektedir⁷⁸.

Her ne kadar MK. m. 186/III hükmünde uygun ibaresi kullanılmamış olsa da, burada aktarılanlar Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Eşlerden ailenin geçimini ekonomik güçlerini aşacak şekilde sağlamalarını beklemek mümkün değildir.

O halde hakim, evvela hangi ihtiyaçların ailenin ekonomik gücüne uygun olduğunu takdir edecek, daha sonra ise, ailenin ekonomik gücünün bu ihtiyaçları ne şekilde gidermeye yettiğini tespit edecektir.

Söz konusu tespitin yapılabilmesi için evvela eşlerin gelirlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira hangi ihtiyacın aile birliğine uygun olduğu eşlerin ekonomik güçleri temel alınarak belirlenecektir⁷⁹. Bunun için her iki eşin gelirleri, malvarlıkları ve emeklilik aylıkları dikkate alınacaktır. Eşlerin fiilen elde ettikleri gelirin ailenin gerekli görülen ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemesi halinde, evlilik birliğinin giderlerine katılma payının eşlerin fiilen elde ettikleri gelire göre değil, iyiniyetle elde edebilecekleri farazi gelire göre tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁰. Farazi gelirin elde edilebilmesi için somut şartların eşleri belirli bir mesleğin icrası veya sahip olunan mesleğin belirli bir tarzda icra edilmesi hususunda yükümlülük altına sokabileceği ifade edilmektedir. Aynı şekilde farazi değerın elde edilebilmesi için, eşlerin sahip oldukları malvarlıklarını farklı bir şekilde değerlendirmeleri borcu da söz konusu olabilir. Yeter ki eşlerin bu şekilde daha fazla gelir elde etme ihtimalleri söz konusu olabilsin⁸¹.

⁷⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 176 N. 44; Yarg. 2. HD., 23.2.2016 T., 2015/15029 E., 2016/2456 K.: "edbir nafakası miktarı tayin edilirken, birliğin giderlerine katılmada eşlerin "ekonomik güçleri" ile müşterek yaşam sırasında davalının eş ve çocuklarına sağlamış olduğu yaşam düzeyi dikkate alınmalı, hakim; eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerinin ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerekir".; Yarg. 3. HD., 4.3.2015 T., 2014/17119 E., 2015/3472 K., (kazancı otomasyon).

⁷⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 21.

⁷⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 22, Art. 172 N. 8; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 844; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 28 N. 18;

⁸⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 22; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 846; 117 II 16, s. 17; BGE 119 II 314, s. 316 vd.; 127 III 68, s. 71 vd., (kararlar için bkz. www.bger.ch).

⁸¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 22.

Evlilik birliğinin giderleri tespit edilirken malvarlıklarının yanı sıra eşlerin borçlarının da dikkate alınması gerekmektedir⁸². İfade edelim ki, evlilik birliğinin kabul edilen ihtiyaçlarının giderilmesi için yapılan giderlerin ayrıca eşlerin gelirlerinden çıkarılması söz konusu olmayacaktır. Burada sözü edilen giderler evlilik birliğinden doğan giderler dışında oluşan harcamalardır. Örneğin bir eşin işletmesinin değerini arttırmak amacıyla yatırım yapması buna örnek verilebilir⁸³. Şayet eşin giderlerini azaltma imkânı olmasına rağmen, örneğin önceki eşe ödenen yüksek nafakanın şartların değişmesine dayanarak indirilmesini sağlaması mümkün olmasına rağmen bu imkândan faydalanmıyor ise, o takdirde söz konusu imkân kullanılsa idi ne kadar gider olacak idiyse, o miktar dikkate alınır⁸⁴.

Şüphesiz ki, kadının çalışmaması halinde erkek eşin geliri çoğunlukla ayrıca kadın eşin ve diğer aile fertlerinin yaşam standartlarını da belirleyecektir. Erkek eşin oldukça iyi gelir elde edip de yüksek bir yaşam standardı sürmesine rağmen, hâkimin erkeğin birliğe yapması gereken katkıyı belirlerken normal yaşam standartlarını mı dikkate alması gerekecektir, yoksa erkek eşin yaşam standartlarından mı yola çıkması gerekecektir. Hâkim söz konusu giderleri tespit ederken ortalama bir aileden yola çıkmayacak, her bir münferit olayda eşlerin hal ve durumunu, özellikle ekonomik şartlarını ve seçmiş oldukları yaşam biçimini dikkate alacaktır⁸⁵. Ancak burada eşlerin biri tarafından seçilmiş olan yaşam tarzı değil, eşlerin karşılıklı anlaşmalarıyla belirlemiş oldukları yaşam tarzı dikkate alınmalıdır⁸⁶. Ancak eşlerin bu hususta anlaşamamaları halinde hakim eşlerin ekonomik durumları çerçevesinde takdir yetkisini kullanacaktır. Zira eşler ailenin geçimine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdürler. Burada evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payının üst sınırı eşlerin gelir elde etme gücü olacaktır. Yoksa eşlerden ekonomik güçlerinin üstünde bir katılma payı ödemeleri beklenemez⁸⁷. Alt sınır ise, eşlerin yaşamlarını idare ettirmeleri gereken minimum değer olacaktır⁸⁸.

İfade edelim ki, kanun koyucu ev işlerini gören ve çocukların bakım ve gözetimini üstlenen eşe ayrıca belirli bir bedel ödenmesini öngörmemiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığı altında yer vermiş olduğu m. 164 hükmünde, ev işlerini gören, çocukların bakımını üstlenen veya diğer eşin işinde karşılıksız çalışan eşin diğer eşten sürekli ve uygun bir miktarı serbestçe harcamak üzere talep edebileceğini düzenlemiştir (f. 1)⁸⁹. Hükmün ikinci fıkrasında ise, bu miktarın belirlenmesinde kendisine bu yönde hak tanınmış

⁸² Dural/Öğüz/Gümüş, N. 847.

⁸³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 23.

⁸⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 23.

⁸⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 845.

⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 846.

⁸⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 30.

⁸⁸ BGE 127 III 68, s. 71; BGE 126 III 353, s. 358

⁸⁹ Öğretide bu bedeli ödenmesinin harçlık niteliğinde olmadığı gibi, ev işleri karşılığında ödenmesi gereken ücret niteliğini de haiz olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre düzenlemenin temelinde ev işlerini gören kadının sarf ettiği emeğe değer biçilmesi yatsa da, ev işleri karşılığında kadına ödenmesi gereken ücretin miktarının söz konusu madde kapsamında belirlenmesi mümkün değildir. Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, § 28 N. 21; Burada evlilik birliğinin giderlerine katılma borcu kapsamında yer alan özel bir borcun söz konusu olduğu yönünde **BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art.164 N. 9.

olan eşin gelirinin ve eşin ailesi, ya da diğer eşin mesleği veya işletmesi için sorumluluk sahibi bir kişi olarak gösterdiği özenin dikkate alınmasını öngörmüştür (f. 2). Söz konusu hüküm Medeni Kanuna alınmamıştır.

c. Her bir eşin ödemesi gereken katkı payının tespiti

Evlilik birliğinin giderleri bu şekilde tespit edildikten sonradır ki, her bir eşin bu giderlere katılma yükümlülüğü tespit edilebilir. İfade edelim ki, eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere mutlaka para ödemek suretiyle katılmaları söz konusu değildir. Bu husus yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz MK. m. 196 hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bir eşin ev işlerini görmeyi veya çocukların gözetimini tek başına üstlenmesi ya da diğer eşin işinde karşılıksız çalışması gibi kanun koyucu tarafından fiilen sayılan hallerde de evlilik birliğinden doğan giderlere katılma söz konusudur⁹⁰. Nitekim eşlerin evlilik birliğinin giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılabilecekleri MK. m. 186/III hükmünde de açıkça ifade edilmiştir. O nedenle MK. m. 196/II hükmünde sayılmış olan ev işlerinin görülmesi, çocukların bakımının üstlenilmesi veya diğer eşin işinde karşılıksız çalışılması hususları sınırlı sayıda sayılmamıştır⁹¹. Buna göre evlilik birliğinden doğan giderler burada sayılan haller dışında da para ödenmesi söz konusu olmaksızın ifa edilebilecektir Bir eşin kendine ait taşınmazın aile konutu olarak kullanılmasına izin vermesi ya da kendisine ait malvarlığının işletilmesini diğer eşe bırakması ve buradan elde edilen gelirin ailenin geçimi için kullanılması aynı ifa bakımından sayılabilecek diğer örneklerdir⁹². Kadın eşin erkek eşin aile birliğine dâhil olan ana-veya babası gibi yakınlarının bakımını üstlenmiş olması da bu mahiyettedir.

İfade edelim ki, eşler evlilik birliğinden doğan giderlere her bir eşin hangi oranda ve ne şekilde katılacağı hususunda diledikleri gibi anlaşabilirler. Eşler arasında ihtilaf olmadığı müddetçe hâkimin eşler arasındaki anlaşmaya müdahale etmesi söz konusu değildir⁹³. Kanun koyucu bu kısımda yer alan tedbirleri eşler arasında uyuşmazlık çıkması ve eşlerden birinin bu tedbirlerin uygulanması amacıyla hâkime başvurması halleri bakımından öngörmüştür⁹⁴. Evlilik birliğinde eşler, üstlenecekleri rolleri kendileri tayin edeceklerdir. Dolayısıyla hâkime başvurulduğu ana kadar bir eşin ev işlerini görmesi veya çocukların bakımını üstlenmesi hususunda taraflar zımnen veya açıkça anlaşmışlar ise, hâkimin bu rol dağılımının değişmesine karar vermesi söz konusu değildir⁹⁵. Bununla birlikte rol dağılımının tarafların ekonomik imkânları ile uyumlu olması gerekir. Şayet erkek eşin geliri ailenin yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması hususunda tek başına yeterli olmazsa o takdirde kadın eşin yalnızca ev işlerini görme hususunda ısrar etmesi mümkün değildir⁹⁶. Bu durumda hâkim

⁹⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 32.

⁹¹ Bu edimlerin değerinin ne şekilde tespit edilebileceği yönünde bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 35 vd.

⁹² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 34.

⁹³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 36 vd.; BGE 116 III 75, s. 78; BGE 114 III 12, s. 15 vd., (www.bger.ch).

⁹⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 28 N. 17.

⁹⁵ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 8; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 38; Evlilik birliğinin giderlerinin hangi eş tarafından ne şekilde karşılanacağına ilişkin anlaşmanın sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabi olduğu yönünde bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 37.

⁹⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 40.

kadın eşin çalışması yönünde hüküm veremeyecektir. Kanun koyucu MK. m. 196/I hükmünde parasal katkının belirlenmesinden söz ettiği için hakimin eşlerin yapmış oldukları işbölümünü değiştirmesi söz konusu değildir⁹⁷. Ancak hakim kadının ev işlerinin görülmesinin yanı sıra bir işte çalışmasını mümkün görürse, o takdirde katılma payını hesaplarken mesleğini, eğitimini, ev işlerinin yoğunluğunu, çocukların bakımına ayırması gereken süre gibi somut şartları dikkate alarak kadının elde etmesi gereken bu değeri farazi gelir olarak dikkate alır⁹⁸. Eşi ile anlaşmak suretiyle ev işlerini ve çocukların bakım ve gözetimini üstlenen kadın eşin, daha sonra bu işleri yapmaktan kaçınması halinde hakim, kadın eşi bu işleri yapma hususunda uyarabileceği gibi, söz konusu işlerin üçüncü kişiye yaptırılmasının bedelini kadın eşten katılma payı olarak talep etmesi de mümkündür⁹⁹.

Kadın eşin ev işleri ile birlikte çocukların bakımını ve gözetimini üstlendiği hallerde, çocukların kendi geçimlerini sağlamak üzere evden ayrılmış olmaları ihtimalinde kadının katılma payının tekrar hesap edilip edilmeyeceği sorusu akla gelebilir? Bu durumda esasen evlilik birliğinin giderleri azalmaktadır. Zira çocukların bakımı ve gözetimi için süre harcanmasına gerek kalmadığı gibi, onların geçimi için harcanması gereken bir gider de olmayacaktır. Bu durumda erkek eş evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payının değişen şartlar dolayısıyla tekrar hesaplanmasını talep edebilir. Ancak kadın eşin katılma payının bundan sonraki süreçte farazi gelir nazara alınarak hesaplanması, bir diğer ifadeyle kadın eşi çalışmaya zorlayacak şekilde katılma payına hükmedilmesi dürüstlük kuralına aykırı görülmektedir¹⁰⁰.

Taraflar bu hususta yapmış oldukları anlaşmayı daha sonra karşılıklı anlaşmak suretiyle değiştirebilirler¹⁰¹. Evlilikten doğan giderlere katılma payına ve diğer eşin ihtiyaçlarına etki etmediği sürece her eş kendi yaşam tarzını değiştirebilir. Eşler arasındaki anlaşmanın diğer eşi etkileyecek şekilde değiştirilmesi kural olarak diğer eşin onayını gerektirse de, bu anlaşma aynı zamanda eşlerin hayat biçimlerini de etkilediğinden burada MK. m. 23 hükmünün uygulanması söz konusu olabilir. Eşlerden birinin yaşam biçimini diğer eşin durumunu etkilemeyecek şekilde değiştirme talebine diğer eşin itiraz etmesi dürüstlük kuralına aykırı görülmüştür¹⁰². Aynı şekilde somut şartların önemli derecede değişmiş olması da, eşlerden birinin itirazına rağmen anlaşma şartlarının değişmesine yol açabilir¹⁰³. Bu durumda dürüstlük kuralı çerçevesinde değişen şartlar karşısında eşlerden anlaşma şartlarına uymalarının beklenip beklenemeyeceği tespit edilmelidir¹⁰⁴.

Hakim tarafından buraya kadar açıklanan şekilde yapılacak tespit kapsamında, somut olayın şartlarına göre bir tarafın emek ile katılımı yeterli olacağı için hiç para ödememesi gerektiği sonucuna varılabileceği gibi, her eşin ayrı ayrı miktarlarda para ödemesi gerektiği yönünde

⁹⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 172 N. 7.

⁹⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 173 N. 10; vgl. BGE 119 II 314, s. 316 vd.; 114 II 26, s. 31, (www.bger.ch).

⁹⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 173 N. 14.

¹⁰⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 173 N. 15.

¹⁰¹ BGE 119 II 314, s. 317; 114 II 13, s. 16 vd.; 117 V 194, s. 197.

¹⁰² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 173 N. 12.

¹⁰³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 163 N. 46 vd.

¹⁰⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 173 N. 11a.

de hüküm kurulabilir. Her iki tarafın da para ödemesi gerektiği hallerde iki borç birbiri ile takas edilecektir¹⁰⁵.

Kanun koyucu evlilik birliğinden doğan giderlere üzerinde düşen miktarın fazlası ile katılmış olan veya bu giderleri tamamen tek başına karşılamış olan eşe herhangi bir tazminat hakkı tanımamıştır. Söz konusu eş bu hallerde MK. m. 196 hükmü uyarınca yalnızca geçmiş bir yıl bakımından talepte bulunabilecektir. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu m. 165 hükmü uyarınca, bir eşin diğer eşin mesleği veya işletmesi için evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payını aşar nitelikte katkı yapmış olması halinde uygun bir tazminat talep etme hakkı vardır (f. 1). Hükmün ikinci fıkrasında bu hakkın bir eşin kendi malvarlığından ailenin geçimi için üzerine düşenden fazla harcama yapmış olması halinde de söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu fazla harcamanın hizmet, ödünç, ortaklık sözleşmeleri veya başka bir sözleşmeden doğan edimin ifası amacıyla yapıldığı hallerde tazminat hakkı söz konusu olmayacaktır (f. 3). Eşlerin bu talepleri bakımından zamanaşımı süresi evlilik devam ettiği süre boyunca işlemeye başlamayacaktır¹⁰⁶. Bununla birlikte söz konusu talebin evlilik birliğinden doğan bir hakka dayanması sebebiyle, boşanma davasının sonuçlanacağı ana kadar ileri sürülmesi kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Bir eşin diğer eşe karşı sahip olduğu evlilik birliğinin giderlerine katılma payına ilişkin talebin şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olması sebebiyle bütün olarak devredilmesi veya haczedilmesi mümkün görülmemektedir¹⁰⁸. Bununla birlikte münferit katkı taleplerinin devri ve haczi mümkün görülmektedir¹⁰⁹.

Bir eşin diğer eşe karşı yöneltebileceği evlilik birliğine katılma payına ilişkin alacak hakları için zamanaşımı süresi on yıldır. Ancak söz konusu alacak hakkı bakımından zamanaşımı süresi, TBK. m. 153 hükmünün üçüncü bendi uyarınca evlilik devam ettiği sürece işlemeye başlamayacak, bir diğer ifadeyle duracaktır. Bununla birlikte şayet taraflar evlilik birliğine hangi oranda katkıda bulunacakları hususunda anlaşamamış olup, bunun tespiti ve ifası için hâkime başvurmuş iseler, bu talep kapsamında ancak geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar bakımından talepte bulunmaları söz konusu olacaktır (TBK. m. 196/III).

B. Erkek Eşin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Yükümlülüğünü İhlal Etmesi

1. Genel Olarak

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünün ne şekilde belirleneceği ile bu yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde hangi tedbirlere başvurulabileceği bütünüyle ayrı meselelerdir. Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde hâkimin eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü ne şekilde belirleyeceği hususunu incelemiş bulunmaktayız. Bundan sonra

¹⁰⁵ **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, § 29 N. 8; İsviçre Medeni Kanun Tasarısı, s. 1275, (www.admin.ch).

¹⁰⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, § 28 N.

¹⁰⁷ BGE 123 III 433, (karar için bkz. www.bger.ch).

¹⁰⁸ **BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 163 N. 65; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 850.

¹⁰⁹ **BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 163 N. 66; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 850.

ise, eşin katılma payını ifa etmemesi halinde Medeni Kanun'un ne tür tedbirler düzenlemiş olduğu incelenecektir.

2. Borçlulara Ait Önlemler

Kanun koyucunun eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü ihlal etmesi karşısında öngörmüş olduğu ilk tedbir, MK. m. 198 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre: "Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir". Hükmün amacı hiç ya da yeterince geliri olmayan fakat aynı zamanda ailenin geçiminden sorumlu olan eşe, katılma payını ihlal eden eşin malvarlığına doğrudan erişme imkânı sağlamaktır¹¹⁰. İfade edelim ki, bu hükmün amacı katılma payını ihlal eden eş i cezalandırmak değil, ailenin geçimini sağlamak suretiyle evliliği korumaktır¹¹¹. Söz konusu tedbire ortak yaşamın devamı sırasında başvurulabileceği gibi ortak yaşama ara verilmesi halinde de başvurulabilir¹¹². Kanun koyucu bu şekilde muaccel olan katkı paylarının yanı sıra ayrıca gelecekte muaccel olacak katkı paylarının da güvence altına alınması amaçlanmıştır¹¹³.

Madde hükmünün içeriği incelendiğinde söz konusu tedbirlerin uygulanmasıyla, aleyhine tedbir uygulanan eşin kişi özgürlükleri, özellikle de üçüncü kişiler nezdindeki itibarı bakımından oldukça etkili bir müdahalenin gerçekleşeceğini söylemek yanlış olmaz¹¹⁴. Bu nedenle öğretide, özellikle sorunlu olan evliliklerde evliliğin sona ermesine yol açmamak için hakim bu tedbire kolaylıkla hükmedememesi gerektiği savunulmaktadır¹¹⁵. Kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan bu tedbirin özel bir cebri icra tedbiri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶. Evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payını ifa etmeyen eşin borçluları bakımından öngörülmüş olan bu tedbire başvurulması için söz konusu eşin alacak hakkına sahip olması gerekmektedir¹¹⁷. Aksi takdirde söz konusu tedbire başvurmanın bir anlamı kalmamaktadır.

Hâkimin MK. m. 198 hükmünce öngörülen bu tedbire başvurusunun maddi şartı ise, eşlerden birinin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü ifa etmemesidir. Ancak eşin bu yükümlülüğünü ifa etmemesinin kusura dayanıp dayanmamasının herhangi bir önemi yoktur¹¹⁸. Bununla birlikte eşin yükümlülüğünü ifa etmeme şeklindeki ihlalinin ciddi olması gerekmektedir. Yoksa eşlerden birinin evlilik birliğinin giderlerine düzenli katılmakla birlikte, bu borcunu bir defaya mahsus ihlal etmiş olması bu tedbirin uygulanmasına yol açmaz¹¹⁹.

¹¹⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 177 N. 5.

¹¹¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 5.

¹¹² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 7.

¹¹³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 6.

¹¹⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 11.

¹¹⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 7; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 968; BGE 110 II 9, s. 12 vd.

¹¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 969.

¹¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 969.

¹¹⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 8; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 8; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 970.

¹¹⁹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 8.

Hakim eşlerden birinin MK. m. 198 hükmünün uygulanması talebi karşısında öncelikle evlilik birliğinin giderlerine katılma payını tespit etmesi ve bundan sonra gerekli görür ise söz konusu tedbirin tespit edilen katılma payının ne kadarı için uygulanacağı hususunda karar vermesi gerekmektedir¹²⁰.

Her ne kadar MK. m. 198 hükmünde söz konusu tedbirin uygulanması bakımından eşlerin talebinin gerekip gerekmediği hususunda açık bir ifade yer almasa da, söz konusu tedbirin uygulanması bakımından diğer tedbirlerde olduğu gibi eşlerin talebinin şart olduğu kabul edilmektedir¹²¹. Kanun koyucu MK. m. 195 hükmünün son fıkrasında hâkimin gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alabileceğini ifade etmiştir. Burada diğer talepler bakımından “eşlerden birinin istemi” şart koşulduğundan, MK. m. 198 hükmü bakımından eşin talebinin gerektiği yönündeki görüşe katılmak gerekir.

Şayet hakim MK. m. 198 hükmünde aranan şartların var olduğunu takdir ederse, bu durumda yükümlülüğünü ihlal eden eşin borçlularına talimat verecektir. Nafaka alacağı veya manevi tazminat alacağı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar dışındaki tüm alacak hakları talimatın konusunu oluşturabilirler. Bu yöndeki talimat gelecekte doğacak alacaklar bakımından da verilebilir. Ancak bunun için talimatın verileceği anda evlilik birliğinden doğan giderlere katılma borcunun muaccel olması aranmaktadır¹²².

İfade edelim ki, söz konusu tedbire ancak ihtiyaç duyulduğu oranda başvurulabilecektir. Dolayısıyla borçlu veya borçlulara yöneltilecek olan talimat ancak aleyhine tedbire hükmedilen eşin katkı payının tamamı veya bir kısmı kadar olabilir. Söz konusu tedbirin ölçülülük prensibi çerçevesinde verilmelidir. Bu şekilde verilen tedbirin yükümlülüğünü ihlal eden eşin zaruret haline düşmesine sebep olmaması ve evlilik birliğinin menfaatlerini ihlal etmemesi gerekir¹²³. Bunun yanı sıra talimatın verileceği borçluların belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Talimatta ayrıca borcun hukuki sebebi ve kapsamı itibarıyla belirlenmiş olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴. Hakim vereceği talimatta tedbir için belirli bir süre sınırı öngörebilir¹²⁵. Bu tedbirin kapsamının belirlenmesinde ayrıca MK. m. 196/III hükmü de dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu MK. m. 196/III hükmüyle eşlerin geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için katkı payı talebinde bulunmalarına cevaz vermiştir. O halde MK. m. 198 kapsamında öngörülmüş olan tedbire de ancak geçmiş bir yıllık katkı payı ile gelecekte söz konusu olacak katkı payları bakımından hükmedebilmek gerekir¹²⁶.

Hâkimin MK. m. 198 hükmü uyarınca vereceği talimat alacak hakkının sahibini değiştirmemektedir. Aleyhine tedbir verilen eş talimatın konusunu oluşturan alacak hakkının sahibi olmaya devam eder. Ancak söz konusu eşin talimatın konusunu oluşturan alacak

¹²⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 9a.

¹²¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 972;

¹²² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 12c; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 973.

¹²³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 11; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 9c; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 974; BGE 110 II 9, s. 15, (www.bger.ch).

¹²⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 11, 11 a.

¹²⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 9; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 974.

¹²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 971.

hakları üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar¹²⁷. Talimat borçlular bakımından hakim tarafından verilen tedbir kararının kesinleşmesi ile birlikte hüküm doğurmaya başlar. Talimatın, muhatabı olan borçlular bakımından hüküm doğurması için kendilerine bildirilmesi şarttır¹²⁸. Bu bildirimden sonra aleyhine tedbir kararı verilen eşe ödeme yapan borçlunun borcundan kurtulması mümkün değildir¹²⁹. Ancak tasarruf yetkisi olmamasına rağmen alacağı tahsil eden eşin tahsil etmiş olduğu bu para ile katkı payını ödemiş olduğunun ispatı ile üçüncü kişi borcundan kurtulabilecektir¹³⁰.

3. Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

Kanun koyucu evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğün ihlali halinde yükümlülüğünü ihlal eden eşin borçluları bakımından öngörülmüş olan tedbir dışında ayrıca ihlali gerçekleştiren eşin tasarruf yetkisinin de hakim tarafından sınırlanabilmesini mümkün kılmıştır. Evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü ihlal eden eş bakımından öngörülmüş olan bu tedbir, MK. m. 199 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin mali yönden korunması amacıyla çoğunlukla başvuru bir düzenlemedir¹³¹.

Söz konusu hükmün ilk fıkrası uyarınca: “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir”. İkinci fıkra hükmünde hâkimin bu durumda gerekli önlemleri alacağı öngörülmüştür. Üçüncü fıkra ise, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması halinde, hâkimin bu hususun tapu kütüğüne şerh edilmesine re’sen karar vereceği düzenlenmiştir.

Hükmün ilk fıkrasında malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin iki halde sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki ailenin ekonomik varlığının korunması gereğidir. Bu durumda ailenin ekonomik varlığının eşlerden birinin davranış ve tutumu dolayısıyla ciddi ve yakında gerçekleşebilecek bir tehlike altında olması gerekmektedir¹³². Bu duruma eşlerden birinin evdeki eşyaları başka bir yere nakletmesi, ticari işletmesini hiç ya da uygun bir ivaz almadan devretmeye kalkışması, malvarlığının aniden veya sebebi açıklanamayacak şekilde azalması, aile birliğinin birikimlerinin sebepsiz yere harcanmaya başlanması gibi haller örnek olarak gösterilmektedir¹³³. Ailenin ekonomik varlığının zarar görme tehlikesinin ciddi olması gerekmektedir. Ciddi bir tehlikeden söz edebilmek için ailenin olağan yaşantısının bir eş tarafından diğer eşin dürüstlük kuralı kapsamında kabul edemeyeceği şekilde tehlikeye atılması yeterli olmalıdır¹³⁴.

¹²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 975; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 13, 14.

¹²⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 13c; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 976;

¹²⁹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 11.

¹³⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.177 N. 15.

¹³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 977.

¹³² Dural/Öğüz/Gümüş, N. 979.

¹³³ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 6a; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 979.

¹³⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 6b.

Eşlerden birinin malvarlığına dâhil olan değer veya değerler üzerindeki tasarruf yetkisinin hâkim tarafından sınırlandırılmasına yol açabilecek bir diğer husus ise, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Dolayısıyla evlilik birliğinden doğan herhangi bir yükümlülüğün ihlali MK. m. 199 hükmünün uygulanmasına yol açmayacaktır. Burada aranan evlilik birliğinden doğan, örneğin evlilik birliğinin giderlerine katılma gibi (MK. m. 186/III) mali bir yükümlülüğün ihlalidir. Bunun yanı sıra mal rejiminden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde de MK. m. 199 hükmünün uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır¹³⁵.

Hükümde sayılan haller bakımından güncel ve ciddi bir tehlikenin söz konusu olduğunu tedbirin uygulanmasını talep eden eşin ispatlaması gerekmektedir. Bunun için söz konusu eş tarafından iddia edilen olguların inandırıcı olmasının yeterli olduğu, yoksa bu olguların mutlak şekilde ispatlanmasının gerekmediği ifade edilmektedir¹³⁶. Buraya kadar aktarılan bu iki şarttan birinin varlığı halindedir ki, hakim MK. m. 199 hükmüne uygun karar verebilir. Ancak bu şartlardan birinin varlığının yanı sıra ayrıca bu şartlar karşısında MK. m. 199 hükmündeki tedbirin uygulanmasının gerekli olması ve eşlerden birinin diğer eş aleyhine söz konusu tedbirin uygulanması hususunda talepte bulunması gerekmektedir¹³⁷. Bu yönde bir talep olmaması, bir diğer ifadeyle eşlerden biri tarafından yöneltilmiş olan talebin MK. m. 199 hükmündeki tedbiri kapsamadığının anlaşılması halinde hakim, diğer şartlar mevcut olsa dahi tasarruf yetkisinin sınırlanması yönünde karar veremeyecektir.

Hükümde yer alan tedbir evlilik birliğinin ekonomik temellerinin korunması amacıyla öngörülmüştür. Bunun dışında eşler arasındaki ticari ilişkiler kapsamında eşlerin bu tedbirin uygulanmasını talep etme hakları söz konusu değildir.

Hakimin MK. m. 199 hükmündeki tedbiri uygulama yönünde karar vermesi halinde, aleyhine tedbir uygulana eşin malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlaması söz konusu olacaktır. Tasarruf yetkisi sınırlamasının konusunu oluşturacak olan malvarlığı değerlerinin orantılılık ilkesi çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir¹³⁸. O nedenle hâkimin, MK. m. 199 hükmünde ifade edilen tedbirin alınması hususunda karar vermesi halinde, aleyhine tedbir verilen eşin tasarruf yetkisini genel ve soyut olarak sınırlaması mümkün değildir¹³⁹. Eşin üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olduğu malvarlığı değerlerinin teker teker belirlenmesi gerekmektedir. Hâkim söz konusu tedbirin belirli bir süre uygulanması yönünde karar verebileceği gibi, tedbiri yalnızca belirli tasarruf işlemleriyle de sınırlayabilir¹⁴⁰.

¹³⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 7; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 980.

¹³⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 13; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 8, 8a; BGE 118 II 378, s. 381; BGE 120 III 67, s. 69, (www.bger.ch).

¹³⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 981; Y.2.HD., 27.01.2005 T., E.15883, K.869, Özuğur, s.244.

¹³⁸ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 12; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 982; Yarg. 2. HD., 9.5.2006 T., 2005/19253 E., 2006/7175 K., (kazancı otomasyon).

¹³⁹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 982; Yarg. 2.HD., 06.05.2014 T., 2014/2235 E., 2014/10433 K.; “Hangi malvarlıklarına ilişkin olduğu somut olarak gösterilmeksizin genel ve soyut nitelikte tasarruf yetkisi kısıtlamasına gidilemez”, (kazancı otomasyon).

¹⁴⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 12; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 10a.

İfade edelim ki, aleyhine tedbir kararı verilen eş bakımından getirilen tasarruf yetkisi sınırlaması fiil ehliyeti sınırlaması değil, tasarruf yetkisi sınırlamasıdır¹⁴¹. Söz konusu hükmünde öngörülen tedbir, hükmün içeriğinde açıkça ifade edildiği üzere tasarruf işlemleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır¹⁴².

Bundan sonra değinilmesi gereken bir diğer husus ise, söz konusu halde hâkimin yükümlülüğünü ihlal eden eşin tasarruf yetisini bütünüyle kaldıramayıp sadece sınırlama hususunda yetkili olmasıdır. Söz konusu halde yükümlülüklerini ihlal eden eş, hakim tarafından tayin edilmiş olan malvarlığı değerleri üzerinde yine hakim tarafından belirlenmiş olan oranda ancak talepte bulunmuş olan eşin izni veya icazeti¹⁴³ ile tasarruf edebilecektir¹⁴⁴. Yoksa burada hâkim tarafından belirlenmiş olan malvarlığı değerleri üzerinde talepte bulunan eşin tek başına tasarruf yetkisini haiz olması söz konusu değildir.

Tasarruf yetkisi sınırlanan eşin buna rağmen diğer eşin iznini almadan tasarruf yetkisinin sınırlanmış olduğu malvarlığı değerleri üzerinde yapmış olduğu tasarruf işlemleri bakımından, butlan benzeri kendine özgür geçersizlik söz konusu olacaktır. Ancak diğer eşin bu tasarruf işlemlerine sonradan vereceği icazet, tasarruf işlemindeki eksikliği gidererek baştan itibaren geçerli olmasını sağlayacaktır. Burada da TBK. m. 46 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre diğer eşe hukuki işlemin onaylanması için bir süre verilmişse, ancak bu sürenin sona ermesinden önce verilen icazet tasarruf işlemindeki eksikliği giderebilecektir¹⁴⁵. İznin veya icazetin haksız yere verilmekten kaçınılması halinde aleyhine tedbir uygulanan eşin gerekli iznin verilmesi için hâkime başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁶.

Hükmün ikinci fıkrasında hâkimin bu tedbire başvurması halinde gereken bütün önlemleri alabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemede ifade edilen önlemler tasarruf yetkisi sınırlamasının amaca ulaşması için alınması gereken önlemlerdir. Bunlara örnek olarak taşınır bir malın veya kıymetli evrakın saklanmak üzere mahkemeye, bankaya veya üçüncü kişiye tevdi edilmesi ya da eşin bankadaki hesaplarının bloke edilmesi halleri verilmektedir¹⁴⁷. Bu önlemler aynı zamanda tasarruf yetkisi sınırlamasının üçüncü kişilere bildirilmek suretiyle iyi niyetin bertaraf edilmesini sağlamaya yönelik olacaktır.

Nitekim hükmün üçüncü fıkrasında alınabilecek söz konusu önlemlerden bir tanesi kanun koyucu tarafından somutlaştırılmıştır. Buna göre yükümlülüğünü ihlal eden eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının söz konusu olması halinde, hâkimin alması gereken önlem açıkça düzenlenmiştir. Aktarılan halde hâkim, durumun tapu kütüğüne şerh

¹⁴¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 983; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, N. 1058.

¹⁴² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 983; Söz konusu tedbirin borçlandırıcı işlemleri kapsayıp kapsamadığı yönündeki tartışmalar için bkz. BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 12.

¹⁴³ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 984.

¹⁴⁴ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 984.

¹⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 985; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 18; Kılıçoğlu, s.34.

¹⁴⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 17a.

¹⁴⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 20b; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 987.

edilmesi hususunda karar verecektir. Hükümün amacı yalnızca taşınmazlar bakımından uygulanacak tedbirin somutlaştırılması değil, aynı zamanda hâkimin bu husustaki takdir yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla tasarruf yetkisi sınırlamasının taşınmaz üzerinde gerçekleşmesi halinde hâkim, söz konusu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına bu sınırlamayı re'sen şerh ettirmekle yükümlüdür¹⁴⁸.

Bundan sonra ele alınması gereken bir diğer konu ise, söz konusu şerhin işlevidir. Bir görüş uyarınca söz konusu şerh, tasarruf yetkisi sınırlanmış olan eşle tasarruf işlemi yapacak olan kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldıracaktır¹⁴⁹. Buna karşılık farklı bir görüş, söz konusu şerhin İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi taşınmazın tapu kütüğünü sınırlamanın konusunu teşkil eden hukuki işlemlere kapattığını ileri sürmektedir¹⁵⁰. Söz konusu görüş MK. m. 199/III kapsamında hakim tarafından re'sen öngörülecek olan şerhin "kitleyici tasarruf sınırlaması şerhi" olduğunu savunmaktadır¹⁵¹.

Bunun yanı sıra tasarruf eksikliği sebebiyle geçersiz olan tasarruf işleminin tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmayacağına da ifade edilmesi gerekir. Burada tasarruf yetkisi eksikliği dolayısıyla geçersiz olan işlemin tarafı olan kişiden iyi niyetle hak iktisap eden üçüncü kişilerin iktisapları korunabilecektir. Ancak bu yönde bir koruma ancak şerhten önce söz konusu olabilir. Şerhten sonra artık iyi niyetle hak iktisabından söz edilemez¹⁵².

C. Koşulların Değişmesi

Daha evvel sıkça değindiğimiz üzere, buraya kadar içeriği aktarılan hükümlerle öngörülen tedbirlerde hâkimin gerek eşlerin yapması gereken parasal katkıyı gerekse başvurulacak olan tedbire hükmederken somut şartlar çerçevesinde takdir yetkisini kullanması söz konusudur. Ancak bu somut şartların değişmesiyle tedbirlerin gereksiz kalması söz konusu olabileceği gibi, hâkimin tedbirlerin boyutunu arttırması da gerekebilir. Aynı şekilde bir eşin yapması gereken katkı da değişen ihtiyaçlara göre artabilecek veya azalabilecektir.

Bütün bu hallerde her bir eş hâkim tarafından daha evvel verilmiş olan kararların değiştirilmesi amacıyla dava açabilecektir¹⁵³. Ancak sadece şartların değişmesi halinde değil, verilmiş olan kararların fiilen gerçek olgulara dayanmadığının sonradan anlaşılması halinde de alınan tedbirin değiştirilmesi için dava açılabilmesi kabul edilmektedir¹⁵⁴. Bu imkân MK. m. 200 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Koşullar değiştiğinde eşlerden her biri kararda değişiklik yapılmasını veya sebep sona ermiş ise önlemlerin kaldırılmasını talep edebilecektir. Öğretide madde hükmündeki "koşullar" ifadesinin geniş anlamda anlaşılması gereğine işaret

¹⁴⁸ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 25a; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 987.

¹⁴⁹ Ahmet, Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara, 2002, s. 34 vd.

¹⁵⁰ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 25b; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 988.

¹⁵¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 25b, 27a; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 988; BGE 91 II 412, s. 418 vd.; 103 II 1, s. 3 vd.; BGE 104 II 170, s. 175 vd., (www.bger.ch).

¹⁵² BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.178 N. 26; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 989; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1058.

¹⁵³ Çocukların durumunu konu alan tedbirler bakımından eşlerin talebi aranmaz (MK. m. 197/IV). Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1002.

¹⁵⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 29 N. 17; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 8a.

edilerek, dış etkenler sonucu değişen şartların yanı sıra eşlerin şahıslarına dair koşulların da bu nitelikte görülmesi gereği ifade edilmektedir¹⁵⁵. Eşlerin ilişkileri ve ihtiyaçlarındaki belirgin sapmaların yeterli olacağı savunulmaktadır¹⁵⁶. Buna göre değişiklik eşlerin ticari ilişkileri, mesleki eğitimleri, iş yerleri, sağlıkları veya çocukları ile ilgili olabilir¹⁵⁷. Değişikliği gerektirecek maddi olguların değişiklik talebinde bulunan eşin keyfi davranışı sonucu gerçekleşmemesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Buraya kadar aktarılan şartların varlığı halinde hâkim, tedbir kararını değiştirebilecektir. Öyle ki, tedbir kararında belirli bir sürenin öngörülmüş olması halinde dahi, şayet MK. m. 200 hükmünde öngörülen şartlar var ise, hakimin tedbir kararını değiştirmesi söz konusu olabilecektir¹⁵⁹.

Şayet tedbir kararında değişiklik yapılması ivedi nitelikte değil ise, o takdirde hâkimin değişiklik kararı verebilmesi için her iki eşi de dinlemesi gerekmektedir¹⁶⁰. Değişiklik kararı daha önce verilmiş olan bir tedbir kararının kaldırılması, sınırlandırılması veya ağırlaştırılması şeklinde olabilir. Daha önce verilmiş olan bir tedbir kararının şartlar oluştuğu müddetçe bir defadan fazla değiştirilmesine herhangi bir engel yoktur.

Hâkim tarafından verilen değişiklik kararı kural olarak geçmişe etkili olmayacaktır. Çok istisnai hallerde söz konusu kararın geçmişe etkili olabileceği kabul edilmektedir. Ancak tedbir kararının geçmişe yürümesi hali eşlerin katılma payı hususunda kabul edilmemektedir¹⁶¹.

İfade edelim ki bu hüküm süreklilik arz eden tedbirler bakımından uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla MK. m. 188/II veya MK. m. 194/II hükmünde olduğu gibi, tek bir eylem bakımından tüketilebilen tedbirler hakkında MK. m. 200 hükmünün uygulanması söz konusu değildir¹⁶².

D. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Evlilik birliğini koruyucu nitelikte olan ve MK. m. 195 vd. hükümlerinde öngörülmüş olan tedbirleri alma hususundaki görevli Mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanuna göre belirlenecektir. Söz konusu Kanun'un m. 4 hükmünün ilk bendi bu hususta Aile Mahkemeleri'ni görevli kılmıştır. Aile Mahkemeleri'nin olmadığı yerlerde hangi mahkemelerin görevli olacağı ise, yine aynı Kanun'un m. 2/II hükmüne göre tayin edilmek gerekir. Buna göre, Aile Mahkemesi'nin kurulmadığı yerlerde 4787 sayılı Kanun kapsamında olan dava ve işlere, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek olan Asliye Hukuk Mahkemesi bakacaktır.

¹⁵⁵ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 8.

¹⁵⁶ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1000.

¹⁵⁷ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 9.

¹⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1001.

¹⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1001.

¹⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 989; BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 13.

¹⁶¹ BK-Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art.179 N. 14; BGE 111 II 103, s. 107, (www.bger.ch): Buna göre kararın geriye etkili olablmesi için, eşin ikametgahının bilinmemesi, nerede yaşadığının bilinmemesi, bir tarafın aldatması veya hak sahibinin ağır hastalığı gibi ek şartlar aranmaktadır.

¹⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, N. 999.

Buraya kadar aktarmış olduğumuz tedbirlerin evliliğin genel hükümleri arasında düzenlenmiş olduğuna daha evvel de değinmiştik. Söz konusu tedbirlerin alınması için gereken şartların incelenmesinin ardından, burada ayrıca söz konusu tedbirleri almaya yetkili Mahkeme'nin de kısaca açıklanması gerekir. Söz konusu tedbirleri almaya yetkili Mahkeme MK. m. 201 hükmü kapsamında tayin edilecektir.

Söz konusu hükmün ilk fıkrasında evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı kabul edilmiştir. İkinci fıkra hükmünde ise, eşlerin yerleşim yerlerinin farklı olması ve her ikisinin de önlem alınması isteminde bulunması ihtimali ele alınmıştır. Söz konusu halde yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Hükmün son fıkrasında, önlem kararını veren yetkili mahkemenin, aynı zamanda önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda da yetkili olacağı hükmüne bağlanmıştır. Bununla birlikte her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, söz konusu hususlarda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

Bu şekilde yetkili ve görevli Mahkeme tarafından verilmiş olan tedbir kararlarına karşı temyiz yolu açıktır¹⁶³.

SONUÇ

Evlilik birliğinden doğan bir yükümlülük olan evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü MK. m. 186/III hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere emekleri ve malvarlıkları ile güçleri oranında katılmalarını öngörmüştür. Böylelikle eşlerin cinsiyet ayrımı yapmaksızın diledikleri gibi işbölümü yapmalarına imkân tanınmıştır. Ancak çalışmamızın başında da değindiğimiz üzere, evliliklerde ev işlerinin idaresi ile çocukların bakım ve gözetimi çoğunlukla kadın eş tarafından yürütülmektedir. Kadın eş evlilik birliğinin ihtiyaçlarına bu hallerde emek vermek suretiyle katılmaktadır. Evlilik birliğinin para ile giderilmesi gereken ihtiyaçları ise, bu durum karşısında çoğunlukla erkek eşe düşmektedir.

Ancak çalışmamızda ele aldığımız üzere, eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlerin kim tarafından ne şekilde karşılanacağı hususunda ihtilafa düşmeleri halinde MK.m. 195 uyarınca uzlaşma amacıyla hakime başvurmaları mümkün olmakla birlikte, ayrıca MK. m. 196 uyarınca hakimden giderlere katılma payının tespitini talep etmeleri de mümkündür. Ortak yaşama haklı sebeple ara verilmesi halinde ise, MK. m. 197 hükmü ayrı yaşama sırasında gereken tedbirlerin hakim tarafından alınmasını öngörmüştür. Hükmün ikinci fıkrası kapsamında hakim, ayrı yaşama halinde eşlerin birliğin giderlerine katılma payını tespit edecektir.

Evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payının hesabında evvela ailenin giderleri, daha sonra ise eşlerin gelirleri tespit edilecektir. Son aşamada ise, her bir eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma payı tespit edilecektir. Kanun koyucu MK. m. 196 hükmünde,

¹⁶³ Yarg. 2.HD., 1.12.2003 T., 2003/15232 E., 2003/16106 K., (kazancı otomasyon).

eşlerden birinin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması hususlarının katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağını düzenlemiştir.

Hakim aile birliğinden doğan giderleri belirlerken para ile giderilmesi gereken ihtiyaçların yanı sıra emek vermek suretiyle giderilmesi gereken ihtiyaçları da tespit edecektir. Bu nedenle kadın eşin çocukların bakım ve gözetimini üstlenmesi ve ev işlerini yürütmesi evlilik birliğinden doğan giderlere ayrıca para ödemek suretiyle kayılmayacağı anlamına gelmez. Hakim bu durumda evvela erkek eşin gelirini tespit edecektir. Bundan sonra çocukların bakım ve gözetimi ile ev işleri için harcanması gereken süre, bundan sonra kadının ayrıca çalışmasının mümkün olup olmadığı, kadının yaşı, sağlık durumu, eğitimi, yaşı ve iş bulma olasılığı araştırılacaktır.

Şayet erkek eşin geliri ailenin ihtiyaçlarını karşılamaya yetiyor ise, ayrıca ev işleri ile çocuk bakımı ve gözetimi kadının önemli miktarda vaktini alıyor ise, o takdirde kadının ayrıca katılma payı ödemesi beklenemez. Hakimin eşlerin yapmış oldukları işbölümüne karışma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak şayet yapmış olduğu inceleme sonucunda kadın eşin katılma payı ödemesi gerektiğine hükmederse, o takdirde dolaylı olarak bu işbölümüne müdahale etmiş olmaktadır. Şayet erkek eşin geliri ailenin ihtiyaçlarını giderme hususunda yeterli değil ise, bu durumda ev işleri ile çocuklar için harcanan süre, kadın eşin eğitimi, yaşı, sağlık durumu ve mesleki eğitimi kapsamında katılma payı ödemeye mahkum edilmesi mümkün olabilir. Söz konusu halde kadın eşin artık çalışmama hususunda direnmesi mümkün değildir.

Gerçek hayatta karşımıza çıkabilecek tüm olasılıkları öngörüp her biri bakımından sonuca varmak mümkün değildir. O nedenle çalışmada somut olaylar kapsamında yol gösterici olan genel kurallar incelenmiştir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, kadının olan hukuk karşısında ailenin giderlerine katılma yükümlülüğü söz konusudur. O nedenle kadının ev işlerini yapması ve çocukların bakım ve gözetimini üstlenmiş olması, ailenin para ile giderilebilecek ihtiyaçlarının tümünün erkek tarafından giderilmesini haklı kılmamaktadır.

Bununla birlikte kadın eşin ev işlerini yapma ve çocuk bakımı ve gözetimini üstlenmesine rıza gösteren ve bunun karşılığında evin para ile giderilebilecek ihtiyaçlarını gidermeyi taahhüt eden eşin, bundan sonra eşi ile yapmış olduğu bu anlaşmaya aykırı olarak eşinden katılma payını talep etmesi, ancak somut şartların bu talebi haklı kılacak şekilde değişmesi halinde mümkün olacaktır.

Aile birliğinin ihtiyaçlarının giderilmesi evliliğin korunması ile aile bireylerinin ve özellikle de çocukların refahları açısından son derece önemli olduğundan, kanun koyucu bu yükümlülüğün ihlali halinde, ihlali gerçekleştiren eş aleyhine oldukça etkili tedbirler öngörmüştür. Bu tedbirler kapsamında ihlali gerçekleştiren eşin borçlularına diğer eşe ödeme yapmaları talimatı verilebileceği gibi (MK. m. 198), yükümlülüğünü ihlal eden eşin malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi de sınırlanabilecektir (MK. m. 199). Söz konusu tedbirlerin “Evlilik Birliğinin Korunması” başlığı altında düzenlenmiş olmaları karşısında, bunlara ancak evlilik birliğinin korunması amacıyla orantılı olarak başvurulması gerektiğinin göz önünde tutulması gerekir.

Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi

Dr. Cansu Kaya Kızılırmak*

1. GİRİŞ

1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesi ile, ‘*gebeliğin sona erdirilmesi*’ olarak ifade edilen kürtaja, hamileliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine izin verilmiştir. 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, hamilelik süresi on haftayı geçen kadınlarda kürtaj yapılamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu 5. maddenin ikinci fıkrasında, Tüzüğün 2 numaralı ekli listesinde sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde, hamileliğin onuncu haftasından sonra da, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından kürtajın yapılabileceği öngörülür.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasında, nüfus planlaması, “*fertlerin, istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları*” olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar düzenlemede, bu özgürlük fertlere tanınmış ise de, fertlere tanınan ve özünde bir kadın hakkı olan bu serbestinin, kürtajı eşin rızasına tabi tutan düzenlemeler çerçevesinde en iyi ihtimalle “eşlerin” özgürlüğü olarak yürütüldüğü anlaşılmaktadır. ‘*Gebeliğin sona erdirilmesinde izin*’ kenar başlıklı 6. madde ile, kürtaj, hamile kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altındaki küçüklerin vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine bağlı tutulmuştur. Aynı maddede, evli kadının kürtajı, eşinin rızasına bağlanmıştır. 6. maddenin son fıkrasında, izin almanın zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde iznin şart olmadığı öngörülür. Belirtmek gerekir ki, kadınların kürtaj olmak için eşin rızasına ihtiyacı bulunmamalıdır, hatta kadının rızası olmadıkça gebelik durumunun üçüncü kişilere açıklanması dahi hasta haklarına aykırılık teşkil eder.

Kürtaj hakkı, kadının kişilik hakkının konusu olan değerler içerisinde yer alır. Kadının, çocuk yapmak ya da yapmamak konusunda karar vermesi ve istenmeyen hamilelikleri, gerekli tıbbi donanım ve uzman doktorlar eliyle sona erdirebilmesi, bir insan hakkıdır. Kürtaj Türkiye’de yasal bir haktır. Ancak bu yasal hakkın sınırlarının özenle çizilmesi gerekir. Katı bir yasal

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

kürtaj rejimi, kadınları yasal yöntemler ve sınırlar dışında hamileliği sona erdirici güvenli olmayan yöntemlere yöneltir. Bu bakımdan özellikle, kendi kendine düşük yapmaya veya uzman olmayan kişiler tarafından gerekli teçhizat olmadan ve steril olmayan ortamlarda gerçekleştirilecek işlemlere itilen kadınların, yaşamları tehlikeye atılmaktadır. Kadını bu gibi yöntemlere yönlendiren yasal sınırlamalar, özellikle yoksul kadını tehlikeye atmaktadır. Maddi gücü olan kadının, steril ortamlarda uzmanlar tarafından yapılacak yasal sınırlamaların dışında kürtaj uygulamalarına erişmesi hayatın olağan akışında daha muhtemeldir. Kürtaj hakkının sıkı yasal sınırlara tabi tutulması, çoğu zaman bir sağlık güvencesi dahi bulunmayan ya da bulunsa bile yalnızca devlete bağlı kuruluşlarda sağlık hizmeti alabilen kadını, tehlikeli, yasal ve sağlıklı olmayan uygulamalara terk eder. Kürtajın yasal sınırının, tıbbi gereklilikler dışında herhangi siyasi, felsefi veya dini düşünceler ile çizilmesi, bu düşüncelerin altında yatan, ceninin yaşam hakkını üstün tutmak görevini de yerine getirememekte, bilakis, kadın ölümlerinin sayısını arttırmaktan öteye gidememektedir¹. Bu bakımdan Türk hukukunda özellikle velinin ve eşin rızasına dair şartların yarattığı olumsuzluklar ve uygulamada kürtaja ilişkin yaşanan sorunlar incelenecektir.

2. KÜRTAJ HAKKINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME

a. Genel Olarak

1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un (NPHK) 5. maddesi ile, ‘*rahim tahliyesi*’ olarak ifade edilen kürtaj hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. ‘*Gebeliğin sona erdirilmesi*’ kenar başlıklı söz konusu düzenleme uyarınca;

“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

¹ Dünyada anne ölümlerinin neredeyse yarısına neden olan en temel üç sebepten biri de, sağlıklı ve güvenli olmayan kürtajdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., **World Health Organization**, Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008, 6th ed., 2011, s. 27; Sağlıklı ve güvenli olmayan kürtajın, dünyada gerçekleşen anne ölümlerinin yüzde onüçünü teşkil ettiği yönünde, **UN Doc. A/6/254**, 03.08.2011, "Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health", N. 25; “*Ve bugün, gebeliği önleme yollarının serbestçe öğretilmeyeşinden ötürü, Fransa’da, açlıktan ölecek çocuklar doğurmak istemeyen kadın için karnındaki çocuğu aldırarak ya da düşürmekten başka çare yoktur. Stekel, La Femme frigide adlı kitabında: ‘Çocuk aldırma yasaklayan yasa ahlaka aykırıdır, çünkü ister istemez her gün, her saat çiğnenecektir’ derken tepeden tırnağa haklıdır”, Simone de Beauvoir, Kadın, İkinci Cins, II, Evlilik Çağı, 7. bs., 1993, s. 121.*

Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi
Dr. Cansu Kaya Kızılırmak

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir”.

Görüldüğü üzere, istek üzerine kürtaj, kanunda öngörülen istisnai haller haricinde kural olarak, hamileliğin onuncu haftası doluncaya kadar yapılabilir. On haftalık süre içerisinde, talep üzerine yapılabilecek olan kürtajın sınırını ise, kadının sağlığı teşkil eder. Kürtaj ancak, kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı sürece gerçekleştirilebilir (NPHK m.5/I).

On haftadan sonra ise kürtaja, ancak annenin sağlığı veya cenin ile takip eden nesillerin korunması gereken istisnai hallerde imkan tanınmıştır (NPHK m. 5/II). Buna göre, on haftadan sonra kürtaj, ya hamileliğin annenin sağlığını tehdit etmesi halinde ya da doğacak çocuğun ya da onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete sebep olacağı hallerde yapılabilir. Bu iki halden birinin söz konusu olması halinde kürtaja ancak, *‘doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporu’* ile müsaade edilmiştir.

Kürtaj hakkına ilişkin genel düzenleme niteliğindeki NPHK m. 5 düzenlemesinin üçüncü fıkrasında ise, acil müdahalenin gerektiği hallerde gerçekleştirilecek olan kürtaj müdahalesi öngörülmektedir. Ayrıca madde 5 düzenlemesinin son fıkrası ile, acil müdahale hallerinin ve usulünün yanı sıra, kürtaj için gereken izin belgesinin şekli ve doldurulma esaslarını da içeren bir kısım hususların çıkarılacak tüzük ile belirtileceği öngörülmüştür.

1983 tarihli, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile, kürtaja ilişkin Kanunda öngörülen hususlar düzenlenmiştir. Tüzüğün *‘Amaç’* kenar başlıklı 1. maddesi uyarınca; *“Bu Tüzüğün amacı, rahim tahliyesinde acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğunu ve yapılacak ihbarların şekil ve mahiyetini, rahim tahliyesini ve sterilizasyonu kabul edenlerden istenecek izin belgesinin şeklini ve doldurulma esaslarını, rahim tahliyesi ve sterilizasyonun yapılacağı yerleri, bu yerlerde bulunması gereken sağlık koşulları ve diğer koşullarla buraların denetim ve gözetim esaslarını belirlemektir”.*

Söz konusu Tüzükte, Kanun ile öngörülen ve tüzüğün amaç kısmında da yer verilen düzenlemelerin yanı sıra, kürtaja ilişkin NPHK ile düzenlenen bir kısım kuralların tekrarı yer verilmiştir.

Kürtaja ilişkin, NPHK ve Tüzük ile öngörülmeyen bir diğer duruma ise, TCK m. 99/6 hükmünde rastlanır. Buna göre; *“Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir”.*

b. Rızaya İlişkin Yasal Düzenleme

NPHK madde 6 hükmü ile, kürtajda alınması gereken izinler öngörülmektedir. ‘Gebeliğin sona erdirilmesinde izin’ kenar başlıklı söz konusu hüküm uyarınca;

“5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir”.

Tüzüğün 13 ile 15 maddeleri arasında, rızaya ilişkin usul kurallarına yer verilmiştir. ‘İzin Belgesi’ kenar başlıklı 13. madde ile kimlerden ve ne durumlarda rıza alınacağı düzenlenir.

“On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın,

a) Reşitse kendisinden,

b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,

c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir),

d) Evliyse eşinden,

örneği Tüzük’e ekli izin belgesinin alınması gerekir.

Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır.”

14. maddede ise, izin belgesinin aranmayacağı haller öngörülmektedir. *“Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.*

Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz”.

Tüzüğün 15. maddesinde, izin belgesinin alınma yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre; *“İzin belgeleri, 13 üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır.”*

Tüzüğün 5 sayılı liste ekinde, İzin Belgesine yer verilmektedir. Ayrıca söz konusu listede, *“Rıza”* başlıklı bir rıza formu da bulunmaktadır. Bu formda, kürtaja ilişkin bilgilendirmelerin yapıldığı ve serbest irade ile kürtajın kabul edildiği ve kürtaja rıza gösterildiği beyanı yer alır. Bu formun da hamile kadın, eş, veli veya vasi tarafından imzalanması gerekmektedir. Formun sonunda yer alan not kısmında, 2 numaralı not şu şekilde kaleme alınmıştır: *“2-Veli olarak ana-baba, anlaşmazlık halinde baba, baba ölmüş ya da yoksa ana”.*

3. YASAL DÜZENLEME VE UYGULAMANIN SAKINCALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

a. Genel Kurala ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirme

İstek üzerine kürtaja, hamileliğin ilk on haftası dolmadan izin verilmiştir. Yani hamile kadın, kural olarak, hamileliğin ilk on haftasında kürtaj olmakta serbesttir². Kural olarak denmektedir, zira eşin rızasına ilişkin düzenleme ile, kadının kendi vücudu üzerindeki kişilik hakkı kapsamındaki bu tasarrufu, evlilik bağı söz konusu olduğunda, erkek eşin rızasına mutlak olarak tabi tutulmuştur. Bu hali ile esasen evli kadının kürtaj konusunda karar verme serbestisinden bahsetmek mümkün değildir³. Rızaya ilişkin hukuki değerlendirmeler bir sonraki başlık altında incelenmiştir.

Kürtaj, hukuk dışında birçok farklı disiplinin de inceleme ve tartışma alanına dahil olmuş bir konudur. Çalışmamızda mesele, yalnızca hukuken değerlendirilecektir. Bu bakımdan bir kısım genel değerlendirmelerin yapılmasında fayda vardır. Kürtaj, kadının cinsel hayatına dair kişisel değerlerinden biri olarak değerlendirilir ve kadının kişilik hakkına dahil bir unsur olarak kabul edilir⁴. Uluslararası insan hakları hukuku bakımından ise, kürtaj hakkı, doğrudan bir hak olarak tasnif edilmese dahi, kadının hamileliğin devamı veya sona erdirilmesi konusunda karar vermesi, birden çok insan hakkının kapsamında kabul edilmektedir⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 28/I uyarınca, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer*”. Bu bakımdan cenin, bu aşamada henüz hukuken kişilik sahibi olan bir hukuk süjesi değildir⁶. Buna karşılık cenin, “*sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan*

² Ondört haftaya kadar talep ile kürtaja son veren yabancı hukuklar dikkate alındığında, on haftanın yetersiz olarak değerlendirilebileceği ve sağlıklı ve güvenilir olmayan kürtaja yol açabileceği yönünde, **Gülay Arslan Öncü**, *The Right to an Abortion in International Human Rights Law: Turkey Case, Gender Equality and the Law: 4. International Conference on Gender Studies*, Vol. 1, C. 1, (Ed. Fatma Güven Lisaniler, Sühela Üçışık Erbilin), 2013, Famagusta, (s. 27-37), (*The Right to an Abortion*), s. 33.

³ Kürtajın, “*koşulları eş tarafından belirlenen bir üreme zorunluluğu halini*” aldığı yönünde, **Kudret Güven**, *Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak, 2016, (s. 11-35), s. 29.

⁴ **Erdener Yurtcan**, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, 2. bs, İstanbul, 1990, s. 41; **Tülay Aydın Ünver**, *Cenin Hukuk Konumu*, İstanbul, 2011, s. 43; **Nilay Arat**, “*Assesments on Legal Framework of Reproductive Rights- The Case of Abortion under International Standards and Turkish Legal System*”, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, C. 1, (s. 337-354), s. 340.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Arslan Öncü**, (*The Right to an Abortion*), s. 27, 28; **Arat**, s. 340, s. 344 vd; Kürtaj hakkının, özel yaşama saygı hakkı kapsamına giren ‘*hukuksal bir çıkar*’ olduğu değerlendirmesi için, bkz., **Gülay Arslan Öncü**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, 2011, s. 219; **Güven**, 23.

Türkiye, ‘Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’u (CEDAW) kabul etmiştir. (RG. 26.06.1985 T., 18792 S.). CEDAW çerçevesinde, kadınların ayrımcılığa maruz kalmadan insan haklarına erişiminin sağlanması hedeflenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gülay Arslan**, *Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)*, İÜHFİM, C. 62, S. 1-2, 2004, (s. 3-43), s. 9 vd.

⁶ **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 243; **Mustafa Dural**, **Tufan Ögüz**, *Türk Özel Hukuku*, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 21, 22; **M. Kemal Oğuzman**, **Özer Seliçi**, **Saibe Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, 2014, s. 15, 17; **Aydın Ünver**, s. 24, 49; **Gülen Sinem Tek**, *Türk Hukukunda*

başlayarak” hak ehliyetini elde eder (TMK m. 28/II). Anlaşılmaktadır ki, kişilik, hukuken, tam ve sağ doğmak koşulu ile kazanılmakta, ancak hak ehliyeti, geciktirici şarta bağlı olarak geçmişe etkili olarak başlamaktadır⁷. Ceninin, sağ doğmak koşulu ile hak ehliyetinin bulunduğu kabul edilmesi ve buna bağlı olarak cenine, hak ehliyetinin kapsamında sağ doğacak olması durumunda bir kısım koruyucu imkanlar tanınması, ceninin doğumdan önce hukuk önünde kişilik kazanması anlamına gelmez⁸. Düzenleme ile böylesi bir sonuç hedeflenmez. Bilakis, ceninin ne zaman kişilik kazanacağı, TMK m. 28/I hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

Bu aşamada, kural olarak, hamileliğin ilk on haftası içerisinde serbestçe gerçekleştirilebileceği öngörülen kürtaja erişimde, uygulamada yaşanan olumsuzluklara da değinmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu olumsuzluklar, herhangi bir yasal dayanaktan yoksun fiili uygulamalardır. Kürtaj hakkına ilişkin olarak buraya kadar aktarılmış olan yasal sınırlar dahilinde, Türk hukukunda, hamile kadının kürtaja erişim hakkı teoride bulunmaktadır. Ne yazık ki, pratik uygulamalar farklılık arz edebilmektedir.

Uygulamada, kürtaja ilişkin resmi işleme, sosyal sigorta sisteminin otomasyonunda yerine getirilecek işaretlemeler ile başlanabilmektedir. Ancak her ne kadar zaman içerisinde düzeltilmiş olsa da, yakın bir dönemde, sistemde, kürtaj butonunun çalışmadığı ve bu hali ile sosyal sigorta sistemi kapsamında fiili olarak da olsa kürtajın gerçekleştirilemediği aktarılmıştır⁹. Diğer yandan, 18.03.2014 tarih ve 28945 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile, kürtaj, sosyal sağlık sisteminin kapsamına tıbbi kürtaj olarak dahil edilmiştir. Bu düzenleme tarihine kadar, kürtaj, sistemde, ‘*adet düzenlemesi*’ kodu adı altında dolaylı olarak gerçekleştirilebilmekte idi. Bu uygulama farkı ise, hem, kürtajın resmi olarak sosyal sigorta sistemi kapsamında olmadığı ve ancak de facto uygulanabildiği anlamına gelmekte idi, hem de bu uygulama sebebiyle anestezi ücretlerinin hamile kadın tarafından ödenmesi zorunluluğunu doğurmakta idi. Görüldüğü üzere, 2014 tarihine kadar kürtaj hakkına ulaşılması, tıbbi müdahalelerde hastane masraflarının önemli bir kısmını oluşturan anestezi ücretinin de ödenmesini gerektirmekte idi¹⁰. Böylesi bir uygulamanın yoksul kadın açısından, kürtaj hakkına erişimde yaratmış olacağı zorluk ortadadır.

Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, 2012, İstanbul, (s. 103-130), s. 109.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 17; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 9. bs., 2012, İstanbul, s. 241; Aydın Ünver, s. 24, 49.

⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 243; Güven, s. 23, 24; Çoğunlukla ananın ya da toplumun korunmasını amaçlayan ve bu bakımdan cenini korumaları dolaylı olan bu düzenlemelerin, ceninin yaşam hakkını değil yaşama umudunu koruduğu yönünde, Dural/Öğüz, s. 22; Gülay Arslan Öncü, s. 62; Aydın Ünver, s. 49; Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (RG. 27.01.1995 T., 22184 S.) çerçevesinde bu yönde değerlendirme için bkz., Arslan Öncü, (The Right to an Abortion), s. 29, 30; Bu konuda isabetli bir tespate naklen yer vermek gerekir: “İsteyerek düşüğün hala tartışılmaya devam etmesi, sadece fetüsün yaşam hakkının olduğunun düşünülmesinden değildir. Bu konu, cinsel ahlak ve kadının toplumsal rolüyle ilgili tartışmanın bir sembolü haline gelmiştir”, Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, 2010, s. 154.

⁹ Arat, s. 351.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Arat, s. 351, 352.

Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi

Dr. Cansu Kaya Kızılırmak

Yakın bir dönemde ise, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi tarafından, bazı hastanelerde kürtajın yasaklandığı veya bekar kadınlar için de eş rızası istendiğine yönelik baroya başvuruların yapıldığı, özellikle devlet hastanelerinde kürtajın uygulanmadığı aktarılmaktadır. Milliyet gazetesinin haberine göre, Ankara, Bursa ve Konya'nın da aralarında bulunduğu illerdeki devlet hastanelerinde yapılan araştırma sonucunda, Ankara Devlet Hastanesi, İstanbul Haseki Hastanesi gibi büyük devlet hastanelerinde bile kürtajın yasaklandığı için yapılmadığı cevabı alınmıştır¹¹. Benzer şekilde, daha güncel bir habere değinmek gerekirse, 3 Haziran 2016 tarihi itibarıyla, kadın örgütleri tarafından telefonla yapılan araştırma sonucunda, 12 şehirde 184 devlet hastanesinden 9 hastanede yasal düzenlemeye uygun kürtajın yapıldığı bilgisi alınmıştır¹². Haberde konumuz bakımından önem arz eden bir hususa daha değinmek gerekir. Yapılan araştırmada, Ankara'da kürtaj yapılan üç hastaneden birinde, kadınlardan anestezi ücretinin alındığı aktarılmaktadır. Kürtajın, yasal sınırlara uygun olarak gerçekleştirildiği devlet hastanelerinde dahi bir kısım ücretler karşılığında yapılmasının, yoksul kadının kürtaj hakkına erişimi için yaratacağı olumsuzluğa dikkat çekmek gerekir.

28.05.2015 tarihli Cnntürk haberine göre ise¹³, kürtaja erişim noktasında farklı ve çoğunlukla hukuki düzenlemeye aykırı uygulamaların olduğu anlaşılmaktadır. Bu haberde, bazı

¹¹ "Bursa Yenişehir Hastanesi'nin cevabı da "Kadının kendi isteğine göre yapmak yasak. Bebeğin veya annenin doğuma hazır ve uygun olmadığı anlaşılırsa, kürtaj işlemi gerçekleştirilir. Yoksa, 10. haftayı geçmemiş olsa bile alınmıyor" şeklinde oldu. Konya Akşehir Devlet Hastanesi ve Sinop Atatürk Devlet Hastanesi'nden de aynı cevap geldi: "Doktor uygun görürse yapar, kendi isteğiniz ile yaptırtamıyorsunuz.", Milliyet Gazetesi, 19.02.2014 tarihli haber için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/yasa-yok-ama-kurtaj-yasak/gundem/detay/1838845/default.htm>.

¹² "Bazı hastanelerde, görevliler yasaların değiştiğini ve "kürtajın yasaklı bir şey" olduğunu söylerken, Muğla'daki dört hastanedeki görevliler yönetmelik ve/veya savcılık kararı olmadan kürtaj yapılamayacağını söyledi. Ankara'da bir hastanede kürtaj yapılmaması "Sonuçta Bakanlıktan gelen bir emir bu" denilerek açıklandı. Araştırma yapılan bazı illerde, kürtaj yapılmaması hastane görevlilerince kürtaj yapılmamasının nedenleri şöyle gerekçelerle açıklandı: Bursa: Üç hastane kadın-doğumla ilgili bölümleri olmadığı, bir hastane de, "fazla alet olmadığı için doktorun kürtaj yapmak istememesi. Çanakkale: İki hastanenin niteliksel özelliklerinin yetersiz olması, bir hastanede ise "doktorun dini inançları" nedeniyle kürtaj yapmayı reddetmesi İzmir: Bir hastanenin eğitim ve araştırma hastanesi olması, iki hastanenin kadın doğum biriminin sadece bir poliklinik olması, bir hastanenin aile planlaması biriminin taşınmış olması, iki hastanenin "büyük hastane" olmamaları ve bir hastanenin de kadın hastalıkları ile ilgili birimin olmaması. Muğla: Bir hastanenin donanımının yetersiz olması. Muş: İki hastanenin kadın doğum uzmanı olmaması, diğer bir hastanedeki doktorların kürtaj yapmak istememesi. Urfa: Bir hastanede kürtaj yapacak doktor olmaması. Van: İki hastanede doktorların kürtaj yapmak istememesi, bir hastanede ise doktor olmaması". Haber için bkz., <http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/175499-12-ilde-sadece-9-kamu-hastanesin-yasaya-uygun-kurtaj-yapiyor>.

¹³ Haber için bkz., <http://www.cnnturk.com/turkiye/devlet-hastanesinde-kurtaj-gercegi>; "Kadın Dayanışma Vakfı üyeleri sade bir vatandaşın kürtaj konusunda hastanelerden ne kadar bilgi alabildiğini de ölçebilmek adına, ilk aşamada telefonda kendilerini tanıtmadılar. Öncelikle telefona cevap veren santral görevlileriyle, daha sonra Kadın Doğum Servisleriyle görüştüler. Bu araştırmaya göre birçok hastanede kürtaj sorusuna dair kesin cevaba ulaşabilmek ortalama 4 farklı kişiyle görüşmeyi gerektirdi. Kürtaj yaptırmak için arayan bir kadınla görüştüğünü sanan birçok hastane personeli, özellikle kürtajın hiçbir şekilde yapılmadığı hastanelerde, yargılayıcı ve azarlayıcı bir ses tonu ve konuşma biçimiyle karşılık verdiler. Görüşülen hastanelerin 4 tanesi tam teşekküllü olmadıkları veya hastanede kadın doğum doktoru olmadığı için kürtaj yapılmadığını bildirdi.

Görüşülen hastanelerin yalnızca 3 tanesinde isteğe bağlı kürtaj 10 haftaya kadar her koşulda yapılıyor. Bu 3 hastane dışındaki 2 hastanede daha isteğe bağlı kürtaj yapılıyor; ancak, bir tanesinde 350 TL ile 600 TL arası tutan anestezi ücretinin devlet tarafından karşılanmadığı, kadının kendisinin ödemek zorunda olduğu vurgulandı. Diğer hastanede ise 9 haftaya kadar her koşulda kürtaj yapıldığı söylenmesinin üzerine, evli/bekar olmanın kürtaja erişimde fark yaratıp yaratmadığını anlamak için sorulan soruya "18 yaş üstü ve bekarsa Kaymakamlıktan evrak gibi gerekli evraklar isteniyor" cevabı verildi. Bu evrakın içeriği sorulduğunda "Onu Aile Planlaması Polikliniği'ne geldiğinizde

Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi

Dr. Cansu Kaya Kızılırmak

hastanelerde anestezi ücretinin kadın tarafından karşılanması gerektiği ve bu ücretin, 350 ile 600 TL arasında olduğu aktarılmaktadır.

Türk Tabipleri Birliği Kadın Hekimlik ve Kadın Sağlığı Kolu'nun 01.03.2013 tarihli basın açıklaması¹⁴ndan alıntıdır: *"..kürtajın sadece devlet hastanelerinde ve uzman hekimlerce uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar kaliteyi artırmak değil, kürtajın ulaşılabilirliğini azaltan bir kısıtlama olmuştur... Uygulamada pek çok kamu hastanesinin 10 haftalık süreyi 8 haftayla sınırlamış durumda olduğunu, 8 haftayı geçen gebeliklerde, ‘anestezi için donanımlı olmadıkları’ gerekçesiyle kürtaj yapmadığını kaygıyla izlemekteyiz..."*

Kürtaja ilişkin yasal düzenlemeler kapsamında, on haftadan sonra kürtajın gerçekleştirilmesi bakımından diğer bir meseleye de değinmek gerekir. NPHK m. 5/II düzenlemesi çerçevesinde on haftadan sonra kürtaja, ancak, *‘doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporu’* ile müsaade edilmiştir. Aynı husus, Tüzük madde 5/II düzenlemesi ile de öngörülmektedir. *‘On haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesi’* başlıklı, 5.

öğrenebilirsiniz” denildi. Kadın Dayanışma Vakfı’ndan arandığı söylenerek evrakın içeriği tekrar sorulduğunda ise *“Onun bilgisini telefonda vermezler, gidip görürebilirsiniz”* cevabı verildi.

Görüşülen hastanelerin 3 tanesinde kürtaj yalnızca kadın evliyse, hastaneye eşi ve evlilik cüzdanıyla birlikte gelirse, ve eşten imzalı onay alınırsa gerçekleştiriliyor. Bu 3 hastanenin bir tanesinde kürtaj 10 değil 8 haftaya kadar yapılıyor. Yalnızca kadın evliyse kürtaj yapıldığı söylenen bir diğer hastanenin Kadın Doğum Bölümü’nde telefona cevap veren kişi *“Bekar kadınlara kürtaj yapılmıyor mu?”* sorusuna kürtajın fiilen *“yasaklı”* halini ortaya koyacak şekilde *“Yok tabii yapılmıyor, zaten yasaklı olan bir şey şu anda”* cevabını verdi. Görüşülen hastanelerin 5 tanesinde kürtaj yalnızca komplikasyon varsa, bebeğin ve/ya annenin hayatı tehlikedeysen yapılıyor.

Dr. Hulusi Alataş Elmadağ Devlet Hastanesi Kadın Doğum Servisinde *“sadece düşüklerde”* kürtaj yapıldığı söylendi. Dr. Nafiz Körez Sincan Devlet Hastanesi’nde ise sadece tıbbi zorunluluk varsa kürtaj yapıldığı şu şekilde ifade edildi: *“Yani ben çocuğumu istemiyorum dersen alınmaz, ama anne sağlığını tehdit eden bir durum varsa, veya çocuk engelliyse, bir tehlike varsa her zaman yapılır”*. Polatlı Duatepe Devlet Hastanesi Kadın Doğum Servisinde ise *“canlı bebek”*lerin alınmadığını şöyle anlatıldı: *“Ölü bebekse önce Kadın Doğum’da ultrason çekiliyor. Sonra hastanenin radyoloji doktorları ultrason çekiyor ve kalp atışı olmadığına dair rapor veriyor. Tekrar Kadın Doğum’a geliniyor, burada doktorlar 3. ultrasonu çekiyor, ve ölü bebek alınıyor. Kalp atışı varsa hiçbir şekilde alınmıyor.”*

Görüşülen hastanelerin 8 tanesinde hiçbir şekilde kürtaj yapılmıyor. Gazi Mustafa Kemal Devlet Hastanesi Kadın Doğum Servisi’nde hastanede hiçbir şekilde kürtaj yapılmama nedeni *“Sonuçta Bakanlıktan gelen bir emir bu”* cevabıyla açıklandı.

Geriye kalan 5 hastanede ise kürtaj yapılır yapılmayacağı tamamen doktorla yapılacak yüz yüze görüşme ve muayeneden sonra doktorun vereceği karara bağlı.

Kadın Dayanışma Vakfı bilimsel olmayan bu araştırmayla *“Kürtaja erişimin birçok kadın için neredeyse imkansız olduğunu”* vurguluyor.”

14

https://www.ttb.org.tr/kadinhekim/index.php?option=com_content&task=view&id=93&Itemid=1&1534-D83A_1933715A=0511fd77c8e2c89cf5c01899a179c4956f808a94 ; *“...Doğurganlığın düzenlenmesi devletlerin nüfus politikası olamaz. Üreme hakkı ve cinsel haklar bireylerin ve özellikle de kadınların özgürce kullanmaları gereken bir insan hakkıdır... Dünyada meydana gelen 46 milyon isteyerek düşüğün 19 milyonu güvenli olmayan koşullarda gerçekleşmektedir. Güvenli olmayan düşükler her yıl dünyada 68 bin kadının ölümüne ve 5,3 milyon kadının hastalık ve sakatlığına yol açmaktadır. Türkiye’de 1965 yılından itibaren “modern aile planlaması yöntemleri”, kamu sağlık kuruluşlarında sunulmuş; böylece modern aile planlaması yöntemi kullanımı 1978’de %18 iken, 2008’de %46’ya ulaşmıştır. Yasanın kabulünden sonra isteyerek düşüklerde bir miktar artış olmuşsa da modern doğum kontrol yöntemi kullanımının artmasına bağlı olarak isteyerek düşük sayısı da azalmıştır. Bunun sonucu, düşük komplikasyonları ve buna bağlı anne ölümleri de büyük ölçüde azalmıştır. Türkiye’de 2005 yılında yapılan araştırmada, anne ölümleri içinde düşüğün payı yalnızca %2 olarak saptanmıştır. Gelişmekte olan ülkelerde düşüğün anne ölümleri içindeki payının %13 olduğu hatırlanacak olursa bu durum Türkiye açısından büyük bir başarıdır. Türkiye’de isteyerek düşük hizmetlerine ulaşmada yaşanan sorunlar, anne ölümlerini artırmaya neden olabilecek bir sorundur...”*

madde düzenlemesinde, bu durumdaki kadınlarda kürtajın yapılmasına sebep olacak hastalığın, “kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur”. Düzenleme bu hali ile ilk bakışta, ilgili kanun hükmü ile (NPHK m. 5/II) paralellik içermekte gibi gözükse de, NPHK düzenlemesinde, bu raporun, ‘kesinlik’ içermesi gerektiği değil objektif olarak hazırlanmış olması yeterli görülmüştür. Her iki düzenleme bakımından da kesinlik içeren raporlar alınması, sürenin aciliyet sunduğu hamileliğin sona erdirilmesi konusunda, çoğu hastalık bakımından özellikle yoksul kadın açısından sakıncalı bir durum yaratabilir. Hastalığın varlığının ve ayrıca kadın açısından hamileliğin sona erdirilmesini gerektirecek sağlık problemi yarattığının, kesin olmayan ama objektif olarak hastalığı ortaya koyan bulgular ile görüşü alınan doktorların takdirine bırakılması gerekir. Ayrıca Tüzüğün 2 numaralı ekinde sayılan hastalıklar incelendiğinde, bu hastalıkların çoğunda, mevcut sağlık sisteminde hayatın olağan akışı haline gelmiş olan yoğunluk sebebiyle yaşanabilecek raporlama zamanlarındaki yavaşlık da dikkate alındığında, kesin raporlama ve bulgu şartı yalnızca, sağlık problemi yarattığı için tıbben on haftadan sonra dahi hamileliğine son verilmesi gereken kadının sağlığına kavuşmasını geciktirmekten ve ne yazık ki sağlığına kavuşmasını engellemekten başka bir sonuca da hizmet etmeyecektir.

b. Rızaya İlişkin Değerlendirme

Kadının, kendi kişilik hakkı unsuru olan bir meselede karar vermesinin yeterli görülmemesi ve bir kısım üçüncü kişilerin kürtaja rızasının aranması, doğaldır ki, hukuki ve sosyal sorunlara sebep olur. Bu bakımdan rızaya ilişkin düzenlemeye dair meseleler, farklı başlıklar altında incelenecektir.

i. Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından yasal temsilcinin rızası

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, kürtaja tek başına karar verememektedir. Kürtaja, yasal temsilcinin de rızası aranır. NPHK madde 6/I düzenlemesinin lafzı dikkate alındığında, küçüğün yalnızca dinlenilmesi gerektiği ancak kürtaj konusunda esas alınacak rızanın yasal temsilcinin rızası olduğu sonucuna dahi varılabilir¹⁵. Elbette bu sonuç, sınırlı ehliyetsizlerin, yani ayırt etme gücüne sahip ancak ergin olmayan kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını serbestçe ve yasal temsilcinin rızasına gerek olmadan kullanabilecekleri yönündeki genel kuralı içeren TMK m. 16/I düzenlemesine aykırı olacaktır. Düzenleme ile, genel kurala istisna getirildiği de kabul edilmemelidir.

¹⁵ Tüzük m. 13/I/b düzenlemesinin lafzı esas alınacak olur ise bu sonuca varılması gerektiği yönünde, **Tek**, s. 112; Kişiyi sıkı surette bağlı hakların sınırlı ehliyetsizler tarafından kullanılması bakımından rızaya ilişkin kanuna aykırı olan benzer kurgunun, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. ve 26. maddeleri ile de öngörüldüğü görülmektedir. Bu düzenlemelerde de, tıbbi müdahalede yasal temsilcinin rızasının esas olduğu, sınırlı ehliyetsizin yalnızca iştirakinin arandığı ve müdahaleye karşı çıkması halinde yasal temsilcinin rızası esas alınarak işlemin gerçekleştirilebileceği sonucuna varılacağı yönünde, **Tek**, s. 112, dn. 30; Tıbbi müdahalelere ilişkin bu düzenlemeler esas alınarak yasal temsilcinin rızasına üstünlük tanınmasına ilişkin görüşlerin eleştirisi için bkz. **Zarife Şenocak**, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. L, S. 4, 2001, (s. 65-80), s. 74, 75; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 26 bakımından küçüğün rızasının değil yalnızca iştirakinin arandığı çerçevesinde kanun koyucunun, tıbbi müdahalelere verilecek rıza bakımından yasal temsilcinin rızasını esas aldığı, düzenlemenin bu hali ile, küçüğün rızası olmasa dahi tıbbi müdahalenin yapılması gerekeceği hakkında bkz., **Saibe Oktay Özdemir**, Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, (s.1315-1351), s. 1326.

Dikkat edilmelidir ki, yasal temsilcinin de rızasının aranmakta olması, küçüğün kendi vücut bütünlüğü ve kişilik hakkı ile ilgili bir meselede, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasına ilişkin rızanın, hakkın süjesi olan hamile kadın dışında kişilere bırakıldığı anlamına gelmez. Yasal temsilcinin rızası, kadının rızası yerine de geçmez. Yasal temsilcinin rızasının alınması, yapılacak müdahale bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran unsurlardan olan 'rıza' kapsamında da değerlendirilemez¹⁶.

Kürtaj için yasal temsilcinin rızasını öngören bu düzenlemeler, ergin olmayan hamile kadın ile yasal temsilcinin isteklerinin farklı olduğu durumlarda, küçüğün kendi vücut bütünlüğü unsuru üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkını ihlal edecektir. Esasen bu düzenleme, halihazırda yapılacak tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu açık olan küçük bakımından, korunması gereken bir menfaat de bulunmamasına rağmen genel kuraldan ayrılmakta ve yasal temsilcinin rızasını aramaktadır. Ayırt etme gücü bulunan küçük açısından böylesi bir istisnai düzenlemeye gerek bulunmadığı açıktır¹⁷.

Yasal temsilcinin, hamile kadının aksine kürtaja izin vermemesi halinde ne olacaktır? Bu konuda bir görüşe göre, yasal temsilcinin haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermemesi halinde küçüğün mahkemeye başvurmasına imkan veren TMK m. 128 düzenlemesi kıyasen uygulanabilecektir¹⁸. Ancak halihazırda böylesi bir düzenleme mevcut iken, rızanın alınmadan kürtajın gerçekleştirilemeyeceği açıktır¹⁹. Dolayısıyla Kanunun değiştirilerek, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçükler tarafından kullanılmasına ilişkin genel hukuk kuralına uygun olacak bir düzenlemenin kaleme alınması daha uygun olur. Diğer yandan, yasal temsilcinin rıza vermediği hallerde, özellikle hamilelik bir suç sonucunda meydana gelmiş ise, kürtajın yerine getirilmesi gerektiği önerilmektedir²⁰. Kanaatimizce, hamileliğin, kadının mağduru olduğu bir sonuç sonucunda meydana gelmesi halinde, yirmi haftaya kadar kürtaja imkan tanıyan TCK m. 99/6 düzenlemesi devreye girer. Söz konusu hükümde ise, yalnızca kadının rızası öngörüldüğünden, bu gibi hallerde yasal temsilcinin rızasının aranmaması gerekir.

Küçüğün kürtaj olmak istemediği, ancak yasal temsilcinin kürtaj olunmasını istediği durumlarda ise, aslolan, hamile kadının rızası olduğundan, tamamlayıcı bir nitelik taşıyan yasal temsilcinin rızasının bulunmasının hukuki bir etkisinden bahsedilememelidir. Bu

¹⁶ Oktay Özdemir, s. 1324.

¹⁷ Bu yönde bkz. Şenocak, s. 76; Yasal temsilcinin rızasının, “eylemin hukuki anlamını ve sonuçlarını algılama yeteneği olmayan kadın üzerindeki koruyucu ve gözetici fonksiyon”u gerçekleştireceği yönünde, Işıl Güney Tunalı, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, 2015, s. 69. Bu iç içe giren iki kavram ile yapılan gerekçelendirmeye katılmak mümkün değildir. Bilakis, ayırt etme gücü olan bir kişinin artık eylemin hukuki anlamını ve sonuçlarını algılama konusunda noksan bir algı içerisinde olduğundan ve bağlantılı olarak korunma ihtiyacından bahsedilemez. Burada eksik olan tek husus, onsekiz yaşın doldurulması ile edinilecek olan erginliktir. Yasal temsilcinin rızasının bu kavram üzerinden tartışılması gerekir.

¹⁸ Güven, s. 29.

¹⁹ Küçüğün kürtaj olmak istediği ancak velisinin izin vermediği hallerde, küçüğün rızasına üstünlük tanınması gerektiği, ancak, mevcut yasal düzenleme sebebiyle alınması gereken rıza bakımından hakimden müdahale talep edilebileceği yönünde, Şenocak, s. 79, dn. 72.

²⁰ Tek, s. 112.

konuda, Tüzük ile yasal temsilcinin rızasının asıl olduğu ve bu gibi hallerde küçüğü kürtaja zorlayabilecekleri ise, elbette ki kabul edilebilir bir sonuç değildir²¹.

ii. Eşin rızası

Kürtajda, eşin rızasının aranması, kadının vücut bütünlüğü ile bağlantılı olan ve kişilik hakkına ait bir unsura dair tasarrufun üçüncü kişinin rızasına tabi tutulması anlamına gelir²². Ayrıca, bu rızanın aranması, hasta ile doktor arasında kurulması gereken gizliliğe de aykırı olacaktır.

İHAM içtihatlarında ise meseleye, rızası alınmayan babanın yaptığı başvurularda, hamileliğin devam ettirilip ettirilmemesinin öncelikle hamile kadını ilgilendirdiği, babanın özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının, kürtaja rızasının alınması veya ona danışılması yönünde bir usulü içerecek şekilde geniş yorumlanamayacağı yönünde yaklaşmaktadır²³.

Eşin rızasının aranmasına ilişkin genel eleştiriler bir yana, münferit durumlarda da bu kural sebebiyle yaşanabilecek olumsuzluklar gündeme gelebilir. Kadının, eşi tarafından tecavüze uğraması sonucunda hamile kalması halinde, kürtaj için eşin rızasının aranması sorunlu bir mesele teşkil eder. Bu hallerde, eşin rızasının aranmasının, genel bir hukuk prensibi olan kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından yararlanamayacağı prensibine aykırı olacağı ileri sürülmüştür²⁴. Elbette bu tespiti katılmamak mümkün değildir. Hamileliğin, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gerçekleşmesi halinde, TCK m. 99/6 hükmü uyarınca kürtajın yalnızca kadının rızası ile gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. Ancak evlilik içi tecavüz bakımından yaşanacak iddia ve ispat problemleri dikkate alındığında, bu düzenlemeden faydalanılamaması olası olan çoğu halde, yine NPHK’nın eşin rızasına ilişkin hükümleri ile karşı karşıya kalınacaktır.

Evli kadının, kocasından başka bir erkek ile cinsel ilişkiye girmesi sonucunda hamile kalması da mümkündür. Bu gibi hallerde de, kürtaja eşin rızasının aranması sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Öncelikle bu gibi hallerde, kürtaja eşin rızasının aranmasında, bu konuda karar verme sürecine dahil edilen erkeğin de korunması gereken menfaati olduğu yönündeki iddialar bakımından, biyolojik baba da olmayan eşin rızasının aranmasının ne kadar fonksiyonsuz bir durum yaratacağı açıktır. Diğer yandan bu gibi hallerde, çocuğun babasının başka bir erkek olduğunun bilincinde olan eşin, kürtaja rıza konusundaki söz hakkını kötüye kullanması da mümkündür. Eşin, hukuken korunması kabul edilemeyecek bir kısım öç alma

²¹ Bu görüş için ve bu gibi olumsuz durumlarda somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiği ve kürtajın istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyor ise, küçüğe, mahkemeye başvurarak, kürtaja izin verilmemesini talep etme hakkı tanınması gerektiği yönünde bkz., **Tek**, s. 112; Küçüğün kürtaj olmak istemediği hallerde onun rızasına üstünlük tanınması gerektiği yönünde, **Şenocak**, s. 79, dn. 72.

²² Eşin rızasının aranmasının, kadının vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırlanması anlamına geldiği yönünde, **Güney Tunalı**, s. 69; Eşlerin çocuk sahibi olmaya karar verdikten sonra gerçekleşecek kürtaj bakımından, eşin rızasının aranmasının haklı görülebileceği, buna karşılık, kadının çocuk sahibi olma zamanına karar verebilmesi gerektiği yönünde **Tek**, s. 113, özellikle dn. 36.

²³ Kararlar ve değerlendirmeler için bu konuda bkz., **Arslan Öncü**, s. 223, 224.

²⁴ **Tek**, s. 114, Yazar ayrıca, TCK ile, eşin rızasına aykırı olarak kürtajın gerçekleştirilmesi bir suç olarak öngörülmediğinden, bu gibi hallerde, eşin rızası aranmaksızın kürtajın gerçekleştirilebileceği görüşündedir, **a.e.**, s. 114.

ve benzeri saikler ile kürtaja izin vermemesi söz konusu olabilir. Bu durumda önerilen yöntem, eşlerin TMK m. 195 çerçevesinde hakimın müdahalesine başvurmalarıdır²⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu başvurudan, on haftalık sürenin aşılmadan pratik bir fayda sağlanması ihtimali düşüktür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TMK m. 195 çerçevesinde hakime başvurulması imkanı, “evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi” hallerinde tanınmıştır. Eşin kürtaja rızası, evlilik birliğine ait bir mesele olarak bu konuya indirgenmemelidir. Tali çözüm önerileri, bu derece önemli ve sorunlu bir konunun hukuka uygun düzenlemelere kavuşmasını ertelemekten öteye gidemeyecektir.

Buraya kadar aktarılmış olan sakıncaları çerçevesinde, 1983 tarihli bir Kanun ile öngörülmekte olan eşin rızasına ilişkin şartın, biran evvel yürürlükten kaldırılması gerekir²⁶. Bir kısım çözüm önerileri tanınarak eşin rızasına ilişkin yasal düzenlemenin ihtiva ettiği olumsuzlukların teorik olarak aşılması olası ise de, mesele, bu sorunların uygulamada da efektif biçimde çözülmesine muhtaçtır. Böylesi bir çözüme ise ancak, eşin rızasına ilişkin şartın kaldırılması ile ulaşılabilir. Mesele, her durumda hamile kadının vücut bütünlüğü ile ilgilidir ve bu konuda alternatif çözüm önerilerinden de ayrılarak, ilgili Kanun ve Tüzük düzenlemelerinin hızla Türk hukukunun ve uluslararası insan hakları hukukunun genel ilkelerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerinde, eşin rızası alınmaksızın kürtaj yapılmasının suç olarak tasnif edilmemesi de bu sonucu destekler niteliktedir. Türk Ceza Kanunu’nun 99. ve 100 maddelerinde, çocuk düşürtme ve düşürme suçları öngörülmektedir. Bu hükümler arasında, hamile kadının rızası olmadan çocuğun düşürülmesi, ayrıca on haftayı geçen hamileliklerde yasal sınırlar dışında yapılan çocuk düşürme ve düşürtme fiilleri suç olarak sayılmıştır. Konumuz bakımından önem arz eden düzenleme, çocuk düşürtme suçuna ilişkin TCK m. 99 hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca;

(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

²⁵ Tek, s. 114.

²⁶ 1983 tarihli NPHK ile getirilmiş olan eşin rızasına ilişkin şartın, ihtiva ettiği tüm bu sakıncalara rağmen 2016 yılında halen yürürlükte olması, diğer yandan kefalette eşin rızasına ilişkin şartın tacirler bakımından yürürlüğünün ise, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden bir yıl geçmeden, ne derece hızla yürürlükten kaldırılabilmiş olduğu dikkate alındığında, meselenin kanunkoyucunun yoğunluğundan ileri gelmediği açıktır.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi hâlinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, kürtaja ilişkin alınması gereken rızanın bulunmaması olgusu bir suç olarak öngörülmemektedir. Düzenleme bu hali ile, kadının rızası bulunması halinde, eşin veya diğer kişilerin rızasının bulunmamasını suç olarak kabul etmemekte ve kadının rızası haricinde bu rıza eksikliklerini cezalandırmamaktadır. Bu hali ile, NPHK ve Tüzük ile öngörülen rızalar bulunmaksızın yalnızca kadının rızasının alınması ile gerçekleştirilen kürtaj uygulamalarında, kadının rızası hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmiştir²⁷. Bu bakımdan, suça ilişkin kanuni düzenlemenin yer aldığı ve “sonraki kanun ve suç tipini düzenleyen kanun²⁸” sıfatına sahip olan TCK düzenlemesinin esas alınması gerektiği ve artık eşin rızasına ilişkin NPHK düzenlemesinin zımnen ilga edilmiş olduğu da kabul edilebilir²⁹.

Kadının rızası haricinde, buraya kadar incelenmiş olan yasal düzenlemeler ile rızası alınacağı öngörülen kişilerin rızasının bulunmadığı hallerde, kürtaj yapan doktorun hukuki sorumluluğu bakımından NPHK kapsamında bir yaptırım öngörülmemiştir. Söz konusu Kanun’un 7. ve 8. maddelerinde öngörülmekte olan cezalar, Kanun’un 3. maddesine aykırı olan ve kürtaj ile ilgili olmayan davranışlarda gündeme gelecek hapis ve idari cezalardır³⁰. Bu durum da, vardığımız sonucu destekler niteliktedir.

Diğer yandan, hamile kadının, eşin rızası alınmadan ya da eşinin imzasını taklit ederek eşin haberi olmadan veya rızası hilafına kürtaj olması halinde, erkek eşin ne gibi bir hukuki imkana başvurabileceğine değinmek gerekir. Erkek eş, kürtajı gerçekleştiren doktora ya da eşine karşı bir hukuki talep yöneltebilecek midir? Burada yöneltmesi gereken ve esasen sorulur sorulmaz cevabı da açık olacak olan soru; erkek eşin, kendisinin rızası olmadan hamile eşinin, kendisine yasa ile tanınmış olan zaman sınırı içerisinde kürtaj olması halinde, hukuken korunması gereken bir menfaatinin bulunup bulunmadığıdır. Bu gibi bir halde, erkek eş, kürtajı yapan doktor ile hamile kadın arasında kurulan ve tarafı olmadığı sözleşme ilişkisinde ne gibi bir tazminat iddiasında bulunabilecektir? Erkek eşin, kendisinin rızasının aranması şartı ile tanınmış bir kürtaj sisteminde, bu rızanın alınmaması halinde korunan hukuki bir

²⁷ Güven, s. 32; Kürtaj işleminin hukuka uygun surette gerçekleştirilebilmesi için, kadının rızasının gerekli ve yeterli olduğu, eşin rızasının aranmasının gerekmediği yönünde, Yener Ünver, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2009, (s. 173-231), s. 191.

²⁸ Ünver, s. 197.

²⁹ Ünver, s. 197, Yazar, eşin rızasını arayan Tüzük hükümlerinin, üst norm niteliğindeki Kanun’a aykırı olduğunu da kaydetmiştir, bkz. a.e., s. 190, 191.

³⁰ Güven, s. 32.

menfaati bulunduğu ve bunun ihlal edildiğinden bahsedilebilecek midir? Rıza olmaksızın kürtaj gerçekleştirilmesi halinde, erkek eş kişilik hakkı bakımından saldırıya ve zarara uğradığını ileri sürememelidir³¹. Ayrıca genel bir hukuk kuralı olarak, doktor ile arasında bir sözleşme bağı olmadığından kendisine, prosedürü gerçekleştirenlere karşı herhangi bir tazminat talebi yöneltmek imkanı bahsedilemez³². Erkek eşin bu konuda korunması gereken bir menfaati ve buna bağlı olarak ihlal edilen bir hakkı bulunmadığından tazminat talebi kabul edilemez.

Sonuç olarak, buraya kadar değinmiş olduğumuz, belirli hallerde yasal temsilcinin ve özellikle eşin rızası bakımından öngörülen şartın hukuka aykırılığının ve kuralın uygulamada özellikle yoksul kadın bakımından doğuracağı sakıncaların yanı sıra, rızanın alınmadan yapılacak kürtajda, doktorun bu davranışının TCK’da ve NPHK hükümlerinde herhangi bir yaptırıma da bağlanmamış olması çerçevesinde, rızaya ilişkin şartın neden hala varlığını devam ettirdiği hukuken anlaşılabilir değildir. Doktrinde benzer gerekçeler ile, eşin rızasına ilişkin kuralın, kürtaj için olmazsa olmaz bir şart olarak nitelendirilmemesi gerektiği kabul edilir³³.

iii. Rızanın aranmayacağı istisnalar

Tüzüğün 14. maddesi ile, izin belgesinin alınmasına gerek olmayan istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, temyiz kudretine sahip olmayan kadının rızası, Türk Medeni Kanunu’nun temyiz kudretine sahip olmayanların fiil ehliyetinin bulunmaması sebebiyle rıza göstermelerinin mümkün olmayacağı genel ilkesine uygun olarak, alınmayacaktır. Ayrıca düzenlemenin ikinci fıkrasında şu ifade yer alır: “*Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz*”. Düzenlemede, derhal müdahale edilmemesi halinde kadının sağlığının tehdit altında olacağı acil hallerde³⁴, rızanın alınmasına gerek olmadığı öngörülmektedir. Ancak bunun önşartı ise, veli ya da mahkemeden izin alınmasının zamana ihtiyaç göstermesidir.

Bu düzenlemede, eşin rızasına değinilmemiştir. Düzenlemede, acil hallerde, müdahalenin nerede yapılabileceğine kadar ayrıntılara yer verilmiş olmasına karşılık, eşin rızasına dair düzenlemeye yer verilmemesi, bir eleştiri konusu olmamalıdır. Zira, NPHK m. 6/II uyarınca eşin rızası, yalnızca, aynı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen haller için, yani on hafta içerisinde yapılacak kürtaj için öngörülmüştür³⁵.

³¹ Güney Tunalı, s. 69.

³² Güney Tunalı, s. 69, 83.

³³ Güven, s. 32.

³⁴ Tüzüğün, 7. maddesi uyarınca, “*derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde*” kürtaj yapılabileceği ve 8. madde ile bu acil hallerin neler olduğu üç bent halinde öngörülmüştür.

³⁵ Tıbbi gereklilikler sebebiyle on haftanın üzerinde gerçekleştirilecek kürtajlarda eşin rızasının aranmaması gerektiği yönünde, Güney Tunalı, s. 72, 149; On haftayı geçen gebeliklerde de eşin rızasının arandığı yönünde, Güven, s. 28, Yazar, kürtajda rızanın aranmayacağı istisnai haller kapsamında eşin rızasının sayılmamış olması sebebi ile bu gibi acil hallerde dahi eşin rızasının aranacağı sonucuna varmış ve bu durumu eleştirmiştir. Kanaatimizce, istisnai düzenlemede eşin rızasına yer verilmemesinin, bu hallerde dahi eşin rızasının aranacağı şeklinde anlaşılması gerekir. Zira eşin rızasına ilişkin temel kural olan NPHK m.6/II düzenlemesinde, eşin rızasının, on hafta içerisinde yapılacak olan kürtajlarda arandığı açıktır. Diğer

Ancak düzenleme bu hali ile, eşin rızasına acil hallerde gerek olmayacağına dair istisnaya açıkça yer vermediğinden, uygulamada hamile kadın lehine sakıncalı anlaşmazlıklara sebep olabilecek niteliktedir. Düzenlemenin, uygulamada yaşanabilecek olumsuzlukların önlenmesi amacıyla biran evvel eşin rızasını da kapsama alacak şekilde değiştirilmesi temenni edilir.

iv. Rızanın Usulüne İlişkin Tüzük Düzenlemelerine Dair Değerlendirme

Tüzüğün 5 sayılı liste ekinde, “Rıza” başlıklı form yer alır. Hamile, eş, veli veya vasi tarafından imzalanması gereken formun sonunda yer alan not kısmında, “2-Veli olarak ana-baba, anlaşmazlık halinde baba, baba ölmüş ya da yoksa ana” şeklinde ifade bulan 2 numaralı notun da değerlendirilmesi gerekir. Görülmektedir ki, velayet altındaki küçüklerin kürtajında aranan veli rızası, Türk Medeni Kanunu ile öngörülen velayet düzenine aykırı şekilde yürütülmektedir. Bu hali ile formun Kanuna aykırı olduğu açıktır ve acilen düzeltilmesi gerekir.

Bilindiği üzere velayet, boşanma sebebiyle eşlerden birisine bırakılmadığı sürece, çocuk ile soybağı bulunan kadın ve erkek eş tarafından ortak olarak yürütülür (TMK m. 336/I). Kişiye sıkı surette bağlı bir mutlak hak niteliğinde olan velayet hakkının kullanılmasında eşlerin birlikte hareket etmesi esası, Türk Medeni Kanunu’nun velayete ilişkin hükümlerinde gözlemlenebilecek temel bir ilkedir. Bu konuda bir eşin diğerine nazaran üstün bir konumu bulunmaz³⁶. Türk Medeni Kanunu’nun kadın erkek eşitliğini temin etmeye yönelik düzenlemeleri bu hususu garanti altına almak amacıyla kaleme alınmıştır. Yasal düzenlemeler bu şekilde iken, bir tüzük düzenlemesi ile, babanın çocuk üzerindeki herhangi bir hususta karar verme aşamasında iradesine üstünlük tanınması kabul edilemez.

Bu düzenleme, hukuka aykırı olduğu kadar, velayet altındaki küçüğün menfaatlerine de aykırıdır. Zira, Türk toplumunun yapısı dikkate alındığında, ahlaki veya dini kaygılar ile kürtaja izin sürecinde kendisine tanınan takdir yetkisini kötüye kullanarak velayet altındaki küçüğün kendi beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamak suretiyle kürtaja izin vermemeye, özellikle yoksul ailelerde erkek eşler daha yatkın olacaklardır. Böylesi bir meselenin, anlaşmazlık halinde eşlerden birinin takdirine bırakılması, Türk Medeni Kanunu’nun 336/I maddesine aykırılık sebebiyle hukuka aykırı olmasının yanı sıra, toplumsal eğilimler çerçevesinde bu takdirin babaya bırakılması, 18 yaş altındaki ayırt etme gücüne sahip velayet altındaki kadınların/kız çocuklarının kişilik haklarına da aykırı surette menfaatlerinin zedelenmesine sebep olacaktır. (Burada kadın/kız çocuk nitelendirmeleri bir arada bilinçli olarak kullanılmaktadır. Zira ayırt etme gücüne sahip olan 18 yaş altındaki kız

hallerde eşin rızasının aranmaması gerekir. Ancak hangi değerlendirme kabul edilecek olursa olsun, tartışmasız olan, düzenlemenin böylesi önemli ve zamansal bakımdan hassas bir meseleye dair içerdiği karışık ve belirsiz kuralların yaratıcığı sakıncalıdır.

³⁶ Anlaşmazlık halinde, eşlerden herhangi birinin oyunun üstünlüğüne dair bir hüküm Türk Medeni Kanunu’nda yer almaz. Bilakis böylesi bir anlayış, TMK’nın bu konudaki tutumuna da açıkça aykırıdır. Bu gibi hallerde meselenin ne şekilde çözümleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, çocuğun korunmasına ilişkin TMK m. 346 düzenlemesi uyarınca hakime başvurulması mümkündür, **Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 351, 352. Formda yer alan ifadenin, EMK m. 263 ve 264 düzenlemelerinde yer alan ve anlaşmazlık halinde babanın iradesine üstünlük tanıyan yürürlükten kalkmış kuralların bir kalıntısı olduğu açıktır. Eski Medeni Kanun dönemi için bu düzenlemelerin uygulanması gerektiği yönünde, **Yurtcan**, s. 57.

çocukları, kürtaja ilişkin menfaatleri bakımından, bu konu kişilik haklarının bir parçası olduğundan hukukun önünde aynı zamanda birer kadın birey olarak da değerlendirilmelidirler. Ancak aynı zamanda onların, yaş küçüklüğü sebebiyle, mesele kürtaj olduğunda, erginlere nazaran korunmaya daha muhtaç bir konumda olduklarına da dikkat etmek gerekir. Önemle vurgulamak gerekir ki, bu koruma ihtiyacının, yasal temsilci aracılığı ile değil, bilakis kişilik hakkı unsuru üzerindeki mutlak hakkın serbestçe kullanılmasının temini bakımından, yasal temsilciye karşı ve yasal temsilciye rağmen olduğuna dikkat edilmelidir).

Tüzüğün 15. maddesi ile, “*Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, eşin ya da yasal temsilcinin kürtaj olmak isteyen kadın ile birlikte bulunmaması halinde, onlardan alınan izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belgenin yeterli sayıldığı hallere ilişkindir. Düzenleme ile, eşin ya da yasal temsilcinin imzasını taşıyan bu gibi belgelerde, kadının gerçekleştirebileceği imza taklitlerinin engellenmeye çalışıldığı anlaşılabılır. Kadın, bu özel belgeyi sahte olarak düzenlediğinde, -belgenin niteliği konusunda tartışmaya girmeksizin- TCK m. 204 uyarınca resmi belgede sahtecilik ya da TCK m. 207 çerçevesinde özel belgede sahtecilik suçunun faili olacak, ve bir yıldan üç yıla kadar, ya da iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Görüldüğü üzere, kadının kürtaj hakkına erişimini sağlaması beklenen kürtaja ilişkin yasal düzenlemelerin içerdiği eleştiriye muhtaç konular uzayıp gitmektedir. Yasal ironi ortadadır: Eşin rızası alınmadan yapılan kürtajda çocuk düşürme suçunun öngörüldüğü TCK m. 99 düzenlemesi kapsamında³⁷ herhangi bir ceza sorumluluğu öngörülmemesine rağmen, kadını eşin rızası ile kürtaj olmaya adeta mahkum eden kuralı dolanmak isteyen kadının, olur da bu imzayı taklit eder ise, bu rızanın bulunmaması halinde hapis cezası ile cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunun kabul edildiğine dair belgenin, bu aşamada yaşanacak olumsuzluk sonucu kadının ölmesi halinde, doktorun kusuruna dayanan tazminat taleplerine ilişkin bir sorumsuzluk kaydı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Kadının müdahale esnasında ölmesi halinde, erkek eş, şartları dahilinde borca aykırılık veya haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilir³⁸. Ancak her iki durumda da, tazminat talebinin kabul edilebilmesi, bu hukuki imkanların kendisine özgü şartlarına tabidir. Bu bakımdan davacı eşin, kürtaja rızasının bulunup bulunmamasının, ayrıca hamile eşin kendisinin imzasını taklit etmiş ve bu konuda

³⁷ Eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kürtajın, somut olayın özellikleri çerçevesinde, TCK m. 257/I veya m. 257/II görevi kötüye kullanma suçunun kapsamında bir fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir. Ancak, konumuz bakımından belirleyici olan ve önem arz eden, kanunkoyucunun eşin rızasının bulunmamasına ilişkin cezasızlık ve suç olarak tasnif edilmeme iradesini, TCK m. 99 çerçevesinde ortaya koymuş olduğudur. Zira ancak konuya dair olan bu hüküm kapsamında eşin rızasına ilişkin eksiklik suç olarak düzenlenmemiş olması, kanunkoyucunun meseleye ilişkin yaklaşımını ve iradesini ortaya koymaktadır. Eşin rızasının bulunmaması halinde, torba hükümler aracılığı ile hastane personelinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunun doğabilecek olması, konumuz bakımından belirleyici değildir.

³⁸ YHGK, 1976/4-3596 E., 1978/696 K., 28.06.1978 T., “.. davalı doktorla müteveffa arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK.nun 96. Maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini kamıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur”.

imzanın sahibine ait olduğuna ilişkin hukuki sorumluluğu üstlenmiş olmasının bu tazminat talepleri bakımından bir etkisi bulunmaz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 9. bs., 2012, İstanbul.

Arat, Nilay, “Assesments on Legal Framework of Reproductive Rights- The Case of Abortion under International Standards and Turkish Legal System”, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, C. 1, (s. 337-354).

Arslan,Gülay, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller), İÜHFM, C. 62, S. 1-2, 2004, (s. 3-43).

Arslan Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011.

Arslan Öncü, Gülay, The Right to an Abortion in International Human Rights Law: Turkey Case, Gender Equality and the Law: 4. International Conference on Gender Studies, Vol. 1, C. 1, (Ed. Fatma Güven Lisaniler, Sühela Üçışık Erbilen), 2013, Famagusta, (s. 27-37), (*The Right to an Abortion*).

Aydın Ünver, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul, 2011.

de Beauvoir, Simone, Kadın, İkinci Cins, II, Evlilik Çağı, 7. bs., 1993.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2016.

Güney Tunalı, Işıl, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, 2015.

Güven, Kudret, Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak, 2016, (s. 11-35).

Metin, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, 2010.

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2014.

Yasal Düzenlemeler ve Fiili Uygulamalar Işığında Türkiye’de Yoksul Kadının Kürtaj Hakkına Erişimi
Dr. Cansu Kaya Kızılırmak

Oktay Özdemir, Saibe, Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, (s.1315-1351).

Şenocak, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. L, S. 4, 2001, (s. 65-80).

Tek, Gülen Sinem, Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, 2012, İstanbul, (s. 103-130).

Ünver, Yener, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2009, (s. 173-231).

World Health Organization, Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008, 6th ed., 2011.

Yurtcan, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. bs, İstanbul, 1990.

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)

Nassima Hanafi*

Introduction:

During the second half of the twentieth century, the phenomenon of poverty has occupied a huge space in the United Nations literature, During this period countries have been classified in to rich and poor, measures and indicators used to assess poverty and human development, such as the Gross National Product (GNP) and the Human Development Index (HDI) have been created and used, poverty-reduction strategies have been established by governments, countries have varied their approaches and policies in order to achieve development and eradicate poverty.

The poverty issues have also occupied a significant space in the area of scientific research. Scholarly concern and the vast bulk of the literature on the subject of poverty has concentrated primarily on the causes and consequences of poverty, such as economic, social, political, educational and health problems, trying through that to study and to understand their impact on society.

The reality, however, shows that there was much talk of poverty eradication but little was being done to address its causes, a large proportion of the countries are still living in conditions that the least we can say about them, inhumane.

Corruption in the other hand has always existed, but it's only in last three decades that the subject had attracted the attention of the Scholars, international institutions and the international community, after a string of high profile crises and scandals.

Over the past year, more focused attention had been given to the subject of corruption

This paper aims to study the corruption issue in Algeria through general facts and basic concepts, and its relationship with poverty, also it present what the Algerian government have done (through its Anti-corruption Agencies to reduce or to eradicate it). Finally, we conclude by some recommendation to reduce corruption in Algeria.

POVERTY:

* Yolsuzluğun Önlenmesi ve Yolsuzluğa Karşı Mücadele Ulusal Birimi (Cezayir)

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)
Nassima Hanafi

Poverty has many dimensions. The proportion of the population below national poverty line measures poverty by the level of income/consumption available to an individual. A person is considered poor if his or her consumption or income level falls below some minimum level necessary to meet basic needs. This minimum level is usually called the "poverty line". What is necessary to satisfy basic needs varies across time and societies. Therefore, poverty lines vary in time and place, and each country uses lines which are appropriate to its level of development, societal norms and values.

According to the United Nations Development Program (UNDP), poverty is not a one-dimensional phenomenon, "lack of income" that can be solved in a sectoral manner. It is a multidimensional problem that requires multi-sectoral integrated solutions (a wide range of solutions for a wide range of problems). This definition is supported by many international organizations and agencies including the World Bank which recognizes that poverty results from several political, social and economical processes that interact in ways to make people's living conditions worse and worse.

To measure poverty, indicators used to assess poverty, such as Gross Domestic Product (GDP) and the Purchasing Power Parity (PPP) have been created and used. Some researchers argue that measuring poverty by these indicators is not enough to capture the phenomenon of poverty. In their opinion, the multidimensional approach of poverty is more complex and contains factors that are difficult to measure, so according to them, measuring poverty in terms of income level may seem relatively simple. To manage this complexity, researchers have developed indices, such as the UNDP Human Poverty Index and the The Multidimensional Poverty Index (MPI) which conceive poverty in terms of permanent knowledge, and economic provisioning.

CORRUPTION:

There is no doubt, that the phenomenon of Corruption has become an important issue in the world today, attracting huge interest from the media as well as a large amount of academic research.

Corruption is a complex social, political and economic phenomenon that impacts on every aspect of society. According to **Transparency International**, "*Corruption is one of the greatest challenges of the contemporary world. It undermines good government, fundamentally distorts public policy, leads to the misallocation of resources, harms the private sector and private sector development and **particularly hurts the poor***".

Corruption has been the subject of a substantial amount of research over the last 30 years, and this has produced a perplexing of alternative explanations for its causes and remedies. Corruption is understood as everything from the paying of bribes to civil servants in return for some favors and the theft of public purses, to nepotism, extortion, fraud, abusive use of public power to a personal end and a wide range of economic and political practices in which politicians and bureaucrats enrich themselves.

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)
Nassima Hanafi

The forms of corruption are diverse in terms of who are the actors, initiators and profiteers, how it is done, and to what extent it is practiced. Also the causes and the consequences of corruption are complex and diverse, and have been sought in both individual ethics and civic cultures, in history and tradition, in the economic system, in the institutional arrangements, and in the political system.

In the beginning of the 90s most of the discussions of corruption at the conferences and meetings was about the question of definition. However, until now an international definition of 'corruption' does not exist, as this would raise legal and political complications. Consequently, different interpretations of 'corruption' are given by multiple jurisdictions according to their own cultural conceptions.

The leading norms that deal with 'corruption' are the UN Convention against Corruption (UNCAC), the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials (OECD Anti-bribery Convention)), Council of Europe Conventions and EU Instruments. The Council of Europe and the UN Conventions do not define corruption, but establish various forms of corrupt offences in order to approach the problem of 'corruption'

Corruption has been defined in many different ways, each lacking in some aspect. The most popular and simplest definition is the one used by the World Bank "the abuse of public office for private gain.

OECD explains corruption as "the abuse of a public or private office for personal gain. The active or passive misuse of the powers of Public officials (appointed or elected) for private financial or other benefits"

Transparency International (TI) defines it as the "misuse of entrusted power for private gain. It hurts everyone who depends on the integrity of people in a position of authority".

THE CORRELATION BETWEEN THE INCREASING LEVELS OF CORRUPTION AND POVERTY RATES:

The year 2007 marked a milestone in the fight against poverty and corruption. It represented the midway point on the road to meeting the Millennium Development Goals (MDGs), the ambitious global pledge to end extreme poverty by 2015. It also signaled that ten years had passed since the anticorruption movement had signed the Lima Declaration, promising to address poverty as part of their efforts. However, actual accomplishments have fallen short of expected progress. In practice, donors and governments still treat poverty and corruption as separate – rather than integral – components of the same strategy.

However few studies examine or establish a direct relationship between corruption and poverty. Corruption, by itself, does not produce poverty. Rather, corruption has direct consequences on economic and governance factors, intermediaries that in turn produce poverty.

Two models emerge from the research literature. The "economic model" postulates that corruption affects poverty by first impacting economic growth factors, which, in turn, impact poverty levels. In other words, increased corruption reduces economic investment, distorts markets, hinders competition, creates inefficiencies by increasing the costs of doing

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)

Nassima Hanafi

business, and increases income inequalities. By undermining these key economic factors, poverty is exacerbated.

The “governance model” asserts that corruption affects poverty by first influencing governance factors, which, in turn, impact poverty levels. So, for example, corruption erodes the institutional capacity of government to deliver quality public services, diverts public investment away from major public needs into capital projects (where bribes can be sought), lowers compliance with safety and health regulations, and increases budgetary pressures on government. Through these serious challenges to governance practices and outcomes, poverty is affected.

Economic Model:

The literature shows an inverse correlation between aggregate economic growth and corruption; in general, countries with higher corruption experience less economic growth. Many of the studies reviewed for this paper address the channels through which corruption affects economic growth, for instance, through impacting investment and entrepreneurship, distorting markets, and undermining productivity. Furthermore, there is empirical evidence that corruption aggravates income inequality and is associated with slower economic growth. Finally, studies present evidence that as the rate of economic growth increases, the number of people above the poverty line tends to rise as well.

Corruption Blocks Economic Growth:

The relationship between corruption and economic growth is complex. Economic theory supports the notion that corruption hinders economic growth in the following ways:

1. Corruption discourages foreign and domestic investment;
2. Corruption hurts entrepreneurship especially among businesses ;
3. Corruption lowers the quality of public infrastructure;
4. Corruption decreases tax revenue;
5. Corruption diverts talent into rent seeking;
6. Corruption distorts the composition of public expenditure.

A seminal study by Mauro (2002) used a composite of two corruption indices and multiple regression analyses with a sample of 106 countries to show that high levels of corruption are associated with lower levels of investment as a share of Gross Domestic Product (GDP) and with lower GDP growth per capita. Extrapolation of these results by the researcher suggested that if a country were to improve its corruption index from a score of six to eight on a ten-point scale, it would increase the investment rate more than 4% and annual per capita GDP growth would increase by nearly one-half percent.

The World Development Report 2000/2001 suggests that higher levels of corruption reduce growth through decreased investment and output. This comprehensive study looked at 22 transition countries and examined two forms of corruption – state capture and

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)

Nassima Hanafi

administrative corruption – and their impact on selected economic and social indicators. Data for the study were derived from the Business Environment and Enterprise Performance Survey (BEEPS).

Corruption Exacerbates Income Inequality

Several studies have demonstrated a relationship between corruption and income inequality. The theoretical foundations for this relationship are derived from rent theory and draw on the ideas of Rose-Ackerman (1978) and Krueger (1974), among others. Propositions include:

1. Corruption may create permanent distortions from which some groups or individuals can benefit more than others.
2. The distributional consequences of corruption are likely to be more severe the more persistent the corruption.
3. The impact of corruption on income distribution is in part a function of government involvement in allocating and financing scarce goods and services.

Evidence from diagnostic surveys of corruption in several countries suggests that corruption aggravates income inequality because lower income households pay a higher proportion of their income in bribes.

In conclusion, the literature establishes clearly that corruption impedes economic growth and augments income inequalities. How does reduced economic growth, in turn, increase poverty?

Reduced Economic Growth Rates Increase Poverty

There is evidence that the absence of economic growth (or negative growth) increases poverty. Quibria's study (2002) suggests that the burden of rapid economic retrenchment, such as seen recently in Thailand and Indonesia, hurts the poor most heavily. Similarly, in the transition countries of the former Soviet Union (FSU), the changeover to a market system was associated with a sharp initial drop in output and significantly higher levels of poverty. The expansion of poverty was initiated by the collapse of GDP, which fell by 50 percent in the FSU countries and 15 percent in Central and Eastern Europe. Poverty was found to be highly correlated with administrative corruption and corruption was empirically associated with lower economic growth rates.

GOUVERNANCE MODEL

The governance model postulates that increased corruption reduces governance capacity, which, in turn, increases poverty conditions.

Corruption Degrades Governance:

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)
Nassima Hanafi

The literature shows that corruption impacts the quality of government services and infrastructure and that through these channels it has an impact on the poor. This is particularly the case in the health and education sectors. Enhanced education and healthcare services and population longevity are usually associated with higher economic growth. But under conditions of extensive corruption, when public services, such as health and basic education expenditures that especially benefit the poor, are given lower priority in favor of capital intensive programs that offer more opportunities for high-level rent taking, lower income groups lose services on which they depend.

As government revenues decline through leakage brought on by corruption, public funds for poverty programs and programs to stimulate growth also become more scarce.

The effect of governance on corruption and poverty is illuminated by the World Development Report 2000/2001. The deterioration in governance discussed in this study was accompanied by an increase in both corruption and poverty. Thus, as seen earlier, increases in corruption tend to deteriorate governance practices, but the reverse holds true as well – reduction in governance capacity increases the opportunities for corruption.

Reduced Public Trust in Government Increases Vulnerability of the Poor

Corruption that reduces governance capacity also may inflict critical collateral damage: reduced public trust in government institutions. As trust (an important element of social capital) declines, research have shown that vulnerability of the poor increases as their economic productivity is affected. The concept of social capital refers to social structures that enable people to work collectively for the good of the group. One of the most important and widely discussed elements of social capital is trust; both interpersonal trust and trust in institutions of government.

Recent research on social capital suggests that there is a relationship between corruption, trust and poverty. The proposition is that corruption destroys people's trust in government and other institutions. This effect is most salient for the lowest income groups and low social capital affects people's willingness and ability to engage in productive activity. Empirical studies point to an association between low social capital and poverty, although the relationship is difficult to test and difficult to disentangle empirically from affluence and democracy.

CORRUPTION IN ALGERIA:

Algeria has sought like the rest of the world to address the phenomenon of corruption, convinced of the importance of this to try to achieve economic and social developments and the consolidation of the rule of law, and also the principles of social justice in the context of transparency and clarity. This has been embodied through the ratification of the United Nations convention against corruption in 2003.

The Role of Corruption in the Increasing Rates of Poverty
Poverty: a cause and a result of Corruption
(Algeria as a case study)
Nassima Hanafi

Combating corruption is a strategic action of high priority within the overall reform process launched in 1999 by the Algerian's government. In this context of working effectively to combat the complex problem of corruption, the promulgation of Law 06-01 of 26 February 2006, the Law on Preventing and Combating Corruption (LPLCC), is a key part of bringing national legislation into line with the UNCAC.

Emphasis has always been placed on assuring the specialization of the services in charge of combating corruption and criminality in the economy. This has been so since the 1960s both for the services in charge of administrative and financial investigations and for the services in charge of judicial investigations (investigation sections, economic and financial brigades). Today, in addition to traditional police criminal investigation services, there are several bodies and services specializing in the detection, investigation and judicial handling of cases of corruption.

a) Detection:

1. The Financial Intelligence Unit (CTRF) ;
2. The National Body for Preventing and Combating Corruption (ONPLC);
3. The General Financial Inspectorate (IGF);
4. The Court of Auditors.

b) Investigations:

1. The Directorate General of National Security (DGSN);
2. The National Gendarmerie;
3. The Central Judicial Police Service (SCPJ) of the Military Security Services of the Ministry of National Defense;
4. The Central Office for the Repression of Corruption (OCRC).

CONCLUSION:

Corruption is a disease, a cancer that eats into the cultural, political and economic fabric of society, and destroys the functioning of vital organs.

Corruption does exacerbate and promote poverty, but this relationship is complex and moderated by economic and governance factors. If carefully crafted, anti-corruption programs might yield important poverty reduction results. Programs which succeed in reducing corruption will contribute to poverty alleviation especially if they also achieve the following:

1. Increase economic growth;
2. Create more equitable income distribution;
3. Strengthen governance institutions and capacity;
4. Improve government services, especially in health and education;
5. Increase public trust in government.

Rule of Law in Kosovo and its Impact in Poverty

T. A. Qerkin Berisha*

1. Introduction

Despite its considerable progress in recent years with regard to implementation of reforms including state and institutional building, challenges still remain with regard to implementation of rule of law in Kosovo. Rule of Law and Access to Justice are considered among the main political conditions for Kosovo in the process of EU Integration. This is clearly defined also under the first contractual agreement between Kosovo and EU - Stabilization and Association Agreement, which requires a judicial system to be effective, independent, accountable, impartial and free from the political influence.¹ European Union Progress Report 2015 on Kosovo among other challenges identifies that judicial structures are still prone to political interference.² Furthermore, reforms and success of the country with regard to rule of law continues to be hampered by a high level of latent corruption and intimidation present in rule of law and related public institutions in Kosovo.³ When it comes to the economy, Kosovo is struggling by facing different problems including lack attracting foreign investments and reducing high unemployment rates which is around 40%. Taking into account its per capita GDP estimates of close to €3,000, Kosovo is considered one of the poorest countries in Europe.⁴ Other issues related to rule of law such as property rights and their protection is deeply complex ones that affect the life of all citizens of Republic of Kosovo. A privatization process of so called socially owned

* PHD. Can., Faculty of Law – University of Prishtina – Kosovo

¹ Stabilization and Association Agreement between Kosovo and EU entered into force in 01. 04. 2016.

² European Commission, Kosovo 2015 Report, SWD(2015) 215 final, available at: http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/eu_kosovo/20151110_progress_report_kosovo_en.pdf

³ Id.

⁴ World Bank Group in Kosovo, *Country Snapshot*, April 2015, p. 6, Available at: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/Kosovo-Snapshot.pdf>

property that was dominant during ex-Yugoslavian system was followed with contradictions and often corruptive. Therefore, its impact in economic development of the country was minor. As a result we can conclude that among other factors current situation with rule of Law in Kosovo has impact in poverty, by reducing employment and income opportunities, quality of education and healthcare and producing inequalities among the population of Kosovo.

2. Rule of Law and Functioning of Kosovo Judicial System

Many international reports related to Kosovo and Rule of Law in Kosovo point out that a proper functioning of judicial system in Kosovo has direct impact in the current situation of rule of law in Kosovo.⁵ While the term judicial system is quite broad term, which includes several institutions in the field of justice sector, for the purpose of this topic the main focus of this paper will be given on functioning of courts. Several issues or questions should be addressed when analyzing functioning of Kosovo Judicial system such as; a) Does Kosovo has adequate legal framework in place related to proper functioning of judicial system? b) Does legal framework properly applies in practice? What are the main problems, obstacles and factors that have negative impact on the proper functioning of judicial system in Kosovo? And finally do these existent problems have any impact in the economic development of Country and welfare of Kosovo society. In the following parts of this paper we will try to answer on these questions.

When discussing the issues related to proper functioning of a judicial system, one of most frequent questions to be addressed is if there is an adequate legal framework in place that defines the role and responsibilities of such judicial system. Not only legal framework defining the mandate of judiciary, but generally a clear legal framework within a legal system is necessary for a well-functioning of judiciary. With regard to the legal framework regulating organization and functioning of Kosovo Judicial system, Kosovo has improved in the recent years⁶. The main fundamental principles for the organization and functioning of Kosovo Judicial System are determined by Constitution of Kosovo adopted in 2008, which guarantees that the judicial power is vested in courts and, while the Kosovo Judicial Council is the main responsible body for ensuring the independence and impartiality of the judicial system in Kosovo.⁷ Constitution and primary legislation has clearly foreseen the process of election of judges, who are appointed, reappointed or dismissed with the proposal of the Kosovo Judicial Council and approval of the President of Kosovo.

Law on Courts further regulates the mandate of each level of courts in Kosovo, while a reform on the organization of courts in Kosovo has been introduced in recent years, aiming to improve affectivity and efficiency of court system in Kosovo. Based on this new reform the court regular system in the Republic of Kosovo includes seven Basic Courts and their Branch Courts, the Court

⁵ European Commission Kosovo 2015 Report, SWD (2015) 215 final, p. 12-13. Available at: http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/eu_kosovo/20151110_progress_report_kosovo_en.pdf

⁶ Id.

⁷ Constitution of Republic of Kosovo, Article 108, Par. 1.

of Appeals and the Supreme Court. Constitution has mandated the Supreme Court⁸ as the highest judicial authority over the entire territory of the Republic of Kosovo.⁹ Provisions of international instruments on human rights enjoy constitutional level, and therefore are directly applicable in Kosovo. In this regard, some of basic human rights including the right to effective judicial remedies guaranteed under provisions of ECHR, UDHR, and other international HR instruments are granted at the constitutional level and have priority over national legislation.¹⁰ Kosovo legislation related to civil procedure is in place regulating different forms civil procedures, thus, providing necessary legal framework on protection of property rights from the procedural aspect. I specifically mention these provisions, due to the fact that existence of an effective judiciary is a prerequisite to guarantee property rights, and create an attractive market for foreign investors. Therefore, analyzing the current legal framework on judiciary, we can argue that the overall legal framework in this area fulfils international standards to ensure the independence, impartiality and accountability of the justice system, at least from the legal point of view. It may be necessary to address specific issues under legal framework, in particular to harmonize with Acquis. However, frequent changes in legislation, mostly due to the process of harmonization with Acquis may have also negative impact in the work of judiciary.

3. Main challenges of Kosovo Judicial system and Rule of Law

Different assessments and international reports related to Kosovo judicial system identify problems and challenges related to functioning of judicial system in Kosovo. Among those problems and challenges with negative impact in the work of judiciary are considered the high level of corruption, political interference, non-efficiency and lack of capacities and resources. The recent European Commission Kosovo Progress Report 2015, even though accepts some progress that has been achieved in the recent years with regard to adopting necessary legislation in the field, concludes that “*Kosovo's judicial system is at an early stage of developing a well-functioning justice system*”¹¹ Furthermore, it comes to the conclusion that *administration of justice is slow* and there is *insufficient accountability of judicial officials*.¹² Other international reports on Kosovo Judiciary show us low integrity too.¹³ UNDP Public Pulse Surveys show low satisfaction of Kosovo citizens with the work of judiciary.¹⁴ Reports of Transparency International and other non-governmental

⁸ Apart from being the highest judicial authority in Kosovo and decides as a third instance court, which means it is of the final court of appeals against verdicts and other decisions brought by lower courts in Kosovo, the Supreme Court includes the Appeals Panel of the Kosovo Property Agency and the Special Chamber of the Supreme Court on Privatization Agency of Kosovo related matters.

⁹ Constitution of Republic of Kosovo, Article 103, Par. 2.

¹⁰ Constitution of Republic of Kosovo, Article 22.

¹¹ European Commission, Kosovo 2015 Report, SWD(2015) 215 final, p. 12. Available at: http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/eu_kosovo/20151110_progress_report_kosovo_en.pdf

¹² Id.

¹³ UNDOC, Judicial Integrity in Kosovo, Assessment Report 2014, p. 11-12.

¹⁴ The satisfaction of citizens with judiciary is between 18% and 19%. See: *Public Pulse XI, May, 2016*, UNDP Kosovo, p. 4.

organizations come to the conclusion that Kosovo judiciary is significantly affected by corruption.¹⁵ The following table shows the level of satisfaction of Kosovo Citizens with the work of judiciary for the period June 2011 to April 2016¹⁶:

Year		Jun 11	Oct 12	Apr 13	Apr 14	Nov 14	Mar 15	Sep 15	Apr 16
Satisfaction with the judiciary	Court	26.9%	24.3%	16.7%	37.5%	22.8%	17.2%	13.9%	18.4%
	Prosecutor's office	20.0%	15.0%	17.7%	38.1%	21.0%	17.0%	12.8%	16.9%

Some of the main issues to be addressed for having a proper functioning of the judicial system in Kosovo are related to proper implementation of legislation related to judiciary; increase the level of financing and human resources for the sector as well as ensure that appointments in Kosovo Judicial Council and Kosovo Prosecutorial Council are done without political interference. Furthermore, Judiciary should focus their efforts on reducing the backlog of cases.¹⁷

4. Impact of rule of law in the economic development and poverty

Kosovo has an economic growth of 3.6 in 2015, estimated to remain at the same level in 2016. However, per capita GDP estimates of close to €3,000 and the unemployment rates of around 40% makes Kosovo as one of poorest countries in Europe. Remittances from a large Diaspora, mostly living in EU countries and USA still continue to be one of main incomes for many of Kosovo families. Even though, Kosovo Economy is based in a free market economy, Public Sector remains the biggest employer through state institutions and public companies. Private sector is gradually increasing, however, there are different factors that have negative impact on its growth. In recent years, Kosovo has introduced some reforms with the purpose of reducing barriers of doing business, therefore Kosovo's ranking in WB Rankings of doing Business has been increased (2016 (66); 2015 (64))¹⁸.

A process of privatization of socially owned property that initially was managed by UNMIK during its provisional governance of Kosovo until 2008, and later taken by Kosovo institutions was supposed to bring foreign capital as FDI in Kosovo. However, this process of privatization as well as the model used to privatize socially owned enterprises did not achieve its primary goals. Only few of the newly established companies managed to continue business, while thousands of

¹⁵ UNDOC, Judicial Integrity in Kosovo, Assessment Report 2014, p. 11-12.

¹⁶ UNDP Kosovo, Public Pulse XI, May 2016, p. 4.

¹⁷ European Commission, Kosovo 2015 Report, SWD(2015) 215 final, p. 12-13. Available at: http://eeas.europa.eu/delegations/kosovo/documents/eu_kosovo/20151110_progress_report_kosovo_en.pdf

¹⁸ World Bank Doing Business Report, 2016.

former employees lost their jobs. Furthermore, the process of privatization has been followed by contradictions as well as corruption cases.

Problems with the rule of law, including high level of corruption in different levels of administration, including judiciary, as well as problems with defining property rights and proper functioning of judiciary have direct impact in the economic development of the Kosovo. These factors create uncertainty for foreign investors to invest their capital in Kosovo, and therefore they have also direct impact in the high level of unemployment in Kosovo. In late 2014 and beginning of 2015 a large number of Kosovo citizens illegally migrated to EU countries (around 60,000) seeking economic asylum. While, free movement of Kosovo citizens in the EU so far has not been achieved due to political reasons and non fulfillment of criteria's including those related to fight of corruption and organized crime, this was seen as a good opportunity by migrant smugglers to benefit. Half of migrants were returned to Kosovo, however they went back in a deeper poverty comparing with the situation they left the country.

Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemler Ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Altan Rençber*

Arş. Gör. İmran Semiz**

GİRİŞ

Yoksulluk, bireylerin gıda, sağlık, barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılama noktasında daha doğru bir ifadeyle insan onuruna yaraşacak düzeyde bir hayat temininde zorluk çekmelerine neden olacak düzeyde düşük gelir elde etmeleri durumu olarak ifade edilebilir.¹

Oxfam'ın raporu uyarınca 2014 yılında Dünya'nın en zengin 85 kişinin geliri 3.5 milyar kişinin gelirine eşit iken, 2015 yılında ise Dünya'nın en zengin 62 kişinin geliri 3.6 milyar kişinin gelirine yani neredeyse Dünya nüfusunun yarısına denk hale gelmiştir. Bu istatistiğe bakıldığında gelir dağılımındaki eşitsizlik kolaylıkla görülmektedir. Gelir dağılımındaki bu adaletsizlik yoksulluğun şiddetini arttırmaktadır. Yoksulluğun şiddetinin azaltılması ve nihayetinde sonlandırılması amacıyla devlet çeşitli araçlardan faydalanmaktadır. Bu araçlardan bazıları ise vergiseldir.² Vergisel yöntemler özellikle gelir dağılımındaki adaletsizliğin giderilmesinde etkilidir.

Bu çalışma temelde vergisel yöntemlerle hem Dünya'da hem Türkiye'de yoksullukla nasıl mücadele edildiği ve edilmesi gerektiği tartışılacaktır.

I. Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemlerin Anayasal Dayanakları

Devletin, vergisel yöntemlerle yoksullukla mücadele etmesinin dayanaklarını incelerken karşımıza üç önemli ilke çıkmaktadır. Bunlar eşitlik, mali güce göre vergilendirme ve sosyal devlet ilkeleridir. Bu üç ilke aynı zamanda devletin vergilendirme yetkisini sınırlamakta ve hangi şartlarda, nasıl bir vergileme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Eşitlik ilkesi aynı durumda olanlara haklarda ve ödevlerde, yetki ve sorumluluklarda eşit davranılması, farklı durumda olanlara ise farklı davranılmasıdır. Devlet vergilendirme alanında da ortada bir haklı neden olmadıkça eşit davranmak zorundadır.³

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Hülya Kirmanoğlu, **Kamu Ekonomisi Analizi**, İstanbul, Beta Basım ve Yayımları A.Ş., 2009, s. 202-203.

² Oxfam Davos Report, <https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2016-01-18/62-people-own-same-half-world-reveals-oxfam-davos-report>, (Çevrimiçi) 23.08.2016.

³ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 41.

Vergide adaletin gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir işleve sahip olan eşitlik ilkesi, vergi yükünün mükelleflerin kişisel ve ekonomik durumlarına göre eşit dağıtılmasını zorunlu kılar.⁴

Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere eşitlik ilkesinden ancak ortada haklı neden olması durumunda sapılabilecektir: "...Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez."⁵

Bu yönüyle haklı neden, kanunun amaç unsurunu karşılamaktadır. Bu amaç ise Anayasa'ya uygun bir amaç olmalıdır. Dolayısıyla yasama organı ancak yasanın amacı gerektiriyorsa eşitliği bozan sınıflandırma yapabilecektir.⁶ Anayasa'da, vergilendirme alanında eşitlik ilkesinden hangi durumlarda sapılabileceği, bir başka deyişle haklı nedenler de düzenlenmiştir. Anayasa'nın 73. maddesinin 1. fıkrasına göre, devlet vergilendirme alanında eşitlik ilkesinden ancak kişilerin mali güçlerini esas alarak sapabilecektir. Mali güç kavramı ise 1961 Anayasa'sından beri mevzuatımızda bulunmaktadır.⁷

Bu noktada karşımıza mali gücün nasıl belirleneceği sorunu çıkacaktır. Mali güç kavramı Anayasa veya kanunlarda tanımlanmış değildir. Genel kabul edilen görüş mali gücün belirlenmesinde kişilerin gelir, servet ve harcamalarının dikkate alınacağı yönündedir.⁸ Yasama organı gelir, servet veya harcamadan takdir yetkisi çerçevesinde ve mali güç ilkesine uygun olmak kaydıyla istediği yoğunlukta vergi alabilecektir.

Ancak kişilerin mali güçlerinin esas alınması, tek başına yeterli olmamaktadır. Örneğin vergi oranının gelirin % 10'u olacağına yönelik bir düzenleme hiç kuşkusuz gelir yükseldikçe daha fazla vergi alınacağı için mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun olacaktır. Ancak asgari ücret elde eden birinin gelirinin % 10'unu vergi olarak vermesi ile daha yüksek gelir elde eden birinin gelirinin % 10'u oranında vergi vermesi halinde katlandıkları vergi yükü eşit olmayacaktır, zaten ileride de bahsedeceğimiz üzere bu durumun yaşanmaması için artan oranlı vergi tarifeleri öngörülmüştür.

Bu durumda devreye giren ve adaleti sağlayan ilke Anayasa'nın 2. ve 73. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan sosyal devlet ilkesidir. Sosyal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak, gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan devlettir.⁹ Sosyal devletin temel amaç ve görevleri sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin teminidir. Bu amaç ve görevler doğrultusunda devlet bir taraftan ekonomik bakımdan zayıfları koruyacak, vatandaşları sosyal güvenliğe kavuşturacak, diğer taraftan da ekonomik

⁴ Abdurrahman Akdoğan, **Kamu Maliye**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2014, s.209.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin E.1981/13, K: 1983/8 numaralı ve 28.04.1986 tarihli kararı.

⁶ Oytun Canyaş, Erdem Seçilmiş, "Anayasa Mahkemesinin Mali Güç İlkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış," **Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi** C. XV, S. I, 2013.

⁷ İlgili kavram mevcut düzenlemeye paralel bir şekilde 1961 Anayasası'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir.

⁸ "...gelir, servet ve harcamalar malî gücün göstergesidir.": Anayasa Mahkemesi'nin E:2001/36, K:2003/3 numaralı ve 16.01.2003 tarihli kararı.

⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.1972 tarihli ve E. 1972/16, K. 1972/49 sayılı kararı. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 10, s. 529, 539.

kalkınmayı sağlamış olacaktır.¹⁰ Sosyal devlet vergilendirme yetkisini, ulusal gelir ve servet bölüşümündeki adaletsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde kullanır ve gelir ve servet dağılımını dar gelirliilerin lehine etkilemek için çaba gösterir. Vergi kanun koyucunun ekonomiye müdahale ederek sosyal adalete yaklaşmakta elindeki en etkili araçlardandır. Verginin ekonomik açıdan tarafsız olması gerektiği ilişkin ‘bulduğun gibi bırak (Leave them as you find them)’ kuralı günümüzün ‘sosyal devlet’ anlayışına göre geçerli değildir.¹¹

Sosyal devlet ilkesi yoksullukla mücadelede devletin en önemli anayasal dayanağıdır. Sosyal adalete ulaşmaya ve bu kapsamda yoksullukla da mücadele etmeye çalışan devletin ise elindeki en önemli araçlardan biri de vergilerdir.

II. Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntem ve Anlayışlar ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi

Yoksullukla mücadelede vergisel yöntemler denildiği zaman akla doğru vergi politikalarının uygulanması suretiyle devletin daha fazla gelir elde etmesi ve bu elde ettiği gelir sayesinde kalkınıp yoksulluğun azalması da gelmektedir. Ancak bu makalenin konusunu vergiler sayesinde devletin ekonomik olarak kalkınması değil, servetin yeniden dağıtımı suretiyle yoksullukla edilebilecek mücadeledir. Günümüzdeki yoksulluk nedenlerinin başında ülke içindeki gelir dağılımının eşit olmaması gelmektedir. Türkiye İstatistik Kurumu’nun 2014 yılı “Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması”na göre, toplumun en zengin % 20’si toplam gelirin % 45,9’una sahipken, en fakir % 20’si ise toplam gelirin % 6,2’sine sahiptir.¹² Bu da göstermektedir ki yoksulluğun en önemli sebeplerinden bir tanesi gelir dağılımındaki adaletsizliktir. Vergisel yöntemler özellikle gelir dağılımındaki adaletsizliği gidermede pay sahibi olabilir. Gelirin daha eşit dağılımının sağlanması durumunda hiç kuşkusuz yoksullukla mücadelede büyük bir yol alınmış olunacaktır.

Bu başlık altında, yoksullukla mücadele eden devletin hangi vergisel araçlardan faydalanabileceği incelenecektir. İlgili mücadele aracı hakkında bilgi verildikten sonra ise bu konudaki Türkiye uygulaması değerlendirilecektir.

A. Mali Gücü Göre Vergilendirme

Mali güce göre vergilendirme sosyal devletin vergi adaletini sağlayan ilkesidir.¹³ Mali güce göre vergilendirmenin yoksullukla mücadelede kullanılan vergisel yöntemlerin anayasal dayanaklarından olduğunu belirtmiştik. Bu anayasal dayanak aynı zamanda bünyesinde 3 tane vergisel yöntem barındırmaktadır; diğer bir ifadeyle vergilendirmede ödeme gücünün kavranabilmesi ayırma ilkesi, en az geçim indirimi ve artan oranlılığın uygulanmasıyla mümkün olabilecektir.¹⁴

¹⁰ Öncel, Kumrulu, Çağan, *a.g.e.*, s. 51-52.

¹¹ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 195.

¹² Türkiye İstatistik Kurumu, Haber Bülteni, Sayı: 18633, 18 Eylül 2015, (Çevrimiçi) <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18633>, 24.08.2016.

¹³ Öncel, Kumrulu, Çağan, *a.g.e.*, s. 52.

¹⁴ Elif Sonsuzoğlu, *Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997, s. 88.

1. Ayırma İlkesi

Yoksullukla mücadelede hangi vergisel yöntemlerin uygulanacağını belirlerken karşımıza ilk çıkan soru, zengin olanlardan fakir olanlara oranla daha fazla vergi alıp almayacağımızdır. Bu soruya olumlu yanıt vermek nispeten kolaydır ancak hangi tür gelirden ne kadar vergi alınacağını belirlemenin; bir başka deyişle sermaye gelirinin ücret gelirine oranla daha fazla vergilendirilip vergilendirilmemesi noktasında ciddi soru işaretleri bulunmaktadır. Bu noktada da ayırma ilkesi gündeme gelmektedir.

Ayırma ilkesi, kişilerin elde ettikleri gelirin miktarı aynı olsa dahi onu oluşturan unsurların farklı olması durumunda ifade edeceği mali gücünün farklı olacağı anlayışından doğmaktadır. Geliri oluşturan kaynağın vergi ödeme gücü açısından farklı olması sebebiyle ayırma ilkesi uyarınca farklı vergilendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.¹⁵

Ayırma ilkesine ilişkin lehte ve aleyhte görüşler bulunmaktadır. Ayırma ilkesinin lehinde olan görüş uyarınca, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha hafif vergilendirilmesi gerekmektedir. Çünkü emek gelirleri bedeni veya fikri emek arzına dayalı olduğundan emek arz edildiği sürece kazanılabileceğinden, yani hastalık, yaşlılık, kaza, işsizlik gibi çeşitli durumlarda emek arz edilemeyeceğinden, sürekli ve güvenli bir gelir kaynağı değildir. Ancak sermaye gelirleri sahibi için daha devamlı ve güvenilir bir gelir kaynağı teşkil eder ve emniyet ve istikrar açısından daha avantajlıdır; diğer bir ifadeyle sermaye sahiplerinin emek sahiplerine göre gelir elde etme ve bunu sürdürme imkânları fazladır.¹⁶ Bu sebeplerle vergi eşitliğinin sağlanması ve korunması açısından vergi oranlarında emek ve sermaye gelirleri elde edenler arasında farklılaştırmaya gidilmelidir, emek geliri elde edenler sermaye geliri elde edenlere göre daha avantajlı vergilendirme rejimine tabi tutulmalıdır.¹⁷

Ayırma ilkesinin aleyhinde olan görüşler uyarınca ise sosyal güvenlik mekanizmasının gelişmiş olması emek gelirlerinin süreklilik ve istikrar kazanmasını sağladığından emek gelirleri garanti altına alınmıştır. Sermaye gelirleri ise risk altındadır, sosyal emeğin korunması sermayenin erimesine sebep olabilir; böylece üretimin düşmesi dolayısıyla da iktisadi ve sosyal bunalımların ortaya çıkmasına neden olabilir.¹⁸

Ancak belirtmek gerekir ki sermaye gelirleri sahibinin beyanı dahilinde vergilendirildiği için vergi kaçırma olanağı yüksektir fakat emek gelirleri kural olarak kaynaktan vergilendirildiğinden vergiden kaçınma veya kaçırma olanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple de eşitliğin emek gelirleri aleyhine bozulması gerekmektedir.¹⁹

Elde edilen gelirler her ne kadar aynı miktarlarda olsa da elde edildikleri kaynak farklılaşıyor ise yukarıda bahsetmiş olduğumuz ayırma ilkesinin lehindeki gerekçelerden ötürü farklı vergilendirmeye tabi tutulmaları gerekmektedir. Söz konusu bu farklılaştırma bir eşitsizlik doğurmayacak aksine gelir dağılımında adaletin sağlanabilmesi ve vergilendirmede eşitliğin sağlanması ve en nihayetinde yoksullukla mücadelede etkinliğe katkıda bulunacaktır.

¹⁵ Sonsuzoğlu, **a.g.e.**, 89.

¹⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, **a.g.e.**, s. 53; Sonsuzoğlu, **a.g.e.**, 93, Akdoğan, **a.g.e.**, s. 255-258.

¹⁷ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁸ Sonsuzoğlu, **a.g.e.**, 92.

¹⁹ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 256.

Türkiye'deki durumu incelediğimizde ise vergi yükünün daha çok ücretliler üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. 2015 yılında gelir vergisinin tüm vergi gelirleri içindeki payı % 22.7 iken, kurumlar vergisinin % 8'dir.²⁰ Ayrıca gelir vergisi de incelendiğinde gelir vergisi içindeki payın büyük kısmının tevkif suretiyle vergilendirilen ücretler olduğu görülmektedir. Gerçekten de 2015 yılı istatistikleri incelendiğinde beyana dayanan gelir vergisi tahsilatının 4.445.418 TL; gelir vergisi tevkifatının her ne kadar hepsi ücretlerden yapılan tevkifat olmasa da 98.750.186 TL olduğu görülmektedir.²¹ Bu da Türkiye'deki vergi yükünün büyük ölçüde ücretliler üzerinde olduğunu göstermektedir.

Son yıllardaki vergi rekabeti de, sermayenin serbest dolaşımı açısından çoğu devletin sermaye gelirlerini artan oranlı vergilerden istisna etmesine, bir başka deyişle ücrete nispeten daha az vergilendirmesine neden olmuştur.²²

2. Artan Oranlı Vergi Tarifeleri

Artan oranlı tarife, vergi matrahının artmasıyla vergi oranının da arttığı tarife tipidir. Artan oranlı tarife hem vergilemede adaletin sağlanması hem de en yüksek vergi gelirinin toplanması bakımından kişisel gelir vergilerinde yaygın olarak kullanılan bir tarife türüdür. Vergi ödeme gücüne ulaşma açısından da artan oranlı tarifeler tercih edilir.²³

Artan oranlı vergilendirme ilk olarak 1900'lerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin bu tarifeler Amerika'da 1913, İngiltere'de 1909, Danimarka'da 1870, Japonya'da 1887 yıllarında yürürlüğe girmiştir. En yüksek gelir dilime uygulanan vergi oranları özellikle 1940-1960 yılları arasındaki dönemde zirveye çıkmıştır. Amerika'da % 95, İngiltere'de % 98,²⁴ Almanya'da ise % 90'ları bulmuştur ve ²⁵ adeta bir müsadere vergisi niteliğine bürünmüşlerdir. Belirtmek gerekir ki bu oranda uygulanan bir vergideki temel amaç kamu gelirlerini artırmak değildir. Amaç kanun koyucunun toplumsal açıdan aşırı ve ekonomik açıdan da atıl olduğuna hükmettiği bu türden gelirleri ve servetleri bitirmek ya da o seviyede kalmalarını aşırı maliyetli hale getirip bu durumu sürdürmek isteyenler üzerinde caydırıcı bir etki yapmaktır.²⁶

Günümüzde her ne kadar bu tarifeler uygulanmaya devam etse de bu tarifelerin üst diliminde ciddi düşüşler gözlemlenmektedir. Amerika ve İngiltere'de 1970'lerden beri gözlemlenen bu düşüş, en yüksek gelirlerde gözlemlenen artışın da büyük kısmını açıklamaktadır. Örneğin Fransa için yapılmış bir incelemede; genel vergi oranının % 40-45 arasında olduğu, bu oranın nüfusun en düşük gelire sahip olan % 50'lik kesimine uygulandığı, nüfusun bir sonraki % 40'lık kesiminin, % 45-50 oranında vergi ödediği, ancak en yüksek gelire sahip % 0.1'lik kesimin % 35'in altında bir oranda vergi ödediği tespit edilmiştir. Bu da bize

²⁰ http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/VI/CVI/Tablo_65.xls.htm.

²¹ http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/VI/GBG/Tablo_52.xls.htm.

²² Thomas Piketty, **Yirmibirinci Yüzyılda Kapital**, İş Bankası Kültür Yayınları, 2015, s.593.

²³ Osman Pehlivan, **Kamu Maliyesi**, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2014, s. 108-109; Nurettin Bilici, Adem Bilici, **Kamu Maliyesi**, Ankara, Savaş Kitabevi, 2015, s. 157-160.

²⁴ % 98 rekor bir orandır. İngiltere'de bu oran 1941'den 1952'ye kadar yürürlükte kalmış, daha sonra 1974'den 1978'e kadar tekrar yürürlüğe sokulmuştur

²⁵ Piketty, **a.g.e.**, s.597.

²⁶ Piketty, **a.g.e.**, s.650.

sermaye gelirinin nasıl büyüdüğünü ve bu kesimin artan oranlı vergilendirmeden nasıl kaçındığını göstermektedir. Bu hem yüksek vergi ödemesi nedeniyle orta sınıfın gerilemesine hem de orta sınıfın sistemi adaletsiz bulması nedeniyle vergiye bir direnç göstermesine neden olabilecektir. Bu nedenle asgari düzeyde de olsa sistemin artan oranlı vergilendirmeyi muhafaza etmesi sosyal devletin hayatta kalması için gereklidir.²⁷

Bu noktada en yüksek marjinal vergi oranının ne olması gerektiği de tespit edilmelidir. Ancak hiçbir matematiksel formül ya da ekonometrik öngörü hangi seviyedeki gelire, hangi oranda vergi uygulanması gerektiğini söylemez. Bu bilgiyi sadece ortaklaşa karar alma mekanizması ve demokratik deneyimler söyleyebilir.²⁸

Artan oranlı tarife; basit (sınıf) usul artan oranlılık, dilim usulü artan oranlılık, gizli artan oranlı vergi ve tersine artan oranlı (Rici) vergi olmak üzere türlere ayrılmaktadır.²⁹ Bu türlerin oluşmasının nedeni özellikle artan oranlı vergi tarifeleri nedeniyle oluşabilecek sakıncaları ve eşitsizlikleri önlemektir. Gerçekten de sadece artan oranlı bir uygulama, örneğin x lira gelir elde eden birinden % 10 vergi alınacakken x+1 lira gelir elde edenden daha fazla; % 15 vergi alınmasına neden olabilecek ve bu nedenle vergi ödendikten sonra daha fazla gelir elde edenin daha fazla fakirleşmesine neden olabilecektir.

Ülkemizde gelir vergisi ve veraset ve intikale vergisinde dilim usulü artan oranlı tarife uygulanmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun "Esas Tarife" başlıklı 103. maddesinde dilim usulü artan oranlı tarifeyi görmekteyiz. Bu madde şu şekildedir: Gelir vergisine tabi gelirler; 12.600 TL'ye kadar % 15; 30.000 TL'nin 12.600 TL'si için 1.890 TL., fazlası % 20; 69.000 TL'nin 30.000 TL'si için 5.370 TL., (ücret gelirlerinde 110.000 TL'nin 30.000 TL'si için 5.370 TL., fazlası % 27; 69.000

²⁷ Piketty, **a.g.e.**, s.593-594.

²⁸ Amerika için 1 milyon doların üstündeki gelirlere uygulanacak olan % 80 seviyesindeki bir vergi oranının Amerika ekonomisinin büyümesine zarar vermeyeceği ama ekonomik açıdan faydasız davranışları makul biçimde sınırlandıracağı, büyümenin nimetlerinin daha yaygın bir biçim de dağıtılmasına izin vereceği belirtilmektedir. Ancak bir tek Amerika'nın bu büyüklükteki bir vergi oranını uygulamaya yetecek büyüklükte olduğu belirtilmektedir: Piketty, **a.g.e.**, s.615.

²⁹ Sınıf usulü artan oranlılıkta vergi matrahları değişik miktarlara göre sınıflara ayrılır ve üst sınıflara geçildikçe vergi oranları artar. Örneğin, matrahın 30.000 liraya kadarı % 15, 30.000 lira üzeri ama 50.000 lira altında ise % 20, 50.000 liranın üzeri ama 100.000 lira altında ise % 25, 100.000 üzerinde ise % 35 oranında bir vergiye tabi tutuluyorsa sınıf usulü artan oranlılık uygulanıyor demektir. Ancak bu usul adaletsizdir, çünkü belli sınıfların parasal sınırı çok ufak bir farkla geçilmiş olursa bir üst orandan vergilendirilmek gerekeceğinden adil olamayacaktır. Yani 30.000 ile 30.100 lira arasında farklı oranda vergilendirmeyi gerektirecek bir fark olmamasına rağmen bu usul sebebiyle farklı oran tatbik edilecektir. Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 158.

Dilim usulü artan oranlı tarifiede, vergi matrahı çeşitli büyüklüklerdeki dilimlere ayrılarak her bir dilim için belirlenen matrah sadece o dilim için tatbik edilmekte ve çeşitli dilimler için ayrı ayrı hesaplanan vergi miktarları toplanarak toplam vergi miktarına ulaşılmaktadır. Pehlivan, **a.g.e.**, s. 109-110.

Gizli artan oranlılıkta ise, görünüş itibarıyla düz oranlı olan vergilerin matrahına ilave yapılması veya matrahtan yapılan indirimler dolayısıyla tarifenin, kendisine indirim yapılmayan mükellef açısından gizli artan oranlı hale gelmesidir. Gülay Akgül Yılmaz, **Kamu Maliyesi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım A.Ş., 2007, s. 142; Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 159.

Tersine artan orantılı tarife ise matrah arttıkça ortalama vergi oranının azaldığı tarife türüdür. Salih Turhan, **Vergi Teorisi ve Politikası**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s. 56.

TL.'den fazlasının 69.000 TL.'si için 15.900 TL., (ücret gelirlerinde 110.000 TL'den fazlasının 110.000 TL'si için 26.970 TL., fazlası % 35 oranında vergilendirilir.

Belirtmek gerekir ki Türkiye'de tarifenin en üst dilimi birçok Avrupa ülkesinin altındadır. Türkiye'de sosyal güvenlik katkıları ile birlikte gelir vergisi oranının en üst dilimi % 35,8 iken, Belçika'da bu oran % 58,4, Kanada'da % 49,5, Finlandiya'da % 57,5, Fransa'da % 55, Almanya'da % 47,5, İngiltere'de % 47, Amerika Birleşik Devletleri'nde % 48,6'dır. OECD ülkeleri arasında en yüksek oran % 61,3 ile Portekiz'dedir.³⁰ Üst ve orta sınıfın çok gelişmemiş olduğu Türkiye'de bu oran normal olarak kabul edilebilir. Bu aynı zamanda sermayenin desteklendiğinin en önemli göstergesidir.

Bazı etkenler gelir dağılımında adaletin sağlanması noktasında ülkemizde uygulanan artan oranlı tarifenin etkinliğini sınırlandırmaktadır. Bu etkenlerden ilki tarifenin teknik anlamda yetersiz oluşudur; tarifede en az geçim düzeyinde vergi oranının sıfır olması gerekirken sıfır yer almamaktadır. Bir diğer etken ise tarifede yazılı matrah dilimlerinin gelir dağılımı çizgilerine göre hazırlanmamış olmasıdır, yani tarife basamakları gelir sahiplerini düşük, orta ve yüksek gelirli bir biçimde sınıflandırmamaktadır.³¹

3. En Az Geçim İndirimi

Koşullara uygun olarak belirlendiğinde vergi ödeme gücüne ulaşılabilmesi açısından önemli katkısı bulunan en az geçim indirimi, kişinin kendisi ve ailesinin yaşamını asgari düzeyde sürdürebilmesi için gerekli gelirin vergi dışı tutulması anlamına gelmektedir.³² En az geçim indirimi, gerçek anlamda vergi ödeme gücünün kişinin varlığını devam ettirebilmesi için gerekli kaynaklara sahip olmasından sonra başlayacağı düşüncesine dayanmaktadır.³³

En az geçim indiriminin tespitinde; fizyolojik, kültürel veya medeni asgari ihtiyaçlar gibi farklı ölçütlerin uygulanması gündeme gelmiştir.³⁴ Ekonomik olarak gelişmesini yeterince tamamlayamamış ülkeler, sadece asgari yaşam düzeyini sürdürebilmek için gerekli gelirin vergilendirilmemesini tercih ederken; gelişmiş ülkeler insanca yaşama kavramını daha geniş algılayarak ödeme gücüne ulaşmada göstergeleri tespit ederken herkes için geçerli sosyal ve kültürel ihtiyaçları da dikkate almaktadır.³⁵ Gelişmekte olan ülkelere vergi hasılatını düşüreceği gerekçesiyle en az geçim indirimi pek uygulama alanı bulmamaktadır ancak gelişmiş ülkeler de ise en az geçim indirimi negatif gelir vergisi uygulamasıyla desteklenmektedir.³⁶

³⁰ http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=TABLE_I7

³¹ Fatih Sarıoğlu, "Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlılık", *G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi*, 1/2002, s. 219-228, 222-223.

³² Ülkemizde 1980 yılında yapılan değişiklik öncesinde 'en az geçim indirimi' adı ile uygulanmış, 1981 yılının başından itibaren 'genel indirim' adıyla hükme bağlanmış ve 3239 sayılı Kanun ile 01.01.1986 tarihi itibarıyla uygulamadan kaldırılmıştır. Son olarak 5615 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeyle 01.01.2008 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde 'asgari geçim indirimi' adıyla tekrar uygulanmaya başlanmıştır. Akdoğan, *a.g.e.*, s. 233.

³³ Ateş Oktar, *Türk Vergi Sistemi*, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2016, s. 26.

³⁴ Oktar, *TVS*, s. 26.

³⁵ Akdoğan, *a.g.e.*, s. 234-235.

³⁶ Akgül Yılmaz, *a.g.e.*, 181.

En az geçim indiriminin uygulanmasının gerekliliği konusunda lehte ve aleyhte görüşler bulunmaktadır. Lehte olan görüşler; en az geçim indiriminin vergi ödeme gücüne ulaşmak için gerekli olduğu, düşük gelirli mükelleflerin vergi dışında bırakıldığında vergi idaresinin ilgilenmek zorunda kalacağı mükellef sayısının azalacağı ve aynı zamanda maliyeti hasılatından fazla vergilerin toplanmasına gerek kalmayacağı, kişilerin ancak yaşamlarını sürdürecektir miktardaki gelirlerinden vergi alınmamasının hem insani düşüncelerin gereği olduğu hem de çeşitli sosyal problemleri engelleyeceği ve kişilerin insan haysiyetine uygun hayat sürdürmelerinin sağlanmasının devletin anayasal yükümü olduğu, vergi yoluyla bunun aksinin de yapılmaması gerektiği argümanlarına dayanırlar. Aleyhte olan görüşler ise en az geçim indirimi tutarının belirlenmesinin gelişigüzel olması sebebiyle gerçekçi olmadığı, devletin idari ve mali yükünü arttırdığı, vergi veriminin düşmesine neden olduğu, herkes kamu hizmetlerinden eşit faydalandığından herkesin bunun finansal yüküne katlanması gerektiği ve verginin hesaplanması işlemini uzattığı gerekçelerini ileri sürmektedir.³⁷

Ülkemizde ücretin gerçek usulde vergilendirilmesinde en az geçim indirimi uygulanmaktadır.³⁸ En az geçim indirimi bu haliyle gerçek ücret unsurları dışında kalan gelir unsurlarını kapsamadığından, asgari geçim indiriminden daha çok 'ayırma ilkesi'nin bir uygulaması görünümündedir. Ayrıca indirimin fizyolojik asgarinin altında tespiti bu düzeyde gelir elde edenlerin ödemesi gereken gelir vergisinin işverenin maliyetine, haliyle mal ve hizmet fiyatlarına yansımaya sebep olarak dolaylı bir vergiye dönüşmesi sonucunu doğuracağı yanı sıra hizmet sözleşmelerinin net ücret üzerinden yapıldığı durumlarda, indirimin, hedefi olan hizmet erbabı yerine işverenin yararlandığı bir vergi avantajına dönüşmesi de muhtemeldir.³⁹

B. Dolaysız Vergilere Ağırlık Verilmesi

³⁷ Akdoğan, a.g.e., s. 236; Pehlivan, a.g.e., s. 155.

³⁸ Gelir Vergisi Kanunu'nun 'Asgari Geçim İndirimi' başlıklı 32. maddesi şöyledir:

"Ücretin gerçek usûlde vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulanır.

Asgarî geçim indirimi; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının; mükellefin kendisi için % 50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için % 7,5, üçüncü çocuk için % 10, diğer çocuklar için % 5'idir. Gelirin kısmî döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Asgarî geçim indirimi, bu fıkraya göre belirlenen tutar ile 103 üncü maddedeki gelir vergisi tarifesi birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan vergiden mahsup edilmesi suretiyle uygulanır. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz.

İndirimin uygulamasında "çocuk" tabiri, mükellefle birlikte oturan veya mükellef tarafından bakılan (nafaka verilenler, evlat edinilenler ile ana veya babasını kaybetmiş torunlardan mükellefle birlikte oturanlar dâhil) 18 yaşını veya tahsilde olup 25 yaşını doldurmamış çocukları, "eş" tabiri ise, aralarında yasal evlilik bağı bulunan kişileri ifade eder.

İndirim tutarının tespitinde mükellefin, gelirin elde edildiği tarihteki medenî hali ve aile durumu esas alınır. İndirim, yukarıdaki oranlara göre hesaplanan tutarları aşmamak kaydıyla, ücret geliri elde eden aile fertlerinden her biri için ayrı ayrı, çocuklar için eşlerden yalnızca birisinin gelirin üzerine uygulanır. Boşananlar için indirim tutarının hesabında, nafakasını sağladıkları çocuk sayısı dikkate alınır.

Ücretlerin vergilendirilmesinde asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra, varsa teşvik amaçlı diğer indirim ve istisnalar dikkate alınır.

Bakanlar Kurulu, indirim konusu yapılacak toplam tutarın asgarî ücretin yıllık brüt tutarını aşmaması şartıyla ikinci fıkrada belirtilen asgarî geçim indirimi oranlarını artırmaya veya kanunî oranına kadar indirmeye yetkilidir.

Asgarî geçim indiriminin uygulama dönemleri ve mahsup şekli ile diğer hususlara ilişkin usûl ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir."

³⁹ Oktar, TVS, s. 27.

Dolaylı-dolaysız vergi ayrımı iki ölçütten faydalanılarak yapılmaktadır. Bunlardan ilki yansıma ölçütü diğeri ise tahakkuk zamanı ölçütüdür.⁴⁰ Yansıma ölçütü uyarınca vergi asıl yükümlü olarak düşünülmüş olan kişinin iktisadi unsurlarından doğrudan alınıyorsa ve yüklerini başka kişilere devretmeleri, yansıtmaları mümkün değilse, yani yükümlü vergiyi kural olarak kendi malvarlığından ödemek zorunda kalıyorsa ve yükümlü olarak kabul edilen kimse ile vergi sonucu malvarlığında azalma meydana gelen kişi aynı kişi oluyor ise dolaysız vergi söz konusudur. Yine bu ölçüt uyarınca yükümlülerin vergi yüklerini başka kişilere devretmeleri mümkün oluyorsa, diğer bir ifadeyle vergi yükümlüsü vergiyi genellikle ödedikten sonra, fiyat mekanizması içerisinde başkalarına yansıtabiliyorsa dolaylı verginin varlığından söz edilir.⁴¹ Tahakkuk zamanı ölçütüne göre ise tahakkuku ve ödenmesi belirli zaman aralıklarında gerçekleşen verginin, vergiyi doğuran olayı, tahakkuku ve tahsili farklı zamanlarda gerçekleşiyorsa dolaysız vergi; ödeme zamanında bir düzen olmayan ve tahakkuku ve tahsili, vergiyi doğuran olay ile aynı anda gerçekleşen bir vergi söz konusu ise dolaylı verginin varlığından söz edilmektedir.⁴² Gelir vergisi, kurumlar vergisi, emlak vergisi, veraset ve intikal vergisi, motorlu taşıtlar vergisi dolaysız; KDV, ÖTV, BSMV, gümrük vergisi dolaylı vergi kategorisindedir.

Dolaylı vergiler yükümlülerin ödeme güçlerini dikkate almadıklarından adil olmayan vergilerdir. Doğrudan vergiler ise vergi adaletini gerçekleştirmeye elverişli vergilerdir. Artan oranlı vergi tarifeleri de doğrudan vergilerde uygulanmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerde dolaylı vergilere ağırlık verilmekteyken, gelişmiş ülkelerde durum tam tersidir.⁴³

Dolaysız vergilerin çok modern vergiler olduğunu da belirtmek gerekir. Kişinin gelirinin hesaplanması modern bazı muhasebe tekniklerini gerektir. Eski zamanlarda kişinin gelirinin tespiti için farklı göstergelerden yararlanılmaktaydı. Örneğin 1696 yılında İngiltere’de 6’dan fazla penceresi olan binalardan “Pencere Vergisi” adıyla bir vergi toplanmıştır.⁴⁴ Rus İmparatoru Büyük Petro ise ülkesinin batılılaşma politikası uyarınca ‘Sakal Vergisi’ olarak adlandırılan ve sakalını kesmeyenlerin ödemek zorunda bırakan vergiyi salmıştır.⁴⁵ Yani bu örneklerde binalardaki pencere sayısı ve kişilerin sakallarının uzunluğu gösterge olarak kabul edilmiştir.

Doğrudan vergilerden özellikle de gelir vergisi sübjektif nitelikte bir vergidir. Bu da, gelir vergisinde yukarıda da bahsettiğimiz üzere ödeme gücü açısından kişisel ve ailevi hususların dikkate alınmasına imkan vermekte, geliri asgari ücretin altında bulunanların

⁴⁰ Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 151.

⁴¹ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 296-297.

⁴² Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 152; Akdoğan, **a.g.e.**, s. 298.

⁴³ Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 152-153.

⁴⁴ Söz konusu vergi 1851 tarihine kadar uygulanmıştır. Aynı dönemde benzer vergiye Almanya, Fransa ve Hollanda’da da rastlanmaktadır. Kiliseler ve saraylar dışında pencere sayısı altıdan fazla olan binalarda 7-9 penceresi olan binalar için iki Şilin, 10-20 penceresi olan binalar için dört Şilin ve 20’den fazla penceresi olan binalar için sekiz Şilin olarak öngörülmüştür. Toplanan bu vergi, binaların büyük bir kısmının altı pencereli olarak inşa edilmesine veya fazla pencerelerin örülerek pencere sayısının altıya indirilmesine neden olmuştur. Cenker Göker, **Yönlendirici Vergilendirme**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 91.

⁴⁵ Rainer Wernsmann, *Verhaltenslenkung in einem Rationalen Steuersystem*, Jus Publicum 135, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, s. 26’dan naklen Cenker Göker, **Yönlendirici Vergilendirme**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 18, 53. dipnot.

vergileştirilmemesine de olanak sağlamaktadır. Yine gelir vergisinde muafiyet ve istisnalarla bazı kişi ve konular vergileştirme kapsamı dışına çıkartılabilmektedir.⁴⁶ Bu nedenle yoksullukla mücadele gelir vergisine ağırlık verilmesi daha doğru bir yoldur.

Kurumlar vergisi ise; gelir vergisinden farklı olarak objektif nitelikte bir vergidir. Artan değil, düz oranlı bir tarifeye sahiptir. Bu düşük oranda vergileştirilme ve kurumlara sağlanan birçok vergisel teşvik ekonomide gelir dağılımını bozucu bir etki yapabilmektedir. Bundan sakınabilmek için özellikle teşviklerin daha çok yatırımlara yönelik olarak kullanılması sağlanmalıdır.⁴⁷

Dolaylı vergilerde ise kişiselleştirme yapılması mümkün değildir. En zengin olanla en fakir olan, aynı mal veya hizmeti aldığı anda aynı oranda vergi öderler. Bu nedenle bu vergiler mali güç ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Türkiye’yi incelediğimizde ise dolaylı vergilerin oranının, doğrudan vergilere oranla daha fazla olduğu görülmektedir. 2015 yılı Merkezi Yönetim gelirleri içindeki tahakkuk eden vergiler dikkate alındığında dolaysız vergilerin oranının yaklaşık % 38, dolaylı vergilerin oranının ise yaklaşık % 62 olduğu tespit edilmektedir.⁴⁸ Bu istatistikler dolaylı vergilerin çok yüksek olduğu izlenimini uyandırır da temel sorun dolaylı vergilerin çok yüksek olması değil, dolaysız vergilerin Türkiye’de doğru beyan edilmemesi ve tahsil edilememesindedir.

Ancak dolaylı vergilerin yoksullukla mücadelede bir araç olarak kullanılması gene de mümkündür. Temel tüketim maddeleri üzerindeki vergi yükünün azaltılması ve lüks tüketim maddeleri üzerindeki vergi yükünün arttırılması suretiyle adil bir gelir dağılımı sağlanmaya çalışılabilir. Türkiye’de özellikle özel tüketim vergisi ve % 1 oranında KDV uygulanan birçok kalem bu amaca hizmet eder niteliktedir.

Diğer ülkeleri incelediğimizde (Tablo 1) dahi, Türkiye’de tüketim üzerinden alınan vergilerin (ki bu vergiler dolaylı vergilerin büyük kısmını oluşturmaktadır) GSYH içindeki payının daha yüksek olduğu görülmektedir. 2013 yılı için Türkiye’de bu pay % 13 iken, OECD ülkeleri ortalaması % 10.4’tür.

Tablo 1⁴⁹										
Tüketim Vergilerinin GSYH İçindeki Payı (5100)										
	1965	1980	1990	2000	2007	2008	2009	2011	2012	2013
Avustralya	6,2	7,3	6,6	8,0	7,2	6,7	6,8	6,3	6,4	6,6
Avusturya	12,3	11,7	11,8	11,4	10,6	10,6	10,9	10,9	11,1	11,0
Belçika	10,4	10,4	10,2	10,1	10,0	9,9	9,9	10,0	10,4	10,2

⁴⁶ Murat Aydın, Timur Türgan, “Yoksullukla Mücadelede Vergi Politikası ve Türkiye”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y.2011, C.16, S.1 s.249-274, 255.

⁴⁷ Aydın, Türgan, **a.g.m.**, s.255.

⁴⁸ Merkezi Yönetim Bütçe Gelirleri verileri dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/GBG/Tablo_19.xls.htm, (Çevrimiçi) 30.08.2016.

⁴⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı’nın sitesinden aynen alınmıştır. http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/HTML/VI/OECD/Tablo_25.xls.htm, (Çevrimiçi) 31.08.2016.

Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemler Ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Altan Rençber-Arş. Gör. İmran Semiz

Kanada	8,8	7,5	8,6	8,0	7,2	6,8	6,9	6,9	7,0	6,9
Şili	..	..	10,2	11,4	9,5	10,3	9,0	9,9	10,1	10,1
Çek Cumhuriyeti	..	..	..	9,5	9,6	9,9	10,1	10,6	10,8	11,1
Danimarka	11,5	15,0	14,4	14,7	15,1	14,2	14,1	14,0	14,1	14,1
Estonya	..	..	..	11,6	12,5	11,3	13,7	12,9	13,2	12,7
Finlandiya	12,6	12,3	13,8	13,0	12,2	12,1	12,5	13,4	13,7	14,1
Fransa	12,6	11,6	11,3	10,8	10,2	10,1	10,1	10,4	10,5	10,5
Almanya	9,8	9,4	9,0	9,8	9,9	9,9	10,4	10,0	10,0	9,8
Yunanistan	7,5	7,9	10,7	11,0	10,5	10,3	9,7	12,0	11,7	11,9
Macaristan	..	..	..	15,4	14,6	14,4	15,1	15,6	16,6	16,5
İzlanda	15,7	16,9	14,8	14,3	14,0	11,9	10,7	11,4	11,8	11,4
İrlanda	12,0	13,0	13,1	11,3	10,5	10,0	9,1	8,6	8,8	8,9
İsrail	..	..	..	10,8	11,2	11,0	10,8	11,3	10,8	11,1
İtalya	9,1	7,2	9,2	10,1	9,5	9,3	9,3	10,1	10,4	10,1
Japonya	4,4	3,5	3,4	4,5	4,5	4,5	4,5	4,7	4,8	4,8
Kore	..	10,4	8,1	7,9	7,5	7,6	7,3	7,1	7,2	7,0
Lüksemburg	6,2	7,2	8,3	9,9	10,0	10,2	10,7	10,5	10,8	10,7
Meksika	..	7,3	8,5	8,6	9,1	12,1	8,4	10,4	10,5	9,7
Hollanda	8,4	9,3	9,7	9,7	10,1	10,0	9,7	9,5	9,5	9,7
Yeni Zelanda	6,1	6,3	11,4	10,5	10,0	10,5	10,4	11,5	11,6	11,3
Norveç	11,7	14,4	13,7	12,3	11,3	10,1	10,9	10,6	10,4	10,5
Polonya	..	..	..	11,4	12,7	12,7	11,3	12,2	11,4	11,2
Portekiz	6,9	9,9	11,5	12,2	12,9	12,5	11,2	12,4	12,4	12,1
Slovak Cumhuriyeti	..	..	..	11,5	10,3	9,7	9,6	9,8	9,2	9,6
Slovenya	..	..	..	13,1	12,3	12,4	12,7	13,2	13,5	13,8
İspanya	5,8	4,6	8,4	9,1	8,6	7,4	6,3	7,6	8,0	8,6
İsveç	9,3	9,9	11,9	11,8	11,6	11,7	12,2	11,9	11,9	11,8
İsviçre	5,3	5,0	4,5	5,6	5,1	5,3	5,2	5,2	5,4	5,2
Türkiye	5,6	3,4	4,1	9,8	11,0	10,5	10,7	12,1	11,9	13,0
İngiltere	9,1	9,3	9,7	10,6	9,5	9,4	8,9	10,5	10,5	10,4
ABD	4,7	3,9	3,9	3,9	3,7	3,7	3,6	3,7	3,7	3,7

OECD-Ortalama	8,8	9,0	9,7	10,4	10,1	10,0	9,8	10,2	10,3	10,3

C. Servet Vergilerine Ağırlık Verilmesi

Servet vergilerindeki temel amaç servet dağılımındaki farklılık nedeniyle, adil olmayan gelir dağılımının bir ölçüde düzeltilmesidir. Sadece gelir vergileri ve dolaylı vergiler kişilerin ödeme güçleri nispetinde vergilendirilmesini sağlamaz. Kişilerin edindikleri servet de ödeme güçlerine ciddi anlamda katkıda bulunduğu için vergilendirilmelidir. Yani kişinin ödeme gücünün göstergelerinden olan gelir ve harcamanın vergilendirilmesi yeterli olmamakta buna servet unsurlarının vergilendirilmesi de eklenmelidir.

Çağdaş vergi sistemlerinde daha çok gelir ve gider vergilerine rastlanmakla birlikte esasında servet vergilerinin eski mali sistemler içerisindeki önemi oldukça büyüktü ve özellikle savaş ve kriz vergileri olarak doğan servet vergilerinin ilk örneklerini eski Yunan ve Roma İmparatorluğu'nda görmek mümkündür.⁵⁰

Servet vergileri tüm servet unsurlarının, malvarlığı unsurlarının dahil edildiği 'genel servet vergileri' şeklinde olabileceği gibi ülkemizdeki şekliyle servete dahil olan sadece belli malvarlığı değerleri üzerinden alınan 'özel servet vergileri' şeklinde de olabilir. Servet vergileri geliri yeniden dağıtmak veya gelir dağılımındaki adaletsizliği giderme amacına hizmet ederler.⁵¹ Ülkemizdeki servet vergileri; veraset ve intikal vergisi, emlak vergisi ve motorlu taşıtlar vergisidir.

Servet vergileri denildiğinde ilk olarak akla veraset ve intikal vergisi gelmektedir. Veraset vergisi Fransız Devrimi ile Fransa'da ortaya çıkmıştır ve % 5 oranını genelde geçmemiştir. Ancak dönemin vergi mükellefleri için bu oran dahi çok yüksektir, zira "babasının yerini alan oğul" kutsal bir görevi yerine getirerek aile mülkünün devamını sağlıyordu ve bu ise mevcut bir mülkün devamı anlamına geldiği için böyle bir servet vergilendirilmemeliydi.⁵² Gelir vergisinde artışa paralel olarak bu vergideki oran da 1. Dünya Savaşı ile artmaya başlamış, 1940'larla birlikte İngiltere ve Amerika'da miraslara uygulanan en yüksek oran % 80'leri Almanya'da ise % 60'ları bulmuştur. 1980'ler ile birlikte tekrar düşüş eğilimine girmiştir.⁵³

⁵⁰ Turhan, a.g.e., s. 171.

⁵¹ Akgül Yılmaz, a.g.e., s. 202.

⁵² Piketty, a.g.e., s.602.

⁵³ Piketty, a.g.e., s.602. Ülkemizde de 2. Dünya Savaşı koşullarında uygulamaya konulan olağanüstü bir servet vergisi bulunmaktadır. 'Varlık Vergisi' adını taşıyan bu vergi ile 2. Dünya Savaşı sırasında elde edilen aşırı ve haksız kazançların vergilendirilmesi amaçlanmıştır. Varlık vergisi, haklı bir amaca yönelmiş kabul edilse de teknik özellikleri ve uygulama şekli itibarıyla sakıncalar barındırmaktaydı. Verginin belli bir matrahı ve oranı yoktu; kendisine vergi salınan mükellef yargı yoluna başvuramadığı gibi kısa bir süre içerisinde servetini elinden çıkartıp vergi borcunu ödemediği takdirde zorla çalıştırılma yaptırımına tabi tutulabilmekteydi. Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 229. Ancak belirtmek gerekir ki, varlık vergisinin lehinde ve aleyhinde birçok görüş bulunmaktadır. Burada sadece teknik olarak içeriğinden kısaca bahsetmiş bulunmaktayız.

Özellikle tereke vergisi olarak düzenlenen veraset vergisi ile potansiyel gelir niteliğini haiz servet artışlarını yükümlü kılan vergileme şekillerinden gelirin yeniden dağılımı için faydalanılabilir.⁵⁴

Türkiye’de veraset ve intikal vergisi, ivazsız intikallerde % 30, veraset yoluyla intikallerde en fazla % 10’u bulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki devlet bu vergiyi toplamakta diğer vergilere göre biraz daha isteksizdir. Öyleki bu vergi nedeniyle ortaya bir ceza çıkması neredeyse imkânsızdır. Zira Vergi Usul Kanunu’nun 342. maddesine göre: “Veraset ve intikal vergisine ilişkin mükellefiyetlerde tahakkuk işlemi yapmak için beyanname verme süresinin sonundan başlayarak 15 gün beklenir. Beyanname bu süre içinde verilirse vergi ziyai cezası kesilmez ve gecikme faizi de hesaplanmaz. Mükellefe tebliğ edilmek şartı ile yeniden 15 günlük süre verilir. Beyanname bu süre verilirse yine vergi ziyai olmamış sayılır. Veraset ve intikal vergisi beyannamesinin birinci ek süreden sonra fakat ikinci ek süreye ilişkin tebligat yapılmadan önce mükellefler tarafından verilmesi halinde ikinci derece usulsüzlük cezası kesilir.” Ayrıca ivazsız intikal yapmak isteyen mükellefler, bu intikalleri “satış” gibi gösterip vergi ödemekten kaçınmaktadır.⁵⁵

Bina ve arazilere malik olanlar, intifa hakkı sahibi olanlar veya malik gibi tasarruf edenler tarafından ödenen, gelirin yeniden dağıtılmasını ve adaletli gelir dağılımını hedefleyen ve servet vergilerinin bir diğeri olan emlak vergisinde de bu amacına aykırılık doğuracak bir husus yer almaktadır. Emlak vergisinin hesabında, bina vergi değeri esas alınmaktadır. Bina vergi değeri ise Emlak Vergisi Kanunu’nun 29. maddesi uyarınca, “Binalar için, Maliye ve Bayındırlık ve İskan bakanlıklarınca müştereken tespit ve ilân edilecek bina metrekare normal inşaat maliyetleri ile (a) bendinde belirtilen esaslara göre bulunacak arsa veya arsa payı değeri esas alınarak hazırlanmış bulunan tüzük hükümlerinden yararlanılmak suretiyle, Hesaplanan bedeldir”. Binanın bu şekilde hesaplanan vergi değeri ile gerçek kıymeti arasında fark doğmaktadır ve bu da servet vergilerinden genel olarak beklenen amacın aksine bir durum yaratmaktadır.

Motorlu taşıtlar vergisi de gelirin yeniden dağıtılması amacını taşımakta ise de özellikle matrahının belirlenmesi yöntemi nedeniyle bunu gerçekleştirmekten uzaktır. Motorlu taşıtlar vergisinin matrahı, motorlu taşıtın değerine göre değil motor hacmine, ağırlığına veya yolcu taşıma kapasitesine vs. göre belirlenmektedir. Bu durumda da değeri çok yüksek bir aracın vergisi, değeri çok düşük bir aracın vergisine oranla çok düşük olabilmektedir.

Türkiye’de servet unsurları üzerinden alınan vergilerin GSYH’ye oranı OECD ülkelerinin oranının altındadır. Türkiye’de servet vergilerinin GSYH’ye oranı % 1.4 iken OECD ülke ortalaması 2013 yılı için % 1.9’dur.

Tablo⁵⁶

⁵⁴ Turhan, a.g.e., s. 272.

⁵⁵ Ancak eklemek gerekir ki vergi hukukunda geçerli olan ekonomik yaklaşım ilkesi uyarınca, vergi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi kanunu hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içerikleri esas alındığından vergiden kaçınmayı hedef alan işlemlerin sonuçları da bertaraf edilebilmektedir. Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 24 vd.

⁵⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı’nın sitesinden aynen alınmıştır. (Çevrimiçi)
http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/HTML/VI/OECD/Tablo_21.xls.htm,
31.08.2016.

Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemler Ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Altan Rençber-Arş. Gör. İmran Semiz

Servet Unsurları Üzerinden Alınan Vergilerin GSYH İçindeki Payı (4000)										
	1965	1980	1990	2000	2007	2008	2009	2011	2012	2013
Avustralya	2,4	2,0	2,5	2,7	2,6	2,2	2,5	2,3	2,4	2,6
Avusturya	1,3	1,1	1,1	0,6	0,6	0,5	0,5	0,5	0,6	0,7
Belçika	1,1	1,3	1,6	2,1	3,1	3,0	2,9	3,1	3,3	3,5
Kanada	3,6	2,8	3,5	3,3	3,4	3,4	3,5	3,3	3,3	3,2
Şili	..	..	1,0	1,3	1,1	1,2	0,8	0,8	0,9	0,8
Çek Cumhuriyeti	..	..	..	0,5	0,4	0,4	0,4	0,5	0,5	0,5
Danimarka	2,4	2,4	1,9	1,6	1,8	1,9	1,8	1,9	1,8	1,8
Estonya	..	..	..	0,4	0,2	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3
Finlandiya	1,2	0,7	1,1	1,1	1,1	1,1	1,1	1,1	1,2	1,3
Fransa	1,4	1,9	2,6	2,9	3,3	3,2	3,3	3,6	3,8	3,8
Almanya	1,8	1,2	1,2	0,8	0,9	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9
Yunanistan	1,6	1,0	1,2	2,0	1,7	1,7	1,9	2,3	2,5	2,6
Macaristan	..	..	..	0,7	0,8	0,9	0,8	1,1	1,2	1,3
İzlanda	1,0	1,8	2,5	2,8	2,4	2,1	2,1	2,3	2,5	2,5
İrlanda	3,7	1,6	1,5	1,8	2,4	1,8	1,5	1,7	1,8	2,1
İsrail	..	..	..	3,0	3,0	2,9	2,8	2,9	2,7	2,7
İtalya	1,8	1,1	0,8	1,9	2,0	1,8	2,6	2,2	2,7	2,7
Japonya	1,4	2,0	2,7	2,8	2,6	2,7	2,7	2,8	2,7	2,7
Kore	..	1,4	2,2	2,7	3,2	2,9	2,8	2,7	2,6	2,5
Lüksemburg	1,6	1,9	2,8	3,9	3,5	2,8	2,6	2,6	2,8	2,8
Meksika	..	0,3	0,2	0,2	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3
Hollanda	1,4	1,4	1,5	2,0	1,7	1,5	1,4	1,2	1,1	1,2
Yeni Zelanda	2,7	2,3	2,5	1,7	1,8	2,0	2,0	2,0	2,0	1,9
Norveç	0,9	0,7	1,2	1,0	1,2	1,2	1,2	1,2	1,2	1,2
Polonya	..	..	..	1,4	1,4	1,4	1,4	1,3	1,3	1,4
Portekiz	0,8	0,3	0,7	1,1	1,3	1,2	1,1	1,1	1,1	1,1
Slovak Cumhuriyeti	..	..	..	0,6	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4
Slovenya	..	..	..	0,6	0,6	0,6	0,6	0,6	0,6	0,6

İspanya	0,9	1,0	1,7	2,1	2,9	2,3	2,0	1,9	2,0	2,2
İsveç	0,6	0,4	1,7	1,7	1,1	1,0	1,0	1,0	1,0	1,1
İsviçre	1,6	1,9	2,0	2,5	2,1	2,0	2,0	1,9	1,8	1,8
Türkiye	1,1	0,7	0,3	0,8	0,9	0,9	0,9	1,1	1,2	1,4
İngiltere	4,3	4,0	2,7	4,0	4,3	4,0	3,9	3,9	3,9	4,0
ABD	3,7	2,7	3,0	2,9	3,1	3,1	3,2	3,0	2,9	2,9
OECD-Ortalama	1,9	1,5	1,8	1,8	1,9	1,7	1,7	1,8	1,8	1,9

D. Negatif Gelir Vergisi Uygulaması

Negatif gelir vergisi, geliri belli bir sınırın altında kalan kişinin vereceği beyannameye göre belirlenmiş olan geçim indirimi sınırına kadar devletçe kendisine parasal bir yardım yapılmasıdır.⁵⁷ Negatif gelir vergisi bu yönü ile sosyal yardım programlarından farklıdır; istihdam edilmiş, çalışanlar dahi negatif gelir vergisi uygulaması kapsamında ödeme alabilmektedir.⁵⁸

Yoksulluğa karşı mücadele açısından ileri sürülen uygulamalardan biri olan negatif gelir vergisi, gelirin daha adil bir şekilde dağılımını sağlayıcı yönde etki yaratan bir yapıda olmakla beraber toplumun belli bir refah düzeyine ulaştırılabilmesi, refah düzeyinin yükseltilmesi amacına da hizmet eder.⁵⁹

Negatif gelir vergisi yönetim maliyeti düşük olan, gelir seviyesi düşük olanları küçültücü niteliği bulunmayan ve sosyal güvenlik sistemini daha adil hale getirecek bir yöntemdir.⁶⁰ Negatif gelir vergisi suretiyle yoksullara yapılan ödeme doğrudan yapılan maddi bir yardım olmaktan ziyade gelir vergisi içinde bütünleşmiş tarifenin negatif alanda uzantısı olarak devam etmesidir.⁶¹

Bu vergi yüksek maliyeti ve kişilerin çalışma şevkinde getireceği eksiklik nedeniyle eleştirilmektedir.

E. Muafiyet ve İstisnalar

⁵⁷ Pehlivan, **a.g.e.**, s. 280.

⁵⁸ Aydın, Türgan, **a.g.m.**, s.259.

⁵⁹ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 505.

⁶⁰ Türkan Öncel, “Gelirin Yeniden Dağılım Politikası Aracı Olarak: Negatif Gelir Vergisi”, **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi**, S:28, 1981, s.1-14, 14.

⁶¹ Öncel, **a.g.m.**, s. 5.

Anayasamızın 73. maddesi uyarınca vergilemede genellik kuralı gereği herkesin ayırım gözetilmeksizin vergilendirilmesi gerekmektedir. Ancak sosyal, kültürel, ekonomik, mali ve idari nedenlerle vergiye tabi bazı kişi ve vergi konuları vergi dışında bırakılmaktadır. Vergi kanunlarına göre vergilendirilmesi gereken kişi ya da kişi gruplarının, aynı veya başka kanunlarla vergi dışında bırakılması vergi muafiyeti; vergi kanunlarına göre vergilendirilmesi gereken vergi konularının ise aynı veya başka kanunlarla kısmen veya tamamen vergi dışında bırakılması ise vergi istisnasıdır.⁶²

Muafiyet ve istisnaların tek başına değil de vergi ödeme gücüne ulaşmada yararlanılan diğer araçların, etkin ve gerçekçi uygulanmaması dolayısıyla bir telafi fonksiyonu üstlenmiş ise olumlu sayılacak katkılar yaratabilirler. Yani özenli uygulandığı takdirde muafiyet ve istisnalar, vergi ödeme gücü araçlarından artan oranlı vergi tarifelerine, en az geçim indirimine ve ayırma ilkesine yardımcı pozisyonda olabilir.⁶³

Türk vergi sistemi içerisinde yer alan vergi türleri için bazı muafiyet ve istisnalar öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki burada konumuz kapsamında değinmek istediğimiz sosyal amaçlı olan muafiyet ve istisnalardır. Zira muafiyet ve istisnaların bir kısmı daha çok yüksek gelir sahiplerinin yararlanacağı vergi kolaylıkları olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁶⁴

Sosyal amaçlı olarak nitelendirilebilecek bir muaflık türü Gelir Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş olan esnaf muaflığıdır (GVK md. 9). Esnaf muaflığı, genel olarak perakende satış yapan gezici esnaf için uygulanmakla birlikte sabit işyerlerinde küçük ölçekli iş yapan bazı gerçek kişileri de kapsamına almaktadır.⁶⁵ Ancak belirtmek gerekir ki bu kişiler tevkifat suretiyle ödeyeceği vergilerden muaf değillerdir. (GVK md. 9/5)

İstisnalara baktığımızda ise karşımıza ilk çıkan istisna gayrimenkul sermaye iratlarında mesken kira geliri istisnasıdır. Buna göre bir takvim yılında 3.800 TL'den az kira geliri elde edenler, ticari, zirai veya mesleki başka bir faaliyet nedeniyle beyanname vermiyorlar ise veya beyan gerekse bile ücret, menkul sermaye iradi ve gayrimenkul sermaye iradı ile diğer kazanç ve iratlarının gayri safi tutarları toplamı Gelir Vergisi Kanunu'nun esas tarifesinin üçüncü diliminde ücret gelirleri için yer alan tutarı aşmıyorsa, bu gelirleri için beyanname vermeyeceklerdir.

Yine Gelir Vergisi Kanunu'na göre sosyal amaçla bazı kazançlarda istisnalar öngörülmüştür (GVK md.23) Örneğin toprak altı maden işletmelerinde çalışanların yer altında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri, nüfusu 5000'i aşmayan yerlerde faaliyet gösteren ve münhasıran el ile dokunan halı ve kilim imal eden işletmelerde çalışan işçilerin ücretleri, hizmetçilerin ücretleri, çırakların ücretleri gelir vergisinden istisna edilmiştir. Gelir Vergisi

⁶² Pehlivan, **a.g.e.**, s. 102; Akdoğan, **a.g.e.**, s. 158-159. Devletin muafiyet ve istisnalar yoluyla almaktan vazgeçtiği vergiler 'vergi harcaması' adını almaktadır. Bilici, Bilici, **a.g.e.**, s. 148.

⁶³ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 259.

⁶⁴ Çağan, **a.g.e.**, s. 202-203.

⁶⁵ Oktar, **TVS**, s. 13.

Kanunu uyarınca ödenen tazminat ve yardımlar istisna edilmiştir. Bu yardım ve tazminatlar incelendiğinde; ölüm, engellilik, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar, muhtaç olanlara belli bir süre için veya hayat kaydıyla yapılan yardımlar, genel olarak nafakalar, Yardım sandıkları tarafından statüleri gereğince kendi üyelerine ölüm, engellilik, hastalık, doğum, evlenme gibi sebeplerle yapılan yardımlar da bu kapsamdadır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinde de sosyal amaçlı istisnalar bulunmaktadır. Hastane, nekahathane, klinik, dispanser, prevantoryum, sanatoryum, kan bankası ve organ nakline mahsus bankalar, öğrenci veya yetiştirme yurtları, yaşlı ve engelli bakım ve huzurevleri, parasız fukara aşevleri, düşkünevleri ve yetimhaneleri işletmek veya yönetmek suretiyle ifa ettikleri kuruluş amaçlarına uygun teslim ve hizmetleri ile bunlardan sağlık hizmeti sunanların teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerine yapacakları teslim ve hizmetler; özel okullarca bedelsiz verilen eğitim, öğretim hizmetleri, Yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilik ve konsoloslukları ile yabancı hayır ve yardım kurumlarına, 17. maddenin 1 numaralı fıkrasında sayılan kurum ve kuruluşlara bedelsiz olarak yapacakları teslim ve hizmetlere ilişkin olarak yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisinden muaftır. Benzer istisnalara diğer kanunlarda da rastlamak mümkündür.

F. Negatif Dışsallıkların Vergilendirilmesi

Sosyal fayda dışsallık kavramıyla açıklanmaktadır. Dışsallık; bir kişinin gerçekleştirdiği üretim veya tüketime başkası ya da başkalarının üretim ya da tüketimi üzerinde olumlu veya olumsuz etki yaratmasıdır.⁶⁶ Dışsallıkların varlığı etkin kaynak dağılımının gerçekleşmesini engellediğinden devlet müdahalesini zorunlu kılar ve devlet de dışsallıkların söz konusu olduğu üretim faaliyetlerine toplum yararını gözeterek müdahale eder; olumlu dışsallıkları arttırırken buna karşılık olumsuz dışsallıkları önlemeye çalışır.⁶⁷ Olumlu ve olumsuz dışsallığa neden olan mal ve hizmetlerin üretimi yönünden yarattığı bu etkisizlikler bir yandan da gelir dağılımı ve istikrar amaçlarını da olumsuz yönde etkilemektedir.⁶⁸

Negatif dışsallıkların dört türlü olduğu söylenebilir: *komşular arasında sıkça görülen "rahatsızlık verici dışsallıklar"; bir malı ek bir kişinin kullanması ya da bir kişinin ek kullanımının diğer kullanıcıların faydasını azaltması ya da diğer bir kullanıcıyı dışlaması şeklinde ortaya çıkan "kapasite dışsallıkları"; toplam arz stokunun sabit olmasından kaynaklanan "arz dışsallıkları" ve klasik çevre kirliliğinin yol açtığı "çevresel dışsallıklar".*⁶⁹ Belirtmek gerekir ki negatif dışsallıklar içinde en çok rastlanılan çevre kirlilikleridir.

Bu olumsuz etkileri dolayısıyla devlet negatif dışsallıklara vergi politikası ile müdahale ederek sonuçlarını önlemeyi veya etkilerini azaltmayı hedeflemektedir. Devlet dışsal zarara eşit

⁶⁶ Akgül Yılmaz, **a.g.e.**, s. 26-27.

⁶⁷ Pehlivan, **a.g.e.**, s. 45.

⁶⁸ Ramazan Armağan, "Kamu Ekonomisinde Dışsallıklar ve Dışsallıkların İçselleştirilmesi", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:9, s. 159-178, s. 168.

⁶⁹ T. Scitovsky, *Welfare and Competition*, 1971, USA: Richard D. Irwin, Inc. S. 274-281'den naklen Veli Kargı, Cihan Yüksel, "Çevresel Dışsallıklarda Kamu Ekonomisi Çözümleri", **Maliye Dergisi**, S: 159, 2010, s. 183-202, 188.

düzeltilici, cezalandırıcı veya yasaklayıcı vergiler koymak suretiyle etkide bulunabilmektedir.⁷⁰ Negatif dışsallıkların vergi politikası uyarınca vergiye tabi tutulmasının iki yönlü etkisi olacaktır. Öncelikle devlet bir gelir elde ettiğinden bunu yoksullukla mücadele de kullanabilecek; diğer yandan ise negatif dışsallık içselleştirildiğinden yani negatif dışsallıktan kaynaklanan çevre problemleri azaldığından yoksullara yönelik çevre problemleri de giderilebilecektir.⁷¹

Örneğin yakınındaki içme suyu havzasına fabrikasının atıklarını boşaltan birisine ceza kesmekten ziyade yarattığı bu negatif dışsallığın ortadan kaldırılmasına çalışılmalıdır. Böylelikle hem zararlı etkiler ortadan kaldırılacak hem de gelir elde edilerek gelir dağılımının düzeltilmesinde kullanılacak ve yoksullukla mücadelede etkili bir eylem gerçekleştirilmiş olacaktır.⁷²

G. Yeni Vergi Önerileri

21. yüzyılın servete dayalı küresel kapitalizmini düzenlemek için önceki yüzyılın vergi ve sosyal sistemini yeniden kurgulamak ve günümüze uyarlamaya çalışmak yeterli değildir. Bunun için bugünün sorunlarına uygun yeni araçların bulunması gereği doğmuştur.

Forbes'un her yıl yapmış olduğu en zenginler sıralamasını⁷³ incelediğimizde otuz yıllık dönemde 10 milyar Euro ve üzerinde gelir elde edenlerin servetlerinin % 6-7 oranında büyüdüğü görülmektedir, hatta Bill Gates gibi en zenginler için bu oran daha da fazladır. Buna göre 10 milyar Euro geliri olan bir zenginin, servetinden % 5 oranında gelir elde etmesi durumunda, yıllık 500 milyon Euro gelir elde etmiş olur ki, bu kişinin beyannamesinde böyle bir tutarı bildirmesi pek mümkün değildir. İncelendiğinde görülmektedir ki gelir vergisi çerçevesinde bildirilen en büyük gelirler genellikle 100 milyon Euro'yu dahi geçmemektedir.⁷⁴ Bu örneklerde bir vergi kaçırma hadisesi de bulunmamaktadır.⁷⁵

Bu bize şunu göstermektedir: bu gibi zengin kişilerin gerçek gelirlerinin beyan ettikleri % 1 ya da % 10'luk kısımları vergilendiriliyorsa, vergi oranının artan oranlı bir şekilde % 50; hatta % 99 oranına varması, gelirin yeniden dağıtılması konusunda bir fayda sağlamayacaktır.⁷⁶

İşte bu noktada en ideal araç olarak genel bir sermaye vergisi görülmektedir. Zira sermaye kavramı, bu en büyük servete sahip olan kişilerin vergi ödeme kapasitelerini göstermek bakımından ölçülmesi genellikle zor olan yıllık gelirden daha isabetli bir göstergedir. Ayrıca sermaye üzerinden alınacak olan % 2-3 oranındaki bir vergi teşvik niteliği de taşıyacaktır. Örneğin sermayesi üzerinden yılda % 10 oranında getiri elde eden bir girişimci için % 2-3 oranında bir vergi düşük kalacaktır, ama bu vergi servetini girişime dönüştürmeyen ve elinde tutmak suretiyle yılda % 2-3 oranında getiri elde eden birine ağır gelecektir. Bu sayede atıl servetler vergiler aracılığı ile elden çıkartılmaya zorlanacak ve bu aktiflerin daha dinamik yatırımcıların eline

⁷⁰ Armağan, **a.g.e.**, s. 169.

⁷¹ Aydın, Türgan, **a.g.m.**, s.264.

⁷² Aydın, Türgan, **a.g.m.**, s.264.

⁷³ <http://www.forbes.com/billionaires/>, (Çevrimiçi) 15.09.2016.

⁷⁴ Örneğin L'Oreal'in varisi Bettencourt'un vergiye tabi yıllık gelir beyanı 5 milyon Euro civarlarındadır, yani servetinin on binde birinden biraz fazladır.

⁷⁵ Piketty, **a.g.e.**, s.633-634.

⁷⁶ Piketty, **a.g.e.**, s.634-635.

geçmesi sağlanacaktır. Ancak böyle bir verginin en büyük sıkıntısı, geliri esas almaması nedeniyle zarar eden işletmelerin iflasına neden olabilecek olmasıdır.⁷⁷

Yoksulluk en çok ekonomik kriz dönemlerinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ekonomik krizleri önlemeye yönelik vergiler de yoksullukla mücadelede önemli bir yer tutmaktadır.⁷⁸ Bu noktada da gündeme bir başka vergi önerisi gelmektedir.

Uluslararası döviz işlemlerinin büyük bir bölümünün kısa vadeli ve spekülative amaç taşıyan işlemlerden oluşması ve hatta bu işlemlerin % 50'den fazlasının bir haftadan daha kısa vadeli olması da ekonomik krizlere neden olmaktadır.⁷⁹ Bu sebepten oluşan ekonomik krizlerle baş edebilmek için önerilen global vergi, tobin vergisidir⁸⁰. Uluslararası nitelikli fonların ani hareketliliğinin sebep olacağı istikrarsızlığı gidermeyi ve piyasaları potansiyel finansal krizlerden korumayı hedefleyen tobin vergisi,⁸¹ yoksullukla mücadelede de önemli bir araçtır.⁸² Diğer bir ifadeyle verginin temel amacı ani yabancı sermaye giriş çıkışının ekonomiler üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri azalmaktır.⁸³

Bir tanım vermek gerekirse tobin vergisi, uzun dönem yatırımları olumsuz etkilemeyen fakat kısa vadeli spekülative hareketleri önleyen uluslararası düzeyde tüm döviz işlemlerini kapsayacak şekilde uygulanacak olan genel bir vergi türüdür.⁸⁴

Belirtmek gerekir ki bu vergi henüz küresel açıdan yeterli desteği bulmamaktadır. Tobin vergisinin ekonomik krizlerin ortaya çıkmasını engelleyebilme yeteneği olduğu zira yüksek oranda bir vergi getirilmesi durumunda rasyonel yatırımcıların kazançlarına kısmen el konulacağını düşünmelerine neden olacağı ve bu sayede kısa dönemli spekülasyonların önüne geçip sermaye çıkışlarını azaltabileceği düşünülmektedir.⁸⁵ Tobin vergisinin bu etkileri gelir elde edilmesi ve bu gelirin küresel kamusal mal ve hizmetlerin finansmanında kullanılmasına da etki edecektir.⁸⁶ Kısaca tobin vergisi, uluslararası finansal istikrarsızlığı önlerken bir yandan da yoksul ülkelere kalkınmalarını finanse edecek ek kaynaklar sağlamayı hedefleyerek yoksullukla mücadelede küresel bir araç olma eğilimindedir.⁸⁷ Ancak bu verginin uygulanması, bütün dünyada aynı anda böyle bir vergiyi getirmek kolay olmayacağından mümkün görülmemektedir.

⁷⁷ Piketty, **a.g.e.**, s.636.

⁷⁸ Ahmet Tekin, İstiklal Y. Vural, "Global Kamusal Malların Finansman Aracı Olarak Global Vergi Önerileri", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 12, 2004, s. 323-338, 326-327.

⁷⁹ Osman Pehlivan, Ersan Öz, **Uluslararası Vergilendirme**, Trabzon, Derya Kitabevi, 2011, s. 54.

⁸⁰ Amerikalı iktisatçı James Tobin tarafından önerildiğinden onun adıyla anılmaktadır.

⁸¹ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 200.

⁸² Pehlivan, Öz, **a.g.e.**, s. 55.

⁸³ Cenker Göker, "Tobin Vergisi Üzerine Bir Deneme", **Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayını, 2013, s. 595-608, 597.

⁸⁴ Abdullah Altınörs, "'Yatırım Yapılabilir Ülke' Türkiye için Muhtemel Riskler ve Tobin Vergisi'nin Uygulanabilirliği", **Vergi Dünyası Dergisi**, S: 377, s. 63-70, 67.

⁸⁵ Aydın, Türgan, **a.g.m.**, s.262.

⁸⁶ Pehlivan, Öz, **a.g.e.**, s. 57.

⁸⁷ Tekin, Vural, **a.g.m.**, s. 328. Tobin vergisinin yararları bu şekilde ifade edilmekle birlikte birtakım muhtemel sakıncalarının olduğu da ifade edilmektedir. Bunlar; teknik ve politik sorunlar nedeniyle uygulama güçlükleri, vergilemede piramitleşmeye yol açma riski, uluslararası işlem ve likidite hacmini olumsuz yönde etkilemesi ve finansal serbestleşmeye aykırı olmasıdır. Pehlivan, Öz, **a.g.e.**, s. 57.

SONUÇ

Devletin gelir kaynakları içerisinde en büyük paya sahip olan vergiler bu özelliği ile yoksullukla mücadelede önemli bir rol oynamaktadır. Devletler maliye politikaları gereğince benimseyecekleri vergisel araçlarla yoksullukla etkili bir şekilde mücadele edebileceklerdir. Ancak belirtmek gerekir ki vergilendirme yoluyla bireylerin mülkiyet hakkına doğrudan müdahale edildiğinden yoksullukla mücadelede kullanılması hedeflenen bu araçların öncelikle anayasal dayanakları olmalıdır. Belirttiğimiz üzere eşitlik, mali güce göre vergilendirme ve sosyal devlet ilkeleri bu çerçevede anayasal dayanaklarımızdır. Tekraren ifade etmek gerekirse ekonomiye müdahale ederek sosyal devleti gerçekleştirmede yani yoksullukla başa çıkmada en etkili araçlardan biri vergilerdir.

Çalışma kapsamında vergisel yöntem olarak mali güce göre vergilendirme ki bu kapsamda ayırma ilkesi, artan oranlı vergi tarifeleri ve en az geçim indiriminden bahsedildi, dolaysız vergilerin uygulanması gerektiği, servet vergilerine ağırlık verilmesi, negatif gelir vergisi uygulaması, muafiyet ve istisnalar, negatif dışsallıkların vergilendirilmesi ve yeni vergi önerileri gibi hususlara değinildi.

Ayırma ilkesi uyarınca gelir türlerinin taşıdıkları özellik gereğince birbirlerinden daha farklı oranlarda vergiye tabi tutulmaları yoksullukla mücadelede etkili olacaktır, özellikle de ücretin taşıdığı nitelikler dolayısıyla sermaye gelirlerine göre daha avantajlı vergilendirilmesi gerektiği bir gerçektir.

Vergi ödeme gücüne ulaşmak ve gelir dağılımında adaletin sağlanabilmesi için artan oranlı tarifeler etkilidir. Yine aynı şekilde en az geçim indirimi de aynı etkilere sahiptir.

Dolaylı vergiler mükelleflerin ödeme güçlerini dikkate almadıklarından ve kişiselleştirme yapılmaya elverişli olmadığından adil olmayan vergilerdir. Ancak doğrudan vergiler vergi adaletini gerçekleştirmeye hizmet ederler ve yoksullukla mücadele de etkili bir işlev üstlenebilirler.

Servet vergileri vasıtasıyla adil olmayan gelir dağılımı bir ölçüde düzeltilebilir. Negatif gelir vergisi de yoksulluğa karşı mücadele açısından ileri sürülen uygulamalardan ve gelirin daha adil bir şekilde dağılımını sağlayıcı yönde etki yaratarak toplumun refah düzeyinin yükselmesini sağlar.

Muafiyet ve istisnalar ile negatif dışsallıkların vergilendirilmesi yine devletlerin yoksullukla mücadelede kullanabileceği yöntemlerdendir. Devletler yoksullukla mücadelede günün gerekleri doğrultusunda yeni vergi türlerine de başvurabilirler; tobin vergisi ve genel sermaye vergisi bunlardandır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman: **Kamu Maliye**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2014.
Akgül Yılmaz, Gülay: **Kamu Maliyesi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım A.Ş., 2007.
Altınörs, Abdullah: “‘Yatırım Yapılabilir Ülke’ Türkiye için Muhtemel Riskler ve Tobin Vergisi’nin Uygulanabilirliği”,
Vergi Dünyası Dergisi, S: 377, s. 63-70.

Armağan, Ramazan: "Kamu Ekonomisinde Dışsallıklar ve Dışsallıkların İçselleştirilmesi", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S:9, s. 159-178.

Aydın, Murat;
Türgay, Timur: "Yoksullukla Mücadelede Vergi Politikası ve Türkiye", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y.2011, C.16, S.1 s.249-274.

Bilici, Nurettin;
Bilici, Adem: **Kamu Maliyesi**, Ankara, Savaş Kitabevi, 2015.

Canyaş, Oytun;
Seçilmiş, Erdem: "Anayasa Mahkemesinin Mali Güç İlkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış," **Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi** C. XV, S. I, 2013.

Çağan, Nami: **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.

Göker, Cenker: **Yönlendirici Vergilendirme**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Göker, Cenker: "Tobin Vergisi Üzerine Bir Deneme", **Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayını, 2013, s. 595-608.

Kargı, Veli;
Yüksel, Cihan: "Çevresel Dışsallıklarda Kamu Ekonomisi Çözümleri", **Maliye Dergisi**, S: 159, 2010, s. 183-202.

Kirmanoglu, Hülya: **Kamu Ekonomisi Analizi**, İstanbul, Beta Basım ve Yayın A.Ş., 2009.

Oktar, Ateş: **Türk Vergi Sistemi**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2016.

Öncel, Mualla;
Kumrulu, Ahmet;
Çağan, Nami: **Vergi Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

Öncel, Türkan: "Gelirin Yeniden Dağılım Politikası Aracı Olarak: Negatif Gelir Vergisi", **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi**, S:28, 1981, s.1-14.

Pehlivan, Osman: **Kamu Maliyesi**, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2014.

Pehlivan, Osman;
Öz, Ersan: **Uluslararası Vergilendirme**, Trabzon, Derya Kitabevi, 2011.

Yoksullukla Mücadelede Vergisel Yöntemler Ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Altan Rençber-Arş. Gör. İmran Semiz

- Thomas, Piketty: **Yirmibirinci Yüzyılda Kapital**, İş Bankası Kültür Yayınları, 2015.
- Fatih, Sarioğlu: “Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlık”, **G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi**, 1/2002, s. 219-228.
- Elif, Sonsuzoğlu: **Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997.
- Tekin, Ahmet;
Vural, İstiklal Y.: “Global Kamusal Malların Finansman Aracı Olarak Global Vergi Önerileri”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 12, 2004, s. 323-338.
- Turhan, Salih: **Vergi Teorisi ve Politikası**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998.

Yoksulluk ve Suç İlişkisi

Doç. Dr. Vesile Sonay Evik*

I-Genel Olarak

Suç, topluma zarar verdiği veya tehlikeli olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilen ve belirtilen eylemdir¹. Bazı kişilerin davranışları ile bunların içinde yaşadıkları grupta yerleşmiş davranış şekilleri arasında bir çelişkidir. Bu çelişki her zaman ve her yerde var olmaya devam edeceğinden suç evrensel ve genel bir olaydır². Toplumsal yapı içinde kişileri suça iten nedenler hep merak konusu olmuştur. Mağarasına giren hırsızın sopasını alması üzerine insan ilk kez suç teorisini ortaya atarak “Niçin” diye sormuştur³.

Suçlu davranışı açıklamaya, suçun nedenlerini ortaya koymaya yönelik bilimsel çalışmalar günümüze kadar yapılagelmektedir, gelecekte de devam edecektir. Suçun nedenleri genel olarak dört başlık altında değerlendirilmektedir: “Biyolojik (Bedensel ve Fizyolojik) Nedenler, Psikolojik Nedenler Sosyolojik Nedenler, Sosyo-Psikolojik Nedenler”⁴.

Suçun nedenleri arasında en geniş kapsamlı olarak sosyolojik nedenler kabul edilmektedir. Bu bağlamda siyaset, ekonomi (yoksulluk, işsizlik), çevre, kurumlar, arkadaş çevresi, aile, örf ve adetler, din, eğitim, gibi sosyolojik konularla suç arasındaki bağlantıları ortaya koyan çalışmalar yapılmaktadır⁵. Ayrıca birçok araştırmada yoksulluk ile suç ilişkisi ele alınarak yoksulluğun suç işleme sebebi, ya da etmeni olup olmayacağı sorusu cevaplandırılmaya çalışılmaktadır⁶.

Yoksulluk ve suç, çeşitli nedenlerden kaynaklanmakta ve ciddi sonuçlara yol açmaktadırlar. Her ikisi de tek bir faktörle açıklanamamaktadır. Birinin varlığı, diğerinin ortaya çıkışını zorunlu kılmamaktadır; fakat tarihsel süreçler ve içinde yaşadığımız toplumsal koşullar ikisinin birbiriyle yakından bağlantılı olduğunu göstermektedir. Ancak, bu bağlantı her zaman ve her yerde doğrusal bir çizgi şeklinde ortaya çıkmamaktadır. Diğer bir deyişle, yoksulluğun bulunduğu her yerde suçtan veya suçun görüldüğü her yerde yoksulluktan bahsetmek her zaman mümkün değildir. Zira zamana ve yere göre tarihsel ve toplumsal

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, Beta, İstanbul, 1994, 48.

² Dönmezer, 49.

³ Sokullu Akıncı Füsun, Kriminoloji, Beta, İstanbul, 2012, 149-150.

⁴ Dönmezer, 84 vd; Sokullu Akıncı, 153; Demirbaş Timur, Kriminoloji, Seçkin, Ankara, 2015, 100.

⁵ Fırat Muhammet, “Yoksulluk ve Suç İlişkisinin Sosyolojik Analizi: Bir Referans Çerçevesi Elazığ Örneği”, Birey ve Toplum, 2015 Bahar, Cilt 5 Sayı 9, 198.

⁶ Dönmezer, 291.

koşullar farklı olabilmektedir. Örneğin, yoksulluk ile suç arasındaki ilişki ülkelerin toplumsal yapılarına göre de değişkenlik gösterebilmektedir. Ülkelerin gelişmişlik düzeyleri, sınıfsal yapıları, kurumsal örgütlenmeleri, adalet/hukuk sistemleri, toplumsal norm ve değerleri, yoksulluk-suç ilişkisi üzerinde etkili olabilmektedir⁷.

Birçok araştırmaya dayanılarak, suçun yoksulluğa paralel olarak arttığı ileri sürülmektedir. Buna göre, dünyada beklentisi olmayan yada kaybedecek çok fazla şeyi olmayan insanlar, beklentisi olanlara yada kaybedecek şeyleri olanlara göre daha çok suç işlemektedir. Çünkü insanlar iyi bir ortamda yaşıyor ve ihtiyaçları gideriliyorsa, bu imkânlardan yoksun kalmak istemez ve bunu oluşturacak hareket ve davranışlara yönelmezler. Aksi halde, karşılaşılabilecek olumsuz bir ortam, onları istenmedik bir ortama sürükleyebilir⁸.

Pek çok diğer araştırmaya göre ise yoksulluk suç işlemeye genel olarak bir etmen değildir. Gerçekten milyonlarca yoksul insan suç işlememekte; yoksul ebeveynler çocuklarını suçtan korumaktadırlar. Ancak yoksullukla birlikte bulunan, onun genellikle getirdiği bir takım sosyal olaylar, yapısal özelliklerle de birleşince kişileri suç işlemeye yönlendirebilirler⁹.

II-Yoksulluk Kavramı

Yoksulluk denince akla çoğu zaman fakirlik, sefalet, açlık, yokluk, muhtaçlık, hayatla sürekli mücadele, hayatta kalabilme savaşı, temel ve zorunlu ihtiyaçları yeterince karşılayamama, yeteri varlığa sahip olamama, kazançtan gelirden mahrum olma ve geçici veya kalıcı fakirlik gelmektedir¹⁰.

Kimileri yoksulluğu sistemin yapısından kaynaklanan güç ve servet dağılımındaki eşitsizliğin bir sonucu olarak görürken, kimileri ise eğitimsizlik, beceri ve kapasite gibi bireysel nitelik ve yeteneklerin düşüklüğü nedeniyle ortaya çıkan fırsatlardan yararlanamama durumu olarak tanımlamaktadırlar. Her iki yaklaşım türü de yoksulluğu, onu doğuran nedenler üzerinden tanımlamaya çalışmaktadır¹¹. Yoksulluğun dar ve geniş anlamda tanımları da yapılmaktadır. Buna göre dar anlamda yoksulluk açlıktan ölme ve barınacak yeri olmama durumu iken, geniş anlamda yoksulluk, gıda, giyim ve barınma gibi olanakları yaşamlarını devam ettirmeye yettiği halde toplumun genel düzeyinin gerisinde kalmayı ifade etmektedir¹².

⁷ Açıkgöz Reşat, "Yoksulluk ve Suç: Doğrusal Olmayan Bir İlişki", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 2015, 252.

⁸ Farnworth ve Lieber, 1989: 263-274'den aktaran Fırat, 200.

⁹ Dönmezer, 291-294.

¹⁰ Seyyar Ali "Sosyal Siyaset Açısından Yoksulluğa Karşı Mücadele", Yoksulluk, 1. Cilt, Deniz Feneri Yayınları, İstanbul, 2003, 40.

¹¹ Gündoğan Naci. "Türkiye'de Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadele", Ankara Sanayi Odası Dergisi, Ocak/Şubat 2008'den aktaran Manavkat Gökçe, "Çok Boyutlu Yoksullukta Türkiye: Yeni Yoksulluk Kavramı",

http://www.academia.edu/4542015/Cok_Boyutlu_Yoksullukta_Turkiye_Yeni_Yoksulluk_Kavrami

¹² Üzümcü Adem, "Türkiye'de Gelir Dağılımı Adaletsizliği Ve Yoksullukla Mücadelede Sosyal Yardımların Gelişimi", Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi KAÜ İİBF Dergisi | Cilt 5, Sayı 8, 2014, 138. http://www.kafkas.edu.tr/dosyalar/iibfdergi/file/08/8_.pdf; İstatistiklerle Kadın 2014, Women in Statistics, XVIII, www.tuik.gov.tr.

Ancak yoksulluk kavramının çok yönlü ve karmaşık yapısı itibarıyla herkes tarafından kabul görmüş, objektif, belirli ve kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Bu kavramı tanımlama konusunda bir uzlaşıya varılamamasının ardında yatan temel neden ise yoksulluğun başka başka perspektiflerden ele alınarak açıklanmaya çalışılmasıdır¹³.

Sözlük anlamına bakıldığında yoksul kişi, yeteri kadar parası olmayan ya da konforlu bir şekilde yaşamak için gerekli olan araçlara sahip olmayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Kelime olarak yoksulluk ise yaşamın gerektirdiği beslenme, barınma, eğitim, sağlık gibi temel olanaklardan yoksun olma durumunu ifade etmektedir¹⁴. Benzer bir başka tanıma göre yoksulluk, kişilerin ve hane halkının kendileri için uygun görecekları bir tatmini sağlamaya yetecek gelir düzeyine sahip olmamaları veya asgari yaşam standardının gerektirdiği temel gereksinimlerin karşılanabilmesi için yeterli miktarda gelirin elde edilememesi durumudur¹⁵. Ancak neyin temel ihtiyaç olduğu ise değişkenlik göstermektedir. Dolayısıyla yoksulluk giderilmesi gerekli ihtiyaçların çeşitliliğine göre farklı şekillerde tanımlanmaktadır¹⁶. İşte bu noktada yoksulluk türlerine göre farklı tanımlar yapılmaktadır.

1-Yoksulluk İle İlgili Kavramlar ve Yoksulluğun Türleri

Yoksulluk, çok boyutlu bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle yoksulluk farklı şekillerde tanımlanabilmektedir¹⁷. Literatürde yoksulluğun farklı türlerini ifade eden mutlak yoksulluk (absolute poverty), göreceli ya da göreceli denilen yoksulluk (relative poverty), insani yoksulluk (human poverty), kırsal yoksulluk (rural poverty) ve kentsel yoksulluk (urban poverty) gibi çeşitli kavramlar kullanılmaktadır.

a-Mutlak Yoksulluk

Mutlak yoksulluk, hane halkı ya da bireylerin biyolojik olarak kendilerini üretebilmeleri için ihtiyaç duydukları asgari gelir ve harcama düzeyidir. Diğer bir deyişle hane halkı veya bireyin yaşamlarını sürdürebilecek asgari refah düzeyini yakalayamaması durumudur. Bu nedenle, mutlak yoksulluğun ortaya çıkarılması, bireylerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan minimum tüketim ihtiyaçlarının belirlenmesini gerektirir. Mutlak yoksul oranı, bu asgari refah düzeyini yakalayamayanların sayısının toplam nüfusa oranıdır¹⁸. Türkiye’de TÜİK, 2002 yılından itibaren gerek gıda, gerekse gıda ve gıda dışı

¹³ Çakmak Caner, Farklı Suç Türleri Açısından Ekonomik Risk Faktörleri,; Ankara Cezaevleri Örneği”, 72 için bkz. file:///F:/yoksulluk%20doktora%20tez.pdf

¹⁴ Vural İstiklal Yaşar- Aktan Coşkun Can, “Makro-Ekonomik Politikalar, Gelir Dağılımı ve Yoksulluk”, Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Coşkun Can Aktan (ed), Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, Ankara, 2002, 1-2; Yoksulluk: Terminoloji, Temel Kavramlar ve Ölçüm Yöntemleri, Coşkun Can Aktan (ed.), Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Ankara: Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, 2002. <http://www.canaktan.org/ekonomi/yoksulluk/birinci-bol/aktan-vural-yoksulluk.pdf>

¹⁵ Aktan, Coşkun Can, “Yoksullukla Mücadele Stratejileri”, Yoksullukla Mücadele Stratejileri, Coşkun Can Aktan(ed), Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, Ankara. 2002, 3.

¹⁶ Çakmak Caner, “Farklı Suç Türleri Açısından Ekonomik Risk Faktörleri: Ankara Cezaevleri Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye ABD. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2015, 72.

¹⁷ Dinler Veysel-İçli Tülin, “Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği”, 2471. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

¹⁸ Uzun Ayşe Meral “Yoksulluk Olgusu ve Dünya Bankası”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2003; 156; Bağdadioglu Enis, “Yoksullukla Mücadeleye Yaklaşımlar”, Sosyal Hizmet Sempozyumu 2003, Yoksulluk ve Sosyal Hizmetler Antalya, 9-11 Ekim, 4; İstatistiklerle Kadın 2014, Women in Statistics, XVIII, www.tuik.gov.tr;

harcama bileşenlerini içeren mutlak yoksulluk sınırlarını hesaplayarak, bu sınırın altında kalan yoksulların oranını gıda yoksulluğu ve yoksulluk oranı adı altında ayrı ayrı yayınlamaktadır¹⁹.

Tüketim harcamalarına göre yapılan hesaplamalar, bir kimsenin günlük olarak alması gereken kaloriyi sağlayacak temel gıdaların gerektireceği harcamaya göre yapılmaktadır. Buna göre, en düşük maliyetli gıda harcamalarının parasal değeri bir yoksulluk eşiği oluşturmakta, gelir azlığı dolayısı ile bu eşiğin altında kalanlar “mutlak yoksul” olarak nitelendirilmektedir²⁰. Bu bağlamda Dünya Bankasına göre mutlak yoksulluk sınırı, az gelişmiş ülkeler için kişi başına günde 1 dolar, Latin Amerika ve Karaibler için 2 dolar, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkeleri için 4,3 dolar ve gelişmiş sanayi ülkeleri için 14,4 dolardır²¹.

Dünya Bankası, bir insanın hayatta kalabilmesi için gerekli minimum kalori miktarındaki (2400 kcal) besini almaya gücü yetmeyen insanları “mutlak yoksul” olarak tanımlamaktadır. Günlük kalori ihtiyacı kişiden kişiye göre farklılık gösterdiğinden, mutlak yoksulluk kavramının asgari geçim ve kalori hesabına dayanması, evrensel bir karşılaştırma yapılmasında sıkıntı yaratabilmektedir. Bu durumda, farklı toplumlar arasında hatta aynı toplumdaki farklı bireyler arasında karşılaştırma yapmak sorunlar yaratabilecektir. Ayrıca, mutlak yoksulluk kavramının kişisel tüketim tercihlerini dikkate almaması da bir eleştiri unsuru olarak görülmektedir. Bireylerin gıda dışı harcamalara veya lüks tüketime yönelmeleri sonucunda gelir düzeyleri yüksek olmasına rağmen minimum kalori seviyesinin altında kalabilmektedirler. Bu durum da mutlak yoksulluğun karşılaştırılması olgusunu tartışmalı hale getirmektedir. Mutlak yoksulluk olgusunun bu gibi eleştiriler alması, göreceli yoksulluk kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır²².

b- Göreceli Yoksulluk

Göreceli yoksulluk kavramı, açlık sınırının üzerinde bir yaşam sürmelerine rağmen toplumun ortalama yaşam standardını yakalamada yetersiz kalanların durumunu ortaya koymak üzere geliştirilmiş bir kavramdır²³.

Göreceli yoksulluk kavramı, insanın sosyal bir varlık olmasından yola çıkarak; farklı grupların sahip olduğu mutlak gelir düzeyinden daha ziyade gelir ve refahın dağılımındaki farklılıklara odaklanmaktadır. Bu yaklaşıma göre yoksulluk sadece kaynaklara erişememe ve yaşamı sürdürme sorunu değildir. Göreceli yoksulluk, bireylerin, toplumun ortalama refah düzeyinin belli bir oranının altında olması durumudur. Buna göre toplumun genel düzeyine göre belli bir sınırın altında gelir ve harcamaya sahip olan birey veya hane halkı göreceli

Çalışkan Şadan, “Türkiye’de Gelir Eşitsizliği ve Yolsuzluk”, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı: 59, 2010/2, 100.

¹⁹ Çalışkan, 100.

²⁰ Şenses Fikret, “Küreselleşmenin Öteki Yüzü: Yoksulluk”, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, 64.

²¹ Devlet Planlama Teşkilatı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Gelir Dağılımının İyileştirilmesi ve Yoksullukla Mücadele Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT: 2599-ÖİK: 610, Ankara, 2001, 104; Şenses, 64.

²² Zülfiyar Berna Şafak, “Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadele Yöntemleri: Katılımcı Bir Yaklaşımla Sosyal Riski Azaltma Projesi’nin Başarı Değerlendirmesi-Ankara İli Örneği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, 5-6.

²³ Altan Ömer Zühtü, Sosyal Politika Dersleri, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 146’dan aktaran Çalışkan, 101.

anlamda yoksul olarak tanımlanır. Refah ölçüsü olarak amaca göre tüketim veya gelir düzeyi seçilebilir²⁴. Yoksulluk kişi ya da hane halkının içinde yaşadığı toplum tarafından kabul edilen asgari bir yaşam standardına sahip olup olmadığı ile ilgilidir. Diğer bir ifade ile, göreceli yoksulluk kavramı, yoksul hane halkı veya birey ile o toplumda yaşayan ve mevcut koşullara göre ortalama bir gelire sahip olan hane halkı veya birey arasındaki gelir kaynaklarına sahip olma kabiliyeti arasındaki farkı ifade etmektedir²⁵. Dolayısıyla göreceli yoksullukta yaşadıkları toplumda kabul edilebilir bir yaşam standardının altında yoksul olarak kabul edilir. Bu nedenle de göreceli yoksulluk ülkeden ülkeye göre değişmektedir. Günümüzde yoksul denildiğinde daha çok göreceli yoksulluk kavramı anlaşılmaktadır²⁶.

c- Objektif (Nesnel)Yoksulluk

Objektif yoksulluk yaklaşımı, yoksulluğun neden kaynaklandığı ve bireylerin yoksulluk döngüsünden kurtulabilmeleri için nelerin gerektiği konusunda uzmanlar tarafından önceden belirlenen normatif değerlendirmeleri içermektedir²⁷.

Objektif yoksulluk, literatürde nesnel yoksulluk ya da refah yaklaşımı olarak da adlandırılmaktadır. Bu yaklaşımda yoksulluk; kalori miktarı, gelir ve tüketim harcamaları gibi somut ölçütler kullanılarak ölçülmektedir. Bu yaklaşımda yoksulluk sınırı çeşitli değer yargılarını içerse de, öznel yoksulluktaki gibi, bireylerin kendi değerlendirmeleri sonucunda değil, uzmanlar tarafından varsayılan ihtiyaçlara göre belirlenmektedir. Townsend ve Sen'e göre bireyler her zaman kendileri için en iyi olan durumu tercih edemeyebilir veya neyin daha iyi olduğunu bilmeyebilirler. Bazı bireyler yaşamlarını devam ettirebilecekleri yiyecek sepetini tercih ederken, bazıları fiziksel varlıklarını devam ettirme açısından gerekli olmayan yiyecek sepetlerine yönelebilirler. Bu sebeple objektif yaklaşımda varsayılan ihtiyaçlar uzmanlar tarafından belirlenen mal ve hizmetlerin satın alınabilmesi için gerekli en düşük maliyeti yansıtan asgari ihtiyaç düzeyi olarak belirlenmektedir²⁸.

d- Sübjektif (Öznel) Yoksulluk

Yoksulluğun tanımlanmasında sübjektif yaklaşım ise yoksulluğun tanımlanmasında kişilerin tercihlerine (fayda yaklaşımı) önem verir. Bu yaklaşımda hane halklarına bir anket çalışması uygulanmakta ve bu ankete verdikleri cevaplar doğrultusunda asgari ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla gerekli olan asgari gelir düzeyleri belirlenmektedir. Hane halkına özgü sonuçlar doğuran sübjektif yoksulluk yaklaşımında, benzer refah düzeyine sahip hane halklarından bazıları kendilerini yoksul olarak tanımlarken bazıları ise kendilerini yoksulluk sınırının üzerinde görmektedir²⁹. Ancak bireyler değerlendirmeyi yapan kişiler, her zaman

²⁴ İstatistiklerle Kadın 2014, Women in Statistics, XVIII, www.tuik.gov.tr

²⁵ Dumanlı Recep, "Yoksulluk ve Türkiye'deki Boyutları". DPT, Uzmanlık Tezi, Ankara,1996, 213.

²⁶ Sam Neslihan, "Yoksulluğa Bir Yaklaşım Biçimi: Kapasite Yaklaşımı, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt XXVII, Sayı 1, 62. Bkz. file:///C:/Users/PC/Downloads/13_rev1.pdf

²⁷ Vural- Aktan, 6.

²⁸ Kaya Zeynep , "Türkiye'de Yoksulluk Analizi: Bir Probit Model Uygulaması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2011,34.

²⁹ Vural-Aktan, 6; Coşkun, M. Nejat "Türkiye'de Yoksulluk: Bölgesel Farklılıklar ve Yoksulluğun Profili", Bölgesel Gelişme Stratejileri ve Akdeniz Ekonomisi Sempozyumu, Türkiye Ekonomi Kurumu, İmaj Yayınevi, Ankara: 2005, 184.

kendileri için en iyi olan durumu tercih edemeyebilir veya neyin daha iyi olduğunu bilmeyebilirler³⁰.

Kişilerin elde ettiği toplam faydanın hesaplanmasında karşılaşılan güçlükler nedeniyle iktisatçılar, geleneksel olarak, objektif yaklaşımı benimsemek eğilimindedirler. Bu yaklaşımı savunanlara göre bireyler her zaman kendileri için neyin en iyi olduğunu değerlendirme yeteneğine sahip değildir. Örneğin, yoksulluğun ölçümünde kullanılan hemen hemen tüm yöntemler objektif yaklaşımı benimseyerek asgari besin gereksinimi konusu üzerinde durmaktadır. Oysa kişiler tükettikleri yiyeceklerin miktarı ve türleri konusunda çok farklı değerlendirme ve tercihlere sahiptirler. Bazı kişiler yaşamlarını sürdürmek için gerekli olan yiyecek demetini tercih ederken diğerleri fiziki varlıklarını sürdürmeleri açısından önem taşımayan yiyecek demetine ağırlık verebilir. Yoksulluğun tanımlanmasını kişilerin ve hane halkının değerlendirmelerine bırakan sübjektif yaklaşım yoksulluğun ölçülmesinde önemli problem ve karışıklıklara yol açabildiğinden pek kabul görmemektedir³¹.

e- Gelir Yoksulluğu

Gelir yoksulluğu, kişi veya hane halkının yaşamlarını sürdürmek ya da asgari yaşam standardını karşılamak amacıyla ihtiyaç duyduğu temel gereksinimlerin karşılanabilmesi bakımından yeterli miktarda gelirin elde edilememesi durumu olarak tanımlanmaktadır. Gelir yoksulluğu hesaplamalarında genellikle asgari yaşam düzeyini sağlamak için gerekli gelir, yoksulluk sınırı olarak tanımlanmaktadır. Yoksulluk sınırının altında bir gelir-tüketim seviyesine sahip olan kişi veya hane halkı yoksul olarak adlandırılmaktadır³².

f- İnsani Yoksulluk

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) tarafından 1997 yılında yayınlanan İnsani Gelişme Raporu'nda insani yoksulluk; mutlak ve görelî yoksulluk tanımlarını içermekle birlikte, onlardan daha geniş kapsamlı bir kavram olarak ele alınmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen bu kavram, insani gelişim ve insanca bir yaşam sürmek için parasal olanakların yanında temel gereksinimlerin karşılanabilmesi için iktisadi, siyasi, sosyal ve kültürel olanaklara da sahip olmanın gerekliliğini vurgulamaktadır.

İnsani yoksulluk; eğitim imkânlarından yoksunluk, yetersiz beslenme, yaşam süresinin kısalığı, iş olanaklarından yoksunluk, anne ve çocuk sağlığının yetersizliği, gelecekte korkma, önlenebilir hastalıklara yakalanma, özgürlüğün yetersizliği, güçsüzlük gibi temel insani yeteneklerden yoksun olma durumu olarak ifade edilmektedir³³.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı tarafından geliştirilen insani yoksulluk kavramı ile yoksulluk salt ekonomik bakış açısının ötesine taşınarak insani gelişim ve insan onuruna yaraşır bir hayat standardında yaşam için gerekli iktisadi, sosyal, kültürel, çevresel vb.

³⁰ Kaya, 34.

³¹ Vural-Aktan, 6.

³² Vural-Aktan, 6; Özsoy Esin, "Kalkınma Yoksulluk İkilemi ve Türkiye", <http://www.isgucdergi.org/?p=article&id=44&cilt=5&sayi=1&yil=2003>

³³ UNDP (1997), Human Development Report 1997, New York: Oxford University Press 2-5'den Çakmak, 74; Kaya Zeynep, "Türkiye'de Yoksulluk Analizi: Bir Probit Model Uygulaması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2011, 37-38.

olanaklar dikkate alınmaktadır. İnsani Gelişme Raporunda insani yoksulluğu ölçmek için kullanılacak İnsani Yoksulluk Endeksi ile yaşam süresi, temel eğitim ve sağlık hizmetlerinden mahrumiyet, temiz su kaynakları gibi kamusal ve özel kaynaklara erişebilme gibi insani gelişim için son derece önemli konular esas alınmaktadır. UNDP bu endeks ile hem yoksulluğun boyutlarını hem de insani gelişim noktasında geri kalmış kişilerin oranını belirleyebilmektedir³⁴.

g-Kırsal Yoksulluk- Kentsel Yoksulluk

Yoksulluk kırsal yoksulluk (rural poverty) ve kentsel yoksulluk (urban poverty) olarak da ifade edilmektedir. Yoksulluğun boyutları ve yoksulların temel nitelikleri arasında yaşanan yerlere (kentsel-kırsal alanlar) göre büyük bir farklılık söz konusu değildir³⁵.

TÜİK tarafından dikkate alınan kır-kent tanımına göre nüfusu 20 binden fazla olan yerleşim birimleri kent, diğer yerleşim birimleri kırsal alan kabul edilmektedir³⁶.

Kentsel ve kırsal alanlar çeşitli kriterlere (nüfus büyüklüğü, mesken yoğunluğu, mesken türü, sunulan kamu hizmetlerinin düzeyi, tarım dışı işlerle uğraşanların nüfus içindeki payı) göre tanımlanmakta ve gelir düzeyi, tüketim düzeyi ve diğer sosyal göstergelerin dikkate alındığı ekonomik yaklaşıma ya da bu göstergelerin yanı sıra maddi olmayan mahrumiyetler ile sosyal farklılıkları da kapsayan göstergeleri içeren antropolojik yaklaşıma göre yoksul kişiler belirlenmektedir. Genel olarak, kırsal yoksullar bağımsızlık, güvenlik, öz saygı, kimlik, sosyal ilişkilerin samimiyeti ve yakınlığı, karar alma özgürlüğü ve hukuki ve siyasi haklar gibi yoksulluğun daha çok kalitatif boyutuna önem verirlerken kentsel yoksullar, yetersiz gelir, yetersiz tüketim düzeyi gibi kantitatif boyutu önemsemektedirler. Kırsal kesimdeki yoksullar ağırlıklı olarak tarım ve hayvancılık, balıkçılık, ormancılık ve küçük ölçekli sanayi ve hizmetler kesiminde çalışırlar. Gelişmekte olan ülkelerdeki kırsal yoksullar homojen bir grup olmamakla birlikte kabaca iki ana gruba ayrılabilirler: ziraat ile uğraşan yoksullar (kendi toprağını işleyen küçük toprak sahipleri, topraksız tarım işçileri (sürekli veya mevsimlik) ve topraklarını kiralayan toprak sahipleri) ve ziraat ile uğraşmayan yoksullar (işçiler-ırgatlar, köy zanaatkarları ve çobanlar). Kırsal yoksulluğun temel kaynağı topraksız ve kalifiye olmayan işçilerdir. Nüfus arttıkça ve şehirleşme süreci hızlandıkça bu kesimin sayısı hızla artmaktadır. Ülkelerin çoğunda yoksulluk daha çok kırsal alanlarda görülen bir sorundur ve kişisel tüketim ile yeterli düzeyde eğitim, sağlık, temiz su, konut, ulaşım ve iletişim hizmetlerine erişim gibi alanlardaki eksiklikler kırsal yoksulluğu nitelemektedir³⁷.

2-Yoksulluğun Nedenleri

³⁴ UNDP (1997), Human Development Report 1997, New York: Oxford University Press 2-5'den Çakmak, 74.

³⁵ Vural-Aktan, 10. bkz. <http://www.canaktan.org/ekonomi/yoksulluk/birinci-bol/aktan-vural-yoksulluk.pdf>

³⁶ Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı, "Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı Kırsal Kalkınma Planı 2010-2013", Ankara, 14.

³⁷ Vural-Aktan, 10. bkz. <http://www.canaktan.org/ekonomi/yoksulluk/birinci-bol/aktan-vural-yoksulluk.pdf>

Yoksulluğun tanımlanmasında olduğu gibi, yoksulluğun nedenleri incelendiğinde bu konuda birçok farklı görüş ve değerlendirmenin olduğu göze çarpmaktadır³⁸.

Yoksulluğun nedenlerine ilişkin görüş ve değerlendirmeler dinamik bir olgu olup zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir. Yoksulluğun nedenlerine ilişkin görüşleri araştıran çalışmalar, bu görüşlerin ülkeden ülkeye göre değiştiğini, bunun yanı sıra ülke içinde de gelir düzeyi, eğitim seviyesi, dini inanç, ırk, yaş, dünya görüşü, yerleşim yeri ve gelişmişlik düzeyi gibi parametrelere göre farklılık gösterdiği sonucuna varmışlardır³⁹.

Yoksulluğun ortaya çıkmasında etkili olan toplumsal ve bireysel bazı nedenler vardır: Toplumsal nedenler kapsamında ele alınanların en önemlilerinden birisi bir ülke veya toplumdaki gelir dağılımına bağlı olarak ortaya çıkan eşitsizliktir. Bireyler arasındaki; bölgelerarası veya aynı bölgede, hatta aynı şehirdeki gelir uçurumları, gelir eşitsizliği yoksulluğun en önemli nedenlerindendir. Hayat pahalılığı nedeniyle bireylerin alım gücünün zayıflaması, temel ihtiyaçların zorlukla karşılanması hatta karşılanamaması da az gelirli birey ve ailelerin sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yoksulluğun oluşmasında bir çok neden ortaya koyulmaktadır. Bunlar: işsizlik, yetersiz veya düşük ücretli işte çalışma, gelirlerin yeterli olmaması, işin az bulunduğu coğrafi bölgelerde yaşama, düşük eğitim düzeyi, fiziksel sağlığın olmayışı, fiziksel özürlüler, geniş aileler (kardeş sayısının çokluğu), duygusal problemler, geniş tıbbi harcamalar, alkolizm, uyuşturucu alışkanlığı, yaşam maliyetlerindeki artışlar, hükümlü veya akıl hastası olarak nitelendirme, boşanma veya eşin ölümü, eşin evden kaçması, kumar, kaynakların kötü idare edilmesi ve planlamaya ilişkin problemler, cinsiyet, ırk ayrımcılığı, bir suç mağduru olma gibi durumlar⁴⁰.

III-Yoksulluk ile Suç İlişkisi.

Yoksulluk ve suç arasında ilişki olabileceğine dair tartışma ve araştırmalar öteden beri var olmuştur. Aristo'nun "Yoksulluk devrimin ve suçun atasıdır" veya Roma İmparatoru Maru Aurelius'un "Yoksulluk suçun anasıdır" söylemleri toplumda bu konuda var olan genel kabulün yansımaları olabilir. Ancak bu yaygın görüşün bilimsel olarak araştırılması son iki yüzyılı aşkın süredir devam etmektedir⁴¹. Bu nedenle pek çok kriminolog, sosyolog ve ekonomist tarafından suçun nedenlerinin açıklanmasına dair yapılan çalışmalarda, özellikle suçu ekonomik perspektiften açıklamaya çalışan araştırmalarda yoksulluğun, insanın suç işlemede önemli bir etken olduğu ileri sürülmüştür⁴².

³⁸ İncedal Sümer, Türkiye'de Yoksulluğun Boyutları Mücadele Politikaları ve Müdahale Araçları, Aile ve Sosyal Politikalar Uzmanlık Tezi Ankara, 2013, <http://sosyalyardimlar.aile.gov.tr/data/54291840369dc32358ee29b0/T%C3%BCrkiyede%20Yoksullu%C4%9Fun%20Boyutlar%C4%B1%20M%C3%BCcadele%20Politikalar%C4%B1%20ve%20M%C3%BCdahale%20Ara%C3%A7lar%C4%B1%20-%20S%C3%BCmer%20%C4%B0NCEDAL.pdf>

³⁹ Şenses, 146.

⁴⁰ Zastrow, 1992, 311-312'den aktaran İkizoğlu Musa, "Yoksulluk ve Sosyal Yardım ilişkisi: Ankara Mamak İlçesinde Ampirik Bir Araştırma", Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Doktora Tezi, 2000, 13.

⁴¹ Çakmak, 74.

⁴² Messner, 1983; Howsen ve Jarrel, 1987; Patterson, 1991; Tsushima, 1996; Kelly, 2000; Fafchamps ve Minten, 2006; Mehlum vd., 2006; Hipp ve Yates, 2011; Pridemore, 2011'den aktaran Çakmak, 74; Becker, 1968; Block ve Heineke 1975; Ehrlich, 1973; Brenner 1978; Carroll ve Jackson 1983; Howsen ve Jarrel 1987; Cohen ve Land 1987; Sabbagh 1991; Allen 1996'den aktaran Kızmaz Zahir, "Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları

Yoksulluk ile suç arasındaki ilişkiye odaklanan çalışmalara bakıldığında, suç ile yoksulluk arasında pozitif bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Bu ilişkinin anlaşılmasında yoksulluğun etkilerinin neler olabileceğinin belirlenmesi gereklidir. Yoksulluk her şeyden önce insan metabolizmasına doğrudan etki eden bir olgudur. Yoksulluk derecesine göre farklılık gösterebilmekle birlikte, yoksul insanların zenginlere kıyasla daha yetersiz/dengesiz beslenmesi kuvvetle muhtemeldir⁴³.

Yeterli düzeyde gıda alamayan insanların yaşamlarını sürdürebilmesi için hırsızlık yapması ise sık rastlanılan bir durumdur. Özellikle bakmakla yükümlü olunan çocuk, eş, anne, baba gibi kişilerin varlığı da kişiyi suç işlemeye iten birer faktöre dönüşebilir.

Yoksulluğun, kendine özgü bir yaşam biçimi ürettiği; yoksul bireylerin genelde, olumsuz koşullar içeren yerlerde ikamet ettikleri, sağlıksız beslendikleri ve toplum tarafından dışlandıkları gözlemlenmektedir. Bu yaşam biçimi, bireylerin hukuk dışı eylemlere yönelmelerini kolaylaştırıcı bir öz taşımaktadır⁴⁴.

Yoksulluk ayrıca bazı insanlarda psikolojik hastalıklara veya ruhsal sıkıntılara neden olabilir ve bu hastalıkların veya sıkıntıların da suç işlemeye etki etmesi mümkündür. Yoksulluk özellikle, bireyin agresif ve düşmanca tutum geliştirmesine neden olabilmektedir. Basit bir tartışma anında, yoksul bir bireyin saldırgan davranışa yönelme olasılığı, ekonomik düzeyi iyi olanlara kıyasla daha yüksek olduğu görülmektedir⁴⁵. Kişinin yaşadığı geçim zorluğu onda kendinden ekonomik yönden daha iyi konumda olanlara karşı kin ve düşmanca tutum geliştirmesine neden olabilir. İçinde büyüyen hırs, kin, intikam gibi negatif duygular ise insanı ufak bir tartışma anında dahi daha saldırgan kılabilir⁴⁶.

Yoksul insanların daha çok şehirlerin gecekondu bölgelerinde veya şehrin sosyoekonomik açıdan daha geri kalmış bölgelerinde yaşıyor olmaları bu negatif duyguların daha da pekişmesine neden olabilir. Kaliteli okulların olmadığı, işsizliğin yaygın, suçlu davranışının sıradan olarak görüldüğü hatta çoğu zaman güvenlik güçlerinin dahi müdahale etmek istemedikleri bu bölgelerde yoksulluk kültürü ile yetişen insanlara adeta suç işlemek için bir sosyal laboratuvar ortamı oluşmaktadır⁴⁷.

Yoksulluk olgusunun suçla olan ilişkisi kurulurken, bir yönüyle de yoksulluğun veya kötü ekonomik koşulların bireylerde sosyal bağlılık duygusunu veya normlara olan bağlılığı yıkmak suretiyle bireyleri suç eğilimli kıldığı da söylenebilir. Çünkü, sosyal bağlılık duygusunun gevşemesi, bireyin suç eylemine yönelmesini engelleyen formel (resmi) ve enformel (gayri resmi/ geleneksel) sosyal kontrol unsurlarını zayıflatmaktadır⁴⁸.

Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2003, Cilt 13, sayı 2, 280; Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, Beta, İstanbul, 1994, 290-291.

⁴³ Vold George, Theoretical Criminology, 2nd Ed., New York: Oxford University Press., 1986, 130'dan aktaran Çakmak, 75.

⁴⁴ Kızmaz, 290; Dönmezer, 294.

⁴⁵ Kızmaz, 290.

⁴⁶ Vold, 130'dan aktaran Çakmak, 75.

⁴⁷ Çakmak, 75.

⁴⁸ Kızmaz, 291.

Yoksulluk ve suç arasındaki ilişkiyi inceleyen araştırmalar incelendiğinde farklı sonuçların elde edildiği görülmektedir. Yapılan kriminolojik araştırmalarda, suçun ekonomik durum ya da yoksulluk ile doğrudan ilgili olduğu yönünde tespitler bulunmakla birlikte; yapılan bazı araştırmalarda ise suç ile yoksulluk arasında doğrudan bir ilişki olmadığı; ekonomik durumun suçluluğu etkilemede çok küçük bir payının olduğu yönünde tespitler yapılmıştır⁴⁹.

Messner'in 1983 yılında ABD'nin 100.000 nüfuslu 204 şehirdeki adam öldürme suçunu şiddet alt kültürü hipotezini test ederek incelediği araştırmasının sonucuna göre, yoksulluk sınırının altında olan bölgelerde cinayet oranlarının diğer bölgelere kıyasla çok daha yüksek olduğu tespit edilmiştir⁵⁰. Bölge, şehir veya ülke bazında yapılan araştırmalar da (Krahn v.d., 1986; Land v.d., 1990; Blau and Blau, 1986; Hseh ve Pugh, 1993); yoksulluk ve gelir eşitsizliğinin, adam öldürme ve şiddet suçlarında çok etkili göstergeler olduğunu ortaya koymuştur⁵¹.

Howsen ve Jarrell, 1987 yılında yaptıkları araştırma sonuçlarına göre malvarlığına karşı işlenen suçları açıklamada yoksulluk gibi ekonomik faktörlerin önemine dikkat çekmeler de suçun yalnızca ekonomik değişkenler veya ekonomik bir perspektif ile açıklanmasının yetersiz olacağını ileri sürmüşlerdir (yoksulluk, aile bağlarının zayıf olması ve turizm gibi sosyo-ekonomik değişkenlerin mala karşı suçları işlemede etkili unsurlar olduğu yönünde bulgular elde etmişlerdir). Howsen ve Jarrell, araştırma sonuçlarında ekonomik faktör olarak yoksulluğun suçlu davranışı etkilemesine karşın, suçluluğu tümüyle açıklayamadığını belirtmişlerdir⁵².

ABD.'de Standart Metropolitan Statistical Areas (SMSAs)'ın analiz birimi seçilerek yapılan bazı araştırmalarda yoksulluğun; hırsızlık gibi mala karşı işlenen suçlar ile pozitif ilişkili olduğu ortaya çıkmıştır⁵³.

ABD.'de yapılan araştırmalarda ((Eberts ve Schwirian,1968; Danziger ve Wheler,1975; Blau ve Blau, 1982; Currie,1985; Sampson, 1985,1986) en yüksek suçluluk oranının düşük gelir ile yüksek gelir arasındaki mesafenin açıldığı yerlerde olduğu tespit edilmiştir. Bazı araştırmacılar, mala karşı suç ve şiddet suç oranları üzerinde gelir eşitsizliğinin (göreceli yoksulluğun) daha önemli bir etken olduğu sonucuna ulaşmışlardır⁵⁴.

Box'un 1987 yılında yaptığı araştırma sonuçlarına göre, gelir eşitsizliği cinayet hariç diğer suçlar ile çok güçlü bir ilişki içerisindedir⁵⁵.

Hipp ve Yates'in 2011 yılında , ABD'nin 25 şehrine ait 2000 yılı verileri ile yaptıkları araştırma sonuçlarına göre yoksulluğun suç miktarının artış hızına olan etkisinin çok sınırlı

⁴⁹Dinler Veysel-İçli Tülin, "Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği",2471. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

⁵⁰ Çakmak, 76.

⁵¹ Kızmaz, 294.

⁵² Çakmak, 77; Kızmaz, 290-291.

⁵³ Kızmaz, 291.

⁵⁴ Deutsch, 1992, 46'dan aktaran Kızmaz, 294.

⁵⁵ Çakmak, 80.

düzeyde kaldığı ancak bu etkinin adam öldürme suçlarında daha belirgin olduğu tespit edilmiştir⁵⁶.

Pridemore'un 2011 yılında ABD için gelir eşitsizliği ve yoksulluğun adam öldürme suçu üzerindeki etkilerini incelemiş ve gelir eşitsizliği ile yoksulluğun aynı model içinde yer aldığı durumlarda yoksulluk ile adam öldürme suçları arasında istatistiksel olarak anlamlı ve pozitif bir ilişkinin olduğunu tespit etmiştir⁵⁷.

Fajnzylber'in Birleşmiş Milletler Dünya Suç Araştırmasına dayanan, 1970-1994 dönemini kapsayan ve 15 gelişmiş batı, 11 Latin Amerika, 4 Doğu Avrupa, 3 Orta Doğu ve 12 de Asya ülkesinin ulusal suç miktarlarının belirleyicilerini, Birleşmiş Milletler Dünya Suç Araştırması verilerini kullanarak yaptığı çalışmada gelir dağılımındaki eşitsizliğin adam öldürme ve yağma suçları üzerinde pozitif ve anlamlı bir etkiye sahip olduğunu ortaya koymuştur⁵⁸.

Ehrlich'in gelir dağılımındaki eşitsizliğin ve suç arasındaki ilişkiyi incelediği çalışmada özellikle mala karşı işlenen suçlarda gelir dağılımındaki adaletsizliğin etkisinin yüksek olduğu belirlenmiştir⁵⁹.

Chiu ve Madden gelir eşitsizliği ve evden hırsızlık suçu arasındaki ilişkiyi ele aldıkları çalışmalarında hırsızların hedef evleri kalitelerine göre seçtikleri ve gelir eşitsizliğinin bu suç türü üzerinde istatistiksel olarak anlamlı ve pozitif bir etkisinin olduğu belirlenmiştir⁶⁰.

Witt ve arkadaşları İngiltere ve Galler için yaptıkları iki farklı çalışmalarında mala karşı işlenen suçlar ile pozitif ve anlamlı bir ilişkisi olduğu tespit edilirken ayrıca gelir eşitsizliğindeki artışın özellikle de, evden hırsızlık, araçtan hırsızlık ve yağma suçları ile pozitif ve anlamlı ilişkisi olduğu sonucuna varılmıştır⁶¹.

Rosenfold'un 1986'da ABD'de metropolitan alanları ile ilgili 125 istatistik veriye dayanarak yaptığı çalışmada, gelir eşitsizliği ile yağma (robbery) suçu arasında herhangi bir ilişki saptanamamıştır⁶².

Bazı araştırmacılar (Bayley, 1991; Ladbork, 1988; Tanioka ve Glazer, 1991) da, Japonya'da suç oranlarının düşük olmasını, ülkede gelir eşitsizliğinin olmaması ile açıklamaktadır⁶³. Çünkü, Japonların % 90'ı kendilerini orta sınıf içine yerleştirmektedirler⁶⁴.

Caldwell, Shaw-Mckay, Saunders-Mannheim tarafından yapılan çalışmalarda; yoksul kişiler arasında suçluya daha fazla rastlanmaktadır. Yoksulluğun egemen olduğu yerlerde suç oranı daha fazladır. Düşük ekonomik düzeydeki kişiler arasında ilişkilerin

⁵⁶ Çakmak, 79.

⁵⁷ Çakmak, 79.

⁵⁸ Çakmak, 82.

⁵⁹ Ehrlich, 1973: 538-540'den aktaran, Çakmak, 82.

⁶⁰ Chiu ve Madden, 1998: 123, 136'dan Çakmak, 83.

⁶¹ Witt vd., 1998: 266-277 ; Witt vd., 1999: 398'den Çakmak, 84.

⁶² Kızmaz, 295.

⁶³ Kızmaz, 295.

⁶⁴ Tsushima, 1996:501'den Kızmaz, 295.

erozyona uğraması onların suç işlemelerine yönlendiren etkilere direnişlerini güçleştirmektedir⁶⁵.

Özet olarak; bazı araştırmacılar (Braithwaite, 1979; Danziger ve Wheler, 1975; Danziger, 1976; Gillespie, 1976; Jacobs, 1981; Blau ve Blau, 1982; DeFronzo, 1983; Howsen ve Jarrell, 1987; Patterson, 1991), mutlak yoksulluk veya göreceli yoksulluk (gelir eşitsizliği) ile mala karşı suçlar arasında pozitif bir ilişkiyi doğrularken; bazı araştırmacılar mutlak ve göreceli yoksulluk ile mala karşı suçlar arasındaki ilişkinin negatif olduğunu saptamışlardır.

Healy, Bronner, Burt, Tappan, Dönmezer tarafından yapılan çalışmalara göre ise; suçlulukla yoksulluk arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Yoksulluk doğrudan % 0,5'lik, ikinci derecede %7,1'lik bir etki oluşturabilir ve çocuk suçlularının sadece % 30'u geçim durumu fena ailelerden, %50'si orta ekonomik düzeydeki ailelerden gelmektedir⁶⁶.

Hatta bazılarına göre yoksulluk veya kötü ekonomik koşullar, suçu arttırıcı yönde etki etmesinin aksine, suçlu davranışa yöneltmeyi de azaltmaktadır. Ekonomik yapı- suç ilişkisine genel olarak bakıldığında; yoksulluk, işsizlik ve göreceli eşitsizlik gibi değişkenlerin suç oranları üzerindeki etkisinin farklılık gösterdiği görülmektedir⁶⁷.

Ülkemizde bu konuda yapılan araştırmalar ise son derece sınırlıdır. Türkiye'de İçli tarafından yapılan bir araştırmaya göre (1991), kişilerin kendi ekonomik durumlarıyla suçluluk arasında güçlü ve anlamlı bir ilişki bulunmaktadır. Suçluların yarısından fazlası yoksul olduğu görülmüştür. Yoksullar arasında hırsızlık ve kız kaçırma suçu işleyenler yoksul olmayanlara göre iki katıdır. Diğer taraftan ailenin ekonomik durumu ile suç arasında önemli bir nedensellik tespit edilememiştir⁶⁸.

2002 yılında Doğu Anadolu Bölgesinde yapılan bir araştırmaya göre işsizlik yoksulluk gibi faktörlerin özellikle hırsızlık gibi mala karşı suçlarda önemli bir suç nedeni olmadığı saptanmıştır. Araştırmacıya göre bunun nedeni kriminal davranışı tasvip etmeyen geleneksel değerlerin bulunmasıdır⁶⁹.

2005 yılında Isparta E Tipi Kapalı Cezaevinde bulunan hükümlüler ile yapılan bir başka araştırmaya göre hükümlülerin cezaevine girmeden önce %50'si geçimini güçlükle sağladıkları, geçimini başkasının yardımıyla sağlayanlar (%7,6) ve işsiz olanlar da bu gruba eklendiğinde; geçim konusunda ciddi güçlükler yaşayanların oranı %61 olarak ortaya çıkmıştır⁷⁰. Hükümlülerin geldikleri ailelerin ekonomik durumları incelendiğinde, çok önemli bir kısmının %65,8'nin geçimini güçlükle sağlayabilen veya ancak başkalarının yardımıyla geçinebilen aileler oldukları görülmüştür. Diğer yandan, çocukluk yıllarındaki ailevi

⁶⁵ Dönmezer, 291; Dinler Veysel-İçli Tülin, "Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği", 2471. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

⁶⁶ Dönmezer, 292.

⁶⁷ Kızmaz, 296.

⁶⁸ İçli Tülin, Türkiye'de Suçlular Sosyal Kültürel ve Ekonomik Özellikleri, Ankara, 1992, 69-70.

⁶⁹ Kızmaz Zahir, Bazı Sosyal Değişkenler Bağlamında Doğu Anadolu Bölgesinde Suç ve Suçluluk, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Elazığ, 2002; Kızmaz Zahir, "Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları Üzerine Bir Değerlendirme", 300. Bkz. <http://web.firat.edu.tr/sosyalbil/dergi/arsiv/cilt13/sayi2/279-304.pdf>

⁷⁰ Dinler Veysel-İçli Tülin, "Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği", 2477. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

problemlerin en önemlisi olarak ekonomik problemleri olanların oranı %65,8'dir. Problem yaşamayan aileler bundan çıkarıldığında ekonomik problemleri olanlar %72 oranında ölçülmüştür. Hükümlülerin %58'si çocukluk yıllarında maddi yönden isteklerine sahip olmadıkları tespit edilmiştir⁷¹. Bu araştırmada hükümlülerin yoksulluk durumu ile işledikleri suçlar incelendiğinde: hırsızlık ve gasp-kapkaç gibi mala karşı suçların (%77,3) çoğunlukla yoksullar tarafından işlendiği gözlenmiştir. Diğer yandan mala karşı suç olmakla birlikte, dolandırıcılık suçunun daha çok (%71,4) yoksul olmayanlar tarafından işlendiği tespit edilmiştir. Aynı şekilde kalpazanlık suçu işleyenlerin (%66,7) büyük çoğunluğunun yoksul olmayan kimseler olduğu belirlenmiştir. Şiddet suçları (adam öldürme ve yaralama) (%68) büyük oranda yoksullar tarafından işlenirken; uyuşturucu suçları %66,7 oranında yoksul olmayanlar tarafından işlenmektedir. Cinsel suçlarda ise yoksullar ile yoksul olmayanlar arasındaki oran çok fazla olmamakla birlikte, %55,6 ile yoksul olanlar bu grup suçu daha çok işlediği tespit edilmiştir⁷².

Elazığ İlının yoksul olarak bilinen Aksaray, Hicret ve Sanayi Mahallelerinde ikamet eden daha önce çeşitli suçlardan cezaevine giren bireylerle yapılan anket çalışmasından hareket edilen araştırma sonuçlarına göre yoksulluk ile suç arasında anlamlı bir ilişki olduğu tespit edilmiştir. Araştırmada bireylerin suç işlemelerine neden olan etkenin ne olduğu sorulduğunda yoksulluğun, suç sayılan eylemleri gerçekleştirmelerine neden olduğu görülmüştür. Buna işsizlik de katıldığında çoğunlukla ekonomik sıkıntılardan dolayı bireylerin suç işledikleri gözlemlenmiştir. Bireylerin yetiştikleri aile ortamıyla ilgili bilgiler de suçun işlenmesinde rol oynayan önemli unsur olarak kabul edilmektedir. Buna göre bireylerin, %37,9'u ekonomik problemleri olan, %27,6'sı aile içi şiddetin olduğu, %17,2'si aile reisinin sürekli alkol aldığını, %6,9'u bölünmüş bir aile ortamında yetiştikleri tespit edilmiştir. Genel itibariyle suç işleyen bireylerin büyük çoğunluğu sorunlu aile ortamlarında yetiştikleri görülmüştür. Araştırmada bireyler, yoksulluğun suç üzerinde %48,3 çok etkili, %34,5 etkili, %17,2 az etkili olduğunu söylemişlerdir. Bu açıdan %82,8'i suç işlemelerinde yoksul olmalarının etkili olduğunu belirtmişlerdir. Bu çerçevede yoksul bireylerin genelde, olumsuz koşullar içeren bölgelerde ikamet etmeleri, sağlıksız şartlarda çalışmaları, çeşitli dışlama pratiklerine maruz kalmaları bireylerin hukuk dışı eylemlere yönelmelerini kolaylaştırıcı bir etki yaptığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak araştırmada elde edilen veriler ışığında yoksulluğun suç olgusunun meydana gelmesinde önemli etken olmakla birlikte tek başına suçu açıklayamayacağı vurgulanmıştır⁷³.

Ankara Cezaevlerinde yapılan bir başka araştırmaya göre yoksulluğun özellikle hırsızlık suçları için önemli risk faktörü olduğu ve hırsızlık suçunu işleyen kişiler ile bu suç türünü işlememiş kişiler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık oluşturdukları görülmüştür. Yoksulluğun hırsızlık türleri üzerinde en baskın olduğu suç türü ise evden hırsızlık suçu olarak tespit edilmiştir. Yoksulluğun hırsızlık türleri içinde en az etkiye sahip olduğu suç türünün ise oto hırsızlığı olduğu tespit edilmiştir. Ekonomik yönden

⁷¹ Dinler-İçli, "Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği", 2478. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

⁷² Dinler-İçli, "Suç ve Yoksulluk Etkiselliği: Isparta Cezaevi Örneği", 2481. Bkz. <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/yayinlar/veyseldinler@hititedutr031020132Z9L1U2X.pdf>

⁷³ Fırat, 220-222.

dezavantajlılığın hırsızlık suçu için son derece önemli bir risk faktörü olduğu; ancak yine de her ekonomik dezavantaj sahibi olanın hırsızlık yapacağını söylemenin de yanlış olacağı belirtilmiştir⁷⁴. Yoksulluk, işsizlik, kısa süreli öğrenim hayatı, şehrin diğer bölgelerindeki görece refah gibi unsurlar düşük sosyo-ekonomik statüye sahip kişiler için hırsızlık veya diğer malvarlığına karşı suçları işlemeye yönelik önemli motivasyon araçlarına dönüştürdüğü vurgulanmıştır. Ayrıca göreceli yoksulluğun hırsızlık ve malvarlığına karşı suç işleyen kişiler ile böyle bir suçtan dolayı mahkûmiyet almayanlar arasında önemli bir ayırt edici unsur olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Göreceli yoksulluk skorlarının malvarlığına karşı suçları işleyenler arasında diğer suçları işleyenlere kıyasla daha yüksek olması dikkate değer bir bulgu olduğu belirtilmiştir⁷⁵.

Bir başka araştırmada da yine hırsızlık suçunu işleyen kişilerin düşük gelir düzeyine sahip ailelerden geldikleri ve hükümlü babalarının düşük nitelikli işlerde çalıştıkları sonucuna ulaşmışlardır⁷⁶.

Kars Ceza İnfaz Kurumu'nda yapılan bir başka araştırma sonucunda ise yalnızca maddi menfaat sağlamaya yönelik suçların yoksul kişilerce işlendiğini tespit etmişlerdir⁷⁷. Buna karşılık bir başka araştırmada ise malvarlığına karşı suç işleyen kişiler arasında işsizlik oranlarının düşük olduğunu gözlemlemişler ve ekonomik faktörlerin bu suçlara karşı bir ölçüde etkili olduğu sonucuna ulaşmışlardır⁷⁸.

Türkiye'nin farklı nüfus özellikleri temsil eden 27 cezaevinde 2778 hükümlüyle görüşülerek yapılan kapsamlı bir diğer araştırmada elde edilen veriler, kişinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne karşı (kasten öldürme ve yaralama suçları), cinsel özgürlüğe karşı ve mala karşı olmak üzere üç ana gruba ayrılarak değerlendirilmiştir. Söz konusu araştırmanın sonuçlarını ise şu şekilde özetlemek mümkündür:

Kişinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne karşı suçlardan hükümlü olan 1355 kişiden % 54'ü'nün geçimini güçlükle sağladığı tespit edilmiştir⁷⁹. Ekonomik durumu etkileyen bir unsur olarak bu suçları işleyenlerin kardeş sayısı olarak % 43'ü 4-6 kardeş, % 24'ü 7-9 kardeş olarak saptanmıştır. Çocukluk döneminde ekonomik sorunları olduğunu, güçlükle geçindiklerini belirtenler % 63'tür. "Ailenin en büyük sorunu nedir" sorusuna % 63'ü ekonomik sebepler, % 7,5'u alkol kullanımı, % 5,4'ü aile içi şiddet olduğunu belirtmiştir⁸⁰. Cinsel suçlardan hükümlü olan 227 kişinin % 53'ünün geçimini güçlükle sağladığı tespit edilmiştir⁸¹. Yine ekonomik

⁷⁴ Çakmak, 390.

⁷⁵ Çakmak, 400.

⁷⁶ Kızmaz, Z.- Bilgin, R., Hırsızlık: Suçlular, Nedenler ve Dinamikleri, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2012, 388.

⁷⁷ Akdeniz, S., Üzümcü, A., "Suç ve Sosyoekonomik Değişkenler Arasındaki Bağımlılık İlişkisi: Kars Cezaevi Üzerine Bir İnceleme", Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 6, 2013, 125.

⁷⁸ İçli Tülin-Altay Ali.- Başpınar Taner- Bahtiyar Murat, "Türkiye'de Hükümlü Profili: Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Özellikler", Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2011, 266'dan aktaran Çakmak, 391.

⁷⁹ İçli Tülin.- Arslan Zühtü- Başpınar Taner- Bahtiyar, Murat - Dinler Veysel- Altay Ali, "Türkiye'nin Suçlu Profili: Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Özellikler", Ankara, 2007, 16.
http://veyseldinler.com/YuklenenDosyalar/Yayinlar/uvt_101123.pdf

⁸⁰ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay,

17.

Bkz.http://veyseldinler.com/YuklenenDosyalar/Yayinlar/uvt_101123.pdf

⁸¹ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 29.

durumu etkileyen unsur olarak kardeş sayısı % 40'ı 4-6 kardeş olduğu saptanmıştır⁸². %67'si ailelerinin en büyük sorununun ekonomik sebepleri olduğunu, % 59'u çocukluk yıllarında maddi yönden istediklerini elde edemediklerini belirtmişlerdir⁸³.

Mala karşı suçlardan hükümlü olan 1196 kişinin %61,2'si geçimini güçlkle sağladığı, % 75,5'unun çocukluk yıllarında ailelerinde en fazla ekonomik sorunları olduğu tespit edilmiştir. % 57'sinin çocukluk yıllarında maddi yönden istedikleri, % 45,8'inin öğrenim hayatını ekonomik sebeplerden dolayı bırakmak zorunda kaldıkları saptanmıştır⁸⁴. Araştırmada elde edilen verilere göre hırsızlık suçunu işleyenlerin geçimini güçlkle sağladıkları, buna karşılık dolandırıcılık suçunu işleyenlerin geçimini rahatlıkla sağladıkları görülmüştür. Güveni kötüye kullanma, yağma suçları açısından ise önemli bir fark olmadığı tespit edilmiştir⁸⁵. Hırsızlık suçunu daha çok kardeşi olanların işledikleri sonucu elde edilmiştir⁸⁶. Hırsızlık suçunun işlenmesi nedeni olarak en fazla para ihtiyacı olduğu, dolandırıcılıkta alacak-verecek meselesi, yağmada ise alkol ve uyuşturucu etkisi olduğu tespit edilmiştir⁸⁷. İşsizlik mala karşı suçlarda doğrudan bir neden olarak görülmemekle birlikte hükümlülerin elde ettikleri gelir düzeyinin düşük olması mala karşı suçların işlenmesinde etkili olduğu gerçeğini ortaya koymuştur⁸⁸.

Bütün suçların genel değerlendirmesinde ise hükümlülerden 3/5'ten fazlasının cezaevine girmeden önce geçimini güçlkle sağladığı; bunların yarısından fazlasının çocukluk yıllarında maddi yönden istediklerini elde edemeyen kişiler olduğu; ayrıca hükümlülerin 4/5'inin öğrenim hayatını yarıda bıraktığı, bunların da yarısının ekonomik sebeplerle öğrenim hayatını bırakmak zorunda kaldıkları tespit edilmiştir⁸⁹.

IV- Sonuç

Yoksulluk ile suç ilişkisi konusuna odaklanan araştırma bulgularına genel olarak bakıldığında, söz konusu ilişkinin kompleks bir durum ortaya koyduğu görülmektedir

Yoksullukla suç arasında bir ilişkinin varlığı gözlense dahi, yoksulluğun tek başına suçun nedeni olduğunu söylemek mümkün değildir. Yoksulluğun suçun işlenmesinde önemli bir etken olduğunun kabulü, yoksulluk olan her durumda suçun işleneceği şeklinde yanlış bir sonuca bizi götürebilecektir. Oysa bilindiği üzere milyonlarca kişi yoksul olduğu halde herhangi bir suç işlememektedir. Yine bilindiği üzere beyaz yaka suçları, çoğunlukla yoksul olmayan, hatta daha çok yüksek ekonomik ve sosyal konuma sahip profesyonellerce işlenen bir suç türüdür⁹⁰. Hatta yoksulluğun suçlu davranışı üzerinde hiçbir etkisi olmadığını, yoksulluğun suçu izah edemeyeceğini ortaya koyan araştırmalar da bulunmaktadır. Bazı

⁸² İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 30.

⁸³ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 31.

⁸⁴ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 42.

⁸⁵ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 47.

⁸⁶ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 49.

⁸⁷ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 53.

⁸⁸ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 73.

Bkz. http://veyseldinler.com/YuklenenDosyalar/Yayinlar/uv_t101123.pdf

⁸⁹ İçli-Arslan-Başpınar-Bahtiyar-Dinler-Altay, 73.

⁹⁰ Dönmezer, 292.

araştırmalarda düşük gelir ve eğitim düzeyi olan yerlerde suç işlenme oranının düşük olduğu, zengin ülkelerde suç oranının düşük olmadığı da gözlemlenmiştir⁹¹.

Sonuç olarak yapılan araştırmalardan elde edilen verileri değerlendirdiğimizde; yoksulluk ile suç arasında anlamlı bir ilişkinin olduğu gerçeğinin inkar edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Tüm diğer biyolojik, psikolojik, sosyal, ekonomik, çevresel ve benzeri faktörler gibi yoksulluğun da suçluluğu açıklamada ele alınması gereken önemli bir risk faktörü olduğunu söyleyebiliriz.

⁹¹ Dönmezer, 291-292.

Yoksulluğun Çocuk Suçluluğuna Etkisi

Yrd. Doç. Dr. Ezgi Aygün Eşitli*

“Suçlu kılar bizi birçok hata birçok kusur,
Ama suçların en büyüğü terk etmektir çocukları,
ihmal etmektir yaşam çeşmesini.
Çoğu ertelense de olur ihtiyaçların
ama çocuk asla.
şimdi oluşuyor kemikleri,
şimdi yapılıyor kanı,
şimdi geliyor duyuları onun.
‘Yarına kalsın’ diyemeyiz ona
‘Bugündür’ adı onun.”**

Giriş

Suçluluğun nedenlerini genel olarak üç grupta toplayabiliriz. Suça iten bu nedenler fiziksel/antropolojik/biyolojik nedenler, psikolojik/psikiyatrik nedenler ya da sosyal/ekonomik nedenler olabilir.

Ancak genellikle, “transformatör” görevi gören psikolojik/psikiyatrik bir neden olmaksızın, diğer iki nedenin, tek başına veya birlikte, suçluluğa sebep olması beklenmez. Buna karşın psikolojik/psikiyatrik bir etkenin, ağırlığıyla orantılı olarak tek başına ya da diğer nedenlerle birlikte suçlu davranışı ortaya çıkarması mümkündür¹.

Dolayısıyla sosyal/ekonomik bir etkenin ve bu kapsamda yoksulluğun tek başına suç fiiline neden olması kural olarak mümkün değildir. Aksi yönde bir kabul görece tüm

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

** Nobel ödüllü Şili’li ozan Gabriela Mistral’ dan alıntıdır (Yücel, M. T.: Adalet Psikolojisi, Ankara 2011, s. 131, dpn. 9’ dan naklen).

¹ Mannheim, H.: Comparative Criminology, Great Britain, 1965, p. 201, etc.

yoksulların suç işlemesi ya da en azından mala karşı suçları işlemesi neticesini doğurur ki bu olasılık, fiili ve istatistikî olarak mümkün değildir. Diğer yandan yoksulluğun; psikolojik/psikiyatrik bazı faktörlerin veya bu faktörlere eklenen diğer sosyal ya da fiziksel/antropolojik/biyolojik nedenlerin tesiriyle suçlu davranışa yol açması mümkündür demek yanlış olmaz. Özellikle bireyin karakterinin şekillenmesi, suça neden olabilecek kişilik özelliklerinin ve psikolojik faktörlerin oluşması aşamasında psikolojik öğrenme süreçleri ile bu süreçlerin içinde cereyan ettiği sosyal faktörlerin etkisi büyük olur.

Bu durumda suçu anlamak için öncelikle o toplumun nabzının attığı kültürel geri planı iyi kavramak gerekir. Zira “her toplum bünyesinde gelecek suçların hücrelerini barındırır”² ve bu hücreler bir kanser gibi yavaş yavaş topluma yayılır. Sorunu ne kadar erken fark ederseniz, hastalığı yenmeniz de o kadar kolay olur.

Bir başka deyişle her toplum bünyesinde kendi kültürel, ahlaki, sosyal, dini ve ekonomik şartlarına uygun suçlar ve suçlular barındırır³.

Gerçekten, yoksullukla birlikte bulunan ve genellikle yoksulluk kaynaklı olan öyle bir takım sosyal olaylar vardır ki, bunların suç sebebi olduğu ve özellikle çocuk suçluluğu üzerinde etkili olduklarından şüphe edilemez. Bu etmenler, yapısal özelliklerle birleşince, kişide suça karşı olan pekiştireçlerin gücünü azaltır ve suça yönelik pekiştireçleri kuvvetlendirir⁴. Bu da yoksulluğun yoğun olduğu bölgelerde suç işleme oranlarının yüksek olması sonucunu doğurur⁵.

O halde yoksulluğun ve yoksulluğun yol açtığı sosyal ortamın yukarıda ifade olunan bazı faktörlerin tesiriyle suçlu davranışa sebep olması imkân dâhilindedir. Suçu işleyen henüz anlama ve isteme yeteneği bakımından yeterli olgunluğa ulaşmamış, dolayısıyla “etkilenebilir özne” konumunda olan “çocuk” olması halinde ise suça iten bir neden olan yoksulluğun, çocuğu suça sürüklemekteki rolü kuşkusuz çok daha büyük olabilmektedir.

1. Yoksulluk

Yoksulluğu, mutlak ve göreceli yoksulluk olarak iki alt başlıkta incelemek mümkündür⁶:

Hane ya da bireylerin yaşamlarını fiziksel olarak sürdürebilmeleri için ihtiyaç duyulan minimum tüketim seviyesi, mutlak yoksulluk olarak tanımlanır. Bu nedenle, mutlak yoksulluğun ortaya çıkarılması, bireylerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan minimum tüketim ihtiyaçlarının belirlenmesini gerektirir. Mutlak yoksulluk gıda ve gıda dışı bileşenler dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenebilmektedir. Bir kişinin yaşamını devam ettirebilmesi için alması gerekli temel gıda maddelerinden oluşan sepetin maliyeti “açlık sınırı” olarak tanımlanırken, asgari düzeyde bir yaşam kalitesine sahip olabilmesi için yapması gereken minimum harcama miktarı “yoksulluk sınırını” oluşturmaktadır.

² Bonger, W. A.: An Introduction to Criminology, in the Eng. trans. by van Loo, London, 1936, pp. 78-9.

³ Mannheim, p. 422.

⁴ Dönmezer, S.: Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994, s. 294.

⁵ Dönmezer, s. 291.

⁶ Tüketim Harcamaları, Yoksulluk ve Gelir Dağılımı, Sorularla Resmi İstatistikler Dizisi- 6, TÜİK, Ankara, 2008, s. 32 vd. Ayrıca bkz., Işık, E.: Kent Yoksulluğu, Sokak Çocukları ve Suç, Tez, Kütahya 2007, s. 13 vd.

Gelire göre irdelendiğinde ise; toplumun genel düzeyine göre belli bir sınırın altında gelire sahip olan birey veya hane halkı görece anlamda yoksul olarak tanımlanır.

Medyan (ortanca) gelirin %60' ı dikkate alınarak hesaplanan yoksulluk sınırına göre, Türkiye' de 16 milyon 501 bin kişi, yani nüfusun %21,8' i yoksuldur⁷.

2013 verilerine göre yoksul çocuk sayısı ise 7 bin 393' tür. Yoksul çocukların yoksul fertler içindeki oranı %44,3 olarak tespit edilmiştir⁸.

Öte yandan kentlerde 4 bin 707 çocuk yoksulken, bu sayı kırsal kesimde 2 bin 353' tür⁹.

Çocuk yoksulluğu UNICEF'in 2005 yılında yayınladığı Dünya Çocuklarının Durumu isimli raporda; "çocuğun yaşama, büyüme ve gelişmesi açısından gerekli maddi, manevi ve duygusal kaynaklardan yoksun olmasıdır" şeklinde tanımlanmıştır. Yoksulluk içinde yaşayan çocuklar, yaşama, büyüme ve gelişmeleri açısından gerekli maddi, manevi ve duygusal kaynaklardan yoksun kalmakta, böylece haklarından yararlanamamakta, potansiyellerini tam olarak gerçekleştirememekte ve topluma tam ve eşit üyeler olarak katılamamaktadırlar¹⁰.

Yoksulluğun çok çeşitli nedenleri olabilir. Coğrafi koşullardan kaynaklı güçlükler, kaynakların dengesiz kullanımı, savaşlar, ekonomik buhranlar, orantısız nüfus artışı, kontrolsüz göç, gelir dağılımındaki eşitsizlik, çarpık kentleşme gibi nedenlerin yoksulluğu doğurması mümkündür.

Buna karşın yoksulluk ise, benzer ekonomik koşullara sahip insanların oturduğu bölgelerde oturmayı ve söz konusu ucuz konut bölgelerine sığınmış suçlularla daimi temas halinde olmayı, çocukların bu tür kimselerin fiillerini taklit imkânı bulmalarını, yeterli maddi ve manevi etki mekanizmalarından yoksunluğu, işsizliği, çocuk işçiliğini, kötü etkilere direnmeyi sağlayacak bir manevi uyarı sistemi olan eğitim olanaklarından yararlanmadaki güçlüğü, hayatın gerçekleriyle teması kesmek adına uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımının yoğunlaşması gibi sonuçları doğurabilir. Böylece yoksulluk, suça sürükleyen hayat tarzıyla devamlı temasa, buna karşın onu reddeden hayat tarzlarıyla temasın kesilmesine yol açar. Keza yoksulluk ruhi bunalımları tetikleyerek suçta etkili olabilir. Yine de bilinmelidir ki doğrudan ya da dolaylı olarak sebebiyet verdiği tüm olumsuz koşullara rağmen pek çok yoksul insan suç işlememekte ve aynı suretle pek çok yoksul ebeveyn de çocuklarını suçtan korumaktadır. O halde tüm bu koşullara karşın suçu doğuran temeli bireysel farklılıkların oluşturduğunu kabul etmek gerekir¹¹.

Bu noktada adı geçen olumsuz koşulları bertaraf etmek ve bireyi, özelde çocuğu iyiye yöneltecek, karakterinin gelişimi aşamasında ona olumlu tesir edecek sosyal politikaları geliştirmek büyük önem taşımaktadır.

Yoksulluğun nedenlerini ve yoksulluğun yol açtığı olumsuz koşulları ortadan kaldırmak, bireyin olumlu kişilik özellikleri geliştirmesini teşvik edici politikalar geliştirerek

⁷ Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması, TÜİK, <https://biruni.tuik.gov.tr>, erişim tarihi: 25.05.2016.

⁸ İstatistiklerle Çocuk (Statistics on Child) 2014, TÜİK, Ankara 2015, s. 103.

⁹ İstatistiklerle Çocuk (Statistics on Child) 2014, TÜİK, Ankara 2015, s. 102.

¹⁰ Kahraman, F./Sallan Gül, S.: Türkiye' de Çocuk Yoksulluğu: Gaziantep Üzerine Bir Araştırma, HÜSBED, S. 1, Y. 8, Haziran 2015, s. 344; Çoban, S.: Türkiye' de Risk Altındaki Çocuklar ve Çocuk Suçluluğu Üzerine Bir Değerlendirme, Sosyoloji Konferansları, No: 52 (2015-2), s. 798.

¹¹ Dönmezer, s. 294.

uygulamaya koymak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde de teminat altına alınmış olan sosyal devletin görevidir.

Sosyal devlet, insana insanca yaşayabileceği sosyal ortamı ve başta beslenme ve sağlık yardımı, barınma imkânı, ücretsiz eğitim olanakları olmak üzere asgari standartları sunmakla mükellef olan devlettir¹².

Suçta iten olumsuz koşulları ortadan kaldırmak, bu olumsuz koşulların tetikledikleri suç fiilleri üzerindeki etkilerini de ortadan kaldırmak anlamına gelir. Bu da son tahlilde suç oranlarını azaltacak, kamu düzeninin tesisine hizmet edecektir.

Zira çoğu kez suçluluk, aniden ortaya çıkmayan, suç öncesi sürece yayılan kronik sorunlu davranışların ürünü olan bir olgudur¹³.

O halde devlet, genelde bireyin, özelde ise çocukların temel duygusal, tıbbi, eğitsel ve ruhsal ihtiyaçlarını karşılayan toplumsal ağları hazırlamak ve teşvik etmekle yükümlüdür. Bu amaçla, okullarda ve çocukların/gençlerin bulunduğu diğer yerlerde ciddi uyum zorlukları olanlara yönelik rehberlik hizmetleri verilmeli ve özel programlar tanıtılmalı, çocukların suç işlemesine elverişli fırsatları azaltmaya yönelik teknik ve durumsal önlemler alınmalı, anayasal normların ve kanuni düzenlemelerin getirdiği imkânlar verimli kullanılmalı, olumsuz bulguların yaygın olduğu sokak, semt ve mahallelerde sosyal nitelikli bireysel önleyici tedbirler yoğunlaştırılmalı, genelde çocukların sosyal uyumunu geliştirecek bir siyaset uygulamaya konulmalıdır¹⁴.

Peki ama, Dünya ve Türkiye özelinde yoksullukla, yoksulluğun sebep olduğu suçlarla ve çocuk suçluluğuyla mücadelede geline nokta ne kadar tatmin edicidir, yapılması gerekenler nelerdir?.. Şüphesiz bu sorulara cevap bulmak, öncelikle bu noktaya gelinene kadar aşılın engellerin ve geçmişin muhakemesini yapmayı gerektirmektedir...

2. İnsan Hakkı ve Çocuk

Eski çağlarda insanın sadece insan doğmakla kazandığı temel haklara sahip olduğu fikri yerleşmemişti. İnsan hakkının olmadığı bu çağlarda insanca yaşamak imkânı da olmadığından, ayrıcalıklı kişi ve topluluklardan olmayanların yoksulluk ve sefalet içinde yaşadıkları görülmekteydi. Şüphesiz ki insan hakkının olmadığı yerde, çocuk haklarından da söz edilemezdi. Zira bu karanlık zamanlarda çocuğun bir adı, bir değeri yoktu. Öyle ki çocuk, bakıma muhtaç olmadığı ve iş görür hale gelebileceği yaşa gelene değin, adeta ikame edilebilir bir varlık olarak görülürdü. Bu dönemde söz konusu anlayışla paralel olarak çocukların zor şartlar altında çalıştırılmaları, yoksul bir yaşam sürmeleri ve çocuk ölümleri de sık görülmekteydi.

¹² Bkz., Sosyal Devletin gereği olarak yapılmakta olan çalışmalara ilişkin; Erken Yaşlarda Çocuk Refahı Kadın İstihdamı Politika Belgesi, ÇSGB-TC Kalkınma Bakanlığı-TC Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı-UNICEF, Ankara 2013. Sokakta yaşayan ve/veya çalıştırılan çocuklara yönelik eylem planları için ayrıca bkz., Acar, H.: Sokakta Yaşayan ve/veya Çalıştırılan Çocuklara Yönelik Hizmet Modelinin ve İl Eylem Planlarının Değerlendirilmesi Raporu, SHÇEK Genel Müdürlüğü-UNICEF Türkiye, Ankara 2010.

¹³ Yücel, Adalet Psikolojisi, s. 131.

¹⁴ Yücel, Adalet Psikolojisi, s. 131.

Neyse ki aydınlanma, yani akıl çağıyla birlikte gelişen insan hakları düşüncesi, özellikle yirminci yüzyılda insan hakkı temelinde, çocuk hakları üzerinde de etkili olmuştur.

Ülkemizde çocuk haklarına ilişkin yasal düzenlemeler tarihsel açıdan, Milletler Cemiyeti tarafından yayınlanan 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi ile başlamıştır. Türkiye Cumhuriyetinin Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk, bu sözleşmeyi 1928 yılında imzalamıştır. II. Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler (BM) örgütünün önderliğinde sürdürülen çalışmalar, 29 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi ile devam etmiş, 20 Kasım 1989 tarihinde ise yasal bağlayıcılığı olması bakımından diğer bildirgelerden ayrılan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 1990 yılında imzalamış ve 23 Aralık 1994' te onaylanmasının ardından 27 Ocak 1995 tarihinde yürürlük kazandırmıştır.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası; 41, 42, 50, 58 ve 61. maddeleri ile ilgili diğer maddelerinde çocuğun gelişimi ve korunmasına yönelik hükümler sevk etmiştir.

2005 yılında korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması adına 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 31. maddesinde, suça sürüklenen çocuk bakımından yaş küçüklüğünü, suçta cezayı kaldıran veya azaltan bir neden olarak düzenlerken, bu kez suç mağduru çocukları korumak adına, özel hükümleri düzenlediği ikinci kitabında, çocuklara karşı işlenen bazı suçları ayrıca cezalandırmış ya da suçun nitelikli hali olarak düzenlemeye kavuşturmuştur.

Bugün uluslararası hukukta ve ulusal mevzuatımızda, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış her kişi çocuk sayılmakta ve çocuklara ilişkin özel düzenlemelere tabi olmaktadır (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, md. 1; ÇKK, md. 3/1-a; TCK, md. 6/1-b).

Ergin olmak demek, insanın hem anlama hem de isteme yeteneğinin (isnat yeteneğinin) tam olması demektir. Üzerine yapılan felsefi ve hukuki tartışmalar bir yana; anlama yeteneğini, “failin, fiilinin ortak hayatın gerekleriyle çatışır olduğunu bilmesi” şeklinde tanımlamak mümkünken, isteme yeteneği, “kişinin, içinden gelen isteklere direnerek, bağımsız bir biçimde kendisini ortaya koyabilmesi, bir başka deyişle davranışlarını yönlendirebilmesi, kararlarına uygun bir şekilde hareket edebilmesi iradesi” olarak tanımlanabilir¹⁵.

¹⁵ Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 383 vd. Ayrıca bkz., Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015, s. 490 vd.; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 306 vd.; Hakeri, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 141 vd.; Zafer, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 252 vd.; Koca, M./Üzülmüş, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 312 vd.; Özbek, V. Ö./Kanbur, M. N./Bacaksız, P./Doğan, K./Tepe, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 339 vd.; Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 601 vd.; Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 353 vd.; Toroslu, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, 345 vd.; Şen, E.: Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, TCHD, İstanbul 2008, s. 105 vd.

Suç işleyen çocuklarda söz konusu bilinç ve irade sağlıklı bir şekilde oluşmadığından, bu çocuklara suçlu değil, suça sürüklenen çocuk denilmekte¹⁶, kendilerine, içinde bulundukları yaş grubuna göre ya hiç ceza verilmemekte ve suç dolayısıyla ortaya çıkan tehlikelilik halini gidermek adına güvenlik tedbirleri uygulanmakta ya da suç için kanunda öngörülmüş olan cezadan daha az bir ceza verilmektedir.

TCK' nun 31. maddesi uyarınca fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur, ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılmaz, ancak suç kovuşturması yapılır. Nitekim bir kovuşturma yapılmaksızın, çocuğun fiilinin sabit olup olmadığına, sabitse bir suç oluşturup oluşturmadığına, eğer suç oluşturuyorsa bir güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek mümkün değildir. Bu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (md. 38), AİHS' nin (md. 6, 7), TCK' nun (md. 2) mutlak emridir. Gerçekten, eğer çocuk, fiilini zorunlu bir ihtiyaç için yahut kendini savunmak zorunda kaldığından işlemişse, fiili suç oluşturmadığından, kendisine bir güvenlik tedbiri de uygulanmayacaktır¹⁷.

Hâkimin uygulayabileceği çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile bu tedbirlerin hangi koşul ve şartlarda uygulanabileceği Kanunla gösterilmiştir¹⁸.

Suçta sürüklenen ve cezai sorumluluğu olmayan çocuklar açısından koruyucu ve destekleyici tedbirler çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılr (ÇKK, md. 11).

Kanunun hükmü bu olmakla birlikte, çocuklara özgü her güvenlik tedbirinin aynı zamanda koruyucu ve destekleyici tedbir olduğu, buna karşın her koruyucu ve destekleyici tedbirin aynı zamanda çocuklara özgü güvenlik tedbiri olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü güvenlik tedbirleri, suç dolayısıyla ortaya çıkan tehlikelilik halini gidermeye yönelik tedbirler olduklarından ve suçu işaret eden bir mahkûmiyet hükmü olmaksızın söz konusu tehlikelilik halinin varlığını tartışmak imkânı da olamayacağından, işlediği bir suçtan dolayı henüz mahkûm edilmemiş çocuğa koruyucu ve destekleyici tedbir kararı uygulamak mümkünse de güvenlik tedbiri uygulamak mümkün değildir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, hakkında mahkûmiyet kararı verilmeden, güvenlik tedbiri de uygulanamayacağından, soruşturulan ya da kovuşturulan çocuklara yönelik bahsi geçen kanuni tedbirlerin, ancak bu çocukların korunmaya ihtiyacı olması halinde, bir başka deyişle “bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimleri ile kişisel güvenliklerinin tehlikede olması, ihmal veya istismar edilmeleri”¹⁹ durumunda uygulanmasıdır. Zira ancak bu kayıtla bir koruyucu ve destekleyici tedbir kararı güvenlik tedbiri gibi uygulanmamış olur ve hukuka uygun kabul edilebilir²⁰.

¹⁶ “Suça Sürüklenen Çocuk” kavramı için ayrıca bkz., Yücel, M. T.: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Bası, Ankara 2007, s. 131.

¹⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 394 vd.

¹⁸Bkz., TCK, md. 56; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu; Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

¹⁹ ÇKK, md. 3/1-a,1.

²⁰ Aynı mantıktan hareketle, beraat etmiş veya cezai sorumluluğu olup hapis cezasıyla mahkûm edilmiş bir çocuğa da korunmaya ihtiyacı olması halinde koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilebilmelidir. Ancak burada verilen tedbir kararının güvenlik tedbiri olmadığı, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı olduğu,

Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir (ÇKK, md. 5/1). Tedbir kararını hâkim ya da mahkeme verir (ÇKK, md. 13).

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK, md. 36).

Denetim altına alınan çocukla ilgili olarak, çocuğa yardım etmesi, rehberlik etmesi ve çocuğu denetlemesi amacıyla bir denetim görevlisi görevlendirilir (ÇKK, md. 38). Denetim, kararda öngörülen sürenin dolmasıyla veya tedbirden beklenen yararın elde edilmesiyle sona erer. Denetim, çocuğun başka bir suçtan tutuklanması veya cezasının yerine getirilmesine başlanmasıyla birlikte de sona erebilir (ÇKK, md. 40).

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz (TCK, md. 31/2).

Bu yaş aralığında failin anlama ve isteme yeteneği (isnat yeteneği) her somut olayda re' sen araştırılır (ÇKK Yönetmeliği, md. 20/2).

Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz (TCK, md. 31/3).

Bu yaş aralığında çocuğun anlama ve isteme yeteneğine sahip olup olmadığı re' sen araştırılmaz. İsnat yeteneğinin bulunmadığını iddia eden taraf, iddiasını ispatla yükümlüdür²¹.

dolayısıyla bu kimselerin tehlikelilik hallerinin değil, bu kimseleri tehdit eden “tehlike halinin” giderilebilmesi için verilen bir karar olduğu unutulmamalıdır.

²¹ Hafızoğulları/Özen, s. 395.

Ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında TCK' nun 31/2 ve 3. fıkralarının açık hükmü gereği mahkûmiyet hükmünün yerine veya bu hükmün yanı sıra güvenlik tedbiri uygulamak imkânı yoktur²² ²³.

Çocuklar hakkında, onların lehine özel bazı soruşturma ve kovuşturma usulleri benimsenmiştir²⁴:

Suçta sürüklenen çocuk hakkında soruşturma, çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır. Kovuşturmada ise çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri yetkilidir. Bu birimlerin bulunmadığı yerlerde çocuğun soruşturması, Cumhuriyet başsavcılığının işbölümünde gösterilen Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturması ise görevli mahkemelerce ilgili Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre yapılır.

Soruşturmada ve kovuşturmada, ifade alma ve sorgu gibi çocuk hakkındaki işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir. Bu görevli çocuğa haklarını öğretmek, yargılama süreci hakkında bilgilendirmek ve kendini güvende hissetmesi, süreci anlaması ve görüşlerini serbestçe ifade etmesi için ona yardım etmekle görevlidir.

Cumhuriyet savcısı soruşturmayı yürütürken aynı zamanda tedbir kararı alınabilmesi için korunma ihtiyacı olan çocuğu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür.

Diğer yandan çocuklar hakkında “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin”²⁵ çocuklara ilişkin hükümleri uygulanır.

Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde, bu birimin bulunmaması halinde ise yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulurlar.

On beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.

Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir.

²² Konuya ilişkin olarak YCGK; “12-15 yaş grubunda olup, ceza sorumlulukları bulunan çocuklar hakkında ‘suça sürüklenen çocuk’ sıfatı ile ÇKK’ nun 5. maddesindeki ‘koruyucu ve destekleyici’ güvenlik tedbirlerine hükmolunamayacak ise de, henüz ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığının belirlenmediği aşamada gerek soruşturma gerekse kovuşturma sırasında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesi mümkündür. Ancak açıklandığı üzere mahkemece sanığın cezai sorumluluğunun bulunduğu belirlenmesi halinde artık güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir. Yine 12-15 yaş gurubunda olup cezai sorumluluklarının bulunduğu kabul edilen çocuk sanıklar hakkında ‘suça sürüklenen çocuk’ sıfatıyla güvenlik tedbirine hükmedilememesi, bu çocuğun aynı zamanda korunmaya muhtaç bir çocuk olması durumunda ‘korunmaya ihtiyaç duyan çocuk’ sıfatıyla hakkında güvenlik tedbiri kararı verilemeyeceği anlamına da gelmeyecektir” şeklinde görüş bildirmiştir (YCGK, 26.03.2013 T., 2012/6-1232 E., 2013/106 K.; www.kararara.com, erişim tarihi: 01.08.2016).

²³ Ayrıca bkz., yukarıda, dpn. 20.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 26386 sayılı R.G., md. 5 vd. Ayrıca bkz., Yokuş Sevük, H.: Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Sempozyumu, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 627 vd.

²⁵ Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832.

Ayrıca çocukların duruşmaları kapalı yapılmakta; hüküm de kapalı duruşmada açıklanmaktadır.

3. Verilerle Çocuk Suçluluğu

2013 verilerine göre Türkiye’ de 115 bin 439 çocuğa suç isnadında bulunulmuştur. Bunlardan 102 bin 350’ si erkektir. Bu suçlardan 81 bin 3 tanesinin 15-17 yaş aralığında işlendiği göze çarpmaktadır.

İstatistiklerden, 12-17 yaş aralığında çocuk suçluluğunun arttığı ve ergenlik döneminde en yüksek seviyesine ulaştığı sonucuna ulaşılmakta, erkek çocukların ise kız çocuklarına nazaran daha yüksek oranda suça yöneldiği ortaya çıkmaktadır.

Aynı veriler, isnat edilen suç türü bakımından değerlendirildiğinde, çocukların en çok 42 bin 540 suç isnadıyla yaralama ve 33 bin 38 suç isnadıyla hırsızlık suçlarına yöneldiğini göstermektedir²⁶.

Yaralama suçları bakımından değerlendirildiğinde yoksulluk ve bunun yarattığı sosyal ortamın yanı sıra pek çok farklı etken suça zemin hazırlayabilirse de hırsızlık suçları bakımından değerlendirildiğinde yoksulluğun suç üzerindeki etkisinin güçlü olduğunu kabul etmek gerekir²⁷.

Diğer yandan genel olarak yoksul insanların şiddet suçlarını²⁸ ve mala karşı suçları daha fazla işledikleri buna karşın varlıklı insanların suç eğilimlerinin daha çok beyaz yaka suçluluğu şeklinde kendisini gösterdiği tespit edilmiştir.

Çocuklar tarafından en yoğun olarak işlenen suçların, yoksulluğun, üzerindeki etkisinin en yoğun olduğu suç tiplerinden olması, yoksulluğun ve bunun doğurduğu sosyal ortamın suça sürüklenen çocuklar üzerindeki etkisinin ne denli büyük olduğunu gözler önüne sermektedir²⁹.

Ayrıca içinde bulundukları sosyal şartlar itibariyle çocukların kendileri gibi düşük gelir grubundan gelen kimselerle iletişim halinde olması suça iştirak ve örgütlü suçluluk bakımından değerlendirildiğinde bu çocukları suça sürükleyen bir ortam hazırlamaktadır.

Öte yandan genel olarak düşük gelir gruplarında³⁰, ücret eşitsizliğinin yüksek olduğu yerlerde, kontrolsüz göçün ve savaşların yarattığı ekonomik buhranlarda ve işsizliğin söz konusu olduğu durumlarda suçların işlenme oranının arttığı gözlemlenmiştir³¹.

Belirtmek gerekir ki Türkiye özelinde yukarıda ifade olunan oranlar 2013 yılı verilerine ait olduğundan Suriyeli mültecilerdeki artışın ardından yoksulluk ve yoksulluğun suça etkisi

²⁶ Güvenlik birimine Gelen veya Getirilen Çocuklar (Juveniles Received Into Security Unit) 2013, TÜİK, Ankara 2014, s. 11.

²⁷ Bkz., Kızmaz, Z./Bilgin, R.: Sokakta Çalışan/Yaşayan Çocuklar ve Suç: Diyarbakır Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.9, S.32, Bahar-2010, s. 269-311.

²⁸ Bkz., açlığın çocuklarda şiddet davranışına etkisi yönünden; Özenoğlu, A./Ünal, G.: Açlık ve Yoksulluğun Çocuklarda Şiddet Davranışları ile İlişkisi, GÜSBD, S. 4(1), Y. 2015, s. 162-179.

²⁹ Bkz., aynı yönde, Demirbaş, T.: Kriminoloji, 3. Bası, Ankara 2010, s. 150. Çocuk suçluluğunun nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Gökpinar, M.: Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğu, TBBD, S. 72, Y. 2007, s. 210 vd.

³⁰ Dönmezer, s. 291.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Dönmezer, s. 170 vd.; Demirbaş, Kriminoloji, s. 173 vd.

bağlamında ne yazık ki anılan her bir oranda artış olduğunu varsaymak mümkündür. Zira İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün Haziran-2016 verilerine göre Türkiye' de 2 milyon 733 bin 44 kayıtlı Suriyeli bulunmakta³² ve bunların 279 bin 574' ü kamplarda yaşamaktadır³³. Türkiye' de doğan Suriyeli bebek sayısı ise 150 bini aşmıştır³⁴. Ortalama 2.7 milyon Suriyelinin 1.7 milyonunun çalışabilir olduğu, TİSK verilerine göreyse, Suriyelilerin sadece 3 bin 686' sının kayıtlı çalıştığı ifade edilmektedir^{35 36}.

Diğer yandan Ülkemiz, içte ve dış ilişkilerinde oldukça zor bir dönemden geçmiştir ve geçmektedir. Komşu ülkelerde ve içte yaşanan çatışmalar, uluslararası ilişkilerdeki dalgalanmalar, her gün bizden başka canları daha kopartan terörist faaliyetler ile kalkışma fiilleri, ekonomik buhranları ve yoksulluğu da beraberinde getirmek tehlikesini taşımaktadır.

4. Yoksulluğun Çocuk Suçluluğuna Etkisi Özelinde Hukuka Uygunluk Nedenleri, Kusurluluğu Kaldıran Nedenler ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Haller

Yoksulluğun çocuk suçluluğuna etkisini değerlendirirken yoksulluk kaynaklı olup “ekmek çalan çocuk” örneğinde olduğu gibi suçta kusurluluğu ya da hukuka aykırılığı kaldırان nedenlere ya da malın değerinin azlığı gibi bazı özel indirim nedenlerine değinmemek eksiklik olur.

Toplumsal hayatın ve insan ilişkilerinin karmaşıklığı, suç olan bir davranışın, bazı koşulların varlığında kanunen hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir. Bu nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denir.

Bu halde hukukun yasaklanan veya emredilen bir davranışın yapılmasına veya yapılmamasına aynı değerdeki diğer bir hükmü ile izin vermesinden veya o fiili emretmesinden ötürü, yasaklanan veya emredilen davranışın yapılması hukuki herhangi bir değer veya menfaatin ihlali sayılmamakta, dolayısıyla fiil herhangi bir suça vücut vermemektedir. Böyle bir durumda fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni, genelde ya hukuki menfaatin yokluğu ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği esasına dayandırılmaktadır³⁷.

Fiilin iradiliğine etki eden ya da fiilin bilinmemesinden kaynaklı nedenlerin varlığında ise suç varlığını korur, ancak failine kusurluluğu ortadan kalktığından herhangi bir kınama yöneltilemez.

TCK' nun 25/2. maddesinde ifade olunan zorunluluk hali, her ne kadar CMK' nu 223. maddesinde kusurluluğu kaldırان bir neden olarak kabul edilmişse de TCK' nu 25/2. maddesi “tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması koşulunu” aradığından aslında bir hukuka uygunluk nedenidir.

³² Büyüksahin, T.: “Mülteciler Vatandaş Olursa Ucuz İş Gücü Olarak Kullanılır”, Sözcü Gazetesi, 13 Temmuz 2016, s. 7.

³³ www.posta.com.tr, erişim tarihi: 09.06.2016.

³⁴ www.bbc.com, erişim tarihi: 09.06.2016.

³⁵ Büyüksahin, s. 7.

³⁶ Suriyelilere vatandaşlık verilmesi halinde Ekonomi Bakanlığı verilerine göre 2015 senesinde 9 bin 261 dolar olan kişi başına düşen milli gelirin gerileyeceğı tahmin edilmektedir (Büyüksahin, s. 7).

³⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 210.

Ancak ne zaman ki zarara uğratılan değer, tehlikeden kurtarılacak olan değerden daha üstün olmasına karşın failin iradesinin sağlıklı bir şekilde tezahürü tehlikeye sokulan değerden ötürü gerçekleşmemiştir denilebilir, o zaman söz konusu zorlayıcı neden, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilebilir. Kanımızca Türk hukukunda zorunluluk halinin bu tezahürünün CMK' nun 223. maddesi kapsamında kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabulüne engel yoktur. Bundan, kusurluluğu ortadan kaldıran bir zorlayıcı nedenin söz konusu olması halinde kanun koyucunun "beşeri kırılabilirlik" esas olmak üzere, "kişiden beklenenin içinde bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesinin" (istenemezlik ilkesi/L' inesigibilita/Nichtzumutbarkeit) mümkün olduğunu kabul etmiş olduğu sonucu çıkmaktadır³⁸.

TCK' nun 25/2. maddesi kapsamına giren zorunluluk halleri ise hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmeli, somut uyuşmazlıkta bu nedenin varlığı halinde, failine ceza verilmesine yer olmadığı hükmü değil, beraat hükmü verilmelidir.

Bu kapsaman hareketle yoksul bir çocuğun ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacı çalmasını şartları varsa bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek mümkünken, açlığını gidermek için ekmek çalmasını istenemezlik ilkesi kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmek gerekir (TCK, md. 147).

Öte yandan belirtmek gerekir ki herhangi bir zorlayıcı nedenin yokluğu halinde dahi malın değerinin azlığı, hırsızlık suçunda cezada indirim yapılmasını ya da ceza verilmekten vazgeçilmesini sonuçlayabilen bir özel indirim ya da cezasızlık nedenidir (TCK, md. 145). Olayı somut örneklerle açıklayacak olursak³⁹:

a) Ayakkabı mağazasından değeri az olan ayakkabı çalan sanık hakkında hakim TCK'nın 145. maddesi uyarınca cezadan indirim yapabilecek,

b) Ayakkabı mağazasından ayağındaki ayakkabı yırtık ve delik olduğu için değeri az olan ayakkabı çalan sanık hakkında hakim TCK'nın 145. maddesi uyarınca suçun işleniş şekli ve özelliklerini de gözетerek ceza vermektен vazgeçebilecektir. Her ne kadar suça konu malın değeri az olup olmadığını hakim takdir edecek ise de, takdir hakkını kullanırken kanun koyucunun amacını, hak ve nesafet ölçülerini de gözetecektir.

YCGK, bir kararında, hâkimin her somut olayda olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şeklini dikkate alması gerektiğini vurgulayarak, 15-18 yaş grubu içinde yer alan çocuğun 18 yaşından büyük iki arkadaşı ile bir marketten değeri 27,28 TL. olan et ve kıyma çalması olayında, anne ve babası ayrı olup üvey babasıyla yaşayan, herhangi bir geliri olmayan, eğitim hayatı yarım kalmış ve sabıkasız olan çocuğun, kasada ödeme yapmadan gizleyerek alabileceği başka mallar da olmasına karşın, büyük bir süpermarketten

³⁸ Hafızoğulları/Özen, s. 301 vd.

³⁹ YCGK, 28.04.2015 gün ve 2014/13-850 E., 2015/118 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 18.07.2016.

evde pişirip yemek amacıyla sadece söz konusu mamulleri almasının TCK' nun 145. maddesinin tartışılmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır⁴⁰.

YCGK, bir başka kararında bu kez; “suça sürüklenen çocuğun hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilen olayda, çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanık hakkında 5237 sayılı TCK' nun 145. maddesinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanık ile hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen arkadaşının gece vakti mağdura ait küçük bir dükkân olarak nitelendirilebilecek işyerinin demir kepenk asma kilitlerini kesmek suretiyle içeri girerek masanın çekmecesinde bulunan 40 Lira bozuk paranın tamamını çaldığı olayda, her ne kadar paranın satın alma gücü ve suç tarihindeki ekonomik koşullar gözetildiğinde, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan 40 Liranın değer bakımından az olduğundan kuşku bulunmamakta ise de, aynı gece başka bir işyerine benzer yöntemle girerek hırsızlık yapan, daha önce de hakkında hırsızlık suçundan birçok işlem yapılan, ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanığın kişilik yapısı, benzer eylemleri icraya yatkınlığı ve suçun işleniş biçimi göz önüne alındığında 5237 sayılı TCK' nun 145. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmediğinin kabulü gerekir” şeklinde karar vermiştir⁴¹.

Kanımızca, değere dayalı ihlalin ceza verilmemeyi nesafeten haklı saydıracak düzeyde bulunup bulunmadığını tayin ederken hâkim takdirini, malın objektif değerinin yanı sıra somut olayın tüm şartlarını göz önünde bulundurarak tayin etmeli, ayrıca failin daha fazlasını almak imkânı varken daha azıyla yetinip yetinmediğini de⁴² değerlendirmesine eklemelidir.

5. Cezanın İnfazı, Koşullu Salıverilme ve Denetimli Serbestlik

Ceza korkutucu etkisiyle önleyici, suçun işlenmesini takiben bastırıcı ve bu özelliği itibariyle diğer suçların işlenmesini önleyici, suç işlemiş olan kimseyi infazın tamamlanmasıyla beraber ıslah edici ve nihayetinde kendisi kamusal bir zarar ve kötülük olması nedeniyle ödetici vasıfları taşımalıdır. Bu bakımdan ele alındığında cezanın kendisi, özü “ödetme” ve işlevi “önleme” ise de amacı her zaman “ıslah” olarak ortaya çıkmaktadır⁴³.

Suça sürüklenen çocukların ıslahı (rehabilitasyon süreçleri), mükerrir suçluluğu önlemek adına büyük bir öneme sahiptir. Zira kronik suçluların, suça erken yaşlarda başladıkları görülmektedir⁴⁴. Bu süreç her şeyden önce, çocuğu ıslah etmek yoluyla tehlikeliliğini ortadan kaldırmalı, kriminal yeteneklerini geliştirmesi olasılığının önüne geçmeli, farkındalığını arttırmalı ve gelecekte meşru yollarla hayatını idame ettirebilmesi için gerekli donanım ile imkânları sağlamalıdır.

⁴⁰ www.milliyet.com.tr, erişim tarihi: 10.07.2016. Ayrıca bkz., YCGK' nun 13.11.2007 gün ve 210-234, 15.12.2009 gün ve 242-291, 30.03.2010 gün ve 17-65, 09.10.2012 gün ve 375-1809, 11.12.2012 gün ve 1247-1842, 16.09.2014 gün ve 73-384 sayılı kararları; Yargıtay 13 CD, 7.4.2015 gün ve 2015/5588 E., 2015/6328 K., Yargıtay 17. CD, 18.11.2015 gün ve 2015/12416 E., 2015/9607 K., <http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 18.07.2016.

⁴¹ YCGK, 28.04.2015 gün ve 2014/13-850 E., 2015/118 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 18.07.2016.

⁴² Bkz., bu ölçünün, kanunda bulunmayan bir koşulun aranması anlamına geleceğine ilişkin farklı görüş için, YCGK, 28.04.2015 gün ve 2014/13-850 E., 2015/118 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, erişim tarihi: 18.07.2016.

⁴³ Hafizoğulları/Özen, s. 411; Aygün Eşitli, E.: Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, AÜHFD, S. 65(1), Y. 2016, s. 73.

⁴⁴ Dönmezer, s. 124.

Türkiye’ de çocuk hükümlüler hakkında verilen cezaların, hükümlülerin eğitilmeleri, meslek edinmeleri ve yeniden toplumla bütünleştirilmeleri amaçları güdülerek yerine getirildiği tesislere çocuk eğitimevleri denir. Bu kurumlarda firara karşı engel bulundurulmaz; kurum güvenliği, iç güvenlik görevlilerinin gözetim ve sorumluluğunda sağlanır (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, md. 15/1).

Kurum içinde veya dışında herhangi bir eğitim programına devam eden ve onsekiz yaşını dolduran çocukların, eğitim ve öğretimlerini tamamlayabilmeleri bakımından yirmibir yaşını bitirinceye kadar bu tesislerde kalmalarına izin verilebilir (5275 sayılı Kanun, md. 15/2).

Haklarında tutuklama kararı bulunanlar ile çocuk eğitimevlerinden disiplin veya diğer nedenlerle kapalı ceza infaz kurumlarına nakillerine karar verilen çocuklar hariç olmak üzere, bu tesislerde bulunan çocuk hükümlüler kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmezler (5275 sayılı Kanun, md. 15/3).

Kapalı ceza infaz kurumlarına nakledilen çocukların tutuldukları kurumlar, firara karşı engelleri olan iç ve dış güvenlik görevlileri bulunan, eğitim ve öğretime dayalı kurumlardır (5275 sayılı Kanun, md. 11/1).

Oniki-onsekiz yaş grubu çocuklar, cinsiyetleri ve fiziki gelişim durumları göz önüne alınarak bu kurumların ayrı ayrı bölümlerinde barındırılırlar (5275 sayılı Kanun, md. 11/2).

Çocuk hükümlüler hakkında, disiplin cezasını gerektiren bir eylemin gerçekleşme riskinin bulunması halinde teşvik esaslı ayrıcalıkları ertelemek, kaldığı odayı ve yatakhaneği değiştirmek, bulunduğu kurumun başka bir kısmına nakletmek, meslek eğitiminin bütünlüğünü ve sürekliliğini bozmayacak şekilde çalıştığı işyerini veya atölyeyi değiştirmek, belli yerlere girmesini yasaklamak, bazı eşyaları bulundurmasını ve kullanmasını yasaklamak disiplin tedbirleri uygulanabilmektedir (5275 sayılı Kanun, md. 45).

Buna karşın çocuk hükümlüler hakkında eylemin niteliğine göre uygulanacak disiplin cezaları ise uyarma, kınama, onarma, tazmin etme ve eski hale getirme, harcamalarına sınır koyma, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma, iznin ertelenmesi, kapalı ceza infaz kurumuna iade ve odaya kapatma cezası olarak sıralanmaktadır (5275 sayılı Kanun, md. 46).

Çocuk hükümlü, mahkûm olduğu suç için tespit olunan cezanın süresinin 5275 sayılı Kanunun 107. maddesinde muayyen kısmını infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmesi halinde koşullu salıverilmeden yararlanabilir. Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.

Koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresi, infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak bu süre, süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemez (5275 sayılı Kanun, md. 107/6).

Onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler, denetim süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler (5275 sayılı Kanun, md. 107/8).

Hâkim, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir (5275 sayılı Kanun, md. 107/9).

Denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır.

Sonuç

Sosyal hukuk devletin gereği olarak yoksulluk ile yoksulluğun yol açtığı sosyokültürel faktörleri önlemek ve gidermek adına devlet nezdinde gerekli tedbirler alınmalı, yoksul aile, grup ve bölgelere yapılacak sosyal yardımlar arttırılmalıdır.

Vizyon sahibi iç ve dış politikalarla ekonomik buhranların ve yoksulluğa yol açan doğrudan ya da dolaylı diğer faktörlerin önüne geçilmelidir.

Kayıt dışı göç ve işsizlik oranları minimuma çekilmeli, böylece daha gerçekçi planlar yapılması sağlanmalıdır.

Çocuklar, o Ülkenin teminatıdır. Bir ülkenin esenliği ancak çocukların esenliğinin sağlanması ile mümkün olabilir. Çocuklara, kendilerini geliştirebilmeleri, bir başka deyişle kendilerini gerçekleştirebilmeleri için gerekli donanım ve imkânlar sağlanmalıdır.

Korunmaya muhtaç çocuklara yönelik koruyucu ve destekleyici tedbirler etkin olarak, yetkin kişi ve kurumlarca yerine getirilmelidir.

Suçta sürüklenen çocuklara yönelik tedbirlerin, bu kimselerin ıslahı sürecinde rolü büyüktür. Zira bu süreçten ne kadar fayda sağlanırsa “suça sürüklenen çocukların” bir gün “suçlu” olma ihtimalinin önüne de o denli geçilmiş olur.

Unutulmamalıdır ki her çocuğun gerçekten eşit doğduğu gün dünya daha güzel bir yer olacaktır.

Ünlü Türk şairi Nazım Hikmet Ran der ki:

“Dünyayı verelim çocuklara hiç değilse bir günlüğüne

Allı pullu bir balon gibi verelim oynasınlar

Oynasınlar türküler söyleyerek yıldızların arasında

Dünyayı çocuklara verelim

Kocaman bir elma gibi verelim sıcacık bir ekmek somunu gibi

Hiç değilse bir günlüğüne doysunlar”

Çocuklara dünyayı verebildiğimiz gün, yarınlarımız da aydınlanacak. Onlar, fırsat verildiğinde kendi yazgılarını yeniden şekillendirecek, hatta dünyanın yazgısını değiştirecek güce sahipler.

Onlara kendi yazgılarını özgürce şekillendirebilecekleri maddi ve manevi araçları sunmaksa bizim görevimiz.

O halde hadi Dünyayı çocuklara verelim,

Ve bir somun sıcak ekmekle başlayalım işe...

Kaynakça

Acar, H.: Sokakta Yaşayan ve/veya Çalıştırılan Çocuklara Yönelik Hizmet Modelinin ve İl Eylem Planlarının Değerlendirilmesi Raporu, SHÇEK Genel Müdürlüğü-UNICEF Türkiye, Ankara 2010.

Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007.

Aygün Eşitli, E.: Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlar, AÜHFD, S. 65(1), Y. 2016, s. 63-100.

Bonger, W.A.: An Introduction to Criminology, in the Eng. trans. by van Loo, London, 1936.

Büyükaşahin, T.: "Mülteciler Vatandaş Olursa Ucuz İş Gücü Olarak Kullanılır", Sözcü Gazetesi, 13 Temmuz 2016.

Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006.

Çoban, S.: Türkiye' de Risk Altındaki Çocuklar ve Çocuk Suçluluğu Üzerine Bir Değerlendirme, Sosyoloji Konferansları, No: 52 (2015-2), s. 791-810.

Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.

Demirbaş, T.: Kriminoloji, 3. Bası, Ankara 2010. (Demirbaş, Kriminoloji)

Dönmezer, S.: Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994.

Erken Yaşlarda Çocuk Refahı Kadın İstihdamı Politika Belgesi, ÇSGB-TC Kalkınma Bakanlığı-TC Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı-UNICEF, Ankara 2013.

Gökpinar, M.: Sosyal ve Kriminall Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğu, TBBD, S. 72, Y. 2007, s. 206-233.

Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

Hakeri, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008.

Işık, E.: Kent Yoksulluğu, Sokak Çocukları ve Suç, Tez, Kütahya 2007.

Kahraman, F./Sallan Gül, S.: Türkiye' de Çocuk Yoksulluğu: Gaziantep Üzerine Bir Araştırma, HÜSBED, S. 1, Y. 8, Haziran 2015, s. 339-366.

Kızmaz, Z./Bilgin, R.: Sokakta Çalışan/Yaşayan Çocuklar ve Suç: Diyarbakır Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.9, S.32, Bahar-2010, s. 269-311.

Koca, M./Üzülmöz, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009.

Mannheim, H.: Comparative Criminology, Great Britain, 1965.

Özbek, V. Ö./Kanbur, M. N./Bacaksız, P./Doğan, K./Tepe, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

Özenoğlu, A./Ünal, G.: Açlık ve Yoksulluğun Çocuklarda Şiddet Davranışları ile İlişkisi, GÜSBD, S. 4(1), Y. 2015, s. 162-179.

Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015.

Şen, E.: Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, TCHD, İstanbul 2008, s. 73-123.

Toroslu, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008.

Yokuş Sevik, H.: Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Sempozyumu, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 627-649.

Yücel, M. T.: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Bası, Ankara 2007.

Yücel, M. T.: Adalet Psikolojisi, Ankara 2011. (Yücel, Adalet Psikolojisi)

Zafer, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

Yararlanılan İnternet Siteleri:

www.bbc.com

biruni.tuik.gov.tr

www.kararara.com

www.kazanci.com

www.milliyet.com.tr

www.posta.com.tr

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan*

ÖZET

Günümüzde modern toplumun yaşam şekli olarak kabul ettiğimiz bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yaşam koşulları avantajları ve dezavantajları bir arada barındırmaktadır. Risk toplumu olarak da adlandırılan ve yaşam koşullarının menfaat ve risk dengesi ile şekillendiği bu yeni toplum içerisinde modern ceza hukukunun amacı da onarıcı adalet anlayışıyla şekillenmiştir. Söz konusu önleme anlayışıyla faili suça iten risk etkenleri tespit edilip özellikle yeniden suç işlemeyi önleyici uygulamalar ve düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda çocuk suçluluğunun ölçülmesi ve risk etkenlerinin araştırılması konusunda çok sayıda çalışma yapılmıştır. ABD’de ise 1983 ve 2000 yılları arasında 17 yıllık bir süreci kapsayan ve 23 araştırmayı inceleyen bir meta analiz çalışması ile tekrar suçluluğu önceden tahmin etmeye yönelik risk etkenlerini belirlemeye yönelik kapsamlı bir araştırma yapılmıştır. Suç kariyeri yaklaşımı ile ortaya atılan bireysel faktörler, aileye ilişkin faktörler, sosyo-ekonomik faktörler, okul faktörü faktörleri söz konusu çalışmada geliştirilmiş ve söz konusu risk etkenleri Avrupa’da, Batı’da, Türkiye’de yapılan pek çok çalışmaya temel oluşturmuştur. Biz de çalışmamızda söz konusu risk etkenleri dahilinde değerlendirme yapmaktayız. Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn’un ABD’de yapılan “Çocuklarda Tekrar Suçluluğun Öngörülmesi - Bir Meta- Analiz Çalışması” ekseninde çocuklarda tekrar suçluluğun öngörücü risk etkenlerini tespit ettikten sonra sosyo-ekonomik koşullar, sağlık güvencesi, göç ve yoksulluk etkenlerinin tekrar suçluluk üzerindeki öngörücülük düzeyini Avrupa ve Türkiye’deki araştırmalarla karşılaştıracak ve tekrar suçluluğa sebep olan risk etkenlerinin ortadan kaldırılması hakkında Türkiye’de ve dünyada gerçekleştirilen çözüm uygulamalarına yer vereceğiz.

Anahtar Kelimeler: çocuk, suçluluk, tekrar suçluluk, risk etkenleri, yoksulluk, sosyo-ekonomik faktörler.

ABSTRACT

Nowadays life conditions that we agree the lifestyle of modern society, involve both advantages and disadvantages which exist depend on technological and scientific advancements. In this new society which is named “risk society” that forms with declaration

* Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu

of interests and risks, the aim of modern criminal law forms with the theory of restorative justice. A large number of academic researchment is done by the measurement of juvenile delinquency and researchment of risk factors of juvenile delinquency with the subject theory. An extensive meta-analysis which involves a seventeen yearly process between 1983 and 2000 and analysis 23 researchments is done in US. Individual factors, family factors, socio-economical factors, academic factors that put forward with the criminal career approachment are reformd by this researchment. Subject risk factors are used something as based in researchments in Europe and Turkey. By this work we evaluate the predictor risk factors of the criminal recidivism in juvenile within the subject risk factos and at the axis of " The Prediction of Criminal Recidivism In Juveniles - A Meta- Analysis" of Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn. The next step is to determine the prediction level of socio economic factors, social insurance, migration and poverty factors in criminal recidivism in juvenile within the researchments in Europe and Turkey and we will put forward the solutions with the scope of applications of West and Turkey.

Keywords: juvenile, delinquency, criminal recidivism, risk factors, poverty, socio-economic factors.

I. ÇOCUKLARDA TEKRAR SUÇLULUĞUN ÖNGÜRÜLMESİ - BİR META-ANALİZ ÇALIŞMASININ (CİNDY C. COTTLE, RİA J. LEE, KİRK HEİLBURN) DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Çalışmanın Amacı

Çocuk suçluluğunun günümüz toplumunda ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Nüfusun yaklaşık %19'unu 18 yaşından küçük erkek ve kızlardan oluşturmaktadır. Bununla birlikte, güncel suç istatistikleri 1998 yılında ABD'de gerçekleştirilen tutuklamaların yaklaşık %29'undan çocuk suçluların sorumlu olduğunu göstermekte, 1998 yılında tutuklanan tüm insanların ise % 18 ini oluşturarak en hızlı büyüyen suçlular grubu arasında yer almasının nedenini açıklamaktadır (FBI 1998). Çocuklar ve adolesanlar (ergenler) tarafından gerçekleştirilen suçların yüzdesi, 1989-1998 yılları arasında % 24 oranında artış göstermiştir. Oysa ki yetişkinlerin işlediği suçların yüzdesi aynı zaman dilimi içerisinde yalnızca % 3,8 oranında artış göstermiştir (FBI 1998).

1989 ve 1998 yılları arasındaki tutuklama trendleri (eğilimlerinin) önemli bir kısmı çocuk suçlulara ilişkindir. Her yaş grubundaki suçluların yer aldığı toplam suçlu nüfusu arasındaki tutuklama trendleri gösteriyor ki, toplam suç göstergesi % 14 oranında düşerken, mala karşı işlenen suçlar sebebiyle yapılan tutuklamalar % 19 oranında düşmüş ve şiddet suçları % 4 oranında artış göstermiştir (FBI 1998). Bununla birlikte, çocuk (18 yaş altı) ve yetişkin (18 yaş üstü) suçlulara ilişkin bu tutuklama istatistikleri gösteriyor ki, toplam suç göstergesi için, çocuk tutuklamaları % 9 oranında düşmüşken yetişkin tutuklamaları % 16 oranında düşmüştür. Benzer şekilde, mala karşı işlenen suçlar hakkında yapılan tutuklamalar, çocuklar için % 12 oranında düşmüşken yetişkinler için % 23 oranında düşmüştür. Şiddet suçluluğu için çocuk tutuklama trendleri yetişkinlerinkiyle kıyaslandığında çocuk tutuklama

trendleri % 15’lik bir artış göstermekte iken yetişkin suçlularda ise % 3’lük bir artış göstermiştir (FBI 1998). Bu süreç zarfında, belirli suç tiplerine ilişkin çocuk suçluların tutuklama oranlarında değişik önemli trendler belirmiştir: cinayet (% 23), ırza geçme (% 3), araç hırsızlığı (% 39), soygun (% 22) ve basit hırsızlık (% 4) suçları için tutuklama oranları düşmüştür. Buna karşı, ağır cezayı gerektiren kasten yaralama (% 21) kundaklama (% 10) ve yağma (% 9) oranlarında artış göstermiştir (FBI 1998). Cinayet ve araç hırsızlığı hariç olmak üzere çocuk tutuklamalarına ilişkin bu oranlar yetişkinlerinkilerle kıyaslandığında daha az olumlu örnek yansıtmaktadır¹.

Özellikle bir artış gösteren suçlar için, hem çocukların hem de yetişkinlerin arasında bulunduğu tutuklamalarda, çocuk suçlular yetişkin suçlulara göre daha büyük bir artış göstermiştir. Benzer şekilde, (hem çocukların hem de yetişkinlerin arasında bulunduğu) toplam tutuklamaların sayısında bir düşme bulunan suçlular bakımından, tutuklama oranlarında çocuk suçlular yetişkinlere göre daha az bir düşüş göstermektedir². Başlıca tartışmalı sorun şu olabilir ki; “ilk kez çocuk suçluların” tekrar suçluluk riski bakımından daha uzun bir zaman dilimine sahip olduğunu, bir ömür boyunca risk altında olduğunu göz önünde bulundurursak, ilk suçta erken yaş, tekrar suçluluk bakımından daha yüksek risk ile ilişkilidir.

Söz konusu suçluluğun ikincil ya da üçüncül müdahalelerle önlenmesinin etkili olması için ergenlik ya da erken yetişkinlik dönemlerinde tekrar suçluluk için risk oluşturan ampirik verilerle desteklenmiş etkenleri bünyesinde toplaması gerekir. Meta Analiz çalışmasında yazar, tüm bu istatistiki verilerle çocuk suçluluğundaki oransal artışa dikkat çekmiş ve risk etkenleri sayesinde çocuklarda tekrar suç işleme potansiyelini tahmin edip doğru müdahale programlarının uygulanmasına ışık tutmayı amaçladığını ifade etmektedir.

B. Güncel ve Methodolojik Değerlendirme

Herhangi bir suçluluk sebebiyle tekrar tutuklanmış çocukların mükerrerliğini en iyi tahmin eden risk etkenlerini belirlemek adına bir toplu analiz yürütülmüştür. 23 yayınlanmış çalışma, 15,265 çocuğa uygulanmış ve dahil edilme ölçütleriyle karşılaştırılmıştır. Çalışmaların etki büyüklüğü, tekerrürün muhtemel 30 tahmin unsuruna göre hesaplanmıştır.

Meta analizde karşılaştırılan çalışmaların tamamında çocuk nüfusu üzerinde tekrar suç işleme davranışı ile ilişkili belirleyici faktörlere odaklanılmıştır. Çalışmaların bazılarının da ise cinsiyet gibi spesifik ayrımlara da gidildiği gibi, tekrar suçluluk oranları ile psikolojik değerlendirmeler yapılması gibi yeni deneysel alanlara odaklanıldığı da söylenebilir³.

Son olarak meta analiz çalışmasında tekrar suçluluğun önlenmesine ilişkin müdahale programlarına yer verilmediği önemle ifade edilmelidir. Çalışma yalnızca tekrar suçluluğa

¹ Cottle, Cindy; Lee, Ria; Heilburn, Kirk; “The Prediction Of Criminal Recidivism İn Juveniles A Meta-Analysis”, **SAGE Social Science Collections**, cjb.sagepub.com, s.368.

² Cottle ve diğerleri, s.368.

³ Cottle ve diğerleri, s.372.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

risk teşkil eden etkenleri ve bunlardan hangilerinin tekrar suçluluğun en güçlü öngörücüsü olduğunu belirlemeye yöneliktir.

C. Method

1. Sınırlılıklar

Araştırma; PsychLit, PsychInfo ve MedLine veri tabanlarında arama yapılarak, söz konusu veritabanlarında taranan 1983- 2000 yılların arasında yayınlanan makaleler içerisinde suçluluk, çocuk suçları, tekrar suçluluk, suç davranışı, cinsel suçlar, cinsel istismar, saldırganlık, şiddet, şiddet öngörüsü, psikopati, tutuklamaya sevk ve tekrar tutukluluk, anahtar kelimeleri aranarak elde edilen makalelerin analizi ile gerçekleştirilmiştir.

Çalışmada 12-21 yaş aralığında en az bir kez tutuklanan, tekrar suç işleyen, tekrar tutuklanan veya şartlı tahliye ya da ön ödeme şartlarını ihlal ederek tekrar göaz altına alınanlar çocuklara dair resmi kayıtlar veya öz bildirimlere ilişkin araştırmalar seçilmiştir. Söz konusu sınırlılıklara sahip 23 yayınlanmış çalışma öncelikli dahil etme kriterine sahip olanlarının sayısı yirmi ikidir. Yirmi iki çalışmanın tamamı tekrar suçluluk verisine dayanmakta iken, yalnızca bir çalışma resmi kayıtlar, öz bildirim anketleri ve itiraflara ilişkin bilgilerden oluşan ikincil kaynaklara dayanmaktadır. Kısacası 23 çalışmadan biri tekrar suçluluk oranlarını karşılaştırmamakta, yalnızca itiraf anketleri, resmi kayıtlar gibi farklı kaynaklara dayanmaktadır. Ayrıca meta analize dahil edilen çalışmaların uzun süreli boylamsal izlemeye dayanmasına dikkat edilmiştir.

TABLE 1: Characteristics of Studies (n = 25) Included in the Meta-Analysis

Variable	M	SD	Range	k
Samples	688.4	1,914.0	45-9,176	22
Follow-up (months)	45.26	58.81	1-192	10 ^{a,b}
Recidivism base rates (%)	48.0	14.7	22-75	17 ^c

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere; meta analize dahil edilen çalışmaların 13'ü bir izleme dönemi raporlamada ortalamanın altında kalmıştır. 10 çalışma ise takip aralığı raporlamada ortalamanın altında kalırken, 6 çalışma, karşılaştırılabilir tekrar suçluluk oranları bakımından ortalamanın altında kalmıştır. Ancak çalışmada ortalama sonuç dönemi olarak kabul edilen dönem 1-192 ay aralığı içerisinde 45,26 ay aralığıdır. Bu aralıkta tekrar suçluluk oranı % 48 olarak tespit edilmiştir.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)
Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

TABLE 2: Age, Race, and Gender of Participants (n = 15,265) Included in Meta-Analysis

Variable	M	SD	Range	k
Age (years)	14.71	.91	6-21	11 ^{a, b}
Race (%)				13 ^c
Caucasian	47.85			
African American	38.18			
Other ^d	18.00			
Gender (%)				
Male	83.31			21 ^e
Female	16.69			21 ^e

Katılımcılara ilişkin bakaca sınırlılıklar ise yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere cinsiyet bakımındandır. 15,265 katılımcının % 83, 31'i erkektir. Bir diğer sınırlılık olarak yaş bakımından, yaş ortalamasının % 14, 7 olduğunu söylemek gerekir. Ayrıca katılımcıların % 47'si Kafkas iken % 38'i Afro Amerikan ve diğerleri olarak kategorize edilenler ise katılımcıların % 18'ini oluşturmaktadır. Bu bakımdan meta analiz içerisindeki 12 çalışma yaş ortalamasının altında kalmakta iken, 5 çalışma yaş aralığı sınırının (6- 21) altında kalmıştır. Meta analizdeki 9 çalışma irksal bozulma sebebiyle sınırlılıkları ihlal etmektedir.

2. Tahmin Edici Değişkenler

Çalışmada kullanılan değişkenlerden ilki demografik bilgilerdir; cinsiyet, ırk ve sosyoekonomik statüden oluşan demografik bilgilere ait sınırlılıklar yanında yaş aralığı da sınırlandırılmıştır. Yaş aralığı sınırlandırılan çocukların tekrar suçluluk için en yüksek risk taşıdığı yaş aralığı ise 14-18 yaş olduğu bulgusuna rastlanmıştır. Ancak çalışmada yaşın tahmin edici bir risk etkeni oluşturduğu bulgusuna rastlanılmamıştır.

Suç geçmişi ise çalışmada kullanılan ve tekrar suçluluğu tahmin edici bir başka değişkendir. Meta Analiz içerisinde suç geçmişi başlığı altında tahmin edici 6 değişken bulunmaktadır. Bunlar; ceza adalet sistemi ile ilk tanışma yaşı, ilk cezai sorumluluk yaşı, önceki tutuklanma sayısı, önceki cezai sorumlulukların sayısı, işlenen suç tipleri, ilk tutukluluk/ hapis süresinin uzunluğu.

Bir diğer değişken olan aile faktörü ve sosyal faktörler içerisinde ise; 7 tahmin edici değişken dahil edilmiştir. Bunlar; fiziksel veya cinsel istismar mağduru olma, yalnız ebeveynle yaşama, ebeveynin hastalığı, evden kaçma sıklığı, aile içi problemler (örneğin yoksulluk..vs.), boş zamanı etkili kullanma, aile bireylerinde suçluluktur.

Okul etkeni içerisinde ise çalışmada üç tahmin edici değişken kullanılmıştır. Bunlar, özel eğitim geçmişi, okula devamlılık, okul başarısıdır (okul başarı raporu). Entellektüel (zihinsel) başarı skoru ise bir diğer etken olarak değerlendirilmiş ve bu etkene bağlı 4 çeşit değişken öngörülmüştür. Bunlar, standart başarı skoru, sözlü IQ skoru, performans IQ skoru ve geniş çaplı IQ skorudur. Çocukların madde kullanımı geçmişinin tekrar suçluluk

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

üzerindeki etkisi ise iki tahmin edici değişken kullanılarak ölçülmüştür. Bunlar; madde kullanımı ve madde bağımlılığıdır.

Klinik etkenlerin tekrar suçluluk üzerindeki tahmin edicilik ölçümü ise, ciddi hastalık, davranış problemleri, ciddi olmayan hastalık ve tedavi geçmişi değişkenleri ile yapılmıştır. Klinik etkenlere ilişkin meta analize dahil edilen çalışmaların bazıları mahkemece tutulan hastalığa ilişkin klinik kayıtlar değerlendirmekte isken, bazıları istatistiki değerlendirme yapmış bazı meta analizdeki bazı çalışmalar ise öğretmenleri takdiri ölçeklerini kullanmıştır.

Son olarak meta analize dahil edilen çalışmalarda resmi risk değerlendirmesinin yeterince yapılamadığı görülmektedir. Buna göre, meta analizde resmi risk değerlendirmesine ait bir değişken belirmeye yetecek resmi risk değerlendirmelerine ilişkin ölçümler yapan yeterince araştırma bulunmamaktadır. Böylece tekrar suçluluğu tahmin edici değişkenler ayrı kategorilere ayıramamıştır. Risk etkenlerini ayırarak ölçmeye yetecek resmi ölçümler yapılamadığı için tahmin edicilik özelliği gösteren değişkenler karma özellik göstermektedir.

3. Yöntem

Meta analiz çalışması içerisinde toplamda 30 adet tahmin edici değişken kullanılmıştır. Söz konusu değişkenler ışığında yürütülen çalışmada tekrar suçluluk sonuçlarına ilişkin ham istatistikler, Rosenthal tarafından geliştirilen ve Fisher tarafından normalize edilerek dönüştürülen formüllere ilişkin tamamlayıcı katsayılar kullanılmıştır⁴.

D. Sonuçlar

Sonuçları Gösterir Tablo 1:

⁴ Cottle ve diğerleri, s.379.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)
Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

TABLE 3: Predictors of Recidivism in Juveniles (n = 15,265) by Domain

Variable	$\bar{Z}r$	n	k	Study
Demographic information				
Gender (male)	.111**	9,671	3	Dembo et al. (1998); Hoge et al. (1996); Minor et al. (1997)
Race (minority)	.067**	10,121	6	Archwamety & Katsiyannis (1998); Dembo, Schmeidler, Nini-Gough, Sue, Borden & Manning (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997); Minor, Hartmann, & Terry (1997); Myner, Santman, Cappelletty, & Perlmutter (1998); Niarhos & Routh (1992)
Socioeconomic status	-.065**	10,363	3	Dembo et al. (1998); Myner et al. (1998); Stattin & Magnusson (1989)
Offense History				
Age at first contact with law	-.341**	1,225	8	Archwamety & Katsiyannis (1998); Duncan, Kennedy, & Patrick (1995); C. Hanson, Henggeler, Haefel, & Rodick (1984); Katsiyannis & Archwamety (1997); Minor et al. (1997); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Wiersen & Forehand (1995)

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere demografik bilgilere ilişkin değişkenler içerisinde erkek ve azınlık ırk mensubu olmak ile tekrar suçluluk arasında olumlu bir ilişki kurulmuştur. Bunun dışında düşük sosyoekonomik statünün de tekrar suçluluk riskini arttırdığı ifade edilmektedir. Ancak düşük sosyo ekonomik statünün yaratacağı problemlere müdahale edilerek sosyoekonomik statü riski kontrol altına alındığında azınlık ırka mensubiyet ile tekrar suçluluk arasında önemli bir ilişki kalmadığı saptanmıştır. Ayrıca bu bilgi cinsiyete göre de değişme arz etmemektedir.

Suç Geçmişine İlişkin Sonuçları Gösterir Tablo 2:

Age at first commitment	-.346**	720	3	Archwamety & Katsiyannis (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997); Towberman (1994)
Number of prior arrests	.058**	10,155	7	Archwamety & Katsiyannis (1998); Dembo et al. (1998); Duncan et al. (1995); Jung & Rawana (1999); Katsiyannis & Archwamety (1997); Niarhos & Routh (1992); Wiersen & Forehand (1995)
Number of prior commitments	.174**	585	3	Archwamety & Katsiyannis (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997); Duncan et al. (1995)

TABLE 3 Continued

Variable	$\bar{Z}r$	n	k	Study
Type of crime	.159**	10,267	7	Archwamety & Katsiyannis (1998); Dembo et al. (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997); Minor et al. (1997); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Wiersen & Forehand (1995)
Length of first incarceration	.187**	641	3	Archwamety & Katsiyannis (1996); Katsiyannis & Archwamety (1997); Myner et al. (1998)

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

Çalışmada suç geçmişi değişkenlerine ilişkin sonuçlar ise göstermiştir ki, suç geçmişi etkeni ile tekrar suçluluk arasında önemli bir ilişki bulunmaktadır. Ceza adalet sistemi ile ilk tanışmanın erken yaşta gerçekleşmesi, ilk cezai sorumluluğun erken yaşta gerçekleşmesi, önceki tutuklama sayılarının çokluğu, suçtan cezalandırılma sayısının çokluğu, ve işlenen ciddi suçların sayısındaki çokluk, uzun tutukluluk süreleri, tekrar suçluluk riskini arttırmaktadır.

Aile Etkeni ve Sosyal Etkenlere İlişkin Sonuçları Gösterir Tablo 3:

Family and social factors				
Victim of abuse	.112**	9,949	5	Archwamety & Katsiyannis (1998); Dembo et al. (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997); Myner et al. (1998); Towberman (1994)
Single parent	.070**	10,501	5	Dembo et al. (1998); Minor et al. (1997); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Putnins (1984)
Parent pathology	.047	529	3	Hoge et al. (1996); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992)
Number of out-of-home placements	.184**	424	2	Myner et al. (1998); Towberman (1994)
Family problems	.227**	1,054	5	C. Hanson et al. (1984); Hoge et al. (1996); Jung & Rawana (1999); Niarhos & Routh (1992); Towberman (1984)
Effective use of leisure time	-.233**	588	2	Hoge et al. (1996); Jung & Rawana (1999)
Delinquent peers	.204**	1,525	7	Archwamety & Katsiyannis (1998); Hoge et al. (1996); Jung & Rawana (1999); Katsiyannis & Archwamety (1997); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Towberman (1994)

Aile etkeni ve sosyal etkenlere ait yedi değişkenden beşi ile tekrar suçluluk arasında anlamlı bir ilişki kurulmuştur. Bunlardan en önemlileri aile içi fiziksel ve cinsel istismar, yalnız ebeveynle yaşamak, evden kaçma sayısının çokluğu, aile içi önemli problemlerdir. Analiz bulgularına göre söz konusu değişkenler tekrar suçluluk riskini önemli ölçüde arttırmaktadır. Buna karşılık ebeveyndeki hastalık değişkeninin tekrar suçluluğa ilişkin önemli bir tahmin edicilik rolü bulunmadığı saptanmıştır.

Okul Etkenine İlişkin Sonuçları Gösterir Tablo 4:

Educational factors				
History of special education	.130**	432	2	Archwamety & Katsiyannis (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997)
School attendance	-.048	299	2	Myner et al. (1998); Towberman (1994)

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)
Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

TABLE 3 Continued

Variable	$\bar{Z}r$	n	k	Study
School report of achievement	-.028	10,025	6	Dembo et al. (1998); Duncan et al. (1995); Hoge et al. (1996); Jung & Rawana (1999); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992)

Yukarıdaki tabloda ise okul etkeni değerlendirilmiş ve çalışmamızın Türkiye boyutuna ilişkin kısmında da bahsedeceğimiz üzere ilginç farklılıklar tespit edilmiştir. Buna göre meta analiz bulgularında yalnızca çocuğun özel eğitim (zihinsel eğitim) geçmişi ile tekrar suçluluk arasında anlamlı bir ilişki kurulmuş, diğer okul değişkenleri hatta okula devamlılık veya okul başarı notlarında başarılı olmanın tekrar suçluluğu tahmin etmediği tespit edilmiştir. Oysa Türkiye’de yapılan ancak boylamsal olmayan araştırmalar bu durumun tersini ifade etmektedir.

Zihinsel Başarı Değişkenine İlişkin Sonuçları Gösterir Tablo 5:

Intellectual and achievement scores				
Standardized achievement score	-.153**	506	3	Archwamety & Katsiyannis (1998); Duncan et al. (1995); Katsiyannis & Archwamety (1997)
Verbal IQ score	-.111*	716	4	Archwamety & Katsiyannis (1998); Bleker (1983); Hanson et al. (1984); Katsiyannis & Archwamety (1997)
Performance IQ score	-.031	491	2	Archwamety & Katsiyannis (1998); Katsiyannis & Archwamety (1997)
Full scale IQ score	-.142**	1,756	5	Archwamety & Katsiyannis (1998); Duncan et al. (1995); Katsiyannis & Archwamety (1997); Niarhos & Routh (1992); Stattin & Magnusson (1989)

Zihinsel aktivite skorlarındaki başarı (entellektüelite değişkeni) etkenine ilişkin yukarıda görülen dört değişkenden ise yalnızca üçü ile tekrar suçluluk arasında tahmin edicilik ilişkisi olduğu saptanmıştır. Bunlar; çocukların standart başarı skorlarının düşüklüğü, sözlü IQ skorunun düşüklüğü ve geniş çaplı IQ skorlarındaki düşüklük değişkenleridir. Söz konusu değişkenler tekrar suçluluk riskini önemli ölçüde arttırmaktadır. Ne var ki meta analize göre, performans IQ skorları ile tekrar suçluluk arasında anlamlı bir ilişki kurulamamıştır.

Madde Kullanımı Geçmişi Değişkenine İlişkin Sonuçları Gösterir Tablo 6:

Substance use history				
Substance use	.014	9,366	2	Dembo et al. (1998); Towberman (1994)
Substance abuse	.149**	1,111	6	Archwamety & Katsiyannis (1998); Duncan et al. (1995); Katsiyannis & Archwamety (1997); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Wiersen & Forehand (1995)

Madde kullanımı geçmişi içerisindeki iki değişkenden ise yalnızca madde bağımlılığı ile tekrar suçluluk arasında tahmin edicilik ilişkisi olduğu saptanmıştır. Öyleyse meta analiz bulgularına göre çocukların madde kullanımı bağımlılık boyutuna ulaşmadığı müddetçe tekrar suçluluk riski artmamaktadır.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

Klinik Etkenleri Gösterir Tablo 7:

Clinical factors				
Severe pathology	.069	346	2	Archwamety & Katsiyannis (1998); Niarhos & Routh (1992)
Conduct problems	.255**	1,667	7	Duncan et al. (1995); Myner et al. (1998); Niarhos & Routh (1992); Repo & Virkkunen (1997); Stattin & Magnusson (1989); Towberman (1994); Wiersen & Forehand (1995)
Nonsevere pathology	.305**	953	7	Bleker (1983); Duncan et al. (1995); C. Hanson et al. (1984); Jung & Rawana (1999); Niarhos & Routh (1992); Steiner, Cauffman, & Duxbury (1999); Wiersen & Forehand (1995)
History of treatment	.019	9,366	2	Dembo et al. (1998); Towberman (1994)

Klinik risk etkenlerine ilişkin dört değişkenin ise, yalnızca ikisi tekrar suçluluk ile önemli bir tahmin edicilik ilişkisi kurmaktadır. Davranış problemleri ve ciddi olmayan hastalık değişkenleri ile tekrar suçluluk arasında tabloda görüldüğü üzere p değeri bakımından yüksek oranlı bir bağ kurulmaktadır. Davranış problemlerinin p değeri ($Z_r = 0,26 - p < 0,01$) ve ciddi olmayan hastalığa ilişkin p değeri ($Z_r = 0,31, p < 0,01$) kanaatimizce de dikkat çekici boyuttadır. Buna karşılık çocuklardaki ciddi hastalık geçmişi ve tedavi geçmişi değişkenleri ile anlamlı bir bağ kurulamamıştır.

Tablo 8:

Formal risk assessment				
Risk assessment instruments	.118**	10,353	6	Archwamety & Katsiyannis (1996); Ashford & LeCroy (1988); Dembo et al. (1994, 1998); Jung & Rawana (1999); Katsiyannis & Archwamety (1997)

Son olarak meta analiz bulguları içerisinde yukarıda görüldüğü üzere resmi risk değerlendirmesi de yapılmıştır. Bu değerlendirmede her türlü resmi risk değerlendirmesini kapsayan karma değişkenler ele alınmıştır. Buna karşılık söz konusu değişkenler ile tekrar suçluluk arasında anlamlı bir tahmin edicilik ilişkisi kurulamamıştır.

E. Tartışma ve Değerlendirme

Belirtilmelidir ki, meta- analiz içerisinde tüm risk etkenleri ayrı ayrı Z değerlerine göre sıralandığında ve çalışmalara katılanların sayısına göre hesaplandığında ilgili risk etkeninin değerlendirildiği çalışmadan farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Çünkü meta analizde (aşağıdaki tabloda da verildiği üzere- Tablo 4) risk etkenleri, diğer çalışmadaki örnekleri ile benzerlik göstermeyen yani çalışmayı hükümsüz hale getiren (0 sonucu) örnekler de dahil edilerek sıralama yapılmaktadır.

Çocuklarda Tekrar Suçluluk Etkenlerinin Tahmin Edicilik Gücünü Gösterir Tablo 9:

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

TABLE 4: Predictors of Recidivism in Juveniles (n = 15,265) by Predictive Strength

Variable	Zr	n	k	n _x
Age at first commitment	-.346**	720	3	2,273
Age at first contact with the law	-.341**	1,225	8	3,298
Nonsevere pathology	.305**	953	7	2,244
Family problems	.277**	1,054	5	2,165
Conduct problems	.255**	1,667	7	6,949
Effective use of leisure time	-.233**	588	2	1,343
Delinquent peers	.204**	1,525	7	2,842
Length of first incarceration	.187**	641	3	1,022
Number of out-of-home placements	.184**	424	2	617
Number of prior commitments	.174**	585	3	699
Type of crime	.159**	10,267	7	81,345
Standardized achievement score	-.153**	506	3	599
Substance abuse	.149**	1,111	6	1,273
Full scale IQ score	-.142**	1,756	5	5,014
History of special education	.130*	432	2	473
Risk assessment instruments	.118**	10,353	6	60,117
History of abuse	.112**	9,949	5	59,436
Gender (male)	.111**	9,671	3	58,698
Verbal IQ score	-.111*	716	4	522
Single parent	.070**	10,501	5	37,930
Severe pathology	.069	346	2	ns
Race (minority)	.067**	10,121	6	30,018
Socioeconomic status	.065**	10,363	3	36,703
Number of prior arrests	.058**	10,155	7	26,145
School attendance	-.048	299	2	ns
Parent pathology	.047	529	3	ns
Performance IQ score	-.031	491	2	ns
School report of achievement	-.028	10,025	6	ns
History of treatment	.019	9,366	2	ns
Substance use	.014	9,366	2	ns

Yukarıdaki tablo ilgili etkenleri tek tek sıralayarak, çocukların tekrar suçluluk riskini tahmin eden en güçlü risk etkeni ile en zayıf risk etkeni arasında bir sıralama yapmıştır. Diğer çalışmalarda benzeri olmayan katılımcıların da dahil edildiği hesaplama ile bu tablo göstermektedir ki, risk etkenlerinin önem aralığı 473 ile 81,345 n_x değeridir. Daha açık ifadeyle çalışmayı anlamsız hale getiren katılımcı sayısı dahil edildiğinde, önem aralığı değeri, (473-81,345) ilgili değişkeni tekrar suçluluk açısından anlamsız hale getirmektedir. Bu durum, çalışmanın etki gücü içerisinde değişkenlik yansıtmaktadır.

Tüm bu sebeplerle tablo 4'te görüldüğü üzere en güçlü tahmin edici risk değişkeni:

- ilk cezai sorumluluk yaşıdır (demografik etken).
- ardından ceza adalet sistemi ile ilk karşılaşma yaşı
- ve ciddi olmayan hastalık geçmişi değişkenleri gelmektedir.

Benzer şekilde çocukların suç geçmişi, aile etkisi ve sosyal etkenler de istikrarlı şekilde tahmin edicilik arz etmektedir. Ne var ki, diğer etkenler de tekrar suçluluk ile önemli bir ilişki kurmakla birlikte, tüm meta analiz çalışmaları ile kıyaslandığında veri değerleri daha az tutarlılık göstermektedir. Nitekim 23 çalışmanın bazılarında tekrar suçluluğun güçlü bir risk etkeni olarak saptanan madde kullanımı, okula devamlılık, psikiyatrik tedavi geçmişi gibi değişkenler; meta analiz çalışmasında tekrar suçluluk için düşük bir risk öngörmektedir⁵.

Öyleyse denilebilir ki, meta analiz çalışması içerisine dahil ettiği 23 çalışmadan her birinde önemli bir risk etkeni olarak bulunan değişkenler, tüm çalışmalar değerlendirildiğinde tekrar suçluluk ile tutarlı bir ilişki kuramayan etkenleri de saptamıştır ve amacına ulaşmıştır.

⁵ Cottle, s. 386.

Sonuç olarak meta analiz metodunda karşılaştırılan tahmin unsurları sekiz gruba içerisinde (a) demografik bilgiler b) suç geçmişi c) aile ve sosyal etkenler d) okul etkenleri, e) zihinsel etkenler ve başarı düzeyi, f) madde kullanımı geçmişi g) klinik etkenler h) resmi risk değerlendirmesi) elde edilen bulgulara göre, suç alanı geçmişi tekrar suçluluğun en güçlü tahmin unsurudur. Diğer güçlü tahmin unsurları ise aile sorunları, boş zamanın etkisiz kullanımı, suç işleyen çocuklardan oluşan arkadaş grubu, davranış problemleri ve ciddi olmayan hastalıklardır.

Ayrıca meta analiz bulguları, müdahale programları açısından da bazı saptamalar yapmaktadır. Meta analize dahil edilen çalışmaların bazılarında 12 yaşından küçük erkek çocuklarının tekrar suçluluk bakımından yüksek risk potansiyeli oluşturduğu tespit edilmekle birlikte bu gruba Gençlik Hizmetleri Derecesi Programı kapsamında Vakıf Envanter Yönetimi⁶ programları kapsamında çocuğun madde bağımlılığı, akran gruplarındaki suçluluk, hapis cezası ve uzunluğu, suç geçmişi, davranış bozukluğu değişkenlerine erken yaşta müdahale edilerek tekrar suçluluğun önlenebileceği saptanmıştır⁷. Şöyle ki, söz konusu değişkenler diğerlerine göre daha düşük risk teşkil etmektedir. Meta analizin sonucunda 12 yaşına kadar olan çocuklarda görülen söz konusu risk etkenlerine henüz ailede ya da okulda müdahalenin büyük ölçüde tekrar suçluluğu azaltacağı önerilmektedir.

II. TÜRKİYE ve DÜNYADAKİ ÖRNEK ÇALIŞMALARDAN BAZI ÖRNEKLER

A. Demografik Etkenlere İlişkin Değerlendirme

Tekrar eden suçlular arasında yapılan pek çok araştırmada ortak kabul gören husus kız çocuklarının erkek çocuklarına oranla tekrar suç işleme riskinin daha düşük olduğudur. Florida State Üniv.nin ağır bir veya birden fazla suçtan hüküm giymiş 1015 erkek çocuk üzerinde yapmış olduğu araştırmada erkek çocuklarında görülen psikopatik davranışların, suç geçmişi etkeni ile desteklendiğinde tekrar suçluluğu öngören etken olduğu sonucuna varılmıştır⁸. Ancak söz konusu araştırma kız çocukları üzerinde uygulanmamıştır.

Türkiye’de ise Ankara Adliyesi Cumhuriyet Başsavcılığına Mart- Ağustos ayları arasında suç işledikleri iddiasıyla getirilen 114 ergen üzerinde yapılan bir başka araştırma sonucunda ise cinsiyet belirgin bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Araştırmaya dahil edilen çocukların % 18,4’ü kızlardan oluşmakta iken % 81,6’sını oluşturmaktadır. Söz konusu çalışmada bu durum toplumumuzun sosyal yapısı içerisinde kız ve erkek çocuklarının farklı yetiştirilmesiyle açıklanmaktadır⁹. Çalışmada, erkek çocuklarının aile içinde ve ev dışında

⁶ Youth Level Service (YLS) Case Management Inventory (CMI); Hoge, R.D & Andrews, D.A, Leschied, “ An investigation of Risk and Protective Factors in a Sample of Youthful Offenders”, **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, 37, s. 421.

⁷ Cottle, s. 388.

⁸ Taylor, Jeanette; Kemper, Skubic; Loney, Bryan, Kistner, Janet; “ Recivism in Subgroups of Severe Male Juvenile Offenders”, **Psychology, Crime & Law**, Vol. 15, No:5, June, 2009, s.395.

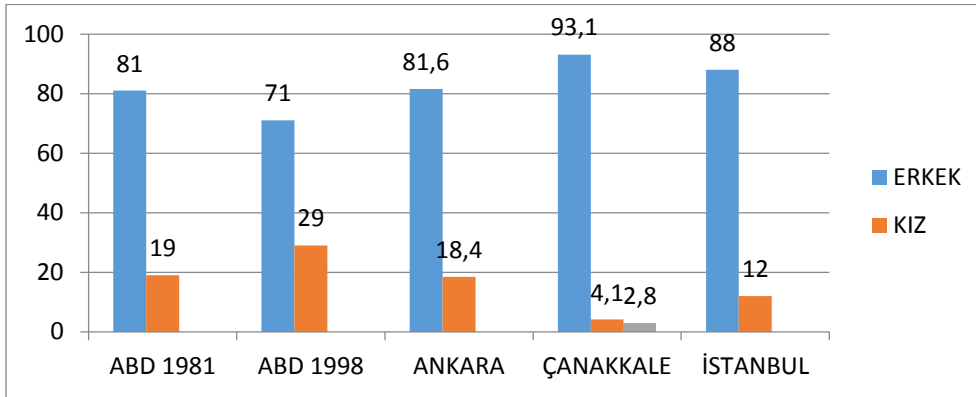
⁹ Akduman, Gülümser Gültekin; Akduman, Barış; Cantürk, Gürol; “ Ergen Suçluluğunda Bazı Kişisel ve Ailesel Özelliklerin İncelenmesi”, **Türk Ped. Arş.** 2007, S.42, s.157.

daha serbest olabilmeleri, olumsuz akran gruplarına katılıp onlardan olumsuz etkilenmeleri sebebiyle erkek çocuklarının suça karışma oranının yüksekliğine dikkat çekilmiştir.

Çanakkale E Tipi Kapalı Cezaevi'nde kalan 460 hükümlü arasında tekrar suçluların sosyo-kültürel özelliklerinin tespitine yönelik yapılan araştırmada ise araştırmaya katılanların %93,1'inin erkek ve %4,1'inin kadınlardan oluşmaktadır. Söz konusu örneklem grubunun % 34,3'ü, ilk kez cezaevine girmekte iken % 65,2'sinin iki ve daha fazla sayıda cezaevine girmiştir. Elde edilen bulgular sonucunda araştırmada cinsiyetin suçluluk ve tekrar suçluluk üzerinde bir öngörücü etken olduğu saptanmaktadır¹⁰.

ABD'de de 1981 ile 1998 yılları içerisinde tekrar suçlu çocuklar arasında yapılan bir araştırma söz konusu yıllar arasında kız çocuklarına ait suç işleme oranının artmasına karşın (mala karşı suçlar bakımından tekrar suç işleyen çocuklar arasında kız çocuklarının tekrar suçluluğuna ait oran 1981'de % 19 iken 1998'de % 29'a yükselmiştir) erkek olmanın tekrar suçluluk bakımından istikrarlı bir tahmin unsuru olduğunu göstermektedir (erkek çocuklarının mala karşı işlenen suçlar bakımından 1981'de % 81, 1998'de ise % 71 oranında tekrar suçluluğu saptanmıştır)¹¹.

Cinsiyet Etkenine İlişkin Genel Araştırmaları Gösterir Tablo 10:



Bu araştırmaların dışında doktrinde de yaygın olarak kabul edilen bulgu tekrar suçluluğun en çok erkek ve bekar olanlar arasında yüksek olduğunu belirtmektedir. Bu anlamda erkek olmak tekrar suçluluk bakımından daha güçlü bir risk etkenidir denilebilir.

Ne var ki, Arizona'da 3,287 farklı etnikten kız ve erkeklerin oluşturduğu tekrar suçlu çocuklar örneklemini üzerinde yapılan araştırma 1 yıldan fazla hapis cezası gerektiren (ağır) suçların tekrarı bakımından (ikiden fazla sayıda işlenmesi) diğer çalışmalarla uyumlu şekilde erkek olma riskini bir öngörücü etken olarak belirlemiştir. Buna göre suça sürüklenen erkek çocukların tekrar yüzdesi kızlara oranla daha fazladır (erkekler % 33,8, kızlar % 16,4)¹². Buna

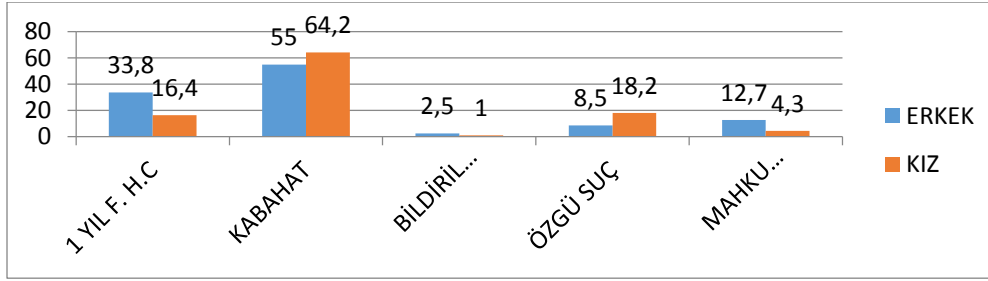
¹⁰ Topses, Mehmet Devrim; "Mükerrer Suçluların sosyo- Kültürel Özellikleri: Çanakkale E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği", **Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, 2013, Bahar, S. 18, s. 259.

¹¹ Cottle ve diğerleri, s. 368.

¹² Thompson, Kristin; Morris, Richard; "Predicting Recidivism Among Juvenile Delinquents: Comparison of Risk Factors for Male and Female Offenders", <http://www.journalofjuvjustice.org/JOJJ0301/article03.htm>, s.3-4, (erişim tairih: 03.01.2016).

karşılık söz konusu araştırmada kabahatler bakımından böyle bir şey söylemek zorudur zira oranlar birbirine yakındır (erkekler için oranlar % 55, kız çocuklara ait oranlar % 64). Aynı araştırmada özgü suçları (failinin çocuk olması halinde suç teşkil eden hareketler) tekrar etme bakımından ise cinsiyet bir risk etkeni olarak saptanmış olmakla birlikte bu kez kız çocukların oranı belirgin şekilde yüksektir (nitekim kız çocukları % 18.2 oranında erkek % 8.5)¹³. Bu sonuca göre kız çocukları alkollü mekanlarda bulunma, uyuşturucu madde kullanma gibi suç ve kabahatleri erkekler oranla daha yoğun şekilde işlemektedir. Genel bulgulara aykırı bu sonuç yine de cinsiyet etkeninin öngörücü bir risk etkeni olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü aynı çalışmada ağır (şiddetli) suçların tekrar bakımından yapılan değerlendirme genel literatür araştırmalarına uyumluluk göstermektedir.

Arizona’da Yapılan Araştırmaya Ait Cinsiyet Tablosu 11:



İstanbul Emniyet Müdürlüğü’ne bağlı çocuk birimlerine 2009 ve 2011 yılları arasında en az beş kez suç isnadı ile getirilmiş tekrar suçlulardan oluşan kız ve erkek 100 çocuk üzerinde yapılan bir başka araştırmanın % 12’si kızlardan oluşmakta iken % 88’i ise tekrar suçlu erkeklerden oluşmaktadır¹⁴. Söz konusu araştırma da erkek olmanın tekrar suçluluk bakımından güçlü bir risk etkeni olduğunu göstermektedir.

B. Ailenin Sosyo-Ekonomik Durumu ve Göç Etkeni Çerçevesinde Değerlendirme

Çocuk suçluluğuna yönelik yapılan pek çok araştırma çocuk suçluların düşük gelir düzeyine sahip ailelerden geldiklerini belirtmektedir. Ailenin gelir düzeyinin düşüklüğü yaşam standartlarının düşüklüğüne sebep olmakta ve çocukların temel ihtiyaçlarının karşılanamamasına sebebiyet vermektedir¹⁵. Bir diğer sonuç ise çocukların ucuz bölgelerde yaşamakta olduğu için bu bölgeleri mesken tutmuş suçluların fiil ve hareketlerini taklit etmesidir, suç işlemeye zemin hazırlayan madde ve alkol bağımlılıkları edinme olasılıklarının daha yüksek olmasıdır¹⁶.

¹³ Thompson, Kristin; Morris, Richard; “Predicting Recidivism Among Juvenile Delinquents: Comparison of Risk Factors for Male and Female Offenders”, <http://www.journalofjuvjustice.org/JOJ0301/article03.htm>, s.3-4, (erişim tarihi: 03.01.2016).

¹⁴ Tunceroğlu, Zafer, **Suç Sürüklenen Çocuklarda Mükerrerliğin İrdelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s. 75.

¹⁵ Yavuzer, H., **Çocuk ve Suç**, 13. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 133.

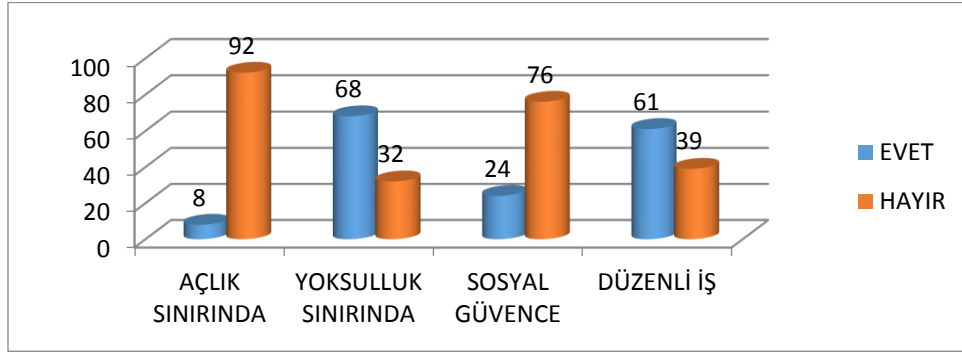
¹⁶ Giebel, Stefan Markus; Simonson, Julia; “Criminal Behaviour as a result of The Ethic Origin – Comparison of Rates of “Recidivism” between Foreign and German Juvenile Offenders After Prison”, **Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul**, Vol. 41, No.58, 2009, s.42.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

İstanbul'da yapılan araştırma ve TÜİK 2010-2011 gelir dağılımı verileri birlikte değerlendirildiğinde suça sürüklenen tekrar suçluların çocukların ailelerinin % 8'i açlık, % 68'i ise yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır. Ayrıca ailelerin % 76'sının sosyal güvencelerinin bulunmadığı saptanmıştır.

Tekrar Suçluların Ailelerinin Sosyo- Ekonomik Durumunu Gösterir Tablo 12:



ABD'de yapılan kapsamlı bir araştırma ailelerin sosyo- ekonomik açıdan düşük seviyede olması ile tekrar suçluluk arasında güçlü bir öngörücülük ilişkisi kurmaktadır. Ailenin yoksulluğu suça sürüklenen çocuğun boş zamanlarını da kalitesiz geçirmesini sağlamakta ve çocuklar suçlu akran grubu edinerek suçluluğa yönelebilmektedir. Ayrıca söz konusu araştırmaya göre ailenin sosyo ekonomik gelir düşüklüğü mala karşı işlenen suçların tekrarlanması bakımından da risk etkeni oluşturmaktadır.

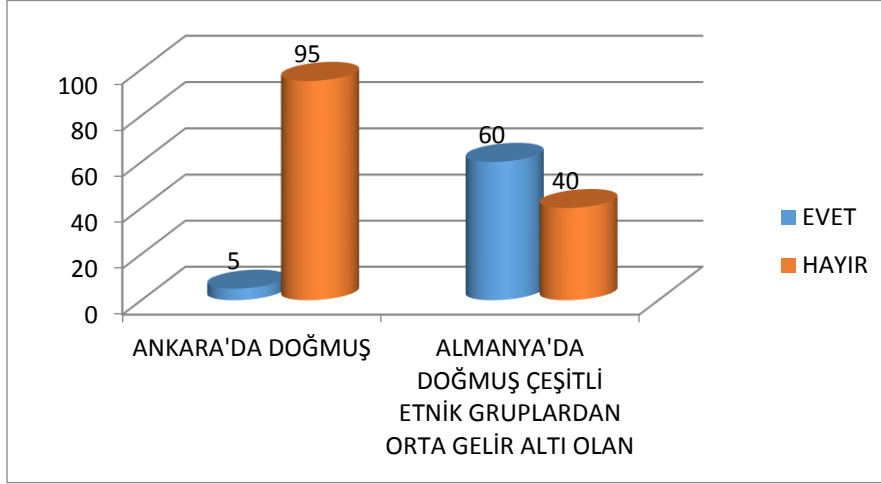
Sosyo - ekonomik açıdan değerlendirmeye değer bulduğumuz bir başka araştırma ise Çek Cumhuriyeti, Almanya, Slovenya, Rusya'da 2000 ve 2006 yılları arasında şiddet suçlarına yönelik yapılan bir analiz çalışmasının sonucunda söz konusu Doğu Bloğu ülkelerinin Sosyalist ekonomi politikalarını terk ederek Liberal ekonomi politikalarına geçişi ile birlikte özellikle yağma suçunda ve mala karşı işlenen ağır nitelikteki suçlarda hızla artış görülmüştür¹⁷. Araştırma bu artışı sosyo- ekonomik değişimle birlikte gelen modern toplum düzeninin ve yüksek standartlarla yaşam gerekliliğinin henüz hazmedilememiş olmasına bağlamaktadır.

Yukarıdaki araştırmalar ışığında ailelerin göç etmiş olmasını da tekrar suçluluğa ilişkin bir risk etkeni olarak değerlendirebiliriz. Göç eden aileler genellikle daha hayat şartlarına kavuşmak amacıyla şehirlere göç eden eğitim seviyeleri düşük, ekonomik güçleri zayıf bu aileler içerisinde büyüyen çocuklar kurtulmaya çalıştıkları kötü hayat şartları ile şehirde de baş başa kaldıkları için uyum sorunu yaşamakta ve erken yaşta çalışma hayatına girmek zorunda kalmaktadırlar. Yoğun iş şartları altında ezilen çocuklar ev içindeki ve sosyal ortamları içerisindeki düzensizliklerinden ötürü sokağa yönelmektedirler.

¹⁷ Enzmann, Dirk; Podana, Zuzana; " Official Crime Statistics and Survey Data: Comparing Trends of youth Violence between 2000- 2006 in Cities of the Czech Republic, Germany, Poland Russia and Slovenia, **Springer Science + Business Media B.V. 2010, Eur J Crim Policy Res. (2010), 16, s. 202.**

Ankara’da yapılan araştırmada ise suça sürüklenen çocukların yalnızca % 5’i doğma büyüme Ankaralı diğer çeşitli bölgelerden göç etmekte iken, Almanya’da yaşayan Alman, Yugoslav, Arap ve Türklerden cezaevinden salıverilen çocuklar arasında yapılan araştırma ise göçün ve kültürel farklılığın başlı başına bir tekrar suçluluk risk etkeni teşkil etmediğini, tekrar suçluluk için risk faktörü olanın sosyo- ekonomik şartlar olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

Göç Etkeni Ankara - Almanya Karşılaştırmasını Gösterir Tablo 13:



C. Suçluluğu Belirleyen Kişilik Özelliklerine İlişkin Değerlendirme

Kişilik özellikleri pek çok araştırmaya konu olmakla birlikte taradığımız araştırmalara göre kişilik özelliklerine ilişkin değişkenler içerisinde tekrar suçluluk adına en güçlü tahmin unsuru teşkil eden risk etkeni çocuğun davranış bozukluklarıdır¹⁹. Bazı araştırmalarda klinik faktörler içerisinde verilen etken içerisinde çocuğun anti-sosyal kişilik bozukluğu gösterir davranışları, psikopatik davranışları tekrar suç işleyenler arasında oldukça yaygındır.

Çalışmanın başında konu edindiğimiz meta-analiz çalışmasında ise, statik risk etkenleri içerisinde akademik başarıda düşüklüğün tekrar suçluluğun ile ilişkili olduğu belirtilmesine karşın tekrar suçluluk tahmininde güçlü bir haberci olmadığını belirtmiştik. Anılan çalışma müdahale yöntemi olarak ise, özel eğitim sınıfları oluşturulmasının tekrar suçluluğu önleyici etki yarattığını saptamıştır²⁰.

Florida’da yapılan 11-18 yaş grubu içerisindeki cinsel suçlu 85 çocuktan oluşan örneklem grubu içerisinde çocuklukta gözlemlenen psikopatik davranışların zamanında grup terapisi veya çeşitli tedavi yöntemleri ile önünün alınmaması halinde ilk gençlik ya da yetişkinlik tekrar suçluluğu için güçlü bir risk etkeni olduğu saptanmıştır. Araştırmaya göre

¹⁸ Söz konusu grubun % 60’ı göç yoluyla Almanya’ya gelmiş ve sosyal statüleri düşük, düşük gelir düzeyine sahip ailelerden gelmektedirler; Giebel,s.46.

¹⁹ Douglas, Kevin; Epstein, Monica; Poythress, Norman; “ Criminal Recidivism Among Juvenile Offenders: Testing the Incremental and Predictive Validity of Three Measures of Psychopathic Features”, **Law Human Behaviours** (2008), 32, pp.426.

²⁰ Cottle ve diğerleri, pp. 388.

söz konusu etken özellikle şiddet ve cinsel suçların işlenmesi veya tekrar işlenmesi konusunda ciddi bir habercidir²¹. Suçun ağırlığı ve tekrar sıklığı konusunda da tahmin edici unsur olduğu söylenebilir. Nitekim aynı araştırmada psikopatik davranışların, çocuğun suç geçmişi etkeni ile desteklenmesi halinde (özellikle erkek çocuklarda) yetişkinlikte tekrar suçluluğun habercisi olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıda karşılaştırdığımız veriler ışığında zihinsel becerilerdeki bozukluğun (düşük zeka) tek başına bir tahmin unsuru oluşturmadığının etkenin başkaca değişkenlerle desteklenmesi gerektiği çözümü kanaatimizce de uygun görünmektedir.

D. Öğrenim Durumu ve Başarı Skorlarına İlişkin Değerlendirme

Öğrenim durumu ve başarı skorlarına ilişkin karşılaştırdığımız araştırmalar, çalışmanın başında yer verdiğimiz Meta Analiz çalışmasının aksine bu etkenin tekrar suçluluk için bir haberci olduğunu ifade etmektedir. Öğrenim durumuna ilişkin etkenler, çocuğun akademik başarısı, okula bağlılığı, düşük motivasyon düzeyi, öğretmene karşı duyduğu düşük güven duygusu...vb. gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır²².

Bu hususta ilginç olan bir başka araştırma ise Arizona’da yapılan tekrar suçlu çocuklar arasındakidir. Okul başarı düzeyinin düşüklüğü erkek çocukları için bir risk etkeni iken kız çocukları için tahmin edicilik özelliğini kaybetmektedir. Zira Özgü suçları işleyen kız çocuklarının % 50’den fazlasının matematik, okuma ve yazma başarıları ve okul notları ortalamanın üzerindedir²³.

Önemle belirtmek gerekir ki, Türkiye’de yapılan araştırmalar bu konuda Batı’da yapılanlar ile farklılık göstermektedir. Örneğin İstanbul Emniyet Müd.ne bağlı birimlere getirilen çocuklardan tekrar suçlu 100 çocuk üzerinde yapılan araştırmada % 94’ünün okul hayatını henüz tamamlamadan sonlandırdığı ve yalnızca % 6’sının okul hayatını devam ettirdiği görülmektedir²⁴.

BİSİS kapsamında ARDEF kullanılarak iyileştirici ortam içerisinde her hükümlü çocuğa infaz koruma memuru aracılığıyla bireysel olarak yapılan ve tekrar testlerden oluşan araştırmada ise, hükümlü çocukların % 76’sının eğitimini yarıda bıraktığı saptanmıştır. Ankara Üniv. Kriminoloji Enstitüsü’nün 1947-1953 yılları arasında 1000 tekrar suçlu üzerinde yapılan araştırma eğitim düzeyinin düşüklüğü ile tekrar suçluluk arasında güçlü bir ilişki saptanmıştır. Tekrar suçlu çocukların % 58’i hiç okula gitmemişken % 26,2’si ilkökul mezunudur²⁵.

Benzer Şekilde İstanbul Üniv. Kriminoloji Enstitüsü’nün 974 suçlu çocuk üzerinde yaptığı araştırmada ise, çocukların % 47,5’inin okuma yazma bilmedikleri saptanmıştır. Sevük’ün

²¹ Taylor ve diğerleri, pp.397.

²² Tunceroğlu, s.107.

²³ Thompson; <http://www.journalofjuvjustice.org/IOJJ0301/article03.htm>, (erişim tairih: 03.01.2016).

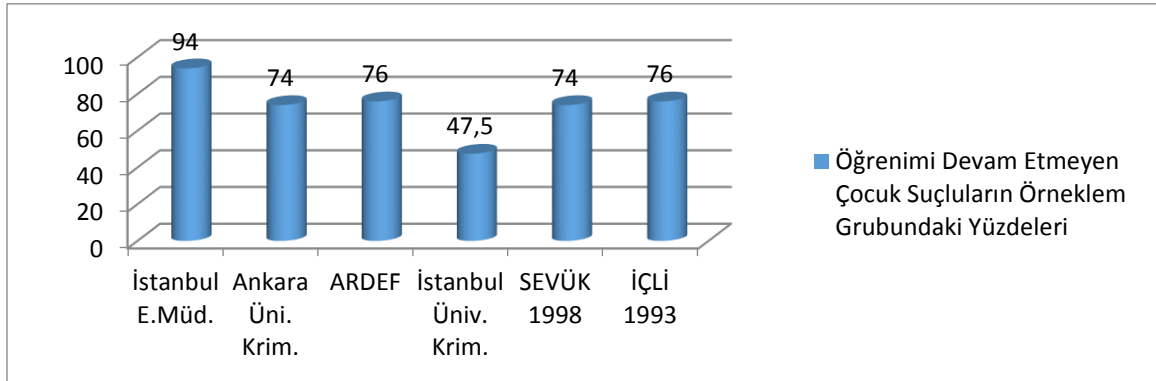
²⁴ Tunceroğlu, s.109.

²⁵ Ögel, Kültegin, **Çocuk Suç ve Bireyselleştirilmiş İyileştirme**, Haziran, 2014, www.cocuklaricinadalet.org, (erişim tarihi: 03.01.2016).

1998 yılında yaptığı araştırmada örneklem grubundaki çocukların % 74'ünün öğrenim hayatının devam etmediği saptanmışken, İçli'nin 1993 yılında yaptığı araştırmada ise, % 76'sının öğrenim hayatının devam etmediği tespit edilmiştir²⁶. Yavuzer'in 2011 yılında yaptığı bir başka araştırma ise, örneklem grubundaki hükümlü çocukların % 53'ünün okul hayatı devam etmesine karşın okul hayatında başarısız olduğunu göstermiştir²⁷.

Tüm bu araştırmalar ortaya koyuyor ki, Batıda yapılan araştırmalarda çocuk suçluların çoğunluğu okul hayatlarına devam etmektedir. Oysa Türkiye'de yapılan araştırmalar çocuk suçluların ve tekrar suç işleyen çocuk suçluların okul hayatlarının devam etmediğini göstermektedir. Bu durum Batı'da bir risk etkeni olarak okul etkeninin daha çok okula gitmeme ve akademik başarı düşüklüğü, okulu kırmak gibi davranışlara odaklanıldığını göstermektedir. Türkiye'de ise bu etkenin karşımıza okul hayatının hiç olmaması veya terk edilmiş olması şeklinde karşımıza çıktığını göstermiştir. Araştırmaların Batı ve Türkiye karşılaştırmasının bir diğer sonucu olarak Türkiye'de çocukların okul hayatını devam ettirmesine yönelik yapılacak müdahalelerin suçun önlenmesi adına gerekliliğidir.

Çocuk Suçluların Öğrenim Durumunu Gösteren Araştırmaların Karşılaştırmalı Tablo 14:



III. TÜRKİYE'DE GERÇEKLEŞTİRİLEN MÜDAHALE PROGRAMI BİSİS - ARDEF

Risk etkenlerinin tespitinin ceza adalet sistemi üzerindeki sonuçlarını sonuçlarının kriminoloji alanında suç önleme politikalarına etkisi büyüktür. Risk odaklı suç önleme kapsamında çocuğun suç davranışını tetikleyen sebeplerin tespit edilip henüz ceza adalet sistemine girmeden ve suç işlemeyen bu sebeplere müdahale edilmesini sağlayan iyileştirme/rehabilitasyon programlarının uygulanması gerekmektedir²⁸.

ABD'de yapılan araştırmalarda da anlaşıldığı üzere örneğin alkol ve madde kullanımı ile kendine zarar verme davranışının ruhsal bozukluk etkeni ile birleştiğinde ciddi

²⁶ Tunceroğlu, s.109.

²⁷ Yavuzer, H., **Çocuk ve Suç**, 13. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 135.

²⁸ Topçuoğlu, Tuğba, "Çocuk suçluluğu ve Gelişimsel (risk Odaklı) Suç Önleme", **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı 1)**: s.219.

anlamda psikiyatrik tedavi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu sebeple alkol ve madde kullanımı, zarar verici davranış ve ruhsal bozukluk risklerine müdahale amacıyla ve çocuğun ruhsal bozukluklarının tespiti amacıyla tarama testlerine tabi tutulması müdahale yöntemi olarak belirlenmiştir. Psikososyal tarama aracının kullanılması gereken en kritik zaman, gencin adalet sistemi ile ilk bağlantı kurduğu an olmakla beraber, belirli aralıklarla da değerlendirme tekrarlanması önerilmektedir²⁹.

Henüz ABD ve Avrupa'daki müdahale programlarının kalitesi yakalanamasa da Türkiye'de de suç önlemeye ilişkin adımlar atılmıştır. Bireyselleştirilmiş İyileştirme Sistemi (BİSİS) projesi kapsamın Adalet Bakanlığının yürüttüğü bir müdahale programı Türkiye'de uygulanmaktadır.

BİSİS kapsamında her hükümlü için ayrı bir durum saptamasının yapıp, cezaevinde yürütülecek iyileştirme sürecinin planlandığı ve uygulandığı, hükümlüye özel programın yürütülmesi için gerekli iyileştirici ortamın oluşturulduğu, sürekli ölçme ve değerlendirme ile kendini denetleyen bir modeldir³⁰.

Tutuklu ve Hükümlüler meta analiz çalışmasında da önerilen CMI'ne yani vaka envanteri yönetimine benzer bir yöntemle Araştırma Değerlendirme Formu (ARDEF) adı verilen envanterlerin incelenmesi ile tekrar suçluluk risklerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Böylece her tutuklu veya hükümlü grubuna bir cezaevi personeli atanmaktadır ve örneklem grubu ilgili personel tarafından izlenmektedir.

Programda cezaevi ve ıslahevlerindeki çocuğun iyileştirilmiş ortam içerisinde (gündüz aktivite- gece uykunun bulunduğu, kurallarla düzen sağlanan, acil durumların olasılıklarının önceden öngörülmüş olduğu, kurum personelinin çocukların tamamından düzenli olarak haberdar olduğu ve denetim uyguladığı, çocuğun kimse tarafından yargılanmaksızın kendisini ifade edebildiği ortam) çocuğa sorumluluk bilincinin kurum personeli tarafından verilmesi amaçlanmaktadır³¹.

SONUÇ

Çalışmada incelediğimiz meta analizde karşılaştırılan tahmin unsurları sekiz grubu içerisinden (a) demografik bilgiler b) suç geçmişi c) aile ve sosyal etkenler d) okul etkenleri, e) zihinsel etkenler ve başarı düzeyi, f) madde kullanımı geçmişi g) klinik etkenler h) resmi risk değerlendirmesi) elde edilen bulgulara göre, suç alanı geçmişi tekrar suçluluğun en güçlü tahmin unsurudur. Diğer güçlü tahmin unsurları ise aile sorunları, boş zamanın etkisiz

²⁹ Önerilen programlar, psikiyatrik tedavi programlarının, bağımlılık tedavisi, öfke kontrol programı..vs.dir; May, Jessica; Osmond, Kristina; "Billick, Stephen, Juvenile Delinquency Treatment and Prevention: A Literature Review", *Psychiatr Q* 2014 85: pp.301.

³⁰ Avrupa ve ABD'de uygulanan müdahale programlarıyla ise, ailesel faktörlere ilişkin aile terapisi (sosyolog, psikolog ve uzman hekimlerden oluşan aile terapisine yönelik programlar), çocuğun henüz adalet sistemine girmeden okul içerisinde disiplin araçlarının kullanılması, sosyal çalışmacılarla terapi ve rehabilitasyon programlarının uygulanması, çocuğun boş zamanlarının yararlı şekilde değerlendirilmesi amacıyla spor etkinliklerinin, bilimsel etkinliklerin ve sanatsal etkinliklerin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır; Ögel, www.cocuklaricinadalet.org, (erişim tarihi: 03.01.2016).

³¹ Ögel, www.cocuklaricinadalet.org, (erişim tarihi: 03.01.2016).

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

kullanımı, suç işleyen çocuklardan oluşan arkadaş grubu, davranış problemleri ve ciddi olmayan hastalıktır.

Ayrıca meta analiz bulguları, müdahale programları açısından da bazı saptamalar yapmaktadır. Meta analize dahil edilen çalışmaların bazılarında 12 yaşından küçük erkek çocuklarının tekrar suçluluk bakımından yüksek risk potansiyeli oluşturduğu tespit edilmekle birlikte bu gruba Gençlik Hizmetleri Derecesi Programı kapsamında Vakıf Envanter Yönetimi programları kapsamında çocuğun madde bağımlılığı, akran gruplarındaki suçluluk, hapis cezası ve uzunluğu, suç geçmişi, davranış bozukluğu değişkenlerine erken yaşta müdahale edilerek tekrar suçluluğun önlenebileceği saptanmıştır.

Türkiye’de yapılan araştırmalar çocuk suçluların ve tekrar suç işleyen çocuk suçluların okul hayatlarının devam etmediğini göstermektedir. Bu durum Batı’da bir risk etkeni olarak okul etkeninin daha çok okula devam etmeme davranışlarına odaklanıldığını göstermektedir. Türkiye’de ise bu etkenin karşımıza okul hayatının hiç olmaması veya terk edilmiş olması şeklinde karşımıza çıktığını göstermiştir. Araştırmaların Batı ve Türkiye karşılaştırmasının bir diğer sonucu olarak Türkiye’de çocukların okul hayatını devam ettirmesine yönelik yapılacak müdahalelerin suçun önlenmesi adına gerekliliğidir.

Müdahale programlarının gerekliliği kapsamında ailesel faktörlere ilişkin aile terapisi (sosyolog, psikolog ve uzman hekimlerden oluşan aile terapisine yönelik programlar) önerilmektedir. Böylece çocuğun henüz adalet sistemine girmeden okul içerisinde disiplin araçlarının kullanılması, sosyal çalışmacılarla terapi ve rehabilitasyon programlarının uygulanması, çocuğun boş zamanlarının yararlı şekilde değerlendirilmesi amacıyla spor etkinliklerinin, bilimsel etkinliklerin ve sanatsal etkinliklerin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Son olarak belirtilmelidir ki, çalışmada Türkiye’de risk etkenlerinin tespitine yönelik verdiğimiz araştırmaların hiçbirisi boylamsal özellik göstermemektedir. Bu sebeple çalışmanın başında değerlendirdiğimiz meta analiz çalışması ile farklı bulgulara ulaşılmasında sosyal ve kültürel farklılığın haricinde çalışmaların uzun döneme dayanmaması ve örneklem gruplarının titizlikle seçilmemesi gibi faktörlerin de etkili olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

Akduman, Gülümser Gültekin; Akduman, Barış; Cantürk, Gürol; “ Ergen Suçluluğunda Bazı Kişisel ve Ailesel Özelliklerin İncelenmesi”, **Türk Ped. Arş.** 2007, S.42, s.156- 161.

Cottle, Cindy; Lee, Ria; Heilburn, Kirk; “The Prediction Of Criminal Recidivism İn Juveniles A Meta- Analysis”, **SAGE Social Science Collections**, cjb.sagepub.com, s.367-395.

Douglas, Kevin; Epstein, Monica; Poythress, Norman; “ Criminal Recidivism Among Juvenile Offenders: Testing the Incremental and Predictive Validity of Three Measures of Psychopathic Features”, **Law Human Behaviours** (2008), 32, pp.423- 438.

Çocuklarda Tekrar Suçluluğa Risk Teşkil Eden Etkenler İçerisinde Sosyo-Ekonomik Koşullar ve Yoksulluğun Yeri (Cindy C. Cottle, Ria J. Lee, Kirk Heilburn Meta Analizi Ekseninde Değerlendirme)

Öğr. Gör. Başak Oya İşcan

Enzmann, Dirk; Podana, Zuzana; " Official Crime Statistics and Survey Data: Comparing Trends of youth Violence between 2000- 2006 in Cities of the Czech Republic, Germany, Poland Russia and Slovenia, **Springer Science + Business Media B.V. 2010, Eur J Crim Policy Res. (2010), 16**, s. 191-205.

Giebel, Stefan Markus; Simonson, Julia; "Criminal Behaviour as a result of The Ethic Origin - Comparison of Rates of " Recidivism" between Foreign and German Juvenile Offenders After Prison", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, Vol. 41, No.58, 2009, s.37-55.

May, Jessica; Osmond, Kristina; "Billick, Stephen, Juvenile Delinquency Treatment and Prevention: A Literature Review", **Psychiatr Q 2014 85**: pp.295-301.

Taylor, Jeanette; Kemper, Skubic; Loney, Bryan, Kistner, Janet; " Recivism in Subgroups of Severe Male Juvenile Offenders", **Psychology, Crime & Law**, Vol. 15, No:5, June, 2009, s.395- 408.

Youth Level Service (YLS) Case Management Inventory (CMI); Hoge, R.D & Andrews, D.A, Leschied, " An investigation of Risk and Protective Factors in a Sample of Youthful Offenders", **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, 37, s. 419- 424.

Topçuoğlu, Tuğba, "Çocuk suçluluğu ve Gelişimsel (risk Odaklı) Suç Önleme", **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı 1)**: s.217-226.

Topses, Mehmet Devrim;; "Mükerrer Suçluların sosyo- Kültürel Özellikleri: Çanakkale E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği", **Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, 2013, Bahar, S. 18, s. 257- 287.

Tunceroğlu, Zafer, **Suç Sürüklenen Çocuklarda Mükerrerliğin İrdelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2015.

Yavuzer, H., **Çocuk ve Suç**, 13. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2011.

Elektronik Kaynakça

Thompson, Kristin; Morris, Richard; " Predicting Recidivism Among Juvenile Delinquents: Comparison of Risk Factors for Male and Female Offenders", <http://www.journalofjuvjustice.org/JOJJ0301/article03.htm>, (erişim tairih: 03.01.2016).

Ögel, Kültegin, **Çocuk Suç ve Bireyselleştirilmiş İyileştirme**, Haziran, 2014, www.cocuklaricinadalet.org, (erişim tarihi: 03.01.2016).

Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Eylem Baş*

*"Kimi diyo ki, sen benden daha zenginsin diyo.
Kimi, git diyo, kör müsün, çalış diyo, elin ayağın tutuyo diyo.
Kimi diyo, ayıp değil mi dileniyosun, diyo, terbiyesiz, diyo.
Bu çocuğu sokağa çıkartıyosun, diyo.
Ben de diyorum ki keyfinden çıkarmıyorum ki çocuğumu sokağa, diyom.
Yoksulluktan çıkartıyom, diyom..."¹*

ÖZET

Gündelik hayatın içinde sık sık karşı karşıya kalınan dilencilik fiilinin nedenlerinden birini yoksulluk oluşturur. Dilencililiğin yoksullukla olan ilişkisi değerlendirildiğinde dilenmek adeta hayatta kalma çabası olarak ortaya çıkar. Bir gelir elde etme yolu haline getirilmek suretiyle kişilerin dilenerek geçimlerini sağladıkları görülür. Yoksullukla koşut olarak dilencilige birçok toplumda ve tarihte rastlanılır. Ancak her yoksulun dilenmediği gibi yoksul olmayanların da dilendiği gözlemlenir. Mevzuata bakıldığında bizatihi dilencilik fiili suç olarak değil ama kabahat olarak düzenlenmiştir. Böylece kişilerin acıma ve merhamet duygularının kötüye kullanılması engellenmeye çalışılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 229'da ise çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması halinde, kullanan kişinin cezalandırılması öngörülerek bu durum TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Yine araç olarak kullanan kişiler, araç olarak kullandıkları kişilerin üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eşleriyse, cezanın arttırılması öngörülmüştür. Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde de verilecek cezanın arttırılması kabul edilmiştir. Çocukların, bedensel veya ruhsal bakımdan kendini idare edemeyecek olan kişilerin bu suçta

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹ Dilencilerle ilgili olarak gerçekleştirilen bir alan araştırmasında, kendisiyle konuşulan ve bir dilenci olan Dilber'in ifadeleri için bkz. **KALFA TOPATEŞ**, Aşlıcan, Dilenciler Türkiye'de Yoksulluk ve Dilenme Kültürü, İstanbul 2015, s. 249.

araç olarak kullanılması bir anlamda toplumun acıma duygusunun kötüye kullanılmasına ve böylece haksız çıkarların elde edilmesine neden olabilmektedir. Bu kapsamda, çalışmada dilencilik fiiline yönelik 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) m. 33'te ve TCK m. 229'da öngörülen düzenlemeler incelenerek, söz konusu düzenlemelerin yoksulluk bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

GİRİŞ

Dilencilikle ilgili olarak, mevzuata bakıldığında, dilencililiğin bir tanımının yapılmadığı görülmektedir. 1897 tarihli Teseülün Menine Dair Nizamname m. 9'da² "işe ve güce muktedir olduğu halde" dilenenlerden bahsedilmişse de dilenmeden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. İşe ve güce muktedir olmayan bir kimsenin dilenmesi halinde dilenen kimse hakkında bu Nizamname uygulanmayacaktır.

Mevzuat dışındaki kaynaklara bakıldığında dilenci, başkalarına avuç açarak kazanç elde etmeyi "meslek" edinen kişi olarak tanımlanmaktadır.³ Her ne kadar dilencilik meslek olarak nitelendirilse de, esasında değer üretilmeksizin gerçekleştirilen bir faaliyet olduğundan meslek olarak kabul edilmemelidir.⁴ Dilencilik, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğünde geçimin dilenerek sağlanması işi olarak tanımlanmaktadır.⁵ Bir diğer tanımlamaya göre ise dilencilik, bir kimsenin söz ve jestlerle karşılıksız ve doğrudan doğruya yardım istemesidir.⁶ Dilencilik fiilinin gerçekleşmesi için karşı taraftan istekte bulunması tek

² "Madde 9 – İşe ve güce muktedir olduğu halde tese'ül edenler zabıtaca derdest edilerek bunlardan İstanbullu olanlar veya taşralı olup da İstanbul'da tavattun etmiş bulunanlar zabıtaca kefaletle rapt ile salıverilecekler ve taşra ahalisinden bulunanlar dahi mahalleri devairi belediyesince işgal olunmak üzere memleketlerine iade olunacaklardır. Mükerrirlerden İstanbullu bulunanlar taşraya teb'it edileceklerdir. İslâhane ve sanayihanesi bulunan mahallerden gelen eşhas darülaceze konulmayıp mahalli mezkûrde barındırılacaklardır." Bkz. 16 Kânunusani 1311; 13 Şaban 1313, Tertip: 1 Cilt: 7 Sayfa: 48

TBMM'nin 772 sayılı Kararıyla, bu Nizamname hükümlerinin darülacezesi tesis edilen veya edilecek belediyelerde uygulanacağı belirtilmiştir. Bkz. 2701 sayılı 14.6.1933 tarihli Resmi Gazete

Söz konusu hükme bakıldığında, dilenen kişinin İstanbullu ya da İstanbul'da yerleşik olması halinde, dilenenler kefaletle serbest bırakılırken; taşralı olanlarsa memleketlerine gönderilmektedir. İstanbulluların ya da İstanbul'da yerleşik olanların dilencilikte tekerrür etmesi durumundaysa taşraya gönderilmesi öngörülmüştür. Ancak günümüzde Ay. m. 13 (temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması), m. 23 (yerleşme ve seyahat hürriyeti) ve m. 38 (suç ve cezalara ilişkin esaslar) dikkate alındığında, Nizamname'de belirtilen yaptırımların uygulama alanı bulamayacağı belirtilmelidir. Her ne kadar memlekete gönderme yaptırımı niteliği bakımından sürgün cezasına benzetilebilirse de, (bkz. **BİRTEK**, Fatih, "Dilencilik Suçu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 2 Y. 2014İ s. 137) 16.7.1965 tarihinde, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun geçici m. 2 ile ETCK'da ve özel kanunlarda yer alan sürgün cezası ortadan kaldırılmıştır. Bkz. RG. 12050 S. 16.7.1965 T.

Ayrıca Belediye Mezarlıklar Nizamnamesi m. 17'de dilencilerin, mezarlıklara girmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. (Bkz. 1868 sayılı 9.8.1931 tarihli Resmi Gazete) 5682 sayılı Pasaport Kanunu m. 8'de ise serserilerin ve dilencilerin Türkiye'ye girmekten mennu oldukları belirtilmişse de (bkz. 7564 sayılı 24.7.1950 tarihli Resmi Gazete) 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 124 ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. (Bkz. 28615 sayılı 11.4.2013 tarihli Resmi Gazete)

³ **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 285

⁴ **KALFA TOPATEŞ**, s. 285.

⁵

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57c6b3b4982a47.21322752

⁶ **TEZCAN**, Mahmut/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel hukuku, Ankara 2015, s. 714.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş*

başına yeterli olup, karşı tarafın dilenen kimsenin bu isteğine uygun olarak bir şey vermesi gerekli değildir.⁷

Dilenmek bir kimsenin acınacak halde ya da yaşamını idame ettirebilmek için yeteri kadar parası olmadığını karşı tarafa sözle, hareketle, yazıyla ya da başka bir şekilde bildirerek ya da göstererek karşısındakinin kendisine karşılıksız olarak yardım yapmasını istemektir. Dilenmede, dilenen kimsenin kendini acındırarak karşı taraftan para ya da ekonomik nitelikteki herhangi başka bir şey istenmektedir. Bu nedenle örneğin kırmızı ışıktaki arabaların camları temizlendikten sonra para istenmesi ya da mendil satılması dilencilik değildir.⁸ Ancak dilencilik sınıflandırılmasında satış yaparak dilenme ve satış yapmadan dilenme şeklinde bir ayrımın yapıldığı görülmektedir. Bu ayrımı benimseyenlere göre dilencilik kapitalizmle beraber mübadeleye dönük ilişkilerle dönüşüm geçirmiştir.⁹ Örneğin çiçek satılmasında olduğu gibi değeri oldukça düşük olan şeylerin satılması bu kapsamda düşünülebileceğinden aslında dilencilik önceden bir tanımının yapılmasının oldukça güç olduğu, zira dilencilik geniş ve karmaşık bir alan olduğu belirtilmektedir.¹⁰ Yine bu kapsamda cam silmek, yara bandı, kalem gibi karşılığı verilmesine rağmen alınmayan ürünlerin satılmasının da dilencilik olduğu ileri sürülmektedir.¹¹

Yoksulluk gelir düzeyindeki yetersizliğe dayanır ve bu yetersizliğin etkileri nedeniyle eğitim, sağlık, ulaşım, barınma, beslenme gibi birçok hizmete ve kaynağa erişimde eksiklik ve bu eksikliğin yarattığı insan onuruna yaraşır şekilde yaşama koşullarından uzaklaşma hali olarak tanımlanabilir. Her yoksulun dilenmediği görülmektedir. Bu nedenle dilencilik yoksulluğun hangi düzeyinde başladığı hususu üzerinde durulmalıdır. Dilencilik bir son çare olup adeta hayata tutunmanın bir görünümüdür. Kendi içinde karmaşık ve katmanlı bir yapıya sahip olan yoksulluk süreçleriyle bazı risklerin birleşimi, kişiyi dilencilikğe götürmektedir. Örneğin eğitim düzeyinin düşüklüğü ya da hiç olmaması ya da herhangi bir şekilde bir işe girebilecek becerilere sahip bulunulmaması, bu becerilerin sonradan edinilmesini güçleştirdiği gibi dilencilik sürecini de başlatabilir. Dilenerek bir süre sonra gelir çataları yükseltilebilse de iş bulma kanallarına erişilemediğinden dilenmeye devam edilir. Yine

⁷ YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, Ankara 2014, s. 6864.

⁸ Nitekim Yargıtay da bu durumu dilencilik fiili olarak değerlendirmemektedir. "...Kötü muamele suçunda; okul saati dışında, araç içerisinde bulunanlara mendil sattığı saptanan mağdurun, harçlık elde etmek için bu işi yaptığını, sanık annesinin haberinin bulunmadığını beyan edip, sanığın da mağdur oğlunun bu şekilde mendil sattığını bilmediğini savunması karşısında, bu işi sanığın yaptırdığına dair kesin ve inandırıcı hiç bir kanıt bulunmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir..." Yargıtay 14. CD. 2012/14911 E. 2013/3621 K. 1.4.2013 T. (www.kazanci.com)

Ayrıca mendil satanlar da kendilerini dilenci olarak görmemektedirler. Bkz. KALFA TOPATEŞ, s. 246-247.

⁹ Bu görüşe göre mendil ya da yara bandı satıcısıyla kurulan ilişkinin bir sadaka ilişkisi olduğu yoldan geçenlerce bilinmekte ve bu nedenle yoldan geçenler satılan ürünün fiyatından daha yüksek bir meblağı satıcıya vermektedirler. Ayrıca bu kişilerin genelde ürünlerini yalvararak, ısrarla, zor durumda olduğunu belirterek ya da kimi zaman saldırganca satmaya yönelik bir tutum izlemeleri de söz konusu görüşün diğer bir dayanağını oluşturmaktadır. Nitekim kimi zaman satılan ürünün daha önceden belirlenen bir parasal değerinin bulunmaması da bunun bir göstergesidir. Bkz. KALFA TOPATEŞ, s. 57, 209-210, 220, 289.

¹⁰ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, "A Rapid Assessment of Bonded Labour in Domestic Work and Begging in Pakistan", Geneva 2004, s. 22.

¹¹ PARIN, Suvat, "Dilencilik Yoksulluk İlişkisi", Sosyoloji Dergisi, 3. Dizi, 20. Sayı, 2010/1, s. 33.

doğal bir afete maruz kalınması da yoksulları dilencilğe sürükleyebilir. Tüm bu risk birleşenlerinin yoksullukla birleşmesi dilencilği tetikleyebilir.¹²

Gerçekleştirilen sosyolojik çalışmalara atfen, günümüzde yaygın bir şekilde görülen dilencilğin büyük bir kısmının yoksulluk kaynaklı olmadığı; dilencilğin “meslek” olarak kabul edilmesiyle ilgili olduğu da ileri sürülmektedir. Dilencilğin ekonomik, kültürel, sosyal pek çok sebebi vardır ve bu sebepler ortadan kaldırılmaksızın dilencilikle baş edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bugün gelişmiş modern toplumlarda dahi dilencilik fiili görülmektedir.¹³ Türkiye’de çalışan ve yoksul olanlar yanında “çalış(a)mayan” iş bulamayan yoksullar ve dilenciler de bulunmaktadır.¹⁴ Tarihe bakıldığında da yoksulluğun var olduğu sürece, çalışamayacak durumda olan ya da iş imkânlarına ulaşamayan bazı kimselerin yaşamların idame ettirebilmek amacıyla dilencilik yaptığı görülmektedir. Bu durum dilencilğin yoksullukla aralarındaki ilişkiselliğin bir göstergesidir. Yoksullukla birlikte göç,¹⁵ hane yapılarındaki dönüşüm, aile riskleri (annenin, babanın ya da her ikisinin de yitirilmesi), kentsel geçim olanaklarının daralması, yapabilirlikten yoksunluk (erken yaşta evlenme, çocuk bakımı imkânlarından yoksunluk, imkânsızlık, eğitimsizlik, sağlıksızlık gibi), çeşitli risklere maruz kalma, kayıt dışı dayanışma ağlarının yetersizliği, dilenmeye neden olabilmektedir. Yoksullukla birlikte kentsel yaşamla bütünleşememek, çalışmak için gerekli olan vasıflara sahip olamamak, eğitimsizlik ve bunun neticesinde dilenmek adeta bir kısır döngü halini alarak birbirini doğurmaktadır.¹⁶

Toplumsal hayata bakıldığında herkesin aynı ekonomik duruma sahip olmadığı görülür ve kişilerin kendi ekonomik seviyesinin altında olanlara karşı bir acıma hissi duyduğundan bahsedilebilir. Bu nedenle toplumda hali vakti yerinde olan kimselerin bazıları, ekonomik durumu nispeten kendilerinden kötü olanlara yardım ederler. Ancak söz konusu yardımı gerçekleştirirken çoğu zaman yardım ettikleri kişilerin gerçekten ihtiyaç sahibi olup olmadıklarını araştırma imkânına sahip olmadıklarından, kendilerine yardım talebi iletildiğinde bu talebi yerine getirirler. Böylece ihtiyaç sahiplerinin yardım toplamasıyla toplumdaki gelir adaletsizliğinin belli bir ölçüde önüne de geçilmektedir. Ancak çoğu zaman maddiyata verilen önem nedeniyle, bazı insanların ihtiyaçları olmamasına karşın, yardımsever insanların duygularını sömürerek haksız kazanç sağlaması söz konusu olur ve belli zaman sonra gerçekten ihtiyaç sahibi olanla olmayan arasındaki ayrım yapılamaz hale gelir. Toplumdaki acıma duygusu yerini “senden benden zengin” düşüncesine bırakır. Böylece gerçekten ihtiyaç içinde olanlarla, toplumun acıma ve yardım etme duygusunun ve genel ahlakın zedelenmesi durumuyla karşı karşıya kalınır.¹⁷ Basında her ne kadar dilencilerin

¹² KALFA TOPATEŞ, s. 23, 47.

¹³ BİRTEK, s. 121, 128.

¹⁴ KALFA TOPATEŞ, s. 100.

¹⁵ Örneğin bu kapsamda dilenen Suriyeli sığınmacılar akla gelmektedir. Savaş ve uluslararası göç sonucu yaşadıkları şok ve Türkiye’nin sınıfsal yapısıyla henüz bütünleşememeleri, dilenmelerinin nedeni olarak görülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KALFA TOPATEŞ, s. 116, dp. 8.

¹⁶ KALFA TOPATEŞ, s. 159, 285-287.

¹⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6862.

yüksek meblağlarda banka hesaplarının bulunduğu şeklinde haberler yer alsa da¹⁸ gerçekleştirilen araştırmalar dilenmenin, dilenenleri yoksulluktan kurtaracak bir niteliğe sahip olmadığını ancak hayatta tutunabilmelerini sağladığını göstermektedir.¹⁹ Buna karşıt olarak dilencilik yoksulluğun bir görünümü olarak kötüye kullanılması suretiyle gelir elde etme yöntemi olarak kullanıldığı da bir gerçektir.²⁰

I. DİLENCİLİK SUÇUNA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

Dilencilik suçu, TCK'nın özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının, "Topluma Karşı Suçlar"²¹ yer veren üçüncü kısmının "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde ve m. 229'da hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması halinde, kullanan kişinin cezalandırılması öngörülerek bu durum TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Yine araç olarak kullanan kişiler, araç olarak kullandıkları kişilerin üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eşleriye, cezanın arttırılması öngörülmüştür. Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde de verilecek cezanın arttırılması kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK (ETCK) m. 544'te²² dilencilik yapmak, m. 545'te²³ dilencilik yaptırmak fiilleri kabahat olarak cezalandırılmaktaydı. TCK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber cürüm-

¹⁸ 28.9.2014 tarihli "Kazada ölen yaşlı dilenci milyoner çıktı" başlığıyla verilen haber şu şekildedir: "Konya'da geçirdiği trafik kazası sonucu ölen ve kentte "Garip" ya da "Poşetli Dede" olarak bilinen dilencinin iki ayrı banka hesabında yaklaşık 1.5 milyon lira parası olduğu ortaya çıktı." Haber metni için bkz.

(http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/124615/Kazada_olen_yasli_dilenci_milyoner_cikti.html)

Yine 5.4.2013 tarihli "Dilenci, gayrimenkul zengini çıktı" başlığıyla verilen haber şu şekildedir: "Eskişehir'in merkez Odunpazarı İlçe Belediyesi zabıta ekiplerinin dilenirken yakaladığı yaşlı adamın üzerinden 3 gayrimenkul tapusu çıktı. Belediyeden yapılan açıklamaya göre, Zabıta Müdürlüğü ekiplerinin gerçekleştirdiği denetimde 68 yaşındaki H.U, kent merkezinde dilenirken yakalandı. Zabıta Karakolu'na götürülen yaşlı adamın üzerinde yapılan aramada Sinop'ta adına kayıtlı 3 gayrimenkul tapusu ile bir miktar para ele geçirildi." Haber metni için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/dilenci-gayrimenkul-zengini-cikti/gundem/gundemdetay/05.04.2013/1689711/default.htm>

¹⁹ KALFA TOPATEŞ, s. 199.

²⁰ PARİN, s. 37.

²¹ Kaynağını beşeri iradenin oluşturduğu ceza hukuku düzenleri bakımından suçun mağdurunun toplum ve toplumun siyasal bir görünümü olarak devlet olduğu kabul edildiğinden, işlenen tüm suçların topluma karşı işlenmesi nedeniyle "topluma karşı suçlar" başlığının suçların tasnifinde ayırt edici bir niteliğe sahip olmadığı için yerinde olmadığı ve bu nedenle başlığın "kamuya karşı suçlar" şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir. Nitekim toplum düzeni insanlar tarafından oluşturan genel bir düzeni ifade etmekteyken; toplumda kamu düzeniyse, kendisine uyulması kamusal erkle sağlanan bir düzeni ifade etmektedir. Bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012, s. 1.

²² "Madde 544 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Her kim, çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır.

Tekerrürü halinde hafif hapis cezası bir aydan aşağı olamaz."

²³ "Madde 545 (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Her kim, 15 yaşından aşağı çocukları toplayıp dilencilik ettirir veya velayet ve vesayeti altında bulunan yahut kendisinin muhafazası ve nezaretine tevdi olunan 15 yaşından aşağı bir küçüğün dilenmesine veya bir kimsenin o küçüğü dilencilikte kullanmasına müsaade ederse üç aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis ve 100 liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasıyla cezalandırılır."

Dilencilik yaptırmak fiili yani ETCK m. 545'te yer alan düzenleme birebir olmasa da TCK m. 229'da suç olarak düzenlenmiştir. Bkz. PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu,

kabahat ayrımı kaldırıldığı gibi, dilencilik yapmak fiilinin bizihi kendisi suç olmaktan çıkarılarak, bu fiil KK m. 33'te²⁴ kabahat²⁵ olarak hükme bağlanmıştır. Tüm bunlar hukuk sisteminde, dilencilğe dayalı bir gelir elde etme yönteminin hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edildiğini göstermektedir.²⁶

Dilencilik yapmak fiilinin KK'da kabahat olarak düzenlenmişken; çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunanların dilencilikte araç olarak kullanılmasının neden suç olarak düzenlendiği hususu üzerinde durulmalıdır.²⁷ Bir hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kuralları, ceza hukukunun ana ilkeleri ve Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkedeki sosyal, kültürel yapı, etik değerler ve ekonomik hayatın gereksinimleri dikkate alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Bu kapsamda kanun koyucunun, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda kimlerin hangi eylemlerinin suç sayılacağı, söz konusu eylemleri hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılayacağını, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisi bulunmaktadır.²⁸ Ancak söz konusu takdir yetkisinin kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların dikkate alınması gerekmektedir.²⁹

Kanun koyucu tarafından bir yönüyle suç diğer yönüyle de kabahat olarak düzenlenen dilencilik fiiliyle ilgili olarak, ülkedeki sosyal, kültürel yapı, etik değerler ve ekonomik hayatın gereksinimleri dikkate alınarak saptanacak ceza siyaseti kriterinin esas alınıp alınmadığının anlaşılabilmesi bakımından hem TCK m. 229'un hem de KK m. 33'ün konuluş amacına bakılmasında yarar vardır.³⁰ Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda dilencilik kabahatinin gerekçesinde söz konusu düzenlemede çocukların, fiziksel veya zihinsel engellilerin dilencilikte araç olarak kullanılmasının değil, bizihi dilencilik fiilinin kabahat olarak cezalandırıldığı ve böylece, başkalarının merhamet ve acıma duygularının istismarının engellenmek istendiği belirtilmiştir.³¹ TCK m. 229'un gerekçesinde ise dilencilüğün neden suç olarak sayıldığı çocukların, fiziksel veya zihinsel engellilerin dilencilikte araç olarak kullanılması suretiyle başkalarının diğerkâmlık ve acıma duygularının istismar edildiği ve böylece haksız kazançların elde edilebildiği ve bu durumun kişilerdeki kimsesizlere,

Ankara 2008, s. 3391. Zira ETCK döneminde dilencilik yaptırmak bakımından 15 yaşından küçük olan çocuklara dilencilik yaptırılmasından bahsedilmişti. Yani 15 yaşından büyük olan çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması hali bu kapsamda değildi.

²⁴ "Dilencilik

Madde 33 - (1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir."

²⁵ KK m. 2 uyarınca kabahat deyiminden anlaşılması gereken, kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıktır.

²⁶ PARİN, s. 26.

²⁷ BİRTEK, s. 134.

²⁸ AYM, 2013/128 E. 2014/66 K. 27.3.2014 T. (29117 sayılı 12.09.2014 tarihli Resmi Gazete)

²⁹ AYM, 2014/38 E. 2014/80 K. 9.4.2014 K. (29008 sayılı 23.5.2014 tarihli Resmi Gazete)

³⁰ BİRTEK, s. 134.

³¹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

yoksullara yardım etme yönündeki hasletlerinin zayıflamasına neden olduğu belirtilerek,³² açıklanmaya çalışılmıştır. Nitekim bu kimselerin, diğer kimselere nazaran daha iyi kazanç getirdiği yönünde bir algı vardır.³³

Hem KK m. 33 hem de TCK m. 229 hükmü ve söz konusu hükümlerin gerekçeleri incelendiğinde, kanun koyucu tarafından kişilerin bireysel yani doğrudan dilencilik yapmalarındaki ahlaki kötülük ve haksızlık; çocuklarla beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunanların dilencilikte araç olarak kullanılmasına nazaran, toplum açısından daha az önemli görülmüştür. Bir kimsenin kendisinin dilenmesi “ahlaki kötülük”; bir çocuğun ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan birinin dilencilikte araç olarak kullanılması ya da bir başkasının dilencilğe zorlanması gizli bir sömürü, istismar ya da bir tür köleleştirme olarak nitelendirilebilir. Nitekim burada insan onuru hiçe sayılmakta ve toplumun acıma, merhamet ve yardımseverlik duyguları kötüye kullanılarak toplumsal bir soruna ve utanca neden olunmaktadır. Kanun koyucunun da söz konusu durumu ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini dikkate alarak suç olarak düzenlediği görülmektedir.³⁴

Kabahatler esasında suçun bir türüken çeşitli gerekçelerle suç olmaktan çıkarılarak bağımsız bir kavram haline gelmiştir. Bu nedenle suç ve kabahat ayrımını yapabilmek için, suç kavramına değinilmesi gerekir.³⁵ Her hukuka aykırı fiil ceza hukuku anlamında suç değildir. Bir fiilin suç olabilmesi kusurlu irade işlenen bir fiil olması gereklidir.³⁶ Ceza hukukuna egemen olan ilkelerden birisi de son araç olma ilkesidir, yani bir haksızlıkla hukukun diğer dallarıyla etkin bir şekilde mücadele imkânı mevcutsa kanun koyucu ceza hukuku yaptırımlarına başvurmayıp, kabahatler hukuku alanına yönelmelidir.³⁷

ETCK'da suçlar, cürümler ve kabahatler olarak ikiye ayrılmaktaydı. ETCK m. 11 uyarınca, cürümlere özgü cezalar ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi, hidematı ammeden memnuiyet cezalarıyken; kabahatler için mevzu cezalar ise hafif hapis, hafif cezayı nakdi, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası şeklinde belirtilmişti. ETCK'da kabahat olarak adlandırılan fiiller, bugünkü anlamında kullanılan düzene aykırılıkları değil, esasında bir suç ifade etmekteydi.

³² Nitekim yapılan bir araştırmada da bu durumla ilgili olarak muhtarlarla konuşulmuş ve muhtarlardan biri “Onların günlük geliri çok, yardıma ihtiyaçları yok. Dini kelimelerle halkın duygularını sömürüyor. Bizim halkımız çok duygusal. Muhtarlığa hiç gelmezler, asla, çünkü ihtiyaçları yok. Yani bunlar bir yerde bu işin ticaretini yapanlar. İhtiyaç sahibi değil %90'ı. %10'u belkiddir...” demiş yine bir diğer muhtar da “Sosyete dilenciler var, elinde altın yüzük, sigara, gelmiş para istiyor. Zengin olmaları muhtemeldir, yemek masrafı, giyim falan fazla yok vs. Zengin olabilir.” demiştir. Bkz. **KALFA TOPATEŞ**, s. 231-232.

³³ **ÖZER**, Yunus Emre/**YONTAR**, İbrahim Günay, “Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 2013, C. 12, S. 43, s. 244.

³⁴ **BİRTEK**, s. 136.

³⁵ 1850'li yıllarda ortaya çıkan okulların etkisiyle ceza hukuku bakımından yeni bir dönem başlamış ve cürüm, cünha ve kabahat adı altında suçların önem derecesine göre yapılan çeşitli ayrımlar zaman içinde farklı görünümler şeklinde olsa da pek çok ülke mevzuatına girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 8-11

³⁶ **TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2015, s. 120-121.

³⁷ Kabahatler hukuku devlet ile birey arasındaki kamusal ilişkiyi devletin üstünlüğü ilkesine bağlı olarak düzenlediği için kamu hukuku içerisinde yer alır ve suçlara ilişkin genel ilkelere ve kurallara tabi olması yönünden ceza hukukunun, yaptırıma idarenin karar vermesi yönüyle de idare hukukunun alanına girer. Bkz. **KANGAL**, Zeynel, Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011, s. 9-10, 22-24.

Kabahat kavramıyla ilgili olarak yapılan teorik tartışmalar şekli ve esasa ilişkin kriterler olarak ikiye ayrılabilir. Şekli kriterler, kabahatler ve suçlara uygulanacak yaptırımların ve usul kurallarının farklılığından yola çıkmaktadır. Esasa ilişkin kriterler ise nitelik kriteri, nicelik kriteri ve nitelik-nicelik kriteri olarak üçe ayrılmaktadır.³⁸ Niteliksel ayrımı savunanlar objektif ve sübjektif kıstaslardan hareketle faile, fiile, manevi unsura ya da ihlal edilen hukuksal yarara göre ayrıma gitmişlerdir. Nicelik farkını esas alan yazarlar ise kabahatleri cürümlere nazaran zarar ve tehlikenin hafif olmasına göre saptamaya çalışmışlardır.³⁹ Zira kabahatler cürümlere nazaran toplum düzenini daha hafif derecede bozan eylemlerdir ve öğretilde kabahatler için cüce cürümler ifadesi de kullanılmaktadır.⁴⁰ Toplum düzenini aynı derecede sarsmayan iki fiile aynı ceza verilmemelidir.⁴¹ Yine sayıları az olsa da hem niteliksel hem de niceliksel açıdan farka değinerek kabahat kavramını açıklama girişimlerinde de bulunulmuştur.⁴² Niteliksel ayırmada haksızlığın tümüyle suç kavramıyla sınırlı tutulmayarak, ayırımın temelini oluşturan adli ve idari teşkilat arasındaki amaç farklılığına da dikkat edilmelidir. Ceza hukuku adli teşkilata, idari ceza hukuku ise idari teşkilata hizmet etmeyi amaçlamaktadır. Zira adli faaliyetin amacı insanların sahip olduğu irade özgürlüğüne ait alanı korumak ve olabilecek ihlallere karşı hukuksal yararları koruyan normları uygulamakken; idarenin amacı, toplumsal refahın karşılanmasıdır ve idare bunu sağlamak için çeşitli işlemler yapar. Yani ilkinde irade sahibi birey ön plandayken; ikincisinde toplum ön plandadır. Suçta irade özgürlüğüne ilişkin ihlal nedeniyle bir zarar ortaya çıkmaktayken; idari suçta yalnızca ideal olan hedefe ilişkin taleplerin kesintiye uğraması söz konusu olmaktadır. Dıştan bakıldığında hem suç hem de idari suç hukuka aykırıdır. Ancak bu hukuka aykırılığın nitelendirilmesi farklıdır. İdari suçlarda idari hukuka aykırılık söz konusudur. Bu nedenle idarenin başvurduğu önlem ya da yaptırımlar ceza olarak anlaşılmamalıdır. Zira bu yaptırımlar düzenin sağlanmasına ilişkin bir uyarı ya da davet olarak düşünülmelidir. Toplumsal düzene ilişkin zararın tazmini söz konusudur. Niceliksel ayırım ise suç-kabahat ayırımının esasının ne olduğunun belli olmamasına ve bu belirsizliğin suç ve idari suçlar arasında herhangi bir ayırımın olmadığı yönünde bir dönüşümle ortaya çıkmıştır. Bu ayırmada genel olarak haksızlığın ölçüsünü belirleme itici güç olmuştur.⁴³

İleri sürülen görüşler birlikte değerlendirildiğinde aslında sorunun çözümü için “hukuksal yarar” kavramı üzerinde durulmalıdır. Bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için korunan hukuksal yararın hem uluslararası hem de ulusal bir kimliğe sahip olan toplumsal açıdan oldukça önemli olması gerekir. Devlete ait erklerin amaçları dikkate alınarak hukuksal yarar kavramına bu fiiller bakımından farklı bir içerik kazandırılması tamamen olmasa da mümkündür. Zira idari suçlarda korunan hukuksal yarar kural olarak toplumun sağlığı,

³⁸ KANGAL, s. 28-35.

³⁹ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Suç-Kabahat Ayırımı” - İdari Ceza Hukuku’nun Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 28-29.

⁴⁰ DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 495.

⁴¹ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev: Sami SELÇUK) Ankara 2010, s. 48.

⁴² KANGAL, s. 34-35.

⁴³ Söz konusu farklılığın muhakeme hukukunda da bir görünümü olmalıdır ve idari suçlarda esas olan idari yargılama olmalıdır. Böyle olunca da ortaya ceza hukukundan bağımsız olan bir hukuku dalı yani idari ceza hukuku çıkmaktadır. Bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukuku’nun Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 34-36.

güvenliği, huzuru, refahı gibi konuları içerir. Böylece toplum belirli bir disiplin içinde kalır ve idare, işlevini daha sağlıklı bir şekilde yerine getirir. Ancak bazı idari suçların öncelikli amacının bireyi korumak olması ya da idari suçlara benzer hususların suç olarak öngörülmesi hallerinde sorunlar ortaya çıkabilir. Örneğin çalışanları ilgilendiren birçok yasada idari makamla fail arasındaki ilişki değil; temel hakların doğrudan güvence altına alınması ön planda yer alır. Yine cinsel hastalıklarla ya da salgın hastalıklarla ilgili düzenlemeler de bu temel hakların korunmasına hizmet etmekteyken; örneğin hayat ve vücut sağlığının korunmasına yönelik tehlike suçları da ceza kanunlarında yer almaktadır. Yani benzer konulara farklı hukuk dallarında yer verildiği görülmektedir. Yine ETCK'da suç olarak düzenlenen bir hususa; TCK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber kabahatler içinde yer verilmesinin nedeni ne olabilir? Her ne kadar idari nitelikteki fiillere ilişkin bir genel çerçeve çizilmesi mümkünse de konu itibarıyla kesin bir ayırım yapılması mümkün değildir. İdari suçlarda korunan hukuksal yararın öncelikle idari çıkarlar olduğunu söylemek imkânı artık yoktur. Örneğin KK m. 38'de düzenlenen "işgal", m. 33'te düzenlenen "dilencilik" kabahatleri idari suçların geleneksel tanımına uygun düşmekle birlikte m. 36'da yer alan "gürültü" ya da m. 37'de yer alan "rahatsız etme" kabahatleri öncelikli olarak bireyin rahatsız edilmemek yönündeki hukuksal yararını korumaktadır. Hukuksal yarar her ne kadar tek başına belirleyici ölçüt olmasa da kanun koyucu şayet bir fiili idari suç olarak nitelendiriyorsa bu durumda korunan hukuksal yararın toplumsal açıdan daha az öneme sahip olduğu söylenmelidir.⁴⁴ Örneğin idari nitelikte olduğu kabul edilmesine karşın; TCK m. 179 ve m. 180'de düzenlenen kasten ve taksirle trafik güvenliğini tehlikeye sokma; m. 181 ve m. 182'de kasten ve taksirle çevrenin kirletilmesi gibi fiiller suç olarak düzenlenmiştir.

Hukuka aykırılık, gerçekleştirilen bir fiilin hukuk düzenince uygun görülmemesi ve tüm hukuk düzenince çatışma halinde olmasıdır. Ayrıca bu fiille, kuralın koruduğu hak ve yararın da ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Ancak idari suçları konu bakımından kesin çizgilerle sınırlandırmak mümkün olmadığından kanun koyucunun iradesine bakmak gerekmektedir. Yani hukuka aykırı fiilin tabi olduğu rejim belirleyici ölçüt olmalıdır.⁴⁵ Suçlarda olduğu gibi kabahatlerde kanunda açık bir hüküm olmadığı müddetçe kast ya da taksirle işlenebilir. Bu nedenle suç-idari suç ayırımında manevi unsura dayanılarak bir ayırma gidilemeyecektir. Ancak yaptırım açısından bir farkın olduğu söylenebilir. Cezai yaptırımlar, ceza hukuku anlamındaki hukuka aykırı fiile yani suça özelliğini veren ve bu fiili diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran yaptırımlardır. Bu yaptırımlar caydırma, ödetme ve ıslah araçlarıdır.⁴⁶ İdari yaptırımların amacı ise daha önce de belirtildiği üzere düzene davet niteliğindedir ve vatandaşları eğitici, uyarıcı bir rol üstlenmektedir.⁴⁷

⁴⁴ MAHMUTOĞLU, "Suç-Kabahat Ayırımı", s. 37-39.

⁴⁵ Bu nedenle hukuka uygunluk sebepleri idari nitelikteki suçlar bakımından da kabul edilmelidir. Örneğin evine hırsız giren (A)'nın, gece yarısı herkesi rahatsız edecek şekilde bağırmasında (A)'ya idari yaptırım uygulanması düşünülemez. Bu nedenle suçlar ve idari suçlar arasında meydana gelen hukuka aykırılık ve bu hukuka aykırı neticenin nitelendirilmesi yönündeki ayrımla bir farklılık yaratılması mümkün değildir. Zira hukuka aykırı fiilin yalnızca ceza hukukuna ya da idare hukukuna özgü bir kavram olduğunu görmemekteyiz. Örneğin idari nitelikteki bir suçun gerçek anlamda bir suç olarak düzenlenmesi halinde artık bu suç bakımından idare hukuku kuralları uygulanamayacaktır. Bkz. MAHMUTOĞLU, "Suç-Kabahat Ayırımı", s. 39-40.

⁴⁶ TOROSLU, Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 103.

⁴⁷ MAHMUTOĞLU, "Suç-Kabahat Ayırımı", s. 41-42.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş*

KK'nın anlaşılması için öncelikle felsefesinin ne olduğunu belirlemek gereklidir. Belirlemenin yapılabilmesi için KK'nın genel hükümleri yol göstericidir. KK, TCK ile bazı benzerlikler taşımaktadır. Bu benzerlik rastgele gerçekleştirmiş bir sonuç değildir. Zira suç genel teorisi bakımından suç sayılan bazı fiillerin KK'ya ya da başka bir kanuna alınmasıyla özelliğini bütünüyle kaybedeceği söylenemez.⁴⁸ Bu yönelimin temel amacını suçlulukla mücadele oluşturmaktadır. Zira önemli nitelikte olmayan ihlaller, mahkemelerin iş yükünü artırmakta,⁴⁹ zaman kaybına neden olmakta, ceza hukukunun genel ve özel önleme gücünü zayıflatmaktadır. Yine yargılama faaliyetlerine ilişkin maliyetleri artırmaktadır. Kabahat teşkil eden fiillerin ceza kanunlarında yer alması kişisel özgürlüklerin ancak zorunlu hallerde kısıtlanabileceği ve ceza hukukunun toplumsal düzeninin korunmasına son araç niteliğine sahip olma niteliğiyle çelişmektedir.⁵⁰

Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma yönelimin sonucu olarak, çeşitli hususlarla ilgili düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiillerin karşılığında idari yaptırımlar öngörülmüştür. Bu fiiller "idari suç" olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu fiillerin işlenmesinde, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörse de, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan "adli para cezası" değil; idarî yaptırım olan "idarî para cezası" niteliği taşımaktadır.⁵¹

Kabahatleri suç olmaktan çıkarmaya ilişkin yönelimlerle ilgili olarak iki tür hareket söz konusudur. İlkin fonksiyonunu tümüyle yitiren fiillerin suç olmaktan çıkartılmasıyla birlikte, başka herhangi bir kamusal yaptırıma da konu edilmemesi; ikincisini ise bu fiillerin suç olma niteliklerini kaybetmelerine karşın hukuka aykırılıklarının devam etmesi yani ceza hukuku dışındaki bir başka kamusal yaptırımla sonuçlandırılması oluşturur.⁵² Dekriminalizasyon, bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması ve diğer hukuk dallarıyla da yaptırıma bağlanmamasıdır.⁵³ Bunun nedeni bu fiillerin onaylanmak istenmesi değil;

⁴⁸ ÖZTÜRK, Bahri: "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 124.

⁴⁹ ŞEN, Ersan, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994, s. 201.

⁵⁰ MAHMUTOĞLU, "Suç-Kabahat Ayırımı", s. 30.

⁵¹ Her ne kadar hem adli para cezası hem de idari para cezası belli bir miktar paranın muhatabından alınarak Devlet Hazinesine intikal ettirilmesinden ibaret görünse de; adli nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanunî sonuçlar bakımından kayda değer farklılıklar vardır. Örneğin idari nitelikte bir yaptırım olan para cezasına, ceza muhakemesi neticesinde mahkeme tarafından hükmedilmeyip, bu ceza idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Yine idari para cezaları, adli sicile kaydedilmediği gibi, ödenmediği takdirde hapis cezasına da dönüştürülmez. Bu cezalar bir nevi uyarı fonksiyonu görür ve kamuda oluşan zararın giderilmesi amacına da hizmet eder. Bu nedenle idari para cezasının misli nitelikte olması mümkündür. Bkz. KK'nın genel gerekçesi (bkz. Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem:22 Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 840)

İdari para cezası maktu ya da nispi olabilir. İdari para cezası alt ve üst sınırları kanunda belirlenmek suretiyle de belirlenebilir. İdari para cezası belirlenirken kabahatin, haksızlık içeriğine, failin kusuruna ve ekonomik durumuna bakılır (KK m. 17/1, m. 17/2). İdari para cezası Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil edilir.

⁵² TOROSLU, Nasıl, Ankara 1987, s. 14-15. İkinci yolun seçimi idari ceza hukuku adı verilen hukuk dalının oluşumuna katkıda bulunmuştur. Bkz. MAHMUTOĞLU, "Suç-Kabahat Ayırımı-", s. 31.

⁵³ BAYRAKTAR, Köksal, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", İÜHF, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 199.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

cezalandırmamanın toplumsal bakımdan daha yararlı hâle gelmesidir.⁵⁴ Depenalizasyon ise ceza sistemi içinde suçun cezalarını azaltmak veya fiili, medenî ya da idarî müeyyidelere tâbi kılmak yahut hakem yetkisine almak amacıyla yapılır. Yani fiilin maddi yapısında değil cezanın niceliğinde bir değişiklik yapılması söz konusudur. Türk hukuk sisteminde en önemli depenalizasyon örneği olarak KK gösterilebilir.⁵⁵ Artık ortada ceza hukuku anlamında bir suç yoktur.⁵⁶ Böylece idari suç için verilen ceza hukuksal bir dönüşüm geçirerek “idari işlem” niteliğine bürünmüştür. Bu nedenle söz konusu idari işlemler için artık idare hukuku ilke ve kuralları uygulanarak, idare hukuku rejimine tabi olacaklardır. Ancak bunlara uygulanan idari usulün temel ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda ise ceza hukukunun bütünüyle devre dışı kaldığı düşünülmemelidir.⁵⁷ Ancak bu idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarının denetiminde ise artık idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları dikkate alınacaktır.⁵⁸

Yönelimin sonucu olarak yapılan yasal düzenlemelerle idari yaptırımların uygulama alanı genişlemiştir. Zira bu yönelimin etkilerinden birini de ceza hukuku alanındaki bazı suçların idari suçlara dönüştürülmesi ve böylece bazı suçların idare hukuku alanına aktarılmasıdır. Bu nedenle de idari yaptırımların alanında genişlemeler söz konusu olmaktadır.⁵⁹

TCK yürürlüğe girmeden evvel ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak önemli sayıda idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verilmesiyle ve bu çerçevede yürürlüğe giren kanun ya da kanun hükmünde kararnamelerde kazuistik düzenlemelerin yer almasıyla karşı karşıya kalınmıştır. Bu düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin bulunmadığı, bir ahenksizliğin söz konusu olduğu gerekçesiyle idarî nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanun yani KK düzenlenmiştir. Kabahatlerin suç olmaktan çıkartılmasıyla birlikte

⁵⁴ **TOROSLU**, Nasıl, s. 4-5. Suç olmaktan çıkarma, ceza sisteminin işleyişi bakımından fiili ya da hukuki olabilir. Fiili olarak suç durumundan çıkarmada ceza sistemindeki normatif yapıda fiil halen suçtur ancak bu fiil karşısında ceza sistemi daha az veya zayıf işlemeye başlar. Hukuki suç olarak çıkarmada ise, suç hükmünün anayasaya aykırılığı nedeniyle AYM’ye aykırı olması gösterilebilir. Bkz. **KARAGÜLMEZ**, s. 30.

⁵⁵ **ULUSOY**, Ali, “İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 45; **SANCAKDAR**, Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 69.

⁵⁶ **ŞEN**, s. 204. KK’nın yürürlüğe girdiği tarihte, önceden ETCK’nın kapsamında adli suç niteliğindeki kabahat olan ve halen soruşturma veya kovuşturması devam eden işler hakkında ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu hususun ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının zaman bakımında uygulanmasına ilişkin kurallarıyla çözülmesi mümkündür. Geçici m. 1’de “Yürürlüğe girdiği tarihten önce bu Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle; a) Yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcılıklarınca takipsizlik kararı verilerek ilgili ve yetkili idarî mercie evrak gönderilir. b) Kovuşturmaları sürdürülen dava ve işlerde ilgili mahkemeye görevsizlik kararı verilerek, bu Kanuna göre işlem yapılmak üzere yetkili ve görevli idarî makamlara evrakın gönderilmesine karar verilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan işlerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtayın ilgili dairesinde bulunan işlerde ise ilgili dairece, bu Kanuna göre işlem yapılmak üzere gelişlerindeki usule uygun olarak dava dosyası hükmü veren mahkemeye gönderilir.” şeklindeki düzenleye benzer bir hususa KK’da da yer verilmesi gerektiği yönünde bkz. **KARAGÜLMEZ**, s. 335.

⁵⁷ **ULUSOY**, s. 44. İdari yaptırımın sebep unsuru, idareyi işlemi yapmaya yöneltten hukuki veya fiili etkidir. Konu unsuru ise, yaptırımın doğurduğu sonuç, meydana getirdiği hükümdür. Amaç unsuru ise idari yaptırımlarda kamu yararadır. İdari yaptırımların, idarenin içinde yetkili kılınan organ ya da makamlar tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. İdare, idari işlemlerini belirli usullerle ve kurallarla bağlı olarak gerçekleştirmek zorundadır. Bkz. **KANGAL**, s. 239-286.

⁵⁸ **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref A., Yönetmelik Yargı, Ankara 1983, s. 155.

⁵⁹ **KARABULUT**, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s. 1.

kabahatler söz konusu olduğunda yaptırımın ve sorumluluğun ne şekilde olacağına ilişkin düzenleme KK ile oluşturulmuştur. Böylece doktrinde Türk ceza hukuku reformunun tamamlandığı belirtilmektedir.⁶⁰ Yine bu kanunla mevzuatta yer alan çeşitli idari suçlar bakımından da temel prensipler getirildiğinden bir yeknesaklığın da sağlandığı söylenebilir.⁶¹

TCK ile ETCK'dan farklı olarak cürümler-kabahatler şeklindeki ayrımı kaldırarak, kabahatleri kapsamı içine almamıştır. Bu nedenle de kabahatlerin ayrı bir yasada KK kapsamında düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Ancak burada KK m. 2'nin tanımına bakıldığında KK ile ETCK'da yer alan kabahatlerin düzenlenmesinin de ötesine geçilerek, kabahatin tanımı genişletilmiştir. Yani bu tanım yalnızca KK'da yer verilen idari suçlarla sınırlı değildir,⁶² aksine karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngören tüm idari suçlar KK'nın kapsamına alınmıştır.⁶³ KK'nın ilk yürürlüğe girdiği haldeki m. 3 de bunu kanıtlar niteliktedir.

Kabahat-suç ayrımı bakımından belirleyici ölçütü uygulanan yaptırım göstermektedir. Belirtmelidir ki hem suç hem de kabahat haksızlık içeriği bakımından ayrıma tabi tutulamaz. Zira ikisi de hukuka aykırı fiillerdir. Haksızlıklar arasındaki kabahat-suç şeklinde bir ayrımın ve tasnifin yapılmasında hukuka aykırı fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği temel alınmalıdır. Bu nedenle her ikisi arasındaki farkın niceliksel fark olduğu söylenebilir.⁶⁴ Yani haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı söz konusu olmaktadır.⁶⁵ Bu farkı belirleyen ise kanun koyucunun suç politikası ile ilgili tercihidir.⁶⁶ Ancak KK m. 1'de KK'nın, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak şeklindeki amacından bahsedilerek niteliksel açıdan da bir belirleme söz konusu yapılmıştır.⁶⁷ Ancak niteliksel ayırmada kabul edilen hukuksal yarar, hukuka aykırılık, suçun maddi konusu, manevi unsur ve fail bakımından ölçütlere gitmek doğru olmayacaktır.⁶⁸ AYM, para cezalarıyla ilgili olarak yargı ve yürütme arasındaki yetki sınırlarının belirlenmesinde, yalnızca ceza miktarının ölçüt olarak kullanılmasının yeterli olmadığını belirtmektedir. Zira TCK'daki bazı para cezalarının az veya yetersiz olması, bunların yargısal niteliğini etkilemez, yine vergi yasalarındaki bazı para cezalarının çok yüksek olması da bu cezaların idari niteliğini değiştirmez.⁶⁹ İdari para cezası veya idari önlemler olmak üzere kabahatler kapsamında yer alan yaptırımlar, idari niteliktedir.⁷⁰

⁶⁰ ÖZTÜRK, 139.

⁶¹ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Suç-Kabahat Ayrımı", s. 30-31.

⁶² KK m. 1'in gerekçesi

⁶³ ALDEMİR, Hüsnü, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Ankara 2005, s. 798.

⁶⁴ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 37.

⁶⁵ Bkz. KK'nın genel gerekçesi (bkz. Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Dönem:22 Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 840)

⁶⁶ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008 s. 94.

⁶⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 32.

⁶⁸ MAHMUTOĞLU, Kabahatleri, s. 93.

⁶⁹ AYM, 1997/19 E. 1997/66 K. 23.10.1997 T. (Bkz. RG, 16.1.1999 T. 23585 S.) AYM üyelerinden Yalçın ACARGÜN ve Fulya Kantarcıoğlu ise karşı oy yazılarında kamunun genel yararını ilgilendiren ve miktar olarak çok yüksek değerlere ulaşan cezaların, idari değil ceza hukuku alanına giren yasalarla düzenlenmesi gereken kamu para cezaları olduğunu suç karşılığı verilen kamu para cezalarının ise suçlu sayılabilmeyi suçluluğun "hükmen sabit" olması koşuluna bağlayan Ay. m. 38 gereğince idare tarafından değil, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası esaslarına göre mahkeme kararı ile verilmesi gerektiğinden bahsetmişlerdir. AYM, 1997/19 E. 1997/66 K. 23.10.1997 T. (Bkz. RG, 16.1.1999 T. 23585 S.)

⁷⁰ ULUSAN, İlhan, Açılış Konuşmaları, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 18.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş*

KK iki kısımdan oluşmuştur. Birinci kısımda genel hükümlere, ikinci kısımda ise çeşitli kabahatlere yer verilmiştir. Birinci kısım da kendi içinde amaç ve kapsam, tanım, kanunilik ilkesi ve kanunun uygulama alanı başlıklı birinci bölüm, kabahatten dolayı sorumluluğun esasları başlıklı ikinci bölüm, idarî yaptırımlar başlıklı üçüncü bölüm ve karar verme yetkisi ve kanun yolları başlıklı dördüncü bölüm olmak üzere dört bölümden oluşmuştur. KK'nın "amaç ve kapsam" başlığını taşıyan 1. maddesinde KK ile toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkelerin, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idarî yaptırımların türleri ve sonuçlarının, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecinin, idarî yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolunun, idarî yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlendiği ve çeşitli kabahatlerin tanımlandığı belirtilmiştir. Ancak KK m. 1'de belirtilen bu amaç, KK'nın kapsamına uygun olmayacak ölçüde iddialıdır. Zira bir kabahat yasası niteliği gereği hiçbir zaman bu iddiaları tam olarak gerçekleştirebilecek hükümleri içeremez ve içermemelidir de. KK'ya bakıldığında kabahatleri iki ana çerçeve içinde toplamıştır, ilki KK'da yazılı olan kabahatlerdir, ikincisi ise diğer özel yasalarda yer alan kabahatlerdir. Ancak KK, özel yasalarda yer alan kabahatleri belirtmemiştir. ETCK döneminde ise bir eylemin cürüm mü yoksa kabahat mi olduğunun tespiti çok daha kolaydı. Zira bir eylemin yaptırımı hafif para cezası, hafif hapis cezası veya muayyen bir meslek veya sanatın tatili, olduğu hallerde kabahat eyleminden bahsedilmekteydi.⁷¹

Kabahatleri suç olmaktan çıkarmaya yönelik eğilimlerin tam anlamıyla TCK ile hayata geçirildiği söylenebilir. Örneğin ETCK'da yer alan bazı kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, bazıları ise TCK'nın içinde suç tipleri olarak yer almıştır. Zira ETCK dönemindeki cürüm-kabahat ayırımına artık TCK'da yer verilmeyerek ceza hukuku yaptırımlarının yalnızca suçlar için uygulanması kabul edilmiştir. Ancak TCK kabul edilmeden evvel de Türkiye'de adli cezaların idari cezalara dönüştürülmesi, bazı yasaları etkileyen 3493 sayılı Kanun⁷² ile Kanun'un m. 7 gereği resmi gazetede yayınlandığı 6.5.2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte gerçekleşmiştir.⁷³ Geniş anlamda ise 2003 yılında çıkarılan 4854 sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile önemli sayıdaki suç idari nitelikteki suçlara dönüştürülmüştür. Yine 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu gibi çeşitli kanunlarda yer alan birçok suç idari para cezasını gerektiren fiillere dönüştürülmüştür.

II. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

⁷¹ DONAY, s. 496.

⁷² 6831 Sayılı Orman Kanununda, 1475 Sayılı İş Kanununda, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda ve 2926 Sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklikler Yapılmasına ve Bu Kanunlardaki Bazı Cezaların İdari Cezaya Dönüştürülmesine Dair Kanun.

⁷³ Örneğin, 16.6.1983 tarihli ve 2841 sayılı "Zorunlu İlköğrenim Çağı Dışında Kalmış Okuma-Yazma Bilmeyen Vatandaşların, Okur-Yazar Duruma Getirilmesi veya Bunlara İlkokul Düzeyinde Eğitim-Öğretim Yaptırılması Hakkında Kanun"un; 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar hafif para cezasıyla" ibaresi "yüzyetmişdörtmilyon lira idarî para cezasıyla" şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. 25100 sayılı 6.5.2003 tarihli Resmi Gazete

Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş

Bir kimsenin çalışmaya muktedir olmasına karşın,⁷⁴ çalışmayıp kişilerin merhametini sömürerek dilencilik yapması sosyal bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁵ Dilenmenin dinsel temelleri de söz konusudur. Zira din, yoksullara yardım edilmesi bakımından bir ideolojiyi de içinde barındırmaktadır. Ayrıca inançlı olanların, sevaba girmek adına dilencilere sadaka vermeleri ve bağış yapmaları da kutsal kitaplarda öğütlenmiştir.⁷⁶ TCK m. 229'da çocuğun ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek olan kişinin, acziyetinden veya beden ya da ruh bakımından bir engelinden yararlanarak, onun bu durumunun sömürü aracı haline getirilmesi söz konusudur.⁷⁷

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi m. 32'de taraf devletlerin, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ettiklerini belirterek, yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alacaklarına vurgu yapılmıştır.⁷⁸ TCK m. 229'un, araç olarak kullanılan çocuklarla ilgili olarak söz konusu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünün bir görünümü olduğu söylenebilir.⁷⁹

Hem madde metni hem de madde gerekçesi dikkate alındığında, bu suç tipiyle korunan hukuki değerın karma olduğu; zira hem "genel ahlak"ın hem de çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayan kimselerin sömürülmesine engel olma amacıyla insan onurunun da korunduğu ileri sürülmektedir.⁸⁰ Ancak "Topluma Karşı Suçlar"ın tasnifi suçun hukuki konusu kriteri esas alınarak gerçekleştirilmiştir.⁸¹ Bu nedenle toplumun acıma ve yoksullara yardım etme yönündeki hissinin kötüye kullanılması ve zayıflatılması önlenmek suretiyle toplumun bozulmaya uğramasının önlenerek⁸² genel ahlakın korunması, suçun hukuki konusunu oluşturur.⁸³ Suçla korunan hukuki menfaat, toplumun diğerkâmlık yani başkalarını düşünmesi anlamında özgecilik ve acıma duygularının istismar edilmesinin ya da dejenere edilmesinin önüne geçilerek genel ahlakın korunmasıdır. Nitekim toplumda oldukça karşı karşıya kalınan dilencilik fiilleri toplumda yardımsever kişilerin dahi yoksullara yardım etme yönündeki duygularını zayıflatmaktadır.⁸⁴ Aksi halde zor durumda bulunan kimseye yardım etme yönündeki ahlak kuralı ihlal edilmektedir.⁸⁵ Zira fail bu suçu işlerken, kendi çocuğunu veya bedensel ya da zihinsel engelleri dahi araç olarak kullanabilmekte ve bir anlamda, insan onuruyla bağdaşmayan bir gelir elde etme amacıyla dilencilik

⁷⁴ ETCK m. 544'te dilencilik yapan kimsenin "çalışmaya muktedir" olması gerekli görülmüşken, bu hükmün karşılığını oluşturan KK m. 33'te söz konusu halin varlığı aranmayarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

⁷⁵ EROL, Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 1113.

⁷⁶ KALFA TOPATEŞ, s. 51-52.

⁷⁷ BİRTEK, s. 158.

⁷⁸ Bu sözleşmeyi 14.9.1990 tarihinde imzalayan Türkiye 9.12.1994 tarihli 4058 sayılı Kanunla ihitrazi kayıtlı uygun bulmuş (RG. 22138 S. 11.12.1994 T.) ve onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 15.12.1994 tarihli ve UKBM-II/11304 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 23.12.1994 tarihinde kararlaştırılmıştır. (RG. 22184 E. 27.1.1995 T.)

⁷⁹ BİRTEK, s. 139.

⁸⁰ BİRTEK, s. 139.

⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 1.

⁸² GERÇEKER, Hasan, Türk Ceza Kanunu Yorumlu Uygulamalı, Ankara 2011, s. 2453.

⁸³ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3392.

⁸⁴ ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 952.

⁸⁵ BİRTEK, s. 141-142.

gerçekleştirilmesi mücadele edilmesi gereken toplumsal bir sorun oluşturmaktadır.⁸⁶ ETCK döneminde dilencilik suçları, suçların cürüm ve kabahat olarak ayrılması neticesinde “hafif suç” sayılarak, “kabahatler” başlığını taşıyan üçüncü kitabın “ammenin nizamına müteallik kabahatler” başlıklı birinci babın altıncı faslında düzenlenmişti ve bu suç kanun koyucu tarafından genel ahlakla ilişkili görülmemiştir. Ancak TCK’nın yürürlüğe girmesiyle dilencilik suçu, genel ahlakın ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁸⁷ Ayrıca bu suçla suçta araç olarak kullanılan kişilerin elde ettikleri gelirlere faillerin el koyarak haksız kazanç elde etmeleri de önlenmek istenmiştir.⁸⁸

Dilencilikte bir başkasının araç olarak kullanılması ya da dilencilığe zorlanması esasında gizli bir sömürü ya da bir tür köleleştirme olduğu söylenebilir. Başlarda, dilencilğin temelini yoksulluğun oluşturduğu düşünülmekteyken, günümüzde dilencilğin aynı zamanda kamu düzenini tehdit ettiği ve pek çok suçun işlenmesine zemin hazırladığı görülmektedir. Nitekim çıkar amaçlı suç örgütleri dilencilığe gelir elde etme aracı olarak bakmakta ve dilencilikte araç olarak kullanılan çocuklar, zorla çalıştırma, insan ticareti, organ ve doku ticareti, cinsel dokunulmazlığa karşı, fuhuş, uyuşturucu madde ticareti gibi suçlara karşı korumasız hale gelmektedirler.⁸⁹

III. SUÇUN MADDİ KONUSU

Çocuklarla, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseler bu suçun maddi konusunu oluşturur. TCK m. 6/1-b uyarınca ceza kanunlarının uygulanmasında çocuk deyiminden anlaşılması gereken henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişidir.⁹⁰ TCK m. 229’da beden veya ruh bakımından kendini idarede edemeyecek durumda bulunmanın yanında çocuk ifadesine de yer verildiğinden, çocuğun bu suçta araç olarak kullanılması halinde artık çocuğun beden veya ruh bakımından kendini idare edip edemeyeceğinin araştırılmasına gerek yoktur. Her ne kadar örneğin 15 veya 16 yaşını tamamlamış bir çocuğun dilencilikle araç olarak kullanılması durumunda, dilenilen kimsenin merhamet veya acıma duygularını tahrik etmesinin giyim kuşamında değişiklik yapılmadığı, hastalık veya sair bir bedensel engeli ön plana çıkarılmadığı ya da gerçekte hasta olmadığı halde hasta süsü verilmek suretiyle teşhir edilmediği müddetçe, söylenemeyeceği belirtilmekteyse de;⁹¹ bu çocukların iradelerinin etkilenecek araç olarak kullanılmak istenmesinin engellenmesi yerinde bir tercihtir.

TCK’nın yürürlüğe girmesiyle beraber m. 229/1’de “çocuk” ifadesine yer verilmiştir. Çocukların yanı sıra beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin de dilencilik suçu olarak kabul edilerek ETCK m. 545’te yer alan hükmün kapsamı genişletilmiştir. Zira kendi koruması, gözetimi, vesayeti altında bulunanları dilenci olarak kullananların yanında; kendi koruması, gözetimi, vesayeti altında bulunmayanların dilenci olarak kullanılması halinin herhangi bir yaş sınırı olmaksızın

⁸⁶ BİRTEK, s. 123.

⁸⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 362-363.

⁸⁸ MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2013, s. 3719.

⁸⁹ BİRTEK, s. 131-132.

⁹⁰ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1-a’da ise bu kanunun uygulanmasında çocuk deyiminden anlaşılması gerekenin, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi olduğu belirtilmiştir.

⁹¹ BİRTEK, s. 148.

cezalandırılması mümkün hale gelmiştir.⁹² TCK'da, ETCK döneminde öngörülen yaş sınırına itibar edilmeyerek 18 yaş sınırının öngörülmesinin nedeni anlaşılamasa da⁹³ bu değişikliğin yerinde olduğu belirtilmelidir. Nitekim daha geniş bir koruma alanı sağlanmıştır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m. 3'te söz konusu kanunda geçen "korunmaya ihtiyacı olan çocuk" deyiminden, beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; ana veya babası tarafından ihmal edilip; dilencilik, gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev Ve Çalışma Yönetmeliği⁹⁴ m. 4'te de yönetmelikte geçen "korunmaya muhtaç çocuk" deyiminden beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan; anasız ve/veya babasız, anası ve/veya babası belli olmayan, anası ve/veya babası tarafından terk edilen, anası ve/veya babası tarafından ihmal ve istismara maruz bırakılıp fuhuş, dilencilik, alkollü içki veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen, mülteci, refakatsiz, çalışan ve başıboşluğa sürüklenmese bile ihmal ve istismar nedeni ile mağdur olan çocuğun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı yönetmelik m. 4'te "istismar" deyiminden, ailenin veya çocuktan sorumlu kişi veya diğer şahısların, çocuğun fiziksel, duygusal, cinsel şiddete maruz bırakan ve psiko-sosyal yönden gelişimini örseleyecek fuhuş, dilencilik, suça yönlendirme gibi tutum ve davranışların anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de⁹⁵ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görevleri arasında m. 2/ b. g'de korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç çocuğun tespiti, korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için gündüzlü ve yatılı sosyal hizmet kuruluşları kurmak ve işletmek sayılmıştır.

Beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunma hali TCK'nın öngördüğü birçok suç tipinde cezayı ağırlaştıran nitelikli bir hal olarak kabul edilse de⁹⁶ söz konusu halden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak kasten öldürmenin nitelikli hallerinde yer verilen bu nedenle ilgili olarak TCK m. 82'nin gerekçesinde çocuk olması veya ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhi veya fizik güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan âciz bir kimseye karşı fiilin işlenmesinde, faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu ve fiilin icrasındaki kolaylık dolayısıyla, bu durumun nitelikli hal sayıldığı belirtilmiştir.⁹⁷

⁹² DONAY, s. 332.

⁹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

⁹⁴ 24372 sayılı 13.04.2001 tarihli Resmi Gazete

⁹⁵ 27958 sayılı 8.6.2011 tarihli Resmi Gazete

⁹⁶ Kasten öldürme (TCK m. 82/1-e); kasten yaralama (TCK m. 86/3-a), işkence, (TCK m. 94/2-a), eziyet (TCK m. 96/2-a), cinsel saldırı (TCK m. 102/3-a), kişi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3-f), elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle hırsızlık (TCK m. 142/2), yağma (TCK m. 149/1-e) suçları bakımından bu suçların beden veya ruh bakımından kendini "savunamayacak" durumda bulunan kişilere karşı işlenmesi ağırlatıcı neden sayılmıştır. Her ne kadar söz konusu hükümlerde "savunamayacak" ifadesi kullanılmışsa da "idare edemeyecek" ifadesinin de aynı anlama geldiği yönünde bkz. BİRTEK, s. 150-151.

⁹⁷ Kasten yaralama suçunun (TCK m. 86/3-a) beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilere karşı işlenmesi haliyle ilgili olarak söz konusu gerekçeye; işkence (TCK m. 94/2-

Beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunmak, kapsamında kişinin ağır hastalık,⁹⁸ akıl hastalığı, ileri derecede yaşlanmış olması sebebiyle algılama yeteneğinin azalmış olması, organ ya da duyuvarından birinin eksik olması gibi sakatlık ve engelli olması,⁹⁹ uyku hali, bilinçsizlik, narkoz, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma halleri düşünülebilir.¹⁰⁰ Örnek olarak akıl hastasının ya da ayağı veya kolu alçılı ya da trafik kazası geçirmiş bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması verilebilir.¹⁰¹ Söz konusu halin kişinin dilendirildiği anda mevcut olması yeterli olup¹⁰² bu halin geçici olması sonucu değıştirmez.¹⁰³ Ayrıca dilendirilen kimsenin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak halde olmasının nedeninin dilenen kişinin kendi kusurundan kaynaklanmasının ya da onu başka bir kimsenin bu hale sokmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁴

Madde metninde araç olarak kullanılan kişilerin çocuklarla, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseler olarak sınırlandırılmasının nedenini, toplumun bu kimselere karşı daha büyük oranda şefkat ve merhamet duyguları ile yardım etme isteğı içinde olması oluşturur.¹⁰⁵

Kişinin aslında çocuk, beden veya ruh bakımından kendini idare edebilecek durumda olmamasına karşın, sanki öyleymişçesine bir görüntü vererek örneğın sakat olmamasına karşın koltuk değneğı kullanan bir kişinin araç olarak kullanılarak dilendirilmesi halinde dilencilik suçı söz konusu değildir.¹⁰⁶

IV. SUÇUN FAİLİ

Bu suçun failinin herhangi bir kimse olması mümkündür.¹⁰⁷ Nitekim özgü suç olarak düzenlenmediğinden, failin belli niteliklere sahip olması gerekli değildir.¹⁰⁸ Failin dilendirilen¹⁰⁹ çocuklarla, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişileri temin ettiğı ve bu kimselerin dilendikleri paraların tamamını ya da bir kısmını

a), eziyet (TCK m. 96/2-a), suçlarının söz konusu kişilere karşı işlenmesi halindeyse de kasten yaralama suçunun gerekçesine atıf yapılmıştır. Cinsel saldırı (TCK m. 102/3-a), kişi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3-f), elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle hırsızlık (TCK m. 142/2), yağma (TCK m. 149/1-e) suçları bakımından bu suçların beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilere karşı işlenmesiyle ilgili olaraksa herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

⁹⁸ **MALKOÇ**, s. 3719.

⁹⁹ **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3392.

¹⁰⁰ **GERÇEKER**, s. 2453.

¹⁰¹ **BİRTEK**, s. 151.

¹⁰² "...Dilencilik yapan tanık Şahin Tökgöz'ün dosyada mevcut onaysız fotokopiden ibaret özürlü kimlik belgesine göre, %80 oranında ortopedik özürlü olduğunun belirtilmesine göre, TCK'nın 229/1. maddesi uyarınca beden veya ruh bakımından kendini idare edemediğinin tespiti bakımından yöntemince sağlık kurulu raporu alınmadan, eksik inceleme ile karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş..." Yargıtay 2. CD. E. 2011/29856 K. 2013/17198 T. 25.6.2013 (www.kazanci.com)

¹⁰³ **GERÇEKER**, s. 2453.

¹⁰⁴ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6863.

¹⁰⁵ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6863.

¹⁰⁶ **BİRTEK**, s. 151, 159-160.

¹⁰⁷ **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3392.

¹⁰⁸ **GERÇEKER**, s. 2453.

¹⁰⁹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

aldığı belirtilse de,¹¹⁰ bu durum zorunlu olmayıp söz konusu kişilerin araç olarak kullanması yeterlidir. Failin, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları yahut eş olması halleri suçun ağırlatıcı nedeni olarak öngörülmüştür.

Suçun failinin çocuk olması da mümkündür. Bu nedenle, suçun işlenmesinde çocuğun araç olarak kullanılması nedeniyle çocuğun bu suçun faili olamayacağı düşünülmemelidir. Örneğin çocuk olan büyük kardeşin, küçük kardeşini bu suçta araç olarak kullanması mümkündür. Yine 13 yaşındaki bir çocuğun zihinsel ya da fiziksel bir engeli olan 16 yaşındaki kardeşini araç olarak kullanması halinde de dilencilik suçu söz konusudur.¹¹¹ Yargıtay da, çocuk yaştaki failin, 2 yaşında olan küçük kardeşini kucağına alıp, karayolundan geçmekte olan araçların arasında dolaşarak, araç sürücülerinden dilenme biçimindeki fiili bakımından dilencilik suçunun oluştuğundan bahsetmiştir.¹¹² Bu durumda failin cezai sorumluluğu isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerden yaş küçüklüğünün düzenlendiği TCK m. 31 uyarınca belirlenir.

Bu suçun faili belli nedenlerle örneğin kendi dilendiği takdirde daha az para toplama gibi ekonomik ya da kendi dilenirken görülmek istememe gibi nedenlerle dilenme fiilini kendisi gerçekleştirmemekte, toplumdaki acıma duygusunu daha da etkileyebilecek kişileri kendisinin dilenme isteği ve kararına araç olarak kullanarak bir bakıma dilenme fiilini bir maşa kullanarak gerçekleştirmektedir. Yine ETCK'da kendi koruması, gözetimi, velayeti ve vesayeti altında olanları dilenci olarak kullananların yanında kullandırılanlar da cezalandırılmaktayken, artık yalnızca cezalandırılanlar araç olarak kullananlardır. Ancak "kullanılmasına müsaade edenler" in TCK m. 229/3 kapsamında örgüt hali kapsamında cezalandırılabilmesi mümkünse de; sürekliliğin ve örgütün varlığının bulunmadığı hallerde bu kişilerin cezalandırılmaması gibi bir yorumun yapılması mümkündür. Ancak örgüt faaliyeti gerçekleşmeksizin de kişileri dilencilikte kullananlar bu hükme göre cezalandırılmalıdır. Yine kullandıranların da bu kapsamda düşünülmesi mümkündür. Zira burada kullandıranlar, çocuğun dilencilik yaparak para kazanmasında aracı sunan kişiler olarak düşünülmelidir. Zira bu kimseler aracın kullanılmasına müsaade etmektedirler. Her ne kadar çocukları kendileri dilendirmeseler de araç olarak kullanılmasına imkân sağlamaktadırlar.¹¹³

V. SUÇUN MAĞDURU

Her suçun bir mağduru vardır. Mağdurun kim olduğunun belirlenebilmesi her zaman için çok da kolay değildir. Nitekim suç oluşturan bir fiilin, çoğu zaman birden çok kişiye zarar vermesi mümkündür. Her ne kadar mağdurun belirlenebilmesi için doğrudan zarar ölçütüne başvurulması önerilse de, bu ölçütün tatmin edici olmadığı belirtilmelidir. Zira bu ölçüt mağdurun suçun maddi konusuyla karıştırılmasına neden olabileceği gibi, çoğu zaman hukuka aykırı davranışın sonuçlarından hangilerinin doğrudan hangilerininse dolaylı olduğunun belirlenmesi de kolay değildir. Mağdurun kim olduğunun doğru bir şekilde belirlenebilmesi, hukuki korumanın esas konusunu oluşturan varlığın ya da menfaatin

¹¹⁰ MALKOÇ, s. 3719.

¹¹¹ BİRTEK, s. 140, 149.

¹¹² Yargıtay 14. CD. 2012/5603 E. 2014/9420 K. 10.7.2014 T. (Karar metni için bkz. BİRTEK, s. 141)

¹¹³ DONAY, s. 332-333.

belirlenmesine bağlıdır. Zira suçu oluşturan hareketle çeşitli menfaatlerin zarar görmesi mümkün olsa da suçun varlığından bahsedilebilmesi için bu menfaatlerden birinin ihlal edilmesi zorunludur. Suçu öngören normla suçun esasını oluşturan varlık ya da menfaat korunmaktadır. Bu varlık ya da menfaatin sahibi ya da hamili ise mağdurdur.¹¹⁴ Suçun mağdurunun çocuklarla yani 18 yaşını bitirmemiş kişilerle beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseler olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁵ Ancak suçun mağduru, hukukî konunun sahibi¹¹⁶ olan toplumdur.¹¹⁷ Dilenilerek kendisinden para ya da eşya alınan kimse de bu suçun mağduru değildir.¹¹⁸

TCK'nın ikinci kitabının üçüncü kısmı "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşımaktadır ve bu durum tüzel kişi varlığı bulunmayan topluma karşı suç işlenebileceği şeklinde yorumlanmalıdır.¹¹⁹ Toplum kavramı, birey ile devlet arasındaki ortak ihtiyaçlar, menfaatler ve amaçlar tarafından birbirine bağlanan ve devletin nüfusunu oluşturan bireyler yığını ve gayri muayyen çokluk olarak tanımlanabilir.¹²⁰

Suçtan zarar gören ise tazmin edilebilir bir zarara uğrayarak, iade ve tazmini isteme hakkına sahip bulunan ve ceza davasına katılabilen kişidir.¹²¹ Bu suçtan zarar görenleri çocuklarla beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan kişiler oluşturmaktadır. Bu kişiler, maddi ve manevi yapıları nedeniyle yönlendirmeler karşısında zayıf ve nispeten yeterince gelişmemiş bilinç ve iradeleri nedeniyle kolaylıkla etkilenmeye açıktırlar.¹²² Ayrıca bu suçun işlenmesinde aracıcırlar.¹²³

Yine çocukların ve kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilerin araç olarak kullanılması nedeniyle diğerkâmlık ve acıma duyguları istismar edilerek kendilerinden yarar sağlanan kimseler de bu suçtan zarar görenlerdir. Bu kişiler gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Örnek olarak bir dernekten ya da vakıftan yardım talep etmek için çocukların ya da beden ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin araç olarak kullanılması hali verilebilir.¹²⁴

Kamu tüzel kişilerinin bu suçta zarar gören olamayacağı söylenebilir. Zira örneğin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'ndan ya da devlet tüzel kişiliğini temsilen valiliklerden, kişilerin maddi durumunu veya muhtaçlığını belgelemeden yardım talebinde bulunması

¹¹⁴ TOROSLU/TOROSLU, s. 106.

¹¹⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3392; GERÇEKER, s. 2453; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 952; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6862.

¹¹⁶ KATOĞLU, Tuğrul: "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, Y. 2012, C. 61, S. 2, s. 660, 661, 684; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 240.

¹¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

¹¹⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6863.

¹¹⁹ KATOĞLU, s. 690.

¹²⁰ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2015, s. 203.

Ancak tüzel kişiliği bulunmayan toplumun mağdur olamayacağı, bu tür topluluğa karşı işlenen suçların mağdurunun, mağduru belirsiz olan suçlar kapsamında düşünülmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre ihlal edilen menfaat, genel olarak gayri muayyen bir topluluğa aittir ve bu sebeple gayri muayyen sayıda birey hedef alınmıştır. Bkz. bu konudaki tartışmalar için bkz. TOROSLU, Nevzat, Cürümleri Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 180-183.

¹²¹ TOROSLU/TOROSLU, s. 109.

¹²² MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2013, s. 3719.

¹²³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 363.

¹²⁴ BİRTEK, s. 142.

mümkün bulunmamaktadır. Söz konusu kurumlardan yardım talep edebilmek için gerekli belgelerin sahte olarak düzenlenmesi durumundaysa dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak işlenmesi ve resmi veya özel belgede sahtecilik suçu söz konusu olur. Ancak bir kamu tüzel kişinin organlarını temsile yetkili kişilerden ya da kamu görevlilerinden dilenilmesi durumundaysa dilencilik suçu söz konusu olur. Bir kamu tüzel kişisinden bir çocuğun veya beden ya da ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin dilencilikte araç olarak kullanılması halindeyse söz konusu suç oluşmaz.¹²⁵

Çocuklarla beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilerin çalışabilecek durumda yani çalışmaya muktedir olup olmamasının suçun varlığı bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹²⁶ Suçtan zarar görenlerin söz konusu niteliklerinin nüfus kayıtları ve doktor raporlarıyla kanıtlanması gereklidir.¹²⁷ Bu kişilerin kadın ya da erkek olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.¹²⁸

VI. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

Dilencilik suçu, bir kimsenin; çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendisini idare edemeyecek durumda bulunan bir kimseyi bir başkasından herhangi bir maddi karşılık istemeye zorlaması şeklinde tanımlanabilir.¹²⁹ Suçun oluşabilmesi için dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin karşılıksız olarak bir şey istemesi gerekir.¹³⁰

Suçun maddi unsurunu çocukların ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması¹³¹ oluşturmaktadır.¹³² Görsellik bakımından da çocukların dilencilik sürecinde kullanılan araçlar haline geldiği görülmektedir. Örneğin küçük çocuklar, bakıma muhtaç oldukları yönünde bir izlenim bıraktıklarından, dilencilerin gelirlerini arttıran bir araçtır.¹³³ Çocuğun ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan bir kimsenin araç olarak kullanılmaksızın kendisinin dilenmesi halindeyse dilencilik kabahati söz konusudur.¹³⁴

Söz konusu kişilerin araç olarak kullanılması halinden, bu kişilerin, kendilerinden yardım istenilen kişilerin algılayabileceği bir şekilde beraberinde örneğin yanlarında ellerinin tutulması veya sırtlarında taşınması ya da kendisinden dilenilen kişilerin görebileceği bir

¹²⁵ BİRTEK, s. 142, 162.

¹²⁶ MALKOÇ, s. 3719.

¹²⁷ MALKOÇ, s. 3719.

¹²⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6863.

¹²⁹ BİRTEK, s. 140.

¹³⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6864.

¹³¹ "...Dilencilik suçunda da çocuğun ya da beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişinin kullanılması suçun unsuru sayılmıştır..." YCGK E. 2012/1-1285 K. 2013/3 T. 15.1.2013 (www.kazanci.com)

¹³² ALDEMİR, Hüsnü, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Ankara 2005, s.605. ETCK'da bu suçun maddi unsurunu çocukları toplayıp dilencilik ettirmek ve bir kısım çocukların dilenmesine ve dilencilikte araç olarak kullanılmasına müsaade edilmesi oluşturmaktaydı. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6862.

¹³³ KALFA TOPATEŞ, s. 222.

¹³⁴ KARAGÜLMEZ, Ali, Suç Olmaktan Çıkarma - İdari Para Cezaları - Açıklamalı Kabahatler Hukuku, Ankara 2005, s. 311.

yerde bulundurulması gibi haller anlaşılmalıdır.¹³⁵ Araç olarak kullanılan kimselerin karşısındakinin acıma, merhamet ve diğerkâmlık duygularını harekete geçirmek suretiyle fiilen teşhir edilmesi veya sözlü bir şekilde beraberinde veya yakın bir yerde bulundurduğu çocuktan bahsetmesi hali de dilencilik suçu kapsamında düşünülmelidir. Örnek olarak, çocuğun bir kış gününde ince giysilerin giydirilmesi ya da yanında bulunduğu kişinin engelli olan uzvunun açıkta bırakılarak gösterilmesi şeklinde teşhir suretiyle ya da yanında bulundurduğu çocuğun aç ya da hasta olduğundan bahsedilerek¹³⁶ ya da maskeli ve saçları kazınmış ve sağlıklı görünen çocukların kullanılarak dilendirilmesi¹³⁷ hallerinde söz konusu kimseler araç olarak kullanıldığından dilencilik suçu söz konusudur.

Araç olarak kullanma fiilinin, araç olarak kullanılan kişinin muhakkak failin yanında bulunması gerektiği şeklinde anlaşılması gereklidir. Ancak bu düşünceden hareketle her ne kadar örneğin çocukların mendil ya da çiçek satması halleri, çocuğun yanında veya yakın bir yerde bulundurulması bu türden bir davranışa yönlendirilmesi halinin TCK m. 229 kapsamında dilencilik suçunu, çocuğun herhangi birinin etkisi altında kalmaksızın bu fiili gerçekleştirmesi halindeyse dilencilik kabahatinin oluşturacağı belirtilmişse de¹³⁸ burada ne dilencilik suçundan ne de dilencilik kabahatinden bahsedilmelidir.

Araç olarak kullanılan kimsenin tek kişi olması yani sayısı, kazanç amacının güdülüp güdülmemesi ve kazancın az ya da çok olması suçun varlığı bakımından önem taşımamaktadır. Zira bu suçun varlığı için önemli olan dilencilikte çocukların ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin araç olarak kullanılarak yani dilenerek kazanç elde edilmesinde araç olarak kullanılmasıdır.¹³⁹

Suç madde metninde sayılan kişilerin araç olarak kullanılmasını gerektirdiğinden sırf hareket suçudur.¹⁴⁰ Bu suçun varlığı için dilenilen kişiden herhangi bir maddi menfaatin temin edilmesi gerekli değildir. Araç olarak kullanılanın örneğin sokak ortasında ya da kırmızı ışıktaki duran araçların arasında dolaşarak dilenmesi halinde suç oluşmuştur.¹⁴¹ Ancak herhangi bir menfaat temin edilmişse bu durum TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.¹⁴² Suç madde metninde sayılan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılmasıdır. Failin ekonomik olarak bir kazanç sağlaması bu suçun kurucu unsuru değildir.¹⁴³ Nitekim dilenen

¹³⁵ **BİRTEK**, s. 143.

¹³⁶ "Oluşa uygun kabule göre, mağdurenin annesi müşteki Filiz'in fabrikada çalışması nedeniyle 2 yaşındaki kızı Didem'i sanık Ayşegül'e ilgilenmesi için bıraktığı, sanığın da kendisine emanet edilen mağdureyi kucağına alarak karayolundan geçmekte olan araçların arasında dolaşmak ve mağdurenin yaşının küçüklüğünden, muhtaçlığından faydalanarak toplumun yardımseverlik ve acıma duygularını istismar etmek suretiyle onu araç olarak kullanarak dilencilik yaptığı" Yargıtay 14. CD., 2012/5603 E. 2014/9420 K. 10.07.2014 T. (Karar metni için bkz. **BİRTEK**, s. 144-145.)

¹³⁷ **KALFA TOPATEŞ**, s. 199.

¹³⁸ Zira söz konusu düşünceye göre burada araç olarak kullanılan kişinin elde ettiği menfaatin sattığı mal ile orantısız olduğunu bilmesine rağmen, onun bu eylemi gerçekleştirmede araç olarak kullanan kimsenin olası kastla bu suçu işlediği belirtilmektedir. Bkz. **BİRTEK**, s. 145-146, 152.

¹³⁹ **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3392.

¹⁴⁰ **GERÇEKER**, s. 2454.

¹⁴¹ Dilencilerin dilenmeyi tercih ettiği yerler genellikle insanların daha yoğun bir şekilde bulunduğu kavşaklar, kent merkezlerindeki parklar, pazarlar, metro istasyonları, otobüs durakları, işlek caddeler, hastane önleri, cami önleri ve nadiren de olsa ara sokaklar gibi merkezi ve kalabalık nitelikteki bölgelerdir. Bkz. **KALFA TOPATEŞ**, s. 217.

¹⁴² **BİRTEK**, s. 146-147.

¹⁴³ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 6863-6864.

kişi, herhangi bir şey vermeksizin ya da yapmaksızın, insanların acıma duygusunu harekete geçirerek kendisine para ya da benzeri şeyler verilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle daha önce de bahsedildiği üzere yollarda ya da toplanma yerlerinde küçük de olsa bir hizmette bulunarak karşılığında bir şeyin verilmesini istemek ya da beklemek hallerinde ne dilencilik suçundan¹⁴⁴ ne de dilencilik kabahatinden bahsedilebilir. Her ne kadar dilencilik fiilinin tanımlanmasına ilişkin bir netlik bulunmasa da burada dar yorum yapılmalı ve ceza sorumluluğunun genişletilmesine izin verilmemelidir.

Araç olarak kullanılan bir çocuğun davranışlarına göz yumulması ve örneğin getirdiği paranın alınması halinde de bu suçun varlığından bahsedilir.¹⁴⁵ Yine suç salt tehlike suçudur. Nitekim kanun koyucu tarafından burada bir zararın ortaya çıkması aranmamış olup, bizzat hareketin kendisi tehlikeli görülmüştür.¹⁴⁶

Dilencilikle ilgili olarak yapılan sınıflandırma uyarınca aktif ve pasif dilenmeden bahsedilmektedir. Aktif dilenmede sözel araçlar kullanılarak sadaka talep edilmekte; pasif dilenmedeyse herhangi bir araç kullanılmaksızın örneğin sessizce oturarak ya da ayakta durarak dilenme söz konusu olmaktadır.¹⁴⁷ Dilencilikte araç olarak kullanılanın aktif dilenmesi söz konusu olabileceği gibi pasif dilenmesi de söz konusu olabilir.

Dilenmek çok farklı şekillerde gerçekleştirilebilir. Örnek olarak cami önünde mendil açılması, hastane önünde hastaya yardım adı altında para toplanması ya da bir meydanda el açılması halleri gösterilebilir.¹⁴⁸ Suçun yalnızca icra hareketiyle işlenebildiği¹⁴⁹ ileri sürülmüşse de ihmali hareketle de işlenmesi mümkündür.

Suçta araç olarak kullanılanın gelip geçenden sadaka istediği anda, suçun icrasına başlanmıştır ve bu icranın başlamasından sonra aralıksız olarak dilenmeye devam edilmesi suçu kesintisiz suç haline getirmez.¹⁵⁰ Yine toplumda her ne kadar dilencilüğün bir “meslekmişçesine” sürekli olarak icra edilmesi halinde rastlanmaktaysa da bu durum dilencilik suçunun kesintisiz suç olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Nitekim dilencilik suçu ani bir suçtur. Çocuğun veya beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan kişinin araç olarak kullanılmasıyla birlikte bu suç tamamlanır.¹⁵¹

Araç olarak kullanılan kişinin çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendisini idare edemeyecek bir kişi olmaması halinde artık bu suçun varlığından bahsedilemez. Bu durumda KK m. 33 gündeme gelecektir. KK m. 14 gereğince iştirak hükümleri uyarınca sorumluluk belirlenecektir. Şayet dilendirilen kişi örneğin tehdit kullanılarak bu fiile zorlanmışsa bu durumda dilendiren kişinin yine bu suçtan değil ancak tehdit suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olur.¹⁵²

Dilenen kişinin, yanında herhangi bir çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan bir kimseyi bulundurmaksızın yalnızca sözlü

¹⁴⁴ MALKOÇ, s. 3719.

¹⁴⁵ MALKOÇ, s. 3719.

¹⁴⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 363.

¹⁴⁷ KALFA TOPATEŞ, s. 191.

¹⁴⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6864.

¹⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 363.

¹⁵⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

¹⁵¹ BİRTEK, s. 147.

¹⁵² MALKOÇ, s. 3719.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş*

olarak çocuğu ya da hastası olduğundan bahsederek yardım istemesi halindeyse dilencilik suçu değil ancak dilencilik kabahati söz konusu olur.¹⁵³

Hukuka uygunluk sebepleri bu suç bakımından şartları gerçekleştiği takdirde söz konusu olabilir. Suçun varlığından bahsedilebilmesi için failin zengin ya da yoksul olmasının herhangi bir önemi bulunmasa da, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulması söz konusu olabilir. Hasta olan çocuğunun tedavi olabilmesi, kış gününde korunaksız bir evde ve aç olan bir kimsenin, açlıktan ve donarak ölmekten kurtulmak amacıyla çocuğunu veya bedenini veya ruhen kendisini idare edemeyen bir kimseyi araç olarak kullanıp dilenmesi halinde zorunluluk hali söz konusu olacaktır. Bu halde her ne kadar, araç olarak kullanan kişinin yetkili makamlara başvurabileceği ve böylece açlıktan ve donmaktan kurtulabileceği akla gelebilirse de, soğukla ve açlıkla karşı karşıya kalan failin bu durumdayken yetkili makamlara başvuramaması ya da başvursa bile yetkili makamlarca derhal yardım yapılma imkânı bulunmadığından ötürü ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulabilmek amacıyla, dilencilik suçunun işlenmesi zorunluluk hali kapsamında düşünülmelidir.¹⁵⁴

Hırsızlık suçunun “ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için” işlenmesi halinde olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebileceği şeklinde m. 147’de öngörülen düzenlemeye paralel olarak benzeri bir hükmün bu suç bakımından da getirilmesi önerilebilir.¹⁵⁵ Nitekim örneğin işini kaybederek yoksulluğa düşen bir kimsenin, yaşamını idame ettirebilmek amacıyla çocuğunun dilendirmesi hali, bu duruma örnek verilebilir.¹⁵⁶ Dilencilerle ilgili olarak gerçekleştirilen bir alan araştırmasında da dilencilerin insan onuruna aykırı olan son derece kötü ve sağlıksız koşullarda yaşadıkları belirtilmiştir.¹⁵⁷ TCK m. 147/2’de hükme bağlanan düzenleme esasında kişiden, içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenememesi ya da beklenememesini ifade eden kusurluluğu kaldıran istenemezlik ilkesinin bir görünümüdür.¹⁵⁸ Şayet TCK m. 25/2’de aranan koşullar gerçekleşmişse artık uygulanacak hüküm TCK m. 147 olmayıp TCK m. 25/2’dir.¹⁵⁹ Bu nedenle TCK m. 147 hükmü TCK m. 25/2’nin özel bir görünümü olarak düşünülmemelidir. Her ne

¹⁵³ BİRTEK, s. 146-147.

¹⁵⁴ BİRTEK, s. 155-156.

¹⁵⁵ Gereksinimin ağır olmasından anlaşılması gereken kişinin içinde bulunduğu şartlarda kendisinden katlanmasının beklenilmediği durumken; acil olmasından anlaşılması gerekense derhal giderilmesi gerekli olan ihtiyaçtır. Bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, “Hırsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 783.

¹⁵⁶ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 365.

¹⁵⁷ KALFA TOPATEŞ, s. 261-262.

¹⁵⁸ Dilenenlerle ilgili olarak gerçekleştirilen bir alan araştırmasında dilencilerden Bekir’in dilenmekle ilgili şu şeklindeki beyanı “....’de oturuyordum o zaman 93’te, sağlığım sıhhatim, gücüm iyiydi. Her türlü çalışıyordum. Ondan sonra yaşlandı işte. Kimse iş vermez... Ev kiramı veremedim. Bekarım diye evden çıkarttılar... Seçerek değil ki... Rastgele gelmişim. Şu terminalde çok yattım çok... İttiler dışarı attılar. Param yoktu. Kalacak yerim yoktu. Karnım aç...” dilencilüğün bir tercih olmadığını göstermektedir. Bekir’in beyanları için bkz. KALFA TOPATEŞ, s. 167, 189.

¹⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, S. 662

kadar lehte kıyas mümkün olsa da,¹⁶⁰ bu durumun TCK m. 229'a ek bir fıkra getirilerek düzenlenmesinde yarar vardır.

Suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin rızası bulunsu dahi dilencilik suçunun varlığından bahsedilmelidir.¹⁶¹ Her ne kadar suçla korunan hukuki değer topluma ait "genel ahlak" ve bireylerin yardımseverlik duygusunun sömürülmesinin engellenmesi olduğu için, araç olarak kullanılan kimselerin bu haklar üzerinde mutlak tasarruf hakkının bulunmadığından ve bu nedenle, araç olarak kullanılan kimselerin rızalarının eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği belirtilmişse de¹⁶² söz konusu kişilerin rızası olsa da olmasa da bu suçun varlığından bahsedilir. Zira bu suçun mağduru toplumdur ve ilgilinin rızası mahiyeti gereği bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.

2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu¹⁶³ uyarınca yetkili merciin izni alınarak para toplama ya da yardım alma fiillerinin söz konusu olması halinde hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan, dilencilik suçunun varlığından bahsedilemez.¹⁶⁴ Yine 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gibi özel kanunlar ya da özel hukuk tüzel kişilerinin dernek tüzüğü, vakıf senedi gibi düzenleyici işlemlerinde yer alan hükümler kapsamında yardım talebinde bulunan kimselerin fiilleri de, dilencilik suçu kapsamında değerlendirilemez.

Dilencilik suçu bakımından bahsi geçen hukuka uygunluk nedenleri KK m. 12 uyarınca kural olarak kabahatler bakımından da uygulanır.

B. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsurunu failin çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunduğunu bildiği bir kimsenin, dilencilikte araç olarak kullanılmasını istemesi oluşturmaktadır.¹⁶⁵ Suçun taksirli hali öngörülmediğinden, bu suç ancak kasten işlenebilir.¹⁶⁶ Yine suçun işlenebilmesi için genel kast yeterli olup,¹⁶⁷ failin özel kasta sahip olması aranmamıştır.

¹⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 338, 367-369.

¹⁶¹ GERÇEKER, s. 2453.

¹⁶² BİRTEK, s. 155.

¹⁶³ 25/6/1983 Tarihli, 18088 Sayılı Resmi Gazete

¹⁶⁴ GERÇEKER, s. 2454.

¹⁶⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3392.

¹⁶⁶ GERÇEKER, s. 2454; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 952.

¹⁶⁷ "....Kayden bekar sanık R. Ç.'nin evlilik dışı doğan ve nüfusa kayıtlı olmayan olay tarihinde 9-10 yaşlarında olduğu tahmin olunan küçük F. ile birlikte girdikleri bir evden hırsızlık yaptıkları ve merdivenlerden inerken tanık H. E. ile karşılaşan sanık R.'nin 'yardım edin' demesi üzerine tanığın yardım amacı ile sanığa para verdiği, tanık küçük F.'in anlatımları ve sanık savunması ile birlikte dikkate alındığında, sanık R. Ç.'nin yanındaki (küçük) F.'a dilencilik yaptırdığı ve/veya bu yönde araç olarak kullanıldığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptanmadan yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle hüküm kurulması...." Yargıtay 6. CD. E. 2010/7644 K. 2013/5854 T. 19.3.2013 (www.kazanci.com)

Suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Bırakacak herhangi bir kimsenin bulunmaması nedeniyle,¹⁶⁸ çocuğunu veya beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan bir yakınıni teşhir etmeksizin, beraberinde getirerek, başkalarının görebileceği bir şekilde dilenen bir kimsenin olası kastla hareket ettiğinden bahsedilmelidir.¹⁶⁹

Dolaylı dilencilik kapsamında değerlendirilen mendil satma fiili bakımından da, örneğin failin çocuğunun mendil veya çiçek satmak fiillerini gerçekleştirirken, çocuğu beraberinde ya da hâkimiyeti altında bulundurarak, çocuğunun elde ettiği menfaatin sattığı mal ile orantısız olduğunu bilmesine karşın, çocuğunun bu fiiline ses çıkarmayan bir annenin ya da babanın, olası kast ile dilencilik suçunu işlemiş olacağı ileri sürülmekteyse¹⁷⁰ söz konusu durumda dilencilik suçunun oluşmadığı zira dilenme fiilinin bulunmadığı düşünülmektedir.

Suçta araç olarak kullanılanların, araç olması için bir tehdidin ya da baskının kurulması bu suçun varlığı için gerekli değildir.¹⁷¹ Ancak bu kişilere karşı cebir ya da tehdit kullanılırsa bu durumda fail hem dilencilik suçundan hem de cebir ya da tehdit suçundan dolayı sorumludur.¹⁷² Bir kimsenin başka bir kimseyi, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu cebir veya şiddet kullanmak ya da korkutma ve tehdit ile bir çocuğu ya da bir engelliye araç olarak kullanmak suretiyle dilenmeye zorlaması durumunda TCK m. 28'de "cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit" düzenlenen hüküm uygulama alanı bulacaktır.¹⁷³ Bu durumda karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği gibi, bu kimseye cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

Çocuklar ve kendini idare edemeyen kimselerin söz konusu nitelikleri konusunda hataya düşülmesi fiili hatadır ve failin lehine değerlendirilmelidir.¹⁷⁴

Dilencilik suçu bakımından bahsi geçen kusurluluğu kaldıran nedenler KK m. 12 uyarınca kural olarak kabahatler bakımından da uygulanır. KK m. 12'de kusurluluğu kaldıran nedenlerden bahsedildiğinden kusurluluğu azaltan nedenler bakımından TCK hükümleri uygulama alanı bulamaz. KK m. 11'de yaş küçüklüğü ve akıl hastalığıyla ilgili olarak özel olarak düzenleme söz konusu olduğundan, diğer haller bakımından TCK'nın hükümleri uygulama alanı bulur. Örneğin sağır ve dilsiz dilenciler bakımından sorumluluk TCK m. 33 uyarınca belirlenir

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suç sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden, hareket parçalara bölünebildiği ölçüde,¹⁷⁵ suça teşebbüs mümkündür.¹⁷⁶ Failin çocuğu ya da beden veya ruh bakımından

¹⁶⁸ KALFA TOPATEŞ, s. 200.

¹⁶⁹ BİRTEK, s. 152.

¹⁷⁰ BİRTEK, s. 152.

¹⁷¹ MALKOÇ, s. 3719.

¹⁷² MALKOÇ, s. 3719.

¹⁷³ BİRTEK, s. 156.

¹⁷⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 365.

¹⁷⁵ GERÇEKER, s. 2454.

¹⁷⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3393.

kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmasıyla bu suç tamamlanır. Suçun tamamlanması için kendisinden dilenilen kimseden herhangi bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.¹⁷⁷ Ancak örneğin failin çocukları arabaya doldurarak dilenecekleri yere getirmesi ve onlara nasıl dilenmeleri gerektiği konusunda bilgi verirken yakalanması halinde,¹⁷⁸ yine failin çocuğu teşhir ettiği esnada ya da çocuğu teşhir etmek üzere hazırladığı ya da çocuğun herhangi bir kimseden bir şey talep etmeksizin dolaştığı esnada yakalanması halinin teşebbüs kapsamında düşünülmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁷⁹

Dilencilik kabahatine teşebbüs ise KK m. 13 ve m. 33 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde cezalandırılmamaktadır.

B. İŞTİRAK

Suçta iştirak mümkün olup bu konuda genel hükümler uygulama alanı bulur.¹⁸⁰ Ancak suçta araç olarak kullanılarak dilencilik yapan kimse bu suçtan zarar gören olduğundan, failin eylemine iştirak etmiş sayılmaz.¹⁸¹

TCK m. 229'da "araç olarak kullanan" ifadesinden, dolaylı failliğin düzenlendiği TCK m. 37/2 hükmü anlaşılmamalıdır. Nitekim TCK m. 37/2'de suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir. Yani dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişinin kanunda suç olarak öngörülen hareketi kendisinin gerçekleştirilmesi gereklidir. Dilencilik suçundaysa araç olarak çocuklarla beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan kişilerin kullanılması gereklidir. Dilencilik suçunda, dilenme fiilinin muhakkak araç olarak kullanılan kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekli değildir. Fail, dilenme eylemini örneğin beraberinde getirdiği kişiye yaptırabileceği gibi kendisi de gerçekleştirebilir. Failin yanında bulunan çocuğunu ya da koluna girdiği engelli bir yakını dilendirmesi ya da kucağında tutarak, yere yatırarak veya sırtına alarak kendisinden dilenilen kişinin algısını yönlendirerek yani kendisi de dilenme eylemini gerçekleştirebilir. Bu nedenle dilencilik suçu bakımından "dilenme" fiilinin kimin tarafından gerçekleştirildiği değil; dilenme fiili esnasında bir çocuğun veya bedenlen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin kendisinden dilenilen kişinin acıma hislerini hedef alacak şekilde bir yerde bulundurup bulundurmadığı önem taşımaktadır. Dilencilik suçu bakımından çocuk veya bedenlen veya ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin bu durumunun kullanılması ya da bu durumundan yararlanılması suretiyle dilenilmesi gerekli olduğundan, TCK m. 229 hükmünde yer verilen "araç olarak kullan"ma ile TCK m. 37/2 hükmü aynı anlamı taşımamaktadır. Ancak burada dilencilik suçundan bahsedebilmek için, çocuğun veya bedenlen ya da ruhen kendisini idare edemeyecek bir kişinin, dilenen kimsenin beraberinde veya yakın bir mesafede tutulması tek başına yeterli değildir. Zira bu kişilerin suçta araç olarak kullanılması da gereklidir. Örneğin dilenen kimsenin, çocuğunu veya yaşlı

¹⁷⁷ BİRTEK, s. 157.

¹⁷⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6867.

¹⁷⁹ BİRTEK, s. 156-157.

¹⁸⁰ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 952.

¹⁸¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6867.

ya da engelli bir yakını bırakacak bir yeri olmadığından ötürü beraberinde getirmesi ancak çocuğunu araç olarak kullanmaması halinde dilencilik suçundan bahsedilmemelidir.¹⁸²

Suçun iştirak halinde işlenmesi haliyle, bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinin birbirinden ayırt edilmesi gereklidir.¹⁸³ Suçta araç olarak kullanılanın fiili kabahat oluşturduğundan bu kabahati uyarınca sorumluluğuna gidilmesi gereklidir. Ancak araç olarak kullanılan kişi çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek bir kimse olduğundan araç olan kişinin sorumluluğu, kural olarak isnat yeteneğini kaldıran nedenler bakımından TCK hükümleri uyarınca belirlenir. "Sorumluluk" başlığını taşıyan KK. m. 11 uyarınca fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz. Yine akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında da idarî para cezası uygulanmaz. Ancak bu kişiler hakkında koşulları bulunduğu takdirde diğer idari yaptırımlara karar verilmesi mümkündür.¹⁸⁴ KK m. 33/2 uyarınca kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve el koymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir veya belediye encümeni karar verir. İdarî para cezasına şayet kolluk karar vermişse, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir yani kabahatin işlendiği yere göre kaymakam ya da vali; şayet zabıta karar vermişse belediye encümeni karar verir.¹⁸⁵ Dilencilik kabahatinin işlenmesine KK m. 14/1 uyarınca iştirak edilmesi halinde iştirak eden kişi de fail olarak sorumlu olur ve bu kişi hakkında idarî para cezası verilir. KK m. 14/3 gereğince ise kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.

C. İÇTİMA

Suçların içtimalı ile ilgili olarak genel hükümler bu suçta da uygulama alanı bulur.¹⁸⁶ Her ne kadar madde metninde "çocuklar" ve beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan "kimseler"den bahsedilerek suçta araç olarak kullanılanların birden fazla kişiden oluşmasından bahsedilmişse de tek bir çocuğun ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kimsenin araç olarak kullanılması halinde de bu suç oluşur. Fail tek bir kimseyi birden fazla kez dilencilikte araç olarak kullanırsa bu durumda TCK m. 43/1 gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanır.¹⁸⁷ Şayet dilendiren tek bir fiiliyle birden fazla kişiyi dilencilikte araç olarak kullanırsa bu durumda TCK m. 43/2'nin söz konusu olacağı ileri sürülse de¹⁸⁸ burada tek bir dilencilik suçu söz konusudur. Birden fazla fiil ile birden fazla kimse dilencilikte araç olarak kullanılmışsa her bir suçtan zarar görene karşı ayrı ayrı suçun işlendiğinden bahsedilse de bu suç kişilere karşı suçlar arasında yer almayıp topluma karşı suçlar arasında düzenlenmiştir ve bu halde de zincirleme suç hükümleri şartları bulunduğu takdirde uygulama alanı bulur. Nitekim suçun TCK m. 43/1'de düzenlenen

¹⁸² BİRTEK, s. 143-144.

¹⁸³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

¹⁸⁴ KANGAL, s. 137.

¹⁸⁵ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006, s. 205-206.

¹⁸⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3393.

¹⁸⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6867.

¹⁸⁸ MALKOÇ, s. 3720.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkünken TCK m. 43/2'de düzenlenen zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Ancak zincirleme suç kurumunun bu suç bakımından ayrıntılı bir şekilde incelenmesinde yarar vardır.

Failin bir çocuğu veya birden çok çocuğu, bir kimseyi ya da birden çok kimseyi dilendirmesi halinde de tek bir suç vardır. Ancak failin dilencilikte araç olarak kullanılan söz konusu kişi ya da kişileri her gün dilenmeye çıkarması halindeyse zincirleme suç söz konusu olur.¹⁸⁹

TCK m. 43/1'in son cümlesine "5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" m. 6 ile¹⁹⁰ "mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra uygulanır" ifadesi eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, bu son fıkranın eklendiği ve TCK m. 252'de düzenlenen rüşvet ve TCK m. 181 ila 182'de düzenlenen çevrenin kirletilmesi suçu gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişinin mağdur olmamasından hareketle, zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanmasının gerekli olduğundan bahsedilmiştir. Ancak gerekçede belirtilen bu hususlar mağduru belli olmayan suç olarak kabul edilen suçlarda zincirleme suçun nasıl uygulanacağı konusunda tereddütlere yol açarak uygulayıcıyı yanıltacak niteliktedir. Madde gerekçesinde sözü edilen rüşvet suçunun mağduru toplum değildir. Toplumun işlenen bir suçtan dolayı etkilenip zarar görmesiyle, toplumun mağdur olması başka şeylerdir. Rüşvet suçu "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine"ne karşı bir suç olduğundan mağduru devlettir.¹⁹¹ Çevrenin kirletilmesi suçundaysa mağdur toplumdur.¹⁹² Yine dilencilik suçunun da mağduru daha önce de belirtildiği üzere toplumdur.

Gerekçedeki ifade dikkate alındığında sorunu, örneğin; rüşvet, çevrenin kasten kirletilmesi, dilencilik gibi mağduru belli olmayan suç kapsamında değerlendirilen suçların her birinin bir kez dahi işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin mi, yoksa bu suçların da ancak birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin mi, uygulanması gerektiği hususu oluşturmaktadır.¹⁹³ Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için mutlaka ortada bir "suç işleme kararı"na bağlı olarak gerçekleşen "birden çok suç" olmalıdır. Bu nedenle ilk önce ortada tek suç mu yoksa birden fazla suç mu var bu belirlenmeli, şayet birden çok suç varsa zincirleme suç için öngörülen diğer şartların varlığı aranmalıdır. Suç sayısının belirlenmesi "normun ihlali" ölçütüne başvurularak tespit edilmelidir.¹⁹⁴ Suç bir kez işlendiğinde ortada tek bir suç vardır ve zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamaz. Şayet gerekçedeki ifade dikkate alınacak olursa ortada tek bir dilencilik suçu bulunmasına karşın, birden çok suç varmışçasına değerlendirme yapılarak faile verilecek cezanın arttırılması gibi yanlış bir tutum izlenir. Zira bu suçta mağdur toplumdur, toplumu oluşturan her bir fert mağdur olarak kabul edilemez, onlar yalnızca zarar gören olarak kabul edilmelidir. Bu yüzden "mağduru belli bir kişi olmayan suç" ifadesinden anlaşılması gereken mağduru

¹⁸⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Topluma Karşı Suçlar, s. 364.

¹⁹⁰ 25869 sayılı 08.07.2005 tarihli Resmi Gazete.

¹⁹¹ KATOĞLU, s. 688. Devletin suçun mağduru olamayacağı yönündeki görüş için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s. 219, 220.

¹⁹² YALÇIN SANCAR, Türkan: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", TBBD, S. 70, 20007, s. 256.

¹⁹³ KATOĞLU, s. 688, 689.

¹⁹⁴ EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 328.

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

toplum olan suçlar değil “topluluğa karşı” işlenen suçlar olmalıdır. Nitekim bazen hareketin yöneldiği kişiler birden fazla olmasına karşın, bu kişiler bir topluluk oluşturabilir ve fail bu topluluğa yönelik olarak bir fiil gerçekleştirebilir. Örneğin çok kalabalık bir grupta bulunan herkese birden failin hakaret etmesi halinde mağdur belli bir kişi değildir ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gereklidir.¹⁹⁵ TCK'da bu kuruma yer verilmesinin bir sonucu olarak, dilencilik suçunun birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Aynı zaman ya da çok kısa zaman diliminde gerçekleşen suçlar bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Nitekim amaçta ve zaman birlik kriterleri nedeniyle ortada hukuki anlamda tek bir hareket söz konusudur. Ancak dilencilik fiili kesintiye uğramış ve örneğin, iki ayrı günde dilencilik eylemi gerçekleştirilmişse, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusudur.¹⁹⁶ Buna karşın, suçta araç olarak kullanılan kişinin birden fazla kez araç olarak kullanılması halinde aradan geçen zaman içinde suç işleme kararında birliğin ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılarak bu birden fazla fiil aynı suç işleme kararına dayanıyorsa zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Zaten aynı kişiye karşı aynı zamanda aynı suçun birden fazla işlenmesi de mümkün olmaz.¹⁹⁷

Dilencilik kabahatinin birden fazla işlenmesi halindeyse KK m. 15/2 gereğince her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Bu nedenle kabahatler bakımından TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması öngörülmemiştir. Örneğin failin bir kabahati gerçekleştirme kararının icrası kapsamında aynı kabahati değişik zamanlarda birden fazla kez işlemesi halinde her bir fiili bağımsız olarak düşünülerek ayrı ayrı idari yaptırım uygulanır.¹⁹⁸

Fail hem kendisi dilencilik yapar hem de m. 229/1'de öngörülen niteliklere sahip kişileri dilendirirse hem dilencilik kabahatinden hem de dilencilik suçundan ötürü sorumludur.¹⁹⁹ Zira burada fail tarafından gerçekleştirilen iki ayrı fiil söz konusudur.²⁰⁰ Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır

Dilencilik suçu bakımından failin; çocuğunu ya da bedenini veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan eşini araç olarak kullanması durumunda hem dilencilik suçundan hem de TCK m. 232'de²⁰¹ hükme bağlanan kötü muamele suçundan dolayı sorumlu olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre fikri içtimanın düzenlendiği TCK m. 44 uyarınca işlediği

¹⁹⁵ YALÇIN SANCAR, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda”, s. 257.

¹⁹⁶ BİRTEK, s. 158.

¹⁹⁷ KATOĞLU, s. 106.

¹⁹⁸ KANGAL, s. 170-171.

¹⁹⁹ MALKOÇ, s. 3720.

²⁰⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6867. Ancak fail kendisi dilenirken aynı zamanda bir çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek olan bir kimseyi araç kullanırsa failin tek bir fiiliyle hem dilencilik suçunu hem de dilencilik kabahatini gerçekleştirmiş olacağı, KK m. 15/3 uyarınca bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa, yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğinden failin sorumluluğunun yalnızca dilencilik suçu uyarınca belirleneceği yönündeki görüş için bkz. BİRTEK, s. 158-159.

²⁰¹ “Kötü muamele

Madde 232- (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Eylem Baş*

bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi hakkında bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı yani dilencilik suçundan dolayı cezalandırılma söz konusu olacaktır.²⁰² Ancak burada dilencilik suçunu hükme bağlayan m. 229 hükmü, kötü muamele suçunu düzenleyen hükme göre özel hüküm niteliğinde olduğundan²⁰³ artık TCK m. 239 uyarınca failin sorumluluğu belirlenmelidir.

Failin çocuğunu veya bedenini veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda bulunan eşini araç olarak kullanmaksızın, onları dilencilik yapmaya azmettirmesi, teşvik etmesi gibi hallerde her ne kadar dilencilik suçunun oluşmayıp kötü muamele suçunun oluşacağı ileri sürülse de,²⁰⁴ burada dilencilik kabahatine azmettirme ya da yardım etme söz konudur ve aynı zamanda failin bu fiili dilencilik suçuna da vücut verirse KK m. 15/3 uyarınca failin cezai sorumluluğu yalnızca dilencilik suçu uyarınca belirlenecektir. Örneğin failin çocuğunu dilencilik yapmaya azmettirmesi ve çocuğun dilenmesi halinde failin bu fiili hem TCK m. 229 uyarınca dilencilik suçunu hem de KK m. 33'e azmettirmeyi oluşturur ve fail KK m. 15/3 uyarınca yalnızca TCK m. 229'dan ötürü sorumludur. Zira burada failin tek bir fiili vardır.

Gerçekte çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olmamasına karşın öyleymişçesine görüntü verilerek, örneğin kişinin çocuk olmamasına karşın çocuk kıyafeti giydirilerek ya da bir kimsenin sağlıklı olmasına karşın felçliymiş gibi yürüyerek bedenini idare edemiyormuş gibi gösterilerek araç olarak kullanılıp dilendirilmesi halinde, hileli bir davranışın söz konusu olduğu, kendisinden dilenilen kişinin merhamet ve acıma duygularını etkileyerek menfaat temin edilmesinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ileri sürülmektedir. Nitekim burada hileli davranışlarla bir kimse aldatılarak, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmaktadır. Söz konusu durum için "merhamet dolandırıcılığı" ya da "duygu sömürüsü dolandırıcılığı" da

²⁰² BİRTEK, s. 159.

²⁰³ "...Aile bireylerine kötü davranma suçu; yaralama, tehdit, sövme gibi Kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri kapsadığı, somut olayda alkollü olan sanığın mağduru yaraladığı, sanığın yaralama suçundan cezalandırıldığı, sanığın eşine karşı kasten yaralama suçlarından daha önceleri aldığı mahkumiyet hükümleri delil kabul edilerek sanığın ayrıca kötü muamele suçunu işlediği gerekçesi ile mahkumiyet hükmü kurulduğu ancak yaralama suçlarından hüküm verilmesi karşısında kötü muamele suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 3. CD. 2014/33135 E. 2015/8701 K. 9.3.2015 T. (www.kazanci.com). Yargıtay'ın benzer yönde verdiği diğer kararları için bkz. Yargıtay 14. CD. 2012/15657 E. 2014/288 K. 15.1.2014 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 14. CD. 2012/14474 E. 2013/3681 K. 1.4.2013 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 14. CD. 2012/5512 E. 2012/5064 K. 3.5.2012 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 4. CD. 2009/1540 E. 2011/2345 K. 23.2.2011 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 4. CD. 2008/10591 E. 2010/6251 K. 6.4.2010 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 4. CD. 2008/7450 E. 2010/855 K. 28.1.2010 T. (www.kazanci.com); Yargıtay 4. CD. 2007/5591 E. 2009/80 K. 19.1.2009 T. (www.kazanci.com)

Ancak Yargıtay'ın bu durumu TCK m. 44 yani fikri ictima kapsamında değerlendirdiği kararı da mevcuttur. "...Sanık hakkında eşe karşı kasten yaralama suçu ile kötü muamele suçundan açılan kamu davasında 5237 Sayılı TCK'nin 44. maddesine göre en ağır cezayı içeren suçtan hüküm kurulduğu belirtilerek sanık hakkında en ağır cezayı içeren eşe karşı kasten yaralama suçu yerine kötü muamele suçundan hüküm kurulması..." Yargıtay 3. CD. 2014/8077 E. 2014/30746 K. 22.9.2014 T. (www.kazanci.com)

²⁰⁴ BİRTEK, s. 159.

denilmektedir. Herhangi bir hizmet sunulmaksızın karşılıksız olarak yardım istenildiği hallerde hilenin soyut yalanı aşır dış unsurlarla desteklendiği hallerde dolandırıcılık suçunun olduğu ve burada Yargıtay'ın anladığı anlamda nitelikli yalanın aranması gerektiği belirtilmektedir.²⁰⁵ Ancak esasında kabahat oluşturan bir fiil nedeniyle dilenen kimsenin yalnızca daha fazla yarar sağlamak amacıyla hileye başvurması halinde dolandırıcılık suçunun söz konusu olmadığı düşünülmektedir.

Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimse TCK m. 80/1 uyarınca insan ticareti suçundan sorumludur. Söz konusu amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller söz konusu olduğunda, mağdurun rızası geçersizdir. (TCK m. 80/2). On sekiz yaşını doldurmamış olanların TCK m. 80/1'de belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile insan ticareti suçu bakımından öngörülen ceza verilir. (TCK m. 80/3). Bir kimsenin örneğin çocuğu üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanarak, çocuğunu çocuklara dilencilik yaptıran bir suç örgütüne para karşılığında temin etmesi durumunda, bu kimsenin insan ticareti suçu bakımından sorumlu olduğu ileri sürülmektedir.²⁰⁶ Ancak çocuğun yalnızca dilendirilmesi halinde insan ticareti suçu bakımından aranan zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak maksatlarının söz konusu olmadığı olsa olsa esarete tabi kılmak maksadından²⁰⁷ bahsedilmesi mümkündür.²⁰⁸

Burada çocuğun örneğin mendil sattırılması suretiyle dolaylı dilendirilmesi halinde, failin hem TCK m. 80 uyarınca zorla çalıştırma hem de dilencilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacağı da ileri sürülmüştür. Ayrıca ortada bir suç örgütünün varlığı söz konusuysa failin cezasının bu nedenle arttırılması gereklidir.²⁰⁹ Ancak daha önce de belirtildiği üzere mendil satma halinde dilencilik suçunun oluşmadığı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay'ın mendil satılmasını çalışma olarak değerlendiren kararı da mevcuttur.²¹⁰

VIII. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

²⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 714.

²⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 110; KOCA, Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, Y. 2003, s. 154.

²⁰⁷ Esarete tabi kılınan, tabi olunan kimsenin emri altında bulunmakta ve özgür iradesiyle kaderini yönlendirememektedir. Esarete tabi kılınan kimsenin irade özgürlüğü tümüyle ortadan kalmıştır ve tümüyle başkasının arzu ve isteklerine tabi kılınmıştır. Bkz. KOCA, s. 158.

²⁰⁸ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, s. 99.

²⁰⁹ BİRTEK, s. 163-164.

²¹⁰ "...Saniğin yaşları 10 ila 14 arasında değişen 8 mağduru Mardin ilinin Ömerli ilçesinden alıp İstanbul'a getirdiği, çocukların tümünü tek bir odada insanlık dışı koşullarda barındırdığı, şehrin çeşitli bölgelerinde sokaklarda kağıt mendil, midye satıcılığı ve tartıcılık gibi işlerde zorla çalıştırma şeklinde gerçekleşen eyleminin insan ticareti suçunu oluşturur..." Yargıtay 8. CD. 4555/7998, 25.6.2008 T. (Karar metni için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 110)

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

Suçla ilgili olarak iki nitelikli hale yer verildiği görülmektedir. İlki TCK m 229/2'de öngörülen suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halidir. Bu nitelikli halin uygulama alanı bulabilmesi için, failin kastının bu nitelikli hali kapsamı, yani failin araç olarak kullandığı kişinin bu sıfatını bilmesi gereklidir.²¹¹ Söz konusu nitelikli halin bulunup bulunmadığının tespiti için suçun işlendiği anda bu ilişkilerin mevcut olup olmadığına bakılır.²¹² Bu ilişkiler nüfus kaydı getirilerek ve dosya arasına konularak ispatlanabilir.²¹³ Ayrıca söz konusu niteliklerin bulunup bulunmadığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca belirlenir. TMK m. 17 uyarınca kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur ve biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı söz konusudur. Kayın hısımlığıyla ilgili olarak TMK m. 18'de eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımlarıdır ve kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Bu kapsamda suçun faili suçta araç olarak kullanılanın anası, babası, kayın anası, kayın babası, büyük annesi, büyük babası, eşinin büyük babası veya annesi, kardeşi, kayın biraderi, baldızı, yeğeni, eşinin yeğeni, dayısı, amcası, halası, teyzesi ya da eşinin dayısı, amcası, halası, teyzesiye ya da eşiyse bu nitelikli hal uygulama alanı bulur.

Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini ağırlatıcı neden olarak gören TCK m. 229/3 ise ikinci nitelikli hali oluşturmaktadır. Son dönemlerde kişileri dilendiren örgütlerin ortaya çıkması ve bu durumun toplumsal yaşamda oldukça tehlikeli ve zararlı bir hal alması karşısında bu nitelikli halin öngörülmesi yerinde bir tercih olmuştur.²¹⁴ Kimi zaman bir örgütün kurularak, örgütün faaliyetini yerine getirebilmesi için çocuklar ülke içinden getirilerek dilendirilmektedirler.²¹⁵

Bir örgütün söz konusu olup olmadığının tespiti ise TCK m. 220 uyarınca belirlenir.²¹⁶ Kanun koyucu tarafından dilencilik suçunun, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde, örgüte

²¹¹ BİRTEK, s. 153.

²¹² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3393.

²¹³ "...Sanık L. hakkında dilencilik suçundan verilen beraat hükmünün temyiz incelemesine gelince; Olay tarihli tutanak ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdure C.'in, A.'la dilencilik yaptığı sırada yakalanması ve sanıklardan L.'in öz kızına bakmadığı için sanık A.'a kızını teslim ettiğini aşamalarda beyan ettiğinin anlaşılması karşısında, 5271 Sayılı C.M.K.nın 236. maddesi gereğince; Olay tarihinde 8 yaşında bulunan mağdurenin duruşmada dinlendikten ve sanık L. hakkında ekonomik ve sosyal durumuna dair zabıta ve muhtarlık araştırması yapıldıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre, sanık L.'in hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde beraat hükmü kurulması..." Yargıtay 14. CD. E. 2014/851 K. 2014/1728 T. 17.2.2014 (www.kazanci.com)

²¹⁴ DONAY, s. 333; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3393.

²¹⁵ Nitekim Ankara Ticaret Odası'nın, "Neler Oluyor Bize" başlığı altında hazırladığı raporda, şu ifadelere yer verilmiştir: "...dilencilik mafyası, eleman bulamadığı özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki yoksul ailelerden, aylık 200-250 milyon liraya çocuk kiralyor. Felçli ve engelli çocukların kirası iki katına çıkabiliyor. Sefalet ve perişanlık içinde yaşayan ve sık sık cinsel tacize uğrayan bu çocuklar, istenilen hasılatı toplamadıkları takdirde, işkence dahil her türlü şiddete maruz kalıyor. Öldürülme korkusu içindeki çok küçük yaşta bu çocuklar, gerekli hasılatı toplamak için gasp, hırsızlık gibi her türlü yasal olmayan yola başvurmaya zorunda kalıyor...". (http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=200&l=1)

²¹⁶ Bir örgütün varlığının kabul edilebilmesi için üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşmenin değil ancak gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi dahi suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi ve örgütün yapısıyla sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması gereklidir. Her ne kadar örgüt yapılanması, işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur bakımından

yarar sağlamak amacıyla veya örgütün korkutucu gücünden yararlanılmak suretiyle işlenmesi, nitelikli bir hal olarak kabul edilerek daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır.²¹⁷ Suç örgütlerince dilendirilen kişilerin uzuvları kesilmek suretiyle dilendirilmesi de söz konusu olmaktadır.²¹⁸ ETCK'da ise söz konusu nitelikli hale yer verilmediği görülmektedir.

TCK m. 229/3'te öngörülen örgütün dilencilik suçunu işlemek amacıyla kurulmuş olması mümkün olduğu gibi, başka bir suç işlemek amacıyla kurulması araç suç olarak dilencilik suçunun işlenmesi de mümkündür.²¹⁹ Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde dilencilik suçunun basit hali için öngörülen ceza bir kat arttırılacağı gibi,²²⁰ faile ayrıca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen TCK m. 220 uyarınca da ceza verilecektir.²²¹ Ancak burada failin örneğin bir örgüte üye olması nedeniyle fail hakkında hem TCK m. 220 uyarınca hem de üyesi olduğu örgütün faaliyeti çerçevesinde dilencilik suçu işlenmesi halinde dilencilik suçunun basit halinden değil ancak nitelikli halinden hüküm kurulması doğru değildir. Zira fail örgüte üye olması nedeniyle adeta iki kez cezalandırılmaktadır.

IX. SUÇUN YAPTIRIMI VE MUHAKEMESİ

Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Suçun temel hali bakımından dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Burada mahkemeye herhangi bir takdir yetkisinin tanınmadığı, zira yapılacak artırım oranının sabit olarak belirlendiği görülmektedir. Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halindeyse verilecek ceza bir kat arttırılır. Söz konusu iki nitelikli hal bir arada bulunursa verilecek ceza önce ikinci fıkra uyarınca yarı oranında, daha sonra bulunan bu ceza bir kat daha arttırılır.²²²

Faile iki yıldan az hapis cezası verilmesi durumunda CMK m. 231'de hükme bağlanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tartışılmalıdır.²²³ Bu kurum

somutlaştırılması mümkünse de zorunlu değildir. Bkz. YCGK 2012/6-1490 E. 2013/59 K. 19.2.2013 T. (www.kazanci.com).

Somut olayda şüpheli ya da sanık sayısının üç ya da daha fazla kişiden oluştuğu her halde örgütün varlığından bahsedilemez ve söz konusu halde iştirak hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Örgüt üyesi olmamasına karşın örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi hem işlediği suçtan hem de örgüte üye olmak suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır. Bu kapsamda bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bu suçun işlenmesi durumunda hem nitelikli dilencilik yaptırmak hem de TCK m. 220'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dolayı sorumluluk gündeme gelir. Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6866.

²¹⁷ YCGK 2012/6-1490 E. 2013/59 K. 19.2.2013 T. (www.kazanci.com)

²¹⁸ KALFA TOPATEŞ, s. 105.

²¹⁹ BİRTEK, s. 154.

²²⁰ Cezanın bir kat arttırılmasından, verilecek sonuç cezaya kendisi kadar bir miktarın eklenmesi anlaşılmaktadır. Bkz. MALKOÇ, s. 3720.

²²¹ EROL, s. 1113.

²²² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6867-6868.

²²³ "...sanıkların 1. derece kan hısımları olan çocukları Kadir ve Kanber'i dilencilikte araç olarak kullanmak sureti ile atılı suçu işledikleri bu sebeple, 5237 sayılı TCK'nun 229/2. maddesi uyarınca cezalarının yarı oranında arttırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurularak eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; sanıklara atılı dilencilik suçu

*Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında
Değerlendirilmesi*
Arş. Gör. Eylem Baş

uygulanmayarak bir yıldan az hapis cezası verilirse bu ceza TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırıma çevrilebilecek, şayet çevrilmezse ya da faile iki yıldan hapis cezası verilirse TCK m. 51 uyarınca verilen hapis cezası ertelenebilecektir.²²⁴

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen gerçekleştirilir. Görevli mahkeme ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca Asliye Ceza Mahkemesi'dir.²²⁵ Yetkili mahkeme ise dilencilikte araç olarak kullanmanın gerçekleştiği yer mahkemesidir.

Failin, dilencilik suçundan elde ettiği menfaatin TCK m. 55 hükmü uyarınca, suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere kararına karar verilir. Ancak müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerektiğinden, dilencilikten elde edilen kazancın müsadere edilebilmesi için, suçtan zarar görene yani kendisinden dilenilene iade edilememesi gereklidir.²²⁶

SONUÇ

Dilencilikle ilgili olarak, mevzuata bakıldığında, dilencilik bir tanımının yapılmadığı görülmektedir. Dilenen kişi, herhangi bir şey vermeksizin ya da yapmaksızın, insanların acıma duygusunu harekete geçirerek kendisine para ya da benzeri şeyler verilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle daha önce de bahsedildiği üzere yollarda ya da toplanma yerlerinde küçük de olsa bir hizmette bulunarak karşılığında bir şeyin verilmesini istemek ya da beklemek hallerinde ne dilencilik suçundan ne de dilencilik kabahatinden bahsedilebilir. Her ne kadar dilencilik fiilinin tanımlanmasına ilişkin bir netlik bulunmasa da burada dar yorum yapılmalı ve ceza sorumluluğunun genişletilmesine izin verilmemelidir.

Gündelik hayatın içinde pek çok kişinin dilendiği ve dilenenler arasında çocukların veya beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilerin de olduğu görülmektedir. Çalışmada da bahsedildiği üzere her halükarda bu kişilerin dilenmesi halinde dilencilik kabahati söz konusu olmakta, şartları varsa da dilencilik suçu oluşmaktadır. Ancak hem dilencilik kabahatiyle hem de dilencilik suçuyla etkin bir şekilde mücadele edilmediği gözlemlenmektedir. Örneğin bu çalışma yapılırken oldukça az sayıda Yargıtay kararına ulaşılması, bu suçun Yargıtay'ın pek de önüne gelmediğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Yine her gün gelip geçilen bir sokakta dahi çoğu zaman aynı çocukların ya da engellilerin dilendiği görülmekte, bu kişilerle ilgili olarak gerekli yasal işlemlerin yapılmadığı belirtilmelidir. Hem dilencilik kabahatiyle hem de dilencilik suçuyla etkin bir şekilde

bakımından, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezaların tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde yasal zorunluluk bulunması... Bozmayı gerektirmiş..." Yargıtay 2. CD. E. 2011/13375 K. 2012/46101 T. 15.11.2012 (www.kazanci.com)

²²⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6868.

²²⁵ "...İddianame içeriği ile mağdurenin anlatımlarına göre sanığın olay günü kızı olan mağdure Esma'yı yönlendirerek üniversite önündeki cami önünde dilencilik yaptırması şeklindeki eyleminin, TCK'nın 229/1-2. Maddesinde düzenlenen dilencilik suçunu oluşturup oluşturmadığının tayin ve takdiri ile davaya bakma, kanıtları değerlendirme ve suç niteliğinin tayini görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevlilik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması..." Yargıtay 14. CD. 2013/1254 E. 2013/1981 K. 27.02.2013 T. (Karar metni için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6868.)

²²⁶ BİRTEK, s. 164.

mücadele edil(e)memektedir ve bu nedenle söz konusu normların etkin olmadığı altı çizilmelidir.

Yaptırım ihlale karşı bir tepkidir ve hem KK hem de TCK bakımından dilencilüğün yaptırımı bağlanmasıyla dilencilikle mücadele edilmesi zordur. Ceza hukukuna egemen olan ilkelerden birisi de son araç olma ilkesidir, yani bir haksızlıkla hukukun diğer dallarıyla etkin bir şekilde mücadele imkânı mevcutsa kanun koyucu ceza hukuku yaptırımlarına başvurmayıp, kabahatler hukuku alanına yönelmelidir. Özellikle yoksul kesim tarafından bir hayatta kalma mücadelesi olan dilencilüğün önlenmesi için sosyal politikalar geliştirilmelidir. Örneğin kayıt dışı çalışmayla yeterince mücadele edilememesi neticesinde bu kişilerin yaşlandıklarında sosyal güvencelerinin bulunmaması yaşlılıkları nedeniyle dilenmelerine neden olabilmektedir. Nitekim yoksulluğun var olduğu süre içinde dilencilüğün de yoksulluğa koşut olarak var olacağı öngörüsünde bulunmak güç değildir. Sosyal bir hukuk devletinde ise insan dilenmeyi hak etmemektedir. Yoksulluğu önlemeye yönelik çabaların ardından yine dilencilüğün söz konusu olması halindeyse devreye KK. m. 33 ve TCK m. 229 hükümleri girmelidir. Zira dilencilüğün yoksulluğun bir görünümü olarak kötüye kullanılması suretiyle gelir elde etme yöntemi olarak kullanıldığı da bir gerçektir. Yine bu fiilin suç örgütlerince gerçekleştirilmesi de söz konusudur.

Hırsızlık suçunun “ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için” işlenmesi halinde olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebileceği şeklinde TCK m. 147’de öngörülen düzenlemeye paralel olarak benzeri bir hükmün bu suç bakımından da getirilmesi önerilebilir. Nitekim örneğin işini kaybederek yoksulluğa düşen bir kimsenin, yaşamını idame ettirebilmek amacıyla çocuğunu dilendirmesi hali, bu duruma örnek verilebilir. Dilencilerle ilgili olarak gerçekleştirilen bir alan araştırmasında da dilencilerin insan onuruna aykırı olan son derece kötü ve sağlıksız koşullarda yaşadıkları belirtilmiştir. TCK m. 147/2’de hükme bağlanan düzenleme esasında kişiden, içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenememesi ya da beklenememesini ifade eden kusurluluğu kaldıran istenemezlik ilkesinin bir görünümüdür. Bu nedenle TCK m. 147 hükmü TCK m. 25/2’nin özel bir görünümü olarak düşünülmemelidir. Her ne kadar lehte kıyas mümkün olsa da, bu durumun TCK m. 229’a ek bir fıkra getirilerek düzenlenmesinde yarar vardır.

KAYNAKÇA*

ALDEMİR, Hüsnü, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu, Ankara 2005.

ARSLAN, Çetin/**AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

BAYRAKTAR, Köksal, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, İÜHFM, C. 50, S. 1-4, 1984, ss. 197-212.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev: Sami SELÇUK) Ankara 2010.

BİRTEK, Fatih, “Dilencilik Suçu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 2 Y. 2014.

* Birden fazla yayına gönderme yapılan yazarlarda kaynakçada parantez içinde yer verilen kısaltmalar kullanılmıştır.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006.

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.

EREM, Faruk/**DANIŞMAN**, Ahmet/**ARTUK**, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EROL, Haydar, Gerekeçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

GERÇEKER, Hasan, Türk Ceza Kanunu Yorumlu Uygulamalı, Ankara 2011.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref A., Yönetmelik Yargı, Ankara 1983.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, ss. 337-369.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, "Hırsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, ss. 773-796. ("Hırsızlık").

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012. (Topluma Karşı Suçlar)

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, "A Rapid Assessment of Bonded Labour in Domestic Work and Begging in Pakistan", Geneva 2004.

KALFA TOPATEŞ, Aslıcan, Dilenciler Türkiye'de Yoksulluk ve Dilenme Kültürü, İstanbul 2015.

KANGAL, Zeynel, Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011.

KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008.

KARAGÜLMEZ, Ali, Suç Olmaktan Çıkarma - İdari Para Cezaları - Açıklamalı Kabahatler Hukuku, Ankara 2005.

KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, Y. 2012, C. 61, S. 2, ss. 657-693.

KOCA, Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, Y. 2003, ss. 141-172.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, ss. 27-42. ("Suç-Kabahat Ayırımı").

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995. (Kabahatleri).

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2013, s. 3719.

ÖZBEK, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.

ÖZER, Yunus Emre/**YONTAR**, İbrahim Günay, "Kent Güvenliğini Tehdit Eden Bir Unsur Olarak Dilencilik", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 2013, C. 12, S. 43, ss. 237-249.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, ss. 123-139.

PARİN, Suvat, "Dilencilik Yoksulluk İlişkisi", Sosyoloji Dergisi, 3. Dizi, 20. Sayı, 2010/1, ss. 23-37.

PARLAR, Ali/**HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 3391.

- SANCAKDAR**, Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, ss. 59-109.
- SANCAR**, Türkan, Mütessesil Suç, Ankara 1995.
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- ŞEN**, Ersan, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994, s. 201.
- TEZCAN**, Mahmut/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel hukuku, Ankara 2015, s. 714.
- TOROSLU**, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 180-183. (Cürümlerin Tasnifi).
- TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2015.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2015. (Özel Kısım).
- TOROSLU**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987. (Nasıl).
- ULUSAN**, İlhan, Açılış Konuşmaları, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.
- ULUSOY**, Ali: “İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, ss. 43-48.
- YALÇIN SANCAR**, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, TBBT, S. 70, 20007, ss. 244-259. (Yeni Türk Ceza Kanunu’nda).
- YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 5, Ankara 2014.
- YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.

Yoksulluk ve Adli Para Cezası

Iur. Dr. Soner Hamza Çetin*

ÖZET

Ceza hukuku anlamında para cezası, suç işleyen kişiden, işlediği suç karşılığı olarak, bir miktar nakitin (paranın) alınması ve bunun, kanun tarafından gösterilen yere ödenmesidir. Para cezası mağdura ödenen bir tazminat değildir. Şu halde, para cezasının suçlunun mal varlığına yönelik olması onun hukuki niteliğini etkilemez. Para cezalarının da gerçek işlevi, diğer cezalarda olduğu gibi suç işlemiş kişinin cezalandırılması, bu yolla özel ve genel önlemenin sağlanmasıdır.

5237 sayılı TCK m. 52/1’de, para cezası, “adli para cezası” olarak isimlendirilmekte ve tanımlanmaktadır. Benzer bir tanımlama, adli para cezasının infazını düzenleyen CGTİHK m. 106/1’de bulunmaktadır. Ancak, kanaatimizce, bu tanımlamaların bir parça daha genişletilmesi gerekmektedir. Çünkü, bu tanımlamalarda hiç kuşkusuz, adli para cezasının, doğrudan doğruya hükmolunduğu haller ifade edilmekte ise de, TCK 50/1 (a) maddesi gereğince, “hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi nedeniyle elde edilecek olan seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasını” ifade etmekten uzak kalmaktadır. 5739 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra, her iki tür para cezası arasındaki infaz farklılıkları ortadan kaldırıldığı için, bu iki tür adli para cezasının birlikte tanımlanması gerekmektedir. Buna göre; Türk Ceza Hukuku bakımından, “adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen veya netice olarak her bir suçtan dolayı ayrı ayrı hüküm altına alınan kısa süreli hapis cezasının tam gün sayısının, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak, bir gün karşılığı olarak takdir edilen en az yirmi en fazla Yüz Türk Lirası

* Avukat (İzmir Barosu, emekli Cumhuriyet savcısı/ Adalet Başmüfettişi)

ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın, hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesi" dir.

765 sayılı TCK, para cezalarını, 1930 İtalyan CK'da olduğu gibi; ağır ve hafif para cezası olmak üzere iki kısma ayırmış; m.19'de ağır, m.24'de ise hafif para cezasını düzenlemiştir. Bu sistem, 5435 sayılı Kanun ile tamamlanmıştır. 765 sayılı TCK'nun, yürürlükte olduğu dönem içerisinde, para cezalarının tespiti ve infazı, esas itibarıyla 647 sayılı CİHK'nın 5. maddesi çerçevesinde yerine getirilmiştir.

5237 sayılı TCK, 52. maddesi ile Almanya ve bazı İskandinav ülkelerinde uygulanmakta olan gün para cezası sistemi "adli para cezası" olarak Türk Ceza Hukuku sistemine sokulmuştur. Gün para cezası sisteminde, suç karşılığı ya sabit bir gün sayısı veya gün sayısının alt veya üst sınırları ya da hem alt ve hem de üst sınırı gösterilmekte, kişinin günlük ekonomik kazancı, suç karşılığında gösterilen ve temel ceza olarak belirlenen gün sayısı ile çarpılarak "gün para cezası" bulunmaktadır.

TCK m.52/1 hükmüne göre, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde gün sayısı asgari beş, azami yediyüzotuz gündür. Karşılaştırmalı hukukta gün sayısı, Finlandiya'da bir ilâ yüzyirmi gün, İsveç'te bir ilâ yüzyirmi, suçların toplanması durumunda azami yüzseksen gün, Almanya'da beş ilâ üçyüzaltmış, içtima halinde ise üst sınır yediyüzyirmi gün, Danimarka'da bir ilâ altmış gün, Avusturya'da iki ilâ üçyüzaltmış gün, Fransa'da azami üçyüzaltmış gündür. TCK'nun benimsediği azami sınır olan yediyüzotuz günün hem çok yüksek ve hem de neye göre belirlendiği anlaşılamamaktadır. Gün sayısının bir ilâ yüzyirmi gün olması, sanığın birden fazla suçtan yargılandığı durumlarda ise yukarı sınırın yüzseksen gün olması gerektiği savunulmuştur. TCK'nun özel suç düzenlemelerinde ise bin ilâ ikibin, üçbin ilâ beşbin, onbin ilâ onbeşbin gün aralıkları öngörülmekte, TCK m. 282'de ise alt sınır gösterilmeksizin yirmibin güne kadar adli para cezasına hükmolunabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeler son derece abartılıdır. Makul sınırlara çekilmesi gerekir. Çünkü, her ne kadar hapis cezasının yanında para cezasının da getirilmiş olması, yerinde bir düzenleme olarak kabul edilebilir ise de, adli para cezası, kazanç müsaderesinin alternatifi olarak değerlendirilmemelidir. Suçtan elde edilen kazanç var ise, bu, TCK m.55 gereğince müsadere edilebilir. Bu nedenle, adli para cezası miktarının, suçtan elde edilen menfaatin veya ortaya çıkan zararın katlarına göre tespit edileceğine yönelik hükümler, esas itibarıyla, "gün para cezası sistemi" ile bağdaşmaz.

Gün sayısının belirlenmesi hususunda kullanılacak kriter bakımından, TCK 52. maddesinde ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu işlem, esas itibarıyla, temel cezanın saptanması işlemi olduğundan, TCK 61. maddesine göre yapılacaktır. Ancak, gün sayısının "tam gün" olmasına özen gösterilecektir. Kanun maddesinde, hapis cezası ile birlikte adli para cezasının birlikte öngörüldüğü durumlarda ise hapis cezasının asgari haddten tayin edilmesi durumunda, adli para cezasının da, kanun maddesinde gösterilen asgari had üzerinden saptanması gerekir. Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, "gün sayısı" üzerinden yapılacaktır (TCK m. 61/8). Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu

cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az, üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (TCK m. 61/9).

TCK 50/1 (a)'da yer alan seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezası bakımından gün sayısı, "hükmolunan nihai hapis cezasıdır". Bu hapis cezası, esas itibariyle kısa süreli yani bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olabileceği gibi (TCK m.49/2), taksirli suçlar bakımından, bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, uzun süreli hapis cezası da olabilir (TCK 50/4). Birden fazla kısa süreli hapis cezasına hükmolunması durumunda, her bir kısa süreli hapis cezasının, ayrı ayrı, adli para cezası seçenek yaptırımı da dahil olmak üzere, seçenek yaptırımı çevrilip çevrilmeyeceğinin karar yerinde ayrı ayrı tartışılması ve doğru gerekçelendirilmesi gerekir.

TCK 52/2 maddesi gereğince, bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı en az 20 ve en fazla 100 TL olmak üzere, failin ekonomik ve diğer kişisel halleri göz önünde bulundurularak saptanacaktır. Hâkim, 20 ilâ 100 TL arasında kalmak kaydıyla, istediği miktarı hesapta ölçüt olarak alabilir. Bunun, tam sayı olması gibi bir şart aranmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuk bakımından bu miktarlar; Alman CK gereğince, en az bir, en çok beşbin Euro (1/5000), İsveç CK'na göre, en az otuz en çok bin Kron (3/100), İspanyol CK'na göre, en az iki, en çok dört yüz Euro olarak (2/400) belirlenmiştir. Polonya CK'na göre, en az on, en fazla ikibin Zloti (1/200), Avusturya CK'na göre, en az iki, en çok üçyüz yirmiyedi Euro (2/327)'dur. Buna göre; Türk Hukuku bakımından oranın 1/5 olduğu anlaşılmaktadır ki, bunun doğru bir düzenleme olduğunu söylemeye imkân yoktur. Gelir dağılımının Türkiye'ye oranla çok daha adil olduğu kuşkusuz olan bu ülkeler bakımından, söz konusu oranların farklılığı göz önünde bulundurulduğunda, Türk Hukukundaki düzenlemenin amaca uygun olduğu söylenemez. Türkiye'de kişi başına düşen milli gelir, işsizlik ve gelir dağılımındaki orantısızlıklar dikkate alındığında, alt sınırın yüksek, üst sınırın ise oldukça düşük olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, bu husus gelir düzeyi daha düşük olanlar için aleyhe sayılabilecek bir düzenlemedir. Kanaatimizce, bunun düzeltilmesi ve cezanın genel ve özel önleme etkisi dikkate alınarak "üst sınırın" artırılması gerekir.

Gün karşılığı takdir edilen miktarın belirlenmesinde esas alınacak ölçütler doğrudan hükmolunacak adli para cezası bakımından TCK m.52/2'de gösterilmektedir. Bunlar, kişinin ekonomik durumu ve diğer şahsi halleridir. Ancak, kanun koyucu, para cezasının belirlenmesi açısından son derece önem arz eden bu ölçütler bakımından, hangi zamanın dikkate alınması gerektiğini göstermemektedir. Bu bir eksikliktir. Kanaatimizce, burada suç tarihi değil, cezalandırma yani "hüküm tarihi" esas alınmalıdır.

Kişinin ekonomik durumu ile alakalı olarak TCK m.52 gerekçesinde; "kişinin mal varlığı ile bir günde kazandığı veya kazanması gereken geliri" ifade edilmektedir. Burada, madde gerekçesi, madde metnini aşar niteliktedir. Çünkü, ekonomik durum ile anlaşılması gereken, kişinin mevcut gelirleri ve giderleri ile malî serveti olmalıdır. Kazanması gereken gelir, muhtemel ve soyut bir durumu ifade ettiğinden, madde metnine dahil edilerek düşünülemez. Tahmini değerler esas alınabilmesi için, kanaatimizce, burada, Alman Hukukunda olduğu gibi, açık bir düzenleme bulunması gerekir.

Seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasının belirlenmesinde, göz önünde bulundurulması gereken kriterler ise TCK m.50/1’de gösterilmektedir. Buna göre, hapis cezası, maddede yazılı seçenek yaptırımlara ve bir seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasına çevrilirken, suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenilmesindeki özellikler dikkate alınacaktır. Seçenek yaptırımlar arasında bir hiyerarşi, bir öncelik olmadığına göre, mahkeme, kanunda belirtilen bu sebepleri dikkate alarak, bir seçenek yaptırım belirleyecek, bunu takdir edecek ve fakat bunu neden seçtiğini de karar yerinde, gerekçesi ile birlikte açıklayacaktır. Çünkü, 765 sayılı TCK uygulamasında olduğu gibi, bu husustaki takdir yetkisinin kullanılmasını Yargıtay denetlemektedir.

TCK’nın 50. maddesinde yazılı bu sebepler takdiri indirim nedenlerini gösteren 62. maddede yazılı olan sebeplere benzemektedir. Bunun yanı sıra, TCK’nın 61. maddesinde yazılı olan cezanın belirlenmesi için esas alınacak kriterler ile TCK m. 50/1’de yer alan “suçun işlenilmesindeki özellikler benzer görünmektedir. Temel cezanın seçilmesi ve cezanın miktarının belirlenmesi TCK m. 61’e göre olacaktır. Bu madenin uygulanmasından sonra, TCK m.62 gereğince varsa takdiri indirim sebepleri uygulanacak ve nihai ceza bulunacaktır. Bulunan nihai cezanın, kısa süreli hapis cezası olması (bir yıl veya daha az) durumunda, bu defa TCK’nın 50. maddesi uygulanacaktır. Mahkeme, TCK’nın 61., 62. ile 50. maddelerini uygularken, bu maddelerde yazılı sebepleri, bu sıralama ile kullanacak, ancak bir öncekinde kullandığı aynı nitelikteki bir sebebin adeta tükendiğini göz önünde bulundurarak, bir sonraki madde uygulamasında bu sebebi kullanamayacaktır.

Suçlunun ekonomik durumu, TCK’nın 61. maddesinde temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak ifade edilmediği halde, TCK m. 50’de, hapis cezasının adli para cezası dahil olmak üzere seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde açıkça zikredilmiştir. Bu nedenle, suçlunun sosyal ve ekonomik durumu, hükmolunacak hapis cezası yerine adli para cezası seçenek yaptırımına hükmolunmasına uygun olmalıdır. Örneğin, sanığın çok daha büyük bir mağduriyetine sebebiyet verecek ise, bu seçenek yaptırımı başvurulmamalıdır.

TCK m. 50/1 gereğince, hapis cezası yerine, adli para cezasına hükmolunması, bir bakıma suçlunun yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa göre belirlenecektir. Böylece, TCK, pişmanlığa, yargılama sırasında da, bir sonuç bağlamış, suç sonrası pişmanlık, cezada bir indirim sebebi veya cezasızlık sebebi oluştururken, yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık, hapis cezasının adli para cezasına (ya da bir diğer seçenek yaptırımı çevrilmesi) sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada, dikkat çekici olan husus, duyulan pişmanlığın, yargılama sürecinde gösterilen bir pişmanlık olmasıdır. Kanun, bu durumda, “masumiyet karinesinden” istifade eden birinin, yargılama sırasında pişmanlık gösterip göstermediği ile ilgilenmekte, bu sırada pişmanlık gösteren birine seçenek yaptırımın uygulanması ve mesela hapis cezasının adli para cezasına dönüştürülebilmesine imkân tanımakta, pişmanlık göstermeyene ise hükmün uygulanmamasını istemek suretiyle bunlar arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu, masumiyet karinesi ile bağdaşacak bir durum değildir. Bu nedenle, kanaatimizce, madde metninden, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa” ibaresinin çıkartılması gerekir.

Hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan biri olan para cezasına çevrilebilmesi için, 50/2. maddesi gereğince, “suç tanımında, hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörülmüş olmamalıdır”. Bu hükmün bir boşluğu doldurmak ve yeniden konuyu tartışılır olmaktan çıkartmak için konulduğu anlaşılmaktadır. Burada, asıl tartışılması gereken, en önemli hususlardan biri ise, esas itibarıyla, seçimlik cezanın, yani madde metninde hem hapis ve hem de adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, seçilen hapis cezasının, gerek miktar olarak 3 aydan daha az olması durumunda, yaşı ne olursa olsun tüm failer hakkında ve gerekse yaşı 18 den küçük veya 65 den büyük olan failerin, bir yıla kadar olan hapis cezaları için, önce hapis cezasının seçilmiş olması durumunda, bunun, seçenek yaptırımlara veya adli para cezasına çevrilip çevrilemeyeceği meselesidir. Kanaatimizce, TCK’nın 50/3. maddesi hükmü ile getirilen seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu, 50/2. maddesi hükmü ile getirilen adli para cezasına çevirme yasağına üstün tutulmalı ve böylesi bir durumda, nasıl ki tüm seçenek tedbirlerden birine hükmetmek bir yasal zorunluluk ise, hâkimin, bu durumda da, adli para cezasına çevirebilme ve sonuç olarak bir seçenek yaptırım olarak adli para cezasına hükmedebilmesine imkân tanımak gerekir. Nitekim, Yargıtay verdiği birçok karar ile, TCK’nın 86/2. maddesi gereğince kurulacak hükümde olduğu gibi, hapis cezasının tercih edilmesi durumunda, TCK’nın 50/3. maddesindeki seçenek yaptırımlardan birine çevirme zorunluluğunun bulunması durumunda, hapis cezası tercih edilmiş olmasına rağmen, bu cezanın adli para cezası da dahil olmak üzere, TCK’nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

5739 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, TCK’nın 52. maddesi gereğince, verilen adli para cezası ile TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince verilen seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezası arasındaki infaz farklılıkları giderilmiştir. Bu değişiklik nedeniyle, adli para cezası seçenek yaptırımının ödenmemesi durumunda yapılacak olan hapse tahvil işlemi artık TCK’nın 50/6. maddesi gereği mahkeme tarafından değil ve fakat CGTİHK’nın 106/3. maddesi gereğince, Cumhuriyet başsavcılığınca yapılacaktır. (Böylece “50/6. maddesinde yer alan “Kısa süreli hapis cezası” ifadesi böylece kendiliğinden doğru ve tutarlı bir anlama kavuşmuştur). Buna göre; adli para cezası seçenek yaptırımının hapse çevrilmesi, TCK 52. madde gereği doğrudan hükmolunan adli para cezası gibi, CGTİHK m. 106/2, 3, 4, 6. fıkralarına göre olacaktır. TCK m.52 gereğince doğrudan hükmolunan adli para cezası ile TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan adli para cezasını içeren ödeme emrinin, ilâmda yazılı adresine tebliğ için gönderilmesinden sonra ve 30 günlük yasal süre içerisinde bunun ödenmemesi veya ödenmeye başlanılmış olup da, ödenecek taksitlerden birinin zamanında yatırılmaması durumunda, infazı yürütmekte olan yer Cumhuriyet başsavcılığı, seçenek yaptırım olarak hükmolunan adli para cezasını, ilâmda yazılı olan hapis cezası üzerinden, doğrudan hükmolunan adli para cezasında ise 100 TL için bir gün hapis cezası olmak üzere, hapse tahvil edecektir. Önceki çalışmalarımızda gerek doğrudan doğruya ve gerek ise bir seçenek yaptırım niteliğinde bulunan TCK m.50/1(a) hükmü gereğince verilen adli para cezalarının ödenmemesi veya hiç olmaz ise ödenmemesi durumunda bunların kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına çevrilmesi gerektiği belirtilmiş, böylesine bir tutumun son derece yerinde ve insani olacağı ifade edilmiş, para cezalarının infaz edilmemesi

ve hatta hükümlünün ekonomik durumun çok kötü olması nedeniyle infaz edilememesi durumunda bile, hükümlü için sonuçta hapis cezasının söz konusu olduğu, verilen para cezasının Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından hapis cezasına tahvil edilmesiyle, hükümlülerin cezaevine alınmakta olduğu, insanların para cezası için hapis edilmesinin kabul edilebilir bir sonuç olmadığı ifade edilmiştir. Zira, 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde, para cezasının infazının nasıl yapılacağını gösteren 647 sayılı CİHK'un 5 maddesinin 1712 sayılı Kanun ve 03.05.1973 tarihinde yapılan değişiklik öncesindeki haline göre; hükmolunmuş para cezasının, mahkûmun ekonomik durumunun yeterli olmaması nedeniyle ödenememesi durumunda, bu para cezasının, mahkûmun çalıştırılarak ödenmesi esasının getirilmiş olduğu, yıllar öncesinde Türk hukuk sisteminde yer alan böylesine bir düzenlemenin bugün için bulunmamasının esas itibarıyla büyük bir eksiklik olduğu, denetimli serbesti bürolarının gittikçe önemli bir biçimde uygulama alanı bulduğu göz önünde bulundurularak, değinilen düzenlemeye benzer bir düzenlemenin derhal yürürlüğe konulması gerektiği, böylece, para cezasını ödeyecek ekonomik duruma sahip bulunmayanların, bu cezalarının hapis cezasına çevrilmesi yerine, çalıştırılmaları suretiyle yerine getirilmesinin sağlanmış olacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, sadece TCK'nın m. 50/1 (a) gereği verilen seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasının değil, TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adli para cezasının da yerine getirilmesinin çok zor veya imkânsız olacağı ya da Alman Hukukunda ifadesini bulduğu üzere "bunun yerine getirilmesinin hükümlü için hakkaniyete aykırı ağır bir durum meydana getirecek hallerde" bunun bir başka seçenek yaptırıma çevrilebilmesine imkân tanınması, hapsin kamuya yarralı bir işte çalıştırma seçenek yaptırıma çevrilmesinin gerektiği, Çağdaş ve insancıl bir hukuk anlayışının bunu zorunlu kılmakta olduğu taramızca dile getirilmiştir.

Bu ve benzeri eleştirileri dikkate alan Kanun koyucu, CGTİHK 106/3 maddesinde gerekli değişikliği yapmıştır. 6545 sayılı Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeye göre, ödenmeyen her iki tür adli para cezası için de belirlenen hapis cezasının her bir gün karşılığı 2 saat olmak üzere, kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilecektir.

Bununla birlikte, 01.03.2008 gün ve 5739 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişik CGTİHK'nın 106/4. maddesi gereğince; çocuklar hakkında hükmolunan adli para cezasının hapse tahvil edilememesi, hem doğrudan hükmolunan adli para cezası için ve hem de hapis cezasından çevrilen, seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezası bakımından geçerlidir. CGTİHK'nın 106. maddesi 4. fıkrası bu durumda, onbirinci fıkra hükmünün uygulanacağını ifade ettiğinden, hapse tahvili yapılamayacak olan bu ilâmda yazılı para cezasının tahsili için, ilâm, mahallin en büyük mal memuruna gönderilecek ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun hükümlerine göre para cezası tahsil olunacaktır. Kanaatimizce, 106/4. maddesinde yapılan bu değişikliğe nazaran; madde, yine de bir yönüyle eksik kalmıştır. O da, hükümde çocuklar belirtildiği halde, 65 yaşından büyüklerin zikredilmemiş olmasıdır. Zira, 65 yaşından büyük olan hükümlüler için de adli para cezasının ödenmemesi durumunda, hapse tahvil yasağının geçerli olması gerekirdi. Yapılacak bir yasal düzenleme ile bu kimselerin de madde kapsamı içerisine alınmasının daha uygun ve adil olacağı düşünülmektedir. Böylesi bir

düzenleme ile TCK m. 50/3’de yer alan “seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu” ile de paralellik sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları).

ALACAKAPTAN, Uğur, “Öteki Ceza Hukuku”, in: Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s.366 - 405 (ALACAKAPTAN, Öteki Ceza Hukuku).

ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayını, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1958 (ALACAKAPTAN, İngiliz Ceza Hukuku).

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Yaptırımlarının Uygulanması ve Evrimine İlişkin Araştırmalar”, (Çev.: Yener ÜNVER), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.177-193) (ALBRECHT, Gençlik Ceza Hukuku).

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Almanya’da Gençlik Adaleti”, (Çev.: Selman DURSUN), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.533-576) (ALBRECHT, Gençlik Adaleti).

ARTUK, Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları), İstanbul 1983, (ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş).

ARTUK Mehmet Emin, Mukayeseli Çocuk Muhakemesi Hukuku (Doçentlik Tezi) İstanbul 1987 (ARTUK, Çocuk Muhakemesi Hukuku).

ARTUK, Mehmet Emin, “Ölüm Cezası”, in: Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDOĞAN, Caner), İstanbul 2002, s.71-126 (ARTUK, Ölüm Cezası), Bu makale için ayrıca bkz: Prof. Dr. Jale AKİPEK Armağanı, Konya 1991, s.145-177.

ARTUK, Mehmet Emin, “Emniyet Tedbirleri”, in: Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, s.125-174 (ARTUK, Emniyet Tedbirleri) Bu makale için ayrıca bkz.: Argumentum Yıl 2, Sy.23, Haziran 1992, s.349-359.

ARTUK, Mehmet, Emin, “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 2, Sy.4, Ağustos 2007 (ARTUK, Yaptırımlar Sistemi).

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2.Bası, Ankara 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I) ;

3.Bası, Ankara 2007 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası);

4.Bası, Ankara, 2009 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası);

ARTUK. M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, 2.Cilt, Genel Hükümler, (Madde 37-75), Ankara 2009 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi).

ARTUK, Mehmet, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 6.Baskı, İstanbul 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Kanunları).

ARTUK. Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA A.,Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, Ankara 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler).

AVCI, Mustafa, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Seçenekler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 1994, (AVCI, Cezalarda Seçenekler).

AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004 (AVCI, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar).

AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008, (AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş)

AYDIN, M. Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 5.Baskı, İstanbul 2005.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi), (Çeviren Muhittin GÖKLÜ), 2. Baskı, Güven Basım ve Yayınevi, 1960,

BİLMEN, Ömer, Nasuhi, Büyük İslam İlmihali, (Sadeleştiren; Ali Fikri YAVUZ), İstanbul, 1993 (BİLMEN, İlmihal).

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstılâhı Fıkhiyye Kâmusu, 3.Cilt, İstanbul 1951 (BİLMEN, Hukuku İslamiyye).

BOCK, Michael, Yaptırım Araştırmaları Alanında Gençlik Ceza Hukuku, (Çev.: Yener ÜNVER), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.118-131).

BOLLE, Pierre-Henri, “Demokratik Ceza Sistemine Yönelik Tehditler”, (Çev.: Güçlü AKYÜREK), Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, (s.521- 529).

BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’ de Benimsenmesi, Ankara, 1997

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÇETİN, Soner Hamza, Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar, (Doktora Tezi), Adalet Yayınları, Ankara 2011 (ÇETİN, Seçenek Yaptırımlar).

ÇETİN, Soner H., “CMK’da Uzlaşma”, TBB (Türkiye Barolar Birliği) Dergisi, Sy.82, Mayıs 2009, (s.247-279), (ÇETİN, Uzlaşma).

ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005.

CLEAR, Todd, Corerretion Beyond Prison Vals, in:Criminology, A Contemporary Handbook (Edit.:Joseph F. Sheley), Second Edition, Belmont 1995

ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, TBB, Sy.67, Kasım Aralık 2006.

DALKILIÇ, Aysun, “Ceza Hukukunda Mağduriyetin Giderilmesi”, in: Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s.151-179).

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2005 ; 5.Baskı, Ankara 2007 (DEMİRBAŞ, Genel Hükümler).

DEMİRBAŞ, Timur, “Kara Avrupası Devletleri İnfaz sistemlerinde, İnsan Haklarının Gelişimi”, in: 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, (s.181-192) (DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi).

DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11.Bası, Ankara 1993.

DÖLLING, Dieter, “İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (Mediation)”, (Özet Çeviri: Sulhi DÖNMEZER), in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (s.91-92)

DONAY, Süheyl, Para Cezaları, (Doktora Tezi), Kervan Yayınları, İstanbul, 1972.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1975.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul 1997 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt I),

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınları, 12.Bası, İstanbul 1999 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II).

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt III, Beta Yayınları, 12.Bası, İstanbul 1997 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt III).

DÖNMEZER, Sulhi, Tazmin Kabilinden Para Cezaları ve Amme Para Cezaları, İstanbul Baro Dergisi, Yıl 1943, Sy.3 (DÖNMEZER, Para Cezaları)

DÖNMEZER, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, in: Onar’a Armağan, İstanbul 1977, (s.179-191) (DÖNMEZER, Devlet ve Suç Mağduru).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suç Siyaseti”, İÜHFM, C LII, S.1-4 (Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER’e Armağan Sayısı), İstanbul, 1987 (DÖNMEZER, Suç Siyaseti).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçun Önlenmesi”, in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları”, C I, (Sulhi DÖNMEZER/Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2004, (s.79- 83), (Birleşmiş Milletler, A/CONF. 187/7, Etkin Suç Önlenmesi: Yeni Gelişmelere Ayak Uydurmak- sekreteryaya tarafından hazırlanmış ve çalışmalara esas olacak raporun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümesidir) (DÖNMEZER, Suçun Önlenmesi).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçun Önlenmesinde Toplumun Katkıları”, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C I, (Sulhi DÖNMEZER/Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2004, (s.85-91), (A/CONF. 1987/11 sayılı Birleşmiş Milletler Raporunun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümesidir) (DÖNMEZER, Suçun Önlenmesinde Toplumun Katkıları).

EKDEMİR, İbrahim, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, 1.Baskı, Ankara 1990.

ERDEM, Mustafa Ruhan, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, in: İnfaz Hukukunun Sorunları, (Sempozyum, 24-25.11.2000), Ankara 2001 (ERDEM, Yeni Seçenekler).

ERDEM, Mustafa, Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin Yayınları, Ankara 2004 (ERDEM, Avrupa Birliği Hukuku).

ERDOĞAN, Oktay, Para Cezaları ve İnfazı, Acar Basım, İstanbul 2007.

EREM, Faruk, "Mağdurun Korunması", Adalet Dergisi Nisan 1966, Sayı 4, (s. 277-279) (EREM, Mağdurun Korunması).

EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt II Genel Hükümler, Ankara 1971 (EREM, TCK Genel Hükümler Cilt II).

EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, Adil Yayınevi, 10.Bası, Ankara, 1997 (EREM, Adalet Psikolojisi).

ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

EROL, Haydar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Yayın Matbaacılık, Ankara 2008.

FABREGUETTES, M. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2000

FEUERBACH, Ludwig, La Philosophie du Futur, Geleceğin Felsefesinin İlkeleri, (Çev.: Gülistan SOLMAZ), 1.Baskı, Alter Yayınları, Ankara 2010

FREYER, Hans, Din Sosyolojisi, (Çev.: Turgut KALPSÜZ), Ankara 1964.

GAROFALO, Baron Rafaele, Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza, (Çev.: Muhittin GÖKLÜ), İstanbul, 1957.

GRAMMATICA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çev.: Sami SELÇUK), 2.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989 (GÖKCEN, Osmanlı Ceza Kanunları).

GÖKCEN, Ahmet, "Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Şekilleri", in: Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, (s.45-69) (GÖKCEN, Cezanın Amacı).

GÜLŞEN, Recep, "İtalya'da Çocuk Yargılamasına İlişkin Düzenlemeler", in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.440-4679).

GÜNAY, Erhan, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Seçkin Yayınları, Ankara.

GÜNDÜZ, Remzi/GÜLTAŞ, Veysel, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2009.

GÜNER, Mustafa, "647 sayılı Kanunla İlgili Bulunan Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevleri Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün Para Cezalarına Mütedair Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler", ABD, Yıl:1967, Sy.5.

HAFIZOĞULLARI, "Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sy.1, Kış 2007, (s.78-109), (HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri)

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), 2.Baskı, Ankara, 1996 (HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu).

HAFIZOĞULLAR, Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2.Basım, Ankara 2010.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2008.

HALMAN ÇETİN, Emine, İcra ve İflas Suçları, Güncel Yayınevi, İzmir 2007;
2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010;
3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

HEINZ, Wolfgang, "Genç İnsanların Suçluluk Gelişimi-Gençlik Ceza Hukukunun Sertleştirilmesi İçin Bir Vesile mi?", (Çev.: Yener ÜNVER), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.133-175) (HEINZ, Gençlik Ceza Hukukunun Sertleşmesi).

HEINZ, Wolfgang, "Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza Yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?", (Çev.: Mustafa Ruhan ERDEM), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.235-284).(HEINZ, Çocuk ve Genç Suçluluğu).

HEINZ, Wolfgang, "Shakespeare'den Bir Konu Üzerine Kriminolojik versiyonlar", (Çev.: İlker TEPE), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.501-531) (HEINZ, Shakespeare).

HEINZ, Wolfgang/CORNELIUS, Iwar/PAILER, Reinfred, “Suç ve Ceza Hukuku İstatistikleri Işığında Baden-Württemberg’de Genç İnsanların Suçluluğu (1.Bölüm)”, (Çev.: Veli Özer ÖZBEK/Pınar BACAŞIZ), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.207-230).

HEINZ, Wolfgang/SPIESS, Gerhard, “Suç ve Ceza Yargısı istatistikleri Işığında Gençlerin Suçluluğu”, (Çev.: Ali Kemal YILDIZ), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.381-415).

HEYD, Uriel, *Studies in Old Otoman Criminal Law*, Oxford, At The Clarendon Pres, 1973 (HEYD, *Otoman Criminal Law*).

HEYD, Uriel, “Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Tercüme: Selâhaddin EROĞLU), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/731/9319.pdf> (erişim: 17.06.2012) (HEYD, *Osmanlı Ceza Hukuku*).

HOTTER, Imke/ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Alanındaki Reformlara İlişkin Önerilerin Dökümü”, (Çev.: Yener ÜNVER), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi 4, Seçkin yayınları, Ankara 2005, (s.159-175).

İÇEL, Kayıhan, “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural”, in: Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s.15 - 18) (İÇEL, Roxin’e Armağan).

İÇEL Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) İstanbul 1977 (İÇEL, Cezalara Seçenek Müesseseler).

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün R./ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih/ÜNVER, Yener, *Yaptırım Teorisi*, İstanbul 2000.

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, 5.Bası, İstanbul 2007 (İÇEL/ÜNVER, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*).

İLİMOĞLU, Kasım, “Mağdur Haklarının Bölgesel Düzeyde ve Uluslararası Mahkemelerde Korunması”, in: *Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II*, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s.111-135).

İNCE, Hüseyin, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007 (İNCE, Seçenek Yaptırımlar).

İNCE, Hüseyin, “Kısa Süreli Hapis Cezasına Uygulanabilecek Seçenek Yaptırımlardan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı (Community Service Labor Program)”, Adalet Dergisi, 30. Sayı, Ocak 2008, (s.177-210), (İNCE, Çalıştırma Yaptırımı).

İŞOĞLU, Polat, T., Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay genel Kurulu Kararları, (Eylül 1996 - Temmuz 2001), Ankara 2001.

KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, Eylül 2004

KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, Eylül 2001.

KAMER, Vehbi, Kadri, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, 2.Bası, Ankara 2007.

KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Cezaî Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003 (KANGAL, Tüzel Kişiler).

KANGAL, Zeynel T., Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011 (KANGAL, Kabahatler Hukuku).

KEYMAN, Selahaddin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965

KRESTEV, Jenny/PROKIDIS, Pathena/SYCAMNIAS, Evan, The Psychological Effects of Impisonment, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc82.html>), (erişim: 30.10.2009).

KREUZER, Arthur, “Alman Gençlik Ceza Hukuku Hala Çağdaş mıdır?”, (Çev.: Yener ÜNVER), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.95-110).

KOCASAKAL, Ümit, “Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1003- 1022) (KOCASAKAL, Ceza Hukukunda Gelişmeler).

KOCASAKAL, Ümit, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004 (KOCASAKAL, Avrupa Birliği).

KUBAT, Ahmet Adil, Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1970.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12.Bası.

MARDİN, Şerif, Din ve İdeoloji, İletişim Yayınları, 14.Baskı, İstanbul 2005.

MARCUS, Paul, Alternative Penal Sanctions, The American Journal of Comparative Law, C.42, 1994.

MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt 1, Yargıtay Yayınları No: 3, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

MALKOÇ, İsmail / GÜLER, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı, Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2005.

MERAM, Necati, Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007.

METİNER, Haydar / KOÇ, E.Ahsen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, II. Cilt, (Madde : 37-75).

MONTESQUIEU, Baron de, The Spirit of The Laws, (Translated by Thomas NUGENT), New York, 1900.

NUHOĞLU Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara 1997.

NUHOĞLU, Ayşe, “Para Cezaları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1988.

SANCAR, Türkan Yalçın, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, Anayasa Yargısı, Sayı 18, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiririler (25-26 Nisan 2001), Ankara 2001 (SANCAR, Af).

SARITAŞ, Erkan, "Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler", in: Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s.41-83).

Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Uluslararası Savcılar Birliği, (Editörler: Egbert MYJER, Barry HANCOCK, Nicholas COWDERY, Derleyen; Marnix ALINK), Ankara Barosu Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2006.

SCHÖCH, Heinz, "Mağdurun Korunması - Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması", (Çev.: Ayşe NUHOGLU), in: Suç Politikası, Roxin'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara - 2006, (s.117 - 131).

SCHWIND, Hans-Dieter, "Yaş ve Cinsiyete Göre Suçluluk", (Çev.: Özlem YENERER ÇAKMUT), in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 357-374).

SELÇUK, Sami, "İslâm Hukuku, Kaynakları ve İslâm Ceza Hukuku", in: Sulhi

DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1123 - 1141).

SEVİĞ, Vasfi, Raşid, "Cezanın Tarihi Menşei", AHFD, Cilt XII, Sayı 3-4, s.9-49.

SHELDEN, Randall G, "Neden Bu kadar Cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler" (Çev.: Esra DEMİR), in: Suç Politikası, Roxin'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006, (s.463-485).

SMITH, Michael E./DICKY, Walter J., Reforming Sentencing and Corrections for Just Punishment and Public Safety, Sentencing & Corrections, September 1999, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Domument/Docs/Doc57.pdf>), (erişim: 30.10.2009).

STEINBERG, H. Michael, Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion, (<http://www.hmichaelsteinberg.com/sentencingalternatives.htm>), (erişim: 30.10.2009).

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2005 (SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler).

SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Genişletilmiş 2.Baskı, AÜHF Yayınları, Ankara 1998 (SOYASLAN, Kriminoloji).

SOYASLAN, Doğan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler”, in: 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, s. 45-47, (SOYASLAN, Alternatif Tedbirler).

SOKULLU-AKINCI, Füsun R., “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler”, in: 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001, (s.47-56) (SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Tedbirleri).

SOKULLU-AKINCI, Füsun R., “Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, in: Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, (s.327-339) (SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza).

SOKULLU-AKINCI, Füsun R., Kriminoloji, 6.Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2009 (SOKULLU-AKINCI, Kriminoloji).

SOKULLU-AKINCI, Füsun R., Viktimoloji (Mağdurbilim), 2.Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2008 (SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji).

SOKULLU-AKINCI, Füsun R., “Onarıcı Adalet ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, in: Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ ABD), İstanbul 2005, (s.1-9) (SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet)

SYCAMNIAS, Evan, The Level of Punishment Must Strike a Balance, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc12.html>), (erişim: 30.10.2009).

SYCAMNIAS, Evan, The Sociology of Punishment Today, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc10.html>), (erişim: 30.10.2009).

ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1.Bası, Ankara 2007.

ŞİRİN, Osman/AŞANER, Halim/GÜVEN Özcan/YALVAÇ Gürsel/ÖZDEMİR, Muzaffer/EREL, Kemallettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Adalet Yayınları, Ankara 2008.

TANER, Tahir, Ceza Hukuku (Umumi Kısım), Ahmet Sait Matbaası, (İstanbul Üniversitesi Yayın No. 434), İstanbul 1949 (TANER, Ceza Hukuku Umumi Kısım).

TEKİN, Uğur, “Çocuk Yargılamasında Avrupa’da Yeni Uygulamalar”, in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.486-492)

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Yıl:2, Sy.4, Ağustos 2007, (s.172-196).

Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısı, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1989.

Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri 3.

OKANDAN, R.,Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1952.

OKTAY, Erdoğan, Para Cezaları ve İnfazı, İstanbul 2007.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli, Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara (Yayın tarihinin bulunmadığı), (ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet).

ÖZBEK, Veli, Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I., Genel Hükümler (m.1-75), 3.Bası, Seçkin Kitabevi Ankara - 2006 (ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi).

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat M./BACAKSIZ Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Beta Yayınları, Ankara 1998

ÖZEK, Çetin, “Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar”, İHFM, 1984, Sayı 1-4, (s.13-69); (ÖZEK, Suç Mağdurunun Korunması).

ÖZEK, Çetin, “Umumî Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.24, Sy.1-4 (ÖZEK, Umumi Af).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2006 (ÖZGENÇ, TCK Gazi Şerhi).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2008 (ÖZGENÇ, Genel Hükümler).

ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1991, 2.Bası (ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuku).

ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8.Bası, Ankara 2005 (ÖZTÜRK, Ceza Hukuku).

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa, Ruhan, Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

ÖZÜARI, Ruhi, Para Cezalarının İnfaz Edilemeyişi Sebepleri ve Çareleri, AD., Mayıs 1968, Sy.5

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, İstanbul 2005 (PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar).

(PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı İçtihatlı Özel Ceza Yasaları, Ankara, 2003 (PARLAR/HATİPOĞLU, Özel Ceza Yasaları).

PETERSILIA, Joan, "Siyaset Seçeneği Olarak Alternatif Ceza", (Çev.: Füsün R. SOKULLU-AKINCI), in: Suç Politikası, Roxin'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006 (s.46-51)

PFEIFFER, Christian, Alternative Sanctions in Germany: An Overview of Germany's Sentencing Practices, National Institute of Justice, February 1996, (<http://www.ncjrs.gov/pdffiles/germany.pdf>), (erişim: 30.10.2009).

ROXIN, Claus, "Ceza Hukukun Bir Geleceği Var mıdır?" (Çev.: Yener ÜNVER), in: Roxin'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s.55-70), (ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği).

JOHNSON, Crime, Correction and Society, Illinois, 1974.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Kusur İlkesi, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Tercüme eden: Feridun YENİSEY), İstanbul 2007.

ÜDEH, Abdülkâdir, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çev.: Akif NURİ),

1.Cilt, İhya yayınları, İstanbul 1976 ;

2.Cilt, İhya yayınları, İstanbul 1977 ;

2.Cilt, II.Fasıl, http://www.darulkitap.com/fikih/cezavebeşerihukuk/cilt2-1/470_475.htm (erişim: 07.05.2008);

3.Cilt, İhya Yayınları, İstanbul 1978.

4.Cilt, İhya Yayınları, İstanbul 1979.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

UYAR, Talih, “İİK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunların Getirdiği Yenilikler”, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2005.

ÜÇÖK, Coşkun, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4.Bası, Ankara 1966 (ÜÇÖK, Hukuk Tarihi).

ÜÇÖK, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerindeki İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AÜHF, C.III, Sy.2-4, 1947 (ÜÇÖK, Osmanlı Kanunnameleri).

ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, 2.Baskı, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 455, Olguç Matbaası, Ankara 1981.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, (Doktora Tezi) İstanbul 1998 (ÜNVER, İzin Verilen Risk).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, (Doçentlik Tezi) Ankara 2003 (ÜNVER, Hukuksal Değer).

ÜNVER, Yener, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri”, in: Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, Haziran 2004, İstanbul, (s.907-1012) (ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku).

ÜNVER, Yener, “Deliler ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl:3, Sayı:32, İstanbul 2005 (ÜNVER, Deliller ve Değerlendirilmesi)

ÜNVER, Yener, “Şartla Salıverme ve Erteleme”, in: 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Ankara 2001, (s.36-45) (ÜNVER, Şartla Salıverme ve Erteleme).

ÜNVER, Yener, “İstanbul’daki Sokak Çocukları, Rehabilitasyon Çalışmaları ve Öneriler”, in: Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, (s.11-24) (ÜNVER, Sokak Çocukları).

ÜNVER, Yener, “Çocuk Koruma Kanunu”, in: (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, (s.25-41) (ÜNVER, Çocuk Koruma Kanunu).

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2010;

4.Baskı, Ankara 2011.

YARSUVAT, Duygun, “Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması”, in: İnan Kırac’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1994 (s.333-344) (YARSUVAT, Mağdurun Korunması).

YARSUVAT, Duygun, “Tüzel Kişilerin Cezaî sorumluluğu”, in: Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, (s.889-918) (YARSUVAT, Tüzel Kişiler).

YAŞAR, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000.

YALVAÇ, Gürsel, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Işığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:8, Eylül 2006, (s.32-47) (YALVAÇ, YCGK).

YALVAÇ, Gürsel, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008 (YALVAÇ, İçtihatlı TCK).

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Adli Para Cezası ve İnfazı”, AÜEHFD, C.X, Sy.1-2 (Haziran 2006)

YENİSEY, Feridun, “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocukların İşledikleri Suçlar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, in: Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1443 - 1540), (YENİSEY, Alternatif Yaptırımlar).

YENİSEY, Feridun, “21.Yüzyılda Cezaevlerinde İnsan Haklarının Gelişimi”, in: 21.Yüzyılla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, (s.151-153) (YENİSEY, İnsan Haklarının Gelişimi).

YENİSEY, Feridun, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, in: Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005 (s.19-47) (YENİSEY, Genç Ceza Hukuku).

YILDIZ, Ali Kemal, Türk Ceza Kanunu, (Açıklamalar – Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul - 2007 (YILDIZ, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu).

YILDIZ, Ali Kemal, “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması”, in: Özek’e Armağan, İstanbul 2004 (s.1033 vd.) (YILDIZ, Yürütmenin Suç ve Ceza Yaratması).

YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, “İcra İflas Suçlarında ve Bunlara İlişkin Yargılama Hukukundaki Yeni Boyut Üzerine Gözlemler”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 2006/6, İstanbul 2006.

YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1.Cilt (Madde 1-116), (YURTCAN, CMUK Şerhi).

YURTCAN, Erdener, Şahsi Dava ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 1985 (YURTCAN, Şahsi Dava).

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987.

YÜCEL, Mustafa T., Kriminoloji (Suç ve Ceza), Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, Ankara 1986 (YÜCEL, Kriminoloji).

YÜCEL, Mustafa T., “Suçtan Zarar Gören Şahsın Korunması”, Adalet Dergisi Kasım 1967, Sayı 11, (s.359 – 363) (YÜCEL, Suçtan Zarar Görenin Korunması).

YÜCEL, Mustafa T., Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 4.Bası, Ankara 2007 (YÜCEL, Türk Ceza Siyaseti)

WALKER, John/COLLINS, Marc/WILSON, Paul, How the Public Sees Sentencing: an Australian Survey, Australian Institute of Criminology, s.2, (<http://www.aic.gov.au>), (erişim: 30.10.2009).

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2010.

Yoksulluğun Türk Ceza Kanunu'ndaki İzleri

Yrd Doç. Dr. T. Polat İšoğlu*

GİRİŞ

Yoksulluk, doğrudan doğruya olmasa da dolaylı olarak TCK.'daki bazı hükümlerin uygulanmasında etken bir unsur olarak karşımıza çıkan bir olgudur. Yoksulluk ile suç arasındaki ilişki, öteden beri sorgulanagelen ve üzerinde dünyada pek çok araştırma yapılan bir husustur¹. Yoksulluğun TCK.'daki izleri, doktrinde özel zorunluluk hali olarak adlandırılan suç tiplerindeki hükümlerde (TCK. m.92, TCK. m.147) oldukça belirgindir. Uygulamada sıkça ortaya konduğu üzere, söz konusu hükümlerle yoksulluk arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Adli para cezasının kişinin ekonomik durumu göz önünde bulundurularak tayini ve ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına çevrileceğine ilişkin hükümler ise, yoksulluğun TCK.'daki bir diğer önemli izini meydana getirmektedir. Bununla birlikte yapılan değişikliklerle adli para cezasının ödenmemesi durumunda hükümlüye kamuya yararlı bir işte çalışma olanağı verilerek hapis cezasından kaçınması sağlanmıştır.

I. YOKSULLUK VE TCK.'DAKİ ÖZEL ZORUNLULUK HALLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Zorunluluk konusundaki latince bir kural olan “zorunluluğun kanunu yoktur” (necessitas non habet legem) ilkesi, tarihsel süreçte önce Cermen hukukunda daha sonraları da Kilise hukukunda mevcuttu. Bu ilke, kanunun yasakladığı bir eylemi zorunluluk halinin meşrulaştıracağını ifade etmekteydi. Nitekim bu ilkeye göre, sefalet çeken yoksul bir kişi, zorunluluk halinin gerektirdiği oranda başkasının mallarından faydalanabiliyordu².

Zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali³ TCK. madde 25/2'de şu şekilde düzenlenmiştir: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

¹ Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, İstanbul 1994, s. 291.

² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 7 vd; Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II*, İstanbul 1999, n. 817; Kangal, Zeynel, T., *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010, s. 61-64.

³ 765 sayılı TCK'da zaruret hali olarak adlandırılan hüküm “... (3) Gerek nefsin ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkânı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bâis olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez...”

suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". Zorunluluk hali meşru savunma ile birlikte aynı madde içinde düzenlenmiştir. TCK. madde 25/2'de yer alan zorunluluk halinin, kusurluluğu ortadan kaldıran bir halden ziyade hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁴. Nitekim 765 sayılı TCK.'da zaruret hali hukuka uygunluk nedenleri arasında bulunmaktaydı. Madde hükmünün gerekçesinde, "kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali" denilmektedir. Kanunun düzenlemesi ve gerekçesinden de yola çıkılarak, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olmadığı, kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁵.

Öte yandan, TCK. madde 25/2'deki zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni mi, yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal mi olduğu TCK.'nın gerekçesi göz önünde bulundurulmak suretiyle ortaya konulamayacağı da doktrinde ifade edilmiştir⁶.

Doktrinde TCK. m.25/2'deki zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal mi olduğunu anlamak için, tehlikeyle karşı karşıya bulunan hukuki değerın korunma bakımından üstün bir değer olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Eğer, failin korumaya çalıştığı tehlike içinde bulunan hukuki değer, ihlal edilen hukuki değere nazaran üstünse hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk durumu, buna karşılık korunmak istenen hukuki değer ihlal edilen değerden açık bir şekilde üstün olmayıp her iki değer neredeyse eşit ise, mazeret nedeni olarak zorunluluk durumunun söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Böylelikle TCK m.25/2'deki zorunluluk durumu hem hukuka uygunluk nedenine hem de mazeret nedenine temel teşkil edebilir. Burada kullanılan ölçüt korunan hukuki yararın derecesidir⁷.

Yargıtay ise, CMK. m.223-3b'deki düzenlemeden yola çıkarak zorunluluk halini kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak belirtip, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemiştir. Nitekim CMK. m.223-3b'deki düzenlemede "yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluk hali ya da cebir veya tehdit etkisi ile işlenmesi" hallerinde kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verileceği belirtilmiştir⁸. CMK. m.223-2d'deki düzenlemede de hukuka uygunluk nedeni

(m.49) şeklindeydi. Zaruret, "çaresizlik, muhtaçlık, yoksulluk, sıkıntı" anlamlarını kapsamaktadır. (Bkz. Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara 1995 s. 1169).

⁴ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 222-223; İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, İstanbul 2016, s. 350-351; Toroslu, Nevzat, /Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2016, s. 169.

⁵ Bkz. Dönmezer/ Erman, II, n. 825; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 200; İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener, İçel *Suç Teorisi*, İstanbul 2000, s. 157; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 412 vd ; Artuk, M. Emin /Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 488; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 327; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 408.

⁶ Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m.1-75*, İstanbul 2015, s. 314; Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 296.

⁷ Demirbaş, s. 296; Kangal, Zeynel, s. 47 vd.

⁸ "... Olay günü, çok sayıda kişinin karıştığı kavgada bıçakla yaralanan arkadaşı İmdat Özcan'ı hastaneye yetiştirmek amacıyla ekip aracını çalan sanığın arkadaşını hastaneye götürdüğü, aracın da kolluk kuvvetleri tarafından hemen acil servis önünde bulunduğuın anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen "zorunluluk hali" kapsamında kaldığı, bu nedenle sanık hakkında CMK'nın 223/3-b bendi uyarınca ceza verilmesine

bulunması durumunda beraat kararı verileceği ifade edilmiş; hükümde hukuka uygunluk nedenleri arasında zorunluluk haline yer verilmemiştir.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda, bu kapsamda yapılan eyleme iştirak edenlerin eylemi de hukuka uygun kabul edilecektir. Zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi durumunda ise, eylem baştan itibaren hukuka uygun sayılamayacağından, eyleme iştirak eden diğer kişilerin kusur sorumlulukları devam edecektir.

Zorunluluk hali mücbir sebepteki duruma benzemekle birlikte aralarında farklılık bulunmaktadır. Zorunluluk halinde sebebiyet verilen suç, kişinin kendisini ya da bir başkasını tehlikeden kurtarmak için iradi olarak meydana getirilir. Ayrıca zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendiren görüş, mücbir sebepte kusurluluğu ortadan kaldıran bir durum mevcut olduğundan aralarındaki bu farka da işaret etmektedir⁹. Mücbir sebep durumunda fiil iradi olarak meydana getirilmemekte, failin başka türlü hareket etme imkânı bulunmamaktadır. Örnek olarak, “boğazda seyir halindeyken dümeni kilitlenen bir geminin yalıya çarpması olayında” kaptanın başka türlü hareket etme olanağı yoktur¹⁰.

TCK.'da istisnai olarak bazı suç tiplerinde hüküm altına alınan özel zorunluluk hallerinin (TCK. m.92, m.147 gibi), somut olayda uygulanabilmesi için TCK.'nın 25/2 maddesinde düzenlenen koşulların¹¹ gerçekleşmesine gerek yoktur. Doktrinde kanun koyucunun özel zorunluluk halleri ihdas etmesinin temelinde TCK. m.25'deki genel zorunluluk halinin ağır koşullarından, bu suç tiplerini ayrı tutarak özel koşullara bağlamak istediği vurgulanmıştır.

TCK. m.25/2'de yer alan genel zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden mi olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmakta ise de, organ veya doku ticareti suçu (TCK. m.92) ile hırsızlık suçundaki (TCK. m.147) özel nitelikte düzenlenmiş bulunan zorunluluk halleri kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmesinin yanı sıra kusurluluğu azaltan bir neden olarak da kabul edilmiştir¹². Zira, madde hükümlerine göre hakime ceza vermekten vazgeçme veya cezada indirim yapabilme hususunda takdir hakkı tanınmıştır. Halbuki, TCK. m.25/2 kapsamındaki genel zorunluluk halinde ise, madde hükmündeki şartlar oluştuğunda hüküm tereddütsüz olarak uygulanacak ve faile ceza verilmeyecektir. Madde hükmü hakime bu yönde takdir hakkı tanımamaktadır.

1. Organ veya Doku Ticareti Suçundaki Zorunluluk Hali (TCK. m. 92)

Zorunluluk hali nedeniyle yoksulluğun ilişkili olduğu TCK.'daki suç tiplerinden ilki olan organ veya doku ticareti suçunda, organ veya dokularını satan fail açısından içinde

yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmiş olması, bozmayı gerektirmiştir...” (Yarg. 13 CD. 11.11.2014, 9942/31418).

⁹ Dönmezer/Erman, II, n.1033; İçel, s. 349-350; Demirbaş, s.432.

¹⁰ Demirbaş, s. 432.

¹¹ Genel nitelikteki zorunluluk halinin uygulanabilmesi için, ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı, tehlikenin bir hakka yönelik olması, tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi, tehlikeden başka türlü korunma olanağının bulunmaması, işlenen fiil ile tehlike arasında oran bulunması, tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. (TCK. m.25/2)

¹² Zafer, s. 316.

bulunduğu yoksulluk durumu önem taşımaktadır. TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen organ veya doku ticareti suçuna ilişkin olarak, TCK'nın 92. maddesinde doktrinde özel zorunluluk hali olarak adlandırılan şu hükme yer verilmiştir: "Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

TCK. 91/3 hükmü gereğince, organ veya dokularını satan kişinin eylemi suç teşkil etmektedir. Ancak, yasada yer verilen 92. madde hükmü ile özel bir zorunluluk hali olarak cezada indirim ya da hiç ceza verilmemesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir¹³. Bu özel zorunluluk hali sadece maddede belirtilen seçimlik hareketlerden, organlarını içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal koşulların etkisiyle satan fail yönünden uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışındaki seçimlik hareketlerden olan örneğin, başkasının organ veya dokusunu satmak veya satışına aracılık etmek gibi eylemleri gerçekleştiren failin bu maddede yazılı zorunluluk halinden faydalanması mümkün değildir. Her ne kadar madde başlığı zorunluluk hali ise de, doktrinde bu düzenlemenin bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı, ceza indirimi veya şahsi cezasızlık hali olarak düzenlendiği ifade edilmektedir¹⁴.

TCK. 92. maddenin düzenlenmesindeki temel amaç, suç failinin saikinin hakim tarafından incelenip araştırılması suretiyle ne gibi sosyal ve ekonomik zorluklar nedeniyle organ veya dokularını satma cihetine gittiği ve somut olayda fail hakkında ceza indirimi yapmayı gerektiren yahut hiç ceza verilmemesine yol açabilecek bir durum olup olmadığının tespit edilmesidir¹⁵.

¹³ TCK m. 92'nin gerekçesinde belirtildiği üzere; "... Organ ve dokunun para veya sair bir maddî menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması, suç oluşturmaktadır. Kişinin kendi organ ve dokuları açısından bu fiilleri işlemesi de suç oluşturmaktadır. Ancak, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapabilmek veya ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır."

¹⁴ Soyaslan, Doğan, "Organ Nakilleri", *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler*, İstanbul 2007, s. 138; Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009, s.109.

¹⁵ "... Organ ticareti suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK'nın 92. maddesinde organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebileceği düzenlenmiş, bu şekilde yasa koyucu TCK'nın 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılarak özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir. Bu hüküm uygulanırken çok özenli davranılmalı, maddenin yorumunda organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacak bir yorum ve uygulamadan kaçınılmalı, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmeyeceği nazara alınarak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir. Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, internet aracılığıyla tanıştığı organ alıcısı olan diğer sanıkla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun işlendiği olayda, ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla..." (Yarg. 12. CD. 26.05.2015, 3906/8955)

Her ne kadar TCK. 92. madde hükmü organ veya dokularını sosyal ve ekonomik güçlükler nedeniyle satmak durumunda kalan kişinin yaşadığı mağduriyet yanında yasa yoluyla da cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla düzenlenmişse de, netice olarak organ veya doku satma suçunu yaygınlaştıracak bir etkiye yol açabilecektir. Doktrinde de, bu madde hükmünün organ veya doku ticaretini teşvik edecek ve adeta bu konuda bir piyasanın oluşturulmasını sağlayacak bir etki yaratacağı ifade edilmektedir¹⁶. Ayrıca, doktrinde TCK. 92. maddedeki zorunluluk halinin, TCK. 91. maddesinin altıncı fıkrasını ilgilendirdiği ve buradan hareketle, organ ve dokularını ilan yoluyla satışa çıkaranların getirilen cezasızlık hükmünden yararlanacağı ifade edilmiştir¹⁷. Bu arada belirtmek gerekir ki TCK. 92. madde hükmünden, ciddi hayati tehlike ve sağlık sorunları nedeniyle organ veya doku alıcısı konumunda bulunan kişiler yararlanamayacaktır¹⁸. Ancak, bu durumda olan kişilerin 25. maddenin 2. fıkrası hükmü dairesinde ağır ve muhakkak bir tehlikeyi bertaraf etmek maksadıyla organ veya doku vericisinin hayatını tehlikeye atmayacak biçimde organ veya doku satın almaları durumunda eylemleri bakımından genel zorunluluk hali kapsamında bulunduğu iddia edilebilecektir.

2. Hırsızlık Suçundaki Zorunluluk Hali (TCK. m. 147)

TCK. m.147'de hırsızlık suçunda özel bir zorunluluk durumu olarak düzenlenen hüküm gereği, *"hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir"*. TCK. m.147 hükmünde görüldüğü üzere, *"yoksulluğun ilişkili olduğu"*¹⁹ bir diğer suç tipi olan hırsızlık suçunda ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için failin gerçekleştirdiği eylemler bakımından kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) özel bir şekli yasada yer almıştır²⁰. TCK. m. 147'nin gerekçesinde, hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi durumunda zaruret halinin varlığının kabul edildiği belirtilerek, ağır ve acil ihtiyaca örnek olarak da hasta olan çocuk için ilâç çalınması, açlık nedeni ile gıda maddesi çalınması gibi haller belirtilmiştir. Ağır ve acil ihtiyaç durumlarında hakime olayın mahiyetine göre, verilecek cezada indirim yapma veya ceza vermekten sarfınazar etme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır²¹.

¹⁶ Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.I, İstanbul 2006, s. 327-328.

¹⁷ Bkz. Şen, s. 327; Ünver, Yener, "Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" *Kamu Hukuku Arşivi*, Kasım 2005, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s. 192; Ünver, Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun" *I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı*, İstanbul 2005, s. 104; Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2015, s. 855.

¹⁸ Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat, *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları*, Ankara 2015, s. 461.

¹⁹ Beccaria'ya göre hırsızlık çoğu kez sefaletin, yoksulluğun, umutsuzluğun ürünü olan ve bu durumdaki insanlarca işlenen bir suçtur (Beccaria, Cesare, *Suç ve Cezalar Hakkında*, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2004, s. 111).

²⁰ Bkz. Zafer, s. 339; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015, s. 570. madde hükmünün bir tür şahsi cezasızlık nedeni niteliğinde olduğu da ifade edilmiştir. (Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012, s. 572).

²¹ Koca/ Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 570; Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara 2015, s. 131.

Yerine getirilmediğinde ağır ve muhakkak bir tehlikeye sebebiyet verecek ihtiyaç, ağır ve acil sayılır. Örnek olarak bir gündür susuz olan çocuğu için failin marketten su çalması, ağır ve acil ihtiyaç kapsamında değerlendirilerek TCK. m. 147 hükmü uygulanacaktır. Zira, çocuk daha fazla susuz kaldığında ağır ve muhakkak bir tehlike olan susuzluktan ölme tehlikesiyle karşılaşacaktır. Bu durumda da TCK. m.25'deki genel zorunluluk hali uygulama alanı bulacak ve faile ceza verilmeyecektir²². Tehlike doğrudan faile yönelik olabileceği gibi, üçüncü kişiye karşı da yönelmiş olabilir. İhtiyaç, ölmek üzere olan babasının yardımına koşmak için birisinin parasını çalan failin örneğinde olduğu gibi manevi de olabilir. İhtiyaç esaslı nitelik arz etmelidir. Seksüel ihtiyaçlar hiçbir şekilde bu kapsamda düşünülemez²³.

765 sayılı TCK.'nın 494. maddesinde yer alan düzenlemeye göre hırsızlık, "zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için bir mal hakkında işlenirse"²⁴ (765 sayılı TCK. m. 494/1-3), bu durum hafifletici neden sayılarak faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmekteydi. Ayrıca suçun kovuşturulması da şikayete bağlanmıştı (765 sayılı TCK. m. 494/3). 765 sayılı TCK.'da eylemin zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için gerçekleştirilmesi hali açık bir düzenleme olarak yer aldığı halde 5237 sayılı TCK.'nın 147. maddesinde eylemin zaruret haline varmayan özel bir zorunluluk hali şeklinde açıkça belirtilmemiş oluşu, eylemin niteliği yönünden bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Çünkü eylem zorunluluk haline ulaştığında, yani bir hakka yönelen kişinin bilerek neden olmadığı ve başka surette korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak mecburiyeti ile orantılı bir eylem olarak hırsızlık gerçekleştirilmişse, genel hüküm olan TCK. 25/2 maddesi kapsamında değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekir²⁵. Bu bakımdan 147. madde hükmünü zaruret haline

²² Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan,/ Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2015, s. 652; Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, "Hırsızlık", *GÜHFD*, 2008, s. 783; aksi görüş için bkz. Koca/ Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 570.

²³ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014, s. 406; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 339.

²⁴ Doktrinde 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemeye yönelik verilen örnekler de "bir çocuk için ilaç çalınması", aç kalan kişinin bir eve girerek buzdolabındaki yemeklerden yemesi" gibi benzer nitelikteydi. (Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998, s. 321).

²⁵ "Hamile olan ve olay günü bu nedenle rahatsızlanan sanığın, arkadaşının sağlık karnesini alarak, 01.07.2005 tarihinde Devlet Hastanesine gittiği, hastanenin kadın doğum polikliniğine giriş kaydını yaptırdıktan sonra doktor tarafından muayene edilerek aynı gün sezeryan ile doğum yapması neticesinde, 628.56 TL tutarındaki tedavi masrafinin katılan kurum tarafından karşılandığı ve bu şekilde sanığın, hileli hareketlerle katılan kurumu zarara uğrattığının iddia edildiği olayda; Oluşa, sanığın savunmalarına, katılan kurum vekilinin beyanlarına, tanıkların anlatımlarına, hastane raporlarına ve tüm dosya kapsamına göre; hamile olduğu sabit olan sanığın, 01.07.2005 tarihinde Devlet Hastanesine giderek, hastanenin kadın doğum polikliniğine giriş kaydını yaptırdıktan sonra doktor tarafından muayene edilip, aynı gün sezeryan ile doğum yaptığı, ameliyatı gerçekleştiren doktorun tanık sıfatıyla verdiği yeminli ifadesinde, söz konusu hastanede doktor olarak görev yaptığını, olay tarihinde sanığın acil olarak geldiğini, muayenesini yaptığını, acil olarak ameliyata alınması gerektiğinden sanığın aynı gün ameliyatını gerçekleştirdiğini belirtmiş olduğu dikkate alındığında; sanığın, kendisini ve doğacak olan bebeğini muhakkak bir tehlikeden kurtarma zorunluluğunun bulunduğu, hayati önemi haiz nitelikte bir tehlikeden korunmak ve bu nedenle ameliyatını gerçekleştirmek amacıyla, başkasına ait sağlık karnesini kullanması şeklinde gerçekleştirdiği sabit olan eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 25/2.maddesinde tanımlanan zorunluluk hali kapsamında kaldığının anlaşılması karşısında; 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair kararda bir isabetsizlik görülmemiştir." (Yarg. 15. CD. 20.01.2014, 14754/532).

"Suç tarihinde sanık Duda Alkın'ın doğum sancılarının tutması ve sosyal güvencesinin olmaması nedeniyle suça sürüklenen çocuk ve temyiz dışı sanık Sevdâ Alkın ile birlikte hareket ederek Kanuni Sultan Süleyman Eğitim Ve Araştırma Hastanesi Kadın Doğum Acil servisine sanık Sevdâ'nın kimlik bilgilerini kullanarak kayıt yaptırmak

ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyaç durumunda uygulamak gerekecektir. TCK. m.147 hükmü, TCK. m.25/2'nin varlığı karşısında anlamsız olarak düzenlendiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir²⁶. Bununla birlikte uygulamada 147. madde hükmü ile genel zorunluluk hali (TCK. m.25/2) arasındaki ayrımın tam olarak yapıldığı söylenemez²⁷.

Ağır ve acil bir ihtiyacı karşılama yönünde, TCK. 147. madde hükmünün uygulanması bakımından çalınan malın değerinin ne ölçüde olduğu önem arz etmez²⁸. Ancak, gerçekleştirilen hırsızlık eylemi yönünden, ihtiyaç ve ihtiyacın giderilmesi orantılı bir şekilde gerçekleştirilmek durumundadır²⁹. Aynı zamanda orantıyı değerlendirirken ihtiyaçla hırsızlık eylemi arasındaki nedensellik bağının gözden kaçırılmaması gerekir³⁰.

suretiyle katılan kurum zararına nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia olunan somut olayda; Sanık ve suça sürüklenen çocuğun, sanık Dudu'nun ve doğacak çocuğunun sağlığını muhakkak ve acil bir tehlikeden kurtarma zorunluluklarının bulunduğu anlaşılmaması karşısında, hayati önemi haiz nitelikte bir tehlikeyi önlemek amacıyla, başkasına ait kimliğin kullanılması şeklinde gerçekleşen eylemin, TCK'nın 25/2. maddesinde tanımlanan zorunluluk hali kapsamında kaldığı gerekçesiyle CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince sanık ve suça sürüklenen çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiştir..." (Yarg. 23. CD. 17.11.2015, 13051/6736)

²⁶ "Buradaki ağır ve acil ihtiyaç hali, zorunluluk halini ifade ettiğine göre genel bir hukuka uygunluk durumunun hırsızlık suçları yönünden cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir neden haline getirilmesi anlaşılamamaktadır". (Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2015, s. 149).

²⁷ "... Sanıkların geceleyin mevrada yırtıcı hayvanlardan korunmak için elektriğe ihtiyaçlarının olduğu ve bu sebeple mağdura ait iki adet ampüllü çaldıklarının anlaşılmaması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 147. maddesi gereğince sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi ..." (Yarg. 13 CD. 18.02.2014, 4176/4916).

²⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 338; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.652; Yenidünya, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Ankara 2013, s. 92; aksi görüşte Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 340.

"...Hırsızlığın konusu olan malın değerinin az veya çok olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacın çalınması söz konusu olabilir. Buradaki ölçü değer değil, ağır ve acil bir ihtiyaç için bu malın çalınmasıdır." (Yarg. CGK. 13.11.2007, E.2007/6-210, K.2007/234).

"... 5237 sayılı TCK'nın 147. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçunun işlenmesi" hali ile 145. maddede öngörülen "değer azlığı" kavramı karıştırılmamalıdır. 145. maddede öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen 147. maddenin uygulama koşulları birbirinden farklı olup, 147. maddenin ayırıcı ölçütü hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için yapılmasıdır. 145. maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt kuşkusuz "değer" ölçütüdür ve bu değer "ceza vermeme" halini haklı saydıracak düzeyde olmasıdır." (Yarg. 6. CD. 26.01.2009, 4138/893).

²⁹ "... Kuruma abone olan sanığın, boru takarak kaçak su kullandığı iddiası ile hakkında 29.04.2005 tarihli tutanak düzenlenmiş, tutanağın 4 kez düzenlendiği belirtilmiştir. Her ne kadar sanık hakkında yapılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasında sanığın 35 yaşında psikolojik rahatsızlığı bulunan bir oğlunun bulunduğu eşinin vefat etmiş olduğu ve ondan dolayı aldığı 300,00 TL emeklilik maaşı ile geçindiği bildirilmiş ise de, 5237 Sayılı TCK'nın 147. maddesinin şartlarının oluşmadığı gözetilerek duruşmaya devamla toplanan delillere göre bir karar verilmesi gerekirken, sanığın atılı suçu ağır ve acil ihtiyaçlarını karşılamak kastıyla işlediği ve zorunluluk hali bulunduğu şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle 5237 Sayılı TCK'nın 147. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi..." (Yarg. 2. CD. 02.03.2010, 5067/6233).

³⁰ "... 5237 sayılı TCK'nın 147. maddesine göre hırsızlık suçunun ağır ve acil ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde olayın özelliğine göre verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, ceza verilmekten de vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Olayımızda, sanığın tansiyon köprüsü düşük halde kaçak elektrik kullandığı iddiası ile hakkında tutanak düzenlenmiş, sanık oğlunun beynindeki rahatsızlık dolayısıyla yatalak olduğunu tedavisi olmayıp elektrikle yaşayan bir cihaz yardımı ile yaşayabildiğini sosyal güvenceleri ve gelirleri olmadığından atılı suçu işlediğini savunmuş ise de, dosyada mevcut "gömme izin kağıdına" göre sanığın oğlunun suç tesbit tutanağından önce 16.8.2004 tarihinde öldüğünün anlaşılması

Hırsızlık eylemi gerçekleştirilirken çalınan mal söz konusu ihtiyacı doğrudan karşılamayabilir. Örnek olarak hasta çocuğuna ilaç alacak parası olmayan bir kişi, doğrudan ilaç çalmak yerine, ilacı almaya yetecek derecede bir miktar para çaldığında TCK. m.147 hükmü uygulama alanı bulabilecektir.

Yine TCK. m. 147 hükmüne göre, hırsızlık eylemini gerçekleştiren kişi, eylemi kendisine ait ağır ve acil bir ihtiyacı gidermek için gerçekleştirebileceği gibi, üçüncü bir kişinin bu yöndeki zaruri ihtiyacını karşılamak için de icra edebilir³¹. Madde hükmü yönünden bir sınırlama bulunmadığından hırsızlık eylemini gerçekleştiren kişinin hasta yahut aç bir hayvanla ilgili acil bir ihtiyaç yönünden de hırsızlık yapmış olması mümkündür. Burada dikkate alınması gereken husus gerçekleştirilen hırsızlık eylemi ile zaruri ihtiyacın karşılanması arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Yargıtay da ihtiyaçtan fazla miktarda hırsızlık yapılmasını 147. madde hükmü kapsamında değerlendirmemiştir.³²

TCK. 147. madde hükmünü uygularken hakim, önüne gelen her somut olayda ihtiyacın ağır ve acil olup olmadığını eylemle ihtiyaç arasında orantı bulunup bulunmadığını ve nihayetinde ihtiyaçla söz konusu eylem arasında nedensellik bağının mevcudiyetini incelemek suretiyle bir neticeye varmalıdır³³.

II. YOKSULLUĞUN GENEL OLARAK CEZANIN TAYİNİNE ETKİSİ

Her suç olgusu birbirinden farklı özellikler taşıdığı gibi, suçu işleyen failer de pek çok açıdan (yaş, cinsiyet, eğitim, ekonomik durum, karakter, geçmiş yaşantısı, suç yolu sürecindeki davranışları, suçtan sonraki davranışları) farklılıklar göstermektedir. Bununla

karşısında 5237 sayılı TCK' nun 147. maddesinin şartlarının oluşmadığı gözetilerek duruşmaya devamla toplanan delillere göre bir karar verilmesi gerekirken sanığın atılı suçu ağır ve acil ihtiyaçlarını karşılamak kastıyla işlediği ve zorunluluk hali bulunduğu şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle 5237 sayılı TCK' nun 147. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş,..." (Yarg. 2. CD. 25.11.2009, 37264/44523).

³¹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 652; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 339; Soyaslan, s. 406.

³² "... 5237 sayılı TCK'nın 147. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesinin zorunlu bulunduğu, somut olayda ise sanıkların geceleyin müştekinin ikametinin önündeki park halindeki kapıları açık araç içinde bulunan 1 tepsi kadayıf tatlısı, 30 adet kral marka şambaba tatlısı, 16 adet Kral marka lüks şambaba tatlısı ve 5 Paket Hanımeli marka erişteyi çaldıkları anlaşılmaması karşısında, ağır ve acil bir ihtiyaca ilişkin koşulların oluşmadığı gözetilmeden anılan Yasa maddesi uyarınca uygulama yapılması bozmayı gerektirmiş,..." (Yarg. 2. CD., 04.12.2014, 35325/29042).

³³ "... Kiracı olarak bulunduğu gecekonduda komşularının yardımıyla geçinen, işsiz ve 3 çocuklu sanık hakkında elektrik şebekesine kanca atarak kaçak elektrik kullandığından bahisle suç tutanağı düzenlenmesi karşısında ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için suçun işlendiği hususu sübut bulmadığı ve bu nedenle 5237 sayılı TCK "nin 147. maddesinin şartlarının oluşmadığı gibi elektrik hırsızlığı suçunun niteliği gereği aynı Kanunun TCK "nin 145 maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığı gözetilmeden sanığın "Çocuklarının eğitimi için kanca atarak elektrik kullandım." şeklindeki beyanına itibar edilerek yazılı şekilde, 5237 sayılı TCK "nin 145. ve 147. maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi..." (Yarg. 2. CD. 08.04.2009, 22070/18598).

"Sanığın, soruşturma aşamasında alkollü olduğu halde dolaşırken yakınana ait aracın camını kırarak içerisindeki çantayı çalıp evine götürdüğünü, cep telefonunu arkasına bıraktığını, 20,00 TL "yı ihtiyaçları için harcadığını, işsiz olup, ailesini geçindiremediği için hırsızlık yaptığını belirtmesi, mahkemede ise hasta olan çocuğuna ilaç almak için hırsızlık yaptığını savunması; sanığın eşi tanık Yedigâr "ın da hırsızlığı fark edince "kendine yediremediği" için kolluğa ihbarda bulunduğunu belirtmesi karşısında; sanığın alkol alımı gibi özel ihtiyaçlarına parayı harcadığı, çocuğunun hastalığı ve ilaç alımını da belgelendirmediği, dolayısıyla hırsızlık suçunu ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlemediği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında 5237 sayılı TCK "nin 147/1. maddesiyle uygulama yapılması..." (Yarg. 6. CD. 21.12.2009, 10760/16948).

birlikte faillere verilecek cezanın tesiri de kişiden kişiye farklılık gösterebilmektedir. Nitekim failin karakter yapısı, kişisel özellikleri, sosyal ve ekonomik durumları cezanın tesirinde etken olabilecektir. Tüm bu hususlar ve cezanın amaçları gözetildiğinde cezanın bireyselleştirilmesi kaçınılmaz bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezanın bireyselleştirilmesi prensibi gereğince aynı suçu işleyenler farklı cezaların muhatabı olabilecektir. Bu açıdan bakıldığında failin yoksulluğu da cezanın tayininde bireyselleştirme nedeniyle rol alabilecektir. Örneğin, aynı dolandırıcılık suçunu işleyen iki failden, suçu yoksulluk nedeniyle önemli bir ihtiyacını karşılamak üzere işleyen ile suçu servetini arttırmak maksadıyla işleyenin, TCK. m. 61/1-g hükmü uyarınca suçu işlemekteki saik ve amaçları gözetilerek temel ceza farklı bir şekilde tayin edilebilecektir. Cezaların bireyselleştirilmesi prensibi gereğince bu şekilde cezanın tayini eşitlik ilkesine aykırı değildir³⁴. Eşitlik aynı suçu işleyen her faile aynı cezayı tayin etmekle sağlanamaz. Bilakis otomatik bir şekilde cezalandırma sistemi cezanın tayinindeki pek çok unsurun görmezden gelinmesi sonucu eşitsizliğe yol açmaya muktedirdir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında bu hususu vurgulamıştır³⁵.

Seçimlik ceza içeren suç tiplerinde hakim, öncelikle hapis cezasını mı yoksa adli para cezasını mı uygulayacağını takdir yetkisini kullanarak tercih etmelidir. TCK.'da adli para cezası genelde hapis cezasına seçenek bir yaptırım olarak öngörülmekle birlikte hakim bu seçimi nasıl yapacağına ilişkin TCK.'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Hakimin bu tercihi yapmasında cezanın bireyselleştirilmesi söz konusudur³⁶. Hakim, hapis veya adli para cezasını tercih nedenlerini hükümde gerekçeli olarak belirtmelidir³⁷. Hakim cezanın bireyselleştirilmesine yönelik bu tercihi yaparken TCK. m.62/2'de yer alan "failin geçmişi,

³⁴ "Kanunda alt ve üst sınırların belirlendiği durumlarda hâkimin bu iki sınır arasında kimi hususları göz önünde bulundurarak temel cezayı saptamasının aynı suçu işleyenler arasında farklı cezalar uygulanması sonucunu doğurup doğurmayacağı ve bu farklılığın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi karşısındaki durumu sorunun temelini oluşturmaktadır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. Gerçekten de durum ve konumlardaki farklılık, hukuki statülerdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar ve değişik uygulamaları gerekli kılar. Aynı durumda olanlar için farklı uygulama Anayasaya aykırılık oluşturur. Aynı tür ve miktardaki ceza, kişiler üzerinde çok farklı etkiler meydana getirir. Gerçekten aynı cezanın suçlular üzerinde meydana getirdiği acı, ızdırıp ve ağırlık, kişilerin sosyal ve ekonomik durumuna, karakterine göre değişir. Bu nedenle suçlunun kişiliği sorunu, cezanın kişiselleştirilmesi olarak çağdaş ceza hukukuna girmiştir. Cezaların kişiselleştirilmesi, kanunda öngörülen cezanın her özel olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. Buna göre cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına karşın kişiler için uygulanmalarında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan bahsedilemez..." (AyM. 20.06.1995, E.1994/92, K.1995/14, RG. 05.08.1997/23071).

³⁵ "Aynı suçu işleyenler için değişmez cezaların öngörülmesi, suçun işleniş şekli ve şartlarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten etkenleri göz önüne alma olanağı vermeyeceğinden ve yargıcı sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak cezanın kişiselleştirilmesi olanağını önleyecektir. Bu nedenle yargıcı aşağı ve yukarı sınırları arasında ceza belirlemek yetkisi verilmek suretiyle cezadan beklenen amaç sağlanmış ve suçlu için de en uygun cezanın tayin ve hükmedilme olanağı tanınmış bulunmaktadır." (AyM. 20.06.1995, E.1994/92, K.1995/14, RG. 05.08.1997/23071).

³⁶ Bu husustaki 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun madde gerekçesinde, "bu tercihin yapılmasında sadece failin kişiliği dikkate alınmalıdır. Bu tercih, aslında cezanın bireyselleştirilmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belirlenmede failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların yanı sıra, ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur" denilmektedir.

³⁷ "...Seçimlik ceza öngören 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesi uyarınca hüküm kurulurken, hapis cezasının tercihinde aynı Kanun'un 61. maddesi uyarınca gerekçe gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." (Yarg. 2. CD. 28.05.2008, 3288/9655).

sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi" sınırlı sayıda olmayan hususları gözetecektir³⁸. Doktrinde failin ekonomik durumunun da seçimlik cezanın tercihinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁹. Ekonomik durumun dikkate alınması zengin ile fakir suçlular arasında bir eşitsizlik doğurabileceğinden kanımızca sakıncalıdır. Zira, sırf mali gücü olmadığı için kişiye para cezası yerine hapis cezası verilmesi veya tam tersine mali durumu elverişli olan kişiye hapis cezası yerine para cezası verilmesi gibi eşitlikle bağdaşmayan bir sonuç meydana gelir. Ayrıca bu durumda gün para cezası sisteminin temel yapısına da aykırı bir ceza tayini gerçekleşmiş olur.

Cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında hakime TCK. m. 61'de yer alan kriterleri gözeterek temel cezanın tayini yanında pek çok konuda önemli derecede takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁰. Yasada hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak düzenlendiği suç tiplerinde hangi cezanın tatbik edileceğinden tutun da, cezaların artırım ve indirim oranlarının tayini, TCK. m. 62'deki takdiri indirim nedenlerinin uygulanması, TCK. m.50 kapsamında seçenek tedbirlerin uygulanmasına kadar pek çok alan hakim takdir yetkisinin sahasındadır.

Cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında hakime tanınan bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hakim, takdir yetkisini kullanırken yasada gösterilen sınırlar ve ölçütlerle bağlı olduğu gibi, hukukun temel prensiplerini⁴¹ de gözetmek suretiyle hakkaniyet (hak ve nısfet)⁴² kurallarına riayet ederek adil bir şekilde kararını vermek durumundadır. Hakkaniyet ilkesini göz önüne alma, hakime adaletin eşitlikçi yönünü esnek bir bağlamda değerlendirme açısından uygun bir olanak sunacaktır. Yasanın kendisine tanıdığı takdir yetkisini kullanan hakim, önüne gelen somut olayda fail ve mağdurun kişiliğini oluşturan tüm etmenleri ve durumları ki haliyle refah ile yoksulluk düzeylerini dikkate alarak hakkaniyete uygun adil bir karar verebilmelidir. Nitekim Yargıtay pek çok kararında, hakim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyet ilkelerini gözeterek karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴³ Cezanın bireyselleştirilmesine yönelik takdir yetkisinin ne şekilde kullanıldığı gerekçeli olarak kararda açıklanmalıdır. Zira, gerekçeli olmayan kararlar takdir yetkisinin keyfice kullanılmasına yol açabileceği gibi, kanun yolu denetimine tabi olan bu yetkinin incelenmesini de zorlaştırmaktadır.

"Kusursuz ceza olmaz" (nulla poena sine culpa) ilkesi gereği, ceza sorumluluğu kusura dayanır⁴⁴. Cezanın belirlenmesini ve bireyselleştirilmesini düzenleyen TCK'nın 61.

³⁸ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), Ankara 2005, s.718.

³⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 718.

⁴⁰ "Bütün suçların gerçekleştirilme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi, faillerin kişisel özellikleri, sosyal ve psikolojik durumları da birbirinin aynı değildir. Bu nedendir ki fiil ile karşılığı olan yaptırım arasındaki denge kurulabilmesi ve cezanın kişiselleştirilebilmesi bakımından hâkime bazı olanaklar sağlanmıştır. Bunlar değişik yaptırımlardan birini seçebilme, kanun koyucunun alt ve üst sınırı gösterdiği durumlarda temel cezayı bu sınırlar arasında belirleyebilme, hüriyeti bağlayıcı cezayı güvenlik tedbiri veya para cezasına dönüştürebilme gibi olanaklardır." (Yarg. CGK. 29.11.2005, 8-141/149)

⁴¹ Yarg. CGK., 29.11.2005, 7-144/150.

⁴² Hak ve nısfet kavramı için bkz., Dinçkol, Abdullah, "Hakimin Takdir Yetkisini Kullanırken Hak ve Nısfet", *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 3, Temmuz 1993, s. 216 vd.

⁴³ Bkz., Yarg. CGK., 17.3.1986, 446/127, Yarg. CGK., 19.06.1995, 1/191-219, Yarg. CGK., 10.06.1997, 6-115/150.

⁴⁴ Zafer, s. 48; Demirbaş, s. 62. Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 49.

maddesinde Alman Ceza Kanunu'ndan⁴⁵ farklı olarak kusur ilkesine açıkça yer verilmemiş ise de, somut olayda failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığı temel cezanın tayininde hakimın başvuracağı ölçütlerden birisi olarak düzenlenmiştir (TCK. m.61/1-f). Yoksulluk olgusu somut olayda failin kusuruna etki ettiği oranda cezanın tayininde rol alabilecektir.

Suçun önem ve değeri temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan birisidir (TCK. m.61/1-d). Somut olayda suç mağdurunun yoksul olması, suçun öneminin belirlenmesindeki başvurulacak bir kriterdir. Örneğin yalnızca yaşlılık maaşıyla geçinen bir kişinin bankadan maaşını çektikten sonra maaşının çalınması ile ekonomik durumu çok iyi olan bir kişinin cebinden bu miktarda para çalınması arasında suçun önemi açısından farklılık oluşması doğaldır.

TCK. m. 61/1-g' de yer aldığı üzere, failin güttüğü amaç ve saik temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulması gereken önemli bir unsurdur. Failin yoksulluğun neden olduğu zor şartların etkisiyle gerçekleştirmiş olduğu suç niteliğindeki eylem, failin güttüğü amaç ve saik açısından somut olayda hakim tarafından değerlendirilecek bir kriter olarak ortaya çıkabilir. Örneğin evindeki eşyaların haczedilmesi üzerine haczi kaldırmaya yönelik para temini için güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir kişiyle, zenginleşme amacıyla güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir kişinin aynı şekilde cezalandırılması, cezanın bireyselleştirilmesi açısından hakkaniyet ilkeleri bağlamında yerinde olmayacaktır.

Yoksulluğun özel zorunluluk hali kapsamında değer ifade ettiği durumlardan hırsızlık suçundaki TCK. m.147⁴⁶ kapsamında olayın özelliğine göre hakim, verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebilecektir. Aynı durum organ veya doku ticareti suçu kapsamındaki TCK. m.92 açısından da geçerlidir. Her iki maddenin uygulanma sahasında olayın özelliğine göre yoksulluk durumu yaptırımın belirlenmesinde önem arz edebilecektir. Her iki hükmün tatbiki açısından hem tümüyle cezadan vazgeçilebilme imkanı verildiğinden hem de özellikle cezanın indirim oranları kanunda gösterilmediğinden, hakim oldukça geniş takdir hakkıyla donatıldığını belirtmek gerekir. Hakim tarafından olayda kusurluluğu azaltan bir hal değerlendirmesi yapıldığında, yapılacak indirimin TCK. m.61 kapsamında hangi sırada olacağı belirgin olmamakla birlikte doktrinde bu indirimin TCK. m.61'in beşinci fıkrasında düzenlenen kusurluluğu azaltan nedenler bağlamında yapılması gerekeceği ifade edilmiştir⁴⁷.

⁴⁵ Alman Ceza Kanunu m. 46/1 c.1' de kusur, bir cezalandırma ilkesi olarak yer almıştır. Bu ilkenin sonuçları için bkz. Jeschenk, Hans -Heinrich, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (çev. Feridun Yenisey), İstanbul 1989, s. 7.

⁴⁶ "Oluşa, dosya içeriğine, savunma ve suç tutanağına göre, daha önceki borcundan dolayı sayacı sökülen, sayaçsız olarak elektrik kullandığı sabit olan sanığın eyleminde atılı suçun unsurlarının oluştuğu ve TCK'nun 147. maddesindeki ağır ve acil ihtiyacı karşılama zorunluluğunun bulunmadığı gözetilerek, yüklenen suçtan mahkumiyeti yerine, sanığın kaçak elektrik kullanmak kastı ile hareket etmediği biçimindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraat hükmü kurulması..." (Yarg. 2. CD., 10.04.2012, 165/9072).

"...TCK'nun 147. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesinin zorunlu bulunduğu, somut olayda ise sanığın harici hat çekerek uzunca bir süre kaçak elektrik kullandığı ve 1069 YTL değerindeki kaçak elektrik bedelini de soruşturma evresinde ödediğinin anlaşılması karşısında, ağır ve acil bir ihtiyaca ilişkin koşulların oluşmadığı gözetilmeden anılan Yasa maddesi uyarınca uygulama yapılması..." (Yarg. 6. CD., 19.10.2009, 16385/13553).

⁴⁷ Özgenç, s. 867.

TCK. m.62 kapsamındaki takdiri indirim nedenleri⁴⁸ hükümde sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirtildiğinden⁴⁹ için failin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yoksulluk durumu da hakim tarafından takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıca, yoksulluk olgusu kanun hükmünde örnek niteliğinde sayılan özellikle failin sosyal ilişkileri ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileriyle de ilişkilidir. Örneğin failin çok sayıda kişiden oluşan ev hanesinde çalışan tek kişi olması ve ailenin yoksulluk içinde bulunması, hakim tarafından takdiri indirim uygulamasına sebebiyet verebilecektir.

Nihayetinde TCK. m.61. kapsamında tayin edilen hapis cezası, TCK. m.50'de yer alan şartları taşıdığı takdirde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Bu yapılırken fail bir kez daha cezanın bireyselleştirilmesi süzgecinden geçirilerek, suçluğunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre TCK. m.50'de yer alan seçenek yaptırımlardan birisi hakim tarafından tercih edilebilecektir. Hakim hem kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme kararı alırken hem de seçenek yaptırımın tercihinde failin yoksulluk durumunu gözetebilir.

III. YOKSULLUĞUN ADLİ PARA CEZASININ TAYİNİNE ETKİSİ

Adli para cezası, işlenen suçun karşılığı olarak yasada yer alan sınırlar çerçevesinde bir miktar paranın devlet hazinesine yatırılmak üzere mahkemece tayin edilmesidir. Adli para cezasının, yoksul suçlularla zengin suçlular arasında ayırım yarattığı ve bu nedenle de eşitlik prensibine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu meyanda zengin suçluların cezayı kolaylıkla ödeme imkanına sahip olduğu halde yoksul suçluların bundan yoksun olduğu görülmektedir⁵⁰. Bununla birlikte varlıklı failin para cezasından etkilenmeyeceğinden bahisle para cezası yerine hapis cezasına hükmetmek ya da yoksul faili para cezasını ödeyemeyeceğini öngörerek hapis cezasıyla cezalandırmak eşitlik ilkesiyle ve dolayısıyla adil cezalandırmayla bağdaşmayacaktır.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı TCK.'da yer alan klasik para cezası sistemi terk edilmiş ve cezanın bireyselleştirilmesi açısından önemli bir yenilik getiren gün para cezası sistemi benimsenmiştir.

Hukukumuzda gün para cezası sisteminin kabul edilme nedenleri TCK.'nın 52. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir⁵¹: "... suç işleyen kişinin ekonomik durumu dikkate alınmadan hükmolunan para cezası, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Ödeme gücü olan kişi üzerinde etkisi olmayan, ödeme gücü olmayanı ise sonuçta yine infaz kurumuna gönderilmesini sonuçlayan bu sistemden vazgeçilerek; gün para cezası olarak adlandırılan ve günümüzde Almanya, Avusturya, Polonya, İsveç, Finlandiya, Danimarka ve hatta, Fransa gibi bir çok ülkede uygulanan sisteme geçilmiştir. Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin

⁴⁸ Maddede örnek niteliğinde "failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkiler" takdiri indirim nedeni sayılmıştır.

⁴⁹ Özgenç, s. 868; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 655.

⁵⁰ Cimichella, Sandro, *Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht*, Bern 2006, s.10.

⁵¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 664, s.458 vd.

ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliktedir".

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasına çarptırılan zengin ile yoksul suçlu arasındaki eşitsizliği gidermektir⁵². Nitekim gün para cezası sistemi, failin ekonomik durumunun tespit edilip değerlendirilebildiği hallerde eşit ve orantılı bir şekilde para cezası tayinini olanaklı kılmaktadır. Zira gün para cezası sistemi, adli para cezasını failin kişisel özelliklerini ve ödeme gücünü dikkate alarak tayin etmekle, cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin yerine getirilmesini sağlamaya elverişlidir⁵³.

Hukukumuzdaki düzenlemede ise, mukayeseli hukuktaki örneklerin aksine⁵⁴ gün biriminin parasal miktarının alt ve üst sınır aralığının dar oluşu (üst sınır alt sınırın beş katı⁵⁵), cezanın bireyselleştirilmesine uygun bir durum arz etmemektedir. TCK'daki bir gün karşılığı adli para cezasının 20 TL.'lik alt sınır miktarı da, cezanın bireyselleştirilmesine yoksul suçlular açısından uygun değildir. Zira, TCK'daki 20 TL.'lik alt sınır yoksul suçlular açısından yüksek bir miktardır. Gün para cezası sisteminin temel felsefesi açısından yoksullara uygun bir miktarın alt sınır olarak belirlenmesi yerinde olur. Nitekim mukayeseli hukukta Almanya'da gün para birim miktarının alt sınırı, 1 Euro olarak belirlenmiştir. Fransa ve Finlandiya'da gün para birim miktarına ilişkin alt sınır dahi bulunmamaktadır. Kişi başına düşen milli gelir seviyesinin ülkemizden daha yüksek olan diğer ülke hukuklarındaki düzenlemelerden⁵⁶ görüleceği üzere, TCK'daki gün para birim miktarına ilişkin alt sınır yoksul suçlular açısından oldukça yüksek düzeydedir. Alt sınırın yüksek oluşu aynı zamanda ceza aralığının darlığına doğrudan etki yapmakta ve cezanın bireyselleştirilmesine yönelik çabayı azaltmaktadır.

Failin ekonomik ve sosyal durumunun adil bir şekilde tespiti, gün para cezası sisteminin başarıya ulaşmasında en önemli unsurdur. TCK. m. 52/2 hükmü gereğince hakim, adli para cezasının bir gün karşılığı parasal miktarını, failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini⁵⁷

⁵² Grebing, Gerhardt, "Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems" , in: Jescheck, Hans-Heinrich/Grebing, Gerhardt : *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden 1978, s.80; Albrecht, Hans-Jörg, Post-Adjudication Dispositions in Comparative Perspective, in: *Sentencing and Sanctions in Western Countries* (Editor: Michael Tonry-Richard S. Frase), Oxford 2001, s.308.

⁵³ Grebing, s.80; Albrecht, s.308; Donay, Süheyl, *Para Cezaları*, İstanbul 1972. s.97.

⁵⁴ Mukayeseli hukuktaki düzenlemelerde üst sınır alt sınırın; Almanya'da 2500 katı, Portekiz'de 498,8 katı, İsviçre, Polonya ve İspanya'da 200 katı, Macaristan'da 50 katı, İsveç'te 33.3 katı, Avusturya'da 15 katı olarak düzenlenmiştir. (Bkz. Albrecht, s.312).

⁵⁵ TCK'da gün biriminin parasal miktarının alt sınırı yirmi Türk Lirası; üst sınırı ise yüz Türk Lirasıdır (TCK. m.52/2).

⁵⁶ İspanya'da 2 Euro, Portekiz'de 1 Euro, İsviçre'de 5 Frank, Danimarka'da 2 Kron, Polonya'da 10 Zloti, İsveç'te 30 Kron olarak düzenlenmiştir.

⁵⁷ Failin ekonomik durumunun tespitinde gelirlerinin yanı sıra giderlerinin de dikkate alınması gerekli olup, bu nedenle failin bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı, medeni hali, mesleği, yaşı, sağlığı, eğitim düzeyi gibi diğer şahsi halleri de önem taşır. (Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Yeni TCK'ya göre Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2006, s.318; Özgenc, Gazi Şerhi, s. 720; Özbek, Veli Özer, TCK. İzmir Şerhi, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt:I, Ankara 2006, s.582.

göz önünde bulundurmak suretiyle alt ve üst sınırlara bağlı kalarak takdir edecektir. Failin ekonomik durumunun tespitinde özellikle soruşturma safhasındaki etkinlik önem taşımaktadır. Soruşturmada şüphelinin ifadesi alınmadan önceki kimlik tespiti sırasında veya ifade sonrasında ifadenin bir eki olarak şüpheliye ait ekonomik ve sosyal bilgilerin yer aldığı matbu bir bilgi formunun, olası bir kovuşturma evresinde faydalanmak üzere doldurulması yararlı olacaktır. Kovuşturma aşamasında gerek görülürse sanığın ekonomik ve sosyal durumunun tespitine yönelik tanık dinlenmesi, tahkikat yapılması ve bilirkişi tetkiki yaptırılması yoluyla da soruşturma aşamasındaki beyanların doğruluğu kontrol edilebilir. Hiç şüphesiz ki sanığın ekonomik ve sosyal durumunun tespitine yönelik incelemelerin yargılamayı uzatmasına müsadde edilmemelidir.

TCK.'daki düzenlemeye göre hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de hükmedebilir. Ceza taksite bağlandığında taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Ayrıca bu kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir⁵⁸ (TCK. m.52/4). Bununla birlikte mahkeme kararında, taksitlendirme yapılsın veya yapılsın, adli para cezasının kısmen veya tamamen ödenmediği takdirde hapse çevrileceği belirtilmelidir.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla uygulama alanı genişleyen adli para cezasının infazında mümkün olduğu ölçüde para cezası yerine geçen hapis cezasından kaçınmak temel prensip olarak benimsenmiştir⁵⁹. Adli para cezasının zenginle yoksul suçlu arasında yarattığı eşitsizlik, yoksul suçlunun para cezasını ödeyemediğinde, cezanın otomatik bir şekilde hapis cezasına dönüşmesiyle had safhaya ulaşmaktadır. Faillerin ekonomik durumlarındaki farklılıktan kaynaklanan bu yaptırım değişikliği kabul edilemez olarak nitelendirilerek doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁰. Ancak gün para cezası sistemi başarılı bir şekilde hayata geçirildiğinde, adli para cezası suçlunun ekonomik durumuna uygun olarak tayin edileceğinden hem eşit olma özelliğini sağlayacak hem de cezanın infazı mümkün olacaktır. Para cezasının ödenmemesi sonucu otomatik bir şekilde hapis cezasına dönüşmesiyle para cezasının bağımsız ceza niteliğini kaybettiği belirtilmiş ve hükümlüyü para cezasını ödemek ile hapiste yatmak arasında bir seçim yapmaya zorlamanın ceza politikası açısından pek de isabetli olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca, para cezasının hapis cezasına dönüşümünün, para cezasının kısa süreli hürriyeti

⁵⁸ Hapse çevirme, adli para cezasının gün birimi üzerinden gerçekleştirilir. Bu itibarla mahkeme kararında adli para cezası, kaç gün birimi üzerinden hesaplanmışsa, dönüştürmede de bu miktar üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. İnfaz Kanununa göre, çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez (CGTİHK. m.106/4).

⁵⁹ Grebing, Gerhardt, *The Fine in Comparative Law : A Survey of 21 Countries*, Cambridge 1982, s.126.

⁶⁰ Albrecht, s.308; Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2015, s. 99; Donay, s.47, 48; Dönmezer/Erman, II, n.1487; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s.513; İçel, Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsun/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, İstanbul, 2002, s.97.

bağlayıcı cezaların yerine ikamesi amacıyla bağdaşmadığı da hakikattir.

Adli para cezasının ödenmemesi durumunda otomatik olarak hapis cezasına dönüşümüne yönelik eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar kanun koyucunun da dikkatini çekmiş ve 6545 sayılı Kanunun⁶¹ 81. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da⁶² (CGTİHK.) değişiklik yapılarak, ödenmeyen adli para cezasının hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalıştırılması⁶³ suretiyle infaz edilmesi imkanı getirilmiştir⁶⁴. Madde hükmüne göre, *"hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir."* (CGTİHK. m.106/3).

Adli para cezasının ödenmemesi neticesinde otomatik olarak hapis cezasına çevrilmesinin yarattığı sakıncalar, *"kamuya yararlı bir işte çalıştırma"* infaz usulü ile giderilmek istenmiştir⁶⁵. Esasen mukayeseli hukukta Anglo - Amerikan sisteminde sıkça uygulama alanı bulan ücretsiz *"kamu yararına çalışma"* (community service)⁶⁶, adli para cezası yerine geçen hapis cezasının infazı usulünden ziyade müstakil bir yaptırım ikamesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki, adli para cezasının infazında faile sunulan kamu yararına bir işte çalışma imkanının, ana ceza olarak öngörülmesi ve adli para cezasına en baştan bir alternatif olarak sunulması adli para cezasının bağımsız bir ceza olarak varlığını koruması açısından da daha anlamlıdır. Aksi halde hükümlü, adli para cezasını ödemek ile kamu yararına bir işte çalışma arasında seçim yapabilecek veya suçluların adli para cezasını ödeyemedikleri durumda gün para cezası sisteminin amacına ulaşamayarak yenilgiye uğradığı baştan kabullenilecektir.

Adli para cezasının, yoksulluğun en alt basamağında yer alan aciz halindeki evsiz tabir edilen sokakta yaşayan kişiler, dilenciler gibi faillere karşı yaptırım gücünden yoksun oluşu karşısında para cezasının hapse çevrilmesinin kaçınılmaz olduğu vurgulanmıştır. Adli para

⁶¹ Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6545 sayılı Kanun (RG. 28.6.2014, S. 29044)

⁶² RG. 29.12.2004, S. 25685.

⁶³ *"Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır."* (CGTİHK. m.105).

⁶⁴ 647 sayılı Eski İnfaz Kanunu'nun 5. maddesinde, ödenmeyen para cezası yerine hükümlünün çalıştırılması imkanı düzenlenmişti.

⁶⁵ Doktrinde, yapılan düzenlemenin kamuya yararlı işte çalışmaya ilişkin azami süreleri belirleyemediği ve bir hükümlünün 10 yıl gibi bir süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasının fiilen mümkün olmadığı gerekçeleriyle İnfaz Kanunun 106. maddesinde yapılan değişikliğin gözden geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Özgenç, s. 787).

⁶⁶ Kamuya yararlı bir işte çalışmanın bu şekilde uygulanması öncelikle İngiltere'de kararlaştırılmış daha sonra da Avustralya, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde aynı şekilde uygulama alanı bulmuştur (Bkz. Grebing, *The Fine*, s. 134).

cezasının infazında 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik bu sorunu da çözmeye muktedirdir. Zira, bu tip suçluların kamuya yararlı bir işte çalıştırılması yoluyla sırf yoksul olmaları nedeniyle adli para cezasının hapis cezasına dönüşmesinin önüne geçileceği gibi, bu tip suçluların iş ve meslek sahibi olarak topluma kazandırılmalarına yönelik bir umut ışığı da doğabilecektir.

Hükümden sonra vuku bulan zorlayıcı bir nedenden ötürü de adli para cezası ödenmemiş olabilir. Örneğin hükümlünün işsiz kalması veya iş gücünden yoksun kalacak bir hastalığa yakalanması gibi benzer durumlardan dolayı yoksulluğa düşmüş olabilir⁶⁷. Adli para cezası ağır mağduriyet hali olarak adlandırılabilir bu durumlarda hapis cezasına doğrudan çevrilmemeli mukayeseli hukuktaki örneklerlerinde⁶⁸ olduğu gibi hükümlüye ek imkanlar tanınmalıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki 6545 sayılı Kanunla getirilen kamuya yararlı bir işte çalıştırılma imkanı hükümden sonraki yoksulluk durumunun getirdiği mağduriyete de çare olabilir.

5237 sayılı TCK.'ya göre, adli para cezasının miktarı ne olursa olsun, ertelenebilmesi mümkün değildir (TCK. m.51). Mülga⁶⁹ 647 sayılı CİK. döneminde ise, tazminat kabilinden para cezaları hariç⁷⁰ (765 sayılı TCK. m.92), para cezalarının ertelenebilmesi mümkün idi⁷¹. Adli para cezasının ertelenememesi doktrinde eleştirilmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda erteleme olanağı varken, daha hafif olan para cezalarında erteleme olanağının mevcut olmamasının bir çelişki olduğu ve bu durumun erteleme kurumunun niteliğine, amacına, Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷².

Adli para cezası yerine çektirilen hapis cezasına hukukumuzda tazyik hapsi niteliği verilmiştir⁷³. İnfaz sistemimizde para cezasından dönüştürülen hapse, hapis cezasına özgü

⁶⁷ Grebing, *The Fine*, s.144.

⁶⁸ İngiltere'de "means inquiry" olarak adlandırılan para cezasının infaz aşamasındaki soruşturma usulüne göre, mahkemece tensip yapılarak öncelikle bir duruşma günü tayin edilir. Bu duruşmada da, hükümlünün para cezasını ödeyememe nedenleri, hükümlünün ekonomik durumunu etkileyen haller detaylı bir şekilde soruşturulmaktadır. Bu soruşturma sonucunda, şayet hükümlünün ekonomik durumunda sonradan negatif bir değişiklik olduğu tespit edilirse, mahkemenin vereceği kararla durumun özelliğine göre para cezasının kısmen veya tümüyle infazından sarfınazar edilmesi mümkündür. Almanya'da para cezası yerine geçen hapis cezasının infazı, hükümlü için hakkaniyete uygun olmayacak bir şekilde ağır mağduriyet doğuracaksa, mahkemece infazın geri bırakılmasına karar verilir (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu p.459f).

⁶⁹ 28/12/2004 tarih ve 25685 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13/12/2004 tarih ve 5275 sayılı Kanunun 120. maddesiyle 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁰ "...Tazmini nitelikte olan para cezasının ertelenmesinin mümkün olmadığının düşünülmemesi..." (Yarg. 7. CD. 21.06.2006, 15233/12652).

⁷¹ Mülga 647 sayılı CİK'deki düzenlemeye göre; "Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde ertelemenin sebebi hükümde yazılır" (m.6).

⁷² Centel, Nur / Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukuna Giriş*, İstanbul 2008, s. 663.

⁷³ 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'nda; "adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu" ile "adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz

sonuçların bağlanmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı, ertelenemez ve bunun infazında şartla salıverilme hükümleri uygulanamaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen, hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır (CGTİHK. m.106/9, İnfaz Tüzüğü⁷⁴ m.56/9). Bu itibarla 53 üncü maddedeki kasti suçtan kaynaklanan hapis cezasının infazına bağlı hak yoksunlukları uygulanmaz (TCK. m.53/1).

Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen para miktarını öderse hapisten çıkartılarak özgürlüğüne kavuşur veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer (CGTİHK. m.106/8). İnfaz edilen hapsin veya kamuya yararlı işte çalışmanın süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir (CGTİHK. m.106/11). Çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasına ilişkin ilâmlar infaz edilemediğinde de aynı usul uygulanır (CGTİHK. m.106/4).

SONUÇ

TCK.'daki suç tiplerinden organ veya doku ticareti suçuyla (TCK. m.92) hırsızlık suçu (TCK. m.147) için düzenlenen ve doktrinde özel zorunluluk hali olarak adlandırılan hükümler, yoksulluk olgusuyla yakından ilişkilidir. TCK. madde 92'de yer alan "sosyal ve ekonomik koşullar" ve TCK. madde147'de bulunan "ağır ve acil ihtiyaç" ibareleri her iki hükmün yoksulluk olgusuyla ilişkilendirilmesine yeterli dayanak oluşturmaktadır. Failin güttüğü amaç ve saik cezanın tayininde önemli bir unsur oluşturmaktadır. Bu bağlamda, hakim, suç failinin saikini inceleyip araştırmak suretiyle somut olayda fail hakkında ceza indirimini yapmayı gerektiren ya da hiç ceza verilmemesine yol açabilecek bir durum olup olmadığını tespit ve tayin edecektir. Böylelikle, fail hakkında cezanın bireyselleştirilmesi bakımından hakkaniyet ilkeleri bağlamında bir hüküm tesis edilmiş olacaktır. Faile göre adli para cezasının bireyselleştirilmesine çok uygun olan gün para cezası sistemi de, adli para cezasına mahkum edilen zengin ile yoksul suçlu arasındaki eşitsizliği ortadan kaldırma amacına hizmet etmektedir. Yapılan değişikliklerle de, adli para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevirme yerine hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalıştırılması olanağının getirilmesi ceza adaletini sağlamak açısından yararlı olmuştur.

edildiği hususu"nın adli sicile kaydedileceği belirtilmiştir (m.4/1(c-3,4)). Bkz. Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s.604.

74 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (RG. 06.04.2006, S. 26131).

Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı ile Zorunluluk Hali ve Yoksulluk İlişisine Dair Değerlendirme

“The Assesment About The Relationship Between The Lack of Value Consept and The State of Necessity in Larceny with The Poverty”

Arş. Gör. Ezgi Cankurt*

“Şehir suçu “ olarak tanımlanabilen hırsızlık suçu ülkemizde de ilk sıralarda işlenen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yoksulluğun kişiyi çaresizlik içine düşürdüğü yahut teamül bakımından daha az değer arz eden malın alınması durumlarında, kanun koyucular suç politikası gereği farklı uygulamalara gidebilmektedir. Esasında Antik çağda dahi malın değerine yönelik olarak hırsızlık suçuna uygulanan yaptırım farklılık gösterdiği görülmektedir. Gelişen dünyada da, insan onurunun korunması için kanun koyucular bu amaca hizmet etmek için bazı malvarlığı haklarının çok daha ötesindeki hakları korumak adına TCK m.145 ve 147 benzeri düzenlemeler yapabilmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu m. 248a, Değeri az olan malda hırsızlık suç tipini düzenlemektedir.

Bilindiği gibi; hırsızlık suçunun temel şeklinin işlenilmesi, failde başkasına ait olduğunu bildiği malın bulunduğu yerden alınması ile sonuçlanıyorsa işlenmiş kabul edilebilir ve suçun tamamlanması için mutlaka “yarar sağlama” maksadı olması gerekir. Peki bir kişinin karnını doyurabilmesi için, susuz kaldığı için, soğuktan korunabilmesi için malı aldığı durumlarda hırsızlık suçunun basit şekli de oluşmuş sayılabilir mi? Söz konusu “yarar”dan kastedilen nedir? Bu sorunun cevabı bize değer azlığı ile ağır ve acil ihtiyaç kavramlarını da doğal olarak tanımlamamıza yol açacaktır.

Yoksulluk, eğer bu denli kişiyi çaresiz bırakmış ise yarar sağlamak maksadı ile eylemini gerçekleştiren kişi ile kıyaslandığında elbette yaptırımın farklı olması gerekmektedir. Uygulamada 765 sayılı kanundan kaynaklanan – kanaatimizce- hatalı bazı hususlar vardır. Tebliğimizde hem bu kavramlara değinmek, hem de bunlara dair görüşümüzü aktarmak istemekteyiz.

TCK m.145/1 “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” ve TCK m.147/1 “ Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” düzenlemeleri; kanun koyucunun kişinin yoksul olması sebebiyle

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

içerisinde bulunduğu çaresizlik sonucunda gerçekleştirdiği eylemlere ceza indirimi uyguladığı veya ceza vermeyi uygun bulmadığı *yeni* bir suç politikasının ürünleridir .

Ekonomik bakımdan “son derece değersiz” olan bir malın, hırsızlık suçunun konusu olması durumunda; “*adalet duygularını sarsan*” uygulamaların önüne geçilmesi için TCK m.145/1’in yerinde bir düzenleme olduğu da doktrinde savunulmaktadır.

765 sayılı kanunun 3756 sayılı kanunla değiştirilmiş 494. Maddesi uyarınca zorunluluk haline ulaşmayan ağır ve acil ihtiyacı karşılamak için bir malın alınması düzenlenmişti. Yeni kanun ile arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. ETCK m.494/3 suçun yaptırımını bakımından belirli bir hapis cezası öngördüğü halde, YTCK m.147 bakımından hakimnin takdiri bulunmaktadır . açık olarak ihtiyacın zorunluluk haline ulaşmaması gerektiği TCK m.147’de madde metninde yer almamakta ve ceza indiriminde bir oran belirtilmeden ve ayrıca cezasızlık durumuna da hükmedilebileceği ETCK’nın aksine maddede yer almaktadır.

765 sayılı kanunun 522.maddesinde ise malvarlığına karşı suçlar açısından ortak bir hüküm olarak düzenlenmişti. Bu maddeye göre eğer malın değeri “*pek fahiş*” ise bu daha ağır cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmişti. Ancak suç konusu malın değeri yahut verilen zarar “*hafif*” veya “*pek hafif*” ise daha az cezayı gerektiren bir haldi.

765 sayılı ETCK 522. Maddesindeki “*pek hafif değer*” in kısmen değişiklik içeren hali olduğu da doktrinde savunulsa da; özellikle de Yargıtay yeni bir düzenleme olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce ne kadar benzerlikler taşısa da, TCK m. 145 gerek düzenlenişi gerekse uygulama kapsamı bakımından birtakım farklılıklar arz etmektedir . TCK m.145’e benzer şekilde, 522. Madde bakımından da değer azlığına dair yorum yapılırken suçun işlendiği zamana göre değer tespit edilmekteydi .

Yoksulluk ve suç arasındaki pozitif bağlantı uzun yıllar savunulmuştur. Ancak eski tarihli bir çalışmada ekonomik durumları yüksek olan kişiler arasında da hırsızlık suçunun işlenme oranlarının yüksek olduğu vurgulanmıştır. Kriminolojinin yoksulluk ve suç ilişkisine yaklaşımı bakımından çeşitli çalışmalar göstermektedir ki; bu konuda net bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Çünkü ekonomisi gelişmiş ülkelerde de benzer suç oranları mevcuttur. Yoksulluk krizleri doğurur ve bunun suça etkisi vardır.Ancak bu mutlak değildir . Kaldı ki; suçu tek bir sebebe bağlı kılmak hatalı bir yaklaşım olacaktır

Hırsızlık suçunda korunan hukuksal değer, malvarlığı haklarıdır. TCK m.145 ve 147 gibi düzenlemeler esasında suç tipi ile korunan hukuksal değeri çok da zedelediği de görülmektedir. Ayrıca mağdurlar veya suçtan zarar gören kişiler nezdinde de; malın değerinin az olduğu durumlarda eylem hakkında çoğu zaman yasal makamlar haberdar dahi olmamakta veya tersi değerlendirilecek olursa değer çok az olduğu durumlarda yasal takibe dahi alınmadan siyah sayı olarak kalmaktaydı.

Özellikle hırsızlık suçunun şikayete tabi olmaması durumunda, mağdurun şikayetine de başvurulamıyor olması ve özellikle de mağdurun malın alınmasına eylemin gerçekleştirilmesinden sonra icazetini açıklamasının da suça etkisi bulunmadığından değer az olduğu durumlarda, özgürlüğü bağlayıcı cezaların uygulanması suçluların topluma

kazandırılmasına da hizmet edememekte; ve hatta değeri az bir mal çalan kişinin hapisanede geçireceği sürede adeta bir suç okulundan mezun olur gibi olumsuz etkilenecek, bunu meslek haline getirebilmesi, gereksiz yere cezaevlerinin dolması gibi etkilerin de önüne geçebilmek için bu durumlarda ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği şeklinde düzenlemeler hem toplumsal hem de bireysel önleme amacına olumsuz etkide bulunmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan yoksulluk ve suç ilişkisinin bağlantısının olduğuna yönelik katı inanışlar da; hakimın takdir yetkisi bakımından baskılayıcı olmamalıdır. Yağma suçunda değer azlığı bakımından TCK m. 150/2'nin ilk düzenlemesinde yer aldığı gibi mutlak olarak değer azlığı kavramı bakımından ceza indirimi yahut ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi için hakim zorlanmamalıdır. Çünkü *"nedenleri bakımından her suçun ayrı ayrı incelenmesi gerekir"*. Hakim takdirini kullanırken, her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapacak ve eğer şartları mevcut ise ceza verilmesine yer olmadığı kararını gerekçeli verecektir.

Failin, mutlaka yarar sağlamak maksadıyla eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Hırsızlık Suçunda, failin zilyedin rızasının olmadığını bilmesi nasıl tipikliğe dair bir unsur ise; yarar sağlama maksadı da tipikliğe dahil başka bir unsurdur.

Doktrinde bir görüşe göre; yarar sağlamak maksadı ister kendisine ister 3. kişiye yönelik olsun, malvarlığında bir artış sağlaması gerekmez. Başka bir görüşe göre ise malvarlığında artış aranmalıdır. Kanaatimizce de; failin, malı alarak ulaşmayı hedeflediği her türlü olumluluk malvarlığı kapsamında değerlendirilmektedir. Hırsızlık suçunun işlenmesinde elde edilen bazı **manevi yararlar** da vardır. Bunlar yaşanan heyecan, *"boş zamanlarında kendisinin efendisi olduğunu"* hissetme ve çalışmamaktan kaynaklanan haz vb olarak örneklenebilir. Örneğin "şaka" yapmak amacıyla bir malın alınması hırsızlık suçu bakımından yarar olarak değerlendirilemez. **Kullanma hırsızlığında** ise; doktrinde suçun temel şeklinin oluşmadığını belirten görüşe katılmamakla birlikte, daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak ele alınan bu durumda kanaatimizce geçici de olsa elde edilen bir yarar mevcuttur. Bu durumda malın tamamının değil, sadece kullanılan yakıtın vb fail tarafından verilen zarara göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, malın kullanımından kaynaklanan zorunlu zararların bu kapsamda ele alınamayacağını, sadece kullanılan malın değeri bakımından tespit yapılması gerektiğini savunanlar da vardır.

Fail malı çalmasından sonra, yerine malın bedelini yahut başkaca bir malı bırakması doktrinde bir görüşe göre maldan yararlanma amacını ortadan kaldırmadığı için, hırsızlık suçunun devam etmektedir. Malın bedelini yahut yerine başkaca bir mal bırakan kişinin kastını otomatik olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki; kişi eğer illa o mala sahip olmak için illa çalınan maldan fayda sağlamak uygun bir bedel bırakmış ise bu durumda malın değeri bakımından da değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin kişinin daha değerli bir malı alıp, yerine değersiz bir mal bırakması durumunda yarar sağlama maksadı devam etmektedir. Cezanın bireyselleştirilmesi sürecinde etkili olacak olan bu durumda, TCK m. 168/4 uyarınca kısmen geri verme olarak kabul edilebilecek bu duruma göre, eğer mağdurun rızası varsa etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

Öte yandan, malın değerinin oldukça az olduğu durumlarda bedel de bırakılmış ise teamüle göre bu eylemlerin gerçekleştirilmesinde zımnı rıza söz konusu ise artık tipiklik ortadan kalkacağından suç oluşmayacaktır. Örneğin kırsal kesimde bahçeden tarım ürünü toplandıktan sonra, bedelin bırakılması durumlarına örtülü bir rıza gösterilmiş sayılmaktadır. Bazı turistik bölgelerde geceleri evlerine giden satıcıların olmadığı durumlarda da bedelin belirtilip, malın değerinin bırakılması durumlarına rastlanılmaktadır. Ya da mağdurun bahçesindeki ağaçlardan meyve kopartılmasına daha önceden herhangi bir itirazı olmadığı için birkaç meyveyi almış olabilir. Elbette toplumdaki teamüller, suç oluşmasını ortadan kaldırmamaktadır ancak Hırsızlık suçunda rıza, tipikliği kaldıran bir etkiye sahip olduğundan, örneklediğimiz durumlarda da zımnı rıza söz konusu olacağı için suçun olmadığı kabul edilir.

Bir malın değerinin tespiti, TCK m.145/1 'in uygulanabilme ihtimalini etkilediğinden, söz konusu değer nasıl saptanacağı önem taşımaktadır. Bir malın değerinin azlığı, hakim tarafından objektif açıdan ortalama bir vatandaşa göre belirlenerek saptanması gerekir . Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında bu *"iktisadi genel ölçüler"* olarak belirlenmiştir. Yani *"filin suç tarihinde meydana getirdiği zararın ekonomik koşullara ve paranın satın alma gücüne göre"* bir belirleme yapılmalıdır. Ne mağdurun ne de failin ekonomik durumu göz önüne alınmadan , sadece ülkenin genelindeki *"ekonomik durum"* ve *"paranın yıllara göre değişen ve azalan satın alma gücü, orta gelirli sayılan insanların düzeyi göz önünde bulundurularak"* ancak objektif bir değerlendirme sonucunda malın değeri saptanabilir.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde yıllık değer ölçüleri belirlemekten , TCK'daki düzenleme ile aşamalı bir şekilde değer tespiti bakış açısından uzaklaşmıştır.

Gereksinimi olan *"örneğin birkaç meyve veya ekmek, yiyecek; bir iki defter, kalem; sigara, bira ve benzeri"* şeyi alması durumunda eğer somut olayın şartları mevcut ise değer azlığı kavramını uygulayabilecektir . Değerin ceza indirimini yahut ceza vermemeyi *"haklı kılacak"* ölçüde olması gerekmektedir. Değerin tespitinde, failin elde ettiği yararların toplamı değil malın değeri baz alınacaktır.

Failin, çaldığı malın değerinin az olduğuna dair kastı olması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında, benzer gerekçelerle pantolonunun altına giydiği eşyadan daha fazlasını dışarı çıkarmak mümkün olmadığı için TCK m.145'in uygulanmamasına karar vermiştir. Ayrıca failin kastının *"ne bulursa almaya yönelik"* olması durumunda doktrinde TCK m.145'in uygulanamayacağı da savunulmakta, failin değeri az olan malı almaya yönelik kastı olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Genellikle uygulamada da, bilirkşi marifetiyle malın değeri saptanmaktadır. Ancak her durumda malın değeri; içtihadı bir uygulama getirilerek değil, hakimin takdirine göre belirlenecektir.

Yüksek Mahkeme'nin 1964 tarihli bir kararına göre *"kesilen 4 dut ağacının"* bedeli , yeni bir kararında *"bir kola içip bir sütlaç yeme"* değer azlığı kapsamında değerlendirmiştir.

Madde metninden hareketle söz konusu şartlar bakımından için sadece alınan malın değerinin az olmasının saptanabilmesi hakimın cezada indirim takdir edebilmesi için yeterli olduğu kanaatindeyiz. Oysa ki; malın değerinin azlığı bakımından, Yüksek mahkeme tarafından önerilen daha fazlasını alabilme imkanı varken, ihtiyacı olanı kadar alabilmesi kriteri birçok içtihadı da yansıtmıştır. Bu kriter kanunda yer almayan yorumla ulaşılmış bir kriter olup, madde metninde yer almamaktadır. Somut olayda malın değerinin az olduğu saptandığı hallerde, bu dikkate alınmayarak kanunda yer almayan bir kriterin var olmaması sebebiyle verilen Yüksek Mahkeme kararlarına katılmadığımızı belirtiyoruz.

Şüpheli olan durumlarda ise lehe olarak malın değeri az olarak kabul edilmelidir. Malın değeri bakımından değerlendirme, suçun işlendiği zaman dikkate alınarak yapılmalıdır. Hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra suç konusu malın değerindeki artma ya da azalmanın suça etkisi bulunmamaktadır.

Hakim değerin azlığı durumunda, gerekçeli olmak kaydıyla takdir ederse cezada indirim yapabileceği gibi hiç ceza vermeyecektir. Ancak hakim, faile ceza da verebilir. Verilen kararın suçun oluşumu ile bir ilgisi yoktur. Hırsızlık suçu oluşmuştur ancak yaptırım bakımından hakim takdirde bulunmaktadır.

Ağır ve acil bir ihtiyaç kavramına ilişkin değerlendirmelerimize gelecek olursak; ağır ve acil bir ihtiyaç, failin içerisinde bulunduğu “*derhal karşılanması gereken*” gereksinimidir. Eğer bu ihtiyaçlar giderilemez ise, kişide ciddi bir zararın meydana gelebilecek olması durumu da ağır ve acil ihtiyaç kapsamındadır.

Ağır ve acil ihtiyaç, “*ağır ve muhakkak bir tehlikeden doğmamış*” olmalıdır. Aksi halde genel hükümlerde yer alan zorunluluk hali kapsamında değerlendirilir. Failin mutlaka malı bu ihtiyacını karşılamak için suçu işlemesi gerekir. Failin içerisinde bulunduğu ağır ve acil ihtiyaç durumunda, sadece kendisine gerekli olanı almalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gereken TCK m. 147’nin ayrıca başka bir maddede düzenlenmesi eleştirilmektedir. Esasında maddede ağır ve acil bir ihtiyacın giderilmesinden bahsedilmiştir. Zorunluluk haline dair bir gönderme bulunmamaktadır.

Eğer failin içerisinde bulunduğu durum, 25/2 seviyesinde bir aciliyet içermekte ise bu durumda artık 147 değil, 25/2 uygulanması gerekmektedir. Yani bu ağır ve acil ihtiyacın TCK m. 25/2’deki kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali boyutuna ulaşmayan ağır ve acil ihtiyaç olması gerekmektedir. Özel bir zorunluluk hali olarak nitelendirilebilen. TCK m. 147, ETCK 494/3 karşılığı olduğu ve ETCK ‘ya göre daha lehe bir düzenleme olduğu doktrinde belirtilmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, TCK m. 147 olmasaydı da TCK m.25/2 uyarınca zorunluluk halinin koşullarının benzeri durumlarda uygulanabileceği görüşüne de katılmadığımızı yeri gelmişken belirtmek isteriz. Çünkü ağır ve acil ihtiyaç, zorunluluk hali şartlarını taşımadığı durumlarda bu maddenin uygulanabilmesine imkan olmayacaktı ve bu ciddi bir eksiklik

teşkil edebilecekti. Bu nedenle yeni düzenleme hem kabul edilen suç politikası hem de hakime yol gösterici olması bakımından yerindedir.

TCK m.147 doktrinde “*kanun yapma tekniği*” bakımından ve her suç için ayrı ayrı zorunluluk hali düzenlemesi yapılması gerektiğine dair hatalı bir algıya neden olabileceği gerekçeleriyle de eleştirilmektedir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü zorunluluk hali madde başlığında ele alınmıştır. Ne madde metninde ne de gerekçede zorunluluk haline gönderme yapılmamaktadır. Kanaatimizce burada yanlısamalara sebep olan madde başlığıdır. Bu konuda önerimiz, madde başlığının “*ağır ve acil ihtiyaç durumu*” olarak değiştirilmesidir. Bu değişiklik ile anlam kargaşası da giderilmiş olacaktır.

Somut olayda ağır ve acil ihtiyacın gerçekten olup olmadığını takdir hakkı hakime verilmiştir. Mukayeseli hukukta ise, örneğin Avusturya CK m.141’deki düzenleme kapsamında ise, bu ihtiyaç hali sadece açlık olarak değerlendirilmemektedir. İnsan onuru bakımından gereken eğer bir aracın alınması ise dahi, kişinin buna sahip olması gereken bir durum söz konusu ise bu ağır ve acil bir ihtiyaç olarak değerlendirilmektedir.

Failin sadece kendisi için değil, bir başkasının hatta bir hayvanın ihtiyacını karşılamak için de malı alabilmesi maddenin düzenleniş şekli bakımından mümkündür. Örneğin kedisi aç olduğu için, onu beslemek adına kedi maması çalan faile bu madde uygulanabilecektir. Maddenin uygulanabilmesi için önemli olan, ihtiyacın hemen yahut olabilecek en makul sürede giderilmediğinde önemli riskler yaratacak olmasıdır.

Kanaatimizce kişinin ihtiyaç içerisinde bulunduğu durumda örneğin bir hastalığın varlığında iyileşebilmesi için birkaç kasa meyve alması gerekiyorsa bu da ağır ve acil ihtiyaç olarak değerlendirilebilir. Bu durumda ceza indirimi de uygulanabilir. Somut olayı değerlendirecek olan hakimdir.

Esasında doktrinde pek de tartışılmayan ancak Yargıtay tarafından genellikle kabul edilmeyen bir durum da, ağır ve acil ihtiyacın mütemadi şekilde olup olamayacağıdır. Bir kimsenin ihtiyacının uzun bir süre giderilemeyecek olması durumları da söz konusu olabilir. Fail içerisinde bulunduğu riskli durumdan kurtulabilmek adına bu şekilde hareket etmiş de olabilir. Örneğin kişinin su ihtiyacını karşılamak için mütemadi bir şekilde kaçak olarak su kullanması da insanın onurlu bir yaşam sürebilmesi için gereklilik olduğu açık olduğu halde, benzer örneklerde TCK m.147 uygulanmamıştır. Oysa ki, madde hakime TCK m.145/1’den daha geniş bir takdir marjı sunmaktadır. Bu ani olarak örneğin bir ekmeğin çalınması olarak da işlenebileceği gibi, fiyatı oldukça yüksek bir kanser ilacı olarak da işlenebileceği konusunda doktrin ve uygulamada hem fikirdir. Ancak uzun süreli kullanımlar söz konusu olduğunda bunun da ağır ve acil bir ihtiyaç olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Kanaatimizce ihtiyaç kriterleri güncel objektif ülke durumu ve ortalama insanın ihtiyacı ele alınarak değerlendirilmelidir. Her gün teknoloji geliştikçe, insanın yaşam kalitesi değişmektedir. Objektif değerlendirme yapılırken, o zamanın güncel şartları düşük gelirli bir vatandaşa göre değil, ortalamaya göre değerlendirilmelidir.

Öte yandan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceği durumlarda, hakim daha fazlasını alma imkanı varken daha azını alan failin durumunu burada ele alabilir. Çünkü suçun işleniş biçimini ve özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapılması madde metninde düzenlenmiştir.

Her iki madde bakımından karşılaştırmalı olarak dikkate alacak olursak; TCK m. 147 bakımından alınan malın değerinin bir önemi yoktur. Çünkü temel amaç ağır ve acil bir şeye olan gerekliliğin sonlandırılmasıdır. Oysa ki, TCK m. 145/1 'in uygulanabilmesi için alınan malın değerinin az olması gerekir. Hakimin vereceği kararın haklı kılacak kadar değersiz bir mal alınmış olmalıdır.

Ayrıca vurgulamamız gereken başka bir husus da, madde metnlerinde uygulanacak indirim oranının belirtilmediğine ilişkindir. Eğer hakim indirim yapacak ise, TCK m. 61 uyarınca cezayı tayin edecek akabinde de indirimde bulunacaktır. Doktrinde indirim oranının madde metninde belirtilmemiş olması, TCK m.61/9 uyarınca kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. İndirim oranı belirli olmadığından, verilecek hapis cezasına ilişkin TCK m.49 hükmü uyarınca en az 1 ay olabilecektir.

Bir kimsenin yarar sağlamak maksadıyla kişinin rızasına aykırı bir malı alması hırsızlık suçudur. Değerin azlığı hırsızlık suçunun oluşumunu engellemez. Rızasız alma eylemi hukuka aykırıdır. Ancak hukuka aykırı eylemin haksızlık içeriği az veya çok olabilir. Malın değerinin az olduğu durumlarda ya da ağır ve acil bir ihtiyacı gidermek adına gerçekleştirilen eylemin haksızlık içeriğinin az olduğundan bahsedilebilir. TCK m.3/1 'de yer alan "işlenen fiil ile orantılı yaptırım uygulaması" anlayışı, TCK 145. ve 147. maddelerine yansıtılmıştır.

Eylemin haksızlığı devam etmektedir, ancak malın değeri sebebiyle veya ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak zorunluluğunda olduğu için mazur görülür. Fail, kınanabilecek; eylem de hukuka aykırı kabul edilecektir. Fakat mazur görüleceğinden, bu sebeple de cezada indirim yapılır veyahut hiç ceza verilmez.

Yoksulluk sebebiyle, içerisinde bulunduğu durum ölçüsünde; esasında "fırsat" a dönüştürebileceği durumdan kaçınan fail, kanun koyucu eyleminin daha az haksızlık içermesi sebebiyle bir anlamda ödüllendirmektedir. Bu sebeplerle kanaatimizce; hem 145 hem de 147 birer mazeret sebebi teşkil eder.

İrdelenmesi gereken başka bir konu da; bu gibi düzenlemelerin malvarlığı haklarını zedeleyip zedelediğine ilişkindir. Bir kimsenin malının rızası dışında alınması özel kişiler tarafından mülkiyet hakkına yapılan bir saldırı teşkil eder ve bunun devlet tarafından korunması gerekir. Fakat TCK m. 145 ve 147'de yer alan bu gibi düzenlemeler esasında devletin sınırlandırabileceği alanda yer almaktadır. Zilyetlik ya da mülkiyet hakkı, kanun koyucu tarafından sınırlandırılabilir. Özellikle ağır ve acil bir ihtiyaç içerisinde bulunan kişinin yararı, bir mala zilyet olmadan daha üstün bir haktır. Kanaatimize göre kamulaştırma, seferberlik, olağanüstü hale ilişkin maddelerdeki düzenlemeler göstermektedir ki, malvarlığı hakları, mutlak dokunulmaz değildir. Hırsızlık suçu bakımından da kanun koyucu, insanın çaresizlik içerisinde gerçekleştirdiği bu rızasız alma eğilimlerini suç olmaktan çıkartmadan mazur görmektedir.

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından değerlendirme yapmamız gerekirse; İştiraken işlenen suçlarda malın değeri, kişilere düşen hisselerin ayrı ayrı her bir faile düşen bakımından değil, malın toplam değeri bakımından hesaplanmalıdır.

Teşebbüs durumunda ise, eğer malın değeri belirlenebiliyorsa TCK m. 145/1 uygulanabilir. Malın değerinin az olmasının suçun tamamlanmasına etkisi bulunmamaktadır

Yüksek mahkemenin konuya dair bakış açısı yıllar içerisinde değişmiştir. ETCK dönemindeki uygulamalarda 1980li yıllara dek, evden ne alacağı belli olmayan faile ceza indirimini uygulanmazken ; zamanla failin almak istediği malın ölçüsü ve değeri belirlenemediği durumlarda “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” uyarınca ETCK m.522 uygulanmaya başlamıştır . Son dönemlerde verilen bir kararda ise; teşebbüs aşamasında kalmış TCK m.145’in uygulanamayacağına karar vermiştir. Kanun maddesinin açıkça tamamlanmış suçlar bakımından uygulanabileceğine dair sınırlandırıcı bir düzenleme bulunmadığından, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından da değer azlığı uygulanabilir.

Eğer eylem teşebbüs aşamasında kalmış ise, failin daha fazlasını almaya yönelik kastına dair ortada bir delil yoksa; bu durumda şüpheden sanık yararlanmalıdır.

Zincirleme suç teşkil eden durumlarda da, her olay birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Malın değerinin saptanması konusunda da, malların toplam değeri değil her durumda malın değeri ayrı ayrı ele alınmalıdır . Çünkü zincirleme suç bakımından her bir suç birbirinden bağımsız değerini korumaktadır.

Failin geçmiş yaşantısına yönelik olarak, ETCK döneminde failin kastını belirleme açısından kullanılmış olsa dahi; YTCK bakımından mükerrerlik sadece infaz bakımından değerlendirilebileceğini yeri gelmişken belirtmek istiyoruz.

Fail, malın değeri konusunda yanıltmış olabilir. Eğer fail, değerli bir malın değerinin az olduğunu düşünerek hareket etmiş ise, TCK m.30/2 uyarınca fail hatasından yararlanacaktır.

Hakimin takdir yetkisi bakımından da uygulamada göze çarpan bazı sorunlar vardır. TCK m.147 bakımından da Yargıtay bir kararında, failin aç olduğunu savunmasına rağmen ağır ve acil ihtiyacın bulunmadığına karar vermiştir . Kanaatimizce somut olayda, hakimin takdirine hizmet eden bir 145 yahut 147 savunmasının bulunması durumunda – somut olayın özellikleri de buna imkan tanıyor ise- , failin lehine yorum yapılması mantıklıdır.

Ne yazık ki; Yargıtay’ımız kanunda yer almayan yerleşik içtihadını hem TCK m.145/1 hem de 150/2 bakımından malın değerinin az olmaması sebebiyle indirime gitmeyerek, farklı bir kriteri dikkate alarak oluşturmuştur. Değer azlığı bakımından “daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca ihtiyacı kadar ve değer olarak da az olan malın tercih edilmesi” olarak yorumlanarak içtihat geliştirilmesi, kanaatimizce kanunilik ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir . Bu gibi uygulamalar maddenin uygulanma alanını daraltabileceği gibi, çeşitli hukuka aykırılıklar da gündeme getirebileceğinden kanunun lafzına yönelik değerlendirilen yeni bir içtihadın geliştirilmesini ümit etmekteyiz.

Hakim, takdir yetkisini kullanırken, hukuka uygun hareket etmemiş ise ortada bir adli hata varlığını koruyacaktır. Hakimin takdir yetkisi açısından, doktrinde aksi görüşlerin bulunmasına rağmen, kanun yararına bozma kurumunun uygulanması bakımından, engel teşkil etmediği kanaatindeyiz. Benzer hususlar istinaf ve temyiz denetimi için de geçerlidir.

TCK 145 ve 147 gibi düzenlemelerin TCK bünyesinde de bulunması oldukça olumludur. Kamuoyuna da yansımış bir davadan örnek verirse, bir adet baklava çalan kişilere verilen cezaların, nitelikli hırsızlık benzeri olması sanıkların yeniden topluma kazandırılması amaçlarına da aykırılık teşkil edebilecektir.

Hırsızlık suçunda “değer azlığı” kavramı ve zorunluluk haline ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeler; kanun koyucunun yoksulluk ile suç arasındaki bağlantısını dikkatlice ele aldığını göstermektedir. Kanun koyucu tarafından tercih edilen suç politikası bu yeni düzenlemeler ile, gündelik yaşama uygun bir bakış açısı sunarak, cezanın amacı bakımından da güncel eğilimleri göz önünde bulundurmıştır. Son olarak, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eden hatalı uygulamalardan uzaklaşıp; maddelerin düzenleniş amacına uygun bir içtihatların gelişeceğini ümit ettiğimizi yineliyoruz.

Çocuk Edebiyatı Metinlerindeki Yoksulluk ve Yoksunluk Kavramlarına İç İçelik ya da Karşıtlık Üzerinden Yeniden Bir Bakış

Doç. Dr. Necdet Neydim*

Çocuk kavramına dönük yaklaşımlar

Tarihsel süreçte çocuk kavramı, toplumsal gelişmelere koşut olarak değişmiş ve her yeni dönem ve gelişmelerde buna dönük tanımlar bir önceki döneme göre farklılıklar göstermiştir. Kimi zaman çocuğun yararına değişen bu tanımlar kimi zamanda onu hiçleyen bir sürece doğru evrilmiştir.

Feodal kültür çocuğu tanımlarken salt biyolojik gerçeklikten yola çıkar ve çocuk feodaliteye göre 0-7 yaş arasındaki insan yavrusudur ve bu dönemde beslenmeye, korunmaya ihtiyaç duyar. Yedi yaşla birlikte kendini ifade eden, üretim ilişkilerine bedensel gerçekliğine göre katılan bir varlık ortaya çıkara ve bu varlık kendini ifade edebildiği gibi söyleneni de anlar. İşte bu gerçeklik onu yetişkinler dünyasına girmesine kapı açar ve çocukluk sona erer.

Ortaçağ çocukluğun en zorlu dönemidir. Varlığı bir yük olarak algılanan ve çabucak kurtulunmak istenen çocuk, iğrenç ve aşağılık bir varlık olarak tanımlanır. Dönemin çoğu düşünürü çocuğu ve çocukluğu aşağılamış ve bu dönemin insan yaşamının en iğrenç hali olduğunu vurgulamışlardır.

16. ve 17 yüzyıllarda çocuk, bu anlayıştan yola çıkarak yokluk ve yoksulluk içinde yaşamış ve daha önemlisi yaşamın doğal akışına bırakılıp doğal seleksiyon yolu seçilmiştir.

18.yüzyıl bu süreci farklılaştırır. Keşifler, sömürge döneminin başlaması, aydınlanma, bütün bunların sonucu olarak ortaya çıkan sanayileşme ve kentleşme ve tüm bunların bileşkesi sayılacak olan ulus devletlerin ortaya çıkışı çocuğa bakışı da değiştirir ve çocukluk kavramı yeniden tanımlanır.

Modernite çocukluğu 0-14 yaş aralığına çıkarır ama yedi yaştan sonra ona başka bir dünya gösterir. Bu okuldur. Çocuk artık eğitim sürecinden geçecek ve istenen toplumsal figür olacaktır.

* İ.Ü. Edebiyat Fak. Çeviribilim Böl. Almanca Müütercim Tercümanlık AD

İşte bu dönemin ardından yaşanan süreçte çocukla ilgili iki temel yaklaşım çıkar karşımıza: Özneleştirici yaklaşım, nesneleştirici yaklaşım. Bu iki yaklaşım kendi içindeki çatışmasını son elli yılda daha keskin bir biçimde yaşamaktadır.

Nesneleştirici yaklaşımla başlarsak bu yaklaşım çocuk üzerinde egemenlik hakkı olduğunu iddia eden tüm güçlerin onu istediği gibi biçimlendirebileceğini iddia eder. Çünkü çocuk onundur ve üzerinde sonsuz hakkı vardır.

Özneleştirici yaklaşım ise II. Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan eşitlikçi yaklaşımdır ve çıkış noktasını Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinden alır. Bu Sözleşme çocuğu bir özne olarak ele almış ve onu hakları olan bir varlık olarak tanımladığı gibi onun çocukluk dönemini 0-18 yaş arası olarak belirlemiş ve ona daha geniş bir çocukluk yaşama hakkı sunmuştur.

Çocuk edebiyatının Türkiye’deki alımlanması

Türkiye’deki çocuk edebiyatı genel olarak bakıldığında yukarıda vurguladığımız anlayışları oluşum sürecinden başlayarak yaşamıştır. Bu süreç, çocuğa bakışı nesneleştirici olan anlayışla- ki bu süreç Batı’daki gelişimle çok fazla farklılık göstermez- özellikle 70 li yıllardan sonra ortaya çıkan özneleştirici anlayış çatışmalarını ortaya koymuştur.

Yoksulluk ve yoksunluk üzerine. Edebiyatta yoksulluk nasıl yansır?

TDK sözlüğü yoksulluğu şöyle açıklıyor: Yoksul olma durumu, yoksuzluk, variyetsizlik, sefillik, sefalet, fakirlik. Ayrıca bir başka bağlamda verimsizlik, yetersizlik olarak açıklık getiriyor. Yoksunluk ise aynı sözlükte mahrumluk, mahrumiyet olarak açıklanıyor. Aslına bakarsanız yoksunluk Türkçe, mahrumiyet ise Arapça. Bir sözcüğün açıklaması başka bir dildeki karşılığı ile açıklanmaya çalışılıyor.

Yoksulluk gereksinmesi duyulan bir şeyin azlığı, yetersizliği, eksikliği olarak tanımlanabilir. Yok değil, azdır, yetersizdir. Yaşamı sürdürürsünüz; ama o yaşamın kalitesi düşüktür, hatta yaşamı sürdürebilme olanağı gittikçe zorlaşır.

Yoksulluk mu yoksunluğu; yoksunluk mu yoksulluğu doğurur?

İç içelik bağlamında incelediğimizde tam bir bağlantı ortaya çıkarma zordur. Yoksulluğun yoksunluğu doğurması her zaman geçerli olmaz. Yoksul durumun çok şeyi eksik olabilir ama yoksunluk hali insanı hayata bağlayan şeylerden bütünüyle uzak, mahrum olma durumudur. Bu durumda yoksulun yoksunluğu olmayabilir; ancak bu süreç bazı şeyleri tetikleyerek yoksunluğun ortaya çıkmasına neden olabilir. Yine de bunu kurallaştırmamız mümkün değildir.

Yoksunluğun yoksulluğu doğurmasına gelince, yoksulluk kimi zaman yoksunluğu doğurur desek de yoksunluğun yoksulluğu doğurabileceğini söylemek zordur. Varsıl(zengin) bir hayat yaşayan kişinin yoksun olduğu çok şey vardır. Bu özgürlük (gerçek anlamda) olabilir, sevgi olabilir, içtenliğinden emin olunan saygı olabilir.

Bu durumda yoksulluk her zaman yoksunluk içermeyebilir ama varsıllığın yoksunluğu kendi içinde saklaması çoğunlukla doğal sayılan bir gerçektir.

Aynı kökten gelemelerine karşın yoksulluk ve yoksunluk kavramlarının iç içeliğinden yoğun olarak söz edemeyiz ama zıt kavramlar olan varsıl ve yoksulun karşıtlıklarından yola çıktığımızda bu karşıtlık yoksula uzak durabilen yoksun kavramının varsıla ne denli yakın olabileceği gerçeğini göz önüne serer.

Edebiyata bu kavramların nasıl yansıdığı üzerine

Çocuk edebiyatında yoksulluğu en çarpıcı ele yazar, günümüzde de hala tartışılan kimi zaman karşı çıkılan kimi zaman da çok önmeli bir yere konan Kemalettin Tuğcu'dur. Tuğcu Osmanlı'nın son dönemlerini de yaşamış ve Cumhuriyet Döneminde uzun yıllar yazmış (bilinen kitap sayısı 486) bir yazardır. Genel olarak değindiği konular, yokluk, yoksulluk, yetimlik, öksüzlük, terkedilmişlik üzerinedir. Bu nedenle karşı çıkıldır ama yazdığı metinlerin içeriğine baktığınızda gerçeklikle örtüşük yanları çok fazladır, çünkü dönemine tanıklık yapmıştır. Tuğcu yokluk ve yoksulluk içinde yaşayan çocuklardan söz ederken çoğunlukla onları onurlu, gururlu çocuklar olarak tanıtır. Köprü altı Çocukları olarak bilinen bu çocuklar, üstü başı, yırtık giysiler içinde olsalar dahi onlar sabun kokan tertemiz çocuklardır ve toplum dışı bırakılmaya çalışılsalar dahi özelliklerinde asla taviz vermezler. Onların en çok özledikleri sevgidir, dostluktur ve sıcak bir yuvadır. Öksüz, ya da yetim çocuklar yoksulluklarından daha çok yoksunlukların üzüntüsünü yaşarlar. Bu kimi zaman yoksun oldukları varlığa öfkeye de dönüşebilir. Tuğcu kitaplarının çoğunda baba'yı küçümseyici anlatırken anneyi kutsallayan bir anlatımı tercih etmiştir. Engelli olan Tuğcu aileyi terkedene babaya duyduğu öfkeyi kitaplarına yansıtırken yanında kalan ve onu sevgiyle sahip anneyi kutsallamıştır.

Osmanlı'nın çöküş dönemlerinde göçlerin yarattığı çaresizlik, açlık, yokluk ve yoksulluk en çok çocukları etkiler. Öyleki o dönemi anlatan romanlarda çocuklar hiçbir zaman romanların ana figürü olamamışlardır çünkü çok erken ölmüşlerdir. Buna en çarpıcı örneklerden biri de Reşat Nuri Güntekin'in Çalıkuşu romanıdır. Romanda ana kahraman Feride'nin evlet edindiği küçük kız çocuğu Munise o dönem ince hastalık denen veremden küçük yaşta ölür. Dönem salgın hastalıkların açlığın hüküm sürdüğü yıllardır ve toplum kendini yeniden yaratmakla meşguldür. Yokluk ve yoksulluk çok önemlidir ama bir şey çok daha önemlidir: Çocukların çoğu babalarından yoksundur, yuvalarından yoksundur ve bu yoksunluklarını gidermek için yeni bir yaşam kurmak sorumluluğu üstlenmişlerdir.

Çocuk edebiyatından başka örnekleri ele alacak olursak, Gülay Oktar, Harçlık isimli kitabında Alp ve Barış adlı iki arkadaşın söz eder. İki çocuk ceplerinde kalan tüm paraları uzatıp bakkaldan, çikolata, bisküvi ve gazoz almak isterler ama paraları onları almaya yetmez. İyi yürekli bakkal durumu fark etmiş ve çocukların ellerindeki para ile istediklerini almalarına izin vermiştir ama bu kez çocuklar kendi gerçeklerinin farkına varıp vazgeçmişlerdir, çünkü, aileleri onlara, hak etmedikleri şeyleri almamaları gerektiğini öğretmiştir.

Aysel Gürmen, *Dereden Tepeden Dereli Köyden* romanında savaş, yoksulluk, tanıdığın yabancılaşması, dayanışma ve dostluk kavramlarına değiniyor. Çocukluğun doğallığında yoksulluğun taşınabilir bir olay olmasına karşın yoksunluğun (aile bireylerinin yok olması, arkadaşlıkların yitirilmesi, oyun özgürlüğünün yok oluşu) taşınamazlığı üzerinde duruyor

Macar yazar Ferenc Molnar, *Pal Sokağı Çocukları*'nda büyük bir kentte yaşayan iki çocuk topluluğunun çatışmasını anlatır. Bir yanda, *Pal Sokağı*'nda yaşayan yoksul ailelerin çocukları, karşı yanda da *Kızıl Gömlekliler* diye anılan, daha seçkin ailelerin çocukları. *Pal Sokağı Çocukları*, odun deposu olarak kullanılan bir arsaya ele geçirmeye karar verirler. İşte her şey ondan sonra başlar. Bir yanda, ele geçirilmesi planlanan bir arsa, öte yandan düşman saldırısına karşı savunulacak bir yurt vardır. Bütün hazırlıklar, iki büyük ordunun savaş hazırlıkları gibidir. Savaşı *Pal Sokağı Çocukları* kazansa da asıl savaşı yitirirler, çünkü arsayı birileri almış ve oraya bina yapmaya karar vermiştir.

Peter Hartling, *Benjamin Anna'yı Seviyor*'da dördüncü sınıf öğrencisi Benjamin'den yola çıkarak yabancı, göçmen, yoksulluk, aşk, arkadaşlık konularına değiniyor.

Ders yılı başında sınıflarına yeni bir kız gelir. Adı Anna Mitschek'dir. Anna çiçekli entari giyen, saçlarını tek örgü yapan farklı bir kızdır. Benjamin ve arkadaşları, Anna'dan hoşlanmazlar ve ona yakınlık göstermezler. Zaman geçip Anna'yı tanıdıkça çocukların ona karşı olan düşünceleri değişir. Özellikle Benjamin'in. İlk olarak Anna'nın evinde buluşurlar. Anna'nın ailesi yoksul ve kalabalıktır. Babası işsizdir ve iş bulduğunda her şeyin düzeleceğine inanmaktadır. Okulda ise arkadaşları Benjamin'in Anna'ya olan aşkı ile ilgili şakalar yapmaya başlamışlardır. Okulun son günlerine doğru ise Anna'nın babası başka bir kentte iş bulur. İşte bu aşamada Benjamin için Anna'nın yokluğu ve sevdiğinin yoksunluğu ortaya çıkar.

Edith Nesbit, *Demiryolu Çocukları*'nda varlıklı bir ailenin çocukları olarak mutlu bir yaşam sürerken iflas nedeniyle daha küçük bir eve taşınmak zorunda kalan Roberta, Peter ve Phyllis, yeni evle birlikte yeni bir hayata da başlarlar. Evlerinin tren yoluna yakın olması, istasyonun onların yeni oyun alanı haline gelmesine yol açar. Peter'in keşfiyle çocuklar istasyondan kömür çalmaya başlarlar, ancak bunun bir oyun olduğunu düşünürler. Daha sonraları ise, en büyük oyuncakları seferlerine farklı isimler verdikleri trenler olacaktır. Bir şekilde babalarıyla iletişim kurmalarına yardımcı olacaklarını düşündükleri trendeki yolculara el sallarlar. Çarşafra kömürlerle yazdıkları mesajlar bu trendeki ihtiyar bir adamın dikkatini çeker ve aralarında alışılmışın dışında bir dostluk başlar.

İbrahim Örs, *Almanya Öyküsü*'nde Almanya'ya iş bulmak ve gelecek kurmak umuduyla yoğun göçlerin yaşandığı dönemi ve bu dönemde ailelerinden uzak kalan çocukların nasıl etkilendiğini anlatır. Anne babası Almanya'ya giden Kaya, kardeşi Gülfemle köyünde kalır. Ailenin bölünmüşlüğü, yoksulluk, Kaya'nın öğrenimini ve kardeşinin sağlığını etkiler. Bunun üzerine Kaya ve kardeşi Almanya'ya giderler. Bu kez de baba bunalıma girer ve ailesiyle olan iletişimini kaybeder. İçine doğulan kültürün yoksunluğu çocuğun yaşamına ne denli etki ederi anlatır kitap.

J. Mauro de Vasconcelos, Şeker Portakalı'nda yoksulluk içinde yaşayan Zeze'nin yaşamına tanık oluruz. Zeze kendisi için yara rlı bir iş yaparak okumayı öğrenir. Sen misin okumayı öğrenen, haydi okula. Zeze'nin macerası, büyük kentlerin yoksul mahallelerinde yaşayan milyonlarca çocuğun macerası gibi sürer. Zeze'nin macerası, Güneşi Uyandırılım ve Deli Fişek kitaplarında devam ediyor.

Gülsüm Cengiz, Ayşe'nin Günleri'nde, göç, yoksulluk, ötekileşme ve İbrahim Örs'te olduğu gibi yabancı ülkeye giden anne babanın ardından çekilen yoksunluğu anlatır. Yoksulluk içinde yaşarken başa çıkabildikleri sorunlarla artık baş edemez olmuş çocukluğun tanıklığı vardır metinde.

Masallar, yoksulluk ve yoksunluk

Masallar, yoksulluğu ve yoksunluğu en çok ele alan anonim anlatılardır. Masallardaki yoksulluk çoğu zaman bir terbiye etme unsuru olarak karşımıza çıkar. Tahammül, bekleme ve umut, sonunda ödüllendirme ile karşılır. Masallar aynı zamanda yoksunluğu da içerir. Yoksunluğun üstesinden gelebilenler ve ona direnebilenler kazanırlar. Burada direnme gücünü temsil eden iyiler, sabırsızlığı ve kurnazlığı kullananlar ise kötülerdir. Kötülerin kısa vadeli kazançları sonunda iyilerin keskin zaferiyle bite ve iyiyle özdeşleşen okur zafer tadını çıkarırken kötüyle özdeşleşen okur ise onun cezalandırılması ile katarsis (arınma) yaşar.

Toplumlar kimi zaman kendilerini rahatlatmak için farklı masallar üretmiştir. Bunlardan en ilginç Keloğlan figürüdür. Babası ölmüş olan Keloğlan annesiyle birlikte yoksulluk içinde yaşar. Anne evin tek erkeği olan oğlunu üzmemek ve yitirmemek için onu çok şımartmıştır. Tembelin teki olan Keloğlan yoksulluğa rağmen çalışmaktan kaçınır. Anne son ana kadar tahammül gösterir ve sorunları aşmaya çalışır ancak tüm gücünü yitirdiğinde herkesin doğal olarak anımsayacağı bir söz söyler "Kel oğlum keleş oğlum, hayatı beleş oğlum; evde ekmek kalmadı git biraz çalış oğlum!"

Keloğlan bunun üzerine yola koyulur ama onun derdi çalışarak kazanmak değildir. Annesinin söylediği bir sözcük onun yaşamını belirlerler: "Beleşçilik". O da bunu kurnazlığı ile başarır ve her seferinde başarı kazanır; öyle ki sonunda Padişahın kızını alır vezir olur. Tüm bu süreci belirleyen Keloğlan'ın baba yoksunluğudur, çünkü baba otoritesinin yokluğu onun bu figürü edinmesinde en önemli etkidir. Sonuç olatak yoksunluk yoksulluğun aşılmasında bir araç olur ve varsılık süreci başlar.

Külkedisi alttakiler ve üsttekiler ayrımını ortaya koyar. Üstte zenginliği yaşayan üvey anne ve üç üvey kız kardeş, alta ise sönmekte olan ocağın başında yokluk ve yoksulluk içinde Külkedisi. Külkedisinin yoksunluğu nerede olduğu bilinmeyen babası ve bir süre önce ölen annesidir. Ama bahçedeki fındık ağacı onun tüm bu yoksunlukları aşmak için arada yanına gidip konuştuğu ve bir süre sonra hayatının akışını değiştirecek büyülü ağaçtır. Onu sevgiyle saran bir varlıktır.

Üvey anne ve kız kardeşlerin her şeyi vardır ama doyumsuzdurlar ve hırsları öylesine büyüktür ki bunlara ulaşmak için Külkedisini ezip geçmekten çekinmezler. Masala baktığımızda yokluk ve yoksulluk başka bir açıdan zenginliğe açılan bir kapı iken

varsılık yokluğa giden başka bir kapı olabilmektedir. Yoksunluk Külkedisi için aşılabilen bir süreç olarak yaşanırken diğerleri için farkına varılmayan ve sorgulanmayan yoksunluk (sabır, tahammül, iyi yüreklilik) yokluk olabilmektedir.

Sonuç

Çocuk edebiyatı metinlerindeki yoksulluk ve yoksunluk kavramlarına iç içelik ya da karşıtlık üzerinden yeniden baktığımızda, tarihsel süreçte, anlatılan yoksulluk kavramında çok fazla değişiklik olmadığını yoksulluğun nedenlerinin savaşlar, ekonomik krizler, az gelişmişlik, engellenmişlik olduğunu görürüz. Ancak dönemsel olarak araçların değiştiğini görmek de mümkündür. Tuğcu'nun hikayelerindeki yoksul çocuklar köprü altı çocukları, savaş sonrası çocuklar olabilirken 80 lerden sonra sokak çocuklarının, varoş çocuklarının varlığına tanık oluruz. Göçlerin yarattığı yoksulluklar, varoşların cangıla dönüşmesi, ahlaki kuralların çöküşü, içgüdülerin daha bir egemen olduğu süreçler çocuğun yoksulluğunu ve yoksunluğunu daha bir belirgin kılar, çünkü en korunmasız varlık odur.

Sonuç olarak yoksulluk kendi içinde göreceliliği de içerir. Sözlük anlayla bakıldığında eksik olan şeylerin varlığından söz ederiz ama yoksul, yoksulluğunu farklı şeylerle telafi edebilir. Böylece boşluklar giderilmiş olur. Yoksunluk dediğimizde ise yerine konamayacak bir şeyden söz ederiz. İşte bu yoksulluğu aşan bir durumdur.

Yoksulun kesin olarak yoksunluğundan söz edemeyiz, bu koşulların getirdiği bir sonuç olabilir ama varsıl durumlarda yoksunluktan söz ettiğimizde işte o zaman aşılamaz bir durum söz konusudur. Edebiyat, özelinde çocuk edebiyatı yoksulluğu anlatırken aşılabileni ama yoksunluktan söz ederken ise aşılamayanı anlatır. Genel olarak bakarsak içinde umut saklıdır diyebiliriz.

Kaynakça

Cengiz, Gülsüm, Ayşe'nin Günler, Evrensel Basım Yayım, 1998 İstanbul

Dölek, Sulhi: Kestane Şekeri, Bilgi Yayınevi, 2002 İstanbul

Gürmen, Aysel: Dereden Tepeden Dereli Köyden, Kırılgaç Yayınları, 2009

Güntekin, Reşat Nuri; Çalıkuşu, İnkılap Kitapevi, İstanbul, 2014

Haertling, Peter: Benjamin Anna'yı Seviyor, Günışığı Kitaplığı, 2006 İstanbul

Molnar, Ferenc: Pal Sokağı Çocukları, Can Çocuk Yayınları, 2006 İstanbul

Nesbit, Edith: Demiryolu Çocukları, Altın Kitaplar, 2005 İstanbul

Oktar, Gülay: Harçlık, Bu Yayınevi, 2004, İstanbul

Örs, İbrahim: Almanya Öyküsü, Şimşek Yayınları, 2010 İstanbul

Tuğcu, Kemalettin: Üvey Baba, Pegasus Yayınları 2006, İstanbul

Tuğcu, Kemalettin: Sakat Çocuk, Erdem yayınevi, 2012 İstanbul

*Çocuk Edebiyatı Metinlerindeki Yoksulluk ve Yoksunluk Kavramlarına İç İçelik ya da Karşıtlık
Üzerinden Yeniden Bir Bakış*

Doç. Dr. Necdet Neydim

Tuğcu, Kemalettin: Ana Hakkı, Erdem Yayınları, 2012, İstanbul

Vasconcelos, J. Mauro de Şeker Portakalı, , Can Çocuk Yayınları, 1993 İstanbul

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dc1132160731.36616313

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57dc113ee2d511.00369031

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar

Doç. Dr. Necdet Neydim*
Mehlika Philip**

Türkiye’de “Çocuk Filmleri” dediğimizde kendi başına bir film türünden bahsetmiş olmayız 60’lı yıllardan başlayan bir süreçte “Yeşilçam” olarak tanımlanan film sektöründe 70’li yılların ortalarına kadar gelen süreçte çekilen filmler “Çocuk Filmi” olmasa da “Çocuksu” filmlerdir ve hedef kitlesi yetişkin ya da çocuk olarak değil aile filmi olarak tanımlansa da çocuksu bir topluma seslenen filmler olarak ele alınabilir. Bu dönemin filmlerinde çocuklar ya anne babasını cezalandırmak için evden kaçmış, ya kaçırmış, ya da kaybolmuş çocuklardır. Bu tür filmler genel olarak toplumsal bağlamda gerçeküstü özellikler taşır. Kaybolan , kaçırılan, evden kaçan çocuklar sanki bir koruyucunun kanatları altındaymış duygusuyla kurgulanmış figürlerdir. Bir yanıla masalsılık vardır; kötüler başlangıçta egemen görünse de sonuçta bir kahramanın ortaya çıkışıyla (bu çocuk da olabilir) iyilerin zaferiyle bitebilir. Çocuk kahramanlı sinemada gerçekçilik 70 li yıllarda başlar ve 70 lerin sonu 80 lerin başında arabesk kültür çocuk kahramanlı sinemada baskın konuma geçer.

60 lardaki çocuksu filmlerin varlığı, aynı zamanda yeni bir toplum yapısının, ya da yeni bir toplum yaratma çabasının öncü görüntüleridir diyebiliriz. Bu araştırma çalışmasına ilk başladığımızda dikkatimizi çeken önemli verilerden biri öncü çocuk kahramanlı filmlerin, ilk başta öykünmeciler bir yaklaşımla başlamış olmalarıydı. 40 lı yılların sonunda Amerika’da başlayan çocuk kahramanlı filmlerin en başında Shirley Temple filmlerini görürüz. Daha ilginç olanı Ayşecik Filmleri olarak ünlenen dizi filmlerin kahramanı Zeynep Değirmencioğlu’nun filmlerdeki oyununa ve görüntüsüne baktığımızda bir Temple öykünmesi görürüz. Yerlileştirme yapılsa da, filmler toplumun yoğun ilgisini çekse de filmlerin dönemin toplumsal gerçekliğiyle çok da fazla örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.

* İ.Ü. Edebiyat Fak. Çeviribilim Böl. Almanca Müütercim Tercümanlık AD

** İ.Ü. Edebiyat Fak. Çeviribilim Böl.

*Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde
Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar
Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip*

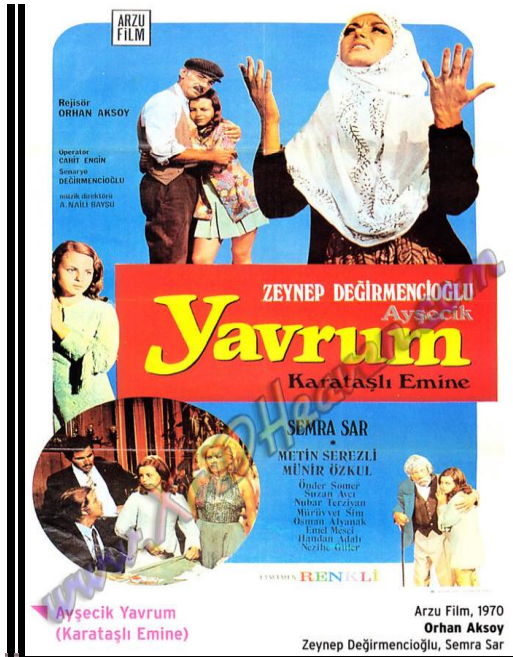
Ayşecik Sokak Kızı(1960)



1960 yapımı siyah beyaz bir filmidir. Filmde Murat Giray (Sadri Alışık) çok sevilen, ünlü bir şarkıcıdır. Çok sevdiği karısıyla mutlu bir hayat sürmektedir. Karısı ilk çocuklarını dünyaya getirirken ölür. Her şeyden çok sevdiği karısını en mutlu gününde kaybeden Murat çılgına döner ve olanca öfkesi ve üzüntüsüyle bebeğini sokaklara bırakır. Ayşecik artık sokaklarda büyümek zorunda kalmıştır. Bir gecekondu mahallesinde yaşayan Ali (Hulusi Kentmen) adında bir adam ona yardım eder; ancak mahalleli Ayşecik'i istemez ve onu mahalleden uzaklaştırmak için ellerinden geleni yaparlar. Sonunda Ayşecik, bu baskıya dayanamaz ve mahalleyi terk eder. Ayşecik bunları yaşarken babası, şöhreti ve rahat hayatı terketmiş, sokaklarda yaşamaya başlamıştır O da Ayşecik'i aramaktadır. Ayşecik ise sokakta tanıştığı çalgıcılarla beraber çalışmaya başlamıştır. Bu onun babasına ulaşmasını sağlayacak en önemli yoldur.

Ayşecik Yavrum (1970)

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar
Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip



1970 yapımı film Adana ve İstanbul arasında örülmüş bir senaryodur. Zengin bir kadın olan Handan ve kocasının çocuğu olmamaktadır. Babası, kumar ve para düşkünü kocası yüzünden onu evlatlıktan reddetmiştir. Handan, babasının, bir çocuk sahibi olursa barışacağını bilmektedir. Karı - koca, mirastan mahrum kalmamak için bir çocuk bulmayı planlarlar. Yanlarında çalışan kötü kalpli bir kadına para vererek, kocası askere gitmiş hamile bir kadın olan Sırmalı'nın Emine'yi evlerinde çalıştırmak üzere işe alırlar. Handan ve kocasının asıl amacı köylü kadının doğacak çocuğunu çalıp, kendi çocukları gibi göstererek baba ile barışmak ve mirası elde etmektir. Emine çocuğunu dünyaya getirdiğinde kötü kalpli köylü kadın çocuğun ölü doğduğunu söyleyerek çaldığı çocuğu Handan'a verir. Halime çocuğun ölü doğduğunu öğrendiğinde çıldırır ve bağrına kara bir taş basarak onu çocuğunun yerine koyar. Gerçek annesinden koparılmış Ayşe ise çocukluğu boyunca anne ve babası bildiği insanlardan şefkat görememiş, ihtiyacı olan sevgiyi yalnız ve yalnız dedesi Münir Özkul'da bulmaya çalışmıştır. Birgün Adana'ya gezmeye gelen Ayşe, tarlada gezerken öz annesiyle tanışır ve kısa bir süre sonra da babasını bularak gerçek ailesine kavuşur.

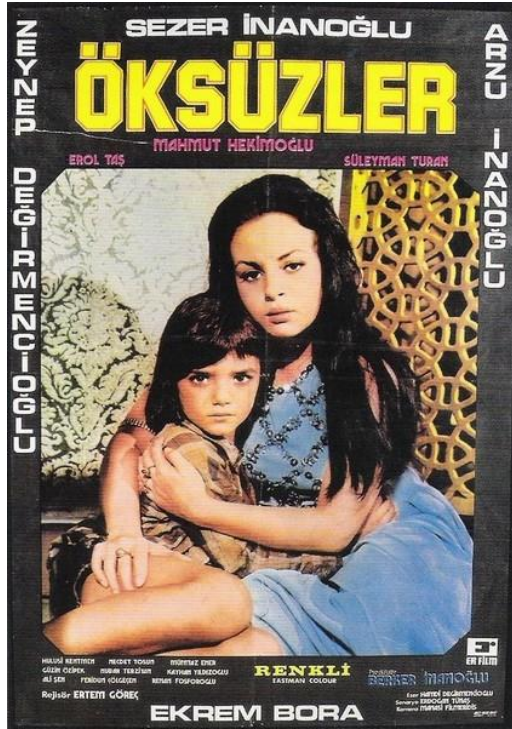
Ayşe'nin arkadaşı _ O kadının nesini sevdin bu kadar?

Ayşe _ Herşeyi, belki de en çok ondaki analık hissini güzelliğini. Düşün bir kere, yıllarca evvel ölen bir bebeğin hala yasını tutan bir kadın. Kara bir taşı evlat diye bağrına basacak kadar güçlü bir analık hissi.

İnan bana, kıskandım o karataşı, imrendim. Çünkü ben annemden böyle sıcak bir ilgi görmedim.

Sezercik Ayşecik Öksüzler (1973)

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar
Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip



Murat, eşi ölmüş genç ve yakışıklı bir adamdır. Eşinin ölümünden sonra iki çocuğu Ayşe ve Sezer ile beraber yaşamaktadır. Ayşe annesinin ölümünden sonra kendisini kardeşi Sezer'e adanmış annesinin son hatırası olan kardeşine en iyi şekilde bakmak için elinden geleni yapmaya çalışan bir genç kızdır. Hayatları bu şekilde sürerken Murat bir gün sahildeki bir kazaya istemden tanık olur. İzzet adındaki bir adam kavga sonunda bir insanı öldürmüştür. Mahkeme İzzet'i, Murat'ın olayı anlatması sonucunda hapse mahkum etmiştir. Seneler sonra hapisten çıkan İzzet, Murattan intikamını almaya yemin etmiştir. İzzet Murat'ın oğlu Sezercik'i kaçıır ve onu dilenci olarak sokaklarda çalıştırır. Murat ve kızı Ayşe ise kaybolan Sezer'in yasını tutmaktadırlar. Aradan zaman geçer ve hayat onları Sezercik ile yeniden karşılaştırır. Sezercik kaçırıldığı ailenin yanında dilendirilerek kendisinden yararlanan bir çocuk olmuştur ve yoksulluk içinde yaşamaktadır.

1960 da çekilmiş filmdeki çocuk figürüne, aile ilişkisine, sosyal çevreye baktığımızda filmdeki tanıklıkların Türkiye'deki sosyal gerçeklikle örtüşen yanlarının çok fazla olmamasına karşın, filmin dramatik yapısının izleyiciyi etkileyen bir yanının olduğunu söyleyebiliriz. Çocuksu toplum, böylesine filmlerle ve özellikle 1970 de çekilen ikinci film olan "Yavrum" filmi örneğinde tam bir duygusal yoğunluk yaratılmış biçimde, kendi sorunlarıyla karşılaşmak yerine bireysel dramlarla oyalanır olmuştur. Dönem açısından bakıldığında, o dönem çekilen filmlerin büyük çoğunluğu iyiler ve kötüler savaşını anlatır ve yukarda belirttiğimiz gibi masalsılık içerir. Bunun da, o dönem egemen olan Hollywood kültürüyle örtüşmesinin en belirgin göstergesi olduğunu söyleyebiliriz.

Üçüncü filmde de aynı duygusal örgü hakimdir ve özellikle dikkat edildiğinde toplumun duygusunu kıskırtacak isimler konmuştur filmlere. *Sokak Kızı*, *Ayşecik Yavrum*, *Sezercik Ayşecik Öksüzler*.

Yeşilçam Sinemasının ilk başlarda bir Hollywood öykünmesi olduğunu söylemek çok da abartılı bir tanımlama olmasa gerek. Bunu dönemin bir gerçekliği olarak algılarken bunun 50li yılların ikinci yarısında girilen NATO ve Amerika'yla yaşanan ilişkiler sonucu gerçekleştiğini de söyleyebiliriz. O dönemde yoksulluk sorgulamasının böylesine duygusal konulara sıkıştırılmış olması, toplumun çocuksu yanına seslenilmesi ilginç bir tanıklıktır.

70'li yılların ikinci yarısında ortaya çıkan toplumsal dönüşümler ve sinemaya yansıması

70 li yıllar, göç sonucu ortaya çıkan (henüz tam anlamıyla arabeskleşemeyen) gecekondu kültürünün geliştiği dönemdir. Bu dönemde Arabesk Kültür henüz kent kültürüne egemen olmamış aksine kent kültürüne entegre olma süreci yaşarken, bu kültürde (kent kültürü) karşı karşıya kaldıkları vahşi varoluş mücadelesini de vermek durumunda kalınmıştır. Orhan Gencebay, Ferdi Tayfur'un isyan şarkıları entegrasyonda yaşanan kültürel çatışmanın feryadıdır. Kemal Sunal filmleriyle mizahi bağlamda bu sorunla karşılaşan toplum bunu çocuk üzerinden algılama konusunda daha bir istekli davranır. Metin boyunca vurgulayacağımız gibi toplum henüz kendi çocuksuluğu aşamamıştır. Ancak 68 Öğrenci Hareketleri ve ardından gelen 71 muhtırası çocuksuluğunu aşmaya çalışan toplumun arayış dönemi olarak tanımlanabilir..

Canım Kardeşim (1973)



Kahraman, ağabeyi Murat ve onun sadık arkadaşı Halit'le birlikte yoksul ama neşeli bir hayat sürmektedir. Kahraman'ın tek hayali eve bir televizyon alınmasıdır. Sürekli sigarayla yatağa giren baba bir gün yangına neden olur ve bu yangında hayatını kaybeder. Abi bir çocukla nasıl başa çıkacağını bilemez. Yaptığı sadece onun karnını doyurmaktır. Oysa başka sorunlar vardır. Kahraman'ın öğretmeni sürekli abisini çağırır ve kardeşinin temizliğine dikkat etmesini söyler. Hastalanan kardeşini doktora götürdüğünde onun lösemi olduğunu öğrenir ve o andan başlayarak abinin tek amacı kardeşinin son günlerini mutlu geçirmesini sağlamaktır. Ama paraları yoktur ve bunu nasıl yapacağı konusunda çözüm arar. Bunlardan ilki babadan kalan minik eşeklerini satmaktır. Ama para çabuk tükenir.

Murat Kahraman'ı mutlu etmek için onu lüks bir lokantaya götürür ve ne isterse yedirir. Ama hesaba parası yetmez başı derde girer.

Kahraman'ı mutlu etmek için bir şey daha vardır: Çok istediği televizyonu almak. Televizyonu almak için ellerinden gelen her şeyi yaparlar, kanlarını satarlar ama bir türlü alamazlar. Bir gece eve dönerlerken bir mağaza vitrininde gördükleri televizyonu çalarlar ve eve getirirler. Murat ve Halit, Kahraman'ın en büyük arzusu olan televizyonu söz verdikleri tarihin son gününde çalarak eve getirmişlerdir. Çaresizliğe bir başkaldırıdır bu..Nihayet istediklerini elde etmişlerdir ancak Kahraman için artık çok geçtir.

Filmde geçen şu replik çocuk gerçekliği, ve gerçekliğindeki acımasızlığın ve bir o kadar doğallığın göstergesi gibidir.

- bana bak, sana bir şey söylüyüm mi?

- söyle

- kimseye söylemek yok ama!

- iyi ya söylemem.

- yemin et bakiyim.

- valla billa söylemem.

- ben ölücekmişim.

- ne var oğlum bunda yemin ettiricek?

- hiiiç.... Ama abimle halit abim "duydun mu?" diye bağırdılar akşam bana. Ben de korkudan "duymadım" dedim.

- Sen şahiden ölürsen bilyeler nalcak?

- Ne biliyim ben.

- Bana versene?

- İyi ya, ölünce abimden alırsın.

Bizim Aile (1975)



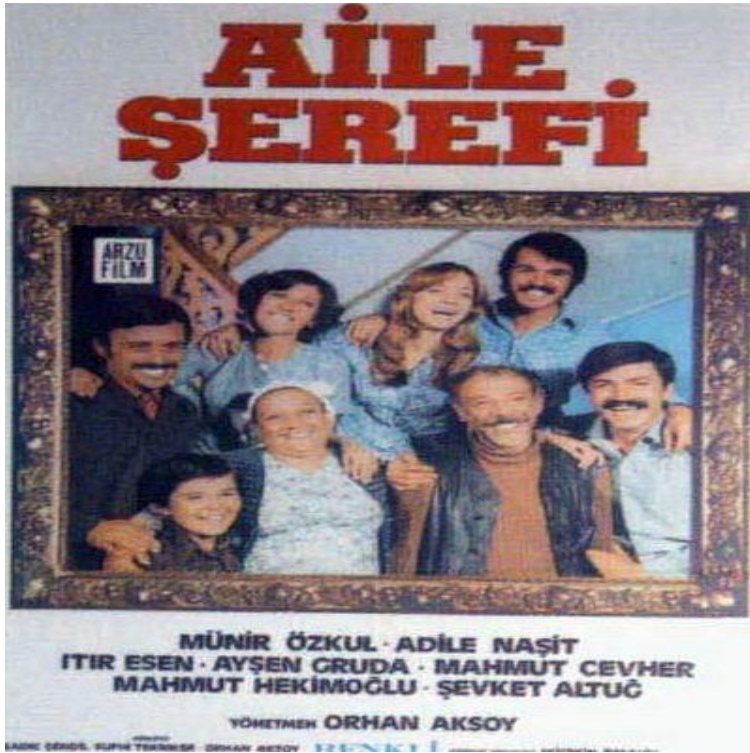
1975 tarihli bu filmde her ikisi de dul olan üç çocuk annesi Melek hanım ile dört çocuk babası Yaşar Usta'nın, bir yandan yoksulluk öte yandan da çocuklarının hayatına dokunma çabasıyla geçen yaşamlarına tanık oluruz. Yaşar Usta'nın iş arkadaşı Talat Usta ve eşi Süreyya, mahalle komşuları olan Melek Hanımla onu evlendirmek için uğraşmaktadırlar. En sonunda ikisini ikna ederler ve evlilik gerçekleşir; ancak her ikisi çocuklarına hayatlarına yeni kardeşler gireceğinden bahsedememişlerdir.

Ve Yaşar Usta, Melek Hanım'ın evine taşınınca çocuklar arasında sorun çıkar.

Melek hanımın büyük oğlu Ferit pek de başarılı bir üniversite öğrencisi değildir ama okulda tanıştığı zengin bir fabrikatörün kızı olan Alev ile de ilişkisi vardır. Alev'in babası Saim bey ilişkiyi öğrenir, bir gün işyerine getirttiği Ferit'ten kızıyla ilişkisini bitirmesini ister. Ferit'in ilişkisini devam ettirmesi üzerine onu dövdürtür. Ferit'in dayak yemiş halde eve gelmesi üvey kardeşler arasında bir dayanışma başlatırken, aynı gece babasının evinden kaçarak ailenin evine gelen Alev de onun tüm baskılarına karşı Ferit'le evlenir. Saim bey, nüfuzunu kullanarak aile üzerinde baskı uygulamaya başlar. Önce Yaşar Usta'yı işten çıkartır, daha sonra evlerine el koyar ve onları sokağa atar. Ferit'in ailesinin düştüğü durumdan kendini sorumlu tutan Alev baba evine döner. Yaşar Usta, Alev'in babası Saim bey'i işyerinde ziyaret ederek unutulmayacak bir konuşma yapar. Saim bey kızının Ferit'in yanına dönmesine izin verirken, evlerini de aileye geri verir.

Bizim Aile'de temel olarak yansıyan konu yoksulluğun mu, yoksa yoksunluğun mu asıl aşılması gereken sorun olduğudur. Yoksul olan Yaşar Usta'nın ailesi, dayanışma ve sevgi ile sorunlarını aşarken ya da bir başkası için sevgi adına kendinden vazgeçerken yitirmeyi değil kazanmayı gerçekleştirir; ancak Varsılın ise vazgeçememesi onun yoksul olmamasını sağlarken yoksunluklarını çoğaltır. Dönemsel bakıldığında önemli bir değerdir.

Aile Şerefi (1976)



1976 tarihli filmde Münir Özkul VE Adile Naşit başrolleri paylaşmaktadır. Rıza at arabası ile maden suyu satarak para kazanmakta, karısı Adile ve beş çocuğu ile beraber kıt kanaat geçinmektedir. Yeni evlenen kızları Ayşe ve iş bulma konusunda pek de becerikli olmayan işportacı damatları Zihni'nin de yanlarına katılmasıyla geçim sıkıntısına düşerler. Oğullarından Selim Tıp Fakültesi'nde öğrenci, Hasan bir fabrikada, kızı Zeynep ise bir konfeksiyon atölyesinde işçidir. Ortaokulda okuyan en küçük oğlan Murat'a araba çarpınca bütün aile perişan olur. Küçük çocuğa çarpan kişi, zengin bir babanın oğludur ve hayatı boyunca tanıdığı tek değer paradır. Kazadan sonra Zeynep'i rahatsız etmeye başlar. Zeynep ise mahalleden biriyle nişanlıdır. Zengin genç, Zeynep'ten vaz geçmez ve aileye sorunlar yaşatır. Ağabeyi en sonunda Zeynep'i korumak için zengin genci bıçaklar. Rıza oğlunun suçunu üstlenir.

Bizim Aile'ye benzer bir konudur yine burada bize sunulan. Her iki filme baktığımızda yoksul bir ailenin varlığını görürüz. Ancak bu yoksul aile temelde geleneksel değerleri taşıyan ailedir ve hem geleneksel hem de modernidir. Bu açıdan bakıldığında çağdaş bir toplum yapısından söz edebiliriz. Asıl eleştirilen varsıllaşma adına yitirilen değerlere dönük keskin eleştiriler yüklüdür. Varsıllaşmanın getirdiği değer yitimleriyle hesaplaşır.

80ler ve çocuk gerçekliğinde yeni tanıklıklar

70 lerin sonu ve 80 lerin başında yaşanmakta olan kültürün baskın bir varoş kültürüne başka bir ifade ile Arabesk'e dönüştüğünü görürüz. Kent kültürü, modernite kentte

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar

Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip

kendi egemenliğini yitirmiş, kente geleni kendine entegre edebilecek kapasitesi kalmamış, aşkın göç ve beraberinde gelen kültür kentte melez bir kültür oluşturmuştur.

Bu kez artık yaşanan mücadele bu melez kültürün kendi içinde yaşanmaktadır. Varoluş mücadelesi daha bir içgüdüsel ve vahşidir. Küçük Emrah ve Ceylan filmleri işte bu cangılın kendi iç feryadıdır.

ACILARIN ÇOCUĞU (1985)



Herşey karısı ve çocuklarının nafakasını kumar masalarında kaybeden bir babanın suçluluk hissiyle intihar etmesiyle başlar.

Elvan üç çocuğuyla yapayalnız kalır. Arkadaşı Elvan'a çok para kazanabileceği kötü işler sunar ve genç kadın kendini kadın ticareti yapan bir piyasanın içinde bulur. Diğer çocukları küçüktür ancak Emrah olup bitenlerin farkındadır. Annesinin kazandığı kirli parayı kabullenemez ve evden kaçır. Kendisine sahip çıkan bir ailenin yanında

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar

Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip

yaşamaya başlar. Bu arada Elvan'ın evde olmadığı bir gece çıkan yangında ev kül olur. Çocuklarını kaybeden genç kadın aklını yitirir ve hastaneye yatırılır. Oysa çocuklarının cesetleri bulunmamıştır. Ancak Elvan'ın onları bulma umudu yoktur. Emrah ise hayat şartlarının zorluklarına karşı yokluklar içinde mücadelesini sürdürmektedir.



Vurmayın filminde de aynı gerçekler vardır. Göçle kente gelmiş ve kapıcı olarak çalışan bir ailenin çocuklarının kötü yola düşmesi ve kentte yaşanan çaresizliğin geriye dönüşle bitişini anlatır. Aslına bakarsanız bu filmler son geri dönüşü anlatan filmlerdir. Bir sonraki dönem kalışı anlatacaktır.

Yuvasızlar (1985)



Yoksul koca karısının sırtından para kazanma hesapları yapmaktadır. Çeşitli olaylardan sonra oğulları Hakan bir cinayet suçuyla hapse girer. Kızları Ceylan ise başkalarının yanına sığınmak zorunda kalır...

Yoksulluğu bu acımasızlığı içinde anlatan filmlerden genç kız kahramanlı olanıdır Ceylan'ın oynadığı Yuvasızlar. Bu kuşak filmler bir önceki dönem filmlerinin aksine bütünlüğünü koruyan ailelerden daha çok, dağılan aileleri anlatır. Kent onları kendi acımasız çarklarında parçalamıştır.

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar

Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip

Kentleşme, kentleşme kendi değerlerini koruyamamış ve varoş kültürüne (arabesk) teslim olmuş bu da geleneksel olanın -modernite ve feodalite- sürdürülememesi sonucunu getirmiştir.

80 lerin ikinci yarısı ve Kemal Sunal gerçeği Garip Örneği (1986)



Garip, hayattaki tek varlığı büyük bir tutkuyla bağlı olduğu Beşiktaş olan yalnız yaşayan bir adamdır. Yaşayabilmek için ufak tefek işlerde çalışan genç adamın sadece futbol üzerine kurulu hayatı, arkadaşının sandalının içinde bulduğu küçük bir bebekle tamamen değişir. Başlarda bebeği uygun birilerine bırakmayı dener Garip ancak bu sırada bebeğe de alışmaya başlar. Sonunda onu büyötmeye karar verir. Günden güne birbirlerine daha büyük bir sevgiyle bağlanan ikili küçük kız büyüyünce iyi bir baba-kız olurlar. Birlikte maçlara giden bu küçük ailenin mutluluğu küçük kızın keşfedilerek ünlü bir yıldız olmasıyla bozulur. Fatoş artık çok para kazanan küçük bir yıldızdır. Bunu duyan Fatoş'un gerçek ailesi ise hiç vakit kaybetmeden bir para makinesine dönüşen kızlarını almak için işe koyulur. Baba ve kız birbirinden ayrılmamak için her türlü zorluğa göğüslemeye hazırdırlar.

Kemal Sunal Filmleri, kent kültürünü içselleştirememiş; ancak bir biçimde iktidarı kendi elinde tuttuğunu zanneden kentli bir kitleye karşı bir "Keloğlan" kurnazlığıyla mücadele eden ve sonuçta fark ettirmeden onların elinden iktidarı alan bir figürün anlatıldığı filmlerdir.

Sunal, yaşama karşı çok fazla kavgacı değildir filmlerinde. Ona karşı kurnazlık yapmaya kalkanları kendi silahlarıyla vurur. Yoksulluğu umursamaz. Aynı Keloğlan'da olduğu gibi yaşar. Biri onun adına isyan etmedikçe başkaldırmayı düşünmez. Elindekiyle yetinmek yaşama bakışıdır.

Sonuç

Çocuk kahramanlı Türk filmlerinin genel olarak 60, 70 ve 80 li yıllarda çekildiğini görürüz. Çocuk toplumun olgunlaşma süreci midir? Sorusu akla gelir bu gelişmeye baktığımızda. 60 ların, 70 lerin, 80 lerin sosyo-ekonomik yapısı toplum algısı, beklentisi filmlere yansır. 60 ların yoksulluk algısı gerçeküstü, masalsi bir görüntü oluştururken 70 ler toplumsal gerçekliği biraz daha öne çıkartmaya çalışır. 80 ler ise dönemin gerçekliğine uygun biçimde mizahi olarak ele alır yoksulluğu.

Çocuk Kahramanlar Üzerine Kurgulanmış Filmlerde Yoksulluğun Yansıması ve Film Kurgusu İçinde Yoksulluğun Görsel Tanımına Dönük Tanıklıklar

Doç. Dr. Necdet Neydim- Mehlika Philip

90 larda çocuk kahramanlı filmlerin azalması şaşırtıcı değildir. Bu dönemde daha çok Disney Filmleri çocuk dünyasına ve çocuk hedef kitlesine seslenmeye başlar. Sosyo-ekonomik yapıya baktığımızda, tüketim toplumuna geçen Türkiye’de çocuk da önemli bir hedef kitlesi olmuştur ve bu nedenle ona artık farklı bir seslenme gerçekleşmektedir.

2000 ler ise günümüze değin çocukla ilgili çok çarpıcı deneyimlere tanık olmuştur. Bu dönem ayrı bir araştırma alanı olarak araştırmacıları beklemektedir. Bir saptama yapmak gerekirse çocuğun haklarının en fazla tartışıldığı ve onun haklarının dünya üzerinde en fazla ihlal edildiği bir dönemi yaşamakta olduğumuzu söyleyebiliriz.

Kaynakça

https://www.youtube.com/results?search_query=ay%C5%9Fecik+sokak+k%C4%B1z%C4%B1

<https://www.youtube.com/watch?v=1TwFXbh5AME>

<https://www.youtube.com/watch?v=c-6EuTEJMjk>

<https://www.youtube.com/watch?v=Oo1O-dM3fdg>

https://www.youtube.com/results?search_query=bizim+aile

https://www.youtube.com/results?search_query=aile+%C5%9Ferefi

<https://www.youtube.com/watch?v=qeB0MITz3FQ>

<https://www.youtube.com/watch?v=4m3HWVsUyM4>

<https://www.youtube.com/watch?v=0GWJUemhbg4>

<https://www.youtube.com/watch?v=ftn9y81TNow>

<https://www.youtube.com/watch?v=JWLhVHqTJjY>

“Dünya Senindir”: Amerikan Rüyası ve Suç İlişkisi Çerçevesinde Gangster Filmleri

Arş. Gör. Dr. Dilan Tüysüz*

İnsan, yasanın yasakladığı herhangi bir eylemi neden yapar? Bir başkasını neden öldürür ya da kendisine ait olmayan bir malı çalar? Kısacası niçin suç işler? Suçun nedenlerine dair açıklama bulma ihtiyacının, çok eski dönemlere kadar uzandığı bilinmektedir. Söz gelimi, Orta Çağ Avrupası’nda şeytani ve doğaüstü güçler suçun kaynağı olarak görülmüştür. Buna göre suçlu kişi, şeytanın ruhunu ele geçirdiği bir günahkârdır. Rönesans hareketleri ve Aydınlanma Dönemi ile birlikte ise, suçla ilgili rasyonel düşünceler doğmuştur. Bireylerin neden suç işlediğini açıklamak amacıyla başta biyoloji, psikoloji ve sosyoloji olmak üzere çeşitli perspektiflerden yola çıkılarak oluşturulan açıklamalar geliştirilmiştir.

Suçun ortaya çıkmasında biyolojik ve psikolojik faktörlerin önemli rol oynadığı kabul edilmektedir. Ancak suç gibi çok boyutlu bir kavramı sadece bireyin fiziksel ve ruhsal bozuklukları ekseninde açıklamaya çalışmanın, çevrenin birey üzerindeki olası etkilerini ihmal etmek anlamına geldiği ve suça dair sınırlı ve yetersiz bir çerçeve sağladığı düşünülmektedir. Dolayısıyla suç olgusunu sosyal bir olay biçiminde açıklayan ve sosyal yapı, toplumsal sınıflar, sosyal kurumlar, kültür, örf ve adetler, din gibi faktörler ile ilişkilendiren sosyolojik yaklaşımlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Anomi ve Gerilim Teorileri, suç olgusunu açıklamaya çalışan önemli sosyolojik yaklaşımlar arasında yer almaktadır. Genel olarak birbiriyle ilişkili oldukları kabul edilen *Anomi ve Gerilim Teorileri*, suçluluğu, kültür, sosyal yapı, sosyal kurumlar, sosyal norm ve değerler çerçevesinde ele almaktadır. *Anomi ve Gerilim Teorileri*, Emile Durkheim’ın *Anomi Teorisi* (*Anomie Theory*) yaklaşımından yararlanılarak kriminoloji literatürüne yerleşmiştir. Anomi kavramı ve *Anomi Teorisi*, *Gerilim Teorileri* (*Strain Theories*)’nin de geliştirilmesine olanak sağlamıştır. *Gerilim Teorileri*, Robert Merton, Steven F. Messner ve Richard Rosenfeld, Richard Cloward ve Robert Agnew gibi isimler tarafından geliştirilerek kriminoloji alanına uygulanmıştır.

Her toplum için normal ve işlevsel kabul edilen suçun nedeni olarak Durkheim anomie kavramını işaret etmiştir. Anomie kavramını ilk olarak 1893 yılında yazdığı *Toplumsal İş Bölümü* (*Division of Labor in Society*) adlı çalışmasında kullanan Durkheim, 1897 tarihli *İntihar* (*Suicide*) adlı eserinde bu kavramı geliştirerek suç ve sapma ile ilişkilendirmiştir. “Kuralların geçerliliğini yitirdiği ve herkes tarafından benimsenecek yeni kurallar yaratamamış bir

* Adnan Menderes Üniversitesi

toplumda bireyleri toplumsal bütüne bağlayan bağların kopması hali” (Sayın, 1994: 159) olarak tanımlanan anomi, kısaca ‘normsuzluk’ olarak bilinmektedir.

Durkheim’ın *Mekanik Dayanışma* olarak adlandırdığı dayanışma türünün hâkim olduğu, kişisel ilişkilere ve sınırlı işbölümüne dayanan geleneksel toplumlarda, değer ve normların kabulü konusunda toplumsal uzlaşma sağlamak daha kolay olmaktadır. Sanayileşme ile birlikte gelişen modern toplumlarda ise işbölümünün artması ve yakın kişisel ilişkilerin azalması sonucu *Organik Dayanışma*’ya geçilmiştir (Durkheim, 2006: 164). Geleneksel kontrol mekanizmalarının zayıfladığı, bireylerin yalnızlaştığı, aidiyet duygusunun kaybedildiği, heterojen yapıdaki bu toplumlarda toplumsal uzlaşmanın sağlanması giderek zorlaşmaktadır. Durkheim, içinde yaşadığı dönem gereği tanık olduğu siyasi ve ekonomik değişimlerin sosyal hayattaki karşılığının ‘düzensizlik ve kurlsızlık’ olduğunu belirtmiştir.

Durkheim’a göre ekonomik sıkıntı yaşanan bir toplumda eski tüketim alışkanlıklarından ve hayat standartlarından ödün vermek zorunda kalan birey, kendini mutsuz ve engellenmiş hissetmektedir. Buna karşılık ekonomik refah dönemlerinde, doğası gereği sınırsız istek ve ihtiyaca sahip olan bireyler, bu istek ve ihtiyaçların sürekli olarak kısıktırılması sonucu tatminsiz ve huzursuz hale gelmektedir (Durkheim, 1979: 269-270). Bu yüzden her iki halde de sanayi toplumlarında giderek yalnızlaşan, bencilleşen, geleneksel bağları ve değerleri zayıflayan bireylerin suç işlemeye ve diğer anti-sosyal davranışlarda bulunmaya yatkın hale geleceği öngörülmektedir.

Durkheim, anomi sonucu görülen bir sapma davranışı olarak daha çok ‘intihar’ olgusunu incelemekle birlikte, geliştirdiği anomi kavramı, suçluluğun izahında kendisinden sonra gelen pek çok yaklaşım için yol gösterici olmuştur. Yukarıda belirtildiği gibi, Durkheim’ın anomi teorisinden etkilenecek Robert K. Merton (1910-2003) tarafından geliştirilen *Gerilim Teorisi* bunlardan biridir. Merton, 1938 yılında yayınladığı *Sosyal Yapı ve Anomi* (*Social Structure and Anomie*) isimli çalışmasında anomiyi toplumun koyduğu hedefler ile bu hedeflere ulaşabilmek için sunulan kurumsal araçlar/normlar arasındaki uyumsuzluk olarak açıklamaktadır. Kapitalist toplumlarda “başarı sembolü olarak servet biriktirme üzerine büyük bir vurgu” yapıldığını ve başarılı olma, yüksek bir statüye erişme gibi kültürel hedeflerin yüceltildiğini belirten Merton (1938: 675), bu hedeflere ulaşmak konusunda gerekli olan eğitim, çalışma gibi kurumsal araçların ise sınırlı olduğunu savunmaktadır (1938: 673). Başka bir deyişle bireyden kararlı bir biçimde bu hedeflere ulaşmak için çabalaması beklenirken, bunu meşru araçlarla yani belirli normlara uyarak yapması da talep edilmektedir. Ortaya çıkan bu amaç-arac uyumsuzluğunu kültürel yapı/sosyal yapı arasındaki uyumsuzluk olarak açıklayan Merton’a göre, bu durum bir kurlsızlık hali olan anomiyeye yol açmaktadır (1938: 679). Zengin ve/veya başarılı olmak için çabalayan ancak bunu ‘iyi bir okula gitme’ ya da ‘çok çalışma’ gibi meşru araçlarla gerçekleştiremeyen bireyin, bu hedeflere ulaşabilmek için zamanla sosyal normlardan saparak, suç gibi anti-sosyal davranışlara başvuracağı düşünülmektedir.

Çalışmalarında ABD toplumunu analiz eden Merton, Amerikan kültüründe hedeflerin birincil öneme sahip olduğunu, buna karşılık aynı önemin meşru araçlara verilmediğini vurgulamaktadır (Akt. Reid, 2011: 103). Merton’un araştırmasının bulgularında, Amerikan toplumundaki en temel kültürel hedeflerin parayla ilgili olduğunun ortaya konması dikkat

çekmektedir. Amerikan kültürel modellerini incelemesinin ardından Merton, bireyin kültürel hedefler ve meşru araçlar karşısındaki tutumuna göre beş farklı uyum tipi (*modes of adjustment*) belirlemiştir (1938: 676-678).

(1) *Uyumluluk*: Bireyin hem kültürel hedefleri hem de bunun için belirlenmiş olan meşru araçları kabul etmesidir. Merton, her toplumda en yaygın uyum tipinin ‘uyumluluk’ olduğunu, aksi takdirde o toplumun istikrar ve devamlılığının sağlanamayacağını düşünmektedir.

(2) *Yenilikçilik*: Kültürel hedefleri kabul etmekle birlikte, bu hedeflere ulaşmak için sunulan meşru araçları yetersiz bularak reddedenler bu grupta yer almaktadır. Yenilikçiliği yetersiz toplumsallaşmanın bir sonucu olarak gören Merton’a göre, amaç-arac uyumsuzluğunu aşmak isteyen birey, meşru araçları bırakarak alternatif yollara başvuracaktır. Dolayısıyla suçluluk en fazla bu uyum tipinde görülmektedir.

(3) *Şekilcilik*: Bu kategorideki bireyler kültürel yapı tarafından belirlenmiş hedefleri reddetmekte ancak hâlâ normlara uymaya ve meşru araçları kullanmaya devam etmektedir. Kültürel hedefler birey için ne kadar uzak olursa olsun, geleneksel değerlerin aşırı özümsemesi sonucu uyumluluk daha baskın gelmektedir.

(4) *Geri Çekilme*: Hem kültürel hedeflerin hem de meşru araçların reddi anlamına gelmektedir. Birinci tip olan ‘uyumluluk’un aksine en az görülen uyum tipi olarak düşünülmektedir. Rekabetçi düzene ayak uyduramayan ve verilen hedeflere ulaşmada sürekli olarak başarısızlığa uğrayan birey, kendi içindeki bu amaç-arac çatışmasıyla başedebilmek için hem kültürel hedefleri hem de meşru araçları reddetmektedir. Toplumda yer alan ancak onun bir parçası olmayan bu tipteki bireylerde toplumdan uzaklaşma, yabancılaşma, içe kapanıklık, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı görülmektedir.

(5) *İsyan*: Bu uyum modelinde de kültürel hedefler ve meşru araçlar kabul edilmemekle birlikte ‘geri çekilme’dekinin aksine yeni kültürel hedefler ve araçların arayışı söz konusu olmaktadır. Merton’a göre bu kategoride yer alan bireyler mevcut standartları değiştirerek, yeni bir sosyal düzen yaratma motivasyonu ile hareket etmektedir.

Özetle Merton, toplumdaki ‘suçlu’ ya da ‘sapkın’ davranışların asıl nedeni olarak, insanların kendilerine sunulan kültürel hedeflere ulaşmak için gayrimeşru her yolu denemeye hazır hale gelişlerini göstermektedir.

Merton’ın *Gerilim Teorisi*’ne göre, ekonomik açıdan dezavantajlı konumda olan alt sınıf üyelerinin kültürel yapı tarafından dayatılan ‘iyi bir eğitim, parlak kariyer, maddi başarı, sınıf atlama’ gibi hedeflere yasal yollardan ulaşması düşük bir ihtimal olarak değerlendirilmektedir. Alt sınıf ya da azınlık üyelerinin yüksek statülü bireyler ile aynı imkânlara sahip olmaması, kültürel hedeflere ulaşmak için yasal olmayan yolları seçmelerine neden olmaktadır. Bu yüzden alt sınıf ve azınlıklar arasında suçluluk oranının daha yüksek olduğu düşünülmektedir.

Geliştirdiği *Gerilim Teorisi*’ni Amerikan toplumunun kültürel değerleri üzerinden açıklayan Merton’ın düşüncelerinin, Steven F. Messner ve Richard Rosenfeld tarafından ortaya koyulan *Kurumsal Anomi Teorisi* (*Institutional Anomie Theory*) ile daha ileri noktaya taşındığı düşünülmektedir. “Suçun gizemli ya da tuhaf güçlerin bir ürünü değil; yürürlükteki

sosyokültürel koşullara verilen sıradan ve tahmin edilebilir bir cevap olduğunu” belirten yazarlar (2013: 12), 1994 yılında yayınladıkları *Suç ve Amerikan Rüyası (Crime and The American Dream)* isimli kitaplarında ABD’deki yüksek suç oranlarını incelerken, Amerika’nın kültürel ve sosyal yapısı ile suç kavramını ilişkilendirmişlerdir.

1990’lı yıllarda Amerika’daki suç oranlarının dünyadaki diğer gelişmiş ulusların toplam suç oranından fazla ve bu suç oranlarının bütün sosyal kontrol ve reformlara karşı dirençli olduğunu belirten Messner ve Rosenfeld’e göre; bu sorunun nedeni Amerikan toplumunun temel kültürel bağlılıkları ve kurumsal düzenlemeleridir (2013: 5-6). Suçun kaynağı olarak toplumdaki kültürel ve sosyal koşulları işaret eden yazarlar, Amerika’nın kültürel altyapısının *Amerikan Rüyası* olgusuna dayandığını hatırlatmaktadır. Messner ve Rosenfeld, *Amerikan Rüyası* deyimini, “toplumdaki herkesin peşinden koştuğu maddi başarı amacına ulaşmak için bireysel rekabet koşullarını destekleyen ve buna bağlılık gerektiren geniş bir kültürel zihniyet” olarak tanımlamaktadır (2013: 6). Başka bir ifadeyle *Amerikan Rüyası*, cinsiyet, ırk ya da din ayrımı fark etmeksizin herkesin maddi başarıya ulaşmak için fırsat eşitliğine sahip olduğunu ve bu başarı için çok çalışma, kararlılık ve adanmışlığın yeterli olacağını vadetmektedir.

Amerikan Rüyası kavramının ilk olarak tarihçi James Truslow Adams tarafından, bireysel başarıya açık bir toplum görüşünü tarif etmek amacıyla 1931 yılında kullanıldığını belirten Messner ve Rosenfeld, Büyük Bunalım olarak adlandırılan dönemde ortaya atılan bu kavramın, orta sınıf hayat tarzı için maddi bir teselli ve bireysel fırsat anlamına geldiğini ve bu sebeple kolayca benimsendiğini belirtmektedir (2013: 7). İlerleyen yıllarda Amerikan toplumunu etkileyen İkinci Dünya Savaşı, Pearl Harbor Saldırısı gibi kriz dönemlerinde oluşturulmuş bu ihtiyacın özellikle beslendiğini savunan yazarlara göre, günümüzde hâlâ bireysel başarı rüyası Amerikan toplumu için kültürel bir yön gösterici olarak görülmektedir.

Kurumsal Anomi Teorisi’ne göre, Amerikan kültürünü oluşturan dört ayırıcı değer bulunmaktadır. *Başarı, bireycilik, evrenselcilik* ve *para fetişizmi* olarak sıralanan bu kültürel değerler, *Amerikan Rüyası* kavramını oluşturan temel unsurlar olarak görülmektedir (Messner ve Rosenfeld, 2013: 71).

İlk kültürel değer olarak *başarı*; kişisel kazanç elde etme ve servetin arttırılmasını kapsamaktadır. Buna göre başarının nasıl elde edildiği değil, elde edilip edilmediği önemli görülmektedir.

Bireysel hak ve özgürlüklere olan inanç ve ‘herkes kendine’ anlayışı, *bireycilik* değerine karşılık gelmektedir. Bu değere göre başarmak kadar, başarıya tek başına ulaşmak da çok önemlidir. Bireyciliğe yapılan bu aşırı vurgunun bir sonucu olarak bireysel rekabetin yüceltilmesi ise topluluk bilincinin güçsüzleşmesine yol açmaktadır.

Evrenselcilik başarılı olmak için herkesin eşit fırsatlara sahip olduğunu varsaymakta, tek tek bireylere dayatılan başarı arzusunun bütün Amerikan toplumunu kapsamaması beklenmektedir.

Son değer olarak *para fetişizmi* ise, başarı ölçüsünün maddi ödüllerle belirlenmesi anlamına gelmektedir. Conklin, maddi başarıya erişme güdüsü üzerine yapılan “mutlak vurgunun” başka hiçbir yerde ABD’de olmadığı kadar güçlü olduğunu savunmakta ve Amerikan para fetişizminin kitle iletişim araçları tarafından desteklendiğini belirtmektedir

(2001: 189). Başarının para ile eşitlenmesi anlamına gelen bu durum, para kazanma arzusunun sona ereceği bir nokta olmadığı vurgusunu yapmaktadır.

Bütün bunlar doğrultusunda, bireyleri motive edici etkisinin yüksek olduğu düşünülen *Amerikan Rüyası* kavramının, verimliliği ve yenilikçiliği teşvik ettiği kabul edilmekle birlikte, suç üreten bir işlevinin de olduğu ileri sürülmektedir. *Amerikan Rüyası*’nın suç üretmede iki şekilde etkisinin bulunduğunu belirten Messner ve Rosenfeld’e göre bunlar; kurumlar ve bireyler üzerinde olmak üzere, makro ve mikro düzeylerde gerçekleşmektedir (2013: 75-76).

Makro etkiye göre, *Amerikan Rüyası* öncelikle sosyal kurumlar arasındaki güç dengesini bozmaktadır. Amerikan toplumundaki temel sosyal kurumların ekonomi, aile, eğitim ve siyaset olduğunu belirten yazarlar, ekonominin öne çıkmasıyla diğer sosyal kurumların işlerliğinin azaldığına ve bu kurumların birey üzerindeki sosyal kontrolünün zayıfladığına işaret etmektedir. Diğer kurumlar ancak ekonomik bir değer taşıdığı sürece önemli olabilmektedir (Messner ve Rosenfeld, 2013: 76). Buna göre okulların işlevi bireye iyi bir eğitim vermek değil, mezun olduktan sonra bireyin iyi bir işe girebilmesine katkıda bulunabilmektir. *Amerikan Rüyası*’nın anahtar kavramları olan iyi bir iş, statü, çok para kazanma gibi hedefler, bireye yetiştiği aileden başlayarak empoze edilmektedir. Bu nedenle okul ve aile gibi temel sosyal kurumlar ekonomiye hizmet eder hale dönüşmektedir.

Amerikan Rüyası’nın suç üretmede ikinci işlevi ise daha mikro düzeyde ve bireysel bazda gerçekleşmektedir. Başarıya ulaşmada herkesin eşit fırsatlara sahip olduğu vaadine rağmen pratikte eşitsizlik yaşanmaktadır. Messner ve Rosenfeld’e göre ‘ne olursa olsun başarılı olma’ yönündeki baskı ve gerçekteki fırsat eşitsizliği bireyler üzerinde hayal kırıklığı, anksiyete, öfke ve isyan gibi duygular yaratmaktadır (2013: 89). Maddi başarıya ulaşma arzusunun yoğunluğuna rağmen herkesin bu hedefe yasal yollardan ulaşmasının mümkün olmadığını belirten yazarlar, sosyal kontrol mekanizmalarının işlevini yitirdiği böyle bir toplumda suç işleme ihtimalinin arttığını belirtmektedir. Tüm bu olumsuzluklar, *Amerikan Rüyası*’nın ‘karanlık yüzü’ olarak değerlendirilmektedir.

Amerikan Rüyası kavramı, edebiyat, müzik ve sinema gibi kültür ürünü içeriklerinde yeniden üretilmesi, zenginlik, başarı ve statü gibi hedeflerin sürekli vurgulanmasına neden olmaktadır. Özellikle Amerikan ana akım sinemasında kullanılan pek çok anlatının, *Amerikan Rüyası* üzerine kurulduğunu söylemek mümkündür. Hollywood Sineması’nda westernlerden komedilere, melodramlardan suç filmlerine kadar birbirinden farklı türler, bireysel başarı, fırsat eşitliği, şöhrete ve/veya servete rahatça erişebilme açısından temelde aynı ‘umut’ verici öyküleri konu almaktadır. Bu türler arasında suç filmlerinin *Amerikan Rüyası*’nı ele alış biçimi ise, kavramın suç üretme işlevini göstermesi bakımından ayrıcalıklı konumda yer almaktadır. Genel olarak suç sinemasının, özelde ise gangster filmlerinin Amerikan Rüyası ile ilişkine değinmeden önce, tür hakkında kısaca bilgi vermek gerekmektedir.

Tür olarak suç filmi, olay örgüsündeki merkezi öge suç olan kurgusal filmleri tanımlamak için kullanılan bir kategoridir (Kuhn ve Westwell, 2012: 101). Hikâyenin merkezinde yer alan suç eylemiyle bağlantılı üç ana karakter öne çıkmaktadır. Bunlar suçlu, kurban ve kanun temsilcisi olarak polis veya dedektiftir. Charles Derry, herhangi bir suç filminde bu üç karakterden birinin, diğer ikisine göre daha fazla önem taşıdığını belirtmektedir (1988: 57). Yazara göre, suç filmlerinin alt-türlerini ve bu türlerin isimlerini

belirleyen, hikâyedeki baskın karakterdir. Bu doğrultuda, suçluları konu alan filmler olarak gangster filmleri; kanun uygulayıcılarının suçluları yakalama çabalarının konu edildiği polis/dedektiflik filmleri ve suçlu-polis-kurban rolleri arasındaki sınırların belirsizleştiği öyküler anlatan kara filmler, suç filmlerinin başlıca alt-türlerini oluşturmuştur.

Gangster filmleri, yeraltı dünyasındaki suç örgütlerini ve bu örgütlerde çalışan kişileri konu eden yapımlardır. Polis filmlerinin ‘kötü adamları’ olan bu kişiler, gangster filmlerinde başkahraman haline gelmiştir ve bu kez örgütün peşindeki polis, kötü ya da en azından sevmeyen bir karakter olarak sunulmaktadır. Buna göre toplumsal gelişmeler ve izleyicinin tercihleri doğrultusunda ana karakter olarak ‘polis’ ve ‘gangster’, hikâyenin merkezinde yer değiştirebilmektedir. Bu açıdan gangster filmlerini, polis/dedektiflik filmlerinin karşısı olarak değerlendirmek mümkündür.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki ilk organize suç çeteleri, 1820’li yıllarda New York şehrinin gecekondu bölgelerine yerleşen İrlandalı göçmenlerden oluşmuştur. 1890’lı yıllarda, ülkeye gelen İtalyan göçmenlerin kurduğu *Kara El* olarak bilinen ilk suç çeteleri ortaya çıkmıştır (Siegel, 1989: 339). Amerika’daki suç örgütlerinin en büyüğü ve tehlikelisi olarak ise, Sicilya kökenli *Mafya* (*Mafia*) isimli örgüt kabul edilmektedir. *Mafia* tabiri, aslında yeraltı dünyasındaki asıl ismi *Bizim Şeyimiz* anlamına gelen İtalyanca *La Cosa Nostra* olan örgütün daha bilinir ikinci adıdır. 1282 yılında Fransa işgalindeki Sicilya’yı kurtarmak isteyen vatanseverlerin kurduğu gizli bir oluşum olan Mafia, Sicilya’yı Fransız boyunduruğundan kurtarmak anlamına gelen ‘*Morte alla Francia Italia anela*’ parolasının ilk harflerinden oluşan bir isimdir. Askeri bir yapılanmaya sahip ve saygı gören bir topluluk olarak Mafya, zamanla yoksulların koruyucusu ve asayişin sağlayıcısı işlevini kaybederek, Sicilya’nın siyasal ve ekonomik geleceği üzerinde önemli etkisi olan bir güce dönüşmüştür (Kakıncı, 1993: 22-23). Örgüt içinden Amerika’ya göç edenlerin, aynı güce bu yeni kıtada sahip olmasına ve organize suç örgütlerinin toplumda tamamen egemen konuma gelmesine neden olan en önemli faktör olarak 1920 yılından 1933 yılına kadar sürecek olan on üç yıllık içki yasağı (*Prohibition Era*) gösterilmektedir. Siegel, 1920’lerde beş yüzün üstünde Sicilyalı mafya üyesinin ABD’ye geldiğini belirtmektedir (1989: 339-340). Böylece *La Cosa Nostra* iş ve siyaset dünyasından da destek görerek içki, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı ile kumar ve fuhuş ticaretine egemen olmuş ve tüm ülkede organize suçun* yöneticisi haline gelmiştir.

İçki yasağının kaldırılmasından sonra yeni kazanç kaynakları arayan organize suç örgütlerinin uyuşturucu satışlarına yöneldiği saptanmıştır. İkinci Dünya Savaşı’nın ardından bu örgütler içki, kumar ve uyuşturucu gibi büyük kazanç getiren işlerini, Küba ve Las Vegas’ta kumarhaneler, otel zincirleri ve restoranlar gibi ‘yasal’ iş alanlarında devam ettirmişlerdir. Böylece makineli tüfek kullanan gangsterler, “düzenbaz iş adamlarına” dönüşmüştür (Siegel,

* Don C. Gibbons’a göre organize suç, ABD’ye gelen göçmenlerin oluşturduğu, Amerikan halkını tehdit eden ve istenmeyen bir oluşum olarak görmek eksik bir bakış açısı olacaktır. “Organize suçla ilişkili üç grup vatandaş bulunmaktadır: suç örgütünün içindeki suçlular, organize suçla işbirliği içindeki polis ile diğer resmi görevliler ve organize suç örgütünün sunduğu kumar, fuhuş, uyuşturucu gibi hizmetleri satın alan vatandaşlar” (1987: 314). Bu doğrultuda organize suç, vatandaşların talep ettiği satışı yasak olan mal (içki, uyuşturucu vb.) ve hizmetleri (fuhuş, kumar vb.) sağlayan ve bazı yasa koyucu/koruyucuların suç ortaklığıyla yürütülen yasadışı bir iş olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle organize suç, sadece göçmenlerin gerçekleştirdiği yasadışı aktiviteler şeklinde açıklamak indirgemeci bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.

1989: 340). Buna göre, organize suçun toplumdaki siyasal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak değişim gösterdiğini söylemek mümkündür.

Amerikan toplumunu pek çok açıdan etkileyen bu yeraltı örgütleri Hollywood film endüstrisi tarafından da ele alınmıştır. 1906 tarihli bir kısa film olan *Kara El* (*The Black Hand*, yön. Wallace McCutcheon) gangster film türünün ilk örneği olarak kabul edilmektedir. Sinemada gangster filmlerinin “altın çağ”ını başlatan film ise, Josef von Sternberg tarafından yönetilen *Yeraltı* (*Underworld*, 1927)’dır (Nochimson, 2007: 110). Gangster filmlerinin popülerleşerek bir tür haline gelmesi ise Mervyn LeRoy’un yönettiği *Küçük Sezar* (*Little Caesar*, 1931) filminden sonra olmuştur. *Küçük Sezar*, aynı zamanda hikâyeyi suçlunun bakış açısından anlatan ilk film olma özelliği taşımaktadır. Kakinç, dönemin toplumsal koşullarını ve gangster filmlerinin nasıl popüler olduğunu şu şekilde açıklamaktadır:

“Ekonomik bunalımın ilk yıllarında sinema seyircileri artık komedilere gülemez olmuştu ve göz boyayıcı, gösterişli tarih ve serüven filmlerine gına getirmişlerdi. Sinema aracılığında kendi sorunlarının gündeme gelmesini bekliyor ve bunu istiyorlardı. Bu arayış, sinemada yeni bir gerçekçilik dönemine yol açtı. Warner Bros., Little Caesar filmiyle gişe rekorları kırınca, diğer yapımcıları da benzer konularda filmler çekmeye koyuldular; böylece sinemada ‘gang filmlerinin altın çağı’ başlamış oldu. Yalnız 1931 yılında elliye aşkın gangster filmi çevrilip seyirci karşısına çıkarıldı” (1993: 36).

Böylece 1930’lu yıllar boyunca çok sayıda gangster filmi üretilmiş ve geniş kitleler tarafından izlenmiştir. Gangster filmlerinin popülerliğinin Thomas Leitch’e göre üç nedeni vardır: (1) sinemada sesin kullanılmaya başlaması sonucu arabaların, polis sirenlerinin ve silah seslerinin filme eklenmesiyle işitsel devamlılığın sağlanması, (2) ses sayesinde gangster kahramanların kendilerini keskin nüktelerle ifade edebilmeleri ve bu kahramanların etnik ya da göçmen kökenlerini ortaya çıkaran gerçekçi diyalogların gangsterleri yabancılaşmış ve hassas göstermesi, (3) arka plandaki İçki Yasağı ve Bunalım Dönemi (2002: 109-110). Filmlerde gangsterin yasal olmayan bir şekilde de olsa servete ve refaha ulaşmasını, ekonomik sıkıntı içindeki izleyici için sisteme karşı kazanılmış bir zafer olarak okumak mümkündür. 1930’ların gangster filmlerini ilk Hollywood tür filmi olarak nitelendiren Munby bu filmlerin, “bireycilik ve topluluk”, “isyan ve uyum” arasındaki sürekli zıtlığı, statükoyu bozmadan ele almaya çalışan klasik anlatı ekonomisinin bir simgesi olduğunu belirtmektedir (1999: 13). Buna göre gangster filmlerinin izleyicileri bir yandan kurallara saygılı, dürüst bireyler olduklarına inanırlarken, diğer taraftan gangsterin otoriteye ve kurallara aykırı eylemlerine, kanuna karşı gelmeden temsili biçimde katılmış olmaktadır.

Küçük Sezar ile birlikte, onun ardından çekilen *Halk Düşmanı* (*The Public Enemy*, 1931, yön. William A. Wellman) ve *Yaralı Yüz* (*Scarface*, 1932, yön. Howard Hawks) filmleri* gangster

* Bu filmler, sadece gangster türünün ilk örnekleri oldukları için değil, *Amerikan Sinema Yapımcıları ve Dağıtımçıları’nın* (*The Motion Picture Producers and Distributors of America*) çıkarmış olduğu *Film Üretim Yasası* (*Motion Picture Production Code*) uygulamaya konmadan önce çekilmiş oldukları için de önemli kabul edilmektedir (Monaco, 2001: 266). 1934 yılında yürürlüğe giren ve 1968’e kadar geçerli olan *Film Üretim Yasası* ile birlikte filmlerdeki cinsellik ve şiddet sahnelerinde kısıtlamaya gidilmesi öngörülmüştür. Yasaya göre filmlerde uyuşturucu kullanımı ve satışına, çıplaklığa, cinsel sapkınlığa ve beyaz/siyah ırk arasındaki cinsel

türünün ilk önemli ve klasik örnekleri olarak kabul edilmektedir (Ellis, 1990: 160). Ancak bu filmler aynı zamanda, suçu özendiriyor olduğu gerekçesiyle muhafazakâr gruplar tarafından protesto edilmiş ve sansüre uğramıştır. Bu açıdan *Halk Düşmanı* filminin başına yapım şirketi Warner Bros. tarafından eklenen yazı, söz konusu tepkileri önlemeye yöneliktir: “Filmin yapımcılarının amacı, suçu ve gangsterliği övmekten ziyade bugün Amerika’nın belirli kesimlerinde var olan ortamı dürüstçe resmetmektir”. Çocukluklarından itibaren ufak suçlar işleyen ve içki yasağı yıllarında içki kaçakçılığına başlayan ve sonunda ölen iki arkadaşın hikâyesini anlatan filmin kapanış yazısı da şu şekildedir: “Halk Düşmanı ne bir adam ne de bir karakterdir, O er ya da geç toplum tarafından, yani BİZİM tarafımızdan çözülmesi gereken bir problemdir”. Film, çekildiği dönemde hâlâ devam etmekte olan içki yasağını, yeraltı örgütlerinin güçlenmesinin nedeni olarak göstermekte ve suçla mücadelenin sadece kanun koyucular tarafından değil, bütün toplum tarafından üstlenilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Al Capone’un hayatından esinlenerek çekilen *Yaralı Yüz* filmi de benzer bir yazıyla başlamaktadır: “Bu film, Amerika’daki çete kanunlarına ve devletin, güvenliğimizi ve özgürlüğümüzü tehdit eder hale gelen bu duruma karşı takındığı vurdumduymazlığa bir eleştiridir. Bu filmdeki olayların hepsi gerçekten yaşananların yeniden canlandırmasıdır ve filmin amacı devlete ‘Bu konuda ne yapmayı düşünüyorsunuz’ sorusunu yöneltmektir”. Bu yazı, sinemanın gangsterleri kahramanlaştırdığı yönündeki eleştirilerin artması üzerine filmin başına sonradan eklenmiştir. Sansüre takılan ve gösterimi geciktirilen filme kamuoyunu yatıştırmak amacıyla yeni bölümlerin ilave edildiği de bilinmektedir (Kakıncı, 1993: 43). Bunun sonucunda filmin ana karakteri Tony Comonte (Paul Muni), kendisinden önceki gangster tiplerinden daha itici ve sevimsiz şekilde sunulmuştur.

Suçu özendirdiği ve suçlu karakterleri yücelttiği iddiasıyla eleştirilen gangster filmleri, *Amerikan Rüyası’nı* gerçekleştirmek için yasadışı bile olsa her yola başvurmadan çekinmeyen bireyleri ele alarak, *Amerikan Rüyası’nın* suç üretme işlevini açıkça göstermektedir. Buna göre, ‘*Amerikan Rüyası’nın* karanlık yüzü’ olarak ortaya çıkan suçun, filmin sonunda karakter için bu rüyayı kâbusa dönüştüren bir olgu şeklinde sunulduğunu düşünmek olanaklıdır.

The Gangster as Tragic Hero adlı makalesinde türü inceleyen Robert Warshow’a göre gangster filmlerinde görülen ortak tema, düzenli bir yükseliş ve bu yükselişi takip eden düşüş hikâyeleri sunmalarıdır (2001: 102). Bu doğrultuda genellikle gangsterin çocukluğu ya da ilk gençlik yıllarıyla başlayan film, önce bu karakterin suça nasıl ve neden bulaştığını göstermektedir. Örnek olarak, *Küçük Sezar*, *Halk Düşmanı*, *Yaralı Yüz* ve *The Roaring Twenties* (1939, yön. Raoul Walsh) ile yakın döneme ait *Bir Zamanlar Amerika’da* (*Once Upon a Time in America*, 1984, yön. Sergio Leone) filmlerinin karakterleri hikâyenin başında parasız gençlerdir. Bu karakterler film devamında, kendi akranlarıyla birlikte ya da suçlu bir rol modeli aracılığıyla suç işleme tekniklerini (örneğin hırsızlık ya da kaçak içki yapımı) öğrenerek birer suçlu haline gelmektedir.

Munby, 1930’lu yıllarda çekilen filmlerdeki gangsterlerin suça yönelmesinin, kendilerini yoksulluğa mahkûm eden sosyo-kültürel engelleri aşmak için duydukları anlaşılabilir arzulardan kaynaklandığını ve bu sebeple suçluların izleyiciye kapı komşusu olacak kadar

ilişkiye dair sahneler tamamen yasaklanırken; suç, cinsellik, küfür, müstehcenlik içeren unsurların sınırlandırılması kabul edilmiştir (Ellis, 1990: 154).

yakın ve sıradan geldiğini belirtmektedir (1999: 116). Toplumun sunduğu maddi başarı ve iyi bir kariyer gibi hedeflere yasal yollardan ulaşması mümkün görünmeyen ana karakterin, para ve güce erişmek için yasal olmayan yolları kullanarak ‘azılı’ bir gangster haline gelmesi şeklinde ilerleyen anlatı yapısı *Gerilim Teorileri*’nin değerlendirmeleriyle paralellik göstermektedir. Söz gelimi *Küçük Sezar* filminin açılış sahnesinde Rico yakın arkadaşıyla sohbet ederken gazetede bir mafya patronunun arkadaşları tarafından onurlandırıldığına dair bir haber okur. Kendisinin aynı saygıyı görmek ve güce kavuşmak istediğini ve bu nedenle artık ufak suçlarla uğraşmayacağını söyler. Benzer şekilde *Yaralı Yüz* filminin ana karakteri Tony, şehrin kenar mahallesinde yaşayan fakir bir göçmendir, zengin olmak ve lüks bir yaşam sürmek istemektedir. Bu isteğini gerçekleştirmek için tek yol olarak yasa dışı işlerde başarılı olması gerektiğini düşünmektedir. Hırsı ve acımasızlığı sayesinde kısa süre içinde bir suç lideri haline dönüşür, imrendiği şık kıyafetlere, büyük bir eve ve son model bir arabaya sahip olur. Evinin penceresinden görünen büyük bir reklam tabelasında “*Dünya senindir*” (*The world is yours*) yazmaktadır. Tony’nin tek arzusu da “Dünya benim!” diyebilmektir. Ancak filmin sonunda kendisini yakalamaya çalışan polislerle girdiği çatışmada vurularak öldürülür. *Amerikan Rüyası*’nın etkisi altında kalan bir göçmen olarak Tony maddi başarı, güç ve zenginlik için yasadışı ya da tehlikeli olan ne varsa yapmaya hazırdır, cinayet işler, kaçakçılık yapar. Ancak sonunda bu rüyayı gerçekleştirmek Tony’yi kendi yıkımına götürür.

‘Gangsterin yükselişi ve düşüşü teması’na dayalı olarak bu dönemde çekilen gangster filmlerinin temel bir hikâye çizgisi vardır: Ana karakter fakir bir mahallede yaşamaktadır, ilgisiz ebeveynleri vardır veya kimsesizdir. İçinde bulunduğu düzene giremeyen, girmesi de, yasal yollarla mümkün görünmeyen toplum dışı birisidir. Kendisini suçla ilişkili işlerde çalıştıran bir başka gangsterin ya da suça meyilli arkadaşlarının etkisiyle suç işlemeye başlar. Hikâye çoğunlukla içki yasağı döneminde geçtiği için, gangsterlerin işlediği bu suç, içki kaçakçılığıdır. Gangster, kendi kurallarını oluşturarak düzene karşı var olmayı veya düzeni yıkmayı, başarı ve parayı bu şekilde elde etmeyi istemektedir. Böylece zamanla azılı bir suçlu haline gelecek, paraya, güce ve güzel kadınlara sahip olacaktır. Gangsterin suç dünyasında lider ya da benzeri bir konuma geldiğinin en önemli göstergeleri olarak şık takım elbiseleri, büyük otomatik silahlar, lüks otomobiller, pahalı restoran ve evler kullanılmaktadır. Ancak gangster için başarı, aynı zamanda yalnızlık anlamına gelmektedir. “Gangsterin tüm hayatı, kendisini bir birey olarak ortaya koyma, kalabalıktan sıyrılma çabasıdır ve daima, bir birey olduğu için ölür” (Warshow, 2001: 104). Başka bir deyişle gangsterin, başkaları üzerinde kurduğu bireysel egemenlik, karşılığında nefret ve düşmanlık da yaratmaktadır. Bu nedenle, eninde sonunda rakipleri ya da polis tarafından öldürülür. Böylece kolay yoldan kazanılan başarı ve servetin bedeli de ödenmiş olmaktadır. Bu açıdan, başka bir kıtadan gelen fakir göçmenlerin bile bu yeni ülkede zenginliğe ve güce sahip olabileceğini gösteren gangster filmlerinin, *Amerikan Rüyası*’nı farklı bir açıdan yorumladığı düşünülebilir.

Sıradan bir adamın suç dünyasında başarıyı, gücü ve zenginliği elde etmesi şeklinde gelişen bu anlatının temelinde “Horatio Alger miti” yer almaktadır (Mitchell, 2012: 255). 1800’lü yıllarda yaşamış, popüler bir yazar olan Horatio Alger, fakir olsa da çalışarak ve sabrederek, zenginliği ve başarıyı elde eden karakterlerin öykülerini anlattığı romanlarıyla bilinmektedir. Alger’in *şans ve cesaret* (*luck and pluck*) formülüne dayanan moral verici hikâyeleri, aynı zamanda *Amerikan Rüyası* kavramının özünü oluşturmaktadır (Bknz. Decker,

1997: 2). Horatio Alger miti olarak adlandırılan bu anlatı yapısının, edebiyat eserlerinde ve aralarında gangster filmlerinin de olduğu Hollywood sinemasında sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.

Bu mit, başarı ve zenginlik olarak özetlenebilecek ‘mutlu son’a ulaşmak için bireysel çabaya vurgu yapmaktadır. Ekonomik durum, eğitim olanakları, aile yapısı, cinsiyet ve ırksal özellikler gibi bireyin hayatını belirleyen faktörler, Horatio Alger mitinin üzerinde durduğu şans ve cesaret kavramlarının yanında görece önemsiz kalmaktadır. Böylece kişinin, kadın ya da erkek, beyaz ya da siyah, Hristiyan ya da Müslüman olması fark etmeksizin, ‘talihinin yolunda gitmesi’ ve ‘çok çalışması’ neticesinde *Amerikan Rüyası* ideallerine kavuşabileceği mesajı verilmektedir.

Bununla birlikte, Horatio Alger mitinin öngördüğü mutlu sonların, gangster sineması için geçerli olmadığı hatırlatılmalıdır. Türdeki çoğu filmde ölmek, ana karakter gangsterin kaderi şeklinde sunulmaktadır. Böylece gangster hem sistemin kurbanı olarak gösterilmekte, hem de sisteme karşı çıkmanın cezalandırılacağı mesajına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda bazı eleştirmenler, gangster filmlerini, kişinin para ve mal arzusu uğruna, suça yönelmesinin ve sonunda şiddet yoluyla adaletle teslim edilmeyi göze alarak bir gangster olmasının sonuçları hakkındaki ahlâki hikâyeler olarak görmektedir (Trend, 2008: 71). Özellikle ilk dönem gangster filmlerini ‘suçluların ibretlik öyküleri’ şeklinde ele alan bu bakış açısının, söz konusu filmlerin suçu ve suçluları yücelttiği yönündeki eleştirilere zıt olduğu görülmektedir. Klasik dönemde çekilen gangster filmlerinin çoğunda benzer nitelikte ahlâki mesajları takip etmek mümkündür. Bununla birlikte, sadece hukuk kurallarına değil, ortak toplumsal norm ve değerlere aykırı eylemlerine rağmen suçluların geniş kitleler tarafından kabul görmesi, Amerikan toplumunda sadece sinemada değil, gerçek hayatta da karşılaşılan bir durum olmuştur. Paul Kooistra, *Criminals As Heroes* isimli kitabında “suçlu kahraman” (*heroic criminal*) kavramını kullanarak, Billy (the Kid) Bonney, Frank ve Jesse James Kardeşler, Belle Starr, Daltonlar, Butch Cassidy ve Wild Bunch çetesi, John Dillinger, Al Capone, Bonnie Parker ve Clyde Barrow gibi suçluların nasıl Amerikan kahramanı haline dönüştüklerini açıklamaya çalışmıştır. Yazar, suçluların kahramanlaşma sürecini sosyolojik açıdan “Robin Hood Miti”yle izah etmektedir (1989: 32). Buna göre, Robin Hood tarzı bu suçlular, bir toplumda belirli bir zaman diliminde, belirli sosyal koşullar altında, kültürel bir ürün ve politik bir simge olarak ortaya çıkmaktadır. Kooistra, ABD’de 1870’li yıllarda Billy (the Kid) Bonney, Frank ve Jesse James, Belle Starr; 1890’lı yıllarda Daltonlar, Butch Cassidy ve Wild Bunch; 1930’lı yıllarda ise John Dillinger, Al Capone, Bonnie Parker ve Clyde Barrow ve Ma Barker gibi suçluların, toplumu etkileyerek *suçlu kahramanlar* haline geldiklerini ifade etmektedir. Yazara göre ABD için *suçlu kahramanların* ortaya çıktığı bu üç dönemin ortak özelliği, bu yıllarda ülkenin ekonomik bunalım içerisinde olmasıdır (Kooistra, 1989: 33). Bu yaklaşım doğrultusunda böyle dönemlerde maddi açıdan sıkıntı yaşayan, kanunların sadece belirli bir grubun çıkarlarını korumaya yönelik olduğunu düşünen ve dolayısıyla yasal sisteme güveni sarsılmış olan halk, yasaları ihlal eden kişileri kahramanlaştırma eğilimi göstermektedir. Böylece, halkın ekonomik sıkıntıların ve yolsuzlukların sebebi olarak gördüğü bankaları ya da diğer resmi kurumları hedef alan Billy the Kid, Jesse James, John Dillinger gibi suçlular ‘adaleti’ sağlayan kahramanlar olarak görülmeye başlanmıştır.

Suçluların ‘halk düşmanı’ndan ‘halk kahramanı’na dönüşerek, kültürel bir ürün haline gelmesinde kitle iletişim araçlarının da büyük rol oynadığına yönelik görüşü vurgulamak mümkündür. Halkın, *suçlu kahramanlara* olan ilgisi sebebiyle gazete, televizyon, sinema gibi kitle iletişim araçları günümüzde hâlâ bu suçluların hikâyelerini konu etmeye devam etmektedir. Gangster türü başta olmak üzere, suçluların merkezde olduğu çoğu filmde karakterin, izleyicilerin gözünde kahramanlaşması için izlenen formül; suçlunun eylemlerinin haklılaştırılması, hatta kimi zaman suçlunun kurban; kurbanların ise suçlu konumunda gösterilmesi ve suçlunun adaletsiz düzene karşı mücadele eden bir isyankâra dönüştürülmesi şeklinde uygulanmaktadır (Phelps, 1983: 1432). Bu doğrultuda, beyazperdede ana karakter olarak sunulan gangsterlerin, genellikle kötü ve zararlı eylemler gerçekleştiren kişiler olarak değil, işsizlik, yoksulluk ya da intikam alma arzusu gibi belirli toplumsal ya da kişisel sebeplerle kanundışı yola ‘sapmak’ zorunda kalmış, resmi otoritelere başkaldıran, kişisel çıkarları uğruna suç işlese de haksızlıklara göz yummayan kahramanlar olarak sunulduğu görülmektedir. Böylece seyirci bir yandan gangster karakteriyle özdeşleşerek yozlaşmış sisteme ve onun kanunlarına temsili biçimde karşı gelmenin, para ve güce dayalı bir hayatı hayal etmenin hazzını yaşamakta, diğer yanda ise kolay yoldan zengin olan gangsterin ölümü ya da yakalanmasıyla rahatlatılmaktadır.

Tarihsel gelişimi açısından bakıldığında, türün en popüler olduğu 1930’lu yıllarda çekilmiş olan gangster filmlerinin, ABD’de yeraltı örgütlerinin ortaya çıkma sürecini, savaş sonrası hâkim olan ekonomik ve toplumsal koşulları, içki yasağının ve Büyük Bunalım’ın etkileriyle ilişkilendirerek anlattığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere bu filmlerin ortak noktası, işsiz ve parasız ana karakterin zamanla saygı duyulan ve korkulan bir gangstere dönüşmesi, ancak işlerin kendisi için bir şekilde çıkmaza girmesi sonucu polis ya da düşmanları tarafından vurularak öldürülmesi şeklinde ilerleyen bir olay örgüsüne sahip olmasıdır. Benzer izleği ve *Amerikan Rüyası* vurgusunu, türün yetmişli yıllarda yeniden canlanmasını sağlayan *Baba* (*The Godfather*, yön. Francis Ford Coppola), *Baba II* (*The Godfather: Part II*, 1974, yön. Francis Ford Coppola) filmleri başta olmak üzere, Martin Scorsese’nin ‘Suç Üçlemesi’ olarak bilinen filmleri *Arka Sokaklar* (*Mean Streets*, 1973), *Sıkı Dostlar* (*Goodfellas*, 1990) ve *Casino* (*Casino*, 1995), *Bir Zamanlar Amerika’da* (*Once Upon a Time in America*, 1984, yön. Sergio Leone) ve *Yaralı Yüz* (*Scarface*, 1983, yön. Brian De Palma) gibi modern döneme ait gangster örneklerinde görmek mümkündür.

Yaralı Yüz, 1932 tarihli aynı isimli filmin yeniden çevrimi olarak bilinmekle birlikte, iki filmin olay örgüsü, birkaç ortak nokta dışında birbirine benzememektedir. “Howard Hawks’ın içki yasağı dönemi Scarface’i, kokain dönemi Scarface’i olarak güncellenmiştir (...)” (Tucker, 2008: 6). Çekildikleri dönemin toplumsal ve ekonomik koşulları gereği iki filmdeki suçun içeriğinin değiştiği görülmektedir. Bu doğrultuda iki film arasında başka farklılıklar da söz konusudur. Bu farklılıklardan ilki karakterlerin ismi ve kökenidir. İlk filmde Sicilyalı olan Tony Comonte, yeniden çevrimde Kübalıdır ve ismi Tony Montana’dır. Ülkesinden ve komünizmden kaçarak Miami’ye gelen Tony (Al Pacino) ve arkadaşı Manny, diğer mültecilerle birlikte bir gözetim merkezinde tutulur. Tony’dan yeşil kart karşılığında, merkezde bulunan bir siyasi suçluyu öldürmesi istenir. Tony cinayeti işler ve arkadaşı Manny ile birlikte bir büfede çalışmaya başlar. Ancak büyük işler yapmak ve para kazanmak istemektedir. Bir kokain teslimatı sırasında yaşanan tersliklere rağmen hem parayı hem de

kokaini kurtaran Tony, büyük patron Lopez’le tanışır ve onun için çalışmaya başlar. Bu arada Lopez’in sevgilisi Elvira’ya (Michelle Pfeiffer) âşık olur. Tony istediği gibi para kazanmaya başlamıştır, kendisine araba ve şık takım elbiseler alır. Tek başına işler yapan Tony’yi kendisi için bir tehdit olarak gören Lopez, Tony’yi öldürtmek ister ancak başarılı olamaz. Bunun üzerine Tony, Lopez’i öldürür ve bir suç patronu haline gelir. Bahçesinde bir kaplanın bağlı olduğu büyük bir evi, ancak makine yardımıyla sayabileceği kadar çok parası vardır. Kolombiyalı bir gangstere, bir suikast için yardım edeceğine söz verir, ancak öldürülecek kişinin yanında ailesi olduğunu görünce suikasta engel olur. Bunun üzerine Kolombiyalılar tarafından evine yapılan bir baskınla Tony öldürülür. *Yaralı Yüz* filminin olay örgüsü gibi, finali de, 1932 tarihli öncülünden farklıdır, ilk filmde Tony polislerin yaptığı bir baskın neticesinde öldürülmektedir.

1990’lı ve 2000’li yıllara gelindiğinde, suç filmlerinin yeniden canlandığı görülmektedir. Bu durumun başlıca nedenlerinden biri, film gelirlerini arttırmak amacındaki yapım şirketlerinin, daha iyi çalışan bazı formül ve türleri kullanmaya başlamasıyla ilgilidir (Trend, 2008: 116). Gangster filmleri de bu türler arasında yer almaktadır. Gerçek hayattaki suçlu kahramanların ve gangster filmlerinin popüler olduğu yılların ABD’nin ekonomik, siyasi ve toplumsal bunalım dönemleriyle çakıştığı göz önüne alındığında, türün özellikle iki binli yıllarda çekilen örneklerini, 11 Eylül Terör Saldırıları’nın Amerikan toplumunda yarattığı travmatik etkiler kapsamında değerlendirmek önemlidir. Bu çerçevede, *Amerikan Rüyası*’nın vadettiği refah, mutluluk, zenginlik gibi idealleri izleyiciye yeniden hatırlatan, böylece güven ve cesaret veren anlatılara başvurulmuştur.

2007 tarihli *Amerikan Gangsteri* (*American Gangster*, yön. Ridley Scott) filmini bu açıdan ele almak mümkündür. 1968 yılında Harlem’de geçen bir öyküyü konu olan filmin hikâyesi, gerçek olaylara dayanmaktadır. Suç patronu Bumpy Johnson’ın (Clarence Williams III) şoförü ve sağ kolu olan Frank Lucas (Denzel Washington), Bumpy kalp krizinden ölünce, Harlem’deki uyuşturucu satışının kontrolünü ele geçirmeye karar verir ve kısa bir zaman içinde Harlem’i yönetmeye başlar. Türün gelenekleri arasında yer alan, gangsterin hayatının önce yükseliş ve sonrasında düşüş çizgisini izlemesine dayalı olay örgüsü *Amerikan Gangsteri*’nde de bulunmaktadır. Bununla birlikte, filmin anlatısını besleyen Horatio Alger mitinin ve bu mitin altyapısını oluşturduğu *Amerikan Rüyası* kavramının, Frank Lucas karakterinin ırksal özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi, Amerika’daki yeraltı dünyası, Büyük Buhran ve içki yasağı döneminden itibaren çoğunlukla İtalyan mafyasının hâkimiyetinde olmuş ve ABD’nin büyük kentlerindeki suç organizasyonları İtalyan aileleri tarafından yönetilmiştir. Böyle bir suç ortamında, Frank’in ‘başarı öyküsü’, Harlem’de yaşayan siyahi kökenli sıradan bir suçlu için *Amerikan Rüyası*’nın gerçek olması anlamına gelmektedir. Filmde uyuşturucu ticaretini araştıran polis karakteri, Frank Lucas’ın uyuşturucu ticaretinin başındaki asıl isim olduğunu ve bunun için örgüt kurduğunu söylediğinde alay ve tepkiyle karşılaşır. Bunun nedeni ise, Frank’in herhangi bir İtalyan suç ailesiyle bağı olmayan siyahi kökenli biri olmasıdır. Frank için söylenen “Amerikan mafyasının bile başaramadığı bir işi bu lanet zenciler yüz yıl geçse bile asla başaramaz” sözleri de, Frank’in elde ettiği konumunun önemine işaret etmektedir.

Frank’in başarı, zenginlik ve güç ideali için izlediği yol toplumsal ve hukuki açıdan gayrimeşru olarak nitelendirilmekle birlikte, yüceltilen ‘Amerikan girişimciliği değerleri’ne

uyduğu görülmektedir. Sözgelimi Frank, Vietnam Savaşı’ndan dönen şehit tabutlarını uyuşturucunun sevkıyatı için kullanarak ‘krizi fırsata çevirmiş’, sattığı uyuşturucunun fiyatını düşük tutarak ‘rekabete direnmiş’ ve uyuşturucu ticaretinde *Blue Magic* isimli bir marka yaratarak ‘yenilikçi davranmış’tır. Çok çalışma ve risk alma gibi önemli diğer Amerikan değerlerini de yerine getiren Frank Lucas’ı, bu açıdan filmin isminin de işaret ettiği üzere, *Amerikan Rüyası*’nı gerçekleştirmiş bir gangster olarak nitelendirmek mümkündür.

Suç ve suçluluğu *Amerikan Rüyası* ve onunla bağlantılı olarak da *Gerilim Teorileri*’nin açıklamalarına paralel şekilde ele alan bir diğer örnek *Halk Düşmanları* (*Public Enemies*, 2009, yön. Michael Mann) filmidir. 1903-1934 yılları arasında yaşamış ve o dönemden günümüze kadar ABD’de ismi hâlâ hatırlanmakta olan bir banka soyguncusu olan John Dillinger’ı (Johnny Depp) konu alan film, Büyük Bunalım döneminde yaşanan ekonomik zorlukların bireyi suça yönlendirme potansiyelini göstermektedir. Toplum tarafından belirlenen kültürel amaçları benimseyerek para veya statü elde etmek isteyen, ancak bunun için izin verilen kurumsal araçlara ulaşamayan ya da bu araçları yetersiz bulan bireyleri *yenilikçi* olarak nitelendiren Merton’ın teorisi göz önüne alındığında, John Dillinger’ı da bu kategoriye dâhil etmek mümkündür. Küçük bir kasabada, zor koşullar altında yetiştiğini anlatan John’un düzgün bir eğitim olanağına sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Ufak bir hırsızlık yaptığı için on sene boyunca hapiste kalmış olması John’un meşru araçlardan uzak kalarak, hapiste suçlu kültürle ilişkisini güçlendirmiştir. Ayrıca John’un yaşadığı dönemde ABD’de, Büyük Bunalım’ın olumsuz etkilerinin hâlâ sürdüğü ve buna bağlı olarak düzgün iş olanaklarının kısıtlı olduğu bilinmektedir. John ise büyük hayallere ve arzulara sahiptir. Hayatta ne istediğini soran Billie’ye “Her şeyi” diye cevap verir. Bu isteğini gerçekleştirmek için de soygun yapmakta ve yasadışı yoldan para kazanmaktadır.

Bununla birlikte, filmde kanun görevlileri tarafından kullanılan ‘halk düşmanı’ tabirinin, Dillinger’ın suç eylemlerini gerçekleştirdiği dönemde yaşayan insanlar ve filmin seyircisi için geçerli olmadığı vurgulanmalıdır. Dillinger’ın, küçük bir kasabada yetişmiş, maddi zorluklar yaşamış ve eğitimsiz bir kişi olarak halka yakın geldiği bilinmektedir. John’un, sıradan insanlar tarafından, kendilerinin de uğraştığı problemlerin benzerini yaşamış ve başka seçeneği olmadığı için suç işlemeye yönelmiş birisi gibi algılanması, halk kahramanı olarak benimsenmesini desteklemektedir. Film de bu algıyı pekiştirir şekilde, John Dillinger’ı barışçıl, kurnaz ve romantik bir kanun kaçağı olarak resmetmektedir. Bu doğrultuda, ‘halk kahramanı’ olarak kabul edilen bir kimsenin hayatının konu edildiği filmin isminin *Halk Düşmanları* olması ironi barındırmaktadır.

Gangster için ‘halk kahramanı’ ya da ‘halk düşmanı’ nitelemelerinden hangisi kullanılırsa kullanılsın, onu, kendi *Amerikan Rüyası*’nı gerçekleştirmiş bireyin temsilcisi olarak değerlendirmek mümkündür. Bu açıdan gangster filmleri, kavramın suçla ilişkisini görmek için yol gösterici nitelik taşımaktadır. *Gerilim Teorisi* ve *Kurumsal Anomi Teorisi*’nin işaret ettiği üzere, toplumun yücelttiği kültürel hedeflere ve *Amerikan Rüyası* vaatlerine ulaşmak ve mevcut ekonomik olanaksızlıkları aşmak amacıyla suça yönelen bireylerin öyküleri, popüler sinema anlatıları arasında yer almaya devam etmektedir. Öte yandan, kullanması gereken araçların yasa sınırları içinde olması nedeniyle engellenen ve toplumun dayattığı maddi hedefler tarafından kısırlanan kişi sadece gangster değildir; izleyiciler için de aynı gerilimin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, otorite karşıtı bir figür olarak

gangster, gerçek hayatta ve sinemada ‘çekici ve ulaşılmaz’ görünen bir hayatın simgesi haline gelmiştir. Yasanın getirdiği her türlü sınırlama ve yasaktan bağımsız olması, kanun tarafından belirlenen çizgilerin dışına çık(a)mayan kişiler için gangsteri hayranlık uyandırıcı kılmaktadır. Bununla birlikte finalde, gangsterin, polis ya da düşmanları tarafından öldürülmesi, hapse girmesi ya da her şeyini kaybetmiş halde yalnız kalması şeklinde gerçekleşen olumsuz sonun, karakterin işlediği suçların karşılığı olarak sunulmasının, türe muhafazakâr bir nitelik kattığı hatırlatılmalıdır.

KAYNAKÇA

- CONKLIN, John E. (2001). *Criminology*, Boston: Allyn&Bacon.
- DECKER, Jeffrey Louis (1997). *Made in America: Self-Styled Success from Horatio Alger to Oprah Winfrey*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- DERRY, Charles (1988). *The Suspense Thriller: Films in the Shadow of Alfred Hitchcock*, Jefferson: McFarland&Company.
- DURKHEIM, Emile (2006). *Toplumsal İşbölümü*, (Çev. Özer Ozankaya), İstanbul: Cem Yayınevi.
- DURKHEIM, Emile (1979). *Suicide A Study in Sociology*, New York: The Free Press.
- ELLIS, Jack C. (1990). *A History of Film*, New Jersey: Prentice-Hall.
- GIBBONS, C. Don (1987). *Society, Crime and Criminal Behavior*, New Jersey: Prentice Hall.
- KAKINÇ, T. Dursun (1993). *100 Filmde Başlangıcından Günümüze Gangster Filmleri*, İstanbul: Bilgi Yayınevi.
- KOOISTRA, Paul (1989). *Criminals As Heroes: Structure, Power & Identity*, Ohio: Bowling Green State University Popular Press.
- KUHN, Annette, WESTWELL, Guy (2012). *A Dictionary of Film Studies*, Oxford: Oxford University Press.
- LEITCH, Thomas (2002). *Crime Films*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MERTON, Robert (1938). “Social Structure and Anomie”, *American Sociological Review*, vol. 3, issue 5, pp. 672-682.
- MESSNER, Steven F., ROSENFELD, Richard (2013). *Crime and The American Dream*, Belmont: Wadsworth.
- MITCHELL, Edward (2012). “Apes and Essences: Some Sources of Significance in the American Gangster Film”, *Film Genre Reader IV*, Ed. Barry Keith Grant, Austin: University of Texas Press, pp. 255-264.
- MONACO, Paul (2001). *History of the American Cinema (Book 8): The Sixties: 1960-1969*, New York: Charles Scribner's Sons.

MUNBY, Jonathan (1999). *Public Enemies Public Heroes: Screening the Gangster from Little Caesar to Touch of Evil*, Chicago: The University of Chicago Press.

NOCHIMSON, Martha P. (2007). *Dying to Belong: Gangster Movies in Hollywood and Hong Kong*, New York: Wiley.

PHELPS, Teresa Godwin (1984). “The Criminal As Hero In American Fiction”, *Wisconsin Law Review*, issue 6, pp. 1427-1453.

REID, Sue Titus (2011). *Crime and Criminology*, New York: Oxford University Press.

SAYIN, Önal (1994). *Sosyolojiye Giriş*, İzmir: Üniversite Kitapları.

SIEGEL, Larry J. (2006). *Criminology*, Belmont: Thomson Learning.

TREND, David (2008). *Medyada Şiddet Efsanesi - Eleştirel Bir Giriş*, (Çev. Gül Bostancı), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

TUCKER, Ken (2008). *Scarface Nation: The Ultimate Gangster Movie and How It Changed America*, New York: St. Martin's Press.

WARSHOW, Robert (2001). *The Immediate Experience. Movies, Comics, Theatre and Other Aspects of Popular Culture*, Cambridge: Harvard University Press.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Adli Yardım

Arş. Gör. Alper Tunga Küçük*

GİRİŞ

Adli yardım, hukukumuzda çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Tebliğin konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile sınırlandırılmıştır. Ancak diğer kanunlarda yer alan bazı düzenlemelere gerekli yerlerde atıf yapılmıştır. Adli yardım Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.334 ile 340 arasında düzenlenmiştir. Kurumun temel amacı yargılama harç ve giderlerini ödeyemeyecek durumda olan kişileri bu giderlerden geçici olarak muaf tutarak hak arama özgürlüğüne hizmet etmektir.

Tebliğde öncelikle kurumun amacı ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme ile Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin temel farkı incelenmiştir. Akabinde mukayeseli hukuktaki düzenlemeler genel hatlarıyla ele alınmıştır. Sonraki bölümde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki sistematik benimsenerek sırasıyla, adli yardımdan yararlanacak kişiler, adli yardım şartları (yoksulluk ve haklılık), adli yardımın kapsamı, adli yardım talebi ve adli yardım kararı incelenmiştir.

I-Genel Olarak

Adli yardım kurumu, yoksulluğu sebebiyle yargılama harç¹ ve giderlerini² kısmen veya tamamen ödeyebilecek durumda bulunmayan bir kimsenin yargılama masraflarından

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

¹ Devletin gördüğü kamu hizmeti kural olarak ücretsizdir. Ancak, davada kişilere özel hukuk alanındaki haklarına kavuşmaları için yardım edildiğinden, yapılan giderin bir kısmının mahkemelerin hizmetinde yararlananlardan alınması uygun görülmüştür. Kişilerden makbuz karşılığında alınan paraya yargılama harcı denir. Bkz. Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s.624.

² Tarafların davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri paraların tümüne yargılama giderleri denir. Hukukumuzda yargılama giderleri terimi geniş anlamda kullanılmakta ve harçlar da buna dahil edilmektedir. Bkz., Kuru, a.g.e., s.627. HMK m.323'te yargılama giderlerinin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre yargılama giderleri, a) Celse, karar ve ilam harçları. b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri. c) Dosya ve sair evrak giderleri. ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler. d) Keşif giderleri. e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler. f) Resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler. g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri. ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti. h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.

geçici olarak muaf tutulmasını sağlar³. Bu durumdaki kişiler adli yardım sayesinde dava açarak veya savunmalarını ileri sürerek mağdur olmaktan kurtulmuş olurlar⁴. Almanların tabirine göre ise adli yardım -yoksul hakkı- (*armenrecht*) kudretsiz olan dava sahiplerinden yargılama masraflarının geçici olarak alınmaması demektir⁵.

Adli yardım Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶ ve Avukatlık Kanunu⁷'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Baro'lar mahkeme kararı olmadan Avukatlık Kanunu hükümlerine göre adli yardım yapabilir. Mahkemeye başvuru üzerine adli yardım talebi reddedilmiş olsa da Baro'nun adli yardıma karar vermesi mümkündür⁸. Ancak mahkeme adli yardıma ve vekil temin olunmasına karar vererek Baro'dan talepte bulunmuşsa, Baro'nun Avukatlık Kanunu hükümlerine göre bu talebi reddetmesi mümkün olmayacaktır (AvK. m.178/3)⁹.

Avukatlık Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yapılan başvuruların sağlayacağı olanaklar birbirinden farklıdır. Bu nedenle Baro'ya yapılan başvurunun kabulü ile kişiye avukatlık hizmetleri sağlandıktan sonra, HMK m.335'de sayılan diğer imkânların (örneğin ve özellikle, mahkemeye yapılacak harç ve gider ödemelerinden geçici bağışıklık; teminat gösterilmesi gereken hallerde o teminatı göstermekten geçici bağışıklık) sağlanması için mahkemeden de adli yardım talebinde bulunulabilir¹⁰. Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin amacı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeyi tamamlamaktır. Avukatlık Kanunu'ndaki adli yardım, adli yardıma başvuran kişiye mahkemelerde yardımcı olmak üzere bir vekil tayin edilmesi ile sınırlıdır¹¹. Bu kanundaki avukatlık hizmetinin kapsamı, hem yargılama öncesinde hukuki danışma hem de yargılama makamları önünde temsil olmak üzere her türlü hizmettir¹². İki kanunun düzenlediği alanlar birbirinden farklı olduğundan, bu hükümlerin farklı kanunlarda yer alması katıldığım görüşe göre yerindedir¹³.

Medeni muhakeme hukukunda kendine özgü bir kurum olarak adli yardım, devletin vatandaşlarının hukuki korunma taleplerini olumlu karşılama görevini yerine getirebilmesini sağlayarak diğer muhakeme hukuku kurumlarından ayrılır. Adli yardım, öncelikle hukuki koruma alanındaki sosyal yardımın bir görünümüdür¹⁴. Bu bakımdan adli yardım, medeni

³ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt1-2, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s.775.

⁴ İlhan E. Postacioğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1975, s.675.

⁵ Neuchâtel usul kanununda adli yardım hakkında hükümler yoktur. Bu hükümler başka kanunlardan alınmıştır. Bkz., Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bs., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s.177.

⁶ Bkz. R.G. 4.2.2011, S.27836.

⁷ Bkz. R.G.7.4.1969, S.13168.

⁸ Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.421, dn.11; Umar, a.g.e., s.970.

⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.421, dn.11.

¹⁰ Umar, a.g.e., s.970.

¹¹ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.1008.

¹² Ayşe Kılınc, **Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.352.

¹³ Kılınc, a.g.e., s.350.

¹⁴ Kılınc, a.g.e., s.19 ve orada atıf yapılan eserler.

muhakeme hukukunda usule ilişkin bir kurum olmaktan ziyade, sosyal mülahazalarla oluşturulan yargılamanın işleyişine yardımcı olan bir kurumdur¹⁵.

Ceza yargılaması alanında adli yardıma ilişkin hükümler Ceza Muhakemeleri Kanunu¹⁶'nda bulunmaktadır. Ceza yargılamasında farklı hükümlere yer verilmesi işin niteliği gereğidir zira her iki yargılama hukukunun nihai amacı hukuki barışın sağlanması ve maddi gerçeğin tespiti olsa da, bunu gerçekleştirirken kullandığı yöntemler birbirinden farklıdır¹⁷.

II-Mukayeseli Hukukta Adli Yardım

A-Kıta Avrupası Hukukunda

Alman hukukunda adli yardım yargılama gideri yardımı (*prozesskostenhilfe*) ve hukuki danışma yardımı (*beratungshilfe*) olmak üzere ikiye ayrılır. ZPO¹⁸ § 114-128 arasında düzenlenen yargılama gideri yardımı HMK'da düzenlenen adli yardım kurumunun karşılığını oluşturmaktadır¹⁹. ZPO § 114'e göre, yardımdan yararlanacak olan tarafın yoksul olması kişiye bağlı bir şart iken, asıl dava bakımından iddia ve savunmanın yeterli başarı ümidi taşıması ve kötü niyetli olmaması ise davaya bağlı şartlardır²⁰. ZPO § 115'te yapılan gelir konusundaki tanımlamaya göre, yardımdan yararlanacak gerçek kişinin elde ettiği her türlü para veya parasal değerden aylık geçim giderleri çıkarıldığında, geri kalan gelirin kişinin sonradan ödeyeceği yargılama giderlerini karşılayabilip karşılayamayacağı esas alınır²¹. Maddenin ekinde yer alan tabloya göre yapılacak hesaplama uyarınca, yargılama giderleri, kişinin gelirine uygun olan aylık taksit miktarlarına göre dört aylık taksit toplamını geçmeyeceği anlaşılırsa, kişiye yargılama gideri yardımı verilmez²². Alman vatandaşı olan gerçek kişilerin yanı sıra yabancı ve vatansız gerçek kişiler (ve bunların fer'i müdahilleri) ile Alman vatandaşlığındaki tüzel kişiler, taraf ehliyetine sahip dernekler ve görev dolayısıyla taraf olanlar da yargılama gideri yardımından yararlanabilir (ZPO § 116)²³. Yargılama gideri yardımı talebi üzerine mahkemenin karar vermek için yaptığı bu yargılama (*prüfungverfahren*), bir dava niteliği taşımaz. Zira yargılama gideri yardımı yargılamasında yapılan giderler geri ödenmez (ZPO § 118)²⁴. Yeterli başarı ümidi öngörüsüne sahip olmak şartıyla, bir davada her

¹⁵ Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, s.9.

¹⁶ R.G., 17.12.2004, S.25673.

¹⁷ Kılınç, a.g.e., s.349-350.

¹⁸ Zivilprozessordnung: Alman Medeni Usul Kanunu.

¹⁹ Kılınç, a.g.e., s.35. Hukukumuzda yargılama öncesi hukuki danışma yardımı düzenlenmemiştir. Katıldığım görüşe göre adli yardım hizmetlerinin hukuki bilgiye erişim üzerine yoğunlaşması halinde, daha pahalı olan dava yolu da daha az kullanılmış olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yargılama öncesi hukuki danışma yardımına karar verecek olan hakim, haklılık veya yeterli başarı ümidine sahip olmak gibi şartları değerlendiremeyeceğinden tek şart yoksulluk olmalıdır. Bkz., Kılınç, a.g.e., s.352-353.

²⁰ Kılınç, a.g.e., s.36 ve orada adı geçen eserler.

²¹ Othmar Jauernig, **Zivilprozessrecht Ein Studienbuch**, 28. Völlig Neuberbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, s.390; Kılınç, a.g.e., s.37 ve orada atıf yapılan eserler.

²² L. Rosenberg /K. H. Schwab/ P. Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 16. Neubearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck, s.567; Jauernig, s.390; Kılınç, a.g.e., s.37 ve orada adı geçen eserler.

²³ Jauernig, a.g.e., s.390; Kılınç, a.g.e., s.39.

²⁴ Kılınç, a.g.e., s.42 ve orada adı geçen eserler.

iki taraf da yargılama gideri yardımı alabilir²⁵. Yargılama gideri yardımı talep eden tarafın, yardımdan yararlanabilmek için malvarlığının aktifini azaltması veya mevcut işini bırakması gibi kendisini kasten yoksullaştırması da mümkündür. Bu gibi durumlarda da başvuran kişinin yargılama gideri yardımı alamaması gerekir²⁶. Yargılama gideri yardımı yargılamasında yardıma karar verebilmek için gerekli şartların tespiti konusunda sınırlı bir araştırma ilkesi geçerlidir²⁷. Yargılama gideri yardımına karar veren mahkeme, yardımdan yararlanan tarafı bütün yargılama giderleri ile birlikte kendisine atanan avukatın ücretini ödemekten geçici olarak muaf tutar (ZPO § 122)²⁸. Yardımdan yararlanan tarafın dava sonunda haklı çıkması durumunda ZPO § 122 uyarınca daha önce muaf tutulan yargılama giderleri, Hazine tarafından haksız çıkan taraftan tahsil edilir²⁹. ZPO § 120'ye göre, yardımdan yararlanan tarafın yargılama süresince kişisel veya ekonomik şartlarının önemli ölçüde değişmesi sonucu yargılama giderlerinin geri ödenmesine ilişkin taksitler, mahkeme tarafından yeniden belirlenerek azaltılabileceği gibi artırılabilir veya bir defada ödenmesine karar verilebilir³⁰. Yargılama dışı ve yargılama öncesi hukuki danışma yardımı, yargılama gideri yardımının aynı amaca hizmet eden bir tamamlayıcısıdır³¹. Hukuki danışma yardımından yabancılar da dahil olmak üzere bütün gerçek kişiler yararlanabilir. Hukuki danışma yardımından yararlanabilmek için başvuru sahibinin diğer bir yardım imkânından yararlanmasının beklenmemesi gerekir³².

Avusturya hukukuna göre adli yardım talep eden tarafın adli yardımdan yararlanabilmesi, yargılama masraflarını karşılayabilmek için gerekli olan geçim giderlerinden yoksun olmasına ve iddiasında veya savunmasında kötü niyetli olmamasına veya başarılı olma ümidinin bulunmasına bağlıdır. Avusturya Medeni Usul Kanunu § 63 uyarınca, gerekli olan geçim gideri ise, talep eden tarafın kendisi ve ailesinin en basit şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli olan giderlerdir³³. Adli yardımdan yalnızca gerçek kişiler yararlanabilir³⁴. Adli yardım talebinde bulunan taraf, dilekçesine dört haftadan önceye ait olmamak şartıyla mal beyanını ekler. Bu mal beyanında, kişinin gelirleri, giderleri, aile durumu, varsa nafaka yükümlülüğü ve diğer yükümlülükleri yer alır³⁵. Adli yardım kararıyla adli yardımdan yararlanan taraf, yargılama için gerekli olan bütün giderlerden ve ayrıca yargılama dışı resmi işlemlerden de³⁶ geçici olarak muaf tutulur³⁷.

İsviçre hukukunda Anayasa'da yer alan usuli temel bir hak olan adli yardım, tahkim hariç olmak üzere özel hukuka ilişkin bütün uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur³⁸. Schw.

²⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.g.e., s.571; Kılınç, a.g.e., s.43.

²⁶ Kılınç, a.g.e., s.43.

²⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.g.e., s.575; Kılınç, a.g.e., s.45.

²⁸ Jauernig, s.391; Kılınç, a.g.e., s.47.

²⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.g.e., s.579; Kılınç, a.g.e., s.48.

³⁰ Jauernig, a.g.e., s.391; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.g.e., s.581; Kılınç, a.g.e., s.50.

³¹ Kılınç, a.g.e., s.52 ve orada adı geçen eserler.

³² Kılınç, a.g.e., s.52 ve orada adı geçen eserler.

³³ Kılınç, a.g.e., s.55 ve orada adı geçen eserler.

³⁴ Kılınç, a.g.e., s.55 ve orada adı geçen eserler.

³⁵ Kılınç, a.g.e., s.56 ve orada adı geçen eserler.

³⁶ Noter işlemleri gibi.

³⁷ Kılınç, a.g.e., s.56 ve orada adı geçen eserler.

³⁸ Kılınç, a.g.e., s.60 ve orada adı geçen eser.

ZPO³⁹ § 117 uyarınca bir kimse, hukuki taleplerinin karşılanması ümitsiz görünmediğinde ve yargılama giderlerini karşılayacak gerekli ekonomik güce ve yeterliliğe sahip olmadığında adli yardımdan yararlanabilir. Tüzel kişiler adli yardımdan yararlanamaz⁴⁰. Adli yardım kararı ile yardımdan yararlanan taraf, avans ödemek ve teminat göstermek de dahil her türlü yargılama giderinden muaf tutulur. Adli yardımdan yararlanan taraf, yargılama sonunda asıl davayı kaybettiğinde veya asıl talebi sonucunda haksız çıktığında, oluşan yargılama giderleri Kanton tarafından karşılanır. Yine adli yardım kararı uyarınca atanan avukatın ücreti de Kanton tarafından uygun bir şekilde ödenir. Ayrıca karşı tarafın da ödediği avanslar iade edilir ve adli yardımdan yararlanan ve fakat davayı kaybeden taraf, karşı tarafa verdiği zararlar için tazminat öder (Schw. ZPO § 122)⁴¹. Adli yardımdan yararlanan taraf, ekonomik durumu uygun hale gelir gelmez ek ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Kanton'un adli yardımdan yararlanan tarafa karşı ek ödeme yapma yükümlülüğüne ilişkin talebi, yargılamanın sona ermesinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar⁴².

Fransız hukukunda ücretsiz olma kuralı gereği⁴³, medeni muhakeme hukukunda bir takım özel yargılama usulleri dışında taraflar yargılama gideri ödemek zorunda değildir. Adli yardım talep eden kimsenin adli yardım hizmetlerinden tam veya kısmi olarak yararlanabilmesi için, kullanılabilir aylık gelirin Adli Yardım Hakkında Kanun'da belirtilen eşikler arasında olması gerekir. İşbu Kanun m.6'ye göre bir kimsenin kullanılabilir aylık geliri, Kanun'da belirtilen tutarların üzerinde olmasına rağmen özellikle adli yardım talebinin konusunu oluşturan asıl davasının konusunun ve muhtemel masraflarının önemli bir menfaati ilgilendirdiği durumlarda istisnai olarak adli yardımdan yararlanabilir⁴⁴. Adli yardımdan yararlanabilmek için ekonomik uygunluk şartının yanı sıra adli yardım talep eden kimsenin asıl davasının da açıkça kabul edilemez veya dayanaktan yoksun olmaması gerekir⁴⁵.

Avrupa Birliği'nde sınır ötesi uyumsuzluklar için adli yardıma ilişkin asgari ortak kuralları düzenleyerek bu tür uyumsuzluklarda adalet erişimi geliştiren (*Directive on Legal Aid*) 27 Ocak 2003 tarihli 2002/8 EC sayılı Konsey Yönergesi önem taşımaktadır⁴⁶. Yönergenin amacı Danimarka haricindeki bütün üye devletlerde geçerli olacak adli yardıma ilişkin asgari ortak kuralları düzenleyerek adalet erişimi geliştirmektedir. Söz konusu yönergede adli yardım hem yargılama içi hem de yargılama dışı işlemleri içerir⁴⁷. Sınır ötesi uyumsuzluklarla ifade edilen ise adli yardım talep edecek olan kişinin davasının görüleceği veya kararının infaz edileceği üye devletten başka bir üye devlette ikame etmesi veya mutad meskeninin bulunmasıdır. Yönerge hükümleri yalnızca gerçek kişiler için uygulanır. Adli yardım talebinin

³⁹ İsviçre Medeni Usul Kanunu.

⁴⁰ Kılınç, a.g.e., s.61 ve orada adı geçen eser.

⁴¹ Kılınç, a.g.e., s.62 ve orada adı geçen eser.

⁴² Kılınç, a.g.e., s.63 ve orada adı geçen eser.

⁴³ *Gratuite*.

⁴⁴ Kılınç, a.g.e., s.64.

⁴⁵ Kılınç, a.g.e., s.65.

⁴⁶ Kılınç, a.g.e., s.101.

⁴⁷ Kılınç, a.g.e., s.101.

kabulü için talep açıkça dayanaktan yoksun olmamalı ve başvuran kişinin ekonomik durumu yetersiz olmalıdır⁴⁸.

B- Anglo-Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda ekonomik açıdan yetersiz durumda olan kimseler için adli yardımın üç yöntemi vardır. Bunlar; adli yardım servisleri, pro bono hizmetleri-ücretsiz yardımlar ve şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmesidir. Ücretsiz yardımlar, birden fazla avukatın çalıştığı büyük hukuk büroları veya bağımsız çalışan avukatlar tarafından sağlanmaktadır. Şarta bağlı avukatlık sözleşmesi davada başarılı olan tarafın, davanın başarısız olan tarafından elde edeceği bir tür finansman yoludur. Bu şekilde kazanan tarafın avukatının ücreti çoğunlukla kaybeden tarafından ödenir. Türkiye’de de uygulamada avukatlar müvekkilleriyle bu şekilde anlaşmalar yapmaktadır. Adli yardım servisleri ise, hem devlet tarafından finanse edilen eyalet programları aracılığıyla hem de kendi ekonomik kaynakları ile faaliyette bulunan özel teşebbüsler aracılığıyla adli yardım hizmeti sunmaktadır⁴⁹. Ayrıca Amerikan hukukunda ekonomik alanda yetersiz durumda olan kimseler için dava açma masraflarından da tamamen muafiyet söz konusudur. Ancak federal mahkemeler bu hükmü çoğunlukla uygulamamaktadır⁵⁰. Amerika Birleşik Devletleri’nde Avrupa’nın aksine adli yardımın hak olarak kabul edilmemesi eleştirilmektedir⁵¹.

İngiltere medeni muhakeme hukukunda adli yardım, hukuki danışma, hukuki yardım ve temsil şeklindeki programlar çerçevesinde sağlanmaktadır. Adalet Erişim Kanunu uyarınca adli yardımdan yalnızca gerçek kişiler yararlanabilir⁵². İngiltere’de de adli yardımdan yararlanmak isteyen kişinin yargılama giderlerini karşılamak için ekonomik anlamda yetersiz olması gerekir. Ancak Çocuklara İlişkin Kanun’da düzenlenen bazı davalarla ilgili avukatla temsil, akıl sağlığı ile ilgili değerlendirmelerde temsil, adli yardım ve hukukun genel hükümleri ile ilgili münhasıran bilgi almayı içeren hizmetler gibi bazı hizmetlerde, adli yardım talep eden kimsenin ekonomik uygunluk şartı aranmaz⁵³.

III-Adli Yardımdan Yararlanacak Kişiler

Anayasa’ya göre; herkes, meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı makamları önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Bu, hak arama özgürlüğüdür⁵⁴. Hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin sağlanması için gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü mali ve hukuki korunma taleplerinde kolaylık sağlanması sosyal hukuk

⁴⁸ Kılınç, a.g.e., s.104-105.

⁴⁹ A. Heribert Hirte, Access to the Courts for Indigent Person: ‘A Comparative Analysis of the Legal Framework in the United Kingdom, United States and Germany’, *The International and Comparative Law Quarterly*, 40, 1991, s.91-123, s.100; Kılınç, a.g.e., s.71.

⁵⁰ Hirte, a.g.m., s.100; Kılınç, a.g.e., s.71.

⁵¹ James R. Maxeiner, *A Right to Legal Aid: The ABA Model Access Act in International Perspective*, bkz., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1791209 (Çevrimiçi, 28.07.2016).

⁵² Hirte, a.g.m., s.94; Kılınç, a.g.e., s.87 ve orada adı geçen eserler.

⁵³ Kılınç, a.g.e., s.88-89 ve orada adı geçen eserler.

⁵⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara, s.1429.

devletinin bir gereğidir⁵⁵. Anayasa md.10'da benimsenen kanun önünde eşitlik ilkesi için de kişilerin ekonomik sıkıntı içine düşme korkusu olmaksızın haklarını arayabilmelerine imkân tanınmalıdır⁵⁶. Ayrıca Anayasa md. 36'da garanti altına alınan hak arama özgürlüğü ve md.5'te düzenlenen devletin görevleri de, yoksul yurttaşların ekonomik engellerden dolayı haklarını arayamamaları şeklindeki olumsuz sonucun kabul edilemeyeceğini göstermektedir⁵⁷. Mali olanakları bulunmayan kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanabilmeleri için adli yardım kurumu kabul edilmiştir.

Adli yardımdan kural olarak gerçek kişiler yararlanabilir. Avukatın müvekkili adına; vasi, kayyım ve kanuni temsilcinin de adlarına hareket ettikleri kişiler yararına adli yardım talebinde bulunmaları mümkündür⁵⁸. ZPO § 114'e göre, tüzel kişilerin de bu haktan bazı şartlar ile yararlanabilmesi mümkündür⁵⁹. Türk hukukunda ise, tüzel kişiler adli yardımdan yararlanamaz⁶⁰. HMK m.334/2'ye göre, istisnai olarak kamuya yararlı dernek ve vakıflar⁶¹, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler. Kamuya yararlılık bakımından kuruluş amacına ve statülerine bakmak gerekir⁶². Doktrindeki bir görüşe göre, adli yardım yalnızca sosyal devlet ilkesi temeline dayanmayıp aynı zamanda bir anayasal hukuki koruma güvencesi olduğundan, bu koruma tüzel kişileri de tam olarak kapsamalıdır⁶³. Tüzel kişilerin hak ehliyeti ve buna bağlı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraf ehliyeti bulunmaktadır. Davada taraf olma imkanı tanınmış olan tüzel kişilerin gerekli şartları sağlaması halinde adli yardımdan yararlanmaları kanaatimce de gereklidir.

HMK m.334/3'e göre de, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır. Aranılan karşılıklılık hukuki veya fiilidir⁶⁴. Doktrindeki bir görüşe göre, günümüzde modern hukuk sistemlerinde karşılıklılık ilkesi uluslar arası bir çok alanda uygulanmaz⁶⁵. Örnek olarak adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı gibi haklar bir insan hakkı olarak kabul edildiği için bu tür haklarda karşılıklılık ilkesinin uygulanması geçerli olmaz⁶⁶. Adli yardım toplumdaki her bireye eşit bir hak olarak sunulması gerekir⁶⁷. Zira adli yardımdan yararlanabilecek dezavantajlı grupları belirlemek zor olduğundan, vatandaş-yabancı, mülteci, göçmen ayrımına tabi tutulmaksızın adli yardımdan herkes

⁵⁵ Yılmaz, a.g.e., s.1429.

⁵⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, a.g.e., s.999.

⁵⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, a.g.e., s.999.

⁵⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, a.g.e., s.1000.

⁵⁹ Üstündağ, a.g.e., s.776.

⁶⁰ Sermaye şirketleri adli yardımdan yararlanamaz. Bkz., 12.HD, E. 2014/5979, K.2014/9662, T.2.4.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶¹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda kamuya yararlı dernek ve vakıf yerine hayır kurumu ifadesi bulunmaktaydı. HMK m.334'ün gerekçesine göre hukukumuzda hayır kurumu adı altında bir tüzel kişilik bulunmamaktadır. Bu nedenle böyle bir değişiklik yapılmıştır.

⁶² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, a.g.e., s.1000.

⁶³ Kılınç, a.g.e., s.355.

⁶⁴ Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Bs, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, s.585.

⁶⁵ Haluk İnanıcı, 'Uluslar arası Gelişmeler Işığında Adli Müzaheret', **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, 8(2), s.196-222, s.201.

⁶⁶ İnanıcı, a.g.m, s.207.

⁶⁷ İnanıcı, a.g.m, s.207.

yararlanabilmelidir⁶⁸. Doktrinde katıldığım görüşe göre, adli yardım adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğundan karşılıklılık şartının uygulanmaması gerekir⁶⁹. Ülkemizde özellikle son yıllarda artan mülteci ve göçmen sayısı ve bu kişilerin yardıma muhtaç durumları nedeniyle bu konuda bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Ancak bu düzenleme yapılırken ülkemizdeki yoksulluk şartına sahip (somut olaya göre) vatandaşlarımızın da adli yardımdan yararlanabilmesi için etkili önlemler ele alınmalıdır.

IV-Adli Yardımın Şartları

A-Genel Olarak

HMK m.334'e göre, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler. Adli yardımdan yararlanabilme koşulları yoksulluk ve haklılıktır.

Bazı özel kanunlarda HMK m.334/1'deki koşullar bulunmasa da başvuran kişinin adli yardımdan yararlanabileceği yolunda kurallar bulunmaktadır. Örnek olarak 1111 sayılı Askerlik Kanunu m.61; 4308 sayılı Seferberlik ve Fevkalade Hallerde Askeri Şahıslara Ait Hukuk Davaları ile İcra Takiplerinde Yapılacak Muameleler Hakkında Kanun m.1; 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar Çözümü ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılması Hakkında Kanun m.3⁷⁰.

B-Yoksulluk

Yoksulluk, mutlak anlamda yoksulluk içinde bulunmak olmayıp kendisi ve ailesinin normal geçimini sağlayacak kadar mal, hak veya gelire sahip olan kişi de adli yardımdan yararlanabilir⁷¹. HMK m.334'ün gerekçesine göre de adli yardım için yoksulluk tamamen fakru zaruret içinde bulunmak şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada önemli olan, yargılama veya takip için gerekli giderleri yapmakla önemli miktarda sıkıntıya düşülüp düşülmeyeceğidir⁷². Adli yardım, sadece sürekli bir geçim sıkıntısı içinde olan yoksul kişiler için değil; ortalama bir geçim düzeyine sahip olmakla beraber, bir yargılama ya da takip sebebiyle, yapmak zorunda kaldığı giderlerden ötürü önemli ölçüde maddi sıkıntıya düşecek olan kişiler için de başvurulabilecek bir yoldur⁷³.

Maddede geçen aile ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kanaatimce burada icra ve iflas hukukunda haczedilemeyen malları belirlerken esas alınan aile ölçütü

⁶⁸ Jon Johsen/Francis Regan, 'How to Use an International Best Policy Model in the Analysis and Improvement of Finnish Legal Aid: Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ', 2008, Ed. C.H. van Rhee/ A. Uzelac, Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, s.151-188, s.153.

⁶⁹ Kılınç, a.g.e., s.356.

⁷⁰ Umar, a.g.e., s.971; Kuru, a.g.e., s.638.

⁷¹ Yılmaz, a.g.e., s.1429.

⁷² Pekcanıtez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1000.

⁷³ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1000-1001.

dikkate alınabilir. Buna göre, aile terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar⁷⁴.

Küçükler adına velileri tarafından adli yardım talep edildiğinde, sadece küçüğün değil; aynı zamanda velinin şahsında da yoksulluk koşulunun gerçekleşmiş olması aranmalıdır. Çünkü velinin velayeti altındaki küçüğe bakım yükümlülüğü vardır ve bunların mal varlığı da velilerinin idare ve gözetimi altındadır⁷⁵. Vasi açısından ise aynı durum geçerli değildir. Çünkü vasi, vesayet altındaki kişinin mallarını sadece yönetmekle görevli olup onlardan yararlanamaz ve vesayet altındaki kişinin masraflarını bizzat karşılama yükümlülüğü yoktur⁷⁶. Kamuya yararlı dernek ve vakıflarda ise, bunların olağan gelirleri, borçları, harcamaları ve yaptıkları faaliyetleri göz önüne alınarak, yargılama giderlerini ödemek açısından zorluk içinde olup olmadığı araştırılmalıdır⁷⁷. Yoksulluk şartı her türlü delille ispat edilebilir⁷⁸.

Yoksulluk adli yardımın objektif, bir başka deyişle maddi şartıdır⁷⁹. Adli yardıma hükmedilmesi için icra ve iflas hukuku anlamında teknik anlamda bir aciz hali gerekmez⁸⁰. Adli yardım talebinde bulunan kişinin yoksul sayılıp sayılmayacağı kişinin geliri, malvarlığı, borçları ve sosyal durumu, diğer bir deyişle, kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve ihtiyaçları da dikkate alınarak somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir⁸¹. Doktrindeki bir görüşe göre, hayır kurumlarının adli yardım taleplerinde yoksulluk şartının aranmaması gerekir⁸².

Yargıtay, başvuran kişinin adli yardıma hakkı olup olmama konusunda çeşitli ölçütler getirmiştir. Bir kararında⁸³, devletin mahkeme harcı almaktaki menfaati ile başvuranın mahkemeler vasıtasıyla hakkını korumaktaki çıkarlarını karşılaştırmıştır. Başvuranın serbest eczacı olup Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan almış olduğu emekli ikramiyesinin ölçü olamayacağını ve ayrıca hakkında yapılan takiplerin ve tapuda alınan yazıların adli yardım istemine dayanak oluşturmadığını karara bağlamıştır. Aynı zamanda adli yardıma karar verilirken ödenmesi gereken harç miktarı ve yargılama gideri ile ödemedi yoksun olma şartının olup olmadığına karar verilir⁸⁴. Doktrindeki bir görüşe göre, yoksulluk koşulu her olayın kendi koşullarına göre belirlenir. Düzenli bir aylık geliri ve ekonomik durumuna uygun evi olan kişi, açacağı bir dava ya da icra takibi sebebiyle yüksek tutarda harç ve diğer yargılama giderleri ödemek zorunda kalacak ve bu giderleri, olağan geliriyle karşılayamayacak durumda ise o kişiden evini satıp dava masraflarını ödemesi

⁷⁴ 12. HD, E.2007/20285, K. 2007/23173, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; ayrıca bkz., Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.142.

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1001.

⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1001.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1001.

⁷⁸ Kuru, a.g.e., s.638.

⁷⁹ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1979, s.135.

⁸⁰ Faruk Erem, 'Adli Yardım', **İmran Ökem'e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.107-124, s.117-118; Kemal Hakkı Reisoğlu, 'Müzaheretli Şahsın Davada Haksız Çıkması', **Adalet Dergisi**, S.1, s.64-73, s.66; Kılınç, a.g.e., s.199.

⁸¹ Atalay, a.g.e., s.57; Necip Bilge/ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.346; Kılınç, a.g.e., s.201.

⁸² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.420.

⁸³ 13. HD, E.2013/12645, K. 2014/13181, T.24.4.2014, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁴ 15. HD, E.2015/1776, K. 2015/6212, T.7.12.2015, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

beklenmemelidir. Hukuk devleti, hak arayan bireye ekonomik durumu sarsılmadan etkin bir hukuki koruma sağlamalıdır⁸⁵. Burada adli yardıma başvuran kişinin sahibi olduğu evin değerinin de kanaatimce önemi bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu⁸⁶ m.82'de 'kişinin haline münasip evinin kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır' şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Adli yardım şartlarından yoksulluk değerlendirilirken bu düzenleme esas alınabilir.

Doktrine göre, mukayeseli hukukta olduğu gibi hukukumuzda da yoksulluk şartının yerine gelip gelmediğini belirlemek için daha somut düzenlemeler yapılmalıdır⁸⁷. Mukayeseli hukukta olduğu gibi çeşitli parasal sınırlar belirlenerek tablolar oluşturulması halinde bu şartı sağlamayan kişilerin başvuruları engellenmiş olup iş yükü de azalmış olacaktır⁸⁸. Kanunda somut ölçütler belirlemenin bir diğer faydası keyfi kararları engellemek olacaktır⁸⁹. Yoksulluk ölçütü belirlenirken yalnızca elde edilen gelir miktarının değil, kişinin gelirleri yanında, yaşamak için gerekli olan yol, kira, eğitim, sağlık gibi zorunlu yaşamsal giderlerinin de dikkate alınarak, bu giderlerden sonra kişinin elinde kalan gelir miktarı esas alınmalıdır⁹⁰.

Hukukumuzda hukuki korunma ihtiyacının bireysel yararlar kadar toplumsal yararlar da hizmet ettiği nafaka, velayet gibi aile uyumsuzlukları ile iş, tüketici gibi zayıf tarafın korunması düşüncesinin amaçlandığı uyumsuzluklar için yoksulluk şartının gerçekleşmesi konusunda esnek hükümler getirilebilir⁹¹.

Ülkemizde adli yardım kurumunun pek fazla bilinmemesi nedeniyle yoksul kişiler bu imkândan yeterli miktarda faydalanamamaktadır. Son yıllarda ülkemizde alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri için yapılan tanıtımın adli yardım için de yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyim. Doktrinde bu konudaki bir görüşe göre, Kamu Spotları Yönergesi uyarınca, Adalet Bakanlığı tarafından adli yardım hizmetlerini tanıtmak amacıyla bilgilendirici ve eğitici kamu spotları hazırlanması yararlı olacaktır⁹².

C-Haklılık

Adli yardımdan yararlanabilmenin ikinci şartı adli yardım talep eden kimsenin haklı olması, diğer bir deyişle haklı olduğu yolunda kanaat uyandırabilmesidir⁹³. Haklılık adli yardımın manevi şartıdır⁹⁴. Haklılık şartının varlığı konusunda ise, yaklaşık ispat ölçüsünde hakimde bir kanaatin oluşması gerekir. Talepte bulunan kişinin baştan açıkça haksız

⁸⁵ Kaldı ki, kişinin haline münasip bir evinin dahi haczine izin vermeyen bir hukuk sisteminde, tek bir evi olan bir kişiye adli yardımdan yararlandırılmayarak, yargılama ya da takip giderleri için evini satmaya zorlanması açık bir çelişki oluşturur. Bkz., Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s.1001. Ayrıca bkz, Aykut Okur/Mehmet Kalay, **Adli Yardım Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, Yıldızlar Matbaacılık, s.63.

⁸⁶ Bkz. R.G 19.6.1932, S.2128

⁸⁷ Okur/Kalay, a.g.e., s.63.

⁸⁸ Kılınç, a.g.e., s.358.

⁸⁹ İmmihan Yaşar, '**Adli Yardım Uygulaması**', İstanbul Barosu Dergisi, 80 (5), s.2007-2026, s.2026; Kılınç, a.g.e., s.358.

⁹⁰ Yaşar, a.g.m., s.2026; Kılınç, a.g.e., s.357.

⁹¹ Yaşar, a.g.m., s.2026; Kılınç, a.g.e., s.359.

⁹² Kılınç, a.g.e., s.366.

⁹³ Bilge/Önen, a.g.e., s.346; Erem, a.g.e., s.118, Kılınç, a.g.e., s.200.

⁹⁴ Önen, a.g.e., s.136.

görülüyor olması da yeterli sayılabilir⁹⁵. Adli yardım talebi, hukuki korumanın tam olarak sağlanabilmesi için, adli yardım talep eden kişinin hakkına bir an önce kavuşabilmesi bakımından hem hakimin acele karar vermesi gereken bir hal hem de adli yardım talebinde haklı olduğu hususunun tam olarak ispatının mümkün olmadığı bir haldir. Bu nedenle, adli yardım talebinde haklı olduğu hususunun yaklaşık olarak ispat edilmesi yeterli görülmüştür⁹⁶.

Haklılık şartı iddia veya savunmada, yapılacak takipte başarılı olma ümidinin bulunması şeklinde anlaşılmalıdır⁹⁷. Dava için ciddi deliller olması gerekir. Örneğin, davada ispat için sadece yemin teklif edeceğini bildiren birinin adli yardım talebi kabul edilmemelidir⁹⁸. Yargılamanın başında tarafların yeterli delil ikame etme imkanları olmadan, haklılıklarını tam ve kesin olarak tespit edebilmek mümkün olmadığından, mahkemelerin adli yardım kurumunun amacına uygun olarak bu şartı değerlendirmeleri gerekir⁹⁹. Haklılık durumu incelenirken, hakimin dava hakkındaki kanaatini yargılamanın başında belli etmesinin önüne geçebilmek için asıl davanın sonucunu etkileyecek şekilde haklı olma durumunu aramaması, takdir hakkını adli yardım kurumunun amacına uygun olarak kullanması gerekir¹⁰⁰. Adli yardıma karar verilmesi halinde, bu karar ile adli yardım talebinde bulunan kimsenin asıl davada da haklı olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü bu durum HMK m.334'e göre, kanun gereği hakime tanınan bir takdir hakkıdır. Bu nedenle, adli yardım talebi hakkında karar veren hakim ihsas-ı reyde bulunmuş olmaz ve HMK m.36/1,b bendinde düzenlenen red sebebi teşkil etmez¹⁰¹.

V-Adli Yardımın Kapsamı

HMK m.335'te düzenlenmiştir. Buna göre, adli yardım kararının ilgiliye sağladıkları şu şekildedir: Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet, yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi, davanın avukat ile takibi gerekiyorsa ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini. Mahkeme, talepte bulunanın, yukarıdaki bentlerde düzenlenen hususlardan bir kısmından yararlanmasına da karar verebilir. Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder.

Doktrindeki bir görüşe göre, bu maddede yer alan unsurlardan bazılarının kısıtlama getirilmesi halinde, bunun gerekçesinin gösterilmemesi mutlak bir bozma sebebi sayılmalıdır. Gerekçenin gösterilmesi halinde dahi üst derece mahkemesinin o gerekçeyi yeterlilik açısından değerlendirmek bir başka deyişle yetersiz sayarak hükmü, adli yardımdan tam

⁹⁵ Yılmaz, a.g.e., s.1430.

⁹⁶ Kılınç, a.g.e., s.204-205.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1002.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1001.

⁹⁹ Yaşar, a.g.m., s.2017.

¹⁰⁰ Alim Taşkın, 'Adli Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** (3), s.831-854, s.840; Alim Taşkın, 'Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, (1-4), s.117-136, s.124; aksi yönde görüş için bkz., Mustafa Reşit Belgesay, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, C.2, Fasikül 1-2, İstanbul, Marifet Basımevi, 1944, s.179.

¹⁰¹ Atalay, a.g.e., s.85; Taşkın, Adli Yardım, s.840; Taşkın, Noter, s.124, Yaşar, a.g.m., s.2017; Kılınç, a.g.e., s.204.

yararlandırılmak gerekirken yararlandırılmadığı için bozma yetkisi vardır¹⁰². HMK'ya göre, adli yardımın reddi kararına karşı sadece itiraz yolu mevcuttur.

Adli yardım başvurusu kabul edilince, kişiye ücreti sonradan kendisince ödenmek üzere avukat sağlanmasına ç bendi uyarınca karar verilebilir ise de avukat ile temsil edilmesi için devletçe başvuran kişiye para ödenmesine karar verilemez¹⁰³. Ayrıca belirtmek gerekir ki avukat temin kararı, kimseyi vekil yetkisiyle donatmaz; sağlanan avukatın adli yardımdan yararlandırılacak kişiden vekaletname alması ve HMK m.76/1 uyarınca vekaletnameyi mahkemeye sunması gerekir¹⁰⁴.

Adli yardımın uygulandığı alanlara; davalar, çekişmesiz yargı işleri, her türlü geçici hukuki korunma talepleri (ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti), icra takipleri ve iflas takipleri dahildir¹⁰⁵. HMK m.334'ün gerekçesinde, dava açılmadan önce talep edilmesi gereken ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki korumalarda özellikle teminatların oldukça yüksek meblağlara ulaşabileceği göz önüne alındığında, bu teminatı ve diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacak olan kişilere, haklı oldukları yolunda hakimde kanaat uyandırmaları halinde, adli yardım satesinde tüm giderlerden geçici olarak muafiyet tanınması, etkin bir hukuki korumanın gerçekleşmesine hizmet edeceği ifade edilmiştir.

İflas kararından sonra müflisin adli yardım talebinde bulunması mümkün değildir¹⁰⁶. Tahkim yoluna başvuru için ise adli yardım istenemez¹⁰⁷. HMK'da düzenlenmemekle birlikte, adli yardıma ilişkin hükümler ayrıca idari yargıda¹⁰⁸ (İYUK m.31 gereği), ceza mahkemelerinde ve askeri mahkemelerde de uygulanır¹⁰⁹.

VI-Adli Yardım Talebi

HMK m.336/1'e göre, adli yardım, asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeden; icra ve iflas takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden istenir. HUMK m.468'de adli yardım talebinin yazılı veya sözlü olarak yapılabileceğini öngörmekteydi. HMK m.336/2'de ise yazılılık ifade edilmiştir. Bu talep müstakil bir dilekçe ile yapılabileceği gibi, asıl talep dilekçesi ile de yapılabilir¹¹⁰. Talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracığı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır (HMK m.336/2). Mali durumun ispatı bakımından hakimde kanaat uyandırmaya elverişli her türlü belge delil olarak kullanılabilir; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ve günümüzde yeterli bir ispat aracı olma özelliğini yitirmiş olan belediye veya ihtiyar heyetlerince verilecek fakirlik şahadetnamesi sunulması zorunluluğu kaldırılmıştır¹¹¹. Adli

¹⁰² Umar, a.g.e., s.972.

¹⁰³ 4.HD, 14.12.1970, E.11126 K.9234, bkz., Rifat Ersoy, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 1976, s.1050.

¹⁰⁴ 2. HD, 14.4.2008, E.2007/7593, K. 2008/5320, bkz, Mehmet Akbal, s.268, dn.65.

¹⁰⁵ Yılmaz, a.g.e., s.1430; Postacıoğlu, a.g.e., s.676.

¹⁰⁶ Karşı, a.g.e., s.586.

¹⁰⁷ Ansay, a.g.e., s.177.

¹⁰⁸ Kuru, a.g.e., s.641.

¹⁰⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1000.

¹¹⁰ Yılmaz, a.g.e., s.1432.

¹¹¹ Yılmaz, a.g.e., s.1433. Yargıtay ise bir kararında, başvuranın muhtarlıktan aldığı fakirlik belgesini ibraz etmesine rağmen gerekli araştırma yapılmadan adli yardım talebinin reddedilmesini bozma sebebi olarak

yardım talebi davanın açılmasından sonra da yapılabilir. Bu talep aynı zamanda dava zamanaşımını kesen sebeplerden değildir¹¹². Çünkü adli yardım sağlanmasına karar verilmesi için başvuruda bulunmak Borçlar Kanunu¹¹³ m.154/2 anlamında ve kapsamında alacağın dava edilmesi yahut davalı tarafından savunma dayanağı olarak (takas amacıyla) değerlendirilmesi niteliğinde değildir¹¹⁴. Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebi Bölge Adliye Mahkemesi'ne veya Yargıtay'a yapılır (HMK m.336/3). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda kanun yolları aşamasında adli yardım için bir hüküm bulunmamaktaydı. Doktrinde hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından bu düzenleme yerinde görülmüştür¹¹⁵. Yargıtay'a göre, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken kanun yoluna başvuru giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olduğu kanaatine varıldığında adli yardıma karar vermek gerekir¹¹⁶. Adli yardım talebine ilişkin evrak, her türlü harç ve vergiden muaftır (HMK m.336/4). Adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmaz. Kanundaki özel hükümler saklıdır (Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.205/2).

VII-Adli Yardım Kararı ve Sonuçları

Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir. Ancak talep hâlinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilir (HMK m.337/1). Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir¹¹⁷; kanun yoluna gidilemez¹¹⁸. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir (HMK m.337/2). Adli yardım talebi

görmüştür. Bkz., 1. HD, E. 2012/2568, K. 2012/5709, T.16.5.2012, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay bir başka kararında, delil olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüğü tarafından bazı davalılara gönderilmiş ödeme emirlerinin ve Muhtarlık tarafından bu davalılar hakkında verilen iki adet fakirlik ilmuhaberinin içeriklerinin adli yardım talebinin kabulü için yeterli bulunmadığını belirtmiştir. Bkz., 15. HD, E. 2014/6341, K. 2015/200, T.19.1.2015, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹² 2.HD, 15.10.1973, 5879/5587, bkz., İlder Erdemir, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Cilt 2, Ankara, 1998, s.1887. Alman hukukunda yargılama gideri yardımı dilekçesi asıl davanın özeti ile birlikte verilmişse zamanaşımı kesilmeyip, yargılama gideri yardımı yargılamasından altı ay sona durur (BGB 204). Ancak davanın açılması veya yargılama gideri yardımı dilekçesinin onaylanmasından sonra zamanaşımı kesilir. Bkz., Kılınç, s.44-45.

¹¹³ Bkz. RG 4.2.2011, S.27836.

¹¹⁴ Umar, a.g.e., s.970.

¹¹⁵ Yılmaz, a.g.e., s.1434.

¹¹⁶ 2. HD, E. 2014/19671, K. 2014/19356, T.13.10.2014, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁷ Bu karara karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. Bkz., 12. HD, E. 2014/33645, K. 2014/30684, T. 18.12.2014, bkz., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁸ Kuru, a.g.e., s.640.

hakkındaki kararlar, maddi anlamda kesinlik kazanmaya elverişli olmayan kararlar olduğundan koşullardaki değişiklik sebebiyle tekrar aynı dava veya iş için aynı kişi tarafından adli yardım talebinde bulunulabilir¹¹⁹. Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz (HMK m.337/3).

Alman kanunu, adli yardım dileğinin reddine veya sonradan refine dair olan kararlara karşı şikâyet yolu kabul etmiştir¹²⁰. Neuchâtel temyiz mahkemesi bir kararında¹²¹ adli yardım talebini reddeden kararın temyiz edilemeyeceğini, çünkü kararın bu bölümünün sırf idari organ sıfatıyla verildiğini söylemektedir.

Adli yardım kararı sadece lehine karar verilen kişi için geçerlidir; bu kişinin mirasçıları, cüzi halefleri, o kişi yanında katılan fer'i müdahil veya dava arkadaşları adli yardımdan yararlanamaz¹²². Ayrıca belirtmek gerekir ki adli yardım kararı hangi dava veya iş için verilmişse sadece o dava veya iş için geçerlidir. Bu nedenle aynı taraflar arasında, o dava ile birlikte görülen karşı davada geçerli olmaz. Kanaatimce karşı davanın taraflarının asıl dava ile aynı olması ve karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması ya da bağlantının mevcut olması nedeniyle, asıl davada taraflardan biri hakkında adli yardıma karar verildiyse, karşı dava için de mahkemenin bu durumu re'sen gözönünde tutması hak arama özgürlüğü açısından yararlı olacaktır. Eğer karşı dava için de adli yardımın şartları oluştuysa, hakim adli yardıma re'sen karar verebilmelidir. Yargılamanın yenilenmesi de yeni bir dava niteliğinde olduğundan ilk davada verilen adli yardım kararı yargılamanın yenilenmesinde geçerli değildir¹²³.

Adli yardımdan yararlanan kişinin mali durumu hakkında kasten veya ağır kusuru sonucu yanlış bilgi verdiği ortaya çıkar veya sonradan mali durumunun yeteri derecede iyileştiği anlaşılırsa adli yardım kararı kaldırılır (HMK m.338). Bu konuda karar vermeye yetkili mahkeme, adli yardım kararını veren mahkemedir¹²⁴.

Adli yardım talebi üzerine mahkeme, adli yardım koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma ilkesi çerçevesinde inceleyecektir. Talepte bulunanın mali durumu hakkında kural olarak talepte bulunan kişi, bu durumunu ilgili yerlerden alacağı belgelerle (Sosyal Güvenlik Kurumu, çalıştığı kurum, çalışmıyorsa buna ilişkin belge ve bilgiler gibi) ispatlamalıdır¹²⁵. Ancak, bu kesin delille ispat olmayıp hakim yine de dosyanın bütününe, karşı tarafın beyanına ve diğer delillere göre kararını verecektir. Mali güçle ilgili ispat konusunda hakim tam bir kanaate sahip olmalıdır¹²⁶.

¹¹⁹ Yılmaz, a.g.e., s.1435; diğer çekişmesiz yargı işleri kararları gibi maddi anlamda kesinlik kazanmaya elverişli değildir. Bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1005.

¹²⁰ Ansay, a.g.e., s. 179.

¹²¹ Ansay, a.g.e., s.179.

¹²² Pekcanitez/Özekes/Atalay, a.g.e, s.1005.

¹²³ Pekcanitez/Özekes/Atalay, a.g.e, s.1006.

¹²⁴ Yılmaz, a.g.e., s.1436.

¹²⁵ Pekcanitez/Özekes/Atalay, a.g.e, s.1004.

¹²⁶ Pekcanitez/Özekes/Atalay, a.g.e, s.1004.

Adli yardım talebi üzerine mahkemenin yapacağı inceleme, sübjektif hakkın yokluğu ve bir hasmın bulunmaması ölçütleri dikkate alındığında, bir çekişmesiz yargı işidir ve adli yardım talebinde araştırma ilkesi geçerlidir¹²⁷.

Adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebilir (HMK m.339). Görüldüğü üzere adli yardım kararı, ondan yararlanan kişiye geçici bir muafiyet tanımıştır. Yoksulluk koşulunda bir değişiklik olmaması halinde, daha önce ertelenen giderin ve verilen avansların tamamının derhal adli yardımdan yararlanan kişiden tahsil edilmesi sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağından aylık eşit taksit imkanı getirilmiştir. Mahkemenin bu hususu, verdiği kararın yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasında açıkça belirtmesi gerekir¹²⁸. HMK m.339'a 6459 sayılı Kanun'la yapılan eke göre, adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlanan kişinin mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme hükmünde tamamen veya kısmen ödemedi muaf tutulmasına karar verebilir.

Adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazineden ödenir (HMK m.340). TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen bu düzenlemenin gerekçesi, adli yardımdan yararlanan kişi için atanan avukatın, ücretini aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil etmesinin uygulamada kolay olmayacağı; bu konuda Adalet Bakanlığı bütçesinde öngörülen giderin ödenebileceği bir ödeme kalemi bulunduğu ve adli yardımda, kamu hizmeti niteliğindeki mesleğin bir gereği olarak avukat, sözleşme serbestisi içinde olmadan, kamusal bir hizmet gereği olarak adli yardım görevini yerine getirdiği ve bu sebeple en azından asgari olarak ücretini bir endişe taşımadan alabilmesi düşüncesidir.

Adli yardımdan faydalanan kimse ölürse adli yardım kendiliğinden kalkar. Mirasçılarının o yardımdan yararlanabilmeleri için kendilerine ait olarak adli yardım şartlarına sahip olmaları ve bunu ispat etmeleri gerekir¹²⁹. Tüzel kişiliğin sona ermesi, talep eden kişinin dava konusunun temliki nedeniyle dava dışı kalması da adli yardımı sona erdiren nedenlerdendir¹³⁰.

SONUÇ

Adli yardım, yoksul kişilerin, davada iddia veya savunmalarını ileri sürebilmeleri için başvurdukları bir usul hukuku kurumudur. Bu sayede yargılama giderlerinden kural olarak geçici şekilde muaf tutulurlar. Yoksulluk her somut olayın özelliğine göre, kişinin ekonomik durumuna ve dava konusunun değeri ile yargılamada yapılacak giderlerin değerine göre belirlenir. Türk hukukunda mukayeseli hukukta olduğu gibi yoksulluk kriterini belirlemek

¹²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1004. Alman hukukunda karşı taraf ancak özel nedenlerden dolayı amaca aykırı olmadığı sürece yardım talep eden tarafın asıl davadaki yeterli bir başarı ümidinin olup olmadığı hususunda dinlenir. Bkz., Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.g.e., s.575; Kılınç, a.g.e., s.46.

¹²⁸ Yılmaz, a.g.e., s.1437.

¹²⁹ Ansay, a.g.e., s.179.

¹³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.1006.

için somut tablolar bulunmamaktadır. Yoksulluk her türlü delille ispat edilebilir. Ancak artık muhtarlıklardan alınan fakirlik belgesi tek bir ölçüt olarak kabul görmemektedir. HMK m.334'e göre, burada dikkate alınması gereken kendisi ve ailesinin geçimini önemli şekilde zor duruma düşürmemektir. Aile kavramından anlaşılması gereken ise, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir.

Hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesi ve sosyal devlet ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi için adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olan adli yardım kurumundan yararlanan kişiler genişletilmelidir. Kişinin adli yardım almaması halinde hayatında büyük değişiklikler meydana gelecekse (evin satılması gibi), bu durum mağduriyetlere neden olur. Ayrıca göçmen veya mültecilerin de karşılıklı ilkesi aranmadan adli yardımdan yararlanması insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi bakımından önem taşımaktadır. Tüzel kişilerden sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflar adli yardımdan yararlanabilir. Ancak tüzel kişiler hak ve taraf ehliyetine sahiptir. Kanunkoyucu tarafından taraf ehliyeti verilmiş tüzel kişilerin davadaki iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesi hak arama özgürlüğü için önem taşıdığından kanaatimce bütün tüzel kişiler, adli yardım şartlarına sahip olmak kaydıyla bu kurumdaki yararlanabilmelidir.

KAYNAKÇA

Alangoya, Yavuz; Yıldırım, Kamil; Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bs., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960

Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi

Belgesay, Mustafa Reşit: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C.2, Fasikül 1-2, İstanbul, Marifet Basımevi, 1944

Bilge, Necip; Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

Erdemir, İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. bs., Cilt 2, Ankara, 1998

Erem, Faruk: 'Adli Yardım', İmran Öktem'e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.107-124

Ersoy, Rifat: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1976

Hirte, A. Heribert, Access to the Courts for Indigent Person: 'A Comparative Analysis of the Legal Framework in the United Kingdom, United States and Germany', The International and Comparative Law Quarterly, 40, 1991, s.91-123

İnanıcı, Haluk: 'Uluslar arası Gelişmeler Işığında Adli Müzaheret', Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 8(2), s.196-222.

Jauernig, Othmar: Zivilprozessrecht Ein Studienbuch, 28. Völlig Neuberbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck

Johsen, Jon; .Regan Francis, 'How to Use an International Best Policy Model in the Analysis and Improvement of Finnish Legal Aid: Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ', 2008, Ed. C.H. van Rhee/ A. Uzelac, Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, s.151-188.

Yıldırım, Mehmet Kamil; Deren-Yıldırım, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 6. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015

Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. bs, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014

Kılınç, Ayşe: Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015

Maxeiner, James R., A Right to Legal Aid: The ABA Model Access Act in International Perspective, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1791209

Okur, Aykut; Kalay, Mehmet: Adli Yardım Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, Yıldızlar Matbaacılık

Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, AÜHF Yayınları, 1979

Pekcanitez, Hakan; Atalay Oğuz; Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. bs, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1975

Reisoğlu, Kemal Hakkı: 'Müzaheretli Şahsın Davada Haksız Çıkması', Adalet Dergisi, S.1, s.64-73

Rosenberg, L.; Schwab K. H.; Gottwald, P, Zivilprozessrecht, 16. Neubearbeitete Auflage, München, Verlag C. H. Beck

Taşkın, Alim: 'Adli Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı', Türkiye Barolar Birliği Dergisi (3), s.831-854

Taşkın, Alim: 'Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, (1-4), s.117-136

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt 1-2, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000

Yaşar, İmmihan: 'Adli Yardım Uygulaması', İstanbul Barosu Dergisi, 80 (5), s.2007-2026

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara

Elektronik Kaynak: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Maddi Olanaklardan Yoksun Kişinin Avukat Yardımından Yararlanması

Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç*

GİRİŞ

Üzerinde çalıştığımız konu, başlıktan da anlaşılacağı üzere, maddi olanaklardan yoksun kişinin avukat yardımından yararlanması ve bunun adil yargılanma ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bilindiği üzere, Türk hukukunda maddi olanaklardan yoksun kişi dendiğinde, akla şüpheli veya sanık dışında mağdur da gelmektedir.

Gerçekten de CMK m. 234 kapsamında, mağdurun cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı vardır. Bu hak hem soruşturma evresi (CMK m. 234/1-a-3) hem de kovuşturma evresi (CMK m. 234/1-b-5) bakımından tanınmıştır. Ayrıca CMK m. 234/2 uyarınca, mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olması durumunda, vekili yoksa kendisine istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz üzere, avukat yardımından yararlanma hem mağdura hem de şüpheli ve sanığa tanınan bir hak olsa da, biz çalışmamızı şüpheli ve sanığın avukat yardımından yararlanması ile sınırlamayı uygun bulduk.

Savunma hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamına giren temel insan haklarından. Savunmanın ceza muhakemesinde dengeyi sağladığı ve tez olarak nitelendirilebilecek iddianın karşısında, antitezi meydana getirdiği bilinmektedir¹. Bu şekilde yargılama makamının hukuka, adalete uygun karar vermesi, diğer bir deyişle senteze ulaşması sağlanmış olacaktır.

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık kendi kendisini savunabileceği gibi, kamusal savunma makamı olan müdafinin hukuki yardımından da yararlanabilir². Kamusal savunma makamı olarak nitelendirilen müdafilik makamının gayesi, temel olarak,

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Yenisey Feridun / Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 162.

² Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 206. Şahin, müdafilik için “kolektif savunma makamı” terimini kullanmaktadır. (Şahin, s. 205).

suçtan sorumlu olan Devletin savunulmasıdır. Devletin suçtan zarar görmesi kamusal iddia görevinin, Devletin işlenen suçtan sorumlu olması da kamusal savunma görevini doğurmaktadır. Bu sebeple, kamusal savunma amaç olarak Devleti savunmayı, diğer bir deyişle Devletin işlenen suçtan dolayı sorumlu olmadığını ortaya koymaya çalışır. Bu anlamda, şüpheli veya sanık kendisini savunup savunmamakta serbest iken, müdafî sanığı, dolayısıyla Devleti savunmaya mecburdur³. Buradaki savunmanın hem şüpheli veya sanık hem de toplum yararına olduğu belirtilmelidir⁴.

AY m. 36/1’de, “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denmektedir. Bu hüküm müdafiliğin anayasal güvencesi olarak nitelendirilmiştir⁵.

Müdafî olmak için birtakım koşullar aranmaktadır. Bunlar avukat olmak, avukatlık yasağı bulunmamak, aynı muhakemede tanık olmamak, aynı muhakemede sanık durumunda olmamak, menfaatlerde uygunluk olmak, aynı işe hakem, savcı veya memur sıfatı ile el koymuş bulunmamaktır⁶.

Şüpheli veya sanık müdafî seçip seçmemekte serbest olduğu gibi, müdafî seçmeye karar verirse de istediği bir kimseyi seçmekte serbesttir⁷.

Ancak bazı hallerde şüpheli veya sanığın müdafî seçmek istemesine rağmen maddi imkanları olmayabilir. Bu durumlarda, şüpheli veya sanığa müdafî talebi üzerine müdafî atanması zorunludur. Buna bazı müelliflerce “istem üzerine zorunlu müdafilik” adı verilmektedir⁸. Öte yandan CMK m. 150/2 ve 3’teki durumlarda, istemi olmasa bile şüpheli veya sanığa müdafî atanması zorunludur. Buna göre, müdafî bulunmayan şüpheli veya sanığın çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz⁹ olması durumunda CMK m. 150/2’ye göre, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da CMK m. 150/3’e göre, istem olmaksızın müdafî atanması zorunludur. Bazı müelliflerce *zorunlu müdafilik* kavramı, sadece isteme bağlı olmaksızın müdafî görevlendirilmesi için kullanılmaktadır¹⁰.

³ Yenisey / Nuhoglu, s. 183-184.

⁴ Özbek Veli Özer / Kanbur Mehmet Nihat / Doğan Koray / Bacaksız Pınar / Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2015, s. 247.

⁵ Centel Nur, “Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 72, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 703.

⁶ Yenisey / Nuhoglu, s. 187-188.

⁷ Yenisey / Nuhoglu, s.191;

⁸ Yenisey / Nuhoglu, s. 202.

⁹ Yukarıda mağdur bakımından yapılan açıklamalarda, CMK m. 234/2’deki hükümde mağdurun “sağır veya dilsiz” olmasından bahsedildiğini belirtmiştik. Ancak görülmektedir ki, şüpheli veya sanık bakımından CMK m. 150/2, “sağır ve dilsiz” ibaresini kullanarak, hakkın uygulama alanını daraltmış bulunmaktadır.

¹⁰ Şahin, s. 208.

Müdafi, soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hakimın istemi üzerine; kovuşturma evresinde ise, mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilir¹¹.

Burada üzerinde durmak istediğimiz iki husus vardır. Bunlardan ilki, maddi durumu uygun olmayan şüpheli veya sanığa istemi üzerine atanan müdafie ödenecek ücret ile ilgilidir. Daha açık söylemek gerekirse, maddi durumu olmayan şüpheli veya sanık için görevlendirilen müdafie ödenecek ücretin, daha sonra mahkum olması halinde ilgili kişiden, yargılama gideri olarak tahsil edilmesi incelenecektir.

Diğer mesele ise, şüpheli veya sanığa istemi olmasa dahi atanan zorunlu müdafii mutlaka CMK m. 150/2 ve 150/3'te belirtilen durumlarda atanabiliyor olmasıdır. Burada da, AİHM kararlarından da yararlanmak suretiyle, özellikle CMK m. 150/3'teki "alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirme" koşulu değerlendirilecektir.

İSTEM ÜZERİNE ATANAN MÜDAFİE ÖDENECEK ÜCRET

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, CMK m. 147 ve CMK m. 150/1, istemi üzerine şüpheli veya sanığa müdafi atanmasının zorunlu olduğundan bahsetmektedir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Müdafi ve vekil ücreti" başlıklı 13. maddesi uyarınca, atanan müdafie ödenecek ücret yargılama giderlerinden sayılmaktadır. CMK m. 325/1'te ise, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilmesi halinde, bütün yargılama giderlerinin sanığa yükleneceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan, eğer kişiye istemi üzerine olsun veya olmasın bir müdafi atanması durumunda ve kişinin yapılan yargılama sonucunda mahkum olması olasılığında, yargılama giderlerinden sayılan müdafi ücreti kişiye yüklenecektir.

Kendisine müdafi atanan şüpheli veya sanığın maddi durumunun müdafii ücretini karşılamaya müsait olması durumunda bu uygulama adil görünse bile, tersi durumda, yani ekonomik durumu yeterli olmayan bir kimsenin bahsi geçen ücreti ödemeye mecbur bırakılması tartışılmaktadır. Nitekim AİHM de ücretsiz adli yardımın mutlak olmadığını, bu yardımın ancak avukatın ücretini ödeme olanağına sahip bulunmayan kişinin, savunmasız kalmasını önlemek amacıyla yapılabileceğini ifade etmektedir¹².

Kimi müellifler, zorunlu müdafie ödenen ücretin yargılama gideri olarak mahkum olan sanıktan istenmesini hukuka aykırı görmektedirler. Bu müelliflere göre, "adli yardım amacıyla tayin edilen müdafii ücreti, sanık mahkum olsa da (CMK 324, 325) ona yükletilmemelidir ki sanık kendisine bu yolla müdafi tayinini istemekten çekinmesin"¹³.

Yukarıda ele aldığımız mesele sadece isteğe bağlı müdafi atanması bakımından değil, isteğe bağlı olmaksızın atanan zorunlu müdafi (CMK m. 150/2, 3) bakımından da geçerlidir. Zira Kanun'da bu iki durumu ayıran bir hüküm yoktur. Ancak burada

¹¹ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 254.

¹² Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 250.

¹³ Yenisey / Nuhoglu, s. 196.

şüpheli veya sanığın istemi dışında atanan bir müdafî söz konusu olacağı için, bu müdafî ödenen ücretin ileride sanığa yüklenecek olması, zaten adil olmayan düzenlemeyi daha da eleştirilebilir hale getirmektedir.

Öte yandan Yargıtay'ın, kararlarında farklı bir uygulama yaptığı görülmektedir. Yargıtay, zorunlu müdafî için ödenen avukatlık ücretinin mali olanaklardan yoksun olan sanığa yargılama gideri olarak yükletilmesini, her sanığın kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6/1-c'yi ele almakta, AY m. 90/son'daki uluslararası anlaşmalar ile ilgili kuralı da göz önünde tutmak suretiyle aykırı bulmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından biri şöyledir:

"Öte yandan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde, her sanığın kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmektedir.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ve değeri konusunda Anayasa (m. 90 /son) iki temel kural koymuştur. Bu kurallardan biri, "Uluslararası anlaşmalar yasa gücündedir", diğeri ise "Uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi,

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına, 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Yasa ile şu cümle eklenmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."

Uluslararası sözleşmeler/anlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, yargıçlar uyumsuzlukları, ulusal yasalara göre değil, kendiliğinden uluslararası sözleşmeleri gözeterek çözmelidir. Bu anayasal bir yükümlülüktür.

Anılan düzenlemeler ve açıklamalara göre; sanığa Ceza Yargılama Yasası'nın 150/3. maddesi uyarınca, mahkemesince Baro'ya yazı yazılarak sanığı savunmak üzere bir avukatın görevlendirilmesi nedeniyle, zorunlu savunman için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olduğundan," (Yarg. 2. CD, 16.06.2011, E. 2009/48524, K. 2011/13291)¹⁴

¹⁴ Bu yöndeki diğer kararlar için bkz: Yarg. 1. CD, 21.05.2014, E. 2014/800, K. 2014/3220; Yarg. 1. CD, 25.02.2016, E. 2016/491, K. 2016/799.

Esasında AİHS m. 6/1-c'den bahsedince, bu konuyla ilgili AİHM kararlarının da incelenmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz. AİHS m. 6/1-c'de, yeterli maddi imkan olmaması ve adaletin menfaati unsurlarının birlikte yer aldığı görülmektedir. Yeterli maddi imkan kavramının anlaşılması bakımından bir sorun olmamasına rağmen, adaletin menfaatinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmaya muhtaçtır. Nitekim AİHM de, adaletin menfaatinden ne anlaşılması gerektiğini kararlarında açıklamıştır.

Buna göre, adaletin menfaatinin müdafii atanmasını gerektirip gerektirmediğini anlamak için isnat edilen suçun ve cezasının ağırlığı, davanın karmaşıklığı ve başvurusunun kişisel durumu dikkate alınmaktadır¹⁵.

Suçun ve cezasının ağırlığı bakımından ilk söylenebilecek husus, eğer suç hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiriyorsa, bu koşulun gerçekleştiğidir. Diğer bir deyişle şüpheli veya sanığa isnat edilen suç hürriyeti bağlayıcı cezayı öngörüyorsa, müdafinin varlığı adaletin menfaatinedir. Eğer şüpheli veya sanığın maddi imkanı yoksa o zaman kamusal fonların kullanılması gerekir¹⁶.

Öte yandan ikinci nokta davanın karmaşıklığıdır. Davanın karmaşıklığı dendiğinde ilk akla gelen elbette soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin karmaşıklığıdır. Özellikle karmaşık usulî işlemlerin varlığı bir davanın karmaşık olduğunun göstergesi kabul edilmelidir. Örneğin Quaranta / İsviçre kararında AİHM, ulusal mahkemenin aynı anda hem erteleme ve hem de yeni bir ceza tercihinde bulunmasından söz etmiştir. AİHM'e göre, ulusal mahkemenin önünde böylesine geniş bir çözüm imkanı olduğu durumlarda, dava bir avukatın yardımına ihtiyaç duyulacak şekilde karmaşık demektir¹⁷.

AİHM Mikhaylova / Rusya kararında da davanın karmaşıklığı meselesini ele almıştır. Katıldığı bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sonucunda Kabahatler Kanunu'na aykırılıktan dolayı hakkında 1000 ruble idari para cezasına hükmedilen başvurusunun karşı karşıya kaldığı ceza her ne kadar ağır değilse de, kendisine isnat edilen fiilin tespiti bakımından Kamusal Toplantı Kanunu'nun ve başka yasal düzenlemelerin incelenmesi, bütün bunların da başvurusunun toplantı ve gösteri özgürlüğü ve/veya ifade özgürlüğü ile ilgili olması, AİHM açısından davanın karmaşık olduğu şeklinde yorumlanmıştır¹⁸.

Diğer yandan, AİHM Barson ve Varlı / İsveç kararında, vergiye esas teşkil edecek şekilde beyanname verilmesi noktasında, tüm yapmaları gerekenin idareye doğru ve tam bilgi vermekten ibaret olan başvuruçular bakımından, karmaşık bir davadan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁹.

¹⁵ Quaranta / İsviçre, 24.05.1991, § 32 vd.

¹⁶ Mikhaylova / Rusya, 19.11.2015, § 82.

¹⁷ Quaranta / İsviçre, 24.05.1991, § 34.

¹⁸ Mikhaylova / Rusya, 19.11.2015, §97.

¹⁹ Barsom ve Varlı / İsveç (kabul edilemezlik kararı), 04.01.2008.

En nihayet adaletin menfaati bakımından son kriter ilgilinin kişisel durumudur. Bu noktada özellikle kişinin hukuki eğitimi veya bilgisi olup olmadığı incelenmektedir. Eğer kişinin karşılaştığı davadaki hukuki problemleri anlayabilecek hukuki bilgi veya eğitimi yoksa, adaletin menfaati gereği kendisine avukat atanması gerekebilecektir²⁰. Bunun yanı sıra kişisel durum bakımından tek dikkat edilen hususun hukuki eğitim veya bilgi olmadığını da söylemek gerekir. Bazı hallerde kişinin mesleki bilgisinin bulunması avukatın atanmasını gereksiz kılabilir²¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere AİHM'in uygulaması bakımından eğer şüpheli veya sanığın maddi imkanı yoksa ve adaletin menfaati gerektiriyorsa kendisine ücretsiz müdafii atanması mümkün olmaktadır. Öte yandan Türk hukukunda da olduğu gibi, müdafie ödenen ücretin daha sonra yargılama gideri olarak mahkum olan sanıktan alınmasının ayrıca incelenmesi gerekmektedir. AİHM'in özellikle Almanya ve Rusya ile ilgili vermiş olduğu kararlarda bu konuyu irdelediğini görmek mümkündür.

AİHM Croissant / Almanya kararında, başvuru kendisine atanan müdafinin ücretinin, mahkum olduktan sonra kendisinden alınmasının AİHS m. 6/3-c'ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AİHM öncelikle Alman hukukunu ele almıştır. Buna göre, eğer bir sanık beraat ederse, kendisine atanan müdafinin ücreti devlet tarafından karşılanmakta, kendisinden hiçbir ücret talep edilmemektedir. Ancak kişi mahkum olursa, müdafie ödenen ücret kendisinden tahsil edilmektedir. AİHM burada bir ayırım yapmaktadır. Özellikle irdelediği husus, hakkında mahkumiyet kararı verilen kişinin maddi açıdan müdafii ücretini ödeyemeyecek durumda olmasıdır. AİHM bununla ilgili olarak mahkum olan kişinin müdafii ücretini ödeyemeyecek durumda olduğunu her zaman beyan edebileceğini ifade etmiştir²².

Benzer bir durum Orlov / Rusya ve Chukayev / Rusya kararlarında da vurgulanmıştır. Anılan kararlarda, müdafinin ücretini ödeyemeyecek durumda olduğunu, mahkum olan kişinin ispatlaması gerektiği vurgulanmıştır. Eğer böyle bir şey yapılmamışsa, o vakit kişinin müdafinin ücretini ödemek durumunda bırakılması AİHS m. 6/3-c'nin ihlali olarak değerlendirilemeyecektir²³.

Anılan kararları göz önünde tuttuğumuzda, Türk hukukundaki sistemin başka ülkelerde de (Almanya ve Rusya gibi) geçerli olduğu görülmektedir. Buna göre, şüpheli veya sanığa müdafii atanmakta, kişi beraat ederse atanan müdafinin ücreti devlete kalmakta, ancak mahkum olursa, ücret yargılama gideri olarak ilgili kişiden tahsil edilmektedir. Kişinin maddi durumunun müsait olması halinde bu sistemin uygulanmasında problem çıkamamaktadır. Bu anlamda CMK m. 150/2 ve 3'te olduğu gibi, şüpheli veya sanığa istemi aranmaksızın zorunlu müdafii atanması durumunda, kişinin maddi durumunun müsait olup olmadığına bakılmaksızın bu yapıldığından

²⁰ Mikhaylova / Rusya, 19.11.2015, §97.

²¹ Barsom ve Varlı / İsviçre (kabul edilemezlik kararı), 04.01.2008.

²² Croissant / Almanya, 25.09.1992, §37.

²³ Orlov / Rusya, 21.06.2011, §114; Chukayev / Rusya, 05.11.2015, §116.

dolayı, maddi imkana sahip olduğu anlaşılan kişiden bu ücretin talep edilmesi normal karşılanabilir. Öte yandan, aynı şekilde kendi istemi olmaksızın CMK m. 150/2 veya 3 uyarınca kendisine zorunlu müdafii atanan bir şüpheli veya sanığın, maddi imkanları bulunmamasına rağmen bu müdafii ücretini ödemeye mecbur bırakılması farklı bir durumdur.

Bu noktada Yargıtay'ın AİHS m. 6/3-c'yi göz önünde tutarak verdiği kararlar önemlidir. Yukarıda da bahsettiğimiz kararlarda Yargıtay, "mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanığa" zorunlu müdafie ödenen avukatlık ücretinin yükletilmesini AİHS m. 6/3-c'ye açıkça aykırı bulduğunu ifade etmiştir. Hatta kanaatimizce Yargıtay AİHM'den bir adım daha ileri giderek, "dosyadaki bilgilerden mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanık" demek suretiyle, AİHM'in içtihadından farklı olarak, maddi durumu hakkında herhangi bir beyanı olmasa bile, sanığın durumunun dosyadan anlaşılması halinde, kendisinden müdafie ödenen ücretin yargılama gideri olarak alınmasını hukuka aykırı kabul etmiştir.

ZORUNLU MÜDAFİİN ATANABİLECEĞİ DURUMLAR

CMK m. 150 müdafii görevlendirilmesi ile ilgilidir. Elbette müdafii görevlendirilmesi bu madde ile sınırlı değildir. CMK m. 74/2, 101/3, 147/1-c, 204, 244/4, 247/4'te de şüpheli veya sanığa istemi üzerine veya istemi olmaksızın müdafii görevlendirilmesinden bahsedilmektedir²⁴.

Yukarıda bahsi geçen CMK hükümlerine bakıldığında, şüpheli veya sanığa istemi üzerine veya istemi olmaksızın müdafii atanmasında, yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi ihtiyacının ön plana çıktığı görülmektedir.

Bu noktada CMK m. 150/3 üzerinde durmakta fayda olduğu kanaatindeyiz. CMK m. 150/3, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, şüpheli veya sanığa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirileceğini düzenlemektedir. Burada dikkat çekmek istediğimiz nokta, bu hakkın alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma veya kovuşturmalarla sınırlandırılmış olmasıdır. Dolayısıyla CMK'da yer alan ve zorunlu müdafii görevlendirilmesinden söz eden diğer durumlar dışında, bir şüpheli veya sanığa istemi olmaksızın müdafii atanması için, işlediği iddia edilen suçun kanundaki cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması gereklidir.

Çalışmanın bu bölümünde, CMK m. 150/3'ün adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesinin yapılmasına çalışılacaktır.

Türk hukuku bakımından dikkat çekici bir husus, söz konusu CMK m. 150/3'ün daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınmış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi

²⁴ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 253; Şahin, s. 208.

12.03.2009 tarihli ve E. 2007/14 K. 2009/48 sayılı kararında, CMK m. 150/3'ü incelemiştir. Bilindiği üzere CMK m. 150/3'ün ilk halinde, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması durumunda, şüpheli veya sanığa istemi olmaksızın zorunlu müdafî atanması söz konusuydu. 5560 sayılı Kanun'un 21. maddesi ise, bu düzenlemeyi değiştirerek alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan bahsetmek suretiyle, maddenin uygulama alanını daraltmıştı.

Anayasa Mahkemesi kararında özellikle CMK ile ilgili Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelere ve madde gerekçesine atıf yapıldığı görülmektedir. Buna göre, Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerde zorunlu müdafîliğin bütçe olanaklarının yetersizliği, müdafilere ödenecek ücretin yetersizliği, avukatlık mesleği üzerinde oluşturacağı olumsuz imaj, yaşanabilecek usuli aksaklık ve gecikmelerle ilgili eleştirilerin yapıldığı belirtilmiştir.

Öte yandan CMK m. 150'nin madde gerekçesinde, "Aslında ceza davasında bir avukattan yararlanılabilmesi temel bir haktır. Ancak bunun sağlanması, ülkenin koşullarıyla orantılıdır" dendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi tüm hususları ele aldıktan sonra şu değerlendirmeyi yapmıştır: *"Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. maddesinde, şüpheli veya sanığın, soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabileceği, kanuni temsilcisi varsa, onun da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebileceği belirtilmiş; 150. maddenin (1) numaralı fıkrasında da şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesinin isteneceği, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla iptali istenilen düzenleme ile, bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunan kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakları elinden alınmış değildir. Bu nedenle iptali istenilen düzenleme ile savunma hakkının özünün zedelendiği ve kullanılamaz hale geldiği iddiaları yerinde görülmemiştir."*

Anladığımız kadarıyla Anayasa Mahkemesi, özellikle "ülke koşulları"nı da göz önünde tutarak, CMK m. 150/1'deki hükmün 150/3'ü tamamladığı düşüncesindedir. Diğer bir deyişle, bir şüpheli veya sanığa, kendisine atılı suçun cezasının alt sınırı beş yıldan az ise, CMK m. 150/1 uyarınca istemi halinde müdafî atanabileceğinden, yine de avukat yardımından yararlanabilmesi imkanı ortadan kaldırılmış değildir.

Ancak burada mesele başkadır. Kanaatimizce CMK m. 150/1, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği gibi, CMK m. 150/3'ün alternatifi veya tamamlayıcısı değildir. CMK m. 150/3'teki istem olmaksızın zorunlu müdafî görevlendirilmesi, yukarıda incelediğimiz AİHM kararlarında da görüldüğü üzere, adaletin menfaati ile ilgilidir.

AİHM kararlarında da görüldüğü üzere, bir suç ile itham edilen kişinin resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak faydalanabilmesi için birtakım koşullar vardır. Bunlardan ilki kişinin maddi durumunun yetersiz olmasıdır. Bunun dışında diğer bir koşul da adaletin menfaatinin bunu gerektirmesidir. Özellikle yukarıda bahsedilen

Quaranta / İsviçre kararında adaletin menfaatinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

Buna göre, öncelikli husus isnat edilen suçun cezasının ağırlığıdır. Özellikle söz konusu olan hapis cezası ise, kişinin AİHS m. 6/3-c çerçevesinde avukat yardımından yararlanması gerektiği vurgulanmaktadır²⁵.

Yine AİHM'e göre bu, ilgilinin hapis cezası ile karşı karşıya olmadığına zorunlu müdafî hakkından yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin Barsom ve Varlı / İsveç kararında, her ne kadar söz konusu olan husus bir vergi borcu ise de ve İsveç hukukuna göre bu borcun hapis cezasına çevrilmesi mümkün değilse de, adaletin menfaatinin gerektirdiği hallerde, kişinin avukat yardımından faydalandırılması mümkün olabilecektir²⁶.

Benzer bir husus Zdravko Stanev / Bulgaristan kararında da görülmektedir. Somut olayda başvuru en başta iki yıllık bir hapis cezası ile karşı karşıyayken, yetkili mahkeme hapis cezası yerine para cezasının uygulanmasına karar vermiştir. Savcılık makamı bu karara karşı kanun yoluna gitmediği için, bölge mahkemesi daha ağır bir ceza verememiştir. Sonuç olarak bölge mahkemesi tarafından verilen ceza hürriyeti bağlayıcı ceza değildir. Ancak yine de yaklaşık 250 euroluk para cezası ve 8000 eurodan fazla tazminat miktarı, AİHM tarafından başvuru sahibinin mali durumu dikkate alındığında fazla bir miktar olarak kabul edilmiştir²⁷.

Görüldüğü üzere, kararlarına baktığımızda, AİHM söz konusu cezanın türü veya miktarından ziyade, adaletin yerine gelmesini aramaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bireysel başvuru kararlarında da açıkça bu hususa atıf yapılmaktadır²⁸. Hatta Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, bu kurala ek olarak şu cümleyi de sarf etmiştir: *"Adaletin selametinin gerekleri, sanığın müdafî ile temsilini zorunlu kılıyor ise devletlerin, başkaca bir koşul öne sürmeksizin müdafî görevlendirme konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir."*²⁹

SONUÇ

²⁵ Benham / Birleşik Krallık, 10.06.1996, §61.

²⁶ Barsom ve Varlı / İsviçre (kabul edilemezlik kararı), 04.01.2008.

²⁷ Zdravko Stanev / Bulgaristan, 06.11.2012, §39.

²⁸ "31. Müdafî yardımından yararlanma hakkının adil yargılanma hakkı temelinde önemi, suç isnadı altında olan kişinin bu haktan yararlandırılması yönünde devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesidir. Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi devletleri, suç isnadı altındaki kişiyi, bir müdafîye sahip olmak için gerekli mali olanaktan yoksun ise ve **adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse** resen atanacak bir müdafî yardımından yararlandırma yükümlülüğü altına sokmuştur." (AYM, Kazım Albayrak Başvurusu, 17.09.2014, Başvuru No: 2014/3836).

²⁹ AYM, Hacı Altürk Başvurusu, 08.09.2015, Başvuru No: 2013/5223, §27.

Şüpheli veya sanık durumundaki kişiler, haklarında suç işlediğine ilişkin şüphe duyulan kişilerdir. Bu durum, çoğu zaman şüpheli veya sanık üzerinde psikolojik bir baskı yaratır. Bunun yanı sıra, çoğu şüpheli veya sanık maddi ve/veya usul hukukunun kurallarından haberdar da değildir. Hatta iyi bir hukuk bilgisi olsa bile, kendisi hakkında yapılacak yargılamada, muhakemenin merkezindeki bir süje olduğu için, kendisi ile ilgili yapacağı savunmanın arzu edildiği gibi olabilmesi çoğu zaman mümkün olmayacaktır. İşte bu hallerde, kişinin müdafie olan ihtiyacı ortaya çıkar³⁰.

Bununla beraber, şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanma hakkının kullanılması bakımından, kişinin kendi seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanması esas olmalıdır. Ancak şüpheli veya sanık durumunda olan kişinin her zaman müdafisi için yeterli maddi imkanı olmayabilir. Bu durumda, hukukumuzda da olduğu gibi, kişiye ücretsiz müdafisi atanması söz konusu olabilmektedir. Aslında burada söz konusu olan, kendisini müdafisi vasıtasıyla savunmak isteyen şüpheli veya sanığın, maddi yetersizlik sebebiyle bunu yapamamasıdır. Devlet burada, adil yargılanma ilkesinin de gereği olarak, ücretsiz olarak kişiye müdafisi atanmasını sağlamaktadır. CMK m. 150/1’de bahsi geçen ve zorunlu müdafilik olarak adlandırılan kurumun bir parçasını oluşturmaktadır. İsteğe bağlı zorunlu müdafilik olarak da nitelendirilen bu kurum, kişinin kendisini müdafisi ile temsil ettirmek istediği, fakat bunun için yeterli imkanı olmadığı durumlarda söz konusu olur.

Diğer taraftan, CMK m. 150/2 ve 150/3 bakımından daha farklı bir durum söz konusudur. Burada şüpheli veya sanığın çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması (CMK m. 150/2) ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılıyor olması (CMK m. 150/3) mevzuu bahistir.

CMK m. 150/2 veya 150/3’teki durumların varlığı halinde, artık şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın zorunlu müdafinin görevlendirilmesi söz konusudur.

Tüm bu durumlarda, atanan zorunlu müdafinin ücreti, mahkum olması halinde, yargılama gideri olarak kişiye yükletilmektedir. Halbuki burada, özellikle isteme bağlı olmaksızın görevlendirilen zorunlu müdafisi bakımından, kişinin adaletin menfaati gereği yapılan bu uygulama karşısında, müdafinin ücretini ödemekle karşı karşıya bırakılmasının, adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Diğer yandan, CMK m. 150/3 özelinde, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda isteme bağlı olmaksızın görevlendirilen zorunlu müdafilerin, eğer amaç adaletin menfaatine hareket etmekse, maddedeki ceza sınırlaması olmaksızın görevlendirilmesinin önünün açılması gerektiği düşüncesindeyiz. Özellikle yukarıda bahsini ettiğimiz AİHM kararlarında, kişinin hele bir de hapis cezası ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, zorunlu müdafinin

³⁰ Karakehya Hakan, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, I. Cilt, İstanbul, 2008, s. 418-419.

Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Maddi Olanaklardan Yoksun Kişinin Avukat Yardımından Yararlanması

Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç

yardımdan yararlanmasının adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak kabul edildiği görölmektedir.

Kanaatimizce, kriter olarak, AİHM'in de kararlarında kabul ettiğı üzere, kişinin maddi durumunun yetersiz olması ve adaletin menfaatinin gerektirmesi hallerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken de, yine AİHM'in içtihadı çerçevesinde hareket etmek gerekmektedir. Bu da, tebliğimizde açıklamaya çalıştığımız üzere, özellikle maddi durumu yetersiz olan kişiden, ne olursa olsun müdafî ücretinin tahsil edilmemesi ve özellikle hapis cezası ile karşı karşıya olan şüpheli veya sanığa, öngörülen hapis cezasının süresine bakılmaksızın istemi olmadan zorunlu müdafî atanmasını gerektirmektedir.

İcra Hukuku'nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik

Arş. Gör. Serpil Işık*

İNCELEME PLANI:

§ I. GİRİŞ, § II. İcra Hukuku ve Temel Haklar İlişkisi, § III. Alacaklı ve Borçlu Bakımından Dikkate Alınması Gereken Temel Haklar, A. Genel Olarak, B. Cebri İcra Hukukunda Alacaklı ve Borçlunun Temel Hakları ile Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik İlişkisi, 1. Sosyal Devlet İlkesi (AY m. 2), 2. Ölçülülük (Orantılılık) İlkesi (AY m. 13), 3. İnsanlık Onuru, 4. Yaşam Hakkı ve Kişiliğin Korunması, § IV. Cebri İcra Hukukunda Menfaat Dengesi ve Haczedilmezlik ile Yoksulluk İlişkisi, § V. Cebri İcranın Kapsamı, A. Genel Olarak, B. Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar, 1. Genel Olarak, 2. Tamamen Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar, a. İcra İflas Kanununun 82'nci Maddesinde Belirtilen ve Haczi Caiz Olmayan Mal Ve Haklar, b. Özel Kanunlara göre Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar, 3. Kısmen Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar, § SONUÇ

ÖZET

Borçlu borcunu ifa etmediğinde, alacaklı alacağını elde etmek için, devletin cebri icra organlarına başvurarak icra takibi başlatmalıdır. İcra iflas hukukumuzda, icra takibinin kesinleşmesi üzerine, kural olarak, borçlu ekonomik değeri bulunan bütün mal, hak ve alacakları ile alacaklıya karşı sorumludur. Ancak, birtakım insani düşüncelerle, borçlunun malvarlığına dahil olan bazı mal, hak ve alacakların haczinin caiz olmadığı kabul edilmiştir. Bu sebeple, borçlunun ve ailesinin yaşaması ve iktisadi varlığını sürdürerek toplumsal ölçekte yoksul hale gelmemeleri için ihtiyaç duydukları malların ellerinde bırakılmasını temin edici düzenlemeler getirilmiş ve böylece haczi caiz olan mal ve hakların sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Bu sayede, alacaklının alacağına kavuşması sağlanırken, borçlunun ve ailesinin topluma muhtaç hale düşürülmemesi, yoksul kılınmaması, asgari yaşam standardını muhafaza etmesi ve

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi [serpil.isik@istanbul.edu.tr; isikserpil1988@hotmail.com].

ekonomik varlığını devam ettirebilmesi sağlanmak istenmiştir. Haczi caiz olmayan mallar, İcra İflas Kanunu'nun 82 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Böylece, İİK m. 82 vd.'nda ifade edilen haczi caiz olmayan mal ve haklar, getirilmesindeki temel amaç bakımından, devletin Anayasada ve Uluslararası sözleşmelerde vatandaşlarına temin etmekle yükümlü olduğu çeşitli temel hakların gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İcra ve İflas Hukuku, Haciz, Haczedilmezlik, Yoksulluk, Yoksulluğun Önlenmesi,

ABSTRACT

When the debtor does not discharge his obligation, for to obtain the claims of the creditor, execution proceeding should be commenced by applying to the executive organs of the state. In our Enforcement and Bankruptcy Code (EBC), upon the finalization of the execution proceeding, as a rule, the debtor is responsible against the creditor with all his properties, rights and debts which have economical values. However, it was accepted that due to a number of humanistic thoughts, some properties, rights and the debts included in the property ownership of the debtor were non-seizable. For this reason, for the debtor and his family's living and not to become poor in the social scale for being able to continue his financial asset, regulations providing the properties which they required to remain in their hands, were issued and thus the restriction of the seizable properties and the rights, were sought. By this means, while providing the creditor's obtaining his debt, the debtor and his family's not getting into a needy state, not causing them to become poor, their preserving the minimum life standard and their maintaining their economic assets, were wanted. The non-seizable properties were regulated in the 82th Article and the other articles of the Enforcement and Bankruptcy Code. Thus, the non-seizable properties and the rights that are stated in the 82th Article of the Enforcement and Bankruptcy Code, serve to the realization of the various rights which the state is obliged to provide for its citizens in the Constitution and the International conventions in terms of accomplishing their main goals.

Keywords: Execution and Bankruptcy Law, Attachment, Unseizable Property, Poverty, Prevention of Poverty

§ I. GİRİŞ

Modern takip hukuku, sadece borçlunun malvarlığı üzerinde cebri icra faaliyetinin gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir. Bu yüzdendir ki, borçlunun borcunu ödeyememesinden dolayı malvarlığından başka sahip olduğu değerleri ve özellikle de kendi şahsı üzerinde herhangi bir cebir işlemi uygulanmayacaktır. Bu sebeptendir ki, alacağını elde etmek isteyen alacaklı, bu amacını gerçekleştirmek üzere, kendisine borçlu olan kişiye karşı, icra takibinde bulunacak ve böylece devletin icra

organları tarafından borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde birtakım müdahalelerde bulunulacaktır.

Alacaklı tarafından gerçekleştirilen cebri icra prosedürü neticesinde, borçlunun malvarlığı değerleri, devletin bu hususta görevli ve yetkili olan organları tarafından haczedilecek ve ardından da satılarak paraya çevrilecektir. Böylelikle, alacağını elde etmek isteyen alacaklı, paraya çevirme prosedürü neticesinde elde edilen tutardan tatmin edilecektir.

Hal böyle olmakla birlikte, cebri icranın bütün şartlarının gerçekleştirildiği bir takipte dahi, devletin yetkili icra organları, borçlunun bütün malvarlığı değerlerine el koyamayacaktır. Zira, cebri icra faaliyeti, borçlunun Anayasa'da korunan temel hak ve hürriyetlerine aykırı bir şekilde gerçekleştirilemeyecektir. Bu sebeptir ki, uygulanan icra faaliyeti neticesinde, borçlunun ve ailesinin mütevazı bir yaşam sürdürebilmesi için ihtiyacı olan mal, hak ve alacakları elinden alınamayacaktır¹.

Kanun koyucu, İcra İflas hukukunda getirdiği düzenlemelerle alacaklının alacağını elde etmesinde araç olurken diğer taraftan da borçlunun asgari yaşam şartlarının ortadan kaldırılmasına ve böylece topluma muhtaç bir hale gelmesine sebep olmamalıdır. Bu yüzden ki, getirilen düzenlemelerle, borçlunun insanlık onurundan başka, Anayasa ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde tanınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasına, bunun neticesinde de, toplumsal ölçekte borçlunun yoksul kılınmamasına sebep olacak şekilde haczedilemeyecek mal ve haklara ilişkin düzenlemeler öngörülmüş bulunmaktadır.

Haczedilemeyecek mal ve haklara ilişkin olarak kanun koyucu tarafından getirilen düzenlemeler ile kamu düzenini temin etmek², insani hisleri rencide etmemek, sosyal devletin (AY m. 2) gereğini yerine getirmek gibi pek çok amaca da hizmet edilmiş olmaktadır.

Borçlunun ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi ile ekonomik varlığını devam ettirebilmesi için istisnai olarak getirilen ve aslında birtakım sosyal ve insani düşüncelere hizmet eden³ haczedilmezlik kurumuna ilişkin temel düzenlemeler gerek bizim kanunlarımızda gerekse de yabancı hukuk sistemlerinde öngörülmüş

¹ Baki Kuru, *İcra ve İflas El Kitabı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 502

² Gerçekten de haczedilemezliğe ilişkin düzenlemelerin neticesinde sadece borçlunun menfaatleri değil, aynı zamanda kamunun menfaatleri de korunmuş olacaktır (İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kol. Şti., 1967, s. 330; İbrahim Özbay, *İcra ve İflas Hukukunda Haczedilmezlikten Feragat* (İİK m. 83/a), *AÜEHFD*, 2005, C. IX, s. 543-567, s. 543; Talih Uyar, *Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara, 1974, s. 551-586, s. 551). Zira, borçlunun elinden bütün malvarlığı alınabilseydi bu nedenle devlet sosyal yardımlarla, borçluya tekrardan asgari bir yaşam standardı sağlamak zorunda olacaktır (Walker/Taş Korkmaz, *a.g.m.*, s. 1569).

³ Kuru, *El Kitabı*, s. 502; Özbay, *a.g.m.*, s. 543-544; Uyar, *a.g.m.*, s. 551.

bulunmaktadır. Buna göre, Türk hukukunda İİK m. 82 vd.'nda; Alman hukukunda⁴, ZPO §§ 811 vd.'nda; § 850 ile § 851'de ve İsviçre hukukunda⁵ ise, SchKG Art. 581 Art. 592 ve Art. 593'de haczedilmezliğe ilişkin esaslar öngörülmüş bulunmaktadır⁶. Haczedilemeyeceği düzenlenen çeşitli mal ve haklar, borçlu ile ailesinin yoksulluğa düşmemesi ve böylece ekonomik varlığını insanlık onuru ile bağdaşır şekilde devam ettirebilmesi için istisnai olarak getirilmiş düzenlemelerdir.

Bu çerçevede, çalışmamız kapsamında sosyolojik bir olgu olan yoksulluk temelinde haczedilemeyecek olan mal ve alacaklar değerlendirilecek ve yoksul bir insan haline gelmeme; mütevazı bir yaşam sürdürebilme kriterine göre, haczedilemeyecek olan mal ve haklar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu ise, aynı zamanda icra hukukunun temel haklara ve sosyolojik olgulara hizmet eden bir kurum olma fonksiyonuna da sahip olduğunun ortaya konulması bakımında da faydalı olacaktır.

§ II. İcra Hukuku ve Temel Haklar İlişkisi

Modern İcra Hukuku, amaçsal olarak maddi hukuka ilişkin talebin somutlaştırılmasına hizmet etmektedir⁷. Bu kapsamda, devletin cebri icra organları, sadece şeklen alacaklı görünen bir kimsenin hakkını, kanunda öngörülen usullere riayet etmesi üzerine (ilamsız icrada olduğu gibi) kendisine yönelteceği bir talep ile veya öncelikle maddi hukuka göre yargı organlarınca verilmiş bir hükmün varlığı üzerine gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Zira, ihkak-ı hakkın yasak olduğu modern hukuk düzenlerinde^{8,9} bu husus, Devletin temel ve asli görevleri arasında yer almaktadır¹⁰.

⁴ Adolf Baumbach/Wofgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, **Zivilprozeßordnung**, 58. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2000, § 811, s. 1946 vd.; Richard Zöllner/Max Vollkommer, **Zivilprozeßordnung**, 22. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, § 811, s. 1993; Mehmet Yalçın, **İcra ve İflas Hukukunda Mesken Haczi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 11; Uyar, **a.g.m.**, s. 551; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 632; Özbay, **a.g.m.**, s. 543.

⁵ İsviçre hukukunda haczedilmezlikle ilgili son değişikliklerle ilgili açıklamalar için bkz. Sema Taşpınar, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 599-670, s. 621.

⁶ Yalçın, **a.g.t.**, s. 11; Uyar, **a.g.m.**, s. 551.

⁷ Mehmet Kamil Yıldırım, İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1989, S. 1-3, s. 98-115, s. 99; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **İcra ve İflas Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2015, § 1, s. 1 ve 5.

⁸ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Şahsiyetin Korunmasına İlişkin Ek Protokol'ü m. 1 uyarınca, "Hiç kimsenin akdi yükümlülüklerini yerine getirememesinden dolayı hürriyetinin kısıtlanamayacağı" öngörülmektedir. Yalnız, ihkak-ı hakkı yasaklayan kuralın bir istisnası bulunmaktadır ve bu kural TBK m. 64'de yer almaktadır. Bunun dışında borçlu borcunu kendi rızası ile yerine getirmese, bu durumda, alacaklı alacağını Devletten yardım isteyerek elde edebilecektir. Zira, cebri icranın yerine getirilmesi münhasıran devlete aittir.

⁹ Walker/Taş Korkmaz, **a.g.m.**, s. 1567.

¹⁰ Yıldırım, **a.g.m.**, s. 98.

Maddi hakların somutlaştırılmasına hizmet eden cebri icra hukuku kapsamında gerçekleştirilen işlemler bakımından birtakım temel hak ve hürriyetlerin de dikkate alınması zorunludur¹¹. Bu kapsamda, hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi ile mülkiyet hakkı, şahsiyet hakkı gibi bazı temel haklar da cebri icrayı gerçekleştirecek olan devlet organları tarafından dikkate alınması gereken temel hak ve hürriyetlerden bazılarıdır¹².

İcra hukukunda dikkate alınması zorunlu olan temel haklar ve hürriyetler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹³ başta olmak üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile Avrupa Sosyal Şartı gibi pek çok uluslararası metinde kaynağını bulmaktadır¹⁴. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini gerekse de Avrupa Sosyal Şartını değerlendirdiğimizde, İcra-İflas hukuku ile temel haklar arasındaki ilişkiyi ortaya koyan birçok düzenlemenin var olduğu dikkatimizi çekmektedir.

İcra hukukunun klasik temel haklara hizmet eden bir kurum olduğunu ortaya koyan düzenlemeler kapsamında, Anayasamızda ve AİHS'nde temel bulan sosyal haklar, mülkiyet hakkı ile insanlık onurunu somutlaştıran bir örnek olarak haczedilmezliğe ilişkin İİK m. 82 vd.'nda (ZPO §§ 811 vd.) yer alan düzenlemeler ifade edilebilecektir¹⁵. Yine, Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan düzenlemelerden; herkesin konut edinme hakkına sahip olması (Bölüm 1/31); ailenin tam gelişmesini sağlamaya yönelik bir düzenleme olan çocukların da uygun sosyal, hukuki ve ekonomik korunma hakları (Bölüm 1/16 ve 17) gibi düzenlemeler İcra-İflas hukukundaki mesleki alet ve edevatın haczedilmezliği (İİK m. 82/f. 1, b. 4), ücretin ve maaşın bir kısmının haczedilebilirliği (İİK m. 83), emekli maaşının haczedilemezliği (İİK m. 83) ile konut edinme hakkı bakımından da, borçlunun haline münasip evinin haczedilemezliği (İİK m. 82/f. 1, b. 12) arasında somut bir ilişkinin var olduğu ifade edilebilecektir¹⁶. Görüldüğü üzere, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirerek sürdürebilme hakkına sahip olduğu ve böylece başkasına muhtaç ve yaşam standardı olarak yoksul bir hayat sürmeye mecbur kılınamayacağı, temel hak ve hürriyetlere dayanan düşüncelerden kaynaklanarak İcra ve İflas Kanunu ile diğer Kanunlarda bazı mal ve hakların haczedilemeyeceğine ilişkin düzenlemelerin getirilmesini gerektirmiştir¹⁷. Gerçekten de, haczin kapsamının¹⁸ herhangi bir sınırlama getirilmeden

¹¹ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 5.

¹² Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 5.

¹³ RG., 9.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne gerekse de Avrupa Sosyal Şartı'na taraf olmuştur. Ayrıca, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90 uyarınca da söz konusu milletlerarası sözleşmeler birer iç hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir.

¹⁵ İnsanlık onuru (AY m. 17) ve haczedilmezlik kurumu arasındaki ilişki için bkz. aşa. III, B, 3. Ayrıca bkz. Walker/Taş Korkmaz, **a.g.m.**, s. 1567; Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 6.

¹⁶ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 6.

¹⁷ Cenk Akil, Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyeti) İddiası, **AÜHFD**, 60 (4) 2011, s. 775-808, s. 777.

¹⁸ Cebri icranın kapsamı için bkz. aşa. § V, C.

borçlunun sahip olduğu her türlü mal ve hakkın oluşturduğu bir hukuk düzeninde malları elinden alınan bir borçlunun yoksul hale gelmesine sebep olunarak başta devlet olmak üzere başkalarını yardımına muhtaç olacağı ve netice olarak da, ilk planda mülkiyet hakkı olmak üzere, sosyal hakları ile yaşam hakkı ve insanlık onuruna yakışan bir hayat sürdürebilme hakkının zedeleneyeceği ifade edilebilecektir.

Özetle, İcra İflas hukuku Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı gibi birtakım uluslararası metinlerde ifade edilen temel haklar ve ilkelerle yakından ilgili olup; aynı zamanda, bu temel hak ve ilkelerin somutlaştırılması amacına da hizmet etmektedir¹⁹. Bu kapsamda, İİK m. 82 vd. (ZPO §§ 811 vd.)'nda yer alan haczedilemeyen mal ve haklar konumuz bakımından özel bir önem arz etmektedir. Buna göre, kanun koyucu birtakım ekonomik ve sosyal nedenlerden dolayı bazı mal ve hakların haczedilemeyeceğini özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır²⁰. İİK m. 82 vd.'nda (ZPO §§ 811 vd.) ifade edilen haczedilemeyen mallar ve haklar, borçlu ve ailesinin yoksul hale düşerek toplumun ve devletin sosyal yardımına muhtaç bir duruma gelmemesi ve borçlunun ekonomik varlığını devam ettirebilmesi gibi devletin anayasada ve uluslararası sözleşmelerde vatandaşlarına temin etmekle yükümlü olduğu sosyal hakların gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.

§ III. Alacaklı ve Borçlu Bakımından Dikkate Alınması Gereken Temel Haklar

A. Genel Olarak

Cebri icra öncelikli olarak alacaklının alacağını elde etmesine hizmet edecek olsa da, bu amaç yerine getirilirken borçlunun da toplum içinde insanlık onuru ile bağdaşmayan bir yaşam sürdürmesi sonuçlanmamalıdır. Bu bakımdan, ihkak-ı hakkın yasak olduğu modern hukuk düzenlerinde, cebri icra faaliyetini yerine getirmekle aslen görevli olan devletin, bu hususu icra etmekte olan organları aracılığıyla gerçekleştirdiği işlemler, borçlu ile alacaklının sahip olduğu temel haklar ile cebri icra hukukundaki menfaatler dengesine aykırı olmamalıdır.

Bu amaçla, icra hukukunda alacaklı ile borçlunun sahip oldukları temel haklar değerlendirildiğinde, cebri icranın öncelikle alacağını alamayan alacaklının mülkiyet ve kimi zaman da şahsiyet hakkını/haklarını koruyarak bu hakkını/haklarını elde edebilmesinde bir araç olmayı amaçladığı ve yine, alacaklının hak arama özgürlüğünü de temin etmeye çalıştığı görülmektedir²¹. Buna karşılık, alacaklının karşısında yer alan borçlunun cebri icrada tamamen korunmasız bırakılması düşünülemez. Bunun sebebi, kendisine cebri icra organlarınca müdahalede bulunulan borçlunun, bu suretle pek çok

¹⁹ Yıldırım/Deren-Yıldırım, *a.g.e.*, § 1, s. 5.

²⁰ Kuru, *Haczi Caiz Olmayan Şeyler*, s. 544; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 5. Bs., Ankara, İstiklal Matbaası, 1960, s. 97.

²¹ Muhammed Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara, 2009, s. 36.

hakkına da dokunulma ihtimalinin bulunmasıdır. Gerçekten de, aleyhine icra yoluna başvurulmuş borçlunun, mülkiyet hakkı, yaşam hakkı, özgürlük hakkı, insanlık onuru ve kişilik hakları ile sosyal hakları her türlü müdahalelere karşı korunmayı gerektirmektedir²². Görüldüğü üzere, cebri icra hukuku, alacaklı ve borçlu bakımından dikkate alınması gereken temel hakların çatıştığı bir temel hak alanıdır.

B. Cebri İcra Hukukunda Alacaklı ve Borçlunun Temel Hakları ile Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik İlişkisi

İcra hukukunda alacaklı ile borçlunun sahip olduğu -ve yukarıda ifade ettiğimiz- temel hakların yanında, sosyal devlet ilkesi, ölçülülük ilkesi, insanlık onuru ve yaşam hakkı ile kişiliğin korunması, icra hukukunda yoksulluğun önlenmesinde bir araç olarak haczedilmezlik konusu bakımından ayrıca önem arz etmektedir.

Bu sebeptir ki, aşağıda, bu Anayasal haklar ile icra hukukunun bir kurumu olan haczedilmezliğin ayrıca ifade edilerek sosyolojik bir olgu olan yoksullukla olan ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

1. Sosyal Devlet İlkesi (AY m. 2)

1982 Anayasasının Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve asalet anlayışı içinde insan hakların saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” denilmektedir.

Sosyal devlet, bireylerin sosyal durumları ile ilgilenen onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı, sosyal adalet ile sosyal güvenliği temin etmeyi kendisine ödev bilen devlettir²³. Tanımından da anlaşılacağı üzere, sosyal devlet, vatandaşlarının asgari yaşamlarını sürdürebilmeleri ve kendi başlarına toplumda ayakta kalabilmelerini temin edecek olan devlettir.

Yukarıda ifade ettiğimiz ve Anayasamızın 2. maddesinde vurgulanan sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak alacaklı sırf sosyal durumu sebebiyle alacağını elde etme imkanından yoksun kılınmamalı diğer taraftan borçlu da kendisine karşı yapılan bir takip sebebiyle sahip olduğu her şeyin elinden alınması neticesinde topluma muhtaç hale getirilmemelidir²⁴. Bu sebeptir ki, devlet, alacaklı bakımından (veya kimi durumlarda da borçlu bakımından) onun adli yardımdan yararlanmasını sağlayarak; borçlu bakımından ise, sahip olduğu bütün mallarının haczin konusu edilmemesini

²² Wolf-Dietrich Walker, Cebri İcra Borçlunun Korunması, (Çev.: Hülya Taş-Korkmaz), Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 1567-1573, s. 1567.

²³ Yalçın, a.g.t., s. 6.

²⁴ Yalçın, a.g.t., s. 6; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin-Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, § 1, s. 57-58.

öngören düzenlemeler (İİK m. 82 vd.) getirerek borçlunun yoksul kılınmasını önlemek suretiyle sosyal devlet anlayışı doğrultusunda hareket etmektedir²⁵.

Bu çerçevede, borçlunun hacizli mallarının keyfi bir şekilde satılamaması ile emekli maaşlarının borçlunun izni olmaksızın haczedilmemesi, yine, işçi ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilememesi sosyal devlet anlayışının (AY m. 2) somutlaştığı kanuni düzenlemelerdir²⁶.

Kısacası, borçlunun sahip olduğu bütün mal ve hakların haczedilememesi Anayasamızda düzenlenen sosyal devlet olmanın bir gereğidir.

2. Ölçülülük (Orantılılık) İlkesi (AY m. 13)

Ölçülülük ilkesi, amaç ile araç arasında makul sayılabilecek bir dengenin bulunmasını zorunlu kılan bir ilkedir²⁷. Borçluya karşı yapılan takipte borçlunun malvarlığının sınırsız bir şekilde haczedilerek satılmasına engel olunması, kanun koyucunun Anayasa'da temel bulan ölçülülük (orantılılık) ilkesinin (AY m. 13) somutlaşmasına hizmet eden düzenlemelerindendir²⁸. Zira, alacaklının alacağını elde edebilmesi için borçlunun uğrayacağı zarar ile fayda arasında bir ölçüsüzlüğün bulunmaması gerekmektedir. Bu sebeptir ki, borçlunun yaşamına devam edebilmesini sağlayacak olan mallarının haczedilememesi gerekmektedir. İİK m. 82 vd.'nda getirilen düzenlemeler bu temel ilkeyi temin eden bir işleve sahiptir.

3. İnsanlık Onuru

Cebri icra faaliyeti, bir kimsenin toplum içinde insanca ve onurlu bir hayat sürdürmesi engelleyecek şekilde yürütülemez²⁹. Bu sebeptir ki, Anayasanın giriş

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 58.

²⁶ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 6 vd.; Pekcanitez, İcra-İflas Kanunu'nun sosyal devlet anlayışının gereklerine uyum göstermeyen hükümlerinin değiştirilmesinin gerektiğini ifade ederek eleştirmektedir. Pekcanitez'e göre, bugün için haczedilmezlikle ilgili kuralların haczi ve satışa ilişkin kuralların bir kısmının bu ilkeyle artık uyumlu olmaması sebebiyle değiştirilmesi gerekmektedir (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 58).

²⁷ Yalçın, **a.g.t.**, s. 7; İcra hukukunda orantılılık ilkesi hakkında bkz. Meral Sungurtekin-Özkan, İcra Hukukunda Orantılılık İlkesi, **Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 177-203. Ayrıca bkz. Yücel Oğurlu, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 485-521.

²⁸ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 7; Yalçın, **a.g.t.**, s. 7; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 61.

²⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 62. AY'nın giriş kısmında ifade edilen insanlık onurunun korunmasına ilişkin düzenleme, tarihsel süreçte Corpus Iuris Civilis'e kadar dayanan bir temele sahiptir. Nitekim, Corpus Iuris Civilis'te yer alan, "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*" (Dig. 1.1.10.1. Ulpianus) ifadesi, "insanın onurlu bir varlık olarak yaşamını bir yandan sürdürebilmesini, diğer yandan da başkasına zarar

kısımında³⁰ ifadesini bulan insanlık onuru, yasama, yürütme, yargı gibi tüm alanlarda olduğu gibi cebri icra alanında da mutlak olarak göz önünde tutulmalı ve insanlık onurunu zedeleyecek uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir³¹. Borçluya karşı gerçekleştirilecek olan cebri icra faaliyeti, onun insanca ve onurlu bir hayat sürdürmesini ortadan kaldıracak şekilde gerçekleştirilmemelidir³². Buna göre, devletin cebri icra faaliyeti sonrasında da, borçlu kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmek için gerekli olan asgari imkanlara sahip olmalı, temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek durumda olmalı, geçimini sağlayabilmeli ve toplum içinde yer alabilmelidir³³. Bu sebeple, icra hukukunda devletin alacaklının alacağına kavuşabilmesi için sağlayacağı cebri icra faaliyetinin önlenmesi bakımından çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır³⁴. Bu kapsamda, borçlunun haczedilmeyecek mallarını ifade eden İİK m. 82 vd.'nda yer alan düzenlemeler, deyim yerindeyse, borçluyu alacaklının insafına terk ederek toplum karşısında çırılçıplak bırakılmasını önleyerek yoksul kılınmasını ve böylece her ne pahasına olursa olsun alacaklının alacağının elde edilmesinin önüne geçilmesini temin ederek insanlık onuruna hizmet etmektedir³⁵.

4. Yaşam Hakkı ve Kişiliğin Korunması

Bir kimsenin sadece borcunu ödeyememesi sebebiyle yaşam hakkına son verilmesi düşünülemez³⁶. Aynı şekilde, sırf borcunu ödeyemeyen bir kimsenin özgürlüğünün elinden alınması söz konusu olamaz³⁷. İcra İflas Kanunu'nda öngörülen birtakım düzenlemeler bu hususu sağlamayı amaç edinmektedir. Bu kapsamda, İİK m.

vermemesini, ancak herkesin de hakkına kavuşabilmesi gerektiğini" ifade etmektedir (Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özekes, a.g.e., s. 111-112).

³⁰ İnsanlık onuru, AY'nın giriş kısmında: "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu..." ifadeleri ile vurgulanmaktadır.

³¹ Walker/Taş Korkmaz, a.g.m., s. 1569; Özekes, a.g.e., s. 113; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, a.g.e., § 1, s. 62.

³² Walker/Taş Korkmaz, a.g.m., s. 1569; Özekes, a.g.e., s. 113.

³³ Yalçın, a.g.t., s. 3; Özekes, a.g.e., s. 113; Walker/Taş Korkmaz, a.g.m., s. 1569.

³⁴ Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., § 1, s. 7; Gerçekten, İcra İflas Kanununda insanlık onurunu korumaya yönelik pek çok örneğe rastlamak mümkündür: Tatil ve talik hallerine ilişkin düzenleme (İİK m. 51 vd.) ve bu çerçevede, gece vakti kural olarak haczin yapılamaması (İİK m. 51/f. 1); borçlunun eşi veya yakınlarından birinin ölümü (İİK m. 52) ile ağır hastalığı halinde (İİK m. 55) takibin ertelenmesi; haczedilmezlik (İİK m. 82 vd.); çocuk tesliminde uzman bulundurulması (İİK m. 25/b) gibi hükümler bu amaca hizmet etmektedir (Özekes, a.g.e., s. 114; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, a.g.e., § 1, s. 62).

³⁵ Walker/Taş Korkmaz, a.g.m., s. 1569; Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., § 1, s. 6.

³⁶ Nitekim devletin cebri icra organlarınca gerçekleştireceği icra işlemleri AY m. 17'de ifadesini bulan "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi" varlığı kenar başlıklı düzenlemesine aykırı olmaz. Söz konusu düzenlemeye göre, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, a.g.e., § 1, s. 62. Bu husus aynı zamanda AY m. 38/f. 8'de açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz".

82/f. 1, b. 11'de düzenlenen vücut ve sıhhatle ilgili zararların telafisi amacıyla ödenen tazminatların haczedilemeyeceğine ilişkin düzenleme bu amaca hizmet etmektedir³⁸.

§ IV. Cebri İcra Hukukunda Menfaat Dengesi ve Haczedilmezlik ile Yoksulluk İlişkisi

Cebri icra faaliyeti neticesinde, buna maruz kalan borçlunun toplum içinde yaşamını sürdürebilmesinin ve böylece toplumsal ölçekte yoksul hale düşerek başkasının bakımına muhtaç bir duruma gelmesinin önlenmesinde, borçlu ile alacaklı arasında var olan menfaat dengesinin de gözetilmesi büyük önem arz etmektedir³⁹. Nitekim, cebri icra organlarının gerçekleştirdiği ve alacaklının alacağını elde etmesine yönelik olan cebri icra faaliyeti neticesinde, alacaklı ile borçlu arasında var olan bu dengenin gözetilmemesi, kimi durumda alacaklının kimi durumda da alacaklı karşısında yer alan borçlunun, tamamen çaresiz ve çıplak bırakılmasına yol açarak⁴⁰ sahip oldukları temel hak ve hürriyetlerin de ihlal edilmesine sebep olabilecektir.

Bütün bu sebeplerle, kanun koyucu menfaat dengesinin tayininde hassas bir denge gözetmeye çalışmıştır⁴¹. Buna göre, İcra-İflas hukukunda kural olarak alacaklının alacağını elde etmek amacıyla talepte bulunarak devletin cebri icra organlarına başvurması üzerine başlayan cebri icra faaliyetinde, ilk etapta alacaklının menfaatlerinin korunmasına hizmet edildiği yönünde bir çıkarımda bulunmak hatalı olmayacaktır⁴². Bununla birlikte, başından sonuna kadar farklı aşamalardan geçilen cebri icra faaliyetinde, takip ile ilgili üçüncü kişilerin ve borçlunun da menfaatlerinin korunmasına gayret edildiği de son derece açıktır⁴³. Bu sebepledir ki, alacaklı karşısında yer alan ve cebri icra faaliyeti sebebiyle temel hak ve hürriyetlerine de türü müdahalelerde bulunan borçlunun da korunması kanun koyucunun getirdiği düzenlemelerde gözetildiği anlaşılan bir husustur.

Alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan menfaat dengesinde alacaklının menfaati, alacağını hızlı bir şekilde elde etmek; borçlunun menfaati ise, Anayasa ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı gibi) kendisine tanınan temel hak ve hürriyetlere⁴⁴ aykırı bir şekilde icra takibinden zarar görmemesine riayet edilmesini istemektir⁴⁵.

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 62-63.

³⁹ Yalçın, **a.g.t.**, s. 3

⁴⁰ Alacağını elde etmek isteyen alacaklı karşısında borçlu tamamen çıplak ve çaresiz bırakılmayacaksa da; borçlunun kötüniyetli davranışlarda bulunabileceğine de dikkat edilerek buna zemin hazırlanmamasına özen gösterilmelidir (Özekes, **a.g.e.**, s. 36).

⁴¹ Özekes, **a.g.e.**, s. 37.

⁴² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 53.

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1, s. 54.

⁴⁴ Bkz. yuk. § II, § III, A ve B, 1 vd.

⁴⁵ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 1, s. 5; Özekes, **a.g.e.**, s. 37.

Görüldüğü üzere, icra takibinde, gözetilmesi gereken menfaat dengesi, alacaklının hızlı bir şekilde hakkının yerine getirilmesine yönelik beklentisi ile borçlunun haklarına saygılı ve özenli olunmasına yönelik beklentisi arasındaki çatışmanın bir sonucudur⁴⁶. Bu çatışmanın icra takibine başvurulması üzerine ve cebri icra organlarının müdahalesiyle ortaya çıkması sebebiyle icra takibinin her aşamasında gözetilmesi gerektiği ve bu hassas dengenin her an bozulmaya yatkın olduğu açıktır⁴⁷. Bu sebeptir ki, kanun koyucu, takip hukukunda alacaklı ile borçluya çeşitli imkanlar tanıma yoluna gitmiştir. Nitekim, alacaklının elinde belirli belgelerin bulunması durumunda borçluya karşı dava açmadan doğrudan doğruya takip yapabilmek imkanının tanınmış olması (İİK m. 58 vd.), kanun koyucunun menfaat dengesinde alacaklıya tanıdığı özel imkanlardan birisidir⁴⁸. Yine, icra takibi esnasında takibin ilerleyen aşamalarında birçok işlemin yapılmasının alacaklının tercihi ve talebine bırakılmış olması da bu sebeptir. Zira, icra memurunun haciz ve satış aşamalarına geçerek gerekli işlemler yapabilmesi için, alacaklının rızası gerekmektedir. Ayrıca, iflasın ertelenmesi (İİK m. 179 vd.; TTK m. 376, 377) bakımından da hakimlerin erteleme kararı verebilmeleri bakımından gerçekleşmesi gereken maddi bir şart olarak alacaklının menfaatlerinin korunması, doktrinde ve Yargıtay kararlarında genel kabul gören bir husustur⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, icra iflas hukukunda alacaklıyı koruma amacıyla getirilen düzenlemeler ne bu örneklerle ne de borçlunun tek alacaklısını korumakla sınırlıdır. Zira, kanun koyucu, takip hukuku bakımından borçlunun tek bir alacaklısını değil; aynı zamanda, aynı takip kapsamında birden fazla alacaklısını da korumayı amaç edinmektedir⁵⁰.

Kanun koyucunun alacaklının menfaatlerini korumaya yönelik olarak getirdiği bu düzenlemeler karşısında, borçluyu da koruma amaçlı çeşitli düzenlemeler getirmek suretiyle menfaat dengesini tesis etmeyi amaçladığı görülmektedir⁵¹. Borçlunun

⁴⁶ Özekes, **a.g.e.**, s. 37.

⁴⁷ Özekes, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1 , s. 54.

⁴⁹ **A. Dubach** Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 94 (1998), s. 149-160, s. 151; **Schönenberger, v. B.**: Der Konkursaufshub nach Art. 725a OR (BISchk, 2002-Heft 5, s. 161-189). (Çev. Üstündağ, S.), "İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 725a'ya göre İflasın Ertelenmesi"- Yargı Dünyası, Mart 2005, S. 111, s. 9-27, **Art. 725a**, s. 17; **Atalay, O.**: İflasın Ertelenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 49-99, s. 69-70; Yargıtay'a göre, "İflasın ertelenmesi durumu erteleme talebinde bulunan şirketin menfaatleri göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklıların da menfaatleri kuşkusuz korunmalıdır." (19. HD, 30.12.2004, E. 10530, K. 13441, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁰ Bu husus, özellikle iflas hukukunda kendini gösterir. Nitekim, İcra İflas Kanununda, iflas yoluyla takibe ilişkin getirilen düzenlemelerde bu düşüncenin hakim olduğu açıktır. Diğer taraftan, icra takibi bakımından da, bir alacaklıya diğer bir alacaklı karşısında üstünlük sağlamayan ve alacaklılar arasında denge gözetmeye çalışan hacze iştirak (İİK m. 100- m. 101) kurumu bakımından bu esasın geçerli olduğundan söz edebiliriz (Özekes, **a.g.e.**, s. 39; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 1 , s. 55).

⁵¹ Özekes, **a.g.e.**, s. 39.

menfaatlerinin korunmasına yönelik olarak kanun koyucunun getirdiği düzenlemeler oldukça çeşitlidir. Nitekim, kanun koyucu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, alacaklıya elinde herhangi bir belge dahi olmadan takip yapma imkanını sağlamış (İİK m. 58 vd.) olmakla birlikte, borçluya da yazılı veya sözlü olarak yapacağı bir itirazla alacaklı tarafından başlatılan bu takibi durdurabilme imkanını (İİK m. 66) bahsetmiştir⁵².

Cebri icra hukukunda, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinden başka, üçüncü kişilerin de menfaatlerini gözetten düzenlemelerden bahsetmek mümkündür. Zira, İİK m. 82, b. 3-7, 9, 11, 12'de getirilen ve borçlunun haczedilemeyecek mallarını ifade eden kanuni düzenlemeler bu amaca hizmet etmektedir.

İcra takibine başvurulması üzerine cebri icra organlarının müdahalesiyle ortaya çıkan ve takibin her aşamasında gözetilmesi gereken menfaat dengesinin tesisi bakımından, kanun koyucu icra memurunu yükümlü kılmıştır. Nitekim, İİK m. 85/son'da, "*Haczi koyan memur, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatleri telif etmekle mükelleftir.*" denilmek suretiyle, bu husus ifade edilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi aynı zamanda orantılılık ilkesinin de bir sonucudur⁵³.

Cebri icra hukukunda alacaklı ile borçlu arasında gözetilmesi gereken menfaat dengesinin tayininde yukarıda yaptığımız gibi tamamen hukuki bir yaklaşımda bulunulmasının yeterli olmayacağını ifade etmek isteriz. Zira, alacaklı ile borçlu arasında var olan bu denge temelde hukuki bir boyuta sahip olmakla birlikte aynı zamanda; psikolojik, ekonomik ve sosyolojik bakımlardan da farklı yönleri bünyesinde barındıran çetrefil bir konudur⁵⁴. Bu sebeptendir ki, icra iflas hukukunda menfaat dengesinin gözetilmemesi, sadece hukuki etkilerde bulunmaktan öte sosyolojik, psikolojik ve ekonomik tesirlere de sebep olacaktır. Nitekim, İİK m. 82 vd.'nda düzenlenen haczi caiz olmayan mallara ilişkin kanuni düzenlemeler, alacaklının alacağını elde etmek pahasına borçlunun bütün mallarının haczedilmesini önleyerek, menfaat dengesinin alacaklı lehine (borçlu aleyhine) bozulmaması amacına hizmet etmekte ve böylece borçlunun bakıma muhtaç ve yoksul bir hale düşürülmesine engel olmayı temin etmektedir. Bu da göstermektedir ki, kanun koyucu, menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulmasını önleyerek, kurumun sadece hukuki değil aynı zamanda ekonomik ve sosyolojik etkilerinin de var olduğunu göz önünde bulundurmıştır. Bu

⁵² Özkes, **a.g.e.**, s. 39; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, **a.g.e.**, § 1 , s. 55. Menfaat dengesinde borçlunun durumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pınar Çiftçi, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, İzmir 2008 (Yüksek Lisans Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 229-230. Ayrıca, kanun koyucu tarafından borçluya tanınan imkanlar bunlarla sınırlı değildir. İcra hukukunda alacaklı karşısında borçluyu koruyan düzenlemeler hakkındaki açıklamaları için bkz. Wolf-Dietrich Walker, Cebri İcrada Borçlunun Korunması, (Çev.: Hülya Taş-Korkmaz), **Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan**, C. II, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 1567-1573.

⁵³ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 155. Ayrıca, orantılılık ilkesi ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. § III, B, 2.

⁵⁴ Özkes, **a.g.e.**, s. 36.

sayede borçlu ve borçlu ile birlikte yaşıyan insanların da hukuken korunması suretiyle sosyolojik açıdan da etkili bir yaklaşım içinde bulunulmuştur.

§ V. Cebri İcranın Kapsamı

A. Genel Olarak

Alacaklı alacağının elde etmek için borçluya karşı icra takibi gerçekleştirecektir. Borçlunun mal ve hakları borçlarının teminatını teşkil edecek olup cebri icra bunların üzerinde gerçekleştirilecektir⁵⁵. Devletin gerçekleştirdiği cebri icra faaliyetinin neticesinde, borçlunun malvarlığında yer alan unsurlar bu hususta yetkili olan organlar tarafından haczedilecek ve ardında da paraya çevrilerek alacaklının tatmin edilmesi sağlanacaktır⁵⁶.

Hal böyle olmakla beraber, cebri icranın bütün koşulları bir arada bulunsa dahi devletin cebri icra faaliyetini gerçekleştireceği malvarlığı değerleri borçlunun istisnasız tüm mallarını teşkil etmeyecektir⁵⁷. Zira, bütün malvarlığı elinden alınan borçlu, yaşamını idame ettiremez bir hale gelir ve bu durum ise, toplum içinde insanca bir yaşam sürdüremeyecek bir hale gelmesine sebep olur⁵⁸. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu cebri icranın konusunu Modern hukuk sistemlerinde de olduğu gibi borçlunun şahısvarlığı yerine malvarlığı değerleri üzerinde tayin etmişse de, çeşitli sosyal düşüncelerle haczi caiz olmayan malvarlığı değerlerine ilişkin ayrıca düzenleme getirme gereği duymuştur⁵⁹.

B. Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar

1. Genel Olarak

Borçlunun hacze konu olabilecek mal ve haklarından bazılarının haczedilememesi gerek bizim hukuk sistemimizde gerekse de yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Böylece, Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde borçlunun mallarının haczi bakımından alacaklı karşısında korunması ve bu suretle alacaklı ile borçlu arasında var olan menfaat dengesinin temin edilmesi suretiyle takibin her iki tarafının da toplumsal ölçekte başkasının yardımına muhtaç hale gelerek yoksul hale

⁵⁵ Necmeddin Berkin, *İcra Hukuku Dersleri*, 538 Sayılı Kanuna ve Son İçtihadlara Göre, 2. Bs., İstanbul, Hamle Matbaası, 1969, s. 81; Kuru, *El Kitabı*, s. 501; Yalçın, *a.g.t.*, s. 2.

⁵⁶ Walker/Taş Korkmaz, *a.g.m.*, s. 1569.

⁵⁷ Walker/Taş Korkmaz, *a.g.m.*, s. 1569.

⁵⁸ Berkin, *İcra Hukuku*, s. 81.

⁵⁹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Gözden Geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 27. Bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 267; Özbay, *a.g.m.*, s. 543.

düşmemeleri ve bu suretle insanlık onuruna yakışan bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri amaçlanmış olmaktadır⁶⁰.

Bu amaç doğrultusunda, haczi caiz olmayan mal ve haklar, Türk hukukunda, İİK m. 82 vd. hükümleri ile bazı özel kanunlarda; Alman hukukunda⁶¹, ZPO § 811, 850, 851'de ve İsviçre hukukunda⁶² ise, SchKG Art. 581, 592, 593'te düzenlenmektedir⁶³.

Kanun koyucunun öngördüğü haczi caiz olmayan mal ve haklar, sadece ilamsız icra ile yapılan takipler bakımından değil aynı zamanda ilamlı icrada (İİK m. 41) ve ihtiyati hacizde⁶⁴ (İİK m. 257 vd.) de uygulanacaktır⁶⁵. Haczi caiz olmayan mal ve haklar ilişkin düzenlemelerden her borçlunun yaralanması mümkündür⁶⁶. Ancak, kurumun getirilmesindeki temel amaç göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun bu husustaki düzenlemelerinden hükmi şahıslar ile müesseselerin yararlanması mümkün olmayacaktır⁶⁷.

Türk hukukunda haczi caiz olmayan mal ve haklardan bir kısmı tamamen haczedilemezken (İİK m. 82) diğer bir kısmı ise, kısmen haczedilemez (İİK m. 83) mal hak ve alacakları öngörmektedir⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun tamamen haczi caiz olmayan mallar ile kısmen haczi caiz olan malları, farklı maddelerde düzenleyerek bunlara ilişkin değişik düzenlemeler getirmesi haczedilemezlik kurumunun temel amacı olan borçlu ve ailesinin yaşamlarını sürdürebilmeleri ve topluma muhtaç hale gelerek yoksul kılınmalarının önlenmesi şeklindeki sosyal anlayış bakımından bir farklılık yaratmamaktadır.

2. Tamamen Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar

⁶⁰ Bkz. yuk. § III, B, 3.

⁶¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, § 811, s. 1946 vd.; Zöllner/Vollkommer, **a.g.e.**, § 811, s. 1993; Yalçın, **a.g.t.**, s. 11; Uyar, **a.g.m.**, s. 551; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 632; Özbay, **a.g.m.**, s. 543.

⁶² İsviçre hukukunda haczedilemeyen mallara ilişkin gelişmeler için bkz. Taşpınar, **İsviçre Federal**, s. 621.

⁶³ Uyar, **a.g.m.**, s. 551; Yalçın, **a.g.t.**, s. 11. Ayrıca bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **a.g.e.**, § 811, s. 1946 vd.; Özbay, **a.g.m.**, s. 543; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 522.

⁶⁴ Ertarhan, **a.g.t.**, s. 10; Muhammet Özkes, Karar İncelemesi Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulun Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak, Sayı: 1, 2002.

s. 277. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...ihtiyati haczi kararının uygulanmasından sonra, yasal süre içinde takip talebinde bulunulmaması halinde, ihtiyati haczin hükümsüz olacağı ve bu durumda borçlunun yaptığı haczedilemezlik şikayetinin konusuz kalacağı..." (Yarg. 12. HD., 04.05.1989, 1988/E. 12450, K. 6988, Yalçın, **a.g.t.**, s. 11, dn. 25)

⁶⁵ Yalçın, **a.g.t.**, s. 11.

⁶⁶ Bu kapsamda borçlunun taabiyeti, suiniyeti, alacağın miktarı ve niteliği gibi hususlar önem arz etmeyecektir (Berkin, **İcra Hukuku**, s. 81).

⁶⁷ Yalçın, **a.g.t.**, s. 3. Berkin, **İcra Hukuku**, s. 81. Bununla birlikte, doktrinde Berkin, haczedilemeyen mallara ilişkin muafiyetten hükmi şahıslar ile müesseselerin de kamu menfaati gereğince yararlanmalarının söz konusu olabileceği görüşündedir. Bkz. Berkin, **İcra Hukuku**, s. 81.

⁶⁸ Ansay, **a.g.e.**, s. 97.

Tamamen haczi caiz olmayan mal ve haklar, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinde⁶⁹ 13 bent halinde sayılmıştır⁷⁰. Kanun koyucunun burada öngördüğü düzenlemeler sınırlı sayıda olup kıyas yolu ile genişletilemez⁷¹. Bununla birlikte, İİK m. 82/f. 1, b. 1'de öngörülen düzenleme uyarınca, özel kanunlarında haczinin caiz olmadığı belirtilen mal ve hakların da haczi mümkün olmayacaktır⁷². Kanun koyucu, yukarıda da

⁶⁹ İcra İflas Kanunu'nun 82 maddesi şu şekildedir:

"Aşağıdaki şeyler haczolunamaz:

1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar,
2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya,
3. Para, kıymetli evrak, altın gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya, aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri,
4. Borçlu çiftçi ise, kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift ziraat hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer teferruatı ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve aracı kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları,
5. Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,
6. Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsul için lazım olan tohumluğu,
7. Borçlu bağ, bahçe veya meyva veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ ve bu sanat için lüzumlu bulunan alet ve edevat,
8. Borçlar Kanununun 510'ncü maddesi mucibince haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar,
9. Memleketin ordu ve zabıta hizmetinde malul olanlara bağlanan emeklilik maaşları ile bu hizmetlerden birinin ifası sebebiyle ailelerine bağlanan maaşlar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış tazminat ve ikramiyeleri,
- Askeri malullerle, şehit yetimlerine verilen terfi zammı ve 1485 numaralı kanun hükmüne göre verilen inhisar beyiye hisseleri,
10. Bir muavenet sandığı veya cemiyet tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan maaşlar,
11. Vücut ve sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrının kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar,
12. Borçlunun haline münasip evi,
13. Öğrenci bursları."

Medeni Kanunun 807'nci maddesi hükmü saklıdır. 2, 3, 4, 5, 7 ve 12 numaralı bentlerdeki istisna borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasırdır.

Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır.

İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir."

⁷⁰ Alman hukukunda, haczi caiz olmayan mal ve haklar, ZPO § 811/ 1-13'te belirtilen bentlerde sayılmıştır. Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) § 850 ve § 851'nci maddeleri de haczedilmezlikle kanun koyucunun öngördüğü diğer düzenlemelerdir (Bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *a.g.e.*, § 811, s. 1946 vd.; Zöller/Vollkommer, *a.g.e.*, § 811, s. 1993). İsviçre İcra İflas Kanunu (SchKG)'de de haczi caiz olmayan mal ve haklar Art. 581, 592, 593'te düzenlenmiştir.

⁷¹ Karşı görüşte bkz. Yavuz Balkan, **Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 25.

⁷² Bkz. a.ş. § V, B, 2, b.

belirttiğimiz üzere çeşitli ekonomik ve sosyal düşüncelerle, borçlunun bazı mal ve hakların haczedilemeyeceğini öngörmektedir⁷³.

İcra ve İflas Kanunu'nun 82'nci maddesinde haczedilemeyeceği öngörülen mal ve hakların kısmen dahi olsa haczi mümkün değildir⁷⁴. Bununla birlikte, İcra ve İflas Kanunu'nun 82'ci maddesinin son fıkrası gereğince, (2), (4), (7) ve (12)'nci bentlerde yer alan malların haczedilmemeleri, takip konusu borcun bu malların bedelinden doğmuş olması şartına bağlı kılınmıştır. Bu durumda, takip konusu borcun haczi kabil olmayan malın bedelinden doğmuş olması halinde, bu mal yalnızca takip konusu borç bakımından haciz edilebilecektir⁷⁵.

a. İcra İflas Kanununun 82'nci Maddesinde Belirtilen ve Haczi Caiz Olmayan Mal Ve Haklar

(1) İcra ve İflas Kanunu'nun 82'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine göre, devlet malları haczedilemez.

Hangi malların devlet malı olduğu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu esas alınarak belirlenir⁷⁶.

İİK m. 82/f. 1, b. 1'de yer alan devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin açık düzenlemeye karşılık bu kuralın yerinde olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Nitekim, doktrindeki bir görüşe göre, devlet mallarının haczedilememesi, cebri icrayı yürüten organın devlet olması sebebiyle ve devletin bu yetkisini kendisine karşı kullanamayacağı gerekçesiyle zorunlu olarak haczedilemeyeceği düzenlenen mallardandır. Ayrıca, bu görüşe göre, devletin borçlarını rızası ile ödeyeceği farz edilmektedir⁷⁷. Doktrindeki diğer görüşe göre, devlet mallarının

⁷³ Ansay, **a.g.e.**, s. 97; Yalçın, **a.g.t.**, s. 12. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267. Ayrıca bkz. yuk. § III, B, 1 vd.

⁷⁴ Saim Üstündağ, **İcra Hukuku Esasları, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutulmak Suretiyle) Yenilenmiş**, 8. Bs., İstanbul, 2004, s. 172; Muşul, **İcra ve İflas**, s. 295.

⁷⁵ Muşul, **İcra ve İflas**, s. 295.

⁷⁶ Kuru, **El Kitabı**, s. 503. Ayrıca, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Anayasa hukuku açısından Devlet, aslında ülkesi ve milleti ile bölünmez bir bütündür. Bu niteliği ile uyruğu olan bireyleri dahi kapsar; ancak hukuksal, sosyal ve ekonomik nedenler, bu bütünlüğe karşın bazı kamu kuruluşlarının tüzel kişilik tanınarak Devlettten ayrı varlık haline getirilmesini gerektirmiştir. Daha da ileri gidilerek bu kamu kuruluşlarından iktisadi nitelik taşıyanlar, özel hukuka tabi tutulmuşlardır. İcra ve İflas Kanununun 82'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi gereğince, malları haczedilemeyecek olan "Devlet", Anayasal yapı ve nitelik açısından olduğu kadar bu hükmün bilinen gerekçesi nedeniyle de diğer kamu tüzel kişilerinden ayrı bir varlıktır. Bu hükümdeki "Devlet Malları" kavramı, salt, devlet tüzel kişiliği içindeki genel ve katma bütçeli dairelerin ellerinde bulunan ve idare ve muhasebesi 1050 sayılı Muhasebeyi Umumiye Kanununa tabi malları kapsar (Yarg. 12. HD, 23.3.1981, E. 1981/598, K. 1981/2936, Yasa HD., Şubat 1982, s. 249; aynı karar için bkz. Üstündağ, **a.g.e.**, s. 177, dn. 520).

⁷⁷ Kuru, **El Kitabı**, s. 503 vd.

haczedilememesi, Anayasamızda korunan hukuk devleti ilkesi, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir⁷⁸. Kanun koyucunun bu düzenlemesinin getirilme amacı, kişilerin alacağına karşılık kamu yararının daha üstün olduğudur⁷⁹. Görüldüğü üzere, kanun koyucu burada, alacaklı ile devlet karşı karşıya geldiğinde açıkça devleti korumuştur.

İİK m. 82/f. 1, b. 1'de öngörülen, devlet mallarının haczedilemeyeceği kuralı, Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilerek iptal talebini reddetmiştir⁸⁰. Diğer taraftan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kuralı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No'lu Protokolünün 1. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁸¹.

(2) İcra ve İflas Kanunu'nun 82'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendine göre, ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya haczedilemez.

Maddede öngörülen düzenleme, aslında İİK m. 82/f. 1, b. 4'te yer alan düzenlemenin aynısıdır. Kanun koyucunun hali hazırda 4. bentte bir düzenleme mevcutken aynı yönde bir düzenlemeye 2. bentte de yer vermemesi isabetsiz olmuştur⁸².

İİK m. 82/f. 1, b. 2, de öngörülen düzenleme, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır⁸³. 6352 sayılı Kanunla değişmeden önce kanun koyucu, borçlunun kendisi ve mesleği için lüzumlu elbise ve eşyasıyla borçlu ve ailesine lüzumlu olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyalarının haczedilemeyeceğini öngörmekteydi. Bu kapsamda, bu bent uyarınca, borçlunun, yatağı, elbisesi, gözlüğü, ibadetleri için gerekli olan seccadesi ile tespihinin haczedilmesi söz konusu olamamaktaydı⁸⁴. 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra ise, getirilen düzenlemede bahsi geçen eşyalara ilişkin herhangi bir ifade bulunmadığından bunların haczinin mümkün olup olmadığı açık değildir⁸⁵. Kanaatimizce, bu eşyaların İİK m. 82/f.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 203.

⁷⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 202.

⁸⁰ 21.10.1992 tarihli ve 1992/13 ve 1992/50 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı (Bkz. RG. 30.06.1993, S. 21623) (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 203; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 177, dn. 519a).

⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18.20.2005 tarihli "Tütüncü ve diğerleri" ile 18.12.2007 tarihli "Abidin Şahin" kararlarında devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin olan İİK m. 82/f. 1,b. 1 düzenlemesini AIHS Ek 1 No'lu protokole aykırı bulmuştur.

⁸² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 203-204.

⁸³ 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun m. 16 ile yapılan değişiklikten önce İİK m. 82/f. 1, b.2 şu şekilde idi: "2- Borçlunun kendisi için lüzumlu elbise ve eşyası haczi edilemez. Bunlar, borçlunun iç çamaşırları ile hergün giydiği normal elbisesi ve kullanmakta olduğu gözlük, baston gibi kendisi için gerekli kişisel eşyası."

⁸⁴ Berkin, **İcra Hukuku**, s. 86.

⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 204.

1, b.3 uyarınca, borçlu ve ailesi için lüzumlu eşya sayılarak haczedilemeyeceği kabul edilebilecektir⁸⁶.

İİK m. 82, f. 1, b. 2 hükmüne göre, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun, mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan eşyalarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir⁸⁷. Bu kapsamda, borçlunun mesleği için gerekli olan elbiseleri, eşyaları ve aletleri haczedilemeyecektir. Örneğin, doktorun dinelme cihazı dalgıcın dalma elbisesi ve tüpü, marangozun marangozlukta kullandığı aletleri haczedilemeyecektir⁸⁸.

Kanun koyucu, mesleği esas aldığı için borçlunun kazanç elde etmeye yönelik faaliyetinin meslekten ziyade teşebbüs olarak nitelendirilebileceği hallerde, o faaliyetin icrası için lüzumlu olsa bile elbise ve eşyalarının haczinin mümkün olmadığı ileri sürülebilecektir⁸⁹. Buna göre, borçlunun kazanç elde etmeye yönelik faaliyetinin emek mi yoksa sermaye ağırlıklı mı olup olmadığı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira, borçlunun kazanç getiren faaliyeti bakımından sermaye ağırlıkta ise, teşebbüsten; şahsi çalışma ve faaliyetin yani, emeğin daha üstün olması halinde ise, meslekten söz edilebilir⁹⁰. Böyle bir durumda ise, borçlunun meslek olarak nitelendirebileceğimiz faaliyetinin icrası için gerekli olan eşyaları, İİK m. 82/f. 1, b.2 uyarınca, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan eşya olarak nitelendirilerek haczedilemezliği ileri sürülebilecektir.

(3) Para, kıymetli evrak, altın gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya, aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 3).

Hemen belirtelim ki, İİK m. 82/f. 1, b. 3'te öngörülen düzenleme, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır⁹¹. 6352 sayılı Kanunla değişmeden önce kanun koyucu, "*Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası*"nın haczedilemeyeceğini düzenlemekteydi. Görüldüğü üzere, kanun koyucu üçüncü bentte yaptığı değişiklik, eski düzenlemede olduğu gibi lüzumlu ev eşyasından değil de,

⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 204.

⁸⁷ Kuru, **El Kitabı**, s. 506.

⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 204.

⁸⁹ Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 647, dn. 43; Berkin, **İcra Hukuku**, s. 85.

⁹⁰ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Borçlunun yaptığı işte şahsi çalışma ve faaliyetinin gelir sağlayan diğer unsurlardan daha üstün ve ön planda olması halinde bu bir meslektir. Yani, mesleği icra eden kimsenin şahsi çalışma ve faaliyetinin yardımcı iş gücü ve sermayeden daha üstün olmasıdır. Sermaye unsurunun üstün olduğu işler meslek olmayıp teşebbüs olmasına..." (Yarg. 12. HD, 25.4.1985, E. 1984/14228, K. 1985/3907, YKD, Temmuz 1985/7, s. 1014-1015).

⁹¹ 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun m. 16 ile yapılan değişiklikten önce İİK m. 82/f. 1, b. 3 şu şekilde idi: "3- Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası."

borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu olan eşyanın haczedilemeyeceğinden bahsetmiştir. Öncelikle, maddede sözü edilen lüzumlu eşya ile kastedilen ne olduğu tam olarak açık değildir. Nitekim, kanun koyucunun tereddütlerin doğmaması bakımından daha açık bir düzenlemede bulunması yerinde olurdu.

Ayrıca, İİK m. 82/f. 1, b. 3'te getirilen yeni düzenleme ile, aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan birinin haczedilebileceği de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, hacze gidilen evde, birden fazla televizyon varsa birisinin her halde haczedilebilmesi mümkündür⁹². Kanaatimizce, işin doğası gereği birden fazla olan eşyanın haczedilemeyeceği düşünülerek bunu yerine sorun teşkil edilebilecek bir mesele olan eşyanın tek bir tane olması halinde haczedilip haczedilemeyeceği meselesi ile hangi eşyaların lüzumlu eşya olacağının açıklığa kavuşturulması yerinde olurdu⁹³. Bu durumda, bentte ifade edilen borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu ev eşyası kapsamına nelerin dahil olacağı, yeni içtihatlarla değişen hayat koşullarına da uyumlu bir şekilde dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁹⁴. İctihatlarla yeknesak bir uygulamanın oluşabilmesinin ise, zaman gerektireceği açıktır. Bu sebeple, lüzumlu eşyanın ne olduğunun daha açık bir şekilde ifade edilmesi yerinde olurdu.

Kanun koyucunun, bu bent kapsamında, eski düzenlemeden farklı olarak, para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeylerin haczedilemeyecek lüzumlu eşyalardan olmayacağını da öngördüğünü görmekteyiz. Bu durumda, bentte ifade edilen kıymetli eşyaların haczedilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bir tereddüt olmayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, İİK m. 88/f. 1'de yer alan hamiline yazılı senetler, poliçeler ve sair cirosu kabil senetlerle altın, gümüş ve diğer kıymetli eşyaların haczi halinde bunların icra memuru tarafından muhafaza edileceğini ifade eden düzenleme zaten bu konuda bir tereddütün olmadığını göstermekteydi⁹⁵. Bu sebeple, kanun koyucunun getirdiği yeni düzenlemenin bilinen bir durumun tekrarı olduğunu ifade edebiliriz. Hal böyle olmakla birlikte, kanun koyucunun getirdiği bu yeni düzenleme ile iradesinin ev haczinde sadece bu malların haczedilebileceği şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir⁹⁶.

(4) Borçlu çiftçi ise, kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift ziraat hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer teferruatı ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve aracı kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 4).

⁹² Ayrıca, hacze gidilen evde televizyonun birden fazla olması halinde televizyonlardan hangisinin haczedileceğine haczi memuru takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Bu durumda icra memuru, takdir etkisini kullanırken alacaklı ile borçlu arasında var olan menfaat dengesini de gözetmekle yükümlüdür. (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 205).

⁹³ Aynı yönde bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 205.

⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 205.

⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 205.

⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 205.

Kanun koyucu 82'nci maddenin dördüncü bendinde, borçlunun çiftçi olup olmamasına göre bir ayırım yapmıştır. Buna göre, borçlu çiftçi ise, kendisinin ve ailesinin geçimi için zorunlu olan arazi ve çift hayvanları ile nakil vasıtaları ve diğer teferruatları ile ziraat aletleri haczedilemeyecektir⁹⁷. Bu kapsamda, İİK m. 82/f. 1, b. 4'te ifade edilen hükümden yararlanılabilmesi için, borçlunun asıl faaliyetinin çiftçilik olması gerekmektedir⁹⁸. Diğer bir deyişle, borçlunun geçimini çiftçilikle elde ediyor olması gerekmektedir⁹⁹. Bu sebeptir ki, asıl işi çiftçilik olan borçlunun gelir elde etmek için başka işler de yapıyor olması çiftçilik sıfatını ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁰. Yine, hacze konu edilen tarım arazisinin borçlu tarafından ortakçıya verilmesi durumunda da, borçlunun çiftçilikle iştigal etmediği sonucunu varılarak haczedilemezlik şikayetinin reddedilmesi isabetli olmaz¹⁰¹.

Borçlu çiftçi değilse, sanat ve mesleği için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları haczedilemeyecektir (İİK m. 82/f. 1, b.4). Görüldüğü üzere, kanun koyucunun, İİK m. 82/f. 1, b. 4'te getirdiği düzenleme, İİK m. 84/f. 1, b. 2'den pek de farklı değildir. Zira, çiftçi olan borçlunun mallarının haczedilememesi için, sanat ve meslek kavramı ile

⁹⁷ Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...İİK m. 82/f. 4 gereğince, borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazilerin haczinin mümkün olmadığını, ancak; bu husustaki inceleme ve araştırtmanın çiftçi olduğunu ileri süren borçluya yönelik olması gerekir..." (Yarg. 12. HD, 08.12.2005, E. 2005/24391, K. 2005/20407, Balkan, a.g.e., s. 61).

⁹⁸ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...İİK'nun 82/4 maddesi gereğince, borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçinmeleri için zorunlu olan ziraat arazisi haczedilemez. Anılan madde çiftçi olan borçluların geçinmeleri için zorunlu olan ziraat arazisini kapsadığından, borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için (asıl uğraşının) çiftçilik olması gerekir..." (12 HD, 02.06.2005, 8829/12031, Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (68-99. Maddeler)**, C. II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, a.g.e., s. 2431-2432).

⁹⁹ Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 650.

¹⁰⁰ Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 650. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...İİK'nın 82/f. 4 maddesinde: "Borçlu çiftçi ise kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazinin..." haczedilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Yine Yargıtay HGK'nun 2.12.1972 tarih ve 542/1979 sayılı kararında: "...maddede sözü edilen aile tabirine, borçlunun kanunen geçindirmekle yükümlü olduğu kimselerin dahil olacağı ve haczi caiz olmayan arazi...tespitinde, böyle bir ailenin geçimi için zaruri olup olmadığının da göz önünde tutulması gerektiği...", Borçlunun anılan maddedeki hükümden yararlanabilmesi için asıl uğraşının çiftçilik olması gerekir. Yani geçimini çiftçilikle temin etmelidir. Bunun için borçlunun bizzat kendisinin ziraat yapması zorunlu olmayıp tarım arazisini ortakçıya (yarıcıya) vermek suretiyle iletmesi halinde de bu madde uyarınca haczedilemezlik şikayetinde bulunabilir. Asıl işi çiftçilik olan borçlunun, yan gelir elde etmek amacıyla yan işler yapması çiftçilik sıfatını ortadan kaldırmaz. Borçlunun asıl işinin çiftçilik olduğunun ispatı her türlü delil ile mümkün olup ziraat odasında ya da tarım müdürlüğünde kaydının bulunmaması çiftçi olmadığı sonucunu doğurmaz..." (Yarg. 12. HD, 26.06.2012, E. 2012/4905, K. 2012/22387).

¹⁰¹ Nitekim Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Mirasçıların hacze konu tarım arazisini ortakçıya vermelerinin de çiftçilikle iştigal etmedikleri düşünülemeyeceğinden İİK'nun 82/4 maddesi gereğince çiftçi borçluların kendileri ve ailelerinin geçimi için zaruri olan 725 no'lu tarım arazisi ile ilgili haczedilemezlik şikayetinin de kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir." (12 HD, 11.03.2005, 1325/5184, Muzaffer Aydın, **Haczedilemeyen Mal ve Haklar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 173-174)

teşebbüs kavramını birbirinden ayırmak gerekmektedir¹⁰². Bu ise, borçlunun yaptığı işte ağırlıklı olan faaliyetinin emek mi yoksa sermaye mi olduğunun tespiti ile olabilecektir¹⁰³. Nitekim, borçlunun yaptığı işte şahsi çalışması ile faaliyetinin gelir sağlamaya yönelik diğer unsurlardan daha fazla ve ön planda olduğu anlaşılırsa burada bir mesleğin varlığından söz edilebilecektir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun faaliyetin meslek olarak ifade edilebilmesi için, borçlunun şahsi çalışma ve faaliyetinin yardımcı iş gücü ve sermayesinden daha üstün olması gerekmektedir¹⁰⁴. Bu nedenle, örneğin, borçlunun mesleği için gerekli olan şu eşyaları haczedilemeyecektir: “*Avukatın yazıhanesindeki yazı makinesi ve kitapları, ayakkabı tamircisinin dükkanındaki dikiş makinesi, terzinin dikiş makinesi.. gibi*”¹⁰⁵

Öte yandan, sermaye unsurunun borçlunun şahsi çalışma ve faaliyetinden daha üstün ve ön planda olduğu hallerde teşebbüs kavramından söz edilebilecektir¹⁰⁶. Buna göre örneğin, “*Kahvecinin kahvedeki eşyası, otel eşyası, fabrikatörün fabrikası, zahirecinin baskülü, sinemacının sinema makineleri, taksi (ve dolmuş) şoförünün otomobili, nakliyecinin kamyonu (veya otobüsü), bakkalın buzdolabı, büyük çiftçinin traktörü*”¹⁰⁷, *oto tamirhanesinde kullanılan aletler, peynir imalathanesindeki makineler*”¹⁰⁸ borçlunun teşebbüsü için kullandığı aletler olmaları dolayısıyla haczedilebilirler. Yine, elektrikli kıyma makinesi, sanayi tipi et muhafaza dolabı, elektronik terazisi ve elektrikli et sergileme tezgahı sermaye ağırlıklı olup teşebbüs sayılacağından mesleğin icrası için zorunlu sayılmaz; bu nedenledir ki haczedilebilecektir¹⁰⁹. Yargıtay uygulamasında, borçlunun müzisyenlik yapması için mutlak suretle orgun ya da piyanonun maliki olmasının gerekmediği belirtilerek haczedilebileceği içtihat edilmektedir¹¹⁰.

¹⁰² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 205.

¹⁰³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 205.

¹⁰⁴ Nitekim Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “...Meslek ve teşebbüs birbirinden ayrıdır. Borçlunun yaptığı işte şahsi çalışma ve faaliyetinin gelir sağlayan diğer unsurlardan daha üstün ve ön planda olması halinde bu bir meslektir. Diğer bir deyimle, mesleği icra eden kimsenin şahsi çalışma ve faaliyetinin yardımcı iş gücü ve sermayeden üstün olmasıdır. Açıklanan durumda borçlunun işi teşebbüstür...” (Yarg. 12. HD, 22.09.1983, E. 1983/5220, K. 1983/6604, Balkan, **a.g.e.**, s. 60).

¹⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

¹⁰⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

¹⁰⁷ Nitekim Yargıtay’a göre, haczolunan traktör sermaye ağırlıklı olup, geçim için zorunlu eşyalardan değildir. (12 HD, 26.02.2009, 2008/23943-2009/4064, Aydın, **a.g.e.**, s. 157-158).

¹⁰⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

¹⁰⁹ Nitekim Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “...İİK m. 82/4. maddesi gereğince borçlunun (...sanat ve mesleği için lüzumlu olan alet ve edevat...) haczedilemez Bu bent gereğince haczedilemeyecek malların kapsamını tayin edebilmek için sanat ve meslek kavramının teşebbüs kavramından ayıracak kıstasların belirlenmesi zorunludur. Bunun için borçlunun yaptığı işte ve haczedilen menkullerin incelenmesinde emeğin ya da sermayenin ağırlıklı olup olmadığının araştırılması ve buna göre sonuca gidilmesi gerekmektedir. Somut olayda, haczedilen kıyma makinesi, sanayi tipi et muhafaza dolabı, elektronik terazi ve elektrikli et sergileme tezgahı sermaye ağırlıklı olup, mesleğin icrası için “maddede zorunlu olduğu öngörülen niteliği” taşımadıkları anlaşıldığından şikayetin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” (12. HD, 23.01.2007, 2006723485-869, Aydın, **a.g.e.**, s. 168).

¹¹⁰ Nitekim, müzisyenlik faaliyetinin icras için org ya da piyano niteliğindeki mahcuz malların sermaye ağırlıklı olduğunun nazara alınacağı ve bu sebeptendir ki haczedilebileceği içtihat

Borçlu çiftçi olmakla birlikte, geçimi için zorunlu olan arazisinin üzerinde ipotek tesis etmişse bu durum özellik arz edecektir. Zira, bu durumda, artık borçlunun haczedilmezlik iddiasında bulunabilmesi söz konusu olamayacaktır¹¹¹.

(5) Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 5).

Bu bent hükmünün, İsviçreli Kanun koyucu tarafından sütün vazgeçilmez bir besin kaynağı olarak görülmesi sebebiyle getirildiği düşünülmektedir¹¹². Bentte belirtilen malların icra memuru tarafından haczedilemez sayılabilmesi için, borçlunun aynı zamanda çiftçi olması gerekmektedir¹¹³. Ayrıca, burada belirtilen hayvanların kapsamına kümes hayvanlarının girmeyeceği de aşikardır¹¹⁴.

İİK m. 82/f. 1, b. 5 hükmünde, “*borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut keçi veya koyunu...*”nın haczedilemeyeceği ifade edilmektedir. Kanun koyucunun bent kapsamında, borçluya tanıdığı seçim hakkı, hayvan türü bakımındandır. Bu sebeptendir ki, borçlunun belirtilen hayvan türlerinden (süt veren manda, inek, koyun, keçi) birine birden fazla sahip olması durumunda, hangisinin kendisine bırakılacağı konusundaki takdir hakkı kanun koyucu tarafından borçlunun kendisine değil; haczi yapan memura bırakılmıştır¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki, İİK m. 82/f. 1, b. 5 hükmünün modernleşme ve günümüzün gelişen koşullarıyla birlikte, köy ve çiftlikler dışında uygulanabilirliği kalmamış ve önemi de giderek azalmış bulunmaktadır.

(6) Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsul için lazım olan tohumluğu haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 6).

İİK m. 82/f. 1, b. 6 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, borçlunun ve ailesinin elinde yiyecek ve yakacak bulunması gerekmektedir. Aksi halde, söz konusu bent hükmü uygulama alanı bulmayacaktır¹¹⁶.

edilmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz. 12. HD, 14.03.2006, 2129/5261 (Aydın, **a.g.e.**, s. 169).

¹¹¹ Yine benzer şekilde üzerine binanın inşa edilmesi sebebiyle tarım arazi olmaktan çıkan yerler bakımından da haczedilmezlik iddiası ileri sürülemeyecektir (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 205-206).

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 206.

¹¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

¹¹⁴ Bununla birlikte, İİK m. 82/f. 1, b. 7 düzenlemesine göre, kümes hayvanlarının haczedilemeyeceği ileri sürülebilecektir (Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272).

¹¹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

¹¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 206.

(7) Borçlu bağ, bahçe veya meyva veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ ve bu sanat için lüzumlu bulunan alet ve edevat haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 7).

(8) Borçlar Kanununun 510'ncu maddesi¹¹⁷ mucibince haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 8).

(9) Memleketin ordu ve zabıta hizmetinde malul olanlara bağlanan emeklilik maaşları ile bu hizmetlerden birinin ifası sebebiyle ailelerine bağlanan maaşlar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış tazminat ve ikramiyeleri haczedilemez¹¹⁸ (İİK m. 82/f. 1, b. 9).

Askeri malullerle, şehit yetimlerine verilen terfi zammı ve 1485 numaralı kanun hükmüne göre verilen inhisar beyiye hisseleri haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 9).

(10) Bir muavenet sandığı veya cemiyet tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan maaşlar haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 10).

İİK m. 82/f. 1, b. 10'da öngörülen düzenleme uyarınca, borçluya bir yardımlaşma sandığı veya derneği tarafından hastalık, ölüm veya zaruret sebepleri ile bağlanan maaşlar haczedilemeyecektir. Bu sebeptir ki, baro yardımlaşma sandığı ile Kızılay tarafından yapılan yardımlarla, 65 yaşını doldurmuş, muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına bağlanan aylıklar bu bent kapsamında haczedilemeyecektir¹¹⁹.

(11) Vücut ve sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrının kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 11).

(12) Borçlunun haline münasip evi haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 12).

Borçlunu haline münasip evinin haczedilemeyeceğine ilişkin düzenleme İsviçre hukukunda bulunmamaktadır¹²⁰. Türk kanun koyucu, İİK m. 82/f. 1, b.12 hükmüne yer vererek sadece borçluyu değil aynı zamanda borçlu ile birlikte yaşayan ailesinin ve çocuklarını da korumayı amaç edinmiştir¹²¹.

¹¹⁷ Söz konusu düzenlemenin, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre, karşılığı 610'ncu maddedir.

¹¹⁸ Yargıtay'a göre, bu bende aykırı bir şekilde yapılan hacizlere karşı gerçekleştirilen şikayet bir süreye tabidir (Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14, s. 206).

¹¹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 273.

¹²⁰ Üstündağ, *a.g.e.*, s. 183.

¹²¹ Akil, *Meskeniyet İddiası*, s. 779; Nitekim Yargıtay'ın bu husustaki bir kararı şu şekildedir: "...İİK'nun 82/12 maddesi gereğince, borçlunun "haline münasip" evi haczedilemez. Bir meskenin

Öncelikle bent kapsamında evden kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Buna göre, ev olarak tabir edilen yapı, mahalli örf ve adeta göre konut olarak oturmaya elverişli olan yer şeklinde ifade edilebilecektir¹²². Bu kapsamda, müstakil olarak oturlan bir yer ile kat mülkiyeti kanununa göre bağımsız bölümlerden her biri ev olarak kabul edilebilecektir¹²³. Yargıtay, iştirak halinde mülkiyet ile müşterek mülkiyet hisselerinin de İİK m. 82/f. 1, b.12 anlamında ev olarak nitelendirilebileceğini içtihat etmektedir¹²⁴.

Borçlunun meskeniyet iddiasında bulunacağı taşınmazının tamamen bitmiş olup oturmaya hazır bulunması şart değildir¹²⁵. Diğer bir deyişle, borçlu tamamlanmamış olmakla birlikte inşaat halindeki evi hakkında da meskeniyet iddiasında bulunabilecektir¹²⁶.

Borçlunun kredi kullanarak mesken olarak oturduğu evi ipotek ettirmiş olması halinde, kendinden alacaklı olan kimselere karşı, evin haline münasip ev olması sebebiyle haczedilemeyeceğine ilişkin şikayette bulunma hakkından feragat ettiği sonucunu çıkarılamaz¹²⁷.

Borçlu sahip olduğu tek yazlık ev hakkında da meskeniyet iddiasında bulunularak haczedilmeyeceğini ileri sürebilecektir¹²⁸. Zira, İİK m. 82/f. 1, b. 12'de

borçlunun uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki "aile" terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar..." (Yarg. 12 HD, 27.2.2007, 630/3339, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2366).

¹²² Uyar, **a.g.m.**, s. 582; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 183; Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 778.

¹²³ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 183; Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 778; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 273.

¹²⁴ Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 782. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 273. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Paylı taşınmazda paydaş da meskeniyet iddiasında bulunabilir. Bu durumda iddia, pay oranı esas alınarak çözümlenir. Paydaşların tamamı için yapılan takipte de her birinin ayrı ayrı meskeniyet iddiasında bulunmaları mümkündür" (Yarg. 12. HD, 21.12.1981, Yasa HD, Mart 82, s. 447; Aynı karar için bkz. Üstündağ, **a.g.e.**, s. 183, dn. 556a). Ayrıca, Borçlunun bir apartmanın tamamına sahip olması halinde, bir dairesi veya katı hakkında meskeniyet iddiasında bulunması mümkündür (Üstündağ, **a.g.e.**, s. 183)

¹²⁵ Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 783.

¹²⁶ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 183; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 207; Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 782.

¹²⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 207; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 274. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "İcra takip dosyasının incelenmesinde mahcuz üzerine 17.08.2000 ve 13.06.2002 tarihlerinde uygulanan haczin düşmesi nedeniyle haczi yenilenerek 31.01.2005 tarihinde yeniden haczi uygulandığı ve taşınmazın tapu kaydında Ö. lehine 18.11.1998 tarihli ipotek kaydı olduğu görülmüştür. Mahkeme gerekçesinde de kabul edildiği gibi ipotek zorunlu ipoteklerden değildir. Taşınmaz üzerinde zorunlu ipotek nev'inden olmayan ipotek konulması halinde borçlunun icra mahkemesine başvuru tarihindeki taşınmazdaki ipoteklerin fek edilmesi durumunda meskeniyet şikayetine engel teşkil etmez..." (Yarg. 12 HD, 15.11.2005, 18305/22080, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2420-2421).

¹²⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 207.

öngörülen düzenleme uyarınca mesken olarak ifade edilen yapının borçlunun sadece kışın oturduğu taşınmazlar olacağı düşünülmemelidir.

Borçlunun mesken olarak o evde oturmuyor olup, evini kiraya veriyor olması, haczedilemezliği ileri sürmesine engel teşkil etmez¹²⁹. Bu durumda, evinden aldığı kira hakkında da haciz gerçekleştirilemez¹³⁰.

İİK m. 82/f. 1, b. 12 uyarınca, haczi caiz olmadığı belirtilen haline münasip ev değerlendirilirken, ev kavramına giren yapının ne olabileceğinden başka, ev olarak tabir edilen bir yapının borçlunun haline münasip olup olmadığının da ortaya konması gerekmektedir. Bir evin, bentte belirtildiği şekilde borçlunun haline münasip olup olmadığı değerlendirilirken, borçlu ile ailesinin ihtiyaçları ve haciz anındaki sosyal durumları göz önünde bulundurulmalıdır¹³¹. Nitekim, her ne kadar İİK m. 82/f. 1, b. 12'de sadece, "*borçlunun haline münasip evi*"nden bahsedilmiş olsa da, Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere burada sadece borçlu değil; aynı zamanda borçlu ile birlikte yaşayan ailesi ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler de dahildir¹³². Diğer bir ifadeyle, burada borçlunun ailesi tabirinin kapsamına, sadece borçlunun eşi ve çocukları değil; daha geniş anlamda, kendisi ile birlikte yaşayan ve onun bakmakla yükümlü olduğu ve bu sebeple de, haczedilemezliği ileri sürmesinde menfaati bulunan aile bireyleri de dahildir¹³³. Buna göre, borçlunun birlikte yaşadığı damadı ve kızı da ailesi kapsamına değerlendirilmek gerekecektir¹³⁴.

Borçlunun görev ve sıfatı, kendisinin ve ailesinin ihtiyaçlarını ve makul ölçüleri aşan bir evde oturmasını haklı göstermeyecektir¹³⁵. Bu sebeptendir ki, borçlu ve birlikte

¹²⁹ Berkin, *İcra Hukuku*, s. 64; Akil, *Meskeniyet İddiası*, s. 783; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 274.

¹³⁰ Üstündağ, *a.g.e.*, s. 184; Akil, *Meskeniyet İddiası*, s. 781.

¹³¹ Akil, *Meskeniyet İddiası*, s. 779; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 184; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 207; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s.273. Nitekim Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...İİK 'nun 82/12 maddesi gereğince, borçlunun "haline münasip" evi haczedilemez. Bir meskenin borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki "aile" terimi, geniş anlamda olup borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar. İcra mahkemesince, borçlunun sözü edilenlerle birlikte barınması için zorunlu olan haline münasip meskeni temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, haczedilen yerin kıymeti bundan fazla ise, satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirtilen mesken için gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı alacaklıya ödenmelidir." (Yarg. 12. HD, 09.05.2006, 7398/10236, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, *a.g.e.*, s. 2402-2403).

¹³² Akil, *Meskeniyet İddiası*, s. 779.

¹³³ Uğur Bulut, Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Özel Sayı: 2010 (Basım Yılı: 2012), s. 1073-1103, s. 178. Nitekim, bu durum, hukukumuzda, geniş aile kavramı olarak ifade edilip, Türk Medeni Kanunu'nun 367-371. maddelerinde öngörülmektedir (Bulut, *a.g.m.*, s. 1078).

¹³⁴ Üstündağ, *a.g.e.*, s. 184.

¹³⁵ Bulut, *a.g.m.*, s. 1077; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 207. Nitekim Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Bu kıstasları aşan nitelikte ve evsftaki yerlerle, makul ölçüleri geçen oda ve salonu kapsayan ve ikamet için zorunlu öğeleri içeren bir meskenin

yaşadığı ailesinin ihtiyaçlarını karşılamakla birlikte, sosyal durumlarının gerektirdiği asgari ölçüyü aşan meskenin haczi mümkün olacaktır¹³⁶.

Borçlunun evinin haline münasip olup olmadığı bilirkişi aracılığıyla tespit ettirilebilir¹³⁷. Netice itibarıyla, evin tayin edilen değerinin, borçlunun hali ile münasip olan sınırı aştığı anlaşılırsa, ev satışa çıkarılabilecektir¹³⁸. Hal böyle olmakla birlikte, satış sırasında, evi için teklif edilen değer borçlunun hali ile münasip olan miktarı aşmadığı görülürse, evin satışından vazgeçilerek borçluya teslim edilebilecektir. Diğer taraftan, ev tahmin edilen miktardan daha fazla bir bedelle satılırsa, bu durumda, borçlunun mesken ihtiyacını karşılaması için gerekli olan miktar ayrılarak artanı alacaklısına verilecektir¹³⁹.

(13) Öğrenci bursları haczedilemez (İİK m. 82/f. 1, b. 13).

Öğrenci burslarının haczedilemezliği 6352 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliğin neticesinde getirilmiştir. 6352 sayılı Kanun değişikliğinden önce, öğrenci burslarının haczinin mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında zaman zaman tereddütlerin yaşandığı görülmektedir. Nitekim, öğrenci burslarının haczedilebilirliği konusunda getirilen yeni düzenlemeden önce, Yargıtay'ımız ikili bir ayırım yapmaktaydı. Bunlardan birincisi, mecburi hizmet taahhüdü karşılığında alınan burslara ilişkin olmakla beraber; ikincisi ise, kara, deniz, hava harp okullarıyla beraber Milli Savunma Bakanlığı hesabına okuyan öğrenciler ile yedek subay okulu öğrencilerine verilen harçlıklara ilişkindi¹⁴⁰. Yüksek mahkememiz, birinci grupta yer alan bursların, İİK m. 83 uyarınca, kısmen haczedilebileceğini kabul etmekteydi¹⁴¹. İkinci grupta yer alan bursların ise, hiçbir vergi ve resme tabi olmamaları nedeniyle haczedilemeyeceğini içtihat etmekteydi¹⁴². Doktrinde ise Kuru, öğrenci burslarının –herhangi bir ayırım yapma yoluna gitmeden-kısmen haczi caiz olan ücretler kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmekteydi¹⁴³. Bununla birlikte,

dışındaki yerler, maddede öngörülen amaca aykırıdır. Borçlunun görev ve sıfatı, kendisinin yukarıda belirlenenden daha görkemli bir meskende ikamet etmesini gerektirmez...Mahkemece yapılacak iş, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak, bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilerek, özellikle borçlunun İstanbul'un daha mütevazı bir semtinde haline münasip evi alabileceği değer yukarıdaki kurallar göre belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. (Yarg. 12. HD, 28.03.2006, 3618/6219, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, a.g.e., s.2408).

¹³⁶ Bulut, a.g.m., s. 1077.

¹³⁷ Akil, **Meskeniyet İddiası**, s. 788; Üstündağ, a.g.e., s. 184.

¹³⁸ Üstündağ, a.g.e., s. 184.

¹³⁹ Üstündağ, a.g.e., s. 184.

¹⁴⁰ Akın, a.g.e., s. 348-349.

¹⁴¹ Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz. İİD. 20.4.1952, 1552/1185 (Baki Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, **AÜHF**, 1962/1-4, s. 277-326, s. 310).

¹⁴² Dolayısıyla, Yüksek mahkememiz, uygulamada mecburi hizmet karşılığı verilen bursların haczini İİK m. 83 uyarınca kısmen olmak kaydıyla mümkün görürken askeri öğrencilere verilen harçlıkların haczine izin vermemekteydi (Akın, a.g.e., s. 349).

¹⁴³ Kuru, **Haczi Caiz Olmayan**, s. 319.

gerçekleştirilen kanun değişikliği neticesinde, İİK m. 82/f. 1, b. 13 hükmünde açıkça “öğrenci burslarının haczedilemeyeceği”nin öngörülmesi suretiyle, uygulamada zaman zaman yaşanan tereddütler ile farklılıklar da giderilmiş bulunmaktadır. Bu sayede, öğrenci bursları devletin Kredi ve Yurtlar Kurumu aracılığıyla verdiklerinden başka özel kurumlar tarafından verilenleri de kapsayacak bir şekilde ve hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın tamamen haczi caiz olmayan mallar arasında yer alacaktır¹⁴⁴. Kanaatimizce, kanun koyucu bu düzenlemesi ile öğrencilerin eğitim öğretim haklarının ekonomik sebeplerle kesintiye uğramalarının önlenmesi için isabetli bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

b. Özel Kanunlara göre Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar

Tamamen haczi caiz olmayan mal ve haklar, İİK m. 82/f. 1’de, 13 bent halinde sayılmıştır. “Haczi caiz olmayan mallar ve haklar” başlıklı 82. maddenin birinci fıkrasının birinci bendinde, “...mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar”ın da haczedilemeyecek mallar arasında olduğu kanun koyucunun 1965 yılında getirdiği değişiklikle madde metnine eklenmiştir¹⁴⁵. Kanun koyucunun öngördüğü, özel kanunlarda yer alan ve haczi caiz olmayan malları ifade eden pek çok düzenlemeyi belirtmek mümkündür. Buna göre,

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 29. maddesinin 2. fıkrasında¹⁴⁶ belirtilen, finansal kiralama konusu malların sözleşme süresi içinde haczi mümkün değildir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 15. maddesinin 1. fıkrasında¹⁴⁷ belirtildiği üzere, vakıflara ait hayrat ve taşınmazlar ile 77. maddenin 1. fıkrasında¹⁴⁸ belirtilen Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ve mazbut vakıflara ait taşınmazların da haczi mümkün değildir.

¹⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, **a.g.e.**, § 14 , s. 207.

¹⁴⁵ Gerçekten İcra İflas Kanunu m. 82/f. 1, b. 1’de yer alan “...mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar” ifadesi kanun koyucunun 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile gerçekleştirdiği değişiklik neticesinde madde metnine eklenmiştir (Cenk Akil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/2, s. 99-119, s. 104).

¹⁴⁶ 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 29. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: “Kiralayan aleyhine icra yoluyla takip yapılması hâlinde finansal kiralama konusu mallar sözleşme süresi içinde haczedilemez.”

¹⁴⁷ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 15. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez.”

¹⁴⁸ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 77. maddesinin 1. Fıkrası şu şekildedir: “Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazlar Devlet malı imtiyazından yararlanır, haczedilemez, rehnedilemezler. Tüm iş ve işlemleri, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından istisnadır.”

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasında¹⁴⁹ belirtilen, ticari amaç güdülen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan, ev ve süs hayvanlarının da haczedilemeyeceği kanun koyucu tarafından özel olarak öngörülmüştür.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111/son düzenlemesine göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF)'nin malları Devlet malı hükmündedir. Bu kapsamda, TMSF'nin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği sözü edilen kanun uyarınca öngörülmüştür¹⁵⁰.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrasında¹⁵¹ ifade edilen, elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmelerinin de haczedilemeyeceği ifade edilen kanun kapsamında düzenlenmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasında¹⁵² belirtildiği üzere, belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez. Görüldüğü üzere, belediyelerin her türlü malı değil; sadece maddede haczedilemeyeceği belirtilen mal ve gelirleri haczedilemeyecektir. Belediye Kanunu m. 15/f. son uyarınca, haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için üzerine haciz konulan belediye mallarının "*fiilen kamu hizmetinde kullanılması*" gerekli olup bunlar hakkında kamuya tahsis kararının alınmış olması yeterli değildir¹⁵³. Dolayısıyla, hacze konu olan malların fiilen kamu

¹⁴⁹ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: "Ticarî amaç güdülmekten bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler."

¹⁵⁰ Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111/son düzenlemesine göre, fonun malları Devlet malı hükmündedir. Fonun mal, hak ve alacakları haczedilemez ve rehnedilemez. Somut olayda, TMSF'nun 5. İcra Müdürlüğü'nün 2005/5137 sayılı dosyasındaki alacağı üzerine haczi konulduğu görülmektedir. Anılan madde uyarınca, şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karara verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir (Yarg. 12. HD, 19.10.2006, 14348/19722, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2388).

¹⁵¹ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez."

¹⁵² 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez."

¹⁵³ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 146. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Belediye Başkanının makam aracı olarak tahsis edilen vasitanın fiilen kamu hizmetinde kullanıldığının kabulü gerekir. Bu nedenle haczi mümkün bulunmamaktadır. Bundan başkan sözü edilen aracın itfaiyenin öncüsü olarak kullanıldığı ifade edildiğine göre, bu halde de fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş sayılacağından, yine haczedilmesi yasaya aykırıdır.

hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı mahkemece tespit edilerek haczedilmezlik şikayetinin buna göre sonuçlandırılması gerekmektedir¹⁵⁴.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin 1. fıkrasında¹⁵⁵ ve ilgili yönetmeliğin 9. maddesinde belirtildiği üzere, sigortalı ve hak sahiplerinin bu kanundan doğan gelir, aylık ve ödenekleri, prim borçları ile nafaka borçları dışında haczedilemezler. Bu sebeptendir ki, emekli maaşı, malullük maaşı, iş göremezlik ödeneği, İcra İflas Kanunu ve 6183 sayılı Kanun uyarınca, gerçekleştirilen takipler neticesinde haczedilemeyecektir¹⁵⁶. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tahsil edilecek olan prim alacakları ve nafaka borçlarının ise, dörtte birinden az olmak üzere kısmen haczi mümkündür¹⁵⁷ (İİK m. 83). Ayrıca, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun bu fıkrası uyarınca, haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakatinin bulunmaması durumunda, icra müdürü tarafından reddedilecektir (m. 93/f. 1, cümle son). Bu

Belediyenin haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde (fiilen) kullanılması gerekli olup gerekcede yer verilen kamuya tahsis kararı alınmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır (Yarg. 12. HD, 26.05.2006, E. 2006/7994, K. 2006/11183, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Aynı karar için bkz. Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 146, dn. 32). Ayrıca bkz. Yarg. 12. HD, 03.10.2006, 15666/18211 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2391-2392); Yarg. 12. HD, 26.09.2006, 14225/17452 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2394-2395).

¹⁵⁴ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 146. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Somut olayda haczedilen...plakalı As 600 damperli kamyonun 24.05.2006 tarihli değer tespiti zaptında arızalı ve bakımsız olduğu anlaşılmakta olup, bu bulgular kamu hizmetinde fiilen kullanılmadığını gösteren bir durum kabul edileceğinden mahcuz kamyon yönünden şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken her iki araç için de şikayetin kabulü doğru görülmemiştir." (Yarg. 12. HD, 28.09.2006, E. 2006/14286, K. 2006/17671, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, **a.g.e.**, s. 2393; Aynı karar için bkz. Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 146, dn. 32).

¹⁵⁵ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "(Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/56 md.) Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez (...)"

¹⁵⁶ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 146; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 640.

¹⁵⁷ Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Dava, davacının maaş hesabı üzerine konulan blokenin kaldırılması ve bu yolla tahsil edilen paranın isdirdadı istemine ilişkindir. İİK'nun 83. maddesi uyarınca maaşların kısmen haczi mümkün olup haczedilecek kısım maaşın 1/4'ünden aşağı olamaz. Öte yandan, anılan maddede sayılan mal ve hakların haciz olunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar da geçerli değildir. O halde, açıklanan hükümler gözetildiğinde davacının maaşının yalnız 1/4'ü oranında kesinti yapılabileceği halde, davalının davacıya ait maaş hesabının tamamını bloke etmesi hukuki dayanaktan yoksundur. Esasen bu hususlar mahkemenin de kabulünde bulunmaktadır. Ancak, mahkemece davalının yaptığı kesintinin icraya yönelik olması, kredi alacağının tamamının tahsil edilmemiş bulunması, kesinti miktarını düzenleyen mahkeme kararının ancak karar tarihinden sonra uygulanabileceği gerekçesiyle istirdat istemi reddedilmiştir. Yapılan bu değerlendirme dosya içeriği ile uyusmamaktadır. Zira, davalı tarafın davacının maaşının tamamını bloke etmesinin yasal dayanağı olmadığına göre davalının haksız biçimde tahsil ettiği parayı iade etmesi gerekmektedir. Bu itibarla, mahkemece, yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır..." (YHGK, 27.03.2015, E. 2013/11-1842, K. 2015/1101, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

düzenleme, 5510 sayılı Kanun m. 93/f. 1'e, 18.09.2009 tarihli ve 5835 sayılı Kanun uyarınca getirilmiştir¹⁵⁸.

3. Kısmen Haczi Caiz Olmayan Mal ve Haklar

Borçlu, İcra İflas Kanunu sistematüğinde, cebri icra yoluyla alacağını elde etmek isteyen alacaklı karşısında, sadece taşınır/taşınmaz mal ve haklarının haczi bakımından değil; aynı zamanda, ücretlerinin haczi bakımından da korunmak istenmiştir¹⁵⁹. Bu kapsamda, kanun koyucu tarafından öngörülen kısmen haczi caiz olmayan mal ve haklara ilişkin kanuni düzenleme, İcra İflas Kanunu'nun 83'ncü maddesinde ifade edilmektedir. İcra İflas Kanunu'nun 83'ncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca, maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenid olmayan nafakalar, tekaüd maaşları, sigortalar veya tekaüd sandıkları tarafından tahsis edilen iradlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczedilebilecektir.

Görüldüğü üzere, kanunda öngörülen ve kısmen haczinin caiz olduğu ifade edilen maaş ve ücret kalemlerinin, sadece borçlu ile ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar dışında kalan kısmı haczedilebilecektir¹⁶⁰. Bu düzenleme ile kanun koyucunun açıkça borçlu ve ailesinin sırf borcunu ödeyememesi nedeniyle uğrayacağı takip neticesinde, her şeyini kaybederek topluma muhtaç hale gelmesi üzerine yoksul kılınamayacağı açıkça öngörülmüş olmakta ve böylece, borçlunun sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin de icra hukukunda getirilen somut düzenlemeler ile korunmaya çalışıldığı açık bir şekilde ifade edilmiş olmaktadır¹⁶¹. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun madde metninde ifade etmiş olduğu, aile kavramı, İİK m. 82'de öngörüldüğü şekilde yani, geniş anlamda kullanılmıştır. Şöyle ki, kanun koyucunun aile kavramı ile ifade etmek istediği, yalnızca, borçlunun eşi, çocukları ve kendisinden oluşan çekirdek aileyi değil; aynı zamana, borçlu ile aynı çatı altında yaşıyor olmaları kaydıyla, yakın ve uzak akrabalarını (mesela, büyükanne, büyükbaba, hala, amca, teyze ve yeğenler gibi) da kapsamaktadır¹⁶².

İcra İflas Kanunu'nun 83. maddesine göre kısmen haczedilemeyen hususlar şunlardır: (1) Maaşlar, (2) Tahsilatlar, (3) Her çeşit ücretler¹⁶³, (4) İntifa hakları ve

¹⁵⁸ Kanun koyucunun bu düzenlemesi, basında, "kartzede emeklinin maaşı hacziden kurtuldu"; "krize karşı önlemler için mini paket yasalaştı haberleri ile verilmiştir. Bkz. 19.02.2009 tarihli Hürriyet Gazetesi Haberi (Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26, s. 141).

¹⁵⁹ Walker/Taş Korkmaz, **a.g.m.**, s. 1570.

¹⁶⁰ Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, § 26 , s. 140; Seda Özmmucu, İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı, **Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul, 2008, s. 488-514, s. 491.

¹⁶¹ Bkz. yuk. § II vd.

¹⁶² Kuru/Arsan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 276; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler, 6103, 6217, 6352 sayılı Kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 299; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 664.

¹⁶³ İsviçre hukukunda ücret haczine ilişkin son değişiklikler için bkz. Sema Taşpınar, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 599-670, s. 621.

hasılatları, (5) İlama dayanmayan nafakalar¹⁶⁴, (6) Emekli maaşları, (7) Sigortalar ve emekli sandıkları tarafından bağlanan gelirler. Ücret kavramının kapsamına her nevi ücret dahildir¹⁶⁵. İİK m. 83'te ifade edilen emekli aylıkları 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93'ncü maddesine göre, borçluya bağlanan emekli aylıkları değildir¹⁶⁶. Zira, 5510 sayılı Kanunu'nun 93'ncü maddesi uyarınca, madde kapsamında ifade edilen ve emeklilerin aldıkları aylık ve ödenekler borçlunun açıkça muvafakati olmadıkça haczedilemeyecektir¹⁶⁷. İİK m. 83 kapsamında kısmen haczedilebileceği ifade edilen emekli aylıklarının kapsamına, özel kuruluşlar tarafından bağlanan emekli aylıkları ile yurtdışından alınan emekli aylıkları girecektir¹⁶⁸.

İİK m. 83/f. 1 uyarınca, borçlunun maaş ve ücretinden kendisinin ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar dışında kalan kısmı haczedilebilecektir¹⁶⁹. Bununla birlikte, icra memuru tarafından haczedilebilecek olan miktar borçlunun maaş ve ücretinin ¼'ünden daha az olmayacaktır¹⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, İİK m. 83/f. 2, c. 2'de öngörülen düzenlemeyle, borçlunun maaş ve ücretinin en az ¼'ü muhakkak haczedilecek olmakla birlikte, icra memuru borçlunun maaş ve durumuna göre ¼'ten daha fazla kesinti yapılmasına da karar verebilecektir¹⁷¹. Bu hususu somut bir örnek ile açıklayacak olursak: Borçlunun aylık ücreti, 5000 TL olsun. Borçlu ve ailesinin geçinmesi için gerekli olan miktar 4500 TL olsa bile 5000 TL'lik gelirin en az ¼'ü diğer bir değişle, 1250 TL'lik kısmının her halükarda haczedilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, borçlu ve ailesinin geçinmesi için gerekli olan miktarın 3000 TL olması ihtimalinde ise, borçlunun ücretinin 2000 TL'lik kısmının tamamı haczedilebilecektir. Bununla birlikte,

¹⁶⁴ Nitekim, ilama bağlı nafaka alacakları hiçbir şekilde haczedilemeyecek olan hususlardandır. Zira, mahkeme, nafaka alacaklısının geçinmesi için gerekli olan miktar dikkate alınarak nafaka miktarı takdir ve tayin edilmiştir (Kuru, *El Kitabı*, s. 522; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 276; s. 191).

¹⁶⁵ Kuru, *El Kitabı*, s. 522. Bu kapsamda, borçlunun bağımsız geliri olan borçlunun, sanat, ticaret ve mesleği ile elde ettiği gelirleri de bu kapsamda değerlendirilecektir (Kuru, *Haczi Caiz Olmayan*, s. 319; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 191; Kuru, *El Kitabı*, s. 522; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 276). Borçlunun maaş ve ücretinden başka fazla çalışması karşılığında elde ettiği kazançları da haczedilebilecektir. Doktrinde bu durumun, borçlunun fazla çalışmasını çoğu zaman engelleyeceği şeklinde ifade edilmektedir (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14, s. 209).

¹⁶⁶ Kuru, *Ders Kitabı*, s. 191; Kuru, *El Kitabı*, s. 522.

¹⁶⁷ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan önceki düzenlemede SSK ve Bağ-Kur emekli maaşları haczedilemez; diğer taraftan Emekli Sandığından alınan emekli maaşları haczedilebilirdi. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesine göre, ise, "Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri; 88'nci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez". Ayrıca bkz. yuk. § V, B, 2, b.

¹⁶⁸ Kuru, *Ders Kitabı*, s. 191; Kuru, *El Kitabı*, s. 522.

¹⁶⁹ Özmumcu, *a.g.m.*, s. 491; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 276.

¹⁷⁰ Kuru, *El Kitabı*, s. 523, Kuru, *Ders Kitabı*, s. 192; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a.g.e.*, s. 276; Muşul, *İcra ve İflas*, s. 299; Muşul, *İcra ve İflas C. I*, s. 663.

¹⁷¹ Kuru, *El Kitabı*, s. 523; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, *a.g.e.*, § 14 , s. 206-207; Yıldırım/Deren-Yıldırım, *a.g.e.*, § 26 , s. 140; Özmumcu, *a.g.m.*, s. 492-493. Görüldüğü üzere, borçlunun haczedilebilecek olan maaş ve ücretinin ¼'lük kısmı asgari değil azami miktarı ifade etmektedir. Bu sebeptendir ki, haczedilebilecek olan kısım ¼'ten az olamaz ise de, borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli olan miktar gözetilerek ¼'ten fazlası icra memuru tarafından haczedilebilecektir (Muşul, *İcra ve İflas*, s. 299; Muşul, *İcra ve İflas C. I*, s. 664).

İş Kanununda öngörülen özel düzenleme uyarınca, işçi ücretlerinin ¼'inden fazlası haczedilemeyecektir (İş K. m. 35).

Ücretin İİK m. 83 hükmü uyarınca, haciz dışında bırakılacak olan ¼'den fazla miktardaki kısmı icra müdürü tarafından takdir edilirken, borçlunun ve ailesinin sosyal durumları ile ihtiyaçları da dikkate alınacaktır¹⁷². İcra müdürü takdir yetkisini kullanırken bilirkişiyeye de başvurabilecektir¹⁷³. Fakat uygulamada çoğunlukla, icra memurları tarafından borçlunun ücretinin ¼'i haczedilmekle yetinilmektedir¹⁷⁴

Borçlunun maaş ve ücretinin haczedilebilecek olan kısmına birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması durumunda, bu hacizler konuldukları tarihlere göre bir sıraya konulacaktır¹⁷⁵ (İİK m. 83/f. 2, c. 2). Bu kapsamda, sıraya önce olan alacaklının haczinin kesintisi bitmediği takdirde, sonraki haciz için kesintiye geçilemeyecektir¹⁷⁶ (İİK m. 83/f. 2, c. 3). Görüldüğü üzere, kanun koyucunun maaş ve ücretlerin haczi bakımından İİK m. 100 vd.'nda öngörülen hacze iştirak düzenlemesini kabul etmemiştir¹⁷⁷.

§ SONUÇ

Alacaklı alacağının elde etmek için borçluya karşı icra takibi gerçekleştirecektir. Borçlunun mal ve hakları borçlarının teminatını teşkil edecek olup cebri icra bunların üzerinde gerçekleştirilecektir. Devletin gerçekleştirdiği cebri icra faaliyetinin neticesinde, borçlunun malvarlığında yer alan unsurlar bu hususta yetkili olan organlar tarafından haczedilecek ve ardında da paraya çevrilerek alacaklının tatmin edilmesi sağlanacaktır.

Hal böyle olmakla beraber, cebri icranın bütün koşulları bir arada bulunsa dahi devletin cebri icra faaliyetini gerçekleştireceği malvarlığı değerleri borçlunun istisnasız

¹⁷² Kuru, **Ders Kitabı**, s. 192; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 276; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 491; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 664. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz. Yarg. 12. HD, 22.01.2013, E. 2012/26084, K. 2013/1444 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁷³ İcra müdürünün takdir yetkisini kullanması üzerine ücret hazine ilişkin verdiği karara karşı borçlu ve ailesinin İcra-İflas hukukunda öngörülen şikayet (İİK m. 16 vd.) yoluna başvurma imkanları mevcuttur (Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 276). Doktrinde, bu kapsamda ileri sürülecek olan şikayet bakımından 7 günlük sürenin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kuru, **Ders Kitabı**

¹⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 277.

¹⁷⁵ Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 665; Kuru, **Ders Kitabı**, s. 192; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 277. Birden fazla alacaklının sırasına ilişkin şikayetlerin reddine veya kabulüne ilişkin icra mahkemesince verilen kararların, sırası itiraza uğrayan alacaklının alacağının miktarının İİK m. 363/f. 1'deki sınırı geçmesi üzerine temyiz edilmesi mümkündür (Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 277).

¹⁷⁶ Kuru, **Ders Kitabı**, s. 192; Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 665.

¹⁷⁷ Ayrıca, birden fazla alacaklı tarafından konula kesin hacizler arasındaki sıraya karşı hukuki menfaati olan alacaklıların şikayet (İİK m. 16 vd.) yoluna başvurması mümkündür (Muşul, **İcra ve İflas C. I**, s. 665).

tüm mallarını teşkil etmeyecektir. Zira, bütün malvarlığı elinden alınan borçlu, yaşamını idame ettiremez bir hale gelir ve bu durum ise, toplum içinde insanca bir yaşam sürdüremeyecek bir hale gelmesine sebep olur. Bu sebeptir ki, kanun koyucu cebri icranın konusunu Modern hukuk sistemlerinde de olduğu gibi borçlunun şahısvarlığı yerine malvarlığı değerleri üzerinde tayin etmişse de, çeşitli sosyal düşüncelerle haczi caiz olmayan malvarlığı değerlerine ilişkin ayrıca düzenleme getirme gereği duymuştur. Zira, Anayasa'da yer alan sosyal devlet ilkesi (AY m. 2), ölçülülük ilkesi (AY m. 13), insanlık onuru (AY m. 17), ailenin korunması gibi çeşitli ilkeler ile borçlunun cebri icra organları karşısında korunmasını temin edilmesi amacı ile haczedilmezlik kurumunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Borçlunun hacze konu olabilecek mal ve haklarından bazılarının haczedilememesi gerek bizim hukuk sistemimizde gerekse de yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Böylece, Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde borçlunun mallarının haczi bakımından alacaklı karşısında korunması ve bu suretle alacaklı ile borçlu arasında var olan menfaat dengesinin temin edilmesi suretiyle takibin her iki tarafının da toplumsal ölçekte başkasının yardımına muhtaç hale gelerek yoksul hale düşmemeleri ve bu suretle insanlık onuruna yakışan bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri amaçlanmış olmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, haczi caiz olmayan mal ve haklar, Türk hukukunda, İİK m. 82 vd. hükümleri ile bazı özel kanunlarda; Alman hukukunda, ZPO § 811, 850, 851'de ve İsviçre hukukunda ise, SchKG Art. 581, 592, 593'te düzenlenmektedir.

Tamamen haczedilemeyen mal ve haklar (İİK m. 82) ile kısmen haczedilebilen alacaklar (İİK m. 83) kanun koyucunun birtakım sosyal düşünceleri gözetmesi neticesinde getirilmekle birlikte, günümüzün değişen koşulları ile ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaklaşmıştır. İcra İflas Kanunumuzun yürürlüğe girdiği zamandaki düşüncelerle hazırlanmış olan kanuni düzenlemeler ihtiyaçlara ve kurumun getirilme amacı olan insan haklarına, temel hak ve ilkelerle uyumsuzluk arz etmektedir. Aynı zamanda, haczedilmezliğe ilişkin kanun koyucunun getirdiği düzenlemeler kimi yerde birbiriyle çelişmekte; kimi yerde de birbirinin tekrarı niteliğindedir. Zaman içinde kanunun ilgili düzenlemelerinde sözü edilen çelişkileri ve tereddütleri gidermek amaçlı değişiklikler yapılmışsa da uygulamada bu değişikliklerin yeterli olmadığını görülmektedir.

İcra İflas hukukunun, borçluyu alacaklı karşısında koruyarak onu toplum içinde yaşamını insanca sürdürebilmesine olanak sağlama yolundaki düşünce ile kanunlarımızda düzenlenen haczedilmezlik kurumu, icra iflas hukukunun anayasal ilkelere hizmet eden yönü ile toplumsal bir olgu olan yoksulluğun ortaya çıkmasına dolaylı da olsa engel olmaktadır. Bu sebeptir ki, kurumun amacına uygun bir şekilde ve günümüzün değişen koşullarının da gözetilerek aksayan yönlerini gidererek etkin

bir şekilde uygulanabilirliğini sağlayacak çeşitli değişikliklerin en kısa zamanda yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akil, C.:** Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyeti) İddiası, **AÜHFD**, 60 (4) 2011, s. 775-808.
- Akil, C.:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, **ABD**, 2012/2, s. 99-119
- Ansay, S. Ş.:** Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bs., Ankara, İstiklal Matbaası, 1960.
- Atalay, O.:** İflasın Ertelenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 49-99.
- Aydın, M.:** Hazcedilemeyen Mal ve Haklar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Balkan, Y.:** Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Baumbach, A./Lauterbach, W./Jan A./Hartmann, P.:** Zivilprozeßordnung, 58. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- Berkin, N.:** İcra Hukuku Dersleri, 538 Sayılı Kanuna ve Son İçtihadlara Göre, 2. Bs., İstanbul, Hamle Matbaası, 1969.
- Bulut, U.:** Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat, **DEÜHFD**, Cilt: 12, Özel Sayı: 2010 (Bassım Yılı: 2012), s. 1073-1103.
- Çiftçi, P.:** İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, İzmir 2008 (Yüksek Lisans Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü).
- Dubach A.:** Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, **SJZ** 94 (1998), s. 149-160.
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz, E.:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 27. Bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013.
- Kuru, B.:** İcra ve İflas El Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Kuru, B.:** Haczi Caiz Olmayan Şeyler, **AÜHFD**, 1962/1-4, s. 277-326.
- Muşul, T.:** İcra ve İflas Hukuku, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, T.:** İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler, 6103, 6217, 6352 sayılı Kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A.:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi (68-99. Maddeler), C. II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Oğurlu, Y.:** AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 485-521.
- Özbay, İ.:** İcra ve İflas Hukukunda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a), **AÜEHFD**, 2005, C. IX, s. 543-567.
- Özekes, M.:** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, 2009.

Özekes, M.: Karar İncelemesi Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulun Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak, Sayı: 1, 2002.

Özmumcu, S.: İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı, Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 488-514.

Pekcanıtez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özekes, M.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Postacıoğlu, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kol. Şti., 1967.

Schönenberger, v. B.: Der Konkursaufshub nach Art. 725a OR (BISchk, 2002-Heft 5, s. 161-189). (Çev. Üstündağ, S.), "İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 725a'ya göre İflasın Ertelenmesi" - Yargı Dünyası, Mart 2005, S. 111, s. 9-27 (Anılış: Schönenberger, Art. 72).

Sungurtekin-Özkan, M.: İcra Hukukunda Orantılılık İlkesi, Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 177-203.

Taşpınar, S.: İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 599-670.

Uyar, T.: Hacı Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara, 1974, s. 551-586.

Üstündağ, S.: İcra Hukuku Esasları, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutulmak Suretiyle) Yenilenmiş, 8. Bs., İstanbul, 2004.

Walker, W. D.: Cebri İcrada Borçlunun Korunması, (Çev.: Hülya Taş-Korkmaz), Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 1567-1573.

Yalçın, M.: İcra ve İflas Hukukunda Mesken Hacı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

Yıldırım, M. K.: İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1989, S. 1-3, s. 98-115.

Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.: İcra ve İflas Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2015.

Zöllner, R./Vollkommer, M.: Zivilprozeßordnung, 22. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
Art.	: Artikel
aşa.	: Aşağıda
Aufl.	: Auflage

İcra Hukuku'nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik
Arş. Gör. Serpil Işık

A.Ş.	: Anonim Şirket
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
b.	: Bent
Bs.	: Baskı
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Edit.	: Editör
E.	: Esas numarası
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra-İflas Kanunu (RG. 19.06.1932, S. 2128)
İİD	: (Yargıtay) İcra İflas Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kol.	: Kollektif
m.	: Madde
N.	: Nummer/Numara/Kenar Numarası
RG.	: Resmi Gazete
Rdn.	: Randnummer/Kenar Numarası
S.	: Sayı
§	: Paragraf
s.	: sayfa/seite
S.K.	: Sayılı Kanun
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
Şti.	: Şirketi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu (RG. 12.10.2004, S. 25611)
TD	: Ticaret Dairesi
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İcra Hukuku'nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Haczedilmezlik
Arş. Gör. Serpil Işık

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
yuk. : Yukarıda
ZPO : Zivilprozessordnung

Danıştay Kararlarına Göre Sosyal Güvenlik Hizmetlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları

Arş. Gör. Eren Kalanyuva*

GİRİŞ

Bu tebliğin konusu, esas olarak Danıştay kararlarına göre sağlık kamu hizmetinde, özellikle sosyal güvenlik kapsamındaki faaliyetler bakımından İdarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde (varsa) Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu kriterleri bulmak ve değerlendirmektir. Dolayısıyla konunun teorik yönünden çok yargı kararı incelemesine dayanan değerlendirmelere yer verilecektir.

İdare, birçok alanda olduğu gibi kanunlarla kendisine verilen takdir yetkisini kullanmak suretiyle sosyal güvenlik alanında da çok sayıda düzenleme (tebliğ, yönetmelik vb.) yapmaktadır. İdare sağlık alanında yürüttüğü ve kamu hizmeti mahiyetindeki faaliyetlerde, esas olarak kamu hizmetine hakim olan ilkeleri gözetmek durumundadır. Ne var ki, sağlık hakkının en temel insan haklarından biri olması, yaşam hakkı ile olan yakın ilişkisi ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler de göz önüne alındığında, Danıştay kararlarında bu meselenin iki farklı açıdan incelenebileceği görülmektedir. Her ne kadar, Danıştay kararlarına bakıldığında, sağlık hizmetlerinde idarenin takdir yetkisinin sınırları bakımından kamu hizmetine hakim olan ilkelere çok sık yer verilmediği, hatta çoğu zaman "hukuka uygunluk bulunmamaktadır" şeklinde genel bir ifadeye yer verildiği görülse bile, Yüksek Mahkemenin kararını verirken faaliyetin niteliğinden, yani kamu hizmetinden etkilenmediği söylenemez.

Bu itibarla, sosyal güvenlik hizmetlerinin sağlanmasında idarenin takdir yetkisinin sınırlarını görmek bakımından Danıştay kararlarını iki aşamada ele alacağız. Yargı kararına esas teşkil eden kriterleri ilk olarak kamu hizmetine hakim olan ilkeler çatısı altında, ikinci olarak ise sağlık hizmetinin temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını kurmak suretiyle gerekçelendiren kararlar ekseninde değerlendireceğiz.

I. KAMU HİZMETİNE HAKİM OLAN İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE "MECCANİLİK"

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danıştay 2. Dairesinde görülen bir davada¹, bir ilköğretim okulunda öğretmen olarak çalışmakta olan davacı, kanser tedavisi gördüğü hastanenin sağlık kurulunca düzenlenen rapora göre, Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet hastanelerinde bulunmayan bir radyoterapi tedavisi için özel bir sağlık kuruluşuna sevk edilmiştir. Bu sağlık kuruluşunda gerçekleşen tedavinin bedeli olarak toplam 22.700 lira davacıdan tahsil edilmiş; bu bedelin idare tarafından karşılanması talebi ise İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü işlemi ile reddedilmiştir. İdare, ret işlemine dayanak olarak gösterdiği ve dava konusu edilen tebliğde söz konusu tedavi için üst sınır olarak (her türlü işlem dahil) ancak 6.000 lira ödenebileceğinin belirlendiğini savunmaktadır.

Yüksek Mahkeme tarafından yapılan incelemede, söz konusu bedelin belirlenmesinde ne Maliye Bakanlığı, ne de Sağlık Bakanlığınca gönderilen belgelerde hiçbir bilimsel analiz veya teknik veriye yer verilmediği, sadece radyoterapi alanında uzman iki kişinin tespit ettiği fiyatların dayanak alındığı tespit edilmiştir.

Danıştay'a göre, **sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak İdare, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilmelidir.** Ayrıca, sağlık hizmetlerinin planlanmasında İdareye kanunla verilen bu yetkinin, veriliş amacıyla bağdaşır şekilde kullanılması gerekmekte olup asgari tedavi ücretinin de altında bir fiyat belirlenmek suretiyle ilgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesi veya ağır bir yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanması hukuken mümkün değildir.

Bu itibarla Danıştay, sağlık kamu hizmeti kapsamında bir devlet hastanesinde tedavi olmakta olan davacının, kurul kararı ile kanser hastalığının tedavisi için zorunlu olarak sevk edildiği özel sağlık kuruluşundan aldığı hizmetin bedelinin ilgili yasal çerçeve gereğince devlet tarafından karşılanmasının zorunlu olduğunu, dolayısıyla belirlenen asgari miktarın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

- Bu davaya konu edilen uyumsuzluğa bakıldığında, İdare kamu kaynaklarından gerçekleştirecek olan harcamalar için asgari bir standart oluşturmaya çalışmaktadır. Ne var ki, sağlık alanında her hastanın kendine özgü durumu, tedavide kullanılacak yöntem ve araçların farklılığı ve bu olayda olduğu gibi devlet kurumlarının belli tür hastalıkların tedavisinde yetersiz kalması neticesinde özel sağlık kuruluşlarına sevk söz konusu olduğunda, *kamu hizmetinin meccani, yani bedelsiz olması* bakımından yapılan düzenlemelerin tartışılır nitelikte olduğu görülmektedir.

Danıştay 15. Dairesinde görülen bir davada², Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığından emekli aylığı alan davacı, koroner arter hastalığının tedavisinde kullanılan ilaçlı stent bedelinin ödenmemesine dair işlemin dayanağı olan 25.3.2010 tarih ve 27532 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin "Tıbbi Malzeme Temin Esasları" başlıklı 7.1. maddesinin 18. fıkrasında yer alan "... ilaçlı stent bedelleri kurumca ödenmez." ibaresinin iptali için dava açmıştır.

Danıştay, öncelikle sağlık hizmetinin **"ertelenemez ve ikame edilemez"** özelliğine vurgu yapmak suretiyle idarenin diğer faaliyetlerinden farklı olduğuna, hatta kamu hizmetleri

¹ Danıştay 2. D, E. 2007/1200, K. 2008/5284, K. T. 31.12.2008 (yayımlanmamıştır)

² Danıştay 15. D, E. 2013/2657, K. 2014/2068.

içindeki hassas yerine dikkat çekmektedir. Ancak olayda, davalı Kurumca Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle ilaç salınımlı koroner stentlerin hangi hallerde kullanılmasının zorunlu olduğu yönünde bilimsel verilere dayalı bir çalışma henüz yapılmamıştır. Aksi yönde birçok bilimsel görüş ve rapor olmasına karşın, hastalığın tedavisinde ilaç salınımlı stent kullanılmasının hayati öneme sahip olmadığı, alternatif tedavisinin (ilaçsız stent tedavisi) bulunduğu yönündeki iddialara Yüksek Mahkeme tarafından itibar edilmemektedir. Kaldı ki alternatif tedavi olarak ileri sürülen ilaçsız stent uygulamasında kullanılan ilaçsız stent bedeli de Kurumca karşılanmamaktadır.

Bu itibarla, Yüksek Mahkeme “hastanın muayenesini ve tetkiklerini yaparak hastalığı teşhis eden **doktor tarafından**, hastalığın tedavisinde kullanılması **uygun görülen ve kullanılması hastanın tercihine bırakılmayan** (aksi yöndeki uygulama tıbbi gerekliliklere ve tıbbi etik kurallarına uygun değildir) ve hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen **tıbbi malzemenin (stentin) bedelinin ödenmeyerek hastanın sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesi veya ağır bir maddi yük altında bırakılması sağlıklı yaşam hakkına ve sosyal devlet ilkesine aykırıdır.**” yönündeki kararında ilaçlı stent bedelinin ödenmemesini hukuka aykırı bulmuştur.

- Bu kararı, yukarıda incelediğimiz karardan farklı kılan husus, Danıştay’ın sağlık kamu hizmetini ertelenemez ve ikame edilemez şeklinde tanımlamasıdır. Kalp hastalarının tedavisinde doktor tarafından gerekli görülen bir tıbbi malzemenin piyasadan temin edilmesi durumunda, kamu hizmetinin meccaniliğine aykırı biçimde söz konusu bedelin büyük ölçüde hastanın üzerinde bırakılmasının, mahkeme tarafından sağlık hizmetine erişimi engeller nitelikte olduğu kabul edilmiştir.

Danıştay 15. Dairesinde görülen başka bir davada³, uyuşmazlığa konu edilen 2010 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğine göre, işitme cihazı bedellerinin tebliğde yer alan liste fiyatları esas alınarak “fatura tutarını aşmamak şartıyla” ödeneceği kurala bağlanmıştır.

Yüksek Mahkemeye göre, genel sağlık sigortası prim gelirlerinin sağlık hizmetlerinde etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla **İdareye tanınan fiyat belirleme yetkisi, hastanın kendisini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ağır bir maddi yük altında bırakacak şekilde** kullanılmamalıdır. Aksi halde, sağlıklı yaşam hakkına ve sosyal devlet ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır.

Yukarıda incelenen bir başka kararda olduğu gibi, bu olayda da Danıştay, doktor veya sağlık kurulu raporu ile hastanın tedavisinde kullanılması zorunlu görülen ve hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen ortez, protez, iyileştirme araç ve gereç bedelinin, komisyonca belirlenen bedeli aşan kısmının kurumca ödenmemesi suretiyle tedavi giderlerinin bir kısmının hasta ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin üzerinde bırakılmasının mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir.

- Görüldüğü üzere İdare, yürütmekte olduğu sağlık kamu hizmetinde doktor tarafından hastanın tedavisinde **zorunlu görülen ve hastanın tercihine bırakılmayan tedaviler** için gerekli olan tıbbi malzemelerin piyasadan temin edilmesi durumunda, üst limit belirleyerek

³ Danıştay 15. D, E. 2013/8854, K. 2015/9003.

bu fiyatı aşan miktarların hasta tarafından karşılanmasını öngörmektedir. Danıştay ise, bu tür düzenlemeleri sosyal güvenlik hizmetlerine erişimin engellenmesi tehlikesi karşısında tereddütle karşılamaktadır.

Karara geri dönersek, Yüksek Mahkemeye göre, piyasadan satın alınan işitme cihazı bedelinin tamamının ödenmesi yolunda düzenleme yapılması gerekirken, ilgili tebliğde protez ve ortez listesinde yer alan işitme cihazlarının, bu defa tıbbi malzeme olarak kabul edilerek işitme cihazları için belirlenen tutarın hasta tarafından ödeneceğini kurala bağlayan davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Sağlık kamu hizmetinde meccanilik ilkesinin gündeme geldiği son örnek kararda, Danıştay 11. Dairesinin yürütmenin durdurulması talebi hakkında verdiği bir kararda⁴, emekli olan davacı tarafından, Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin "20.3.10 İşitme Cihazları" başlıklı alt bölümünün birinci paragrafındaki "en fazla 800 - YTL ödenir" ibaresi ile son paragrafındaki ikinci cümleden sonra gelen kısmın iptali ve Ankara Bayındır Hastanesince düzenlenen sağlık kurulu raporu ile sol kulağa işitme cihazı kullanmasının uygun olacağı kararı üzerine satın alınan işitme cihazı bedelinden, davalı idarece karşılanmayan 2.850-YTL'lik kısmın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yüksek Mahkemeye göre, dava dosyası ile benzer dosyalarda Maliye Bakanlığı'nca uyuşmazlık konusu düzenleyici işlem ile getirilen kurallara dayanak olarak; Anayasa'nın anılan 65. maddesi hükmünden⁵ bahsedilmektedir.

- Burada İdareye verilen yetki, kişilerin tedavisinde zorunlu görülen bazı tedavi edici cihazların bedeli ödenmemek suretiyle, tedavi giderlerinin büyük bölümünün ilgililerinin üzerlerinde bırakılmasına imkan verilmesine ilişkin değil, **tıbben faydalı olan cihazlar bakımından aynı faydayı sağlayan farklı seçenekler arasında en uygun olanının seçilmesi** suretiyle devlet bütçesinden minimum gider yapılarak sağlık alanında azami faydanın sağlanması amaçlı bir yetkidir.

2. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE "SÜREKLİLİK"

Danıştay 10. Dairesinde görülen bir uyuşmazlıkta⁶, sağlık kamu hizmetlerinde *süreklilik ilkesi* bakımından bir tartışma söz konusudur. Şöyle ki, 29.9.2008 tarih ve 27012 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin 8.2. maddesinin 3. fıkrasındaki "Müracaat edilen sözleşmeli resmi sağlık kurum veya kuruluşunca kron ve protez tedavisine 90 gün, dolgu tedavisine 30 gün, diğer dış tedavilerine de 45 gün içinde başlanamayacağının belirtilmesi ve kapsamda yer alan kişilerce talep edilmesi halinde serbest dış hekimliklerine, Kurumla sözleşmesi olmayan resmi sağlık kurum veya kuruluşlarına, özel sağlık kurum veya kuruluşlarına SUT eki EK-7/B formu tanzim edilerek sevkleri yapılabilecektir." ile 8. fıkrasında yer alan "Serbest dış hekimlikleri, Kurumla sözleşmesiz resmi sağlık kurum veya kuruluşları veya özel

⁴ Danıştay 11. D. E. 2009/1498, K. Y.Durdurma.

⁵ TC Anayasası, Madde 65: Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

⁶ Danıştay 10. D. E. 2008/9164, K. 2011/832; benzer yöndeki bir karar için bkz. Danıştay 2. D. E. 2005/621, K. 2007/4361.

sağlık kurum veya kuruluşlarındaki teşhis, tedavi veya proteze dair bedellerin ödenmesinde, SUT eki EK-7 Listesinde yer alan fiyatlar esas alınır.” kuralının iptali istenmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre, serbest dış hekimliklerine veya kurumla sözleşmesi olmayan sağlık kurum ve kuruluşlarına yapılması öngörülen sevk, tedavinin zamanında ve gereği gibi yapılamayacak olmasının bir sonucudur⁷. Bu itibarla, kurumla sözleşmesi olmayan serbest dış hekimliklerine, resmi ve özel kurum ve kuruluşlarına **sevk ile başlayan süreç hastaların tercihi ile gerçekleşen bir süreç olmayıp, bir zorunluluktan, iyileştirme için belirlenen ve gerekli olan sürede dış tedavisinin yapılamayacak olmasından** kaynaklanmaktadır.

Davalı idarece, Sağlık Bakanlığınca incelenerek onaylanan asgari ücret tarifesinin altında ücret belirlenmesine hukuki olanak bulunmamaktadır. Serbest dış hekime sevk uygun görülen hastanın, Tebliğ ve eki ile belirlenen ücret ile Sağlık Bakanlığınca onaylanan ücret arasındaki farkı ödemek yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmasında, eşitlik ilkesi ile sağlık hizmetine erişim hakkı yönünden hukuka uygunluk görülmemektedir.

- Yüksek Mahkeme, bu kararında serbest dış hekime yapılan sevk neticesinde ortaya çıkan tedavi giderlerinin davacı hasta tarafından karşılanmasını zorunlu kılan düzenlemenin hukuka aykırılığını ifade ederken, eşitlik ilkesi ve sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesine vurgu yapmıştır. Ancak, bu kararda öne çıkan esas mesele, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir gereği olarak İdare tarafından zamanında ve gerekli ekipmanlarla gerçekleştirilemeyeceği öngörülen bir tedavinin özel hukuk kişileri tarafından adeta “İdare adına” yerine getirilirken, sigortalı hastanın bu tedavi masrafını ödemek zorunda bırakılması, kamu hizmeti anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

3. SAĞLIK KAMU HİZMETİNDE “EŞİTLİK”

Danıştay 15. Dairesinde görülen bir uyuşmazlıkta⁸, 24.3.2013 tarih ve 28597 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin eki Ek-3/E-1 listesinin, "Genel hükümler" başlıklı kısmının 8. fıkrasının (a) ve (b) bendi uyarınca, “lomber hareketli ve yarı hareketli sistemlerin Kurumca karşılanması için, hastanın **45 yaşın altında olması**, dejeneratif omurga sorunu bulunmaması, malzemenin tek segmenti geçmeyecek şekilde kullanılması ve tedavinin mutlaka 3. basamak hastanelerde yapılması gerekmektedir.” şeklindeki düzenlemenin iptali talep edilmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre, söz konusu düzenleme tesis edilirken yasal olarak dikkate alınması gerekli hususların gözetilmediği ve lomber hareketli ve yarı hareketli sistemlerin Kurumca karşılanması için hastanın 45 yaşın altında olması, dejeneratif omurga sorunu bulunmaması, malzemenin tek segmenti geçmeyecek şekilde kullanılması ve tedavinin mutlaka 3. basamak hastanelerde yapılmasının gerekliliğine dair somut bir gerekçe sunulmadan Kurumun salt düzenleme yapma yetkisine dayanılarak yapıldığı anlaşılan düzenlemenin hukuka uygunluğundan bahsedilmesi mümkün değildir.

⁷ Yani kamu hizmetinde *süreklilik* ilkesinin bir tezahürü olarak İdare, belli tedavilerin devlet hastanelerinde zamanında yapılamayacak olması ihtimalini öngörerek bu tür bir düzenleme yapmaktadır.

⁸ Danıştay 15. D. E. 2013/9269, K. 2016/1222.

Ayrıca, düzenlemenin bu haliyle tüm hastalar için, sağlık hizmeti sunumunu tıp biliminin öngördüğü şekilde yerine getirilmesini engelleyici ve hastanın tedaviye erişimini güçleştirici nitelikte olduğu da açıktır.

- Yüksek Mahkeme, bu kararında, omurga cerrahisinde kullanılacak tıbbi malzemeler bakımından hastalar için **45 yaşın altında olmak** şartını getiren düzenlemenin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir. Bu kararda, mahkeme açıkça eşitlik ilkesine değinmemişse de, hastalar arasında eşit statüde olanlara aynı yönde, farklı statüde olanlara ise farklı yönde bir uygulama yapılmasını haklı kılan bir gerekçeye de yer verilmemiştir.

II. DANIŞTAY'IN SAĞLIK KAMU HİZMETİNİ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE GEREKÇELENDİREN YAKLAŞIMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME:

Danıştay'ın sağlık hizmetlerini konu edinen son kararlarında⁹, İdarenin bu faaliyetler bakımından taşıdığı pozitif yükümlülöklere vurgu yapıldığı ve sağlık hizmetlerinin temel haklarla gerekçelendirilmeye çalışıldığı gözlenmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır¹⁰. Bu hak kapsamında İdare, herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak ve bu hizmetten gecikmeksizin yararlanılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacıları Birliği arasında akdedilen bir protokolden kaynaklanan uyuşmazlıkta¹¹, belli ilaçların hastalarca temininde eczaneler açısından sıralı sisteme geçilmiş; ilgili hekim tarafından yazılan ilaçların temini için öncelikle sıranın hangi eczanede olduğunun ilgili Eczacı Odasından sorulacağı, Odanın yönlendirmesi ile gidilen eczaneden ilacın alınması sonrasında tekrar Eczacı Odasına onaylatılacağı öngörülmüştür. Bu durum, büyük kentlerde yaşayan ve özellikle kan hastaları ile diyaliz hastalarının ilaca erişimini oldukça zorlaştırmıştır.

Yüksek Mahkemeye göre, her ne kadar protokol kapsamında ilgili idarelerin hangi ilaçların sıra sistemine gireceğine karar vermekte takdir yetkisi bulunduğu kabul edilse de, bu yetkinin hastaların ilaca erişimini zorlaştıracak şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Kaldı ki, protokolde birbiri ile ilgisi olmayan ve çok sık kullanıldığı görölen ve büyük harcama gerektiren reçetelerin bir araya getirilerek sıralı dağıtıma tabi tutulduğu, buna gerekçe olarak ise denetim yetersizliğinin yol açtığı yolsuzluğun gösterildiği görölmektedir. İdarenin bu tür bir gerekçeyle ilaçların dağıtımında sıra sistemini benimsemesi, mahkeme tarafından hukuka aykırılık şeklinde değerlendirilmiştir¹².

Danıştay 11. Dairesinde görölen bir davada¹³ ise, davacıların oğlu piyade teğmen olarak görev yapmakta iken, 13.06.1994 tarihinde teröristlere pusu kurulduğu sırada, başka bir er

⁹ Danıştay 15. D, E. 2013/2969, K. 2015/5931, T. 13.10.2015: "...16.10.1996 günlü, E:1996/17, K:1996/38 Sayılı kararında "Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır." gerekçesine yer vermek suretiyle yaşam hakkı, dolayısıyla sağlık hakkının önemini vurgulanmıştır..."

¹⁰ Danıştay İDDK, E. 2012/2606, K. 2013/1271

¹¹ Danıştay İDDK, E. 2012/2606, K. 2013/1271

¹² Benzer yöndeki bir karar için bkz. Danıştay 8. D., E. 2011/5155, K. 2011/6094.

¹³ Danıştay 11. Dairesi, E. 2014/1363, K. 2014/7360.

tarafından vurularak kazaen şehit edilmiş; bunun üzerine davacılara 15.06.1994 tarihinden itibaren 1. derece Türk Silahlı Kuvvetleri Vazife Malullüğü yetim aylığı bağlanmış ve bir hizmet yılına karşılık ikramiye ödenmiştir. Davacıların 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4082 Sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değişik 21. maddesinin (a) bendi uyarınca 30 yıl hizmet yapmış gibi emekli ikramiyesi ödenmesi isteğiyle davalı İdareye yapmış oldukları başvuru ise, oğullarının ölüm olayının 3713 Sayılı Kanun'da değişiklik yapan 4082 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce olduğu ve 25.05.1995 tarihinde alınan 785 Sayılı Emekli Sandığı Yönetim Kurulu Kararı ile, 4082 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelen olaylar sebebiyle ikramiye ödenmeyeceğine yönelik karar alındığı sebebiyle reddedilmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre, Türkiye'nin de onaylayarak taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Eki Ek 1 numaralı Protokol çerçevesinde **sosyal güvenlik hakkı** mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Sözleşme hukuku bakımından ilgililer tarafından, kesenek veya prim ödenmek suretiyle çalışılan sürelerin mülkiyet nitelikli menfaat doğurduğu kabul edilmektedir.

3713 Sayılı Kanun'un 21. maddesinde, 4082 Sayılı Kanun'un 6. maddesiyle yapılan değişiklikle getirilen, "30 yıl hizmet yapmış gibi emekli ikramiyesi ödenmesi" hakkı, madde kapsamındaki haklardan yararlanacak ilgili kişileri kapsamakta olup; **Kanunda bu haklardan yararlanacak kişilerle ilgili bir tarih sınırlamasına yer verilmemiştir**. Bu nedenle; Kanun hükmünde yer almayan bir tarih sınırlamasının, davaya konu Emekli Sandığı Yönetim Kurulu kararıyla getirilmesinde ve bu suretle davacıların 30 yıl üzerinden ikramiye ödenmesi talebinin reddedilmesine dayanak oluşturmada hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

TESPİTLER VE SONUÇ:

- Sosyal güvenlik alanında yapılan düzenlemelerde İdarenin takdir yetkisini sınırlandıran ölçütler, esasında faaliyetin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yani, idarenin kamu hizmeti olarak üstlendiği faaliyetlerde, Danıştay her ne kadar eşitlik ilkesi dışında diğer ilkeleri açıkça zikretmese de, "*meccanilik, süreklilik ve eşitlik*" olarak ifade edilen ilkeler, sağlık kamu hizmetinde İdarenin takdir yetkisine yön vermektedir.
- Danıştay kararlarında öne çıkan hususlardan biri de, İdarenin sağlık kamu hizmetinde yapacağı düzenlemelerde, "*sağlık harcamalarından tasarruf sağlamak*" ya da "*sağlık kurumlarına yapılan ödemelerde yaşanan aksaklıklar açısından denetim eksikliklerini gidermek*" şeklindeki gerekçelere başvurusu, ilgili düzenlemenin iptaline yol açacaktır. Mahkeme, bu tür gerekçelerin savunma olarak öne sürülmesini hukuka aykırı görmekte ve bireyin sağlık hakkına erişimini engeller nitelikte bulmaktadır¹⁴.
- Anayasa'nın 65. maddesinde "*Devletin, Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği*" yolundaki hükmün, sağlık hakkının özünü etkileyecek nitelikte yorumlanmaması gerekir¹⁵. Ancak çoğu zaman idare,

¹⁴ 15. D., E. 2013/2602, K. 2015/5720; 15. D., E. 2013/10229, K. 2016/1047; 10. D., E. 2008/7970, K. 2011/833.

¹⁵ Danıştay 15. D, E. 2013/2969, K. 2015/5931, T. 13.10.2015: "...Dolayısıyla Anayasa'nın 65. maddesinde Devletin, Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği yolundaki hükmün, en önemli sosyal haklardan biri olan ve doğrudan insan yaşamını ilgilendiren sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel oluşturacak biçimde

açılan davalarda savunma olarak bu maddeyi öne sürmektedir. Danıştay ise, bu tür savunmaları yeterli görmemektedir. Kaldı ki, kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasındaki adil denge bakımından, İdarenin kamusal harcamalarda kaynakların dengeli sarf edilmesi maksadıyla yapacağı düzenlemelerde, bireyin sağlık hakkına erişimini engelleyecek ya da güçleştirecek nitelikte hükümlere yer vermemesi beklenmektedir.

- T.C. Anayasası sosyal hakları kapsamlı şekilde düzenlemekte olup Devlete bu hususta açıkça “pozitif yükümlülükler” yüklendiğini söylemek yanlış olmaz. Pozitif yükümlülük kavramı, esas olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile gelişmiş, sözleşmecî devletlerin bireyin temel hak ve özgürlüklerini hukuka aykırı biçimde sınırlandırmama yükümünün yanı sıra çoğu zaman hak ihlali henüz ortaya çıkmadan gerekli tedbirleri alma ödevi ile yükümlü olmaları şeklinde ifade edilebilir.
- Anayasa Mahkemesi 22/11/2007 günlü, E:2004/114, K:2007/85 sayılı kararında da, sağlık hizmetlerinin nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu, sağlık hizmetlerinin temel hedefi olan insan sağlığı sorununun “ertelenemez ve ikame edilemez” nitelikte bulunduğunu belirterek konunun önemine ayrıca dikkat çekmiştir.

Dolayısıyla toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarından biri olan sağlık hizmeti, bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından adeta “primus inter pares” nitelenerek, “kamu hizmeti mühimdir; sağlık kamu hizmeti daha mühimdir” şeklinde bir varsayıma konu edilmektedir. Bu bakımdan, İdarenin sosyal güvenlik faaliyetlerini yürütürken sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarının daha dar olduğu söylenebilir.

- Danıştay, bireyin genel anlamda sağlık hizmetlerine erişim hakkını korumak maksadıyla kimi zaman Anayasa’daki sosyal devlet ilkesine ve sağlık hakkının vazgeçilemez ve devredilemez bir kamu hizmeti olduğu anlayışına vurgu yapmakta; kimi zaman ise, Birleşmiş Milletler “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, “Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi” ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmak suretiyle yaşam hakkının vazgeçilmezliği ve her türlü riske karşı ve hastalıklara karşı korunmasının devletin en temel vazifesi olduğunu vurgulamaktadır.
- Danıştay, açıkça görüldüğü üzere, Anayasa madde 90’da yapılan son düzenlemeden sonra uluslararası sözleşme metinlerini, kararlarında daha sık zikretmekle beraber, sağlık hakkının temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını kurmaya çalışmaktadır. Bu bakımdan, faaliyetin kamu hizmeti boyutundan ziyade, bireyin temel haklarına olan etkisi mahkemenin gerekçelendirmesinde daha etkin rol oynamaktadır.

yorumlanmasının, sağlık hakkının özünün zedelenmesine yol açabilecek uygulamalara neden olabileceği açıktır...”

İdare Hukuku Boyutuyla Sosyal Yardımlar

Arş. Gör. Necip Taha Gür*

GİRİŞ

Bir mefhuma idare hukuku boyutundan bakmak, onun idari teşkilat ile irtibatını, kamu malları bakımından konumlandığı alanı, idarenin hangi faaliyetleri ile yerine getirildiği ve yerine getirmek bakımından sorumluluğu, idarenin bu amaçla işlem, eylem, sözleşme şeklindeki araçlarının hangisinin kullandığı gibi meseleleri irdelemeyle gerçekleşir.

Sosyal yardımlar alanında yürütülen çok yönlü ve karmaşık ilişki ağını ortaya koyabilmek bakımından, bu faaliyeti yerine getiren kurumları esas alarak incelemeyi uygun gördük. Esasında böyle bir bakış, idari işlemin yetki unsurundaki “yetki ve görev kamu düzenindendir” düsturundan hareketle, bir faaliyeti yerine getiren makamı göz önüne alarak yapılan bir değerlendirmeyi ortaya koymaktadır. Ancak bu değerlendirme biçimi mevzuata dayalı olarak değil, teorik şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. KAMU KESİMİ TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN SOSYAL YARDIMLAR

A. Genel Olarak

Sosyal yardımlar, herhangi bir karşılık gözetilmeksizin ihtiyaç sahibi olan kişilere kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ayni ya da nakdi yardımlardan oluşmaktadır. Osmanlı Türkçesinde “içtimai muavenet ve tesanüt” olarak karşılık bulan ve toplum bireylerinin karşılıklı olarak birbirlerini gözetmeleri, aralarındaki dayanışma bilincini yaşatmaları ve geliştirmelerini ifade eden Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma kavramı, insanlık tarihiyle eşdeğer bir olgu olup; insanoğlunun bir arada yaşamaya başladığı günden günümüze kadar süregelmiştir¹. Örnek vermek gerekirse, M.Ö. 2200-1800 yılları arasında Mısır’da devlet yönetimini elinde bulunduran ruhani sınıfın, varlıklı dindarların dul ve yetimlere bakmasını sağlayarak, kamusal yardımların ilk uygulamalarını gerçekleştirmiş olduğu ifade edilmektedir². Dolayısıyla sosyal yardım, devlet yönetiminin olduğu her yerde, paternalist bir yaklaşımın da etkisiyle var olmuştur. Farklılaşan nokta, devletin benimsediği

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Ahsen Arıöz Bozkuş, **Genel Esaslarıyla Türk Hukuku’nda Vakıf Müessesesi ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları**, Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 55.

² Hasan Şenocak, “Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Süreç Işığında Değerlendirilmesi”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 2009, Sayı:56, s. 416.

siyasal-sosyal-ekonomik sisteme göre değişik usul ve yoğunlukta sosyal yardım faaliyetlerinin bulunmasıdır.

Sosyal yardımlarla kendisini, ailesini ya da bakmakla yükümlü olduğu kişileri kazancıyla geçindirmeye yetmeyen veyahut kazanç elde edemeyen kişilere asgari bir hayat standardı sağlanmak istenir³. Ancak sosyal yardım, yoksul konumundaki kişiye yapılacak desteklerden en son uygulanması gerekenidir. Zira yardım faaliyetinden önce en önemli olanı, bireye istihdam olanağı sağlamaktır. Bu bakımdan sosyal yardıma son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilebilir.

Danıştay, devletin nitelikleri bakımından “Anayasa'nın, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgarî yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir⁴ şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Dolayısıyla bu açılardan bakıldığında, sosyal yardım konusunda bir toplumsal ihtiyaç mevcuttur ve idare bu ihtiyacı gidermekle görevlidir.

İdare Hukuku bakımından burada değerlendirilmesi gerekli husus, toplumsal ihtiyacın tatmin edilmesidir. Zira toplum içinde genel ve ortak ihtiyaçların insanlar arasında işbölümü esasına dayanan bir usulle giderilmesi söz konusu olduğunda, Devlet o alana müdahale eder ve bu ihtiyacın tatmin edilmesini sağlar⁵. Toplumsal bir ihtiyaç söz konusu olduğunda ise idari faaliyetlerin yürütülmesi ile bu ihtiyaç tatmin edilir. Sosyal yardım alanında ortaya çıkan toplumsal ihtiyacın tatmini ise idarenin kamu hizmeti, kolluk ve özendirme-destekleme faaliyetleri ile mümkün olmaktadır.

B. Kamu Tüzel Kişilerince Yapılan Sosyal Yardımlar

Sosyal yardım kavramında geçen sosyal terimi, sosyal yardımın esasında insanların kendi ilişki çerçevesinin dışında, genele hitap eden ve insanların bir arada yaşaması sonucu haklarını devrettikleri devlet denen aygıtı düşen bir görevin varlığına işaret etmektedir. Devlete, -daha doğrusu idari faaliyet söz konusu olduğundan idareye- bu konudaki görev, ilk ve esas olarak anayasal düzlemde verilmektedir. İdareye görev olarak verilmeyen bir alanda, idarenin faaliyette bulunması beklenemeyeceğinden, ilk olarak görev tanımına bakılmalıdır.

Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar bölümü incelendiğinde, sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak, sosyal yardımda bulunma idareye görev olarak verilmiş durumdadır. Bu bakımdan idareye görev verilen alanda faaliyet gösterebilmesi için teşkilata, mallara, personele ihtiyaç duymaktadır. Yine bu faaliyetin belli bir hukuki rejim içerisinde devam etmesi gerekir.

1. İdari Teşkilatın Tespiti

³ İrfan Türkoğlu, “Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 280.

⁴ D10D, E. 2007/5744, K. 2011/563, KT. 11.2.2011.

⁵ İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 223.

Sosyal yardım, bir toplumsal ihtiyaç olarak karşımıza çıktığından, anayasa ve kanun ile idari teşkilat içinde yer alan birimlere, bu ihtiyacın giderilmesi görevi olarak verilmektedir. Bu çalışmada Türk idari teşkilatı içerisinde hangi kurumların bu faaliyeti yürüttüğüne dair mevzuata dayalı bir açıklamaya yer verilmeyecektir⁶. Zira bu alanda çok hızlı ve takip edilemez derecede değişim ve dönüşümün yaşandığı gözlemlenmektedir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, sosyal yardım alanında kamu tüzel kişilerinca yapılan faaliyetler, merkezi idare ve mahalli idare olarak iki koldan yürütülmektedir.

Merkezi idare bakımından sosyal yardım, devletin idari faaliyet ve hizmetlerinin, konularına göre ihtisaslaştığı bölüm olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Kamu kesimi tarafından yapılan sosyal yardım gibi faaliyetlerin tek elden yürütülmesinde, ortaya çıkan sonucun değerlendirmesinin etkin bir şekilde yapılması amaçlanmıştır⁷. Ancak merkezi idare tarafından idari faaliyetlerin yürütülmesi, birtakım aksaklık ve yerelin ihtiyaçlarını görememe gibi sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan mahalli idarelerin de sosyal yardım alanına dâhil edilmesi fikri gündeme gelmiş ve yaygınlaşmıştır.

Mahalli idareler, Anayasa'da ifade edildiği üzere, mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçları gidermek üzere kurulan kamu tüzel kişileridir. Sosyal yardım gibi bir toplumsal ihtiyacın, o bölgede yaşayan kişilerin mahalli ihtiyacı olduğu konusunda da şüphe bulunmamaktadır. Mahalli idarelere bu görevin verilmesiyle⁸, idare edilene en yakın yönetim birimi olmaları, bürokratik işlemlerin az olması, denetim ve koordinasyonun kolay olması, programların uygulanmasındaki başarı, yerel bağış kaynaklarının daha hızlı harekete geçirilmesi ve daha fazla kaynak temin edilmesi⁹ gibi olumlu sonuçları beraberinde getirmiştir.

2. İdari Faaliyet ve Kamu Malları Bakımından

Kamu tüzel kişilerinca yapılan sosyal yardımları, idari faaliyet türleri bakımından ele aldığımızda, kamu hizmeti ve planlama faaliyeti olarak ikili bir ayırımında incelemek gerekmektedir.

Mevcut ihtiyaçların tatmin edilmesi, idareye verilen görevler kapsamında yerine getirilir ve bu nitelikteki ihtiyaçların kamu yararı amacıyla idare veyahut onun yakın gözetimindeki özel hukuk kişilerinca görülmesi durumunda kamu hizmeti¹⁰ faaliyeti olarak nitelendirilmektedirler. Sosyal yardımları kamu hizmeti zaviyesinden tekrar incelediğimizde ise, bu yardımların birer sosyal kamu hizmeti olduğunu ifade edebiliriz. Bu kamu hizmetlerinde idare, klasik kamu hizmetlerinden farklı olarak, hizmetin iyi işleminin

⁶ 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesine göre Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün görevleri yer almaktadır.

⁷ Türkoğlu, **a.g.m.**, s. 279.

⁸ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6. maddesi uyarınca; İl Özel İdareleri, Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç, ilin sosyal hizmet ve yardımlar ile yoksullara mikro kredi verilmesi konusundaki ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde yapmakla görevlidir.

5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde, sosyal hizmet ve yardım hizmetlerini yapmak veya yaptırmak Belediyelerin görevleri arasında sayılmaktadır.

⁹ Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2010, s. 45.

¹⁰ Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 4.

haricinde, yararlanan kişiler üzerindeki etkisi ile de ilgilenmektedir¹¹. Ayrıca idarenin sosyal hizmetlerinde iktisadi karlılık ve verimlilik kaygısı olmadığından, kamu yararı amacı daha yoğun ve belirgindir¹². Özetle sosyal yardımda bulunma bir kamu hizmetidir, kamu hizmeti konularına göre ayrıldığında sosyal kamu hizmeti olarak addedilir ve kamu yararı diğer kamu hizmeti türlerine göre daha belirgindir.

Mevcut ihtiyaçların önceden tahmin edilebilmesi ve ona göre tedbirler alınması da şarttır. Nitekim Anayasa'nın 166. maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plana bağlanması idareye görev olarak verilmiştir¹³. Dolayısıyla idarenin sosyal yardım şeklinde yürüttüğü faaliyetler, planlama faaliyeti ile de ilgilidir. Göze'nin de belirttiği gibi, sosyal bir devlette, sosyal amaca yönelik müdahalelerin olumlu sonuçlar doğurabilmesi için, düzenli, uyumlu, dengeli bir biçimde yapılması gerekir. Bu sebeptendir ki bir plan içerisinde hareket edilmesi gerekecektir¹⁴. Kalkınma planlarının tümü incelendiğinde, sosyal müdahaleler konusuna sürekli şekilde yer verildiği görülmektedir.

3. İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetim Bakımından

İdarenin sosyal kamu hizmetlerini yerine getirmesi konusunda iki teoriden bahsedilmektedir: kalıntı ve müessese teorileri. Kalıntı teorisine göre, söz konusu hizmetler devletin birer kalıntı fonksiyonudur ve artan servetle birlikte bu geçici hizmetler ortadan kalkacaktır. Müessese teorisine göre ise, sosyal hizmetler ekonominin gerekli ve daimi olarak gelişen unsurlarıdır¹⁵. Anayasa'daki sosyal devlet ilkesi ile birlikte devlete bu alanda verilen görevlere bakıldığında, müessese teorisinin teorik olarak kabul edildiği söylenebilir.

Anayasa'da devletin görevleri olarak düzenlenmiş faaliyetleri, idarenin yerine getirmesi zorunlu faaliyetler olarak kabul edebiliriz. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin "*Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır*"¹⁶ şeklinde karar metni ifadesinden, anayasada görev olarak verilen faaliyetin anayasal kamu hizmeti olarak kabul edilerek, yerine getirilmesinin zorunlu olduğu savunulabilir. Bu bakımdan, idareye ödev olarak verilen bir alanda faaliyette bulunulmaması, idarenin eylemsizliği anlamına geleceğinden, idarenin sorumluluğuna yol açar. Ancak idarenin sorumluluğu ve bunun yargısal denetimi bakımından Anayasa'nın 65. Maddesinde yer alan, "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*" hükmü karşısında, anayasal kamu hizmetlerinin idareden talep edilebilirliği ise tartışmalıdır¹⁷.

¹¹ Esin Örüçü, "Sosyal Kamu Hizmeti", *İÜHFİM*, Yıl:1970, C:36, S:1-4, s. 218.

¹² Duran, *İdare Hukuku Ders* Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 320.

¹³ Cem Ayaydın, *İdare Hukukuna Giriş I*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008, s. 34-35.

¹⁴ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 441.

¹⁵ Örüçü, *a.g.m.*, s. 220.

¹⁶ AyM E. 1979/1, k. 1979/30, KT. 21.6.1979.

¹⁷ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 269.

C. Kamu Kesiminde Yer alan Özel Hukuk Kişilerince Yapılan Sosyal Yardımlar

Kamu kesimi tamamıyla kamu tüzel kişilerinden oluşmamaktadır. Kamu kesiminde yer alıp kamu tüzel kişiliği bulunmayan ancak kamusal gücü niteliğinde barındıran kuruluşlara işaret eden bu kullanım, kamu tüzel kişiliği ile özel hukuk tüzel kişiliğinin her ikisinden de hukuki izler taşımaları sebebiyle kullanılmaktadır.

1. Vakıf Kurumu ve Hukuk Tarihi Bakımından Önemi

Vakıf kurumu, İslam Hukuku çerçevesinde ortaya çıkmış ancak bu kurumun gelişimi Osmanlı Hukuk sisteminde olmuştur. Osmanlı devletinde toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmin edilmesine yönelik faaliyetler, çoğunlukla özel hukuk kişileri tarafından kurulan vakıflarca yerine getirilmiştir¹⁸. Bu bakımdan vakıf kurumunun, Türk İdare Hukuku tarihinde, idari faaliyetlerin yerine getirilmesi bakımından çok önemli bir işlevi olduğu ortadadır. Hukuk tarihimiz bakımından gördüğü işlevler, bu kurumu günümüze taşıyarak, farklı hukuki rejimlere tabi olsa da kamu hukuku bakımından kullanılmasına sebep olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin vakıf usulü ile sosyal sigorta hizmeti sunan vakıfları ifade ederken kullandığı cümleler, bu kurumun halen yerine getirdiği ve yerine getirmeye devam edeceği işlevlerinin olduğuna işaret etmektedir. *"Sosyal Hukuk Devletin temel ereği, sosyal hakların ve özgeliği sosyal güvenliğin en iyi, en sağlam ve en etkin bir biçimde sağlanmasıdır. Bunun için devlet ya kendisi bu işi üstlenerek sosyal güvenlik hakkını sağlayacak ya da kendi dışında bu hakkın sağlanmasına olanak yaratarak kurduğu örgütü denetleyecektir. (...) Devletin, haklı bir neden ortaya koymaksızın, kendi kurduğu örgütten farksız ve hatta ondan daha üstün sosyal güvenlik hakkı sağlayan vakıf kuruluşlara el atması, sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz¹⁹"*, şeklindeki bir değerlendirmede, vakıf kurumu ile görülen bir sosyal kamu hizmetinin, idarenin emanet usulüyle gördüğü sosyal kamu hizmetinin üzerinde olduğuna değinilerek, vakıf usulü ile sosyal devleti ilişkilendirmiştir. Söz konusu bakış açısı, vakıf kurumunun yalnızca Osmanlı döneminde başarılı şekilde uygulanıp, tarihin derinliklerine bırakılmadıklarının ve halen toplumsal ihtiyacın tatmini bakımından uygulanabilir olduğunu da göstermektedir.

Beşinci Kalkınma planında yer alan, *"Sosyal yardım veren vakıflar milli bir müessesedir. Bu özelliklerinden saptırılmadan vakıf hukuku ve kültürüne uygun olarak teşviki sağlanacaktır"*²⁰ şeklindeki bir bakış, vakıfların sosyal adaletin tesisinde görevler yerine getirdiğine açıkça işaret etmektedir. Ayrıca günümüzde halen faaliyetlerini sürdüren Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, bu usulün kadimden gelen önemini halen muhafaza ettiğini göstermektedir.

¹⁸ Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İÜHF*, C:56, S:1-4, 1998, s. 97.

¹⁹ AyM E. 1976/36, K. 1977/2, KT. 25.1.1977.

²⁰ <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/5/plan5.pdf>, s. 155.

2. Sosyal Yardım ve Dayanışma Vakıflarının Niteliği

Kamu kesiminde yer alan kamu tüzel kişilerince yerine getirilen sosyal yardım faaliyetleri, devlet tüzel kişiliği bünyesinde bakanlıklar aracılığıyla, mahalli idareler aracılığıyla ve diğer kamu kurumları eliyle görülebilmektedir. Dolayısıyla devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden, yalnızca sosyal yardım konusunda görevli olan bir idari yapılanma mevcut değildir. 29.5.1986 tarih ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'na ilgili kanunda verilen görevler, sosyal yardım alanıyla sınırlı bulunmaktadır. Söz konusu vakıfların faaliyetleri için kullandığı, Sosyal Yardımlaşma ve Teşvik Fonu'nun amacı ise *"fakr u zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek (...)"*²¹ olarak öngörülmüştür. Bu bakımdan vakıflar, fonu kullanarak sosyal adalet ve sosyal devletin tesisine hizmet etmektedirler.

Söz konusu vakıfların senetleri, mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil ettirilir²². Bunun yanında vakfın başkan ve diğer üyeleri kamu görevlilerinden oluşmaktadır²³. Ayrıca kanunla bu vakıflara bir sosyal kamu hizmeti olan sosyal yardımların yapılması görev olarak verilmiştir. Yine vakıfların sahip oldukları bazı muafiyetler, idare tarafından desteklendiklerini de göstermektedir²⁴. Tüm bu hukuki verileri bir araya getirdiğimizde söz konusu vakıfların kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadıkları meselesi gündeme gelmektedir.

Yargı kararlarında, vakıfların niteliği konusunda genel yaklaşım²⁵, bu vakıfların kamu tüzel kişiliği olmadığı yönündedir²⁶. Ayrı kamu tüzel kişiliğinin olmamasının yanı sıra,

²¹ 3294 sayılı Kanun md. 1.

²² 3294 sayılı Kanun md. 7/son.

²³ Mülki idare amirleri vakfın tabii başkanı olup, illerde belediye başkanı, defterdar, il millî eğitim müdürü, il sağlık müdürü, il tarım müdürü, il sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu müdürü ve il müftüsü; ilçelerde belediye başkanı, mal müdürü, ilçe millî eğitim müdürü, Sağlık Bakanlığının ilçe üst görevlisi, varsa ilçe tarım müdürü ve ilçe müftüsü vakfın mütevelli heyetini oluşturur. 3294 sayılı Kanun md. 7/2.

²⁴ Bu Kanunla kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları; a) Kurumlar Vergisinden, (iktisadi işletmeler hariç), b) Yapılacak bağış ve yardımlar sebebiyle Veraset ve İntikal Vergisinden, c) Sahip oldukları taşınır ve taşınmaz mallar ve yapacakları tüm muameleler dolayısıyla her türlü vergi, resim, harç ve fonlardan, d) Vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğüne vakıflardan tahsil edilen teftiş ve denetleme masraflarına katılma paylarından, e) Her türlü döner sermaye ücretlerinden, Muafıtır. Fona ve Vakfa yapılacak bağış ve yardımlar her türlü vergi, resim ve harçtan muafıtır. Bu bağış ve yardımlar Kurumlar ve Gelir Vergisi matrahından indirilebilir. 3294 sayılı Kanun md. 9.

²⁵ Aksi yöndeki karar oldukça isabetsizdir. bkz. "3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca kurulan ve sözleşmeli personel çalıştırma yetkisi verilen Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kamu kurumu niteliğinde oldukları tartışmasızdır. Bu kurumların çalıştırdıkları personelin kamu hizmeti yürüttükleri ve dolayısıyla kamu personeli oldukları açıktır. Sözleşmeli personelin de diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu güvencelere sahip olmaları gerekli ve zorunludur. Nitekim davacı ile davalı idare arasında düzenlenen hizmet sözleşmesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen esaslara da yer verilmiştir." D12D, E. 2003/131, K. 2004/2238, KT. 28.6.2004.

²⁶ "3294 sayılı Yasa'ya göre faaliyette bulunacak vakıfların mütevelli heyetlerinde görev alacakların bir kısmı kamu görevlisi ise de; Yasada vakıf senetlerinin mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil ettirileceğinin öngörülmesi, vakıfların özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde örgütlendiklerini

bakanlığın taşra birimi de kabul edilemezler. Bu bakımdan, bakanlık ile aralarında hiyerarşi ilişkisinden de bahsedilemeyecektir. Ayrıca vakıfların iç işleyişinde kuralların özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğünü de belirtmek gerekir. Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu olan olayda, vakfın başkanı sıfatındaki kaymakamın, vakıf müdürü olarak çalıştırılmak üzere istihdam ettiği kişinin sözleşmesinin feshine dair işleme yönelik olarak, “söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmesi karşısında, vakıf çalışanları ile akdedilen belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin tarafı olması bakımından kaymakamın, Yasadan kaynaklanan vakıf başkanlığı nedeniyle işveren sıfatını taşıdığı kuşkusuzdur”²⁷ şeklindeki bir belirlemeyle adli yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. Bu bakımdan teşkilat yönüyle bir değerlendirme yaptığımızda, sosyal dayanışma ve yardımlaşma vakıfları, kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişisi olarak adlandırılmalıdır.

Sosyal yardım kamu hizmetinin, kamu tüzel kişileri dışında, vakıflar aracılığıyla yerine getirilmesinin bazı sebepleri olmalıdır. İlk olarak, İslam Hukuku geleneğinde, toplumsal ihtiyacın tatmini noktasında iyi derecede faaliyet gösteren vakıf kurumunun bu özelliğinin, günümüz ihtiyaçlarına da cevap vereceği düşüncesinden hareket edilmektedir.

İkinci olarak ise sosyal yardım gibi, subjektif özelliği ağır basan kamu hizmetlerinde, daha kolay hareket edebilmeyi sağlayan hukuki yapıya ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek bakımından, faaliyetin bütçede belirtilmesi gerekmektedir. Ancak her bir kişiye sosyal yardımın bütçede belirtilmesi mümkün değildir. Nitekim bakanlığın internet sitesinde yapılan açıklamada “Muhtaçlık durumunun giderilmesi için hızlı, esnek ve yerel farklılıkları göz önüne alan bir yapıya ihtiyaç duyulduğu için 3294 sayılı Kanunun amacının gerçekleştirilmesinde geleneksel kamu örgütü yapılanmasından farklı bir yöntem izlenmiştir. Her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kurularak hizmet acil ihtiyaçları hızlı karşılayacak şekilde hedef kitleye en yakın noktadan verilmektedir”²⁸ denilmektedir. Bu bakımdan tarihi misyonunun devamına hizmet etmenin yanında, pratik gerekçelerle de vakıf yoluyla sosyal yardımda bulunulması tercih edilmektedir denilebilir.

3. İdari Faaliyetin Niteliği

Sosyal yardımda bulunma, idareye anayasa tarafından görev olarak verildiğinden anayasal kamu hizmetlerindedir. Ancak bir hizmetin anayasal hizmet olması onun özel hukuk kişileri eliyle görülemeyeceği anlamına gelmeyecektir. Sosyal yardım ve dayanışma vakıfları aracılığıyla görülen faaliyet idarenin kamu hizmeti faaliyetidir.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri olması, söz konusu faaliyetin yürütülme biçiminin belirlenmesini gerektirmektedir.

göstermektedir. Vakıf çalışanları ile akdedilen belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinde mülki idare amirinin taraf olması, Yasa gereği vakfın tabii başkanı olmasından kaynaklanmaktadır.” Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2008/33, K. 2009/36, KT. 2.3.2009. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2004/16, K. 2004/35, KT. 1.7.2004.

²⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2013/253, K. 2013/367, KT. 11.3.2013.

²⁸ <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/sydvlerin-yapisi>.

Söz konusu vakıflar hizmetin finansmanı²⁹ ve yürütülmesini kamusal imkanlarla sağladığından, bu hizmetlerin de emanet usulü ile görüldüğünü kabul etmek gerekmektedir³⁰.

3294 sayılı Kanun'un 9. Maddesinde sözü edilen vakıflar için bazı muafiyetler tanınmaktadır. Vakfın kamu yararına faaliyet yürüttüğü düşüncesinden hareketle getirilen bu kolaylıkların, idare tarafından yürütülen bir özendirme ve destekleme faaliyeti olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyim. Zira kamusal imkanlardan yararlanması dolayısıyla kamu hizmetini emanet usulü ile yürüten kamu kesimindeki özel hukuk tüzel kişinin, özendirme ve destekleme faaliyetinin muhatabı olması söz konusu değildir. Sağlanan bu muafiyeti, kamu hizmetinin elverişli şekilde yürütmesi için sağlanan kolaylık olarak kabul etmek gerekir. Ayrıca özendirme ve destekleme faaliyetinin esas amacı, idarenin kamu yararına olarak tespit ettiği alanlara, özel hukuk kişilerini dahil ederek, toplumsal bir ihtiyacın görülmesi olduğundan, toplumsal ihtiyacı kendisine görev olarak verilen alanda yürüten sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, özendirilmesi veyahut desteklenmesi mümkün olmamalıdır.

II. ÖZEL HUKUK KESİMİ TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN SOSYAL YARDIMLAR

A. Genel Olarak

Sosyal yardım, toplumsal bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığından, bunun tatmin edilmesi, sosyal devlet olmanın gereği olarak idarenin görevidir. İdare söz konusu ihtiyacı gidermek için kendisine görev olarak verilen alanda, kamu hizmetini kendi araç, gereç ve personeliyle yürütebileceği gibi, bunu özel hukuk kişileri eliyle de görebilir. Ancak idare kamuya yararlı gördüğü bir faaliyeti, kamu hizmeti olarak üstlenmeyerek, özel hukuk kişisini bu ihtiyacı görmesi için destekleyebilir veyahut teşvik edebilir³¹.

Sosyal yardım alanındaki toplumsal ihtiyacın yoğunluğu, idareyi bu alanda özendirme ve destekleme faaliyetinde bulunmaya götürmüştür denilebilir. Şöyle ki bir faaliyeti kamu hizmeti şeklinde yürütme, her ne kadar esnek yapıdaki teşkilatlar ile yürütülüyor olsa da özel hukuk kişilerinin serbestiyeti gibi olamamaktadır. Tarihsel olarak da bakıldığında, özendirme destekleme faaliyetinin toplumsal ihtiyacı giderme konusunda önemli işlevlerinin olduğu görülmektedir. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu döneminde, toplumun ortak ve genel ihtiyacının giderilmesi yönündeki faaliyetler vakıflar aracılığıyla görülmüş, idare de bu faaliyetleri özendirmiş ve desteklemiştir³².

²⁹ Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının gelirleri; a) Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan aktarılabacak miktardan,(..) e) Diğer gelirlerden, Teşekkül eder. 3294 sayılı Kanun md. 8.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunun gelirleri; a) Kanun ve kararnamelerle kurulu bulunan ve kurulacak olan fonlardan Bakanlar Kurulu kararıyla % 10'a kadar aktarılabacak miktardan, b) Bütçeye konulacak ödeneklerden, d) Trafik para cezası hasılatının yarısından, f) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu reklam gelirleri hasılatından aktarılabacak % 15'lik miktardan, h) Her nevi bağış ve yardımlardan, i) Diğer gelirlerden, Teşekkül eder. 3294 sayılı Kanun md. 4.

³⁰ Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri**, s. 54.

³¹ Özay'a göre burada dolaylı bir kamu hizmeti söz konusudur. Özay, **a.g.e.**, s. 260.

³² Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", s. 97.

B. Kamuya Yararlı Kuruluş

Sosyal kamu hizmetlerinin kamu kesimi tarafından görülmesi, kamu hizmetine hakim olan süreklilik, eşitlik, meccanilik, uyarlama gibi ilkelerin esaslarına göre mümkün olmaktadır. Ancak idarece, kamuya yararlı olduğu kabul edilen bu hizmetlerin görülmesi için, özel hukuk kişilerini edimde bulunmaya sevkeden kolaylaştırma yönünde imkanlar sağlanabilir. İdarece kamuya yararlı dernek veya kamuya yararlı vakıf statüsüne sokulan kuruluşlara, kanunla belli imkanlar sağlanmakta veya mali kolaylıklar getirilmektedir. Esasında bu kuruluşların sosyal yardım alanındaki faaliyetleri ne kadar artarsa, idarenin sosyal yardım alanındaki görevleri de o oranda azalmış olacaktır³³.

SONUÇ

Yoksulluk, genel düşüncenin aksine gelişmiş ülkelerde de önemli boyutlara ulaşmaktadır. Devletin temel edindiği niteliklerinden hareketle, yoksul vatandaşlarına yönelik konumu değişebilmektedir. Sosyal yardım, sosyal adaleti tesis edebilmek adına gerçekleştirilen bir faaliyettir. Ancak bir sosyal devlette, en son çare olarak sosyal yardım uygulamalarına başvurulması gerekmektedir. Zira sosyal yardım alma aşamasına gelmeden, istihdam imkanının sağlanması ve bireyin ülkenin ekonomik işleyişine dahil olması sağlanmalıdır.

Sosyal yardımlar, diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak subjektif yönü ağır basan kamu hizmeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımından kamu hizmetindeki eşitlik ilkesinin bozulmaması için, gerekli denetimler yapılarak ihtiyacın giderilmesi gerekmektedir.

Sosyal yardımlar, idari teşkilatlanma bakımından çok yönlü olarak yerine getirilirken, son dönemde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı çatısı altında birleştirilen bir yapıyla hareket edilmesi olumlu bir gelişme olarak kabul edilmelidir. Bunun dışında mahalli idarelere de bu görevin verilmesi, idare biliminde ifadesini bulan subsidiarite ilkesi gereği, bir hizmete en yakın teşkilatın hizmet götürmesi esasına dayanmaktadır.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, kamu hizmetini emanet usulüyle yürüten, kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kuruluşlar, vakıfların tarihten gelen misyonunu yerine getirirken, sosyal adaleti tesis etme amacı ile faaliyette bulunarak sosyal devlet olmanın gereğini de yerine getirmektedir. Vakıfların haiz olduğu hem kamu hukuku hem de özel hukuk tüzel kişiliğinden özellikler, pratik faydalarının olmasının yanı sıra, vakıf kurumunun tarihsel ve siyasi özelliklerinin devamını da sağlamıştır.

Hasıl olan toplumsal ihtiyacın tatminini, kamu kesiminin yanı sıra özel hukuk kişilerine kolaylaştırma yöntemiyle imkan vererek sağlamak, gelişmiş düşünce ufkuna sahip devletlerde bulabiliriz. Bu bakımdan kamuya yararlı vakıf veyahut dernek statüsü verilerek

³³ Ayaydın, *İdare Hukukuna Giriş I*, s. 350.

sosyal yardıma özel hukuk kişilerini dahil etmek, toplumsal yarar bakımından oldukça fayda sağlayan bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Ayaydın, Cem; **İdare Hukukuna Giriş I**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008.

Bozkuş, Ahsen Arıöz; **Genel Esaslarıyla Türk Hukuku'nda Vakıf Müessesesi ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları**, Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009

Duran, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

Göze, Ayferi; **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.

Gülan, Aydın; "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", **İÜHFM**, C:56, S:1-4, 1998, s. 97-107.

Gülan, Aydın; **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 1987.

Karahanoğulları, Onur; **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

Örücü, Esin; "Sosyal Kamu Hizmeti", **İÜHFM**, Yıl:1970, C:36, S:1-4, s. 212-232.

Özay, İl Han; **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

Şenocak, Hasan; "Sosyal Güvenlik Sistemini Oluşturan Bileşenlerin Tarihi Süreç Işığında Değerlendirilmesi", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 2009, Sayı:56, s. 409-468.

Türkoğlu, İrfan; "Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye'de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik", **Akademik İncelemeler Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 275-305.

Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret

Av. Necip Şenel*

KIDEM TAZMİNATI

İş hukukumuzda işyerinde en az bir yıllık çalışması olan işçi, iş akdinin sona erme hususunda diğer şartları da sağlaması halinde kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Kıdem tazminatı bir nevi bir işçinin işverene bağlılığı, sadakati ve emeği karşılığı geçen sürelerin toplamına denk gelen tazminat hakkıdır. İşverenin haklı bir sebep olmadan işçiye işten çıkartması, İşçinin haklı bir sebeple işi bırakması, erkek çalışanların askerlik için işi bırakması, emekli olmak amacıyla işçinin işi bırakması, emeklilikle ilgili diğer şartları tamamlayıp emeklilik yaşını beklemek amacıyla işçinin işi bırakması, kadın işçinin evlendikten sonraki bir yıl içinde işi bırakması, işçinin ölmesi hallerinde kıdem tazminatına hak kazanılmaktadır. Kıdem tazminatı, bir işçinin çalışma süresince geçen her bir yıl için, giydirilmiş son brüt ücretinin otuz günlük tutarıdır. Kıdem tazminatı hesaplanırken işçinin en son ay aldığı ücretin brüt tutarı esas alınır. Kıdem tazminatının kıdem tazminatı için akdin feshinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz ile birlikte ödenmesi gerekmektedir.

İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, tam olarak ödenmesi zorunludur.

Kıdem tazminatı tavan tutarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçmemektedir.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel hale gelmekte ve genel olarak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekmektedir. İşçinin çalıştığı her bir yıl için hak ettiği ve toplam tutarı işçi için önem arz eden bu tazminatı almak işçinin en doğal hakkıdır. Ancak malesef uygulamada kıdem tazminatı bazen iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte ödenmemekte, eksik ödenmekte ve işçiler mağdur edilmektedir. Bunun nedenleri arasında işverenin kıdem tazminatı ödemekten kaçınmak istemesi, işverenin kıdem tazminatı ödeyecek maddi gücünün olmaması, işverenin iflas etmesi ya da işçi ile işverenin kıdem tazminatı konusunda uzlaşamaması örnek olarak sayılabilir.

* Avukat Şenel Hukuk Bürosu/ Lawyer, Şenel Law Firm

Uygulamada bazı işverenlerin işçiye kıdem tazminatı ödemekten kaçınmak için işçilerin çalışması boyunca onların haberi olmaksızın sigorta giriş çıkışı yaptıkları, işçilerin sigortasını farklı şirketler üzerinde gösterdikleri görülmektedir ve oldukça rastlanan bir durumdur. Daha sonra işçinin hak etmiş olduğu kıdem tazminatını alabilmesi için o işyerinde çalıştığı süreci ispatlaması gerekecektir. Uygulamada oldukça sık rastlanan bu durum, zaten yoksulluk ile mücadele halinde olan ve geçim sıkıntısı çeken işçilere bir yük daha yüklemek anlamına gelmektedir.

Yine uygulamada işçiye kıdem tazminatını ödememek maksadıyla bir yılının dolmasına az bir süre kala işten çıkartılması, kıdem tazminatının artmasını önlemek için çeşitli bahanelerle iş akdine son verilmesi gibi durumlara da sıkça rastlanmaktadır.

1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesine göre 15 yıl ve 3600 iş gününü doldurmuş olan işçi emeklilik için aranan yaş, prim günü ve sigortalılık süresi koşullarından, yaş dışındakileri yerine getirdiklerinde, son çalıştıkları işyerinden (en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla) kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılma hakkına sahiptirler. Bunun için İşçinin, kıdem tazminatı alabilmesi için son işyerinde aralıksız olarak 15 yıl çalışmış olması gerekmiyor. Talebi üzerine, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün sayısını dolduran sigortalıya, 1475 sayılı İş Kanunu nun 14. maddesine göre kıdem tazminatı alabilir şeklinde bir yazı veriliyor ve işçinin bu yazıyı işverene ibrazı ile başka herhangi bir sebep göstermeksizin kıdem tazminatını alarak işten ayrılabilir. Kanunun işçiye tanıdığı hak bu kadar açık iken bile işverenler birçok zaman bu durumda bile işçiye kıdem tazminatı ödememe konusunda diretiyor.

Hak etmiş olduğu kıdem tazminatını alamayan işçilerin elinde bazı haklar bulunmaktadır. İşçi öncelikle mümkünse noter kanalıyla işverene ihtarname çekerek tazminatının ödenmesi talebinde bulunabilir ve bunun için belirli bir süre tayin edilebilir. Makul sürede tazminatının ödenmemesi halinde İş Mahkemesi'nde dava açabilir. Kıdem tazminatı talebi 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Ayrıca işçi İşkur'a da şikayette bulunabilir.

(MEVZUAT:

Madde 14 – (Değişik birinci fıkra: 29/7/1983 - 2869/3 md.) Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

- 1. İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,*
- 2. İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,*

3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4. Bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5. (Ek: 25/8/1999 - 4447/45 md.) 506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin

Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret

Av. Necip Şenel

devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

(Değişik fıkralar: 17/10/1980 - 2320/1 md.): İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren (1) işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel (2) işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur. İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz. T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işvereninince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz. Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz. Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar. Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez. Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

(Değişik : 29/7/1983 – 2869/3 md.) 13 üncü maddesinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26 ncı maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevzuata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.

(1) (Değişik: 17/10/1980 - 2320/1 md.) Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir. (Değişik: 10/12/1982 - 2762/1 md.) Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı,

Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret

Av. Necip Şenel

Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez. (Değişik fıkralar: 17/10/1980 - 2320/1 md.): İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılara ödenir. Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez. İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hissedenden fazlası Devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir. Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir)

ASGARİ ÜCRET:

Çalışma hayatının temel unsurlarından biri olan asgari ücret, uygulanması zorunlu olan ücretin en düşük sınırını ifade etmektedir. Asgari ücret veya minimum ücret, işçilere bir çalışma günü karşılığı olarak ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım, kültür vb. gereksinimlerini günün fiyatları üzerinden en az düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir. Asgari ücret 1987 yılından bu yana her yıl belirlenmektedir. Bu uygulama, ulusal mevzuatımız yanında ülkemizce onaylanan uluslararası sözleşmeler bakımından da gereklidir. Asgari ücret günlük hesaplanır, aylık ödenir. Türkiye’de özel sektörde her iş ve meslek için asgari ücret kanunca aynıdır. 2016 yılı için Türkiye’de asgari ücret brüt 1.647 TL, net 1.300 TL’dir.

4857 Sayılı İş Kanunu madde 39:

“Asgari ücret Madde 39 - İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.

Asgari Ücret Tespit Komisyonu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının tespit edeceği üyelerden birinin başkanlığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü veya yardımcısı, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü veya yardımcısı, Devlet İstatistik Enstitüsü Ekonomik İstatistikler Dairesi Başkanı veya yardımcısı, Hazine Müsteşarlığı temsilcisi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığından konu ile ilgili dairenin başkanı veya yetki vereceği bir görevli ile bünyesinde en çok işçiyi bulunduran en üst işçi kuruluşundan değişik işkolları için seçecekleri beş, bünyesinde en çok işvereni bulunduran işveren kuruluşundan değişik işkolları için seçecekleri beş temsilciden kurulur. Asgari Ücret Tespit Komisyonu en az on üyesinin katılımıyla toplanır. Kurul, üye oylarının çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği halinde, Başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır.

Komisyon kararları kesindir. Kararlar Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer.

Komisyonun toplanma ve çalışma şekli, asgari ücretlerin tespiti sırasında uygulanacak esaslar ile başkan, üye ve raportörlere verilecek huzur hakları Maliye Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının birlikte hazırlayacakları yönetmelikte belirtilir.

Asgari Ücret Tespit Komisyonunun sekretarya hizmetleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yerine getirilir.”

Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret

Av. Necip Şenel

(NOT: 4857 sayılı İş Kanunun 39. maddesinde iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirleneceği belirtilmiş olup, Asgari Ücret Yönetmeliği'nin dayanağını bu madde oluşturmaktadır. Yönetmelikte, ücretin belirlenmesine ilişkin ilke ve esaslar, komisyonun kuruluşu, görev, yetki ve sorumluluğu, ücretin yürürlüğü işverenin sorumluluğu gibi konularda düzenlemeler yer almaktadır.)

Asgari Ücret Yönetmeliği'nin 12. Maddesinde belirtildiği üzere; işçilere, komisyonca belirlenen ücretlerden düşük ücret ödenemeyeceği gibi, iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine bunun aksine hükümler de konulamaz. İşverenler tarafından işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim de yapılamaz. Asgari ücretten düşük ücret ödenen her işçi ve her ay için işverene idari para cezası uygulanacaktır.

Asgari ücretin işçinin ailesiyle birlikte geçinebileceği miktarda olması gerekmektedir. Türkiye'de milyonlarca işçi asgari ücretle hayatını sürdürmek durumundadır. Anayasamızda, asgari ücret belirlenirken "çalışanların geçim şartlarının göz önünde tutulacağı" düzenlemesi yer almaktadır. Her ne kadar asgari ücret işçinin temel gereksinimlerini karşılayacak olan ücret anlamında olsa da; malesef ki Türkiye'deki yaşam koşulları çerçevesinde bu miktar oldukça yetersiz kalmakta ve insanlar yoksulluğa düşmektedir. Asgari ücret bir ailenin yeme, barınma, giyinme, eğitim gibi temel ihtiyaçlarını yeterli şekilde karşılayamamaktadır. Bu durum açıkça yoksulluğa yol açmakta, kadın ve çocuk işçiliğinin de önünü açmaktadır. Geçim sıkıntısı çeken bir ailenin çocuklarını çalıştırma yoluna veya ikinci bir işte çalışma yoluna gitmesi kaçınılmazdır.

2016 yılı için ülkemizde dört kişilik ailenin açlık sınırı 1.370 TL, yoksulluk sınırı 4.462 TL'dir. Bu miktarlar ile asgari ücret tutarı karşılaştırıldığında durumun vahameti bir kez daha gözler önüne serilecektir.

ANAYASA MADDE 55

Ücrette adalet sağlanması

MADDE 55. – Ücret emeğin karşılığıdır.

“Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

(Değişik: 3.10.2001-4709/21 md.) Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.”

(VIDEO/FOTOĞRAF EKLENEBİLİR.)

AGİ Dahil NET	Asgari Ücret	1.300,99 TL
(Bekar ve Çocuksuz)		

Kıdem Tazminatı, Asgari Ücret
Av. Necip Şenel

AGİ Dahil NET	Asgari Ücret	1.325,69 TL
(Evli ve Eşi Çalışmayan)		
AGİ Dahil NET	Asgari Ücret	1.344,22 TL
(Evli ve 1 Çocuklu)		
AGİ Dahil NET	Asgari Ücret	1.362,75 TL
(Evli ve 2 Çocuklu)		
AGİ Dahil NET	Asgari Ücret	1.387,45 TL
(Evli ve 3 Çocuklu)		

20 2016 YILI ASGARİ ÜCRET - YASAL KESİNTİLERİ (01.01.2016 - 31.12.2016 Dönemi)	
Brüt Ücret	1.647,00 TL
Sigorta Primi İşçi Payı	230,58 TL
İşsizlik Sigortası Primi İşçi Payı	16,47 TL
Gelir Vergisi Matrahı	1.399,95 TL
Gelir Vergisi	209,99 TL
Damga Vergisi	12,50 TL
Kesintiler Toplamı	469,54 TL
Asgari Geçim İndirimi (Bekâr ve Çocuksuz)	123,53 TL
NET ÜCRET (Asgari Ücret + AGİ) (Bekar ve Çocuksuz)	1.300,99 TL

İŞVERENE MALİYETİ	
Asgari Ücret	1.647,00 TL
SGK PRİMİ % 15,5 (İşveren Payı)	255,29 TL
İŞVEREN İŞSİZLİK SİGORTA FONU	32,94 TL
İŞVERENE TOPLAM MALİYETİ (*)	1.935,23 TL

Çocuk ve Kadın İşçiler, Sigortasız İşçiler

Av. Merve Dömen*

SİGORTASIZ İŞÇİLER

Ülkemizin önemli sorunlarından birisi de çalıştırılan işçilerin kayıtdışı yani sigortasız olmasıdır. Türkiye'deki yoksulluk, hızlı nüfus artışı ve 1950'lerden itibaren artan köyden kente göç, kayıtdışı ekonominin gelişmesindeki etkili faktörlerden biridir. Genellikle kentlerde yoğunlaşan ve yoksullukla mücadele eden işçiler, başka çareleri olmadıklarını düşünerek daha az ücretle ve sosyal güvenceye sahip olmaksızın çalışmaya mecbur kalmaktadırlar. Özellikle küçük ve orta boy işletme sahibi bazı işverenler, istihdam ettiği işçilerle ilgili kanuni yükümlülüklerden kurtulmak veya bu yükümlülükleri azaltmak için bu yola başvurmaktadırlar. İşçiler de olumsuz yaşam koşulları sebebiyle kötü şartlarda çalışmayı kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu problemin temelinde de çoğu problemin başında olduğu gibi yoksulluk ve eğitimsizlik gelmektedir.

Çok çeşitli sebepleri olan bu gerçeğin işçiler açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu durum sadece işçiyi değil ailesini de yani aslında toplumu da etkilemektedir. İşçiler, sigortasız çalıştırıldıkları dönem boyunca sosyal güvenlik haklarından, sağlık hizmetlerinden de mahrum kalıyorlar.

Böyle bir durumda kalan işçinin çeşitli hakları bulunmaktadır. Bu hakkın aranması için idari ve yargı yolunu deneyebilirler.

- 1) İdari Yol: Sigortasız çalışan işçiler haklarının tesisi için bu durumlarını SGK'ya şikayet edebilirler

1-Sigortasız Çalışırken Şikâyetin Yapılması (Daha olumlu sonuç ve ispatlaması daha kolay)

2- İşten Ayrıldıktan Sonra Şikâyetin Yapılması

- 2) Adli Yol: Tespit Davası

* Avukat Şenel Hukuk Bürosu/ Lawyer, Şenel Law Firm

İşçiler sigortasız çalıştıkları sürelerini, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açacakları hizmet tespit davası ile de tespit ettirebilirler. Mahkemece tespit edilen ücretler ile çalışma gün sayıları SGK tarafından dikkate alınır ve o işçinin sigortasına sayılır.

Hizmet Tespit davasını kişinin kendisi veya ölmüşse hak sahipleri açabilir. Sigortalının kendisinin açması durumunda hizmet tespitine konu işyerinde 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurabilir.

- İşveren iş güvencesi ve kötüniet tazminatı da ödeyebilir

Çalıştığı işyerinde sigortasız olduğunu veya ücretlerinin düşük gösterildiğini iddia ederek SGK'ya başvuran işçileri işverenler çoğunlukla işten çıkarmaktalar. Bu durumda da işçinin tazminat hakkı bulunmaktadır.

Birinci durumda; eğer işçi 30 ve üzeri işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışıyor ve sigortasız çalıştırıldığını SGK'ya bildirdi diye işten çıkarılıyor ise, "iş güvencesi kapsamında" işe iade davasını kazandığında işveren işe iade etmez ise, o işçiye en az 4 en çok 8 aylık ücreti tutarında "iş güvencesi tazminatı" ödemek zorunda kalacaktır.

İkinci durumda; eğer işçinin çalıştığı işyerinde 30'un altında işçi var ise, SGK'ya şikayeti sebebiyle işten çıkarıldığında işveren "kötünietli" sayılacak ve ihbar tazminatının 3 katı tutarında "kötüniet tazminatı" ödeyecektir.

Sigortasız işçi kıdem tazminatı da alabilmektedir.

Ayrıca İşverenin işçisini hiç sigortaya bildirmemesi ve sigorta primlerini ödememesi işçiye haklı sebeple fesih hakkı verir. (Yargıtay 9. HD, 21.09.2010, E: 2010/26375, K: 2010/25219) Öte yandan, işçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır. (Yargıtay 9. HD, 18.01.2010, E: 2008/14545, K: 2010/292) Bütün bu durumlarda iş sözleşmesini sona erdiren işçi kıdem tazminatını da hak eder. İşveren her çeşit sigortasız çalıştırma halinde o işçinin kıdem tazminatını da ödemek zorunda kalır.

Sigortasız işçi çalıştırmanın cezası

- 1 yıl boyunca sigortasız olarak çalışan 1 işçi için ; Bilanço esasına göre defter tutmakla yükümlü olanlara 38 adet asgari ücret cezası ödetilir .
- 1 yıl boyunca sigortasız olarak çalışan 1 işçi için ; Diğer defterleri tutmakla yükümlü olanlara sigortasız işçi çalıştırdığından dolayı (1 yıl için 1 sigortalı) 32 adet asgari ücret ceza verilir.
- 1 yıl boyunca sigortasız olarak çalışan işçi için ; Defter tutmakla yükümlü olmayan işletmelere 29 asgari ücret cezası ödetilir .

Ayrıca ücret bordrosunun olmamasından ya da geçersiz olmasından dolayı; sigortasız işçiye ait kayıtların olmaması halinde ceza miktarı artar ve yasal defterin geçersiz olmasından dolayı da ceza artmaktadır.

Sigortasız işçi çalıştırmanın diğer cezaları da şunlardır

- Sigortasız işçiye ait primleri ile birlikte gecikme cezalarını da ödemek
- Teşviklerden yararlanamamak
- İş kazası ve meslek hastalığı var ise bunlar ile ilgili masrafları da ödemek
- Ayrıca iş ve meslek hastalıklarına bağlı olarak bağlanacak gelirleri de ödemek

İdarî para cezaları on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımı süresi, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar.

ÇOCUK İŞÇİLER

Değinilmesi gereken diğer önemli bir nokta da kadın ve çocuk işçilerdir. Öncelikle çocuk işçilerden bahsedecek olursak, Değişik kültürlerde çocukluk farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Ancak ülkemiz tarafından da kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre 18 yaşına kadar olan herkes çocuk sayılır. Çocuk işçiliği ise çocuklara fiziksel, psikolojik, ahlaki açıdan zarar veren ve onları eğitimden yoksun bırakarak zedeleyen bir çalıştırma biçimi şeklinde ifade edilmektedir. Özellikle gelir dağılımındaki farklılıklar önemli sosyal problemlere neden olmaktadır. Aileler hayatlarını idame ettirebilmek için çocuklarının çalışmasına ihtiyaç duymakta, bu durum da çocukların çok küçük yaşlarda çalışma hayatına girmesine yol açmaktadır.

Buna göre çocuk işçiliği kavramı şunları kapsamaktadır.

- çocuklar için zihinsel, fiziksel, toplumsal ya da ahlaki açılardan tehlikeli ve zararlı işler
- okula düzenli devam etmelerini engelleyerek eğitimlerini;
- okullarından erken ayrılmasına yol açacak işler
- çocukları okullarıyla aşırı uzun süren ve ağır işleri beraber yürütmek zorunda bırakan işler.

Çocuk hakları ve çocuk işçiliği ile mücadele dünyanın gündemine 1990'ların başlarından itibaren girmiştir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) önderliğinde başlatılan çalışmalar ışığında öncelikle çocuk işçiliğinin nedenleri araştırılmış ve çocuk işçiliğinin yoksulluk ve büyük ölçüde yoksulluktan kaynaklanan tali nedenlere dayandırıldığı tespit edilmiştir. 20 Kasım 1989'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda Çocuk Hakları Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bunun hemen ardından 1990 yılının Eylül ayında New York'da 71 ülkenin katılımıyla Dünya Çocuk Zirvesi gerçekleştirilmiş ve bu zirvede her çocuğa daha iyi bir gelecek sağlamak için 27 hedef içeren acil ve evrensel bir çağrı yayınlanmıştır. Bu tarihten sonra çocuk işçiliği ile mücadele konusu dünyanın gündemine girmiştir.

Çocukların çalıştırılması tarihin her döneminde karşılaşılan bir durum olmasına rağmen 16.yy.'da Amerika'da köle ticareti ve 18-19. yy.'da İngiltere'de Sanayi Devrimi ile önemli boyutlara gelmiştir. Sanayi Devrimi dönemi İngiltere'sinde fabrikalarda çalışan

işçilerin üçte ikisi kadın ve çocuklardan oluşmuş ve çocukların yaşları 6'ya kadar inmiştir. 1802 yılında İngiliz Parlamentosu bu konudaki ilk düzenlemeyi yapmıştır.

20. yüzyıla gelene kadar yapılan düzenlemeler bununla sınırlı kaldı. Modern iletişim teknolojileri aracılığıyla dünyanın küçülmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki çalışan çocukların durumunu bütün dünyanın gözlerinin önüne sermiş ve çocuk sömürsünün en kötü biçimlerine son verilmesi yönünde uluslararası baskı yapılmasına yol açmıştır. Ancak çoğu zaman uluslararası organizasyonlar tarafından yönlendirilen ve bu kapsamda çocuk işçiliğini önleme çalışmalarını yürüten gelişmekte olan ülkelerde ise toplumun daha fazla bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kurulmasından sonra bu konuda yapılan çalışmalar bir ivme kazanmıştır. Çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri ile mücadele kapsamında Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) ve Birleşmiş Milletlerin bir ihtisas kuruluşu olan Uluslararası Çalışma Örgütü dünya çapında ILO/IPEC adı verilen bir dizi proje gerçekleştirmektedir. ILO, çocuk işçiliğinin kabul edilemez bazı biçimleri olduğunu ve bunlarla acilen mücadele edilmesi gerektiğini belirterek "çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri" kavramını ortaya atmıştır. Bunun sonucu olarak "ILO/IPEC Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Sona Erdirilmesi Uluslararası Programı"nı hayata geçirmeye çalışmıştır. Bugün dünyada çocuk işçiliği ile mücadelenin tamamına yakını bu program kapsamında yapılmaktadır

Dünya ülkelerinin neredeyse tamamında görülen çocuk işçiliğinin, bugün de gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun dünyanın her yerinde varlığını sürdürdüğü bilinen bir gerçektir. Çocuk işçiliği yalnızca az gelişmiş ülkelerde değil; sanayileşmiş ülkelerin birçoğunda da görülmektedir. Başta eski Doğu Bloku ülkeleri olmak üzere kimi Avrupa ülkelerinde çocukların sokak satıcılığı, araba yıkama, ayakkabı boyacılığı ve dilencilik gibi işlerde zorla çalıştırıldığı da bilinmektedir. Bütün bunların dışında çocuklar İtalya, İrlanda, İspanya, Polonya gibi ekonomisinde tarıma dayalı faaliyetlerin önemli yer tuttuğu ülkelerde tarım sektöründe ücretsiz aile işçisi olarak çalıştırılmaktadır.

Çocuk işçiliği problemi, büyük ölçüde ülkelerin içinde bulunduğu yapısal sorunlardan kaynaklanmaktadır. Yapısal nedenlerin dışında işverenlerin çalıştırmak üzere çocuk işçileri tercih etmesi de diğer bir noktadır. Çünkü çocuk işçi her zaman için ucuz işgücü olarak görülmektedir. Çoğunlukla kayıt dışı çalıştırıldıkları ve haklarını aramayı bilmedikleri için işverenler tarafından tercih edilmektedirler.

Çocukların çalışma yaşamında yer almasının en önemli nedeni **yoksulluktur**. Ailelerin yeterli bütçeye sahip olmaması ve ekonomik güçlükler, ailelerin çocuklarını okuldan alarak, çalışma hayatına itmelerine neden olmaktadır. Ekonomik nedenle, özellikle okul masraflarının karşılanmasında ailelerin yetersiz kalması veya çocuğun işten alınması nedeniyle uğrayacağı gelir kaybı, çocuğun okuldan ayrılmasında en önemli etken olmaktadır. Yoksulluğun altında ise, işsizlik, bozuk gelir dağılımı, ekonomik kriz, ülke kaynaklarının verimli kullanılamaması, hızlı nüfus artışı, göç, plansız şehirleşme, kayıt dışı ekonomi gibi birçok neden bulunmaktadır.

Her ne kadar gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun dünyanın her yerinde görüldüğünden bahsetmiş olsak da, bugün dünyada çocuk işçiliği gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelerde daha yoğun biçimde var olmaktadır. Bu da bu sorunun temelini yoksulluğa dayandığını doğrulamaktadır. Gelir düzeyi düşük olan aileler çocuğun kazandığı paraya ihtiyaç duymaktadırlar. Şunu söyleyebiliriz ki dünyada yoksulluk ortadan kaldırılmadıkça çocuk işçiliği malesef ki son bulmayacaktır.

Çocuk işçiliği çocuğun eğitim hayatına da zarar veren bir olgudur. Ayrıca çocukların çalışırken aile denetiminden ve korumasından uzak olmaları onların güvenliklerini tehlike altına almaktadır. Bu onların her türlü sömürü ve istismara açık olmalarına neden olur. Çocuk aile denetiminden uzakta ve olumsuz koşullar altında çalışırken çözücü, uçucu, uyuşturucu madde kullanma, suça yönelme tehlikesi ile karşılaşmaktadırlar. Çocuk işçiliği çocukları ciddi tehlikelerle, hastalıklarla karşı karşıya bırakır, çok küçük yaşlarda büyük kentlerin sokaklarında kendi başlarının çaresine bakacak duruma düşürür.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) verilerine göre nüfusun yüzde 29,4'ünü çocuklar oluşturuyor. TÜİK 2012 verilerine göre, ülkede 6 - 17 yaş arasında yaklaşık 900 bin çocuk işçi var. Çalışan çocuklar en fazla tarım sektöründe yer alıyor. Çalışan çocukların yarısı da eğitim hakkından mahrum bırakılıyor. Çalışan çocukların yüzde 49,8'i okula devam ederken, yüzde 50,2'si okula devam etmiyor. Türkiye'de her üç çocuktan biri şiddetli maddi yoksulluk çeken hanelerde yaşıyor.

Dünyada çocuk işçi sayısının en fazla olduğu bölgeler Asya ve Pasifik'tir (hemen hemen 78 milyon ya da toplam çocuk nüfusun %9,3'ü). Bununla birlikte, Sahra Güneyi Afrika çocuk işçiliğinin en yaygın görüldüğü bölgedir (59 milyon, %21). Türkiye'de ise çocuk maddi yoksunluğunda en yüksek oranlara sahip iki bölge Kuzey Doğu Anadolu ve Güney Doğu Anadolu'dur.

Çocuk işçilere , sanayi, tarım, madencilik, küçük aile işletmeleri, çıraklık gibi alanlarda sıkça rastlanmaktadır. Ülkemizde çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri; sokakta çalışma, küçük ve orta ölçekli işletmelerde ağır ve tehlikeli işlerde çalışma, aile işleri dışında, ücret karşılığı gezici ve geçici tarım işlerinde çalışma olarak ortaya çıkmaktadır. İşyerindeki sağlık ve güvenlik standartlarının düşük olması ve kötü çalışma koşulları sonucunda çocukların yaşamlarını kaybetmelerine, sakatlanmalarına ya da hastalanmalarına neden olmaktadır.

MEVZUAT: 1) Kanun'da yer alan ifadelere göre; "genç işçi", on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşını bitirmemiş kişiler için, "çocuk" ifadesi ise on beş yaşından küçükler için kullanılmaktadır. Çocukların çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. Maddesi şu şekildedir.

-Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullara devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.

- Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını bitirmiş ve ilköğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler ve çalışma koşulları ÇSGB tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

- Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz, haftada kırk saate kadar arttırılabilir.

- Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemde çalışma süreleri yukarıda öngörülen süreleri aşamaz.

Bunun dışında Kanunda, onsekiz yaşını doldurmamış işçilerin yer ve su altındaki işlerde çalıştırılmaları ve sanayiye ait işlerde gece çalıştırılmaları yasaklanmıştır (4857 sayılı İş Kanunu 72 ve 73. madde). Kanun'un 85. maddesine göre onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz.

Ayrıca, ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocuk ve genç işçilerin işe alınmalarından önce, işyeri hekimi, iş sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla SSK, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimlerine muayene ettirilerek işin niteliğine ve şartlarına göre vücut yapılarının dayanıklı olduğunun raporla belirtilmesi ve onsekiz yaşını dolduruncaya kadar bu muayenenin altı ayda bir tekrarlanması, bütün bu raporların işyerinde saklanarak denetimler sırasında yetkili memurlara gösterilmesi zorunludur.

2) Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te tanımlar:

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Esasları

Madde 5 – Çocuğun ve genç işçinin işe yerleştirilmesinde ve çalışması süresince güvenliği, sağlığı, bedensel, zihinsel, ahlaki ve psikososyal gelişimi, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır.

Çocuk ve genç işçiler, okula devam edenlerin okula devamları ile okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da yetkili makamlar tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki eğitime katılmasına engel olmayacak işlerde çalıştırılabilirler. İşverenler çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin edeceklerdir.

Bu yönetmeliğin Ek-1'inde ise:

Çocuk İşçilerin Çalıştırılabilecekleri Hafif İşler

Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri,
Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri,
Esnaf ve sanatkarların yanında satış işleri,
Büro hizmetlerine yardımcı işler,
Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtım ve satım işleri (yük taşıma ve istifleme hariç),
Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler,
Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri,
Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç),
Spor tesislerinde yardımcı işler,
Çiçek satışı, düzenlenmesi işleri denilmektedir.

Yine Mesleki Eğitim Kanunu, İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Borçlar Kanunu, Sendikalar Kanunu'nda da çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

Çocuk işçiliğinin önlenmesi konusunda bir takım eksikliklerin olduğu göze çarpmaktadır. Özellikle çocuk ve kadınların işgücüne yaptıkları katkının kayıt dışı olması, bu çocukların sonuç olarak görünmez kalmasına neden olmaktadır. Daha etkili yöntemler benimsenmesi, halkın daha fazla bilinçlendirilmeleri ve mevzuatın tam ve doğru olarak uygulanıp uygulanmadığının takip edilmesi gerekmektedir. Çocuk işçiliğini önlemek ancak toplumdaki bütün faktörlerin ortak ve etkin katılımıyla mümkün olabilecektir. Sorunu ortadan kaldıracak politika ve programlar için bilgi sağlamak amacıyla, kapsamlı bir ulusal çocuk işçiliği araştırması yapılmalıdır. Çocuk işçiliğini ortadan kaldırmak için toplumsal bir şekilde tüm bireylerin farkındalığını artırmak gerekmektedir.

KADIN İŞÇİLER

Mevzuatımızda ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Genel Olarak Anayasamızın 50. maddesi itibariyle, kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı gibi küçükler ve kadınların özel olarak korunacakları öngörülmüştür. Kadın işçilerden bahsedecek olursak da, mevzuatımızda kadın işçilerle ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır.

Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerde Çalıştırma Yasağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklamıştır. Bu hüküm dayanağını, kimsenin yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağını öngören Anayasa'nın 50. maddesinden almaktadır.

Kadın İşçilerin Gece çalışması, mesleki ve fizyolojik risklere ortam sağlaması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin daha fazla olması, aile başta olmak üzere işçinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileyebilmesi gibi nedenlere dayanılarak bazı kısıtlamalar yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu itibarla " Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmalarına İlişkin Yönetmelik" hazırlanmıştır.

Ağır ve tehlikeli işler, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte olduklarından, fiziksel yapı olarak erkeklere nazaran daha zayıf olan kadınların bu nitelikteki işlerde çalıştırılmaları kadın sağlığı bakımından sakıncalar doğurabilir. Dolayısıyla kadın işçilerin bir takım ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmışken, bir takım nispeten daha az tehlikeli işlerde çalıştırılmaları ise belirli koşullara bağlanmıştır. Bu husus da yine ilgili yönetmelik ile düzenlenmiştir. Nitekim İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları da esastır. Bununla birlikte kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunuyla sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hıfzıssıha Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunlarında da benzeri düzenlemeler öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanununda aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılamayacağı öngörülmüştür. Her ne kadar mevzuatımız eşitlik ilkesine dayalı olarak düzenlenmiş olsa da günümüzde hala aksi duruma sıkça rastlanmaktadır. Kadın işçilere yönelik olarak uygulanan eşitsizliğin tarihine göz atacak olursak, 8 Mart Birleşmiş Milletler tarafından 1977 yılında ilan edilmiştir ve hepimizin bildiği gibi 8 Mart Dünyada Kadınlar Günü olarak kutlanmaktadır fakat bugünün tarihi aslında kadın işçilerin başından geçen bir olaya dayanmaktadır. 8 Mart 1857 yılında ABD'nin New York kentinde kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmak yolunda verdiği savaşın ilk mücadele olarak bilinmektedir.

Konfeksiyon ve tekstil fabrikalarında çalışan 40.000 işçinin çalışma koşullarına ve düşük ücrete karşı başlattığı grev sonucunda çıkan yangında çoğu kadın 129 işçi vefat etmiştir. Daha iyi çalışma koşulları için greve giden kadın işçilerin fabrikaya kilitlenmesi, arkasından da çıkan yangında fabrika önünde kurulan barikatlardan kaçamayarak ölmeleriyle gündeme gelmiştir.

1975 yılında Dünya Kadınlar Yılı'nı ilan eden Birleşmiş Milletler Örgütü, 16 Aralık 1977 tarihinde 8 Mart'ın tüm kadınlar için Dünya Kadınlar Günü olarak kutlanmasını kararlaştırmıştır.

Günümüzde hala kadınlar çalışma hayatında birçok haksızlığa maruz kalmaktadırlar. Çeşitli atölyelerde, fabrikalarda, yöresel çalışmalarda veya diğer sektörlerde çalışırken uzun saatler boyunca çalıştırılmanın yanı sıra sigortasız ve düşük ücretle çalıştırılmaktadırlar. Tabiki bunun kaynağı da **yoksulluk ve eğitimsizliktir**. Yeterli eğitimi alamamış ve yoksul olan kadın, yaşamını idame ettirebilmek için bu şekilde kötü şartlarda çalışmayı çoğu zaman kabul etmek zorunda bırakılmaktadır. Bunun çözümü yine kısa vadede mümkün görünmese bile, uzun vadede toplumsal bilinçlenme, farkındalık, yoksulluğu giderilmesi ve adalet kavramından geçmektedir.

Göç, Yoksulluk ve Sağlık

Yrd. Doç. Dr. Serhat Nasıroğlu*

Mültecilerin, Cenevre Sözleşmesi ile yasal hakları olmasına rağmen, bu kişilerin sadece küçük bir kısmı Batı ülkelerine ulaşabilmektedir. Günümüzde mültecilerin büyük bir kısmı komşu ülkelerin sınırlarında yaşamaktadır¹ Bu süreçte yaşanan sorunların sebep olduğu birçok risk faktörüyle çocuklar başa çıkmak zorunda kalmaktadır². Özellikle mülteci kampında yaşayan kişilerde; yaralanma, yaşadıkları anavatanından ayrılma, işkence görme, aile üyelerinin öldürülmesi, sosyal desteğin yetersiz olması, yaş, cinsiyet ve ya ailenin göç ettiği ülkenin özellikleri ve demografik faktörler gibi birçok farklı değişkenin ruhsal bozuklukların oluşmasına etki ettiği belirtilmektedir³

Tüm yaşadıkları zorluklara ek olarak mülteciler, onları misafir eden ülkelere yerleştiklerinde yeni inanç sistemlerine, değerlerine ve daha farklı zorlayıcı durumlara uyum sağlamak zorundadırlar.⁴ Yeni aile rolleri ve süreçleri ise, yeniden yerleşimi zorlaştırmaktadır.⁵ Mülteci çocuklar yeni ve eski kültür arasında gidip gelmektedir. Bu yeni dönemde dört süreç gelişmektedir: iletişim, çatışma, kriz ve adaptasyon.⁶ Yeni yerleşim yerinde uyum sağlamada ise, ideolojik bağlılık veya gelinen kültürden bilinen bağlantılar ve tanıdıklar yardımcı rol üstlenmektedir.

Mülteci Çocuklarda Ruhsal Bozuklar Açısından Risk Faktörleri:

Şiddete maruz kalma: Toplumsal travma ve ruhsal sorunların ilişkisi, savaşa maruz kalan mülteci çocuklar ve yetişkinlerde gösterilmiştir.⁷ Bireyin travmatik olaylar sırasında doğrudan yaşadığı korku seviyesi ise, artan ruhsal sorunlarla ilişkili bulunmuştur.⁸

Eğitim: Eğitimin tek başına çok önemli bir koruyucu faktör olduğu bilinmektedir. Bu anlamda yapılan bir çalışmada; 8 – 9 yaşından sonra takip edilen ruh sağlığında düzelme sağlanan mültecilerin, eğitime başlama süreçleri devam eden kişilere göre daha iyi durumda oldukları belirtilmiştir.⁹

Ailesel Faktörler: Aile içerisindeki uyum ve bağlılığın, küçük yaştaki çocukları duygusal ve travmatik belirtilerin kronikleşmesinden koruduğu bilinmektedir.¹⁰ Bazen ailenin işkenceye uğramış olması ya da kayıp birinin varlığı, çocukların kendi yaşadıkları olumsuzluklardan daha fazla etkileyebilmektedir.¹¹ Çocukken ebeveynlerinden birini kaybeden yetişkinlerde daha büyük bir hassasiyet olduğu ve bu hassasiyetin en önemli göstergesinin, kaybı

* Sakarya Üniversitesi

yaşadıktan sonra çocuğun aldığı bakımın niteliği olduğunu belirtilmiştir.¹² Yapılan bir çalışmada, yer değiştirdikten sonra ebeveynleri boşanan çocukların, ebeveynleri boşanmayan çocuklardan daha fazla ruhsal sorun yaşadığı belirtilmiştir.¹³

Sosyal Destek: Mülteciler açısından yeniden yerleşim döneminde ortaya çıkan stres etkenlerinin, bu popülasyon içerisindeki ruhsal sorunları arttırdığını biliyoruz. Yeni yere yerleştikten sonraki on yıllar boyunca mültecilerde meydana gelen ruhsal sorunları tespiti yönelik araştırmalar, yeni ortamda yaşanan süreçten kaynaklanan farklı düzeylerdeki risklere dikkat çekmektedir. Bu araştırmalardan yola çıkarak, yerleşilen yeni ortamın mültecilerin ruhsal sağlığı açısından oldukça önemli olduğu sonucuna varabiliriz.¹⁴

Yeniden Yerleşim: Mülteciler açısından yaşanan kötü yaşam olayları sonucunda nasıl bir yerde yerleşim alanı kurdukları önem taşımaktadır. Ruh sağlığı açısından yeniden yerleşimde kişinin kökeni ve ideolojik sorumluluklarına olan bağlılığı koruyucu bir rol üstlenebilir ¹⁵

BATMAN MÜLTECI ÇALIŞMASI

Beş yıl içinde Türkiye'ye gelen mülteci sayısında azalma olmadığı gibi, hem savaşın devam etmesi nedeniyle yeni gelenler hem de daha önce gelen nüfusun doğumlarla çoğalması sosyo-politik çözümler kadar, çocuk ve gençler başta olmak üzere tüm mültecilerin ve gelecek nesillerin Ruh sağlığı (mental health) açısından sorunlarını ve alınması gereken tedbirleri daha da önemli hale getirmiştir. Mülteci çocuk ve ergenler için bir ruh sağlığı (mental health) politikası oluşturulabilmesi için temel verileri oluşturabilmek amacı ile planlanan çalışmanın bazı sonuçları aşağıda paylaşılmıştır.

Çalışma Türkiye'nin Batman iline yaklaşık 25 km mesafede bulunan Beşiri ilçesinin İki Köprü Belediyesinin sınırları içerisinde yer alan ve 922 kişinin yaşadığı mülteci kampında yapılmıştır. Kamptaki mültecilerin 212 si kadın, 219 u erkekti. Kampta 136 çocuk ve ergen (76 erkek, 63 kız) yaşamaktaydı. Kamp 4 ve 8 kişilik 196 çadırdan oluşmaktaydı. Çalışma esnasında iki çocuk psikiyatri uzmanı olarak 2 hafta süre ile kampa yakın bir yerde konaklayarak tüm çadırlara tek tek girilerek 6 - 18 yaş aralığında o sırada kampta bulunan tüm çocuk ve ergenler çalışmaya alınmıştır. Görüşmeyi yapan çocuk psikiyatri hekimleri Ezidi halkının anadilini bildiklerinden dolayı tüm görüşmeler mültecilerin anadili ile yapılmıştır. Bu nedenle çalışmamızda dil bariyeri ile sıkıntılar yaşanmamıştır. Kamp bir dere kenarına kurulmuş olup, kanalizasyon bu dereye dökülmektedir. Kampta bulunan mülteciler çalışma sırasında, yaklaşık 9 aydır kaldıkları kampta henüz yasal bir statüye sahip değildir ve uluslararası hukuksal statü almak amacıyla ilgili kurumlara başvurmadıkları saptanmıştır. Yaz aylarında gerçekleşen çalışma sırasında aşırı sıcaklardan çadır kamp koşullarının olumsuz etkilendiği gözlenmiştir. Yemekler başlangıçta dışardan getirilmiş, ancak çalışmanın yapıldığı zaman çoğunlukla kamp sakinlerinin kendi yemeklerini yaptıkları öğrenilmiştir. Bu nedenlerle kamp koşulları özellikle çocuk ve yaşlılar için fiziksel sağlık açısından riskler taşımaktadır. Kamp kendi seçtikleri üç kişiden oluşan bir kurul tarafından yönetilmekte olup, kamp yöneticileri henüz BM örgütünden kampa ziyaret gerçekleştirmediğini belirtmişlerdir. Mültecilerin ruh sağlıklarına ilişkin farklı veriler, ev sahibi ülkede bulundukları koşulların bu

süreçte etkin olduğunu göstermektedir. Suriye savaşı sonrası göç etmek zorunda kalan kişi sayısı ve göç ettikleri yerlerdeki yaşam koşulları düşünüldüğü zaman çalışmanın yapıldığı kamptaki yaşam koşulları, komşu başka ülkelerdeki kamplar da dikkate alındığı zaman birçok başka kamp ve kamp dışında yaşamak zorunda olanların koşullarına göre göreceli olarak orta düzeyde değerlendirilebilir.

Çalışmada bedensel sağlık verileri bakılmamış, 18 yaş altı nüfusun psikiyatrik değerlendirilmesine odaklanılmıştır. Saptanan belirgin psikiyatrik sorunlar Tablo1 de gösterilmiştir.

Tablo 1. Tanı tablosu

TSSB	59 (%43,4)
Depresyon	38 (%27,9)
Enürezis Noktürna	14 (%10,3)
Anksiyete	13 (%9,6)
Davranım Bozukluğu	7 (%5,1)
Uyku Sorunlar	6 (%4,4)

Savaşın bitmesine ve geri dönemeye olan inanç kaybının yaşla birlikte artmakta olduğu saptanmıştır. Bu artış yaş büyüdükçe gelişen kognitif yetiler nedeniyle olayların daha gerçekçi algılanması ve yaşananların değerlendirilmesi ile açıklanabilir. Ayrıca psikiyatrik her hangi bir tanı alan çocuk ve gençlerin kampta bulunmaktan hoşnut olmama ve geleceğe ilişkin umutsuzluk oranları, diğerlerinden anlamlı derecede yüksek bulunmuştur. Psikiyatrik tanı alanların aynı zamanda anlamlı düzeyde fazla savaş ve göç travması (yakın kaybı, yakınlarının savaş bölgesinde kalmış olması, direkt savaşla ilişkili ölüm, yaralanma gibi olaylara maruz kalma) yaşadıkları saptanmıştır.

Aynı zamanda ebeveynlerin psikiyatrik hastalık tanısı olması, çalışma grubunda depresyon tanısı koyma üzerinde anlamlı derecede etkili bulunmuştur. Çocuklarda, savaş ve göç nedeni ile yaşanan travmalardan her çocuk etkilenmekle birlikte, ailesi ile birlikte olma ve ailenin travmalar karşısındaki tutumu, desteği koruyucu faktörlerdendir. Ebeveynlerde psikiyatrik hastalık olması ve çocuğa yeterince destek olamaması, çocukların endişesini, güven kaybını ve geleceğe ilişkin beklentilerini olumsuz etkilemekte ve depresyon oluşumuna katkıda bulunmaktadır.^{11, 13, 14}

Kampta bulunan Ezidi mültecilerin ayrı bir yaşam sürdürmeyi, bölge halkıyla iletişime geçmemeyi tercih ettikleri gözlenmiştir. Bu tutumun kökeninde kampın şehir merkezine uzak olmasının yanı sıra, Ezidi inanç ve kültürünün başka toplumlarla ilişki kurmaya dair kuralları ile de ilişkili olduğu düşünüldü. Bu süreçte bölge halkı ile çocukların iletişime geçtiği en önemli alan eğitimdi. Kampta, sivil toplum örgütlerinin katkılarıyla, gönüllü öğretmenler

tarafından anaokulu, ilkokul ve ortaokul düzeyinde 6 çadırdaki dersler verilmekteydi. Çocuk hakları konseyi hükümetlere ilkokul seviyesinde ücretsiz ve zorunlu eğitimi mecbur kılmakta, orta ve yüksek eğitim için tüm olanakların kullanılması ve şartların buraya harcanması gerektiğini bildirmektedir. Acil durumlarda bu amaçların karşılanması zor olsa da bu hedefler ve gereklilikler göz ardı edilmemelidir. Savaş ve çatışma yüzünden yerlerinden edilen kişiler eğitime çok önem vermekte, hatta eğitimi çocukların ve toplumun geleceği kadar önemli görmektedirler.¹⁶ Çocukların acil durumlarda güvenlik sebebi veya eğitimsel sistemlerin yok olması ya da kötü eğitim şartları yüzünden okula devam etmesi çok zorlaşmaktadır.

Zorunlu göç uluslararası toplumun en hızlı artan zorluklarından ve sorunlarından biridir. Doğal afetlerin yanı sıra, hükümetlerin çalkantılı süreçlerinin ve yok edici silahlı güçlerin milyonlarca insanı daha iyi ve onurlu bir yaşam için yollara döktüğü bir dönemdeyiz. Ölümden güvenliğe geçiş sadece ilk adımı temsil eder, sonrasında yeniden saygı kazanma, iş, arkadaş ve eş sahibi olmak insanların temel ihtiyaçlarıdır. Sonuç olarak, savaş ve mülteci olmak gibi çoklu travma yaşayan çocuklarda, başta PTSD olmak üzere psikiyatrik sorunların görülme oranları genel toplumda görülme oranlarından çok yüksektir. Geldikleri yeni ülkede aileleri ile olmaları, uygun yaşam koşullarının sağlanması, eğitime devam edebilmeleri ve yeni toplumla ilişki kurabilmelerinin sağlanması kadar, psikiyatrik açıdan değerlendirilmeleri, düzenli tedavi ve desteğe ulaşımının sağlanması, hem mültecilerin hem de yerleştikleri toplumların toplumsal ve psikiyatrik açıdan sağlıklı gelişimleri için şarttır.

Kaynaklar:

1. Crisp J. *A New Asylum Paradigm?: Globalization, Migration and the Uncertain Future of the International Refugee Regime*: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); 2003.
2. Garnezy NE, Rutter ME. Stress, coping, and development in children. Paper presented at: Seminar on Stress and Coping in Children, 1979, Ctr for Advanced Study in the Behavioral Sciences, Stanford, CA, US1983.
3. Bronstein I, Montgomery P. Psychological distress in refugee children: a systematic review. *Clinical child and family psychology review*. 2011;14(1):44-56.
4. Fazel M, Stein A. The mental health of refugee children. *Archives of disease in childhood*. 2002;87(5):366-370.
5. Papadopoulos RK. Refugee families: issues of systemic supervision. *Journal of family Therapy*. 2001;23(4):405-422.
6. Foner N. The immigrant family: Cultural legacies and cultural changes. *International migration review*. 1997:961-974.
7. Smith P, Perrin S, Yule W, Hacam B, Stuvland R. War exposure among children from Bosnia-Herzegovina: psychological adjustment in a community sample. *Journal of traumatic stress*. 2002;15(2):147-156.

8. Almqvist K, Brandell-Forsberg M. Refugee children in Sweden: Post-traumatic stress disorder in Iranian preschool children exposed to organized violence. *Child abuse & neglect*. 1997;21(4):351-366.
9. Montgomery E. Trauma and resilience in young refugees: A 9-year follow-up study. *Development and psychopathology*. 2010;22(02):477-489.
10. Laor N, Wolmer L, Mayes LC, et al. Israeli preschoolers under Scud missile attacks: A developmental perspective on risk-modifying factors. *Archives of General Psychiatry*. 1996;53(5):416-423.
11. Daud A, af Klinteberg B, Rydelius P-A. Resilience and vulnerability among refugee children of traumatized and non-traumatized parents. *Child and Adolescent Psychiatry and Mental Health*. 2008;2(1):7.
12. Rutter M. Psychosocial resilience and protective mechanisms. *American journal of orthopsychiatry*. 1987;57(3):316.
13. Hjern A, Angel B, Jeppson O. Political violence, family stress and mental health of refugee children in exile. *Scandinavian Journal of Public Health*. 1998;26(1):18-25.
14. Steel Z, Silove D, Phan T, Bauman A. Long-term effect of psychological trauma on the mental health of Vietnamese refugees resettled in Australia: a population-based study. *The Lancet*. 2002;360(9339):1056-1062.
15. Lustig SL, Kia-Keating M, Knight WG, et al. Review of child and adolescent refugee mental health. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*. 2004;43(1):24-36.
16. Sinclair M. Education in emergencies. *Learning for a future: Refugee education in developing countries*. 2001:1-84.

Yoksulluğun Giderilmesinde Kamu Hizmetinin “Eşitlik İlkesi” Gereğince İdarenin Rolü

Arş. Gör. Eren Solmaz*

GİRİŞ

Kamu hizmeti, idareye kanunla görev olarak verilen bir faaliyetin yürütülmesi gerekliliğidir. İdare kamu yararı amacına yönelik, toplumun ortak ve genel ihtiyacı olan bir takım faaliyeti "kamu hizmeti" olarak kendisi veya denetimindeki özel hukuk kişileri eliyle yerine getirmektedir. İdare kamu hizmetini sunarken kamu hukuku rejimine tabi olmakla birlikte bazı temel ilkelere de riayet etmek zorundadır. Kamu hizmetine egemen olan eşitlik, süreklilik, uyarılma ve meccanilik gibi temel ilkeler bulunmaktadır. Dolayısıyla bir faaliyet kamu hizmeti niteliği taşıyor ise o faaliyetin bu ilkeler çerçevesinde yürütülmesi zorunludur.

Kamu hizmetine egemen olan ilkeler içerisinde belki de en önemi haiz olanı "eşitlik" ilkesidir. Nitekim bu ilkenin özünde Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen "kanun önünde eşitlik" prensibi yatmaktadır. İdare tüm faaliyetlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, kamu hizmeti karşısında herkesin eşit haklara sahip olması gereklidir. Bir başka deyişle, Kamu hizmetinden yararlanacak olan aynı hukuki statü içerisindeki kişilerin eşit bir şekilde kamu hizmetine ulaşma hakkına sahip olması beklenir. Aynı zamanda İdare de yürütmekle görevli olduğu bir kamu hizmetini aynı hukuki statüye sahip kişilere eşit bir şekilde sunmakla mükelleftir.

Kamu hizmeti ve eşitlik ilkesinin ortaya koyduğu zorunluluk gereği idare, toplum içerisindeki farklı ekonomik düzeyde olan kişi veya bölgelere yönelik yürüttüğü faaliyetleri, yararlananlar bakımından aynı tatmin duygusunu sağlayacak şekilde yerine getirmelidir. Aksi takdirde, ekonomik olarak yoksul olan veya dezavantajlı konumda bulunan kişilerin kamu hizmetine erişmesi güçleşebilir. Ayrıca "sosyal devlet ilkesi" gereğince yoksulluğun giderilmesinde İdare'nin birçok sorumluluğunun olduğunu söylemek gerekir. Özellikle "eğitim" ve "sağlık" alanlarında kamu hizmetleri yürütülürken yoksul olan kişiler veya bölgelerde sosyal kalkınmayı da sağlayabilmek bakımından idarenin etkili bir hizmet anlayışı sergilemesi gerekmektedir. Dolayısıyla dezavantajlı olan kişilerin erişmekte güçlük çektiği hizmetler veya sosyal faaliyetler idare tarafından kolaylaştırılarak o kişilerin erişimine sunulmalıdır.

İdarenin faaliyetlerinden olan kamu hizmeti ve "eşitlik ilkesi" bakımından yoksulluğun giderilmesi için idareye herhangi bir sorumluluk düşüp düşmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Dolayısıyla, İdare kendisine kanunla görev olarak verilen bir kamu

hizmetini yürütürken "yoksulluk" kriterini göz önünde bulundurmalı mıdır? İdare yoksullukla mücadele için bir faaliyeti görev olarak üstlenip onu kamu hizmeti olarak sunmak zorunda mıdır? Ayrıca idare uhdesinde olan bir kamu hizmetini yürütebilmesi için gerekli olan başka bir faaliyet varsa onu da kamu hizmeti olarak sunmalı veya sunulmasını sağlamalı mıdır? Hatta idare sadece yoksulluğu gidermek amacına yönelik bir faaliyeti kamu hizmeti olarak mı sunmalıdır? İdarenin yoksulluğu gidermek bakımından başka argümanları var mıdır? Bu ve buna benzer sorular kamu hizmetinin niteliği gereği gündeme getirilebilecek ve yoksulluğun giderilmesi için kamu hizmeti rejimi kapsamında değerlendirilecek hususlardır.

Bu çalışmada, hem Anayasal ilkeler bakımından hem de kamu hizmetinin eşitlik ilkesi bakımından yoksulluğun giderilmesi amacıyla idareye ne gibi sorumluluklar düştüğünü ele almaya çalışacağız. İdarenin kamu hizmetinin eşitlik ilkesi gereğince yoksulluğun giderilmesi amacına yönelik sorumluluklarının var olup olmadığını varsa bunların neler olduğunu ve hangi hukuki rejime tabi olduklarını değerlendirmeye çalışacağız.

Genel Olarak

Yoksulluk, geçmişten beri, içeriği ve kapsamı sürekli olarak dönüşüp ve genişleyen, günümüzde ise varlığı tüm dünyada ağır sonuçları ile hissedilmekte olan küresel bir probleme dönüşmüştür. Birçok devlet tarih boyunca yoksulluğun giderilmesine yönelik önlemler almaya ve yoksulluğun etkisini azaltmaya çalışmıştır. Günümüzde ise devletler ile birlikte bizatihi uluslararası ve uluslar üstü kuruluşlar da yoksulluğun giderilmesi için faaliyetler yürütmektedirler. Keza özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri de bu amaçla faaliyetler yürütmektedirler. Ülkemizde de yukarıda saydığımız tüm aktörler tarafından yoksulluğun giderilmesi amacıyla yürütülen faaliyetler bulunmaktadır. Ancak amacımız, yoksulluğun giderilmesi için yürütülen faaliyetlerin kapsamını ve sonuçlarını değerlendirmekten ziyade, bu faaliyetleri idare hukuku bakımından nitelendirilmek suretiyle “kamu hizmeti” rejimi içerisinde değerlendirmeye çalışmak olacaktır.

Osmanlı döneminde toplumun ortak ve genel ihtiyaçları, büyük ölçüde, vakıflar tarafından yürütülen faaliyetlerle karşılanmıştır. Devlet ise vakıflar tarafından yürütülen bu faaliyetlere mali destek sağlamış ayrıca bu faaliyetleri özendirmiş ve desteklemiştir. Cumhuriyet döneminde ise özellikle ekonomik niteliği ağır basan birçok faaliyet ile birlikte toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik faaliyetler idare veya onun denetimi altında kamu hizmeti olarak sunulmuştur.

Osmanlı’da, muhtaçlara aylık bağlanması, eğitim çağındaki öksüz ve yetim öğrencilerin giydirilmesi, dul ve yetim kızların evlendirilmesi, eramilhanede kimsesiz şehit eşlerinin çocuklarıyla birlikte barındırılması gibi sosyal faaliyetler vakıflar eliyle yürütülmüştür¹. Ancak Osmanlı’nın son dönemlerinde değişen anlayışıyla birlikte vakıflar tarafından yürütülen bu faaliyetler devletin sosyal hizmetler alanına girmesiyle birlikte idare tarafından yürütülmeye başlamıştır. Aslında bu dönüşüm, sosyal yardım ve hizmetlerin, kamu hizmeti şemsiyesi altında sunulmaya başladığını gösteren ilk hukuki düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır. Örneğin, 1868 tarihli *Dersaâdet İdare-i Belediyye Nizamnamesi* ile devlet sosyal hizmet alanında görülmeye başlamıştır. Şöyle ki, Nizamnamede belediyenin genel

¹ Öztürk, *Azınlık Vakıfları*, s. 28-29.

görevlerinin yer aldığı birinci faslında; “... Kör ve dilsiz ve yetim ve öksüz çocukların terbiyesi, fakir ve ihtiyaç sahiplerine (muhtacin) bakan hastanelerin düzenlenmesi ve çalışmayacak durumda olan ihtiyaç sahiplerinin (erbâb-ı ihtiyâcın) geçindirilmesi (iâşesi) açısından zamanla hastane, gurebâhâne ve sanayi mektepleri açılması bu şekilde ihtiyaç sahiplerini dilenme mecburiyetinden kurtarılması...”² şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Nitekim idare bu düzenleme ile yoksulluğun giderilmesine yönelik bir faaliyeti görev olarak üstlenmiş sayılmaktadır.

Bir başka hukuki düzenleme ise 1895 tarihli *Darülaceze Nizamnameyi Dâhilîsî*’dir. Bu Nizamname ile devlet sosyal hizmet alanında daha mühim uygulamalar getirmiştir. Buna göre devlet, muhtaç durumda olanlara yardım etmekten öteye giderek onların iş gücünden yararlanmak suretiyle bir istihdam yolu açmıştır. Örneğin Nizamnamenin; 5. maddesinde, “*Darülaceze’ye alınacak acezenin sıfat-ı matlûbeyi haiz olanlarından ve elinden iş gelenlerinden münasibleri muvazzafan hademelik ve çamaşırcılık gibi hizmetlerde istihdam edilecektir*”; 19. maddesinde, “*Darülaceze’de zükür ve inas için ayrı ayrı daire ve koğuşlar ve sanayihaneler tahsis olunacak ve acezeden bilcümle işe ve güce muktedir olanları sanayihanelerde münasib sanatlarla işgal olacaklardır*”; 20. maddesinde, “*Darülaceze’de terzilik, kunduracılık, marangozluk ve nessacılık misillü en ziyade işe yarayan ve her vakit lazım olan sanatlar işlettirilecektir...*”³ şeklinde hüküm yer almaktadır. Nihayetinde idare, sadece yoksul veya muhtaçların ihtiyaçlarını karşılamakla kalmamış onlara istihdam sağlayarak yoksulluğun giderilmesine ayrıca katkı sağlamıştır.

Yukarıda geçmişten iki düzenleme örnek göstererek kısaca aktarmaya çalıştığımız anlayış, günümüzde ise çok daha ileri boyutlara ulaşmıştır. Ülkemizde yoksulluğun giderilmesine katkı sağlayacak birçok hukuki düzenleme ve müesseseden söz etmek mümkündür. Örneğin, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu⁴

² Osman Nuri ERGİN, *Mecelle-i Umûr-i Belediye*, (İstanbul: İBB, K.İ.D.B., 1995) C:4, s. 1617.

³ ERGİN, *Mecelle-i Umûr-i Belediye*, C. 6, s.3508-3510.

⁴ 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu kurulmuştur. Ayrıca Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, hem yurt genelinde gerçekleştirdiği yardım faaliyetleri ile sosyal güvencesi olmayan yoksul, kimsesiz, muhtaç ve düşük vatandaşların ve hem de istihdam odaklı mesleki eğitim ve proje destekleri ile işsiz, eğitimsiz vatandaşların devletin sosyal sorumluluklara ilişkin sosyal sorumluluklarını üstlenmektedir. Sosyal Riski Azaltma Projesi ise, Türkiye’de düzenli bir nakit sosyal yardım sisteminin yerleştirilmesi hedeflenmektedir. Fonun gelirleri, bütçeden ayrılacak kaynakların yanı sıra gelir ve kurumlar vergisi, trafik cezaları ve RTÜK reklam gelirlerinden sağlanan kesintilerden oluşmaktadır. Fondan eğitim ve çeşitli projeler için aktarım yapıldığı gibi kırsal alanı geliştirmeye yönelik çalışmalar için de destekte bulunmaktadır. SYDTE, ayrıca, 2001 yılında yürürlüğe giren ve yaşanan ekonomik krizin yoksul aileler üzerindeki etkilerini azaltarak bundan sonraki olası durumlarda benzer risklere karşı mücadele etme kapasitelerini artırmayı hedefleyen Sosyal Riski Azaltma Projesi’nin de uygulayıcı kuruluşudur.

uyarınca aile yardımı⁵, eğitim yardımları⁶, sağlık yardımları⁷, özel amaçlı yardımlar⁸ yapılmaktadır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere sosyal hizmetler götürülmektedir⁹. 5293 sayılı Belediye Kanunu’na göre, büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000’i geçen belediyelerin kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açması zorunlu olmuştur. Ayrıca engellilere yönelik olarak da hizmetler sunulmaktadır. Yardıma muhtaç olan engellilerin barınması için bakım ve rehabilitasyon merkezleri açmak; danışma ve rehberlik merkezleri açmak; ücretsiz muayene ve ilaç yardımı yapmak; ayni ve nakdi yardımlar sağlamak; belediye otobüslerinden ücretsiz veya indirimli yararlanmalarını sağlamak gibi hizmetler gerçekleştirilmektedir. Ayrıca 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca işsizlik sigortası fonu kurulmuş ve işsizliği gidermek amacıyla bu fondan işverenlere prim yardımı sağlanmaktadır. Keza 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda, istihdam ve mesleki eğitim ihtiyacını karşılamaya yönelik teşvik uygulamaları düzenlenmiştir. Bununla birlikte, TOKİ de alt ve orta gelir gruplarında yer alan kişilerin konut edinmeleri amacıyla projeler üretmekte ve onlara finansman desteğinde bulunmaktadır.

Esasen yoksulluğun giderilmesine yönelik hukuki düzenlemelerden yola çıkarak bir yöntem belirlemek isabetli olmayabilir. Çünkü söz konusu ihtiyaçlar ve onların karşılanmasına yönelik tedbirler sürekli değişim içerisindedir. Dolayısıyla hukuki düzenlemeler ile idareye görev olarak verilen faaliyetlerden yola çıkarak, idarenin yoksulluğun giderilmesindeki sorumluluk alanını belirlemek yanıltıcı olabilir. Bu yüzden bir

⁵ Aile yardımları arasında, barınma, gıda, yakacak yardımları bulunmaktadır. Barınma yardımları, oturulmayacak kadar eski, bakımsız ve sağlıksız evlerde yaşayan muhtaç vatandaşlara evlerinin bakımı için ayni ve nakdi yardımlar şeklinde ifade edilmektedir. Gıda yardımları kapsamında ise, ekonomik ve sosyal yoksunluk içinde bulunan vatandaşların temel ihtiyaçlarının karşılanması için üçer aylık periyotlarla yılda 4 defa Fon’dan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıf’larına kaynak aktarılmaktadır. Aile yardımlarından bir diğeri ise, yakacak yardımlarıdır. İhtiyaç sahibi ailelere bedelsiz kömür yardımını içeren yakacak yardımları 2003 yılından itibaren TKİ tarafından ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmaktadır. <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardim-programlarimiz/aile-yardimlari>

⁶ Eğitim meteryali yardımı, Şartlı Eğitim Yardımı, Aylık nakdi ödeme, Öğle yemeği yardımı, Ücretsiz kitap yardımı, Öğrenci barınma, taşıma, iase yardımı, Engelli öğrencilerin okullarına ücretsiz taşınması, Yükseköğrenim bursları, <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardim-programlarimiz/egitim-yardimlari>

⁷ İlaç ve tedavi destekleri, Şartlı yardımlar, Doğum yardımları, <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardim-programlarimiz/saglik-yardimlari>

⁸ Eşi vefat etmiş kadınlara yönelik düzenli nakdi yardım programı, Muhtaç asker ailelerine yönelik düzenli nakdi yardım programı, Engelli ihtiyaç yardımları, <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardim-programlarimiz/esi-vefat-etmis-kadinlara-yonelik-duzenli-nakdi-yardim-programi>

⁹ 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nun 1. maddesinde, bu Yasanın amacının; korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemek olduğu düzenlenmiş; 2. maddesinde "Sosyal Hizmetler"; kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözülmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü olarak tanımlanmış olup; 9. maddesinin (d) bendinde, **yoksulluk içinde olup da temel ihtiyaçlarını karşılayamayan ve yaşamlarını en düşük düzeyde dahi sürdürmekte güçlükle çeken kişi ve ailelere kaynakların yeterliliği ölçüsünde ayni ve nakdi yardımlarda bulunmak amacıyla gerekli hizmet ve programları geliştirmek ve uygulamak kurumun görevleri arasında sayılmış;** 26. maddesinde, korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç aile, özürlü, yaşlı ve diğer kişilerin tespiti, incelenmesi ve bunların sosyal hizmetlerden yararlandırılmasına ilişkin esasların bir yönetmelikle düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

hukuki rejime ihtiyaç duyulmaktadır. “Yoksulluğun giderilmesi” hususunun, idarenin faaliyetleri bakımından bir hukuki rejime tabi olması gerekir. Bu da kamu hizmeti rejimi içerisinde değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır. Nitekim “Yoksulluğun giderilmesi”ne ilişkin faaliyetlerin bir kamu hizmeti olduğunun kabulü gerekir.

Kamu hizmeti ve yoksulluk ilişkisi birçok disiplin tarafından farklı açılardan ele alınmayı gerektiren bir husustur. Özellikle hukuk, sosyoloji, ekonomi, felsefe gibi alanlarda farklı boyutlarıyla gündeme gelmektedir. Örneğin, Nobel ödüllü iktisatçı Amartya Sen; *...yoksulluğun gelir düzeyiyle sınırlı tanımlarını reddediyor ve yoksulluğa “yapabilirlik” kavramı yardımıyla yaklaşıyor. Bu bağlamda “yapabilirlikten yoksunluk”, yoksulluğun tanımı olarak ortaya çıkıyor. Dolayısıyla yapabilirlik yaklaşımı, yoksullukla sosyal hizmetler arasında ilişkiye yeni bir boyut getiriyor. Bunun nedeni ise eşit hakların eşit yapabilirlik anlamına gelmediğidir*¹⁰. Diğer taraftan Leon Duguit, sosyal dayanışmanın sosyal bağımlılığı zorunlu kıldığını ve insanların sahip oldukları farklı gereksinim ve yeteneklerin toplumun oluşumu ve gelişiminde önemli rol oynadığına vurgu yapmaktadır¹¹. Duguit’ye göre; *sosyal dayanışma hizmet müdahalesi ile gerçekleşir; herkes, durumuna ve kabiliyetine göre, hizmet arz etmelidir. Sosyal hayat için sürekli gerçekleşmesi gerekli olan bu faaliyetlerdir ki kamu hizmetlerinin konusunu teşkil ederler. Böylece idare edenlerin vazifeleri kamu hizmetlerinin işlemlerini sürekli olarak sağlamak borcu ile özetlenebilir*¹².

Ayrıca hukuk alanında bu hususta hem doktrin hem de yargı kararlarında teorik zemine ışık tutacak açıklamalar yerleşmiştir. Dolayısıyla toplum düzeninin ve devletin varlığının sürdürülebilmesinin en önemli ögesi, kamu hizmetlerinin tatminkâr bir şekilde yürütülmesidir. Bu yüzden “yoksulluğun” kamu hizmeti başlığı altında değerlendirilmesi ihtiyacı vardır. Çünkü hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri idareye toplumun ortak ihtiyaçlarını eşit ve adil bir şekilde karşılanması görevini yüklemiştir.

“Sosyal Devlet” İlkesi Gereğince Yoksulluğun Giderilmesinde İdarenin Rolü

Anayasa’nın 2.maddesinde¹³ Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Anayasa’nın 5. maddesinde ise devletin temel görevleri sayılırken, *kişinin*

¹⁰ Yapabilirlik, açlık, sağlıksızlık, cahillik, kötü barınma koşulları gibi, her insanın mutlaka kaçınmak isteyeceği durumlardan kaçınabilme yetisi olarak tanımlanıyor.

¹¹ Ayrıca bkz., “Duguit’ye göre, insanların sahip olduğu gereksinim ve yeteneklerin çeşitliliği, uygarlığın gelişimine bağlı olarak, giderek artan bir yoğunlukta kendini hissettirmiştir. Bu anlamda, uygarlık kendi kendini oluşturmuş ve bu oluşum süreci içinde insanlar, birbirlerine olan bağımlılığın gerekliliğini daha açık bir biçimde algılamışlar, topluma sunulan hizmetlerin değişimi sayesinde, farklı bireysel gereksinimlerin karşılanacağını anlamışlardır. Böylece sosyal dayanışmanın gelişiminde, bireysel yeteneklerin giderek farklılaşması, daha belirleyici olmuş, hizmetlerin değişimi daha sık tekrarlanmış ve üretkenlik daha çok artmıştır.” Bahir Güneş TÜRKÖZER, **Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk, Leon Duguit Sistematiği**, Ankara, Mars yayınevi, 1996, s.131.

¹² “...İdare edenler, herkes gibi birer ferttir, iradeleri esasında hiçbir üstünlük taşımaz, mutlak bir hükümdarın iradesinde en gönülsüz bir köylünün iradesinden daha fazla bir değer ve kuvvet yoktur; köylü topluluğa el emeğini sunmağa borçludur, mutlak hükümdar da elinde tuttuğu kuvveti, genel menfaatin gerektirdiği bütün faaliyetlerin hiç duraklamadan yerine getirilmesi için kullanmaya borçludur. Bu faaliyetler o mahiyettedir ki, vелеv kısa bir zaman içinde olsa bile, aksaması topluluk düzenliğinin bozulmasına ve belki de yok olmasına yol açar...” Leon DUGUIT, **Kamu Hukuku Dersleri**, çeviren: Süheyl DERBİL, Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1954, s. 75.

¹³ Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin sosyal hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı; 62. maddesinde ise, Devletin, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri

temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışması ifade edilmiştir. 5. maddenin gerekçesinde de ferдин hayat mücadelesini kolaylaştırmak ve ferдин insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasının gerçekleştirmek sosyal devlet ilkesi gereği devlete görev olarak verilmiştir¹⁴. Nitekim sosyal hukuk devleti gelir dağılımının düzenlenmesi, yoksulluğun ortadan kaldırılması ve vatandaşların sosyal güvenceye kavuşturulması gibi hususları güvence altına almakla yükümlüdür¹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin 26 Ekim 1988 tarih ve 1988/33 sayılı kararına göre sosyal hukuk devleti, *güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet* demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir. Anayasa'nın, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca *toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgarî yaşam düzeyi sağlanması*, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir¹⁶.

Sosyal devlet ilkesi, yurttaşların sosyal durumlarıyla ve refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı ödev bilen¹⁷, kişiler arasında sosyal ya da ekonomik durum ve faaliyetlerden doğan ayrıcalıkların ortadan kaldırılması çabasında¹⁸ olan devleti ifade etmektedir. Dolayısıyla sosyal devlet ilkesi aynı hukuki statüye sahip ancak farklı sosyal ya da ekonomik düzeyde olan kişilerin tamamı için eşit bir sonuç doğuracak edimler sunmak amacıyla bireylerin sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak, kimilerine tanınan imtiyazları ayrımcılık yasağı dışına itmektedir.

alacağı, yaşlıların, Devletçe korunarak, yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer hakların ve kolaylıkların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

¹⁴ **Any. 5. Madde Gerekçesi:** ...Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferдин hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferдин insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışıdır. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferдин hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferдин hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.

¹⁵ D8D, E. 1988/426, K. 1989/1009, T. 11.12.1989, KBB.

¹⁶ “İnsanın doğuştan sahip bulunduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir. Anayasa'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer alan konuyla ilgili sağlık, çevre, konut hakları, devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal devlet niteliğinin içeriğini oluşturan haklardandır. Bu konularda devletin görevli kıldığı tartışmasızdır. Temel haklar ve ödevler konusunda gözetici ve koruyucu olan devletin, sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini Anayasa'nın 65. maddesinin belirlediği gibi malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır.” AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.04.1988, RG, 23.08.1988/19908.

¹⁷ İsmet GİRİTLİ/Jale SARMAŞIK, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 113.

¹⁸ Ayferi GÖZE, **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul, İÜHFY, 1976, s. 126-127.

“Eşitlik” İlkesi Gereğince Yoksulluğun Giderilmesinde İdarenin Rolü

Anayasa’nın 10. maddesinin 3. fıkrasında *çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife malullerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için öngörülen özel koruma tedbirleri* eşitlik ilkesine aykırı sayılmamaktadır. Anayasa’nın 50. maddesinde ise *küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhu yetersizliği olanlara çalışma hayatında kolaylıklar sağlanması* eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Keza Anayasa’nın 61. maddesinde sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenlere yönelik uygulanacak tedbirler de eşitlik ilkesinin bir sonucudur.

Anayasa Mahkemesi; *Anayasanın 10. maddesine göre devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır*, diyerek ilkenin önemine vurgu yapmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Dolayısıyla belli kesimlere sosyal haklarda öncelik tanımak ayrıcalık anlamına gelmez.

Danıştay kararlarıyla da bu hususa ilişkin içtihatlar gelişmiştir. Örneğin, amatör sporculara ilişkin yaş sınırlandırılması getirilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta Danıştay; *İdare Türk Gençliğinin beden ve ruh sağlığını geliştirmek amacıyla Türkiye’de mevcut tüm spor faaliyetlerinin sevk ve idare görevini üstlendiğine göre bu görevini yerine getirebilmek için yine görevin gereği olarak tüm sporcular için bazı haklar tanıyabileceği gibi bu haklardan faydalanabilmek için bazı sınırlamalarda getirebilir. Ancak hizmeti düzenlerken özellikle tüm amatör sporcular için koyacağı sınırlamalarda çok önemli ve hukuken geçerli sebepler bulunmadıkça idarenin, spor dalları arasında ve böylelikle sporcular arasında ayırım yapmamaya ve Anayasa ile İdare Hukukunun temel ilkelerinin zedelenmemesine özen göstermesi gerekir*¹⁹.

Kamu hizmeti ülkede yaşayan herkese eşit bir şekilde sunulan edimlerdir. Dolayısıyla kamu hizmetinin eşitlik ilkesi öncelikle bir kamu hizmetinden yararlanmaya aday durumda olanların, bu hizmetten “serbestçe ve eşit olarak” faydalanabilmelerini gerektirir²⁰. Bu yüzden “eşitlik” ilkesi, bir kamu hizmetinin toplumda yaşayan dezavantajlı (yoksul, engelli, vs.) kimselere ulaştırılması için bazı ayrıcalık ve imtiyazları gerekli kılabilir. Ya da belli bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kurulup yürütülmesini gerektirebilir.

“Eşitlik” İlkesi, Bir Kamu Hizmeti Yürütülürken “Yoksulluk” Kriterinin Göz Önünde Bulundurulmasını Gerekli Kılar mı?

Kamu hizmetine egemen olan ilkeler bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girdikten sonra ortaya çıkan ilkeler değil aynı zamanda bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girmeden

¹⁹ D10D, E. 1985/1885, K. 1986/2093, T. 18.11.1986, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb>.

²⁰ Aydın GÜLAN, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, s. 38.

önce hissedilen unsurlardır. Bir faaliyete toplum tarafından ihtiyaç ve önem duyulması halinde o faaliyet süreklilik, eşitlik ve uyarılama ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösterir. Nitekim bu faaliyetler Kanun Koyucu tarafından kamu hizmeti statüsüne sokulmayı bekler²¹. Dolayısıyla kamu hizmetinin eşitlik ilkesi toplumda ihtiyaç duyulan bir faaliyetin kamu hizmeti olarak sunulmasını gerekli kılmaktadır. Eşitlik ilkesi bireylere tanınan bir hak idare için ise bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir.

Yoksulluk bir toplumun tamamını etkileyen çok boyutlu bir sorundur. Nitekim yoksulluk eğitimsizlik, bazı nitelik ve becerilerden yoksun olma, bedensel veya zihinsel engellilik, sağlıksız bir aile çevresi veya yaşam alanı gibi durumlarla yakından bağlantılıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, yoksulluğun giderilmesi için kamu hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesi kamu hizmetinin eşitlik ilkesinin tabii bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Eşitlik ilkesi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kurulmaya zorlamaktan ötede bir işleve daha sahiptir. Şöyle ki, yoksulluk kapsamında değerlendirilen kişi ve gruplar toplumun diğer katmanları karşısında dezavantajlı konumdadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, herkese eşit hakların sağlanmasının ötesinde bazı kişi veya topluluklara ayrıcalık tanımayı ve özel düzenlemeleri gerekli kılabilmektedir.

Danıştay eşitlik ilkesini şöyle yorumlamıştır; *bu madde ile amaçlanan mutlak değil hukuksal eşitliktir. “Yasa önünde eşitlik” ilkesi yasalar karşısında herkesin eşit olmasını, ayırım yapılmamasını, kimseye ayrıcalık tanınmamasını gerektirir. Durumlarındaki farklılıklar kimi kişi ve toplulukların değişik kurallara bağlı tutulmasına neden olabilir de, farklılık ve özelliklere dayanan bu tür düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz*²².

Kamu hizmetlerinde eşitlik, hizmetten yararlanma bakımından önceden belirlenmiş şartlara sahip olanlar arasında mümkün olabileceğinden, gerek kamu hizmetinin yasama organınca kurulması ve düzenlenmesi, gerek idare tarafından düzenlenmesi aşamasında önemle gözetilmesi gereken ilkedir²³. Eşitlik ilkesi kendisinden yararlananlara eşitlik olma hakkını; yani ayırım yapılmamasını isteme hakkını; sunulan hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik ortamlardan eşitlik bir biçimde yararlanmayı dolayısıyla yaşamın her alanında fırsat eşitliğini içinde saklamaktadır²⁴. Bu kapsamda ele alındığında; eşitlik ilkesi, eşitsizlik yoluyla eşitlik sağlamayı gerektirebilir. Fırsat eşitliği sağlamak amacıyla yapılan pozitif ayrımcılık esasen eşitsizlik sonucunda ulaşılmak istenen eşitliktir. İdare de faaliyetlerini yürütmek amacıyla işlem tesis ederken bu kriteri göz önünde bulundurmaktadır. Kanun koyucu idarenin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlerken bu hususu dikkate almaktadır.

²¹ “Kanaatimce, yasa koyucuya kamu hizmetleri hakkında belirleme payı bırakılmakla birlikte; niteliği gereği kamu hizmetleri de bulunmaktadır. Ancak bu nitelik faaliyetin kendisinden değil, toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önem ile ortaya çıkmaktadır. Aslında bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne girmesinden sonra ortaya çıkan eşitlik, süreklilik, değişen şartlara sürekli uyarlanması gibi ilkeler, aynı zamanda da o faaliyete kamu hizmeti olarak görülme niteliğinin tanınmasını zorlayan ve kamu hizmeti statüsü kurulmasından önce hissedilen kriterleri/unsurları olmaktadır. Sürekli, eşitlik, uyarılama ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler kamu hizmeti olarak yasa koyucu tarafından belirlenmeyi bekleyeceklerdir. Bu yüzden her ülke ve her zaman dilimi için değişmez bir liste halinde kamu hizmetleri olamayacaktır belki, ama yine de o ülkenin tarihi, sosyal ve ekonomik yapısının ortaya koyduğu bir “niteliği gereği kamu hizmetleri” listesi yine de vardır.” Aydın GÜLAN, Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, s. 105.

²² D8D, E. 2010/2, T. 27.1.2010, KBB.

²³ Züleyha KESKİN, **Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2015, s. 79.

²⁴ Rukiye AKKAYA, İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler, Terazi Hukuk Dergisi, no: 7, 2007, s.

Ayrıca idare, takdir yetkisi kullanarak bir faaliyetin yürütülmesi hakkında işlem veya eylemde bulunduğunda bu hususa riayet etmelidir.

Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, *İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır.* Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, *kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak* zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır²⁵.

Yoksulluğun Giderilmesinde “Meccanilik” İlkesinin Önemi

Kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi esasen eşitlik ilkesi ile ilgili bir husustur²⁶. Ancak günümüzde kamu hizmetinin meccaniliği ilkesi, bir hizmetin salt parasızlığı anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak alınan bedel, içinde kar amacı barındırmayan²⁷, piyasa ekonomisi anlamında bir ücret olmayan²⁸, hizmetten yararlananlardan doğrudan doğruya alınan bir vergi şeklinde kabul edilmektedir²⁹. Dolayısıyla bir kamu hizmetinden yararlanma karşılığı istenecek bedel, o hizmete ihtiyaç duyanların bir kısmının ödeyemeyeceği miktarda olduğu takdirde, sırf ekonomik imkânsızlık nedeniyle o hizmetten yararlanamama sonucu doğurmak suretiyle eşitlik ilkesini zedeler³⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususa değinilmektedir. Yüksek mahkeme de temel sağlık hizmetlerinden yararlananlardan ücret ödeyemeyecek durumda olanlar için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini ifade etmiştir.

*Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır*³¹.

Bu konuda bir husus gündeme getirilmeye değerdir. Sağlık Bakanlığı’nın bir genelgesiyle Suriyeli vatandaşların sağlık imkânlarından ücretsiz yararlanmasına imkân tanınmıştır. Ancak genelgede bu hizmetlerden yararlanılacak sağlık kuruluşlarının kamu ve ya özel olması gerektiğine ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Bir Suriye vatandaşı da bir özel sağlık kuruluşundan temel sağlık hizmeti almış ve ücret ödememiştir. Söz konusu kuruluş genelge gereğince idareden hizmetin karşılığını talep etmiştir. Bu hususta ortaya çıkan uyumsuzlukta Danıştay hizmet bedelinin idarece özel sağlık kuruluşuna ödenmesine karar vermiştir³².

²⁵ D12D, E. 2009/5045, K. 2013/5796, T. 27.6.2013, KBB.

²⁶ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C I, s. 18.

²⁷ GÜLAN, *Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri*, s. 40.

²⁸ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 308.

²⁹ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C I, s. 18.

³⁰ GÜLAN, *Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri*, s. 40.

³¹ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.04.1988, RG, 23.08.1988/19908.

³² “...9.9.2013 tarih ve 2013/8 Sayılı Genelgenin 2. maddesine bakıldığında madde de, herhangi bir kamp tarafından kayıt altına alınmamış, konaklamasını kendi imkanları ile sağlayan hastaların ülke genelindeki herhangi bir sağlık merkezine müracaatında, sağlık merkezince izlenmesi gereken prosedürün düzenlendiği görülmektedir. Hastanın

İdare Yoksulluğun Giderilmesi İçin Bir Faaliyeti Görev Olarak Üstlenip Onu Kamu Hizmeti Olarak Sunmak Zorunda mıdır?

İdare kamu hizmetini görüp görmemekte serbest değildir. Bunu görmek onun için bir zorunluluktur. İdarenin sosyal yapı için vazgeçilmez olan faaliyetleri kamu hizmeti olarak sunması gerekir.

Bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelemek ve devletin görevleri arasına almak Kanun Koyucunun yetkileri arasındadır. Dolayısıyla Anayasa ile de bazı faaliyetleri devletin görevleri arasına almak, onların kamu hizmeti olarak yürütülmesine karar vermek mümkündür. Bu faaliyetler artık, nitelikleri itibarıyla olmasa bile, Anayasa hükmü gereği kamu hizmeti sayılırlar. Örneğin sosyal güvenlik, sağlık ve konut, eğitim ve öğretim faaliyetleri birer sosyal kamu hizmeti olarak devletin görevleri arasında sayılmıştır. Bu Anayasa hükümleri sebebiyle, artık Kanunu Koyucuya düşen görev söz konusu kamu hizmetlerini kurmak ve işletmekten ibarettir³³.

İdare toplumun ihtiyaçlarını tespit etmek ve bir kamu hizmeti olarak sunmakla mükelleftir. Ayrıca bir ihtiyaç Kanun Koyucunun arzu ve iradesi ile de kamu hizmeti niteliği almaz. Kanun Koyucu ancak bir ihtiyacın toplumsal faktörlerle kamu hizmeti mahiyeti aldığını kabul etmekle mükelleftir. Yani kamu hizmeti mahiyet ve vasfı ihtiyacın kendinde mevcuttur. Kanun Koyucunun vazifesi bunu belirtmekten ibarettir³⁴.

Danıştay'a göre; *En genel anlamda, yoksulluklarından veya başka nedenlerle, toplumdaki mevcut ortalama yaşayış ve algılayış seviyesine, ellerinde olmayan sebeplerle ulaşamayıp, toplumsal veya ekonomik yönden desteklenme gereksinimi duyan kişilere, karşılıklı veya karşılıksız biçimde sunulan hizmetler olarak tanımlanan "sosyal hizmetler", sadece yoksulluktan kaynaklanan sorunların giderilmesini amaçlayan hizmetler olmayıp, ekonomik yetersizlikleri sebebiyle geçimini sağlama olanağı bulamayan yoksul kişilerin yanı sıra, kişisel sebeplerle değişik türde uzmanlık hizmetlerine ihtiyaç duyan, fakat ekonomik yönden yetersizlikleri söz konusu olmayan kişilere yönelik hizmetleri de kapsamaktadır.*

Bir toplumun varlığından kaynaklanan sosyal ihtiyaçların karşılanması kamu hizmetini gerekli kılmaktadır. Kamu hizmeti kavramını doğuran da sosyal ihtiyaçların varlığıdır. Başka bir ifadeyle, kamu hizmeti sosyal ihtiyaçların varlığından kaynaklanmakta sosyal ihtiyaçlar da kamu hizmetiyle karşılanmaktadır. Ancak kamu hizmeti kavramı sosyal ihtiyaçların karşılanmasından daha öteye varmıştır. Bu yüzden en üstün haliyle rekabet ortamı sağlamaya yönelmiş toplum mühendisliği içinde bugün kamu hizmeti başlığı altında sürdürülen idari faaliyetin yeri, özellikle sosyal bütünlüğün devamı için gereği ve vazgeçilmez bir önemi bulunmaktadır. Hem sosyal faydaları korumak, hem ortak ihtiyaçları nitelikli biçimde tatmin etmek, hem de ekonomik kaynaklı talepleri karşılamak gereklidir.

başvurması halinde sağlık kuruluşunca yapılması gereken şey, kayıt işlemiyle beraber eş zamanlı olarak o ilin Valiliğince görevlendirilmiş İl Emniyet Müdürlüğü personeli ve İl Emniyet Müdürlüğüne belirlenmiş sabit bir telefon numarası üzerinden 7/24 esasına göre hastanın kayıt altına alınması ve sağlık hizmetinin sağlanmasıdır. Sağlık hizmetinin verilmesinden sonra da tedavi giderlerinin sağlık kuruluşunun bulunduğu ilin Valiliğine faturalandırılması gerekmektedir. Madde de Suriyeli hastaların başvuracağı sağlık kuruluşunun özel yada kamuya ait olup olmadığı yönünde bir nitelendirme yapılmadığı ve ayrıca sevk zincirinden bahsedilmediği anlaşılmaktadır..." D15D, E. 2016/740, K. 2016/1659, T. 14.3.2016, KBB.

³³ Pertev BİLGİN, *Kamu Hizmeti Hakkında*, s. 113.

³⁴ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C I, s. 28.

Öğretide hangi faaliyetlerin kamu hizmeti statüsünde olduğuna/olması gerektiğine ilişkin bir tartışma süregelmektedir. Bu bağlamda bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu yönünde bir anlayış da gelişmiştir. Bu hususa ilişkin bir değerlendirmesinde Aydın GÜLAN hocamız şöyle demektedir; *Önemli olan hangi faaliyetlerin kamu hizmeti alanına dahil edileceği konusunda, zamana ve mekana göre farklılaşabilecek esnekliğe sahip, fakat keyfiliğe yol açmayacak teknik temelleri olan kriter arayışlarında birleşilebilmesidir. Niteliği gereği kamu hizmeti vardır ama bu faaliyetin yapısından değil, onda ülkelerin tarihi, sosyal, kültürel, ekonomik şartlarının belirlediği bir niteliktir.* Duguit de sosyal yapı için vazgeçilmez olan faaliyetleri kamu hizmeti olarak görmektedir. Dolayısıyla bir toplumda hissedilen ortak bir ihtiyacın karşılanması bünyesinde kamu hizmeti niteliğini barındırmaktadır.

Danıştay da bir kararında sosyal güvenlik hizmetinin önemine vurgu yaparak idareye bu anlamda bir sorumluluk yüklemektedir.

“...Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alınmasını ifade eder. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.

Ayrıca Danıştay, sağlık hizmetlerinin bir hak olduğuna ve devlete bir ödev yüklendiğine işaret etmektedir.

“Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet bu ödevleri altına imza attığı "Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi"nin de bir gereği olarak yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır.”³⁵

Nihayetinde idarenin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak sunarken yoksulluk kriterini göz önünde bulundurması gerektiğini ifade edebiliriz. Dolayısıyla idare yoksulluğun giderilmesi amacıyla bir faaliyeti kamu hizmeti olarak üstelenebilir. Ya da kamu hizmeti olarak yürüttüğü bir faaliyeti yoksulluğun giderilmesi amacıyla yararlananalar bakımından farklı koşullar altında sunabilir. Örneğin idare bir kamu hizmetini sunarken belli bir bedel alırken bazen de belli bir kesime bedelsiz hizmet sunmalıdır.

SONUÇ

İdare “sosyal devlet” ve “eşitlik” ilkeleri gereğince, bireyler arasındaki sosyo-ekonomik farklılıklardan kaynaklanan eşitsizliği gidermek suretiyle herkese eşit şekilde hizmet sunmakla mükelleftir. Başka bir deyişle, İdare toplumda ekonomik, fiziksel veya bölgesel koşullardan dolayı dezavantajlı konumda olan kimseleri toplumun diğer fertleri karşısında korumak durumundadır. Böylece idare tarafından sunulan kamu hizmetlerinden toplumun tüm katmanları eşit ve adil bir şekilde yararlanmış olacaktır.

³⁵ D15D, E. 2013/2969, K. 2015/5931, T. 13.10.2015, KBB.

Kamu hizmeti bir toplumun işleyişi bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetleri toplumun her katmanında aynı tatmin duygusu oluşturacak şekilde sunulmalıdır. Nitelikli sunulan kamu hizmetleri sosyal yapının sigortası olma işlevine sahiptir³⁶. Bu sebeptendir ki kamu hizmetleri idarenin en temel varlık sebebidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere hukuksal tüm paydaşlar kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesine uygun bir sunulması gerektiği noktasında aynı fikirdedirler. Kanun koyucu, İdare ve Yargı mercileri ortak sonuçta birleşmektedirler. Yine bu paydaşlar eşitlik ilkesinin bazen bir eşitsizlik suretiyle eşitlik sağlanması şeklinde olabileceğinde hem fikir olmuşlardır. Bu durumlardan birinin de “yoksulluk” kavramı olduğunu ifade etmeye gayret gösterdik. Dolayısıyla bu minvalde idareye bazen mutlak eşitlik yerine aynı statüde olma veya aynı imkânlarla sahip olma gibi kriterleri göz önünde bulundurma sorumluluğu yüklenmektedir.

Yoksulluğun giderilmesi önemi haiz bir vakiadır. Elbette sadece kamu hizmeti ile etkisi ortadan kaldırılamayacak bir husustur. Ancak kamu hizmeti aracılığıyla oldukça önemli sonuçlar alınabilmektedir. Çünkü Anayasa ve kanunlar idareye kamu hizmetini eşit bir şekilde sunmak görevi vermiştir. Örneğin eğitim, sağlık, sosyal güvenlik vb. alanlarda idarenin toplumun her kesiminden fertlere eşit hizmet sunmak yükümlüğü vardır.

Dolayısıyla idare eşitlik ilkesi gereğince kamu hizmetlerini sunarken zengin ile fakir arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmakla mükelleftir. Bir kamu hizmetinden elde edilecek memnuniyet; kişi ister zengin olsun ister yoksul ya da ister köylü olsun ister şehirli veya ister kuzeyde yaşasın ister güneyde, herkes bakımından aynı olmalıdır. Bunu sağlayacak olan da idaredir. İdare bunu kamu hizmeti yoluyla sağlamak zorundadır. Bu zorunluluğun kaynağı da sosyal devlet ilkesi ve eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi de kamu hizmetine egemen olan ilkelerden biridir. Nihayetinde yoksulluğun giderilmesi için kamu hizmetinin eşitlik ilkesi gereğince idarenin gereken önlem ve tedbirleri alması gerekmektedir.

³⁶ Aydın GÜLAN, Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, s. 107.

Kentsel Dönüşüm Mevzuatının “Yoksullukla Mücadele” Bağlamında Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Melikşah Yasin*

1. Yoksulluk, kentlerin dönüştürülmesini meşrulaştırmak için ileri sürülen temel etkenlerden biridir. Çöküntü alanı haline gelmiş şehir kesimlerinin hemen hemen tamamının ortak özelliği, iktisadi bakımından yoksul bölgeler olmalarıdır. Bugüne kadar ki uygulamalar da, şehirlere dönüşüm proje ve uygulamaları ile sağlanacak katkının yalnızca gayrimenkul inşa etmenin ötesinde bir anlamı olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Kentsel dönüşümün bu çok boyutlu özelliği dikkate alındığı takdirde, emlak eksenli bir dönüşüm yerine, “yoksulluğa çözüm arayan, bu sayede toplumsal dışlanma, ayrışma ve bölünmeleri gidermeye yönelik, eğitim aracılığı ile iş olanakları oluşturmaya çalışan, yerel ihtiyaçları önemseyen bir dönüşüm yaklaşımının benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹.

2. Düzensiz şehirleşmede alt gelir grubundan insanların yerleştiği alanların en temel sorunlarından biri de yoksulluktur. Ancak buradaki yoksulluk sadece kişilerin gelir düzeyi nedeniyle yaşanan yoksulluktan ibaret değildir. Bu alanların aynı zamanda, oluşumlarından başlayarak kamu hizmetlerinden mahrum olmaları da yoksulluğun devamı ve derinleşmesinin temel etkenlerindendir. Gelir düzeyleri düşük kişilerin yaşadığı bölgeler aynı zamanda şehircilik bakımından da ciddi sorunlar yaşamaktadır. Zira bu bölgeler daha kuruluş aşamasında bir planlamaya tabi olmadan ortaya çıkan, gecekondu türü yapılaşmanın yoğun olduğu, sosyal donatı alanlarının bulunmadığı veya yetersiz olduğu bu nedenle aynı zamanda şehre fiziken de müdahaleyi gerektiren bölgelerdir.

3. Daha önce yoksulluk problemi olmayan hatta kimi zaman iktisadi bakımdan gelişmiş, planlı olarak şehirleşmiş alanlar veya tarihi kent alanları da çeşitli etkenlere bağlı olarak zamanla iktisadi bakımından çöküntü alanı haline gelebilmektedir. Örneğin; güncel işlevini kaybetmiş, terkedilmiş tarihi şehir alanları ve sanayi bölgelerinde² olduğu gibi, idari faaliyetler mükemmel olarak yerine getirilse bile bu bölgelerde yaşayanların işsizlik, ticaretin zayıflaması gibi etkenlerle iktisadi bakımından yoksullaşması ciddi bir sorundur ve bu tür bölgelerde kentsel dönüşüm iktisadi kalkınma odaklı olarak yürütülür ve amaç bölgenin ekonomik bakımından canlandırılması ve yoksulluğun ortadan kaldırılmasıdır. Bu örneklerde genellikle ticari hayatın hareketlendirilmesine, işsizliğin azaltılmasına, refah düzeyinin yükseltilmesine

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ GÖRGÜLÜ Zafer; “Kentsel Dönüşüm ve Ülkemiz”, TMMOB İzmir Kent Sempozyumu, s.770-771.

² IŞIKKAYA A. Devrim, ÖNEL Hakkı; “Kentsel Çöküntü Bölgelerinin Örgütlenmesi ve Yeniden Kullanım”, YTÜ, Mimarlık Fakültesi E-Dergi, C.3, S.2, 2008, s.188.

yönelik kentsel dönüşüm projeleri uygulanır. Şehre fiziki müdahalenin kapsamı da ancak bu amaçla sınırlı olarak gerçekleştirilir. Örneğin, yeni bir liman inşası, eski terkedilmiş sanayi tesislerinin başka amaçlara tahsisi veya yerlerine yeni işlevli binaların yapılması gibi.

3. Bugüne kadar ki örneklerden anlaşıldığı üzere, yoksul şehir kesimlerinin dönüştürülmesi sürecinde, bölgede yaşayanların alışkanlıkları, kültürleri, sosyal ilişkileri, ekonomik durumları dikkate alınmazsa, bu bölgeler “değerli” hale getirebilir ancak buranın yeni yerleşimcileri de bölgenin sakinleri olan yoksullar olmayacaktır. Şehir içi göç yaşanacak ve yoksulluk sadece mekan değiştirecektir. Ülkemizde de bunun örnekleri yaşanmış ve insanların yaşam biçimlerine, ekonomik durumlarına uygun olmayan ve meseleye bütüncül olarak yaklaşmayan projelerin başarısızlıkla sonuçlandığı görülmektedir³.

4. Yoksul kent alanlarının dönüştürülmesi beraberinde bazı önemli hukuki sorunlar da getirmektedir. Bu sorunların en önemlilerinden biri; yoksulların bu alanlarından bilinçli bir şekilde uzaklaştırılmasıdır. Tasarlanan kentsel dönüşüm projesinin niteliği, sosyal dokuyu tamamen değiştirmeye yönelik olursa, bu alanlar sadece fiziken değil sosyolojik olarak da dönüştürülmüş olacaktır. Literatürde soylulaştırma, mutenalaştırma, nezihleştirme gibi isimlerle anılan bu uygulamalarda hedef bu bölgeleri alt gelir gruplarından alıp üst gelir grubuna dahil kişilere vermektedir⁴. Soylulaştırmanın, şehirlerde; güvenlik, sağlık, çevre temizliği, yaşanabilirlik kriterleri bakımından olumlu bir gelişme sağladığı kabul edilse bile, nihayetinde bir “yerinden etme” uygulamasıdır⁵.

5. Kimi zaman, kentsel dönüşüm sürecinin iyi tasarlanmaması da aynı sonuca yol açabilir. İdare sosyal dokuyu değiştirme hedefi gütmese dahi, eğer projeler sosyal yapının özellikleri dikkate alınmadan tasarlanır ise nihayetinde aynı sonuçların doğması kaçınılmaz olacaktır.

6. Bu uygulamalar bakımından hukuken tartışılması gereken temel mesele; bu yerinden etmenin hukuka uygun olup olmadığıdır.

Şehrin bir kesimindeki ortak paydası yoksulluk olan “sosyal doku” her zaman korunmayı hak eder mi? Diğer bir ifade ile yoksulları yerinden edecek her kentsel dönüşüm uygulaması hukuka aykırı olur mu? Soruyu cevaplandırmadan önce şu hususu ifade edelim ki, elbette ki sosyal devlet yoksul vatandaşları koruyacak, onları mali durumlarını düzeltecek tedbirleri almakla görevlidir. Ancak burada kentsel dönüşümün, bu amaç için her zaman hukuken elverişli bir araç olup olamayacağı üzerinde duracağız.

³ Olumsuz bir uygulama örneği için bkz CANDAN Ayfer Bartu, KOLLUOĞLU Biray; “Kentsel Değişim ve Dönüşüm Sürecinde Yer Değiştiren Yoksulluk”, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi, http://www.obarsiv.com/e_voyvoda_0809.html,s.7-8. Ayrıca bir yerinden etme örneği olarak Sulukule Projesi de olumsuz örnekler arasında gösterilmelidir. Bu projenin hukuki açıdan ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. AKKAYA Fethiye Nur; “Uygulama Örnekleri: Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi”, in Kentsel Dönüşüm Hukuku, Editörler Melikşah Yasin, Cenk Şahin, 12 Levha Yay., İstanbul 2015, s. 481.

⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. YASİN Melikşah; Soylulaştırma Yoluyla Yapılan Kentsel Dönüşümün Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi”, İHİD, S.1-2, C.17, 2014, s.128.

⁵ Ülke Evrim UYSAL; “Soylulaştırma Kuramalarının İstanbul’da Uygulanabilirliği; Cihangir Örneği”, Planlama Dergisi, 2006/2, s.80.

7. Sorunun da iki boyutu bulunmaktadır. Birincisi, bu kişilerin, mali durumlarından bağımsız olarak, bu alanlardaki yerleşimlerinin hukuken korunan bir hakka dayanıp dayanmadığıdır. Başka kişilere ait alanlarda, hukuken geçerli bir sebebe dayanmayan kullanımların, diğer bir ifade ile işgali ile oluşan sosyal yapının korunması ve giderek bunun bir hak olarak tanınması, bu alanlar üzerindeki gerçek hak sahiplerinin haklarının ihlali anlamına geleceğine kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak, yerinden etme, ancak hukuka aykırı bir yararlanmanın bulunması durumunda hukuka uygun kabul edilebilir.

8. Sorunun ikinci boyutu ise, kamuya ait arazilerdeki yasadışı yerleşim alanlarının durumudur. Bir grup insanın, birlikte hareket ederek veya ülkemizdeki gecekondu bölgelerinde olduğu gibi zaman içinde kamuya ait bir alana yerleşmesine idarenin uzun yıllar sessiz kalması, hatta bu yerleşim alanlarına kamu hizmetlerini götürmesi, böylece bu alan ile burada yaşayan insanlar arasında bir bağın oluşmasına ve beklentinin doğmasına yol açması durumunda ise farklı bir yaklaşım ortaya koymak gerekmektedir. Ülkemizde bu sosyal meselenin çıkarılan yasalarla, hukuka aykırı yerleşimlerin meşrulaştırılması yoluyla çözülmesi tercih edilmiştir. Ancak bu hukuki meşrulaştırma, alanlardaki diğer şehircilik sorunlarını çözmediği de bir gerçektir.

9. Yargının konuya yaklaşımını gösterecek çeşitlikte ve sayıda içtihat henüz bulunmamakla beraber, Danıştay'ın iki kararı soruna ilişkin değerlendirmeler içermesi bakımından önemlidir.

"(...) Projenin kapsamlı sosyal hedefler tanımlanmaksızın ve uygulama modelleri geliştirilmeksizin ortaya atılmış olması nedeniyle uygulama sırasında alanda "yerinden edilmelerin" kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağı, uygulama sürecindeki belirsizliklerin alanda yaşayanların veya alanda iş yapanların hızlı refah kayıplarına yol açmasının olası olduğu, sosyal hedefleri geliştirmeyen kentsel dönüşüm uygulamasının, doğrudan ya da dolaylı yollarla "yerinden olma" süreçlerini hızlandıracığı, gerekçesiyle davanın kabulüne ilişkin Denizli İdare Mahkemesinin 28.9.2007 günlü, E:2006/1754, K:2007/749 sayılı kararının ONANMASINA karar verilmiştir. *Danıştay 6. Daire, E.2008/10, K.2010/2576, T.12.3.2010.*

"(...) dava konusu alanın kentsel dönüşüm bölgesi kapsamında ele alınmasını gerektiren temel sorunların ne olduğu ve gerçekten kentin bu bölgesinde kentsel dönüşümün gerekli olduğunu gösteren sağlam bir gerekçenin bulunmadığı, projenin kapsamlı sosyal hedefler tanımlanmaksızın ve uygulama modelleri geliştirilmeksizin ortaya atılmış olması nedeniyle uygulama sırasında alanda "yerinde edilmelerin" kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağı, uygulama sürecindeki belirsizliklerin alanda yaşayanların veya alanda iş yapanların hızlı refah kayıplarına yol açmasının olası olduğu, sosyal hedefleri geliştirmeyen kentsel dönüşüm uygulamasının, doğrudan ya da dolaylı yollarla "yerinden olma" süreçlerini hızlandıracığı, dava konusu plan hükümlerinin kullanılabilir inşaat alanın

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Denizli İdare Mahkemesinin 28.9.2007 günlü, E:2006/1546, K:2007/728 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının **ONANMASINA**, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine **12.3.2010** gününde oybirliğiyle karar verildi. *Danıştay 6. Daire, E.2008/11, K.2010/2564, T.12.3.2010.*”

Yukarıda aktarılan her iki kararın da; 5393 Sayılı Belediye Kanunu kapsamında yapılmış kentsel dönüşüm projelerine yönelik olduğunu hatırlatmak isteriz.

Ayrıca, AİHM, bir arada yaşama iradesi olan belli bir inanç grubuna veya etnik kökene mensup insanları, yasadışı yerleşimlerine idarenin sınırsız müdahale yetkisinin bulunmadığını ve bu gibi yerlerin tahliyesinde ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerektiğini, yerinden etme amacına yönelik dönüşümün ancak önemli acil sosyal ihtiyaçlara tekabül eden “demokratik bir toplumun gereği” olan bir durumun varlığı halinde mümkün olabileceğini aksi halde gerçekleşecek yerinden etmenin sözleşmenin 8.maddesinin ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir⁶. Burada dikkate çekmek istediğimiz husus, AİHM bu tür yerinden etmeleri “mülkiyet hakkının” ihlali kapsamında değil “özel hayatın ve aile hayatının korunması” bağlamında değerlendirmektedir.

10. Meseleyi kentsel dönüşüm mevzuatı açısından değerlendirdiğimizde ise şu noktalara temas etmek gerekir. Maalesef Türkiye de şehircilik sorunlarını çözmeye yönelik kanunların ve ikincil düzenlemelerin tam anlamıyla kentsel dönüşüm perspektifi ile hazırlandığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle; yoksullukla mücadeleyi de içeren, kentsel dönüşümü bütüncül bir anlayışla ele alan yasal bir düzenlemenin eksikliğine işaret etmek gerekir. Belli şehircilik sorunlarının çözmeye yönelik düzenlemelerin ise derde deva olmaktan uzak olduğunu, hali hazırda yaşanan sorunlar doğrulamaktadır.

11. Başta 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun ve 5366 Sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun olmak üzere, kamuoyunda kentsel dönüşüm kanunları olarak bilinen düzenlemeler, büyük ölçüde kentlerin fiziki sorunlarını çözmeye yönelik olup özellikle de riskli alan ve yapıları bertaraf etmeye, sit alanlarını rehabilite etmeye odaklandığını söylemek gerekir. Dolayısıyla bu kanunların dönüşüm kanunu olarak adlandırılması da doğru değildir ve ifade kolaylığı dışında bir anlamı da yoktur. Zira bu yasalarda bütüncül bir dönüşüm değil, riskli yapı stoğunun yenilenmesi veya sit alanlarının korunması temel amaç olarak benimsenmiştir. Bu nedenledir ki; söz konusu yasal düzenlemelerle yoksullukla mücadele edilmesini beklemek iyimserlik olacaktır. Belediye Kanununun 73.maddesi kentsel dönüşümün amacı bakımından daha kapsamlı bir ifade içermekte ve “konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak

⁶ YASİN; s.131-133.

amacıyla” kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, ekonomik kalkınma ve yoksullukla mücadele amacıyla kentsel dönüşüm ancak bu hüküm kapsamında gerçekleştirilebilir.

Ancak, şunu da ifade edelim ki, 6306 sayılı Kanun veya 5366 Sayılı Kanunlar kapsamında gerçekleştirilecek kentsel dönüşüm uygulamalarında, yoksulluğu azaltan bir perspektifin ortaya konulmasına da bir engel bulunmamaktadır. Riskli alan ilan edilen alanların, buralarda yaşayan toplumun ekonomik kalkınmalarını da sağlayacak şekilde kurgulanması elbette ki mümkündür.

Özellikle şehir merkezlerinde gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygulamalarında, mekanın fiziki durumunun ve imar haklarının iyileştirilmesine bağlı olarak taşınmazların değerlerinde bir artış meydana gelmektedir. Bu değer artışı elbette ki ekonomik bakımdan hak sahibine fayda sağlayabilir. Burada, özellikle kentsel rantın adil dağıtımı durumunda, kişiler yaşadıkları yerleri terk etseler dahi, ekonomik bakımdan kazançlı çıkabilirler. Tabi ki ekonomik bakımdan bu görece iyileşmenin, yoksullukla sürdürülebilir bir mücadele için yeterli olmadığını da ifade etmemiz gerekir. Temel hedef; bu alanların hem fiziki koşullarını iyileştirmek hem de yoksullukları azaltmak olmalıdır.

Aksi bir yaklaşımın kabulü halinde; iyileştirilmiş mekanlardan çıkarılmış yoksullar şehrin başka kesimlerinde yine yoksul olarak yaşamaya devam ederler, diğer bir ifade ile yoksulluğun sadece mekanı değişmiş olur. İkinci bir ihtimal bu iyileştirilmiş mekanlarda insanlar yoksul olarak yaşamaya devam ederler.

Sonuç Yerine

Türkiye’nin şehircilik sorunları ile tanışması yeni olmadığı gibi bu şehircilik sorunları sadece Türkiye’ye özgü sorunlar da değildir. Dünyada benzer sorunların çözümü için geliştirilen modeller ve bugüne kadar yaşanan tecrübeler Türkiye bakımından da yol gösterici niteliktedir. Başarılı düzenleme ve uygulamaların Türkiye gerçekleri ile bağdaşır şekilde uygulanması halinde olumlu sonuçlar alınabilir.

Kentsel dönüşüm, yoksullukla mücadele bakımından önemli bir fırsat olabilir. Bu fırsatın hukuk devleti ilkesine uygun olarak temel hak ve özgürlükler ihlal edilmeden gerçekleştirilmesi de elbette ki mümkündür. Özellikle kentsel dönüşüm projelerinin, meslek edindirme, işsizliği azaltma, ekonomiyi canlandırma gibi yoksulluğu kalıcı olarak giderecek çözümleri de ihtiva etmesi gerekir. Kentsel dönüşümle oluşturulacak yeni yaşam alanlarının bu alanlarda yaşayacak kişilerin mali ve sosyal durumlarına uygun olması da önem taşımaktadır. Bütüncül ve sürdürülebilir bir yaklaşımı içermeyen uygulamalar ile sadece sağlıklı ve düzenli alanlar oluşturulabilir. Maalesef, bu yaklaşımı zorunlu kılan kapsamlı bir kentsel dönüşüm kanunun bulunmaması önemli bir eksikliktir. Bu nedenle kentsel dönüşümün yoksulluğu gidermede etkin bir araç olarak kullanılması tamamen uygulayıcıların inisiyatifine bırakılmış görünmektedir.