

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 3 - Sayı: 5
Haziran 2017

Sahibi

T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK

Sorumlu Müdür

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER

Editör

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN

İletişim Adresi

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

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

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

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. – Sertifika No: 33748
2284 Sok. No: 101 İvedik Organize Sanayi - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Eylül 2017

ISSN

2149-5068

DANIŐMA KURULU

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

YAYIN KURULU

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN
Arş. Gör. Bahar ŞİMŞEK

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) Haziran ve Aralık olmak üzere yılda 2 kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel çalışmaların özel hukuk, kamu hukuku ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelmektedir.
3. Dergi'nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla beraber, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir.
4. Dergi'de hakem denetiminden geçen makale, mevzuat ve mahkeme kararı değerlendirilmesi, kitap incelemesi, çeviri ve tebliğlere yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Dergi'de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı yayım izni alınması ve bu iznin Yayın Kurulu'na iletilmesi gerekmektedir.
6. Yazarların, yazılarıyla birlikte, iletişim bilgilerini (**ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, telefon numarası ve elektronik posta adresi**) dergi editörlüğüne sunmaları gerekmektedir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği haliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Gönderilen yazının ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılmaktadır. Temel bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esası uyarınca yazar ismi gizlenerek, konu hakkında uzman hakeme (yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme) gönderilir. Hakemden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilir. Yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Gerekli durumlarda ikinci hakemin görüşüne başvurulabilir. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilmez.
9. Yazının ilk sayfasında aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:
 - a. Yazının Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır;
 - b. Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitimde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda yazarın çalıştığı kurum, branşı, sıfatı ve e-posta adresi belirtilmelidir;
 - c. Her iki dilde, metnin amacını ifade edecek şekilde, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere özeti ile en çok **5 adet anahtar sözcük** yer almalıdır.

10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler *italik* olarak belirtilmelidir.
12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların **yazar adına** göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek:

Durmuş TEZCAN ve diğ., *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Erol ÇİÇEK, *İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler*, *TBB Dergisi*, S. 103(2012), ss. 351-378.

14. Dipnotlarda yazarların **adı ve soyadı yazıldıktan** sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda **yazarın soyadı** ve sayfa numarası belirtilmelidir; aynı yazarın birden fazla eseri bulunması halinde kısaltma kullanılmalıdır. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

Örnek:

Bir eserden ilk defa bahsedildiğinde yazarın adı önde olacak şekilde:

Sefa REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Aynı eserden daha sonra bahsedildiğinde bu sefer yazarın soyadı önde olacak şekilde:

REİSOĞLU, s. 89.

15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

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

hukukdergisi@beykent.edu.tr

SUNUŞ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi adıyla ilk sayısı 2015 Haziran'da yayınlanan bu derginin 2017/1 sayısını ilgili çevreye sunuyoruz.

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

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

Prof. Dr. Ercan AKYİŐİT
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	7
İdarenin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi ve Mübadele Sözleşmesi Uygulaması The Limits of Administrative Competence on Property Rights and the Population Exchange Between Turkey and Greece <i>Yrd. Doç. Dr. Özlem ARMAĞAN</i>	11
Göçmen Çocuğun Eğitim Hakkı Immigrant Children's Right of Education <i>Dr. Selminaz ADIGÜZEL</i>	27
Mixed Agreements in European Union Law Avrupa Birliği Hukukunda Karma Anlaşmalar <i>Av. Hande BILGI, LL.M.</i>	43
İfade ve Basın Hürriyeti Freedom of Expression and Press <i>Arş. Gör. Ezgi CANKURT</i>	57
İHAM İçtihatlarında Serbest Seçim Hakkı Right to Free Elections in the Decisions of ECtHR <i>Arş. Gör. Pınar DİKMEN</i>	63
Anayasa: Kimin İhtiyacı? Constitution: Who Needs it? <i>Arş. Gör. D. Celaleddin KAVAS</i>	69
Sosyal Güvenlik Hukuku Anlamında İş Kazası Work Accidents Within the Scope of Social Security Law <i>Hilal Nur GÜNCAN</i>	75

İdarenin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi ve Mübadele Sözleşmesi Uygulaması*

The Limits of Administrative Competence on Property Rights and the Population Exchange Between Turkey and Greece

Yrd. Doç. Dr. Özlem ARMAĞAN*

Hukuk kurallarını değiştiren makamın, sınırsız bir değişiklik yapma yetkisi olamaz. Bu yetki, uluslararası hukuk, hukukun genel ilkeleri ile anayasal ve yasal ilkelerle sınırlandırılmış durumdadır. Zira hukuk kuralları değiştirilirken bir yandan toplumun yeni ihtiyaçlarının karşılanması, diğer taraftan değişiklik tarihine kadar var olan mevcut hukuki durumun ve oluşmuş istikrarın zedelenmemesi gerekir. Hukuk kurallarının sık sık değişmesi hukuki istikrar ve belirliliği yok ederken, bu değişikliklerin geçmişte tamamlanmış ve/veya kazanılmış haklara geriye dönük olarak uygulanması belirlilik ve istikrarın yanı sıra hukuki güvenliğin de zedelenmesine sebep olur. Değişiklik yapma hususunda sınırlamanın geldiği son nokta ise “hukuki güvenlik ilkesi”dir.

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarında sıklıkla değişiklikler yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği (tahmin edilebilirliği) yok eden kurallar getirilmemesi, geriye yürüten kuralların kazanılmış haklara dokunmadan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alması gerektiğini ifade eder.

Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir. Bu ilke, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur ve Anayasa'nın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümündedir.¹ Hukuk devleti ilkesi, en kısa tanımıyla; “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.”² Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenleme-

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde düzenlenen “Hukuka Güncel Bakışlar” programı kapsamında, 16.03.2017 tarihinde sunulan tebliğ metnidir.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 39.

² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2002, s. 113.

lerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.³ Anayasa Mahkemesi birçok kararında “hukuki güvenlik ilkesi”nin hukuk devletinun unsurlarından biri olduğunu kabul etmiştir.⁴

İdarenin yasal kesinliği ya da yargı güvenliği her zaman idari takdir yetkisi (freies Ermessen, pouvoir discrétionnaire) ile karşılıklı içerisinde değildir. İhtiyari takdir yetkisi ve keyfiyet aynı anlamı taşımamaktadır. İhtiyari takdir yetkisi, yasal bir çerçeve içerisinde, karar vericiye bir raddeye kadar seçim hakkı tanınmasıdır. İhtiyari yetkinin idari organlara tanınmasının çeşitli nedenleri vardır. İhtiyari yetki kanunsuzluk anlamına gelmemektedir. İhtiyari kararlar, kanunların gelecekte ortaya çıkabilecek her durumu öngörememeleri nedeniyle gereklidirler. Kamu otoriteleri kanun tarafından açıkça ihtiyari karar almakla yetkilendirilebilirler. Mahkemeler ihtiyari takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin çeşitli ilke ve sınırlamaları içeren ayrıntılı bir idari takdir yasal öğretisi oluşturmuşlardır. Bu prensipler arasında, kamu yönetiminin iyi niyetli olması, makul şekilde kamu yararını gözetmesi, adil usuller kullanması, herkese eşit muamele etmesi ve nisbilik ilkesine uyması bulunmaktadır. Başka bir deyişle, kanuni takdir yetkisi, kamu idaresine verilen ihtiyari takdir yetkisi karşısında dengeleyici bir unsur oluşturan genel idari hukuk ilkelerine uygunluk sağlanmadan kullanılamaz⁵

Güvenilirlik ve hukuk güvenliğinin lehine çalışan bir diğer ilke kanuni nisbilik ilkesidir. Bu ilke ile kastedilen idari işlemin, kanun tarafından koyulan amaçla oranlı olarak, vatandaşların bu amaca erişilmesi için gerekenden daha fazla haktan mahrum bırakılmaması anlamına gelir. Nisbilik ilkesi uygunlukla benzer bir anlam taşımaktadır. Bu aynı zamanda, bir kanunun gereğinden daha katı şekilde uygulanarak öngörülenden farklı sonuçlar doğrulması anlamına gelmektedir. Bu durum idari yetkinin kötüye kullanılmasını da kapsamaktadır.

Nisbilik, özellikle zorunlu satın alma emirleri (ya da kamulaştırma) gibi şahısların mülkiyet haklarının kamu yararı uğruna kısıtlanmasına neden olan durumlarla ilgilidir. Nisbilik ilkesi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından Alman hukukunda yerleşik bulunan kurallar izlenerek geliştirilmiştir ve AB hukuku yolu ile Avrupa idari sistemleri içerisindeki yerini almıştır. “Kanuna uygun yönetim” - administration through law- ilkesini destekleyen bir diğer ilke kullanılan usullerin uygunluğu ilkesidir.⁶ Kanunların doğru ve

³ Anayasa Mahkemesi Kararı (AYMK), 04.05.2006, E.2006/64, K.2006/54, RG.05.11.2006, S.26310.

⁴ AYMK, 30.11.2007, E.2006/61, K.2007/91, RG.23.02.2008, S.26796; AYMK, 17.01.2008, E.2007/21, K.2008/40. Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008//k2008-40.htm>

⁵ Bkz. European Court of Justice, Case Technische Universität München, 1991, ECR-I- 5469.

⁶ Bu ilke Avrupa Topluluğu hukukunda oldukça geniş kabul görmektedir. Daha fazla detay için bkz. J. Schwarze, “The Procedural Guarantees in the Recent Case Law of the European Court of Justice”, Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 487.

tarafsız uygulamasını sağlayan usuller ile kişiye ve onun haysiyetine saygı duyulması gibi sosyal değerlerin korunması bu ilkenin konusunu oluşturur. Usullerin uygunluğunun somut bir örneği hiç kimsenin hak ve çıkarlarının yasal bir prosedür sırasında ortaya çıkan ve haberdar olmadığı olay ve konulardan etkilenmemesidir.

Yakın geçmişte hazırlanan Batı Avrupa Anayasalarında, örneğin İspanyol Anayasası'nda (1978), etkinlik ve kamu yönetiminin etkililiği, daha klasik sayılabilecek ilkeler olan hukukun üstünlüğü, şeffaflık ve tarafsızlıkla birlikte anayasal ilkeler arasında sayılmaktadır. Bunun gibi, idari hukuk sıklıkla hukukun üstünlüğünün yanı sıra (üç E olarak bilinen) ekonomi, etkililik ve etkinlik ilkelerine kamu idaresinin ve görevlilerinin işlem ve kararlarına yön veren ilkeler olarak gönderme yapmaktadır.⁷

Hukuki güvenlik ilkesi gereğince devletin, vatandaşların mevcut kanunlara olan güvenine saygılı davranması, bu güvenlerini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasa'nın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama ödevinin bir sonucudur.⁸

Kazanılmış hak kavramının net bir tanıma kavuşturulamaması sebebiyle kapsamı henüz kesin olarak belirlenememektedir. Kazanılmış hak konusundaki tanımlara bakıldığında; "objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi, hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanması sonucunda Anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilmiş veya elde edilebilir durumdaki hak sahibinin bir eylemi ve iradesi ile ileri sürülmüş olan ve üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilme gibi aktif hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek taraflı tasarrufla geri alınmayan hukuki olanak, güç veya yetkidir."⁹ Diğer bir tanıma göre kazanılmış hak; "doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken haktır."¹⁰

⁷ Maliye Dergisi, Avrupa Kamu Yönetimi İlkeleri Sigma Raporları: No. 271 Çeviren: Pelin Kuzey, s.69.

⁸ Mehmet Altundış, Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, Sayı: 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008.

⁹ Kemal Doğu Tolon, "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, III, Danıştay Yayınları, Ankara, 1980, s. 170.

¹⁰ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 39.

Danıştay kazanılmış hakkı;

“Eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklardır”¹¹ şeklinde yorumlanmaktadır.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel bir ilkesidir.¹² Hukukun genel ilkelerinin açık anayasal dayanağı bulunmamakla birlikte, bunlara uyulması bir yandan hukuk devletinin gereği, diğer yandan Anayasa'nın 138. maddesinden yorum yoluyla çıkarılabilecek bir gereklilik olarak düşünülebilir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk devletinde bulunması ve uyulması gereken mutlak bir zorunluluk; devlet ve idareciler için bir yükümlülüktür.

Kazanılmış hakkın varlığı için gerekli koşullar;

1. Hak, bireysel idari işlemde doğmuş olmalıdır
2. Hak, bireysel idari işlem tesis edildiği anda geçerli olan hukuk kurallarına uygun olmalıdır
3. Hak, kesinleşmiş olmalıdır.

MÜBADELE SÖZLEŞMESİ

Mübadele Sözleşmesi açısından kazanılmış hak kavramını irdeleyebilmek için öncelikle mübadele sözleşmesi'ni incelemek gerekecektir.

Bağımsızlık Savaşını başarıyla yürütmüş olan TBMM Hükümeti, Lozan'da bir devlet olma savaşı vermiş ve bu nedenle Lozan'da bağımsızlığı konusunda çok hassas davranmıştır. Kapitülasyonlar ve Osmanlı borçlarının tasfiyesi konuları, görüşmeleri zaman zaman sertleştirmiş ve özellikle Kapitülasyonların devamı konusundaki Müttefik Devletlerin ısrarı, Lozan görüşmelerini üç ay kesintiye uğratmıştır. Görüşmeler sonunda imzalanan belgelerle TBMM Hükümeti, diğer bağımsız devletlerle eşitlik statüsünü ve egemenlik hakkını kabul ettirmiştir. Bilindiği gibi Lozan Barış Konferansında bir tarafta İngiliz İmparatorluğu, Fransa, Yunanistan, İtalya, Romanya, Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri (gözlemci olarak) temsilcileri, öte yanda TBMM Hükümeti temsilcileri yer almıştır. Konferansta Türkiye'yi İsmet Paşa, Rıza Nur Bey ve Hasan Bey temsil etmişlerdir. Lozan Barış Konferansında ağırlıklı olarak siyasal, mali ve ekonomik konular görüşülmüştür. Türkiye ile Müttefik Devletler arasında imzalanan Barış Andlaşması'nın ağırlığını da bu konular oluşturmaktadır. Ayrıca ulaşım ve sağlık sorunları da bu metinde yer almıştır. İncelememizi oluşturan Mübadele Sözleşmesi ise Lozan'daki görüşmeler ile bağlantılı olarak Türkiye ile Yunanistan arasında imzalanmıştır.

¹¹ Da.1.D. 13.07.1992, E.1992/224, K.1992/238, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası/www.kazanci.com.tr

¹² AYMK, 07.02.2008, E.2005/38, K.2008/53, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR>

Mübadele Sorunu konusu Lozan Barış Konferansında kurulan üç komisyonla çalışmalarını yürütmüştür. Bunlar Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu ile Maliye ve İktisat Sorunları Komisyonu'dur. Konferansın ilk oturumları yeni Türkiye Devleti'nin sınırlarının çizilmesine yönelik oturumlardır. Konu, "Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu'nca ele alınmıştır. Komisyon aynı zamanda azınlıklar ve Türk-Yunan nüfus mübadelesi sorunu ile de ilgilenmiştir. Doğu Trakya sınırının görüşülmeye başlanmasıyla birlikte azınlıklar ve mübadele sorunu da tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle mübadele sorunu Türkiye ile Yunanistan arasındaki yoğun tartışmalara yol açmıştır. Bu sorun hem Batı ve Doğu Trakya sınırlarının belirlenmesi bakımından, hem de kimlerin azınlık statüsüne tabi olacağına belirlenmesi bakımından önemli olmuştur. Mübadele konusu, Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu'nun 1 Aralık 1922 tarihli oturumunda görüşülmeye başlanmıştır. Yunanistan temsilcisi Venizelos, 22 Kasım 1922 günlü oturumda ilk kez "mübadele" sözcüğünü kullanmıştır. Venizelos'a göre, sınır dışı etmelere bir çözüm bulmak için, mübadelenin, kendisi ile Osmanlı Sadr-ı Azamı arasında görüşülmesi kararlaştırılmıştı. Brüksel'de yapılması planlanan görüşme, Birinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla gerçekleştirilememiştir¹³. Bir yandan savaş sırasındaki göçler ve yakıp-yıkımlar, öte yandan "halkların içice girmişlikten kurtarılmasının barışın kurulmasını sağlayabileceğine" olan inanç, mübadeleyi gerekli kılmaktadır¹⁴. Mübadele, aynı zamanda etnik yer değiştirmeler sonucu ortaya çıkan ekonomik sorunların çözümlenebilmesinin yolu olarak da görülmekteydi. Mübadele, Lozan'da sadece Türkiye ve Yunanistan'ın isteği ile olmamıştır. Konferansa katılan diğer ülkeler de yukarıda sayılan sorunların çözüm yolunu mübadelede görmekteydiler. 1 Aralık 1922 tarihli oturum, tümüyle mübadele sorununun görüşüldüğü bir oturum olmuş ve ilk olarak Dr. Nansen nüfus mübadelesi konusundaki görüşlerini ve önerilerini açıklamıştır. Dr. Nansen'in oturuma katılması ve görüş bildirmesi de İngiliz temsilci Lord Curzon'un çağrısı üzerine gerçekleşmiştir¹⁵. Milletler Cemiyeti'nin 1919'da oluşturduğu Uluslararası Muharecet Komisyonu'nun başkanlığını da yapmış olan Dr. Nansen'in görüşleri, konunun uzmanı olması¹⁶ bakımından önem taşımaktadır. Dr. Nansen, Türkiye ile Yunanistan arasında, geciktirilmeden bir mübadele yapılmasını isteyen "dört büyük devletin İstanbul'daki temsilcilerinden" çağrı aldıktan sonra, konu ile ilgili olarak temaslarda bulunduğunu belirtmektedir. Türk ve Yunan makamlarıyla görüşen Nansen, her iki ülkenin de mübadeleyi istedikleri sonucuna varmıştır. Nansen'e göre

¹³ Lozan Barış Konferansı Tutanaklar-Belgeler (Çev. Seha L. Meray), Takım I, Cilt 1, Kitap 1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 23.

¹⁴ Lozan Barış Barış Konferansı, s. 116.

¹⁵ Lozan Barış Barış Konferansı, s. 115.

¹⁶ A. Cevat Eren, "Türkiye'de Göç ve Göçmen Meselelerinin Başlaması", Türk Dünyası, Sayı 1, Şubat-Mart-Nisan 1966, s.12.

mübadelenin ortaya çıkaracağı birçok soruna karşılık (kimlerin mübadele edileceği, mübadillerin bırakacağı malların değerinin tespiti, tazminat ödemeleri vb.) sağlayacağı yararlar bu aşamada daha fazladır. Savaş dolayısıyla çok sayıda insan zaten yer değiştirmiştir. Bu durum her iki ülkeye de ağır ekonomik zorluklar yüklemektedir. Yunanistan'a göç etmiş bir milyona yakın Rumun varlığı bile mübadelenin hem ekonomik hem de insani yönünü göstermektedir. Bu yer değiştirmeler nedeniyle, Türkiye'de işlenebilecek durumdaki tarım arazileri işlenememektedir. Mübadelenin geciktirilmeden gerçekleştirilmesi durumunda hem bu sağlanmış olacak, hem de Yunanistan'a sığınan göçmenleri yerleştirme olanağı doğacaktır. Dr. Nansen, Türk-Yunan mübadele anlaşması için daha önce uygulanan Bulgar-Yunan anlaşmasının örnek alınmasını önermiştir. Bu anlaşmada bir takım değişikliklerin yapılmasıyla iki ülke arasındaki mübadele de başarıyla yürütülebilir. Dr. Nansen'e göre mübadele anlaşması genel hükümleri kapsamalıdır; ayrıntılarla ilgili özel yönetmeliklerin hazırlanması, oluşturulacak Karma Komisyon'a bırakılabilir¹⁷. Bu Karma Komisyon'da her iki ülkenin birer temsilciyle, Milletler Cemiyeti Meclisi'nce atanmış iki temsilciden oluşmalıdır. Bulgar-Yunan mübadelesinde uygulanan bu yöntemle mübadele, başarıyla yürütülmüştür. Dr. Nansen bu önerisiyle Milletler Cemiyeti'ni işin içine sokmuş oluyordu. Oysa bu cemiyete TBMM hükümeti henüz üye değildir. Dolayısıyla Milletler Cemiyeti'nin devreye sokulması Türk Temsilcileri rahatsız etmiştir. Bundan dolayı İsmet Paşa, Dr. Nansen'in raporunu, "bir özel kişinin raporu saydığım" belirtmiştir¹⁸. Türk görevlileriyle Dr. Nansen'in Konferans öncesinde yaptığı görüşmelerin bir sonuca ulaşamamasını da buna kanıt olarak göstermiştir. İsmet Paşa, mübadele sorunu ile azınlıklar sorununun birlikte ele alınması gerektiğini belirterek, Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu iki sorunun birbirine bağlı olduğunu kabul ederse mübadele konusunda Türk Temsilci Heyetinin görüşlerini açıklayacağını söylemiştir. Öncelikle Doğu Trakya'nın 30 Kasım'da teslim edilmesinden dolayı boşaltılmış köylerin kaç kişi barındırabileceğini tesbit etmenin hemen olamayacağını belirtmiştir. Anadolu'da binlerce evsiz-barksız Türk vardır. En azından şimdilik, Yunanistan'daki Müslümanlar evlerinde oturmaktadırlar. Bu nedenle, bir mübadele yapılacaksa bu, İzmir ve İstanbul'u da içine almak koşuluyla bütün Rum nüfusunu kapsamalıdır. Yunanistan'ın mübadele konusundaki en önemli ısrarı mübadelenin isteğe bağlı olarak gerçekleştirilmesi olmuştur. Venizelos'a göre "böyle bir sınır dışı ediş, benzeri görülmemiş siyasal, ekonomik ve sosyal bir yıkım" demektir¹⁹. İngiliz temsilci Lord Curzon ise mübadelenin zorunlu olması görüşündedir ve bu görüşü mübadelenin bir an önce yapılmasındaki ge-

¹⁷ Lozan Barış Konferansı, s. 118.

¹⁸ Lozan Barış Konferansı, s. 119.

¹⁹ Lozan Barış Konferansı, s. 120.

rekliliğe bağlamaktadır. Mübadelenin gönüllü olması durumunda bunun aylar alabileceğinden endişe duymaktadır ve İstanbul'daki Rumların bunun dışında tutulması gerektiğini söylemektedir. Çünkü Curzon'a göre "bu Rum nüfusun sınır dışı edilmesi, Türkiye'nin kendisi için de ekonomik ve endüstriyel bir kayıp olacaktır"²⁰ Nüfusa ilişkin rakamlar konusunda Curzon'un verdiği rakamlara İsmet Paşa itiraz etmiştir.

İngiltere temsilcisi Lord Curzon'un teklifi ve Milletler Cemiyeti görevlisi Nansen'in raporu doğrultusunda; "Yunan ve Türk Halklarının Mübadelesine İlişkin Sözleşme ve Protokol" Lozan Barış Konferansı'nda 30 Ocak 1923 tarihinde imzalanmıştır. İmzalanan bu sözleşme Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu Alt-Komisyonunca hazırlanan taslaktır. Zaten bu taslağın ortaya çıkmasından sonra Konferansta mübadele sorunu çözümlenmiş sayıldığından yeniden görüşme konusu olmamıştır. Bu sözleşme uyarınca; İstanbul'daki Ortodoks Rumlar ile Batı Trakya'daki Müslümanlar hariç Yunanistan'da yerleşik bütün Müslümanlar Türkiye'ye, Türkiye'de yerleşik bütün Ortodoks Rumlar Yunanistan'a gönderilmiştir. Mübadele sözleşmesinin kapsamına 18 Ekim 1912 tarihinden sonra yurtlarını terk etmiş olanlar da alınarak mülteciler sorununa bir çözüm bulunmuş ve Mübadele, sözleşmenin imzalanmasından kısa bir süre sonra başlamış; her iki ülke için de yıllarca sorun oluşturmuştur.

Sözleşme ve Protokol ondokuz madde ve bir protokolden oluşmaktadır. Sözleşmeye göre mübadeleye Türkiye'deki Rum Ortodoks dininden Türk uyrukları ile Yunanistan'daki Müslüman dininden Yunan uyruklar tabi tutulmuştur (m. 1). Mübadelenin en önemli özelliği zorunlu olmasıdır. Fakat sözleşme ile İstanbul'un Rum ahalisi ile Batı Trakya'daki Müslüman ahali mübadele dışı tutulmuştur (m. 2). Mübadele dışı tutulacaklar yine ikinci maddede belirtildiği gibi, İstanbul için Şehremaneti sınırları içinde 30 Ekim 1918 tarihinden önce yerleşmiş (etablis) Rumlar ve Batı Trakya için 1913 tarihli Bükreş Andlaşmasının çizdiği sınırın doğusunda yerleşmiş olan Türkler olacaktır. 1912 tarihinden sonra göç etmesi gerekenler ya da göç edenler "göçmen" olarak nitelendirilerek mübadele kapsamına alınmıştır (m. 3). Mübadele edilecekler hiçbir engel çıkartılmayacak (m. 5) ve Türkiye'de alıkonulmuş vücutça sağlam Rumlar Türkiye'den gönderilecek ilk kafileyi oluşturacaktır (m. 4). Mübadiller buldukları ülkenin uyrukluğunu yitirecekler ve varış ülkesine ayak basılıkları anda o ülkenin uyrukluğunu kazanmış sayılacaklardır (m. 7). Mübadiller ve topluluklar (camiler, kiliseler, demekler vb.) taşınır mallarını hiç bir kısıtlamaya tabi olmadan yanlarında götürebileceklerdir. Götürülmek istenmeyen taşınır mallar için, yerel makamlar değer tespiti yapacaklar ve bununla ilgili olarak dört nüsha tutanak hazırlayarak birini kendilerinde alıkoyarak, birini göçmene, birini

²⁰ Lozan Barış Konferansı, s. 120.

Karma Komisyona ve birini de göç edilecek ülke hükümetine vereceklerdir (m. 8). Taşınmaz malların tasfiyesi ile Karma Komisyon görevlendirilmiştir (m. 9). Mübadele kapsamına girenlere ait bütün taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde daha önce konmuş olan her türlü kısıtlayıcı hüküm yok sayılacak, değer tespitleri buna göre yapılacaktır (m. 10). Onbirinci madde ile Karma Komisyon'un kuruluşu düzenlenmiştir. Karma Komisyon, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonraki bir ay içinde, Türk ve Yunan tarafından dörder ve 1914-1918 Savaşına katılmamış devletlerin uyrukları arasından Milletler Cemiyeti Meclisince seçilecek üç üyeden oluşacaktır. Alt-Komisyonlar oluşturabilecek olan Karma Komisyon, göçü denetlemek, taşınır ve taşınmaz malların tasfiyesini gerçekleştirmek, sözleşmenin gerektireceği tedbirler almak ve çıkacak diğer sorunları karara bağlamakla görevlendirilmiştir (m. 12). Komisyon, mübadilin göç ettiği ülkede bıraktığı mallara karşılık, borç tutarını gösteren bir belgeyi mübadile verecektir. Bu belgede belirlenen tutar kadar göç edilen ülkenin göç edilecek ülkeye karşı bir borcu olacaktır. Göçmen, gittiği ülkede, elindeki belge tutarı kadar mal alma hakkına sahip olacaktır (m. 14). Tasfiye işlemlerinin bitmesinden sonra iki ülkenin borçları ve alacakları karşılaştırılacaktır. Karşılaştırmadan sonra borçlu durumda kalan ülke, borcunu peşin para ile ödemekle yükümlüdür (m. 14). Ödeme süresi ile ilgili düzenleme yapma yetkisi Karma Komisyon'da olacaktır. Mübadillere gidişlerinde gerekli kolaylıkların sağlanması, mübadele dışı tutulanlar hakkında hiçbir baskı ve kısıtlamaya gidilmeyeceği ve mübadele sözleşmesinin taraflarca onanmasından sonra yürürlüğe gireceği de diğer maddelerle düzenlenmiştir. Protokol gereği de, sözleşmenin birinci maddesindeki hükmün uygulama alanı dışında kalmak üzere, dördüncü maddede düzenlenen, vücutça sağlam erkeklerin serbest bırakılması, Türkiye tarafından, Barış Andlaşması imzalanır imzalanmaz gerçekleştirilecektir.

Türkiye-Yunanistan Nüfus Mübadelesi veya Değişimi; 30 Ocak 1923 tarihinde Lozan'da yapılan ve resmi adı "Yunan ve Türk halklarının mübadelesine ilişkin sözleşme ve protokol" olan sözleşme uyarınca, Türkiye ve Yunanistan'ın kendi ülkelerinin yurttaşlarını din esası üzerine zorunlu göçe tabi tutulması ve göçe tabi tutulan kişilere ise "mübadil" denmiştir.

Esas alınan kıstas "din" olduğu için Rum denilenlerin arasında, Türkçeden başka dil bilmeyen ve konuşmayan Türk Ortodoks Hıristiyanlar, Yunanistan'dan gelen Müslümanların arasında da Türkçe bilmeyen, Rumca ya da kendi ana dillerini konuşan insanlar vardı.

Türkiye-Yunanistan nüfus mübadelesi kapsamında, Türkiye'de sadece İstanbul kenti ile Gökçeada ve Bozcaada'da oturan Rumlar, Yunanistan'da ise sadece Batı Trakya Türkleri mübadeleden muaf tutulmuşlardı.

Mübadelede Drama, Girit, Kavala, Selanik, Vodina ve Yanya'dan Türkiye'ye gelen nüfus, Doğu Trakya ve Batı Anadolu'da Rum azınlığın ayrılışı ile boşalan yerlere iskan edilmişlerdi. Mübadillerin yoğun olarak iskan edildikleri şehirler Adana, Balıkesir, Bilecik, Bursa, Çanakkale, Edirne, İstanbul, İzmir, Kırklareli, Kocaeli, Manisa, Mersin, Samsun ve Tekirdağ idi.

Değişimin çok büyük bir bölümü 1923-1924 yıllarında gerçekleşmiş, ancak geriye kalan az sayıda durumda bu uygulamaya 1930 yılına kadar devam edilmiştir. Zorunlu göç gerek Türk, gerek Yunan ekonomisinde yaklaşık 20 yıl süren ağır bir krize yol açmıştır.

Sözleşme gereği 1 Mayıs 1923 tarihi itibarıyla Türkiye topraklarındaki Rum/Ortodoks nüfus ile Yunanistan topraklarındaki Türk/Müslüman nüfus arasında zorunlu göç uygulaması şarta bağlanmış oluyordu.

TBMM görüşmeleri incelendiğinde İsmet Paşa mübadelenin Türk tarafına istenmesini "Anadolu vatan-ı aslisinin yeknasak bir vatan olma" görüşüne dayandırmaktadır.²¹ İsmet Paşa'nın konuşmasından sonra Lozan'da imzalanan anlaşma ve sözleşmenin onaylanmasıyla ilgili kanun teklifinin oylamasına geçilmiştir. Ondört red oyuna karşılık 213 kabul oyuyla Lozan Sulh Muhademesi hakkındaki kanun kabul edilmiştir. Mübadele sözleşmesini eleştiren Şükrü Kaya Bey, Mustafa Necati Bey ve Faik Bey red oyu kullanmışlardır.

Mübadele Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Karşılaşılan Başlıca Sorunlar:

Mübadele Sözleşmesi'nin uygulanmasında yıllarca süren ve hatta etkileri halen süren sorunlarla karşılaşmıştır.

Öncelikle 1923 yılında Türk ve Yunan hükümetleri arasında ortaya çıkan anlaşmazlığa verilen isim olan "Etabli" Sorununa değinmekte fayda vardır. Etabli; Fransızca "etablie"den gelen; Bir yere yerleşmiş, orada uzun süredir yaşayan, vatan tutmuş anlamlarına gelmektedir. 1912 yılı yasası ile sınırlandırıldığı biçimde, İstanbul Belediyesi sınırları içerisinde, 30 Ekim 1918 gününden önce yerleşmiş "établis" bulunan tüm Rumlar, İstanbul'da oturan Rumlar; 1913 Bükreş Antlaşması'nın saptamış olduğu sınır çizgisinin doğusundaki bölgeye yerleşmiş tüm Müslümanlar da, Batı Trakya Müslümanları sayılacaklardı. Sözleşmede kullanılan "emigrant" (göçmen) terimi, 18 Ekim 1912 tarihinden sonra göç etmesi gereken ya da göç etmiş bulunan tüm gerçek ya da tüzel kişileri kapsamaktaydı. Mübadele uygulamasında, her iki halkın mülkiyet haklarına ve alacaklarına hiçbir zarar verilmeyecek, mübadele edilecek halklara mensup bir kimsenin hangi nedenle olursa olsun gidişine hiçbir engel çıkarılmayacaktı. Zanlı ya da suçu kesinleşmiş kişiler, kovuşturma yapan ülkenin makamlarınca göçmenin gideceği ülkenin

²¹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, içtima Senesi 2, Cilt 1, s. 279.

makamlarına teslim edileceklerdi. Göçmenler, bırakıp gidecekleri ülkenin uyrukluğunu yitirecekler, vardıkları ülkenin topraklarına ayak bastıkları anda, bu ülkenin uyrukluğunu edinmiş sayılacaklardı. Göçmenler, her çeşit taşınır mallarını yanlarında götürme ya da bunları taşıtırmakta serbest olacaklardı ve bu mallardan giriş-çıkış vergisi alınmayacaktı. Aynı zamanda, cami, tekke, medrese, kilise manastır, okul, hastane, dernek, birlik gibi tüzel kişiler ve başka kurumlar personellerini de kapsamak üzere, kendi topluluklarının taşınır mallarını serbestçe götürmeye, taşıtırmaya hak kazanmışlardı.²²

Mübadele sözleşmesi gereğince oluşturulan ve mübadelenin sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesinden sorumlu olan Muhtelit Mübadele Komisyonu'nun Ekim 1923'de oluşturulmasıyla Türk-Yunan Mübadele Sözleşmesi yürürlüğe girmiş oldu. Mübadelenin onsekiz ayda bitirilmesi öngörülmekteydi²³.

Patrikhane Sorunu; Lozan'da imzalanan Mübadele sözleşmesinde mübadillerin belirlenmesinde "din" unsuru temel alınmıştır. Mübadeleye tabi tutulacaklar Yunanistan'ın Müslüman ahalisi ile Türkiye'deki Rum Ortadoks ahali-dir. Fakat Katolik ve Protestan Rumlar mübadele dışı tutulmuştur. Öte yandan Ortodoks olan Karamanlı Türkler mübadele ile Yunanistan'a gönderilmiştir. Bunun yanında Türkiye'ye gelenler arasında da Müslüman olup Türk olmayan ve Türkçe bilmeyen Balkan halkları vardır. Ortodoksların gönderilmesi, "Ortodoksluğun başkaldırın bir Yunanlılık vermesi" anlayışından kaynaklanmaktadır. Müslümanların yeni kurulan Türk Devletine daha iyi uyum sağlayacağına düşünülmesi, Ankara Hükümetini bu yolda davranmaya itmiştir²⁴.

Yunanistan'ın duruma itirazı üzerine Muhtelit Mübadele Komisyonu sorunu görüşmüş ve Konstantin'in mübadeleye tabi olduğuna karar vermiştir. Fakat Yunanistan'ın Patrikliğin mübadele dışı tutulduğu için Konstantin'in mübadele edilemeyeceği görüşü hakkında karar vermenin yetkisi dışında olduğu sonucuna varmıştır. Yunanistan konuyu Milletler Cemiyeti ve La Haye Adalet Divanı'na götürmek istemişse de Türkiye, bu organların bu konuda yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür. Sorun, Konstantin'in 19 Mayıs 1925'te görevden çekilmesiyle çözüme kavuşmuş ve yerine Vasil Georgiades seçilmiştir²⁵

²² Ömer Budak, Mübadele Meselesi ve Lozan'da Çözümü, Karadeniz Araştırmaları, Yaz 2010, Sayı 26: 129-142.

²³ Ali Fuat Cebesoy, Siyasi Hatıralar, II. Kısım, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1960, s. 61.

²⁴ Oran, Baskın: Türk-Yunan İlişkilerinde Batı Trakya Sorunu, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1986, s. 46-47.

²⁵ Gönlübol, Mehmet - Sar, Cem Atatürk ve Türkiye'nin Dış Politikası (1919-1938), A.K.D.T. Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1990, S. 68.

Mübadelelenin uygulanmasından, özellikle de etabli kavramının içeriğinin belirlenmesinden ortaya çıkan sorunların çözülmesi için taraflar 1926 tarihinde Atina Antlaşmasını imzalamışlardır. Fakat bu Antlaşmanın da sorunları tam olarak çözememesi, 1926, 1927 ve 1928 yıllarında büyük sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.²⁶

MÜLKİYET SORUNU

Tüm bu açıklamalardan sonra mülkiyet hakkının ne olduğu ve mübadele sözleşmesi çerçevesinde nasıl değerlendirilebileceği konusu incelendiğinde; “Mülkiyet”i malik ile şey arası bir ilişki olarak tanımlayabiliriz.²⁷

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasa; bir yandan özel mülkiyeti, bir yandan da hakkın sınırlandırılmasını ve malike ödevler yüklemesini kabul ederek mülkiyet hakkı açısından karma bir yaklaşım benimsemektedir.²⁸

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatıta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır.²⁹ Bu tanım da malike sadece haklar değil, aynı zamanda bazı ödevler de yüklemektedir.

Kamu hukuku açısından sınırlamanın “kamu yararı” olduğu ve bu terimin anlamının tam açıklanamaması sebebiyle “Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir”³⁰

Sınırlamalar; 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk şeklinde “demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama” “hakkın özü” kavramına göre daha belirgin olmalıdır. Bu gerekçeye göre “demokratik toplum düzeninin gerek-

²⁶ Yücel Bozdağlıoğlu, Türk- Yunan Nüfus Mübadelesi ve Sonuçları, TSA / YIL: 18 ÖZEL SAYI S: 3, Ocak/January 2014.

²⁷ Esin Örucü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 1.

²⁸ Fikret Eren, “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, Medeni Kanunun 50. Yılı, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 182.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E: 1988/ 34, K: 1989/26 sayılı kararı, Resmi Gazete Tarih; 05.12.1989 sayı; 20363.

³⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 17.06.1992 tarihli ve E: 1992/22, K: 1992/40 sayılı kararı, Resmi Gazete Tarih: 09.01.1995 Sayı; 22518.

leri” kavramının ne olduğunu bilmek, “hakkın özü” kavramını belirlemekten daha kolaydır³¹ Bununla birlikte bu takdir hakkı sınırsız değildir, AİHM; temel haklara yapılan müdahalelerin diğer şartların yanı sıra “gereklilik” şartını taşıyıp taşımadığını, ulusal makamların kararı verdikleri koşulları dikkatle inceleyerek ve bu koşulları dikkate alarak incelemektedir. Mahkeme’nin kendi ifadesiyle “Sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi ile Mahkemenin denetim yetkisi el ele gider.”³²

Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne bakıldığında; “demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir.³³ Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. AİHM'nin Dungeon/Birleşik Krallık kararında³⁴ vurguladığı üzere “demokratik bir toplumda gerekli” bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın, meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir.

Bu orantılılığın sınırı ise hakkın kullanılmasının engellenmesi ya da hakkın kendisinin ortadan kaldırılmasıdır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların amaca uygun olması gerekir ancak bu sınırlamaların hiçbir şekilde, belli bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını engelleyecek ya da hakkı ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.³⁵

Ölçülülük ilkesi, bir hakkın sınırlandırılması için başvuru aracının, sınırlandırma ile ulaşılmak istenen hedefe ulaşmak bakımından elverişli olması şeklinde tanımlanabilir.³⁶ Ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan araç ile sınırlamanın sonuçları arasındaki ilişkiyi betimleyen bir kavramdır. Ölçülülük ilkesinin temel amacı, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasını önlemektir. Zaten 13. maddenin gerekçesinde sınırlama ile amaç

³¹ Suat Şimşek, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; Karşılaştırmalı Bir Analiz, TBB Dergisi 2010, Sayı 91, s.205.

³² Müller ve diğerleri/İsviçre davası, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159> (Suat Şimşek, içinde, s.209).

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.2001 tarihli ve E: 2001/303, K: 2001/333 sayılı kararı, Resmi Gazete Tarih: 15.09.2001 Sayı; 24524.

³⁴ Dungeon/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Sibel Inceoğlu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=48>.

³⁵ Suat Şimşek, s.210.

³⁶ Yücel Oğurlu, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 148.

arasında denge bulunması gerektiği belirtilmiş ve amacın gerektirdiğinden daha fazla sınırlama yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.³⁷

Her ne kadar 35. maddede bu yönde hüküm bulunmasa dahi Anayasa Mahkemesi, mülkiyetin hukuken ya da fiilen kamu idaresine geçtiği durumlarda malike tazminat ödenmesi gerektiği görüşündedir. Tazminatsız olarak mülke el konulması Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunma olarak kabul edilmektedir.³⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol ile düzenlenmiştir. Protokol'ün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

Sözleşme'de mülkiyet hakkının ve mülk kavramının açık bir tanımı bulunmamasıyla beraber AIHM, mülkiyet hakkını ve mülk kavramını geniş yorumlamak eğiliminde olmuştur. Mahkeme, mülkiyet hakkını yorumlarken geleneksel yorumlardan uzak kalmış ve kendine has bir mülkiyet anlayışı geliştirerek parasal değer ifade edebilen hemen hemen her unsuru mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirme eğiliminde olmuştur.³⁹ Mahkeme, Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesinde geçen "mal ve mülk" kavramının fiziksel malların mülkiyeti ile sınırlı olmayan özerk bir anlamı olduğuna dikkat çekmektedir.

Mübadele Sözleşmesi açısından mülkiyet hakkının inceleyebilmek için ayrıca daha önce de belirtilen o dönemdeki koşulların değerlendirilmesi gereklidir;

Savaş sonrası ortamında olan ülkemizi için; Olağanüstü hal kamu otoritesinin güçlenmesi amacından öte, kişi hak ve hürriyetlerinin eskisinden daha iyi hale getirilmesi, toplum düzenini bozanların yakalanıp adalet önünde

³⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 160.

³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 tarihli ve E: 2002/112, K: 2003/33 sayılı kararı: "Taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur."

³⁹ Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2004, Sayı: 69, s. 133.

çıkarılması için “hukuk devleti” ilkesi çerçevesinde öngörülecek geçici kısıtlamaları kapsadığının belirtilmesi; Kişi hak ve hürriyetlerinin askıya alınmasının onlardan vazgeçilmesi anlamını taşımadığı olağanüstü hal koşullarında en önemli müessesenin hukuk düzeni ve dolayısıyla adalet kavramı olduğunun belirtilmesi gereklidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi (olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma) aşağıdaki gibidir:

“1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye [yaşam hakkı], 3. maddeye [işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı], 4. maddeye (fıkra 1) [kölelik ve zorla çalıştırma yasağı] ile 7. maddeye [kanunsuz ceza olmaz] aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”⁴⁰

Mübadale sözleşmesinin gerçekleştiği koşulların savaş ertesi olağanüstü koşullar olduğu açıktır. Günümüz mevcut anayasa ve Avrupa birliği düzenlemeleri çerçevesinde hakkın özünün korunmaya çalışıldığı; komisyon çalışmaları ve sözleşme içerisinde yer alan malların değer tespitinin yapılması konuları uygulamada pek çok sorunla karşılaşmış; halen AİHM nezdinde de yer alan malların karşılıklı belirlenmesinde sorunlar yaşanmıştır. Mübadillerin Yunanistan’daki mal Kayıtları ve Muhtelit Mübadale Komisyonu Tasfiye Talepnameleri⁴¹ T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Cumhuriyet Arşivi Daire Başkanlığı tarafından tasnif edilerek, “Muhtelit Mübadale Komisyonu Tasfiye Talepnameleri Kataloğu” adı altında 21 cilt olarak araştırmacıların hizmetine sunulmuştur⁴²

Bu arada malları Yunan tarafınca müsadere edilen mübadillerin, müsadere edilen mallarını belgelemeleri halinde, Yunan makamlarınca mallarının tazmin edileceği kendilerine bildirilmiş olduğundan, malları müsadereye uğrayan mübadillerin, müsadere edilen mallarını gösterir bir belgeyi de tasfiye

⁴⁰ http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf (erişim tarihi 20 şubat 2017).

⁴¹ Ercan Çelebi, Mübadillerin Yunanistan’daki mal Kayıtları ve Muhtelit Mübadale Komisyonu Tasfiye Talepnameleri, ÇTTAD, V/12, (2006/Bahar), s. 35-46.

⁴² Ercan Çelebi, s.36.

talepnâmelerine ilâve ettikleri görülmektedir. Belgelerden anlaşıldığına göre malları müsadereye uğrayan mübadillerden, yukarıda içerikleri hakkında bilgi verdiğimiz “(a) ve (b) cetvellerinde belirttikleri emvallerinin hangi tarihte müsadere edildiğini” ve yine “müsadere edilen emvallerinin 1909 ile 1914 yılların arasındaki senelik gelirinin ne kadar olduğunu” beyanlarında belirtmeleri istenilmiştir.⁴³ Tasfiye talepnâmeleri arasında görülen diğer bir belge, Yunanistan’ı 18 Ekim 1912 tarihinden önce terk etmiş olan Türklerin, Yunanistan’da bulunan malları ile ilgili kayıtlardır. Karma Komisyon Türk Heyeti Reisi Tevfik Rüştü Beyin gazetelere vermiş olduğu beyanattan anlaşıldığına göre, terk edilen malların kıymetlerinin tespitiyle ilgili olarak “vahit-i emsal” usûlü benimsenmiştir.⁴⁴

SONUÇ

Türk-Yunan nüfus mübadelesi, her iki ülke için de önemli bir tarihsel olaydır. Türk-Yunan nüfus mübadelesi ile, iki devlet azınlık sorunlarını çözmek için kendi halkının bir bölümünü zorunlu göçe tabi tutmuştur. Mübadele konusundaki uluslararası tepkiler de farklılık göstermektedir. Bazıları, böyle bir göçün barbarca olduğunu ve tehlikeli bir örnek teşkil edeceğini söylerken, diğerleri ise, bu politikanın gerçekçi bir politika olduğunu savunmuşlar ve II. Dünya Savaşından sonra da benzer görüşler ileri sürmüşlerdir.⁴⁵

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idarenin mülkiyete müdahalesinin sınırlarını o günün koşullarını tam olarak bilmeden değerlendirmenin olanaksız olduğu açıktır; günümüzden bakıldığında değerlendirme komisyonu çalışmalarının belirlenmesindeki aksaklıklar, yetersizliği; etabli sorunu gibi unsurlar ile sözleşmenin sosyolojik ve ekonomik etkilerinin halen devam ettiği açıktır.

Kamu yönetiminde mülkiyete, kişi hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırlarında yerindelik ve ölçülülük gibi çalışma içerisinde açıklamaya çalıştığımız unsurlara önem verilmesi hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır; aksi halde toplumda adalet duygusu zedelenecek ve hukuka güven ilkesi zedelenmiş olacaktır.

⁴³ Ercan Çelebi, s. 38.

⁴⁴ Ercan Çelebi, s. 42.

⁴⁵ Yücel Bozdağlıoğlu, s.24.

Göçmen Çocuğun Eğitim Hakkı

Immigrant Children's Right of Education

*Dr. Selminaz ADIGÜZEL**

Özet

Eğitim hakkı, diğer haklar içinde en önemli haklardan birisi olarak öne çıkmaktadır. Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunmamaktadır. Fakat eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde korunmaktadır. Bu çalışmanın amacı, göçmen çocuğun eğitim hakkının uluslararası sözleşmelerde ne şekilde yorumlandığının, bu çerçevede hangi değer ve ilkelerin temel alındığının, bunların eğitim alanında karşılaşılan sorunlara adil çözümler getirmeye elverişli olup olmadığının tespiti, değerlendirilmesi ve belirlenen sorunlu alanlar yönünden çözüm önerileri getirilmesidir.

Anahtar Kelimeler

Göçmen Çocuğun Eğitim Hakkı, Çocuk Hakları, Dünyada Göç Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Sözleşme.

Abstract

Right to education emerges as one of the important rights in the other rights. This right isn't protected by the European convention human rights, but right to education is protected by the European convention human rights, Additional Protocol Article 2 of the no. 1. This study is to explain the acknowledged content and scope of the immigrant child's right to education, identify and evaluate how the right to education for immigration children has been interpreted by the ECHR, in this context, which values and principles have been used in that interpretation, whether such values and principles are appropriate or not to produce fair solutions to the problems encountered in the field of immigration children education and finally to make recommendations relating to said problematic areas. In this sense, firstly the immigration children's right to education have been reviewed in the international Law.

Keywords

The Right to Education for Immigration Children, Child's Rights, Migration in the World, The European Convention on Human Rights, International Agreement.

* Cumhuriyet Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Okul Müdürü.

GİRİŞ

21. yüzyılda gelişmiş pek çok ülkede eğitim yöneticileri, alternatif eğitim, evde eğitim gibi çeşitli eğitim metotları üzerinde çalışırken gelişmekte olan birçok ülkenin eğitim yöneticileri, ekonomik, sosyal, kültürel, (din, savaş, terör ve doğal afetler vb.) nedenlerle evinden göç etmek zorunda kalan çocukların eğitimi üzerinde çalışmaktadır. Ortadoğu'daki politik ortam, her geçen gün karmaşık bir hal aldıkça Türkiye'ye göç artmaktadır. Nüfusun, devamlı yaşam bölgelerini kişisel olarak ya da aileler ve gruplar halinde terk edip, geçici veya sürekli olarak yaşamak amacıyla bir başka yere gitmesi hareketine göç denmektedir¹. Uluslararası sözleşmeler gereği devletler, hem kendi vatandaşlarını dil, tarih, ülkü birliği içinde eğitmek, hem de toprakları üzerinde bulunan mülteci, sığınmacı göçmen insanlara eğitim hizmeti vermekle görevlidirler.

2011 yılından bu yana üç milyonu aşkın Suriyeli mülteciye kapılarını açan Türkiye, son beş yılda yıllık ortalama 5 milyar dolar ve toplamda 25 milyar dolarlık bir harcama yaparak (kamu, sivil toplum kuruluşu ve özel sektör) mülteci sorununa en fazla kaynak aktaran ülke konumuna gelmiştir. Bu dönemde aktarılan kaynak, uluslararası alanda Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi kuruluşlar nezdinde oluşturulan fonlar düzeyindedir².

Eğitim ve öğretimi sadece kuramsal olarak sağlamak gerçek bir eğitim ve öğrenim hakkı sağlamaya yeterli değildir. Eğitim ve öğretimin bir hak olabilmesi için onun insan kişiliğinin tam gelişmesini sağlamaya ve onun aklının özgürleşmesine yönelik olmalıdır. Bu nedenle, eğitim yerlerinin her türlü sağlık koşuluna sahip olması gerekir³.

Ailesiyle veya tek başına göç eden çocuk, mesleki ve bazen de inanç açısından farklı eğitimlerle karşılaşacaktır. Farklı değerlere, farklı inançlara sahip bu çocuklara nasıl bir eğitim verileceği, eğitim bilimciler için tartışma konusu olurken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan dava örnekleriyle de, uluslararası hukukun konusu olmuştur. Göçmen, sığınmacı, mülteci, geçici korumalı mülteci gibi kavramlarla ifade edilen yabancıların birbirinden ayırt etmek için bu kelimelerin anlamını bilmek gerekir.

Mülteci Sığınmacı Göçmen Kavramları

Uluslararası hukukta "mülteci" kavramı, vatandaşı olduğu ülke dışında olan ve "ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi

¹ Hayati Doğanay, **Türkiye Beşeri Coğrafyası**, Gazi Büro Yayınevi, Ankara, 1994, s. 165.

² A. Caner Yenidünya, **Göçmen Krizi ve Türkiye/Avrupa Birliği Yaklaşımları**, <http://www.hukuki-haber.net/gocmen-krizi-ve-turkiye-ab-yaklasimlari-1-makale,5016.html> (Erişim tarihi 19.12.2015).

³ Niyazi Altunya, 2003, s. 17.

düşüncesi nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu" için vatandaşı olduğu ülkeye dönemeyen veya dönmek istemeyen kişileri ifade etmektedir. Sığınmacı, mülteci olarak uluslararası koruma arayan ancak statüleri henüz resmi olarak tanınmamış kişilere denir. Göçmen, hem maddi ve sosyal durumlarını iyileştirmek hem de kendileri veya ailelerinin gelecekte beklenenlerini arttırmak için başka bir ülkeye veya bölgeye göç eden kişi ve aile fertlerini kapsamaktadır. Esas olarak, ülkesinden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için değil, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle ayrılan kişiler olarak tanımlanabilir⁴.

Türkiye'ye Göç ve Hukuki Çerçeve

Dünyanın içinde bulunduğu siyasi karışıklıklar, savaşlar, ekonomik sıkıntılar ve işsizlik vb. nedenlerle Türkiye, yabancılar için bir cazibe merkezi haline gelmiştir. Türkiye'de 1950 sonrasında başlayan kırsal alandan kent merkezlerine göç, 1990 sonrasında giderek artmıştır. Göç yaşayan öğrencilerin bu bağlamda göç yaşamayanlara göre avantaj ve dezavantajları öne çıkmaktadır⁵. Ülkemizde 2010 yılında düzenlenen ikamet izni sayısı 182.301 iken, bu sayı 2011 yılında 234.268, 2012'de 321.548, 2013'de 313.692 olmuştur. 2014 yılında verilen ikamet izni sayısı ise, 2013 yılına göre %21'lik bir artışla 379.804'dür. 2015 yılında düzenlenen ikamet izni sayısı ise, %11'lik bir artışla 422.895'e yükselmiştir⁶. Bu tablo ülkemize her geçen gün göçün arttığını göstermektedir. Bu durumda mülteci, göçmen, şartlı mülteci, geçici korumalı mülteci kavramlarının hukuki manada iyi ayırt edilmesi gerekmektedir. Son yıllarda hızla artan göç nedeniyle, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak, ulusal hukukun uygulandığı bir ülke durumunda bulunmak, sosyal ve hukuk düzenimiz açısından çok önemlidir. Bu nedenle yabancıların Türkiye'de ikametini düzenleyen kurallar çok önemli bir konu haline gelmektedir⁷.

Uluslararası hukukta "mülteci" kavramı, vatandaşı olduğu ülke dışında olan ve ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu" için vatandaşı olduğu ülkeye dönemeyen veya dönmek istemeyen kişileri ifade etmektedir. Göçmen; hem maddi ve sosyal durumlarını iyileştirmek hem

⁴ Milay Vardar, Mülteci, Göçmen, Sığınmacı Arasındaki Farklar, <http://bianet.org/bianet/toplum/167434-multeci-gocmen-siginmaci-arasindaki-farklar> (Erişim Tarihi, 18.12.2016).

⁵ Yüksel Kaştan, Türkiye'de Göç Yaşamış Çocukların Eğitim Sürecinde Karşılaşılan Problemler Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi, ISSN: 2148- 8673, C.2, S 4, Aralık 2015, s.1.

⁶ **2015 Türkiye Göç Raporu**, Göç Politika ve Projeleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015, s. 43.

⁷ Sema Çörtoğlu Koca, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016, s. 74.

de kendileri veya ailelerinin gelecekte beklenmelerini arttırmak için başka bir ülkeye veya bölgeye göç eden kişi ve aile fertlerini kapsamaktadır. Esas olarak, ülkesinden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için değil, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle ayrılan kişiler olarak tanımlanabilir. Göçmenler, vatandaşı oldukları ülkelerin korumasından yararlanmaya devam ederlerken, daha iyi bir yaşam standardına kavuşabilmek için, kendi istekleri ile bu yolculuğa çıkarlar⁸. Kendi ülkesinden göç, iltica eden, şartlı sığınma geçici koruma isteğinde bulunan kişiye uygulanacak hukuk bakımından uluslararası kanun ve sözleşmeler bulunmaktadır. Yabancılar hukuku mevzuatı bakımından, uluslararası koruma dışında kalan yabancıların ülkeye girişini, ülkede kalışını, ülkeden çıkışını, vize ve ikamet izni işlemlerini, sınır dışı edilmelerini ve Türkiye’de buldukları sürece sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 1950 yılında çıkarılmış olup, güncel sorunlar ve gelişmeler karşısında yetersiz kalmaktaydı. Bu sorunu çözmek için Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (2003) doğrultusunda hazırlanan İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı ulusal göç mevzuatının Avrupa Birliği Müktesebatına uyumlu hale getirilmesi konusunda tedbirler almıştır (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu). Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan Türkiye, 1967 Protokolünü 1 Temmuz 1968 tarihinde onaylamış ancak Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ile düzenlenen coğrafi sınırlama ilkesini sürdürmeyi seçmiştir⁹. Türkiye şu anda Avrupalı ve Avrupalı olmayan mülteciler arasında bu ayrımı etkin bir şekilde uygulayan tek ülkedir. Bu nedenle Türkiye sadece Avrupa Konseyi üyesi ülke vatandaşlarına mülteci statüsü verebilmektedir. Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelere gelen kişilere “geçici sığınma” imkânı tanımaktadır. Türkiye şimdiye kadar 27’si Yunanistan, 6’sı Bulgaristan, 6’sı Sırbistan-Karadağ, 3’ü Azerbaycan ve 1 de Arnavutluk vatandaşı olan toplam 43 kişiyi mülteci olarak kabul etmiştir. Irak, İran, Afganistan, Suriye ve Somali başta olmak üzere Avrupa Komisyonu üyesi olmayan birçok ülkeden her yıl binlerce kişi Türkiye’ye sığınmak zorunda kalmaktadır. Türkiye sözleşmeyi coğrafi sınırlama ile uyguladığı için Avrupa dışından gelenlere geçici ikamet izni vererek, bu kişileri Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği aracılığıyla mülteci kabul eden ABD, Kanada, Avusturya gibi ülkelere yerleştirmeye çalışmaktadır¹⁰.

⁸ <https://bianet.org/bianet/toplum/167434-multeci-gocmen-siginmaci-arasindaki-farklar> (Erişim Tarihi 12.04.2027).

⁹ <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/2016-2.pdf>, (Erişim Tarihi 19.10.2016).

¹⁰ <https://www.amnesty.org.tr/icerik/37/1122/turkiye-1951-cenevre-sozlesmesi> (Erişim Tarihi 13.04.2017).

Bugün birçok insan savaş nedeniyle ülkesini terk etmek zorunda kalarak kitleler halinde başka bir ülkeye gitmektedir. 2004 tarihli 100 No.lu Birleşmiş Milletler Yürütme Komitesi kararına göre, çok sayıda insanın uluslararası bir sınıra doğru hızlı bir şekilde hareketliliği, devletin yakın dönemde mevcut bireysel sığınma prosedürlerini uygulayamayacak hale gelmesi kitlesel sığınmayı gerektirir. Kitlesel akının olduğu bir durumda devlet, bu vatandaşa geçici koruma statüsü verir. Uluslararası koruma arayan yabancılar, Türkiye'ye adım attığında, mülteci veya şartlı mülteci statülerini almak için başvuruda bulunurlar. Bu statü verilmeye dek onlara "uluslararası koruma başvuru sahibi" denilir. Türk hukuk sisteminde sığınmacı kavramı yerine (Türkiye'deki Suriyeliler için) "geçici koruma" statüsü kavramı bulunmaktadır. Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılar sağlanan korumayı ifade etmektedir.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "Şartlı Mülteci" başlıklı 62. maddesinde; *"Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir"* hükmü yer almaktadır¹¹. Türkiye, Avrupa dışından gelenleri mülteci olarak kabul etmeyerek. Nisan 2014 tarihli, 6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*'nda düzenlendiği gibi, Avrupa dışından gelenlerin üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mülteci statüsünde geçici olarak Türkiye'de kalmasına izin vermektedir.

İltica başvurusu ve sığınmacılık sürecindeki göçmenlerin Türkiye'de bekleme süreleri 1 ila 3 yıl arasında değiştiğinden Avrupa ülkelerine göç edecek geçici korunma statülü kişilerin geçiş yeri olan Türkiye'de, çocukların eğitim sorunu gündeme gelmektedir.

Lahey Mülteciler ve Göç Süreci, göç, mülteci sorunlarına çözüm aramak için sivil toplum örgütlerini, kamu kurumlarını bir araya getiren bağımsız kar amacı gütmeyen bir platformdur. İş sektörü, hükümetler, göçmenler, ulus-

¹¹ http://www.calismamevzuati.com/basvuru_sahibi_ve_sartli_multecilerin_calisma_hakki_haber109.html (Erişim Tarihi 12.04.2017).

lararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları, akademisyenler, düşünce kuruluşları ve kamuoyu sürecin ana etki alanlarıdır¹². Lahey süreci, 2000 yılında, dünyada bulunan mülteci ve göçmenlerin ayrımcılığa ve insan hakları ihlallerine uğramalarına engel olmak amacıyla, resmi olmayan bir şekilde ortaya çıkmıştır. Mülteciler, göçmenler ve mağdurlar için uluslararası korumayı artırmak, mültecilerin ve göçmenlerin, eğitime erişimlerini artırmak, sosyal huzursuzluk riskini önemli ölçüde azaltmak, yoksulluğun azaltılmasına katkıda bulunmak, göçten etkilenen toplulukların sosyal ve ekonomik gelişmelerini sağlamak için imkânları arttırmak, 2010-2015 hedefleri olarak sayılmaktadır. İnsan hakları içerisinde sayılan yerleşme ve seyahat hürriyeti birçok sözleşmede ele alınmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 No.lu Protokolünün 2. maddesi gereğince, herkes serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. Ancak bu haklar, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve kanunla öngörülmuş sınırlamalara tâbi tutulabilir. İkamet ve seyahat özgürlüğü, Anayasamızın 23. maddesinde herkesin, vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu belirtilerek; yerleşme hürriyetinin, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amacıyla; seyahat hürriyetinin ise, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Anayasamızın 16. maddesinde de, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği düzenlenerek, anayasal bir güvence sağlanmıştır¹³.

2016 Ocak ayı kayıtlarına göre Türkiye'ye giriş yapan Suriyeli sayısı 2 milyon 582 bin olmuştur. Gelen Suriyelilerin 269 bini Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından 10 ilde kurulan 25 çadır ve konteyner kentlerden oluşan barınma merkezlerinde, geri kalan 2 milyon 313 bini kamp dışında yaşamaktadır. Türkiye Şubat 2015 itibarıyla yaklaşık 8 milyar dolar harcarken, uluslararası bağışçılardan aldığı toplam katkı 300 milyonda kalmıştır. Türkiye'nin yaptığı harcama "Suriye (mülteci) krizi için bugüne dek yapılmış" en büyük katkıyı temsil etmektedir¹⁴.

¹² http://www.goc.gov.tr/icerik3/lahey-sureci_576_577_1101 (Erişim Tarihi 12.05.04.2017).

¹³ Koca, **age**, s. 74.

¹⁴ Müberra Nur Emin, Türkiye'deki Suriyeli Çocukların Eğitimi, **Siyaset Ekonomik Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını**, İstanbul, 2016, s. 153.

Göçmenin Eğitim Hakkı

Haklar kategorisinde, kişi hakları ve siyasi haklar, “birinci kuşak haklar”; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “ikinci kuşak haklar”; gelişme ve diğer dayanışma hakları, “üçüncü kuşak haklar” olarak anılırken, eğitim hakkının birden fazla alanla kesişen niteliği, onun bu kategorilerden herhangi birisi içinde sınıflandırılmasını güçleştirmektedir. “Ekonomik”, “sosyal” ve “kültürel” haklar alt kategorilerinden hangisine girdiği tartışmalı olmasına rağmen, eğitim hakkı, çoğu kez ikinci kuşak haklar kapsamında sınıflandırılmaktadır. Eğitim hakkının ikinci kuşak haklar kategorisine ayrılmasının nedeni, bu hakkın tam olarak hayata geçirilmesinin devletin aktif katılımını ve kaynak sağlamasını gerektirmesidir¹⁵.

Ekonomik, toplumsal, siyasi yönden ilerlemenin motoru niteliğindeki eğitim hakkının, uluslararası birçok sözleşmeyle korunmaya çalışılmasının temel amacı insan onuruna yakışır bir yaşam standardı oluşturmaktır. Bu amaca hizmet etmek için aşağıdaki sözleşme ve protokoller yürürlüğe konmuştur:

- İnsan Hakları Evrensel Beyanname
- Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
- Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikalılar-arası Sözleşme
- Amerika Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi Sözleşmesi -
- Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 13 No.lu Genel Yorumu: Eğitim Hakkı
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
- Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Bildirgesi
- Avrupa Sosyal Şartı
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü
- Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme
- Her türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

¹⁵ Koch, Ida Elisabeth, Human Rights As Indivisible Rights: The Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publ., Netherlands, 2009, s. 150-151.

- Azınlıkların, Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme
- Helsinki Nihai Senedi
- İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi ve Buna Ek Protokoller
- Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı
- Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme
- Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı
- Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı ve Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi
- Kopenhag Belgesi
- Maastricht Anlaşması

Evrensel bir hak olan eğitim hakkı göçmen, mülteci, sığınmacı, geçici koruma statülü birey için bir hak olarak uluslararası sözleşme ve direktifler içerisinde yer almaktadır. Bu sözleşme ve direktiflerden bazılarının içeriği hakkında aşağıda bilgi verilmiştir.

Avrupa Konseyi Direktiflerinde Göçmenin Eğitimi

Avrupa Konseyi direktiflerinde göçmenin eğitim hakkını ele alan direktiflerden bazıları şunlardır:

90/366 sayılı Öğrencilerin İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi

Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması tarafından ekonomik aktivite sahibi olmayan göçmenlere dolayısıyla da öğrencilere, diğer üye ülkeye seyahat etme ve ikamet hakkı verilmemişti. Ancak, bu durumu değiştirmeye yönelik olarak, 1990 yılında, 90/365 sayılı Konsey Direktifi yanında, 90/364 sayılı Üye Devlet Vatandaşlarının İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi ile 90/366 sayılı Öğrencilerin İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi kabul edilmiştir. Öğrencilerin ikameti, 1993 yılında 93/96 sayılı Direktifle yeniden düzenlenmiştir. Bu direktifler incelendiğinde, ikamet hakkının iki şarta bağlı olduğu görülmektedir. Bu şartlardan birisi, ekonomik aktiviteye sahip olmayan göçmenin kapsamlı sağlık sigortasına sahip olması idi. Diğer ise, göçmenin, üzerinde misafir olduğu üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük olmamasını sağlayıcı yeterli kaynağa sahip olması idi¹⁶.

¹⁶ Gülten Çifçioğlu, Avrupa Birliği'nde Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı ve Birlik Öğrencilerinin (Ekonomik Olarak Aktif Olmayan) Üye Devlette Eğitimden Yararlanması, (Çevirimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1788/18864.pdf> (Erişim Tarihi 17.07.2015).

2004/38 sayılı Direktif

Kişilerin serbest dolaşımı ve ikamet etme hakkı ile ilgili mevcut tüzük ve direktiflerin kodifiye edilmesi amacı ile Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, Avrupa birliği vatandaşları ve aile üyelerinin üye ülke topraklarında serbest dolaşım ve ikameti ile ilgili 2004/38 sayılı Direktifi kabul etmiştir. 2004/38 sayılı Direktifin 6(1). maddesi bağlamında, diğer üye devlet vatandaşı öğrenciler, diğer üye devlette, geçerli bir kimlik kartı veya pasaport taşımak sureti ile üç aya kadar ikamet hakkına sahiptir. Direktifin 7 (1)(c) maddesi çerçevesinde ise, mesleki eğitim dâhil, bir kursa devam etmek nedeni ile üzerinde misafir olunan üye devletin kendi mevzuatı veya idari uygulaması gereği tanıdığı veya finanse ettiği özel bir kuruluşa veya kamu kuruluşuna kayıt olan kişiler, bu bağlamda öğrenciler, üzerinde misafir olunan üye ülkede kapsamlı sağlık sigortası teminatı sahibi olmak ve ilgili ulusal otoriteyi, ikamet müddeti boyunca, üzerinde ikamet edilen üye ülkenin sosyal yardım sistemine yük olmayacak ölçüde yeterli kaynak sahibi oldukları yönünde tatmin etmek şartı ile, diğer üye devlette üç aydan uzun süreli ikamet hakkına sahiptir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararıyla ilan edilen "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, tüm insan haklarının yaygınlaştırılması ve öğretilmesinde eğitim, bir araç olarak kullanılmış ve bu hakların okullarda, diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması kararı almıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 26. maddesi tüm insanların eğitim hakkına sahip olduğunu belirterek ırk, dil, din ayırt edilmeden eğitim yoluyla tüm insanların barışı ve huzuru için tüm ulusların çalışması gerektiği belirtilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde göçmen, mülteci, şartlı mülteci geçici koruma statülü bireyler için, eğitim hakkı, tek başına ele alınmamışsa da tüm insanlar için, eğitim hakkının bir hak olduğu belirtilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesine göre her çocuk, eğitim için desteklenir ve korunur. İlköğretim parasız ve hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm çocuklar için haktır ve zorunludur. Aynı Sözleşme'nin 29-30: maddelerine göre: "Çocuklara verilen eğitim, onların gelişmelerini en fazla ölçüde sağlayacak düzeyde olmalıdır. Eğitim çocukların hoşgörüsünü kendi kültürüne ve farklı kültürlerle saygısını ayrımcılığa karşıtlığını doğaya saygısını arttıracak biçimde düzenlenir. Çocuğun kendi kültürü bulunduğu ülkedekinden farklıysa gelişim ve eğitim hakkının her aşamasında buna özen gösterilir."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde (P 1-2) düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir: “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarıyla uyumlu olarak yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.” Eğitim hakkını düzenleyen P1-2, iki cümleden oluşmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, bu cümlelerden birincisinde temel kuralın, ikincisinde ise tamamlayıcı kuralın düzenlendiği belirtilmektedir. Mahkeme, şikâyetin niteliğine göre önüne gelen başvuruları bu kurallardan birine göre incelemektedir. Birinci cümledeki temel kural, “eğitim hakkından yoksun bırakılmama” hakkını içermektedir¹⁷ Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletler de bu Sözleşme'yi imzalamıştır¹⁸.

Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı, göçmen çocukların ana dilinde eğitim almasının önemini vurgulamıştır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 1.9 maddesine göre: *Çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkını düzenlemektedir. Göçmen olarak çalışanlara ve ailelerine, onları kabul eden devletin ulusal dilinin veya birden fazla ulusal dil olması halinde bunlardan birinin öğretilmesini teşvik etmeyi ve bunu kolaylaştırmayı; 2- Göçmen olarak çalışan kişinin çocuklarına, elverişli olduğu ölçüde, göçmen olarak çalışan kişinin ana dilinin öğretilmesini teşvik etmeyi ve bunu kolaylaştırmayı; taahhüt ederler.*

Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 25. maddesine göre bir göçmen işçi işsizlik veya uzun süren hastalık gibi kendi elinde olmayan sebeplerle işini kaybederse, kabul eden devlet, yasa ve tüzükleri hükümlerine bağlı olarak onun yeniden işe girmesini kolaylaştıracaktır. Bu durumlarda, kabul eden devlet, söz konusu göçmen işçinin yeniden mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu için mümkün olan önlemlerin alınmasını işçi kabul eden ülkede çalışmak istemesi şartıyla sağlanacaktır”.

Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme

Söz konusu sözleşme azınlıkların eğitim hakkını garanti altına alan bir sözleşmedir. Sözleşmenin 2. maddesinde mukim yabancılar ifadesinin tanımı

¹⁷ Abdullah Çelik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı, **TAAD**, Yıl: 6, Sayı: 20, Ocak 2015.

¹⁸ Yüksel Kaştan, Türkiye'de Göç Yaşamış Çocukların Eğitim Sürecinde Karşılaşılan Problemler, **Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi**, C.2 S 4, Aralık 2015.

yapılmıştır. Sözleşmede “mukim yabancılar”, söz konusu devletin vatandaşı olmayan ve onun topraklarında yasal olarak ikamet eden şahıslar anlamına gelmektedir. Her yıl sayısı giderek artan çocuk göçmenlerin eğitim hakkı, ulus devletin güvencesi altında olduğundan kaç yaşına kadar bireyin çocuk kabul edileceği tartışma konusu olmuştur. Ülkelerin iç hukuku incelendiğinde her ulusun iç hukukuna göre çocuk kavramının değiştiği görülmektedir.

Türkiye’de Göçmenler İçin Uygulamalar

Avrupa Birliği Göçmen Entegrasyon Politikaları Merkezi raporuna göre Türkiye göç alan bir ülke olmasına rağmen göçmenlerin eğitimine yönelik politikaların üretilmesinde diğer ülkelere göre yetersiz kalmıştır. Göçmenlerin eğitimine yönelik yasal metinlerin olmasına karşın, göçmen, sığınmacı ve mülteci çocukların eğitime erişimi ile ilgili koşulları elverişsizdir. Bununla birlikte ülke çapında göçmenlere verilecek eğitimle ilgili hiçbir yönlendirme veya koşul içerikli bir yönerge de bulunmamaktadır. Okullar göçmen eğitimi için hazırlanmamış ve öğretmenlere göçmen çocuklara verecekleri eğitimde; kültürlerarası eğitime yönelik vatandaşlık, insan hakları, göçmenlere karşı ayrımcılık vb. konularda hiçbir rehberlik de yapılmamıştır. Okulların göçmen eğitime hazırlıklı olabilmesi, göçmen politikalarının belirlenmesi ve planlanmasına bağlıdır¹⁹. Bu amaçla Milli Eğitim Bakanlığı, 26 Nisan 2013 ve 26 Eylül 2013 tarihlerinde yayımladığı genelgeler ve çeşitli faaliyetlerle Türkiye’ye gelen Suriyelilerin eğitim sorununa çözüm üretmeye çalışmıştır. Ekim 2014’te yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği sayesinde, Suriyeliler sağlık, eğitim ve sosyal yardım hizmetlerine erişim hakkı elde etmişlerdir. Daha sonra 23 Eylül 2014 tarihinde 2014/21 sayılı Yabancılar Yönelik Eğitim-Öğretim Hizmetleri başlıklı genelge ile Suriyeli çocuklara sunulacak eğitim hizmetleri belirli bir standarda bağlanmış ve güvence altına alınmıştır. Dahası Milli Eğitim Bakanlığı’nın yayımlanmış olduğu 2015-2019 stratejik planında ilk defa mültecilerin eğitimlerine yönelik planların yer aldığı görülmektedir²⁰.

Çocukların eğitim hakkını güvence altına alınması için İçişleri Bakanlığı’yla işbirliği yapan Milli Eğitim Bakanlığı, sığınmacı çocuğun ilkökul diploması alabilmesi için çalışmalar yapmıştır. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı da okula giden çocuklara maddi destek sağlamıştır. 2016 yılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği ve Mali Yardımlar Dairesi Başkanlığı’nın Dezavantajlı Kişilerin Sosyal Entegrasyonu ile İstihdam Edilebilirliklerinin Geliştirilmesi için Hibe Programında Dezavantajlı Kişilerin Sosyal Entegrasyonunda göçmen, mülteci durumundaki kişilere destek olmaya çalışmıştır.

¹⁹ Figen Ereş, Türkiye’de Göçmen Eğitimi Sorunsalı ve Göçmen Eğitiminde Farklılığın Yönetimi, **Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 6 (2): 017-030, 2017.

²⁰ Emin, Müberra Nur Türkiye’deki Suriyeli Çocukların Eğitimi, **Siyaset Ekonomik Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını**, 2016, İstanbul, s.8.

Yaygın eğitim merkezlerinde meslek kursları açılmış çeşitli sivil toplum kuruluşları (Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD/ASAM) ve Türk Eğitim Gönüllüleri Vakfı (TEGEV) gibi) Sivil Toplum Kuruluşları, sığınmacı çocukların sosyal ve kültürel eğitim faaliyetlerini düzenlemiştir. Ayrıca Çocuk Esirgeme Kurumu da mültecilere eğitim hizmetleri vermektedir. Türkiye, gecikmeli de olsa, Suriyeli çocukların eğitimi için çeşitli politikalar geliştirmiş ve uygulamaya koymuştur²¹.

Göçmen çocuk ile ilgili olarak 2014 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından "20 Kasım Dünya Çocuk Hakları Günü" etkinliği düzenlenmiştir. 81 ilden gelen Çocuk Hakları Komiteleri Temsilcileri ile Suriye'den gelen çocuklar için "Acil Durumlarda Çocukların Hakları ve Rollerini" temalı 15. Ulusal Çocuk Forumu düzenlenmiştir²². Türkiye'de toplamda 2890 adet belediye varken, bunların sadece 190'ında kent konseyi bulunmaktadır. Bunlardan ise çok azında göçmen meclisi ya da yabancılar meclisi ya da sadece yabancılar çalışma grubu gibi daha alt birimde katılım mekanizmaları işlenmektedir. Kısa bir internet araştırmasında sadece birkaç kent konseyinde bu noktada çalışmaların olduğu görülmüştür²³ Kampların dışında kalan Suriyelilerden oturma izni olanların 16 Ağustos 2010'da yayımlanan 2010/48 sayılı "Yabancı Uyruklu Öğrenciler" konulu Genelge kapsamında kayıtları yapılarak okullaşmaları sağlanmıştır.

2012 yılında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından Suriyelilere geri döndüklerinde herhangi bir sorun yaşamaması için, Türkçe öğretmek yerine Arapça müfredat ile eğitimleri desteklenmiştir. "Ülkemizde Kamp Dışında Misafir Edilen Suriye Vatandaşlarına Yönelik Tedbirler" başlıklı Genelge ve 26 Eylül 2013 tarihinde "Ülkemizde Geçici Koruma Altında Bulunan Suriye Vatandaşlarına Yönelik Eğitim Öğretim Hizmetleri" başlıklı daha kapsamlı bir Genelge çıkarılmıştır. Suriyelilerin eğitimlerine yönelik, Milli Eğitim Bakanlığı, 23 Eylül 2014 tarihinde 2014/21 sayılı "Yabancılar Yönelik Eğitim-Öğretim Hizmetleri" başlıklı bu Genelge ile Suriyeli çocuklara sunulacak eğitim hizmetlerinin nasıl verileceği kurulacak Bakanlık ve İl Komisyonları çalışma şartları belirlenmiştir. Ayrıca yabancı kimlik numarası bulunmayıp yabancı tanıtma belgesi bulunan Suriyeli öğrenci ve öğretmenlerin veri girişi Yabancı Öğrenciler Bilgi İşletim Sistemi (YÖBİS) üzerinden yapılmaktadır. Pek çok dilde işlem yürüten YÖBİS sistemi üzerinden öğrencilerin devam, ders notu bilgileri girilmekte, karne, tasdikname, diploma işlemleri sistem üzerinden yapılmaktadır²⁴.

²¹ Emin, agm., s 8.

²² Yakup Bulut, **Uluslararası Göç ve Mülteci Uyumu Sorununda Kamu Yönetiminin Rolü**, <http://dSPACE.marmara.edu.tr/bitstream/handle/> (Erişim Tarihi10.04.2017).

²³ Bulut, agm., s. 96.

²⁴ MEB, 2016.

Türkiye'deki Suriyeli çocuklar hem Türkiye'deki devlet okullarına hem de Suriyeli öğrencilerin devam ettiği Geçici Eğitim Merkezlerine kayıt olma hakkı kazanmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı, 8 Eylül 2015'te yayımladığı 2015-2019 Stratejik Planında Türkiye'deki sığınmacıların eğitimleri sığınmacı öğrencilerin eğitim sistemine uyumlarının sağlanmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır.

SONUÇ

Göç, gelişmiş gelişmekte olan ülkeleri endişelendiren bir konudur. Göçle gelen bireyin geldiği ülkede insanca yaşaması için ulus devletin uluslararası sözleşmeler gereği düzenlemeler yapması zorunludur. Gelişmiş ülkeler, vatandaşlarının huzuru ve refahı için göçmenin eğitimini önemsemekte ancak uygulamada göçmeni ülkelerinden sınır dışı ederek sorunu çözmeye çalışmaktadır. Uluslararası toplum, ister göçmen, mülteci, sığınmacı olsun, ister ulus devletin vatandaşı olsun, tüm insanların insanca yaşamaya hakkı olduğunun ve bu haklar içerisinde eğitim hakkını tüm insanlara ulaştırmanın bir görev olduğunun bilinci içerisinde.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi ışığında her yıl göçe zorlanan mültecilerin insan haklarından yararlanabilmeleri için ülkelerin iç hukuklarında düzenlemeler yapması ve bu düzenlemeleri hayata geçirmesi gerekmektedir. Göçmenlerin yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler ile uluslararası kuruluşların öneri ve katkılarından da faydalanarak uyum faaliyetleri planlayabilir.

Araştırmamıza göre Türkiye'de göçmenin eğitimi konusunda çeşitli düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Türkiye'nin göçmen çocuklar ve yerleşik çocuklar için geniş anlamda sosyal politikalar belirlemesi çocukların geleceği için stratejik plan yapması gerekmektedir. Türkiye Birinci Türkiye Çocuk Hakları Stratejisini hazırlamıştır. Her geçen gün artan çocuk göçmen sayısı karşısında yeni eğitim politikaları eğitim stratejileri eğitim hedefleri belirlemesi yerel yönetimlerin de bu çalışmalara destek vermesi gerekmektedir.

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nda herkesin bulunduğu ikamet ettiği beldenin belediye hizmetlerine katılma, belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları olduğu belirtilerek, göçmenlerin belediyenin açmış olduğu eğitim hizmetlerinden yararlanabileceği hususu belirtilmemiştir. Belediyeler Kanunu'nda yabancı göçmenlere yönelik ifadeler veya hükümler hiç bulunmadığı gibi demokrasi anlayışı ile kurulan Kent Konseylerinin de yabancıları

kapsayacak şekilde görevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda geliştirilecek politikalarla yerel yönetimlere yetki alanı oluşturulmalı ve hatta bu politikalar belirlenirken yerelin karar alma sürecine katılımı acilen sağlanmalıdır. Uluslararası sözleşmeler gereği göçmen çocuğun eğitim hakkı devletin güvencesi altında olduğundan her ülkenin stratejik planında göçmen çocuğun eğitimi planlanmalı, göçmen çocuğun dili, kültürel değerleri kendi ülkesine döndüğünde ihtiyacı olan eğitime göre planlama yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Selminaz, **Uluslararası Hukukta ve Türkiye’de Eğitim Hakkı**, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, <http://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data/55d48d53369dc533086ee7ca/ulusalcocukhaklaristratejibelgesiveeylemlani.pdf>, (Erişim Tarihi 10.12.2016).
- Bulut, Yakup, **10. Uluslararası Göç ve Mülteci Uyumu Sorununda Kamu Yönetiminin Rolü**, >2016file:///c:/users/hp/downloads/%e2%ad%90t%c3%9crk%c4%b0ye%20de%20g%c3%96%c3%87men%20c3%87ocukların%20prof%c4%b0l%c4%b0,%20sosyal%20pol%c4%b0t%c4%b0ka%20ve%20sosyal%20h%c4%b0zmet%20%c3%96ner%c4%b0ler%c4%b0%20hızlı%20de%c4%9eerlend%c4%b0rme%20ara%c5%9eturması%20(5).html, (Erişim Tarihi 10.12.2016).
- Çelik, Abdullah Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı, **TAAD**, Yıl: 6, Sayı: 20, Ocak 2015.
- Çelik, Cemil Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi, **Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilgiler Aylık Dergisi**, Şubat 2005, s 36, (Çevirimiçi) <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%c7ocuk%20kavramı%20ve%20meden%dd%20hukuk%20a%7ısından%20c7ocuk%20haklarının%20tar%ddh%dd%20gel%dd%de%ddm%dd&kimlik=-1854485512&url=makaleler/ccelik-1.htm> (Erişim Tarihi 11.05.2015).
- Çiftçiöğlü, Gülden, Avrupa Birliği’nde Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık Yasağı ve Birlik Öğrencilerinin (Ekonomik Olarak Aktif Olmayan) Üye Devlette Eğitimden Yararlanması, (Çevirimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1788/18864.pdf> (Erişim Tarihi 17.07.2015).
- Doğanay, Hayati **Türkiye Beşeri Coğrafyası**, Gazi Büro Yayınevi, Ankara, 1994.
- Emin, Müberra, Nur Türkiye`deki Suriyeli Çocukların Eğitimi, **Siyaset Ekonomik Toplum Araştırmaları Vakfı Yayını**, İstanbul, 2016.
- Ereş, Figen Türkiye’de Göçmen Eğitimi Sorunsalı ve Göçmen Eğitiminde Farklılığın Yönetimi, **Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 6 (2): 017-030, 2017.
- European Commission, **Youth on the Move: A Guide to the Rights of Mobile Students in the European Union**, **Commision Staff Working Document**, COM (2010) 477 final, Brussels, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1788/18864.pdf> (Erişim Tarihi 17.07.2015).
- Göç Politika ve Projeleri Dairesi Başkanlığı: **Türkiye Göç Raporu**, Ankara 2015.
- Kaştan, Yüksel Türkiye’de Göç Yaşamış Çocukların Eğitim Sürecinde Karşılaşılan Problemler, **Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi**, S 4, Aralık 2015.
- Koca, Çörtoğlü,, Sema Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/2 Sayı 74. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/2016-2.pdf>, (Erişim Tarihi 19.10.2016).

- Koch, Ida Elisabeth, *Human Rights As Indivisible Rights: The Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Netherlands, 2009.
- Kutval, Yunus, Suriyeli Mültecilerin Türkiye'nin Sosyo-Ekonomik Yapısı Üzerindeki Et-kileri: Türkiyeli Akademisyenler Üzerinde Bir İnceleme, **Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Yıl: 2016,
- Terzioğlu, Süleyman **Uluslararası Hukukta Azınlıklar ve Anadilde Eğitim Hakkı**, Alp Yay. 2007, 1. Baskı, Ankara.
- Topcuoğlu, Atasü, Reyhan, **Türkiye de Göçmen Çocukların Profili, Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Önerileri Hızlı Değerlendirme Araştırması** Iom, Uluslararası Göç Örgütü, Ekim, 2012.
- Topsakal, Cem, Zihni, Merey, Murat Keçe, Göçle Gelen Ailelerin Çocuklarının Eğitim-Öğrenim Hakkı ve Sorunları Üzerine Nitel Bir Çalışma **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi C**, 6 Sayı: 27, 2013.
- Vardar, Milay, Mülteci, Göçmen, Sığınmacı Arasındaki Farklar, <http://bianet.org/bianet/toplum/167434-multeci-gocmen-siginmaci-arasindaki-farklar> (Erişim Tarihi, 18.12.2016).
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), http://www.goc.gov.tr/icerik6/genel-gerekce_327_328_330_icerik (Erişim Tarihi 19.12.2016).
- Yenidünya, Caner, **Göçmen Krizi ve Türkiye/AB Yaklaşımları** <http://www.hukukihaber.net/gocmen-krizi-ve-turkiye-ab-yaklasimlari-1-makale,5016.html> (Erişim tarihi 19.12.2015).
- (Çevirimiçi) Bilgi'de İnsan Hakları Hukuku, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/books_khuku.asp, (Erişim Tarihi 22.06.2015). TAAD, Yıl: 6, Sayı: 20 (Ocak 2015).
- Millî Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliği, http://mevzuat.meb.gov.tr/html/25393_0.html (Erişim Tarihi 01.01.2016).
- İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyanamesi.pdf>, (Erişim Tarihi 07.12.2016)
- PİSA Bülteni, <http://pisa.meb.gov.tr/wp-content/uploads/2013/11/pisa-bulteni-ekim.pdf>, (Erişim Tarihi 22.12.2016).
- 90/365 sayılı Çalışanlar ve Serbest Meslek Sahiplerinin Mesleki Aktiviteleri Son Bulduktan Sonraki İkamet Haklarına İlişkin Konsey Direktifi, OJ L. 180/ 28 53 93/96 sayılı Öğrencilerin İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi, OJ L.317/59. 54 Bkz. Case C-295/90. (Çevirimiçi)
- 90/364 sayılı Üye Devlet Vatandaşlarının İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi, OJ L. 180/26. (Çevirimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1788/18864.pdf> (Erişim Tarihi 17.07.2015).
- 93/96 sayılı Öğrencilerin İkameti Hakkındaki Konsey Direktifi, OJ L.317/59. 54. (Çevirimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1788/18864.pdf> (Erişim Tarihi 17.07.2015). (Çevirimiçi) <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=16106>
- (Çevirimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc063/kanuntbmmc063/kanuntbmmc06302257.pdf, (Erişim Tarihi 20.11.2015).

Mixed Agreements in European Union Law

Avrupa Birliği Hukukunda Karma Anlaşmalar

Av. Hande BİLGİ, LL.M

Abstract

The features of the Mixed Agreements, which are one of the fundamental international agreements of the European Union, are the requirement of the conclusion and ratification of the agreements not only by the European Union but also by the Member States by virtue of the subject matter of the agreements is about the shared competence of the European Union and the Member States. Although the complexity of the delimitation of competences in the European Union and the different ratification system of the Member States which cause the delay of the finalisation of the Mixed Agreements can be evaluated as negative aspects, the Mixed Agreements still play an important role since there is joint liability of the European Union and the Member States and in case of dispute, third countries may have more than one applicant (party) to sue and also Mixed Agreements provide coordination of cooperation between the European Union and the Member States as positive aspects. For these reasons, the Mixed Agreements deserve to be examined in a detailed way.

Keywords

Mixed Agreements, European Union, External Relations, Shared Competence, Ratification of Mixed Agreements.

Özet

Avrupa Birliği dış ilişkilerinin temelini oluşturan uluslararası anlaşmalardan olan Karma Anlaşmaların özelliği, anlaşma konusunun Avrupa Birliği ile üye ülkelerin paylaşımlı yetki kullandıkları alanlar ile ilgili olması sebebiyle hem Avrupa Birliği'nin hem de üye ülkelerin sözleşmeye taraf olması ve bu sözleşmeyi kendi prosedürlerine göre onaylamasının gerekli olmasıdır. Avrupa Birliği'nde yetki paylaşımı konusunun karmaşıklığı ve üye ülkelerin farklı sözleşme onaylama mekanizması bulunmasının Karma Anlaşmaların daha uzun sürede sonuçlandırılmasına sebep olması gibi olumsuz yönleri olsa da Karma Anlaşmalar, Avrupa Birliği ve üye ülkelerin ortak sorumluluğunu öngörmesi ile uyuşmazlık halinde sözleşme tarafı üçüncü ülkelere birden çok muhatap sağlaması ve Avrupa Birliği'nin uluslararası alanda üye devletler ile işbirliği içinde hareket etmesine aracı olması açısından önem arz etmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı Karma Anlaşmalar detaylı incelemeyi gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Karma Anlaşma, Avrupa Birliği, Dış İlişkiler, Paylaşımlı Yetki, Karma Anlaşmaların Onaylanması.

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

I. INTRODUCTION

Concluding agreements with third parties is one of the main objects and aspects of the external relations of the European Union (hereinafter referred to as “EU”). Since the EU has legal personality in accordance with Article 47 of the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as “TEU”)¹, it shall sign and enter into force of binding agreements within the limits of its competences conferred upon by the Member States (hereinafter referred to as “MS”) in the Treaties².

Regarding the subject matter of international agreements of the EU, they would be divided into two categories (i) agreements fall in the exclusive competence of the EU which are so called “*Union-Only Agreements*”, and (ii) agreements fall in the shared competence of the EU which are so called “*Mixed Agreements*”.

In line with this division, it is obvious that concluding international agreements by the EU is related to the competence issue which is based on principles of conferral³, subsidiarity⁴ and proportionality⁵.

Last two principles are especially crucial for determination of shared competence areas so that for analysis of the Mixed Agreements. Considering the complexity of competence issue and vagueness provisions of the Treaties and variable resolutions of the European Court of Justice (hereinafter referred to as “CJEU”) about shared competence, it shall be difficult to decide whether the agreement should be concluded as a Mixed Agreement or not. As for the relation between the division of powers and the types of international agreements of the EU, McGoldrick points out that “*each international agreement will require consideration of its subject matter to determine the allocation of competence between the EC and the Member States, and the nature of that competence*”⁶

¹ Consolidated version of the Treaty on European Union (“TEU”) Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.

² Ibid, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.

³ Conferral principle which defines the existence of competence and provides that the EU has to act only within the limits of the competences conferred upon it by the MS in the Treaties is embodied under Article 5/II of TEU.

⁴ In accordance with Article 5/III of TEU, “*under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level*” subsidiarity principle lays down the limits of using the competence” Thus this principle lays down the limits of using the competence.

⁵ In accordance with 5/IV of TEU “*under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties.*” Thus this principle specifies the limits of how to exercise the competence.

⁶ Dominic McGoldrick, “*International Relations Law of the European Union*”, 1997 Addison Wesley Longman Ltd, Page 78-79.

The aim of this paper is to examine the features of the Mixed Agreements by showing legal basis, types, benefits and drawbacks of these agreements and as well as their application process.

II. WHAT IS MIXED AGREEMENT?

(i) Definition of Mixed Agreements

There are several definitions which demonstrate the features of the Mixed Agreements in scholars that point out the same conditions in order to refer the agreement as a mixed one. Some of the definitions are quoted as follows;

“Mixed agreements are agreements to which both the EU and the MS are contracting parties on the basis that their joint participation is required, because not all matters covered by the agreement fall exclusively within EU competence or exclusively within MS competence.”⁷

Within the scope of delimitation of competences, Mixed Agreements stem from shared competence area where the MS and the EU both have competences. For this reason the EU cannot act as a sole contracting party on the shared external stage.

“An international agreement which is the result of the Community having exercised its external powers in conjunction with the Member States is a “mixed agreement” in the broadest sense of the term.”⁸

On the other hand, in order to consider an agreement as a Mixed Agreement, it is commonly pointed out that; (i) “The European Community and one or more of the Member States are parties to it.” (ii) “The European Community and the Member States share competence in relation to it, even if only Member States can be parties.” (iii) “Requirements relating to its financing or relating to its provisions on voting”.⁹ (iv) “the expression mixed agreement more accurately describes agreements where the European Community and the Member States genuinely share competence”¹⁰

In line with these features, Mixed Agreements shall be defined as the agreements whose subjects are about shared competence area such as environment, energy, transportation and other areas stated in Article 4/II of TFEU, thus the MS and the EU have to participate to the agreement jointly.

⁷ Paul Craig, Grainne De Burca, “*Eu Law-Text, Cases, and Material*”, Third Edition Oxford University Press, Page 352.

⁸ McGoldrick, Page 29.

⁹ *Ibid*, Page 78.

¹⁰ *Ibid*, Page 79.

(ii) Legal Basis of Mixed Agreements

Mixed Agreements were not envisaged in the Treaty Establishing the European Community which is so called the Rome Treaty.¹¹ It was the Article 102 of the Treaty Establishing the European Atomic Energy Community¹² (hereinafter referred to as “TEUAEC”) that mixed agreements are introduced as follows;

“Article 102 of TEUAEC

Agreements or contracts concluded with a third State, an international organisation or a national of a third State to which, in addition to the Community, one or more Member States are parties, shall not enter into force until the Commission has been notified by all the Member States concerned that those agreements or contracts have become applicable in accordance with the provisions of their respective national laws.”

Furthermore, in Article 8 of the TEU, it is mentioned that the EU may conclude specific agreements. Even though this article is not as clear as Article 102 of the TEUAEC, it is also pointed out different types of agreements signed with third countries.¹³

Besides these provisions of the Treaties, the CJEU also referred to some agreements which are required to be concluded not only by the EU but also by the MS which is the main feature of the Mixed Agreements in accordance with its Ruling 1/78, Opinion 2/91 and Opinion 1/94.^{14, 15}

The CJEU also have resolved by the cases that Mixed Agreements have the same legal status as the Union-Only Agreements and it is also described the Mixed Agreements by referring the contracting party structure which consists of the EU, the MS and non-member countries.¹⁶ The CJEU recognized the Association Agreements as Mixed Agreements as well and gave Ankara Agreement¹⁷ which is signed between the EU, the MS as one side and on the other side Turkey as a non-member country¹⁸ as an example of the Mixed Agreements.

¹¹ Consolidated version of Treaty Establishing the European Community Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0173.

¹² Consolidated version of Treaty Establishing the European Atomic Energy Community Official Journal 2010/C 84/01.

¹³ Art.4: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12016E004>.

¹⁴ Ruling 1/78 [1978] ECR 2151; Opinion 1/78 [1979] ECR 2871; Opinion 2/91, [1993] ECR I-1061 at para. 5; and Opinion 1/94 [1995] 1 CMLR 205.

¹⁵ Rafael Leal-Arcas, “*The European Community and Mixed Agreements*”, European Foreign Affairs Review 6: 483-513, 2001, 2001 Kluwer Law International, Page 486, footnote 22.

¹⁶ Case C-239/03 Commission v France (Étang de Berre) at para 25.

¹⁷ Ankara Agreement, 12.09.1963 (Official Journal L 217, 29.12.1964).

¹⁸ Case 12/86, *Demirel v. Stadt Schwabisch Gmuend* [1987] ECR 3719 at 3751, paragraph 8.

In addition to these legal bases the Mixed Agreements are also admitted by the doctrine. Macleod, Hendry and Hyett¹⁹ pointed out that there is no doubt about the existence and legal validity of the concept of the Mixed Agreements.²⁰

III. HOW DO MIXED AGREEMENTS WORK?

Since the Mixed Agreements are related to the shared competence area, it is required to not only the cooperation between the MS and the EU, but also be concluded and ratified by both sides. "Mixed agreements will be entered into not only where the Treaty provides but also where the substance of the agreement falls partly within the competence of the Union and partly within the competence of the Member States."²¹

Even though the EU and the MS are represented as different contracting parties at the Mixed Agreements it does not change the supremacy of the EU or division of powers in the internal process.²²

Within the scope of the Mixed Agreements "the Community would be competent to conclude the main substantive parts of the agreement, while Member State participation would be deemed necessary because of the nature of its obligations relating to the implementation and enforcement of those substantive parts".²³ For instance in Ruling 1/78²⁴, regarding the penalty and extradition closes which need to be enforced by the MS and are related to the MS competence, the agreement requires to the MS participation. However it should be bear in mind that, being executed or implemented by the MS does not categorize the agreement as a mixed one.

Mixed Agreements also provide not only balance between the competences of the EU and the MS but also the close cooperation between each other in order to fulfil obligations arising out of the agreement.

Considering the subject matters of Mixed Agreements it shall be said that the EU does not want to be sole contracting party on the international areas which are also closely connected to the MS sovereignty, on the basis of the political, economic and social reasons.

¹⁹ I. Macleod, I. Hendry & S. Hyett, "The External Relations of the European Communities" (Clarendon Press, Oxford, 1996), Page 144.

²⁰ Arcas, Page 486.

²¹ Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, "European Union Law Cases and Materials", Second Edition, Cambridge University Press, Page 648.

²² Arcas, Page 488.

²³ A. Rosas, 'Mixed Union-Mixed Agreements' in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), Page 130.

²⁴ Ruling 1/78 [1978] ECR 2151, at 2180 (paragraph 36).

IV. TYPES OF MIXED AGREEMENTS

(i) Obligatory Mixed Agreements (Obligatory Mixity)

If it is compulsory for both the EU and the MS to participate due to the speciality of the topic, such as Law of the Sea Convention²⁵ where it is difficult to get one voice from the EU, this type of Mixed Agreement is called obligatory mixity and it has subordination clauses which is kind of condition that the EU shall be the part of the agreement as long as one or some of the MS participate the agreement as well.²⁶

(ii) Facultative Mixed Agreements (Facultative Mixity)

If the subject matter of the agreement is not in the exclusive area of neither the EU nor the MS, then making a Mixed Agreement is considered as an optional. For instance Environmental Agreements.²⁷

(iii) Complete/Incomplete Mixed Agreements

This division is offered by Lena Granvik²⁸ considering that whether the all or some or one of the MS is part of the agreement or not ?. If the all MS participate with the EU as a contracting party, it is admitted as Complete Mixed Agreements, whereas if one or some of the MS participate while others are excluded then this type of agreement is called as an Incomplete Mixed Agreement.²⁹

V. RESPONSIBILITIES / LIABILITIES ARISING FROM MIXED AGREEMENTS

First of all, regardless of the number of the participating MS, Mixed Agreements are binding for rest of the MS as well, since they have to cooperate with the EU and fulfil the obligations arising out of membership of the EU such as implementation of the international agreements.

Secondly, both the EU and the MS are responsible for especially which parts fall in their competence areas. The liability issue is evaluated by Advocate General Jacobs in Case C - 316/91³⁰ and it is clearly said that unless otherwise agreed by the parties of the Mixed Agreement, the EU and the MS are jointly liable.³¹

²⁵ United Nation Conventions on the Law of the Sea.

²⁶ Arcas, Page 494.

²⁷ Ibid.

²⁸ L. Granvik, 'Incomplete Mixed Environmental Agreements of the Community and the Principle of Bindingness' in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), Page. 255.

²⁹ Arcas, Page 495, 496.

³⁰ 1994 ECR I-625, at para. 69.

³¹ Arcas, Page 497.

Moreover, joint liability is much more convenient for the third parties who desire to find at least someone as an addressee and have difficulty to decide which kind of competences shall be required by the agreement since making this competence division is not easy for either the EU or the MS. This joint liability has been emphasised as “requirement of unity in the external representation of the EU”³² by the CJEU.

The EU is also liable to third countries that are not able to know whether the subject matter of the international agreement falls in the competence area of the EU or the MS. The CJEU decided that although the EU does not have competence to conclude an agreement with third countries, this kind of agreements are binding and the good faith of the third country is protected unless it is manifestly obvious also for third country that the other party of the agreement does not have competence. The approach of the CJEU about this issue shall be reviewed in Case C-327/91 *France v. Commission*³³ where the Commission concluded an agreement with the United States about the competition issues. It was found that the Commission did not have such a competence to conclude an agreement. However it was underlined by the CJEU that incompetence of the Commission does not have a negative effect on the validity of the agreement considering that the third country cannot assume that the EU does not have power to do so. It is also stated that “In the event of non-performance of the Agreement by the Commission, therefore, the Community could incur liability at international level”³⁴.

In addition, Macleod, Hendry, Hyett³⁵ suggested that from the international law aspects, breach of the internal rules of the EU Law by concluding an agreement does not affect the validity of the agreement, hence it is binding for the EU vis a vis third countries. For this reason the institutions of the EU and the MS have to respect the rights of the third countries arisen from the Mixed Agreements.³⁶

One of the reasons behind this kind of responsibility would be that by transferring the some sovereignty rights to the EU, the MS give permission to the EU in order to be a party of the agreements. Thus it is accepted that the MS would have envisaged the consequences of this power transfer so that it could be said that there is a preliminary acceptance of the responsibilities. Another reason would be that joint liability eases the lawsuit process for third countries in case of the violation of Mixed Agreements where the third countries have more than one addressee.

³² Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] ECR 3641, at paras. 13 and 14.

³³ Case C-327/91 *France v Commission* [1994] ECR I-3641, at para. 25.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Macleod, Hendry, Hyett, Page 132.

³⁶ Arcas, Page 502.

VI. RATIFICATION PROCESS OF MIXED AGREEMENTS

Ratification is a process which the MS declare that they are willing to be bound by the agreements and make the agreements as a part of their legal systems. For this reason ratification process is crucial especially for Mixed Agreements where the ratification is required not only by the EU but also by the MS side. This double ratification which prolongs the process is considered as a disadvantage of Mixed Agreements. Another drawback of ratification process is that there is no uniformity within the MS, thus it varies from one MS to the other one. This non uniformity is seen not only in the procedural issues such as; who should ratify first or should it be simultaneous, how long should it take etc. it is also seen in the substantive issue for instance which agreements should be ratified.³⁷

Moreover, by referring to *Costa v ENEL Case*³⁸ which ensures that the MS are bound by the EU Law, it has been disputed that, if the EU ratification process is completed, then the waiting for the ratification by the MS is unneeded.³⁹ However there are also some counter arguments which support to the importance and necessities of the MS ratification on the grounds that; by being a part of the Mixed Agreements, the MS show their specific will and consent to be bound by these agreements and undertake the responsibilities. Additionally, in order to enforce the agreement, the MS have to ratify it.

On the other hand, in some particular issues such as the Law of the Sea Convention⁴⁰, the ratification of certain number of the MS is necessary in order to accept an international organisation as a contracting party.⁴¹ It is also argued that ratification by all of the MS will ensure its status within the Community legal order without need for pointing to a specific legitimising basis.⁴²

Ratification of Mixed Agreements is completed in accordance with the own process of the EU and the other MS. For this reason ratification process can take long time which lowers the speed of finalisation of Mixed Agreements. For instance in Netherlands ratification could include referendum, in Belgium completing the ratification requires approval of all federal states.⁴³ However taking

³⁷ Francis Svilans, "Ratification of Mixed agreements - the quest for a coordinated procedure, *Rīgas Juridiska*" Augstskola Rīga Graduate School of Law, RGSL Working Papers No. 11, Rīga 2003, Page 5.

³⁸ *Costa v ENEL Case* 6/64, [1964] ECR 585.

³⁹ Svilans, Page 9.

⁴⁰ United Nation Conventions on the Law of the Sea, Annex IX.

⁴¹ Svilans, Page 10.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Clifford Chance, Briefing Note 28 December 2016, The EU - Singapore FTA: a mixed agreement? available at https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/12/the_eu-singaporef_taamixedagreement.html (online 24.03.2017).

account the practise of Mixed Agreements such as the EU - South Korea⁴⁴ trade deal or lastly the EU - Canada⁴⁵ trade deal that their provisions were applied or likely to be applied before the ratification process is completed.

Ratification is especially crucial for Mixed Agreements since the MS can allege that they do not have any responsibility on the grounds that they have not ratified the agreement yet, whereas they can benefit from the same agreement via the EU Law.⁴⁶ For this reason sharing the responsibilities and deciding who is responsible for what and when, are the main problems with the framework of ratification of Mixed Agreements.⁴⁷

VII. CLOSE RELATIONSHIP BETWEEN MIXED AGREEMENTS AND THE PRINCIPLE OF DUTY OF COOPERATION

Since the Mixed Agreements are arisen from the shared competence area where both the MS and the EU have competence and interest, it is important to have sole voice about the issues and to be in close cooperation with each other in order to well represent the community on the international stage. Importance of close cooperation in the process of negotiation, conclusion and enforcement of the agreement is also emphasized by the CJEU in Opinion 1/9430 and Ruling 1/7833⁴⁸.

According to Tridimas⁴⁹ the principle of cooperation particularly serves for Mixed Agreements and WTO Agreement and it is also arisen from the demand of unity in order to represent the EU internationally.⁵⁰

The cooperation duty requires to the MS not only coordinate their policies but also reach a mutual, common position which should be declared as a sole voice of the EU.⁵¹

The importance and the significant role of the duty of cooperation for Mixed Agreements are admitted by many scholars.⁵² Moreover CJEU also

⁴⁴ EU - South Korea Trade Deal was signed in October 2009 and provisionally applied from July 2011 eventhough ratification process was completed on 13 December 2015.

⁴⁵ EU - Canada Trade Deal, the EU Parliament voted in favor of this deal on 15 February 2017.

⁴⁶ Opinion 1/94, note 30.

⁴⁷ Svilans, Page 17.

⁴⁸ Ruling 1/78, Draft Convention of the International Atomic Energy Agency on the Physical Protection of nuclear Materials, Facilities and Transports, para 32.

⁴⁹ Takis Tridimas, Paolisa Nebbia, *“European Union Law for Twenty-FirstCentury Rethinking the New Legal Order Volume 1 Constitutional and Public Law External Relations”* Hart Publishing, 2004, Page 328.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ MacLeod, Hendry, Hyett, Page 148.

⁵² Christophe Hillion, Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the 'duty of cooperation' CLEER WORKING PAPERS 2009/2 Page 34.

refers to this increasingly significant principle by stating that the MS and the EU should support each other in order to fulfil the tasks undertaken by the Mixed Agreement as well as respecting their duties arisen from the agreement.⁵³

The duty of cooperation is crucial for external relation aspect of the EU regarding the complexity of the competence area and especially for shared competence area which is required cooperation and close coordination and settlement between the EU and the MS. In this respect this principle can be used as a tool, an instrument in order to prepare suitable response based on the internal allocation of the powers in case of the dispute arising from the Mixed Agreements.⁵⁴

From this perspective it would be considered that principle of duty of cooperation is kind of a road map where the parties can find the procedural solution in order to systemise the participation and enforcement of Mixed Agreements.

VIII. WHAT WOULD HAPPEN TO MIXED AGREEMENTS WHEN ONE OF THE MEMBER STATES DEMANDS TO WITHDRAW FROM THE EU?

Mixed Agreements became a current issue after the UK's wish to cease its membership from the EU which is so called "Brexit". One of the consequences of leaving the EU is to determine the status of Mixed Agreements concluded as a MS with the third countries alongside the EU.

It is suggested that the UK would terminate the Union-Only elements of Mixed Agreements or if the other contracting parties and the UK itself wanted to bind by the mixed elements of the agreements, it could remain to be bound since it concluded and ratified such agreements voluntarily and for its own national sake and rights.⁵⁵

On the other hand, these suggestions are not seemed practical. First of all, with respect to complexity of delimitation of competences, it is not easy to make a division between the provisions of agreement as an exclusive competence or shared competence area provisions. Actually it is the EU Law preference not to show obviously the categories of competences in the Mi-

⁵³ Hillion, Page 35.

⁵⁴ Working Paper No. 156 - March 2015 CHARTING THE LEGAL LANDSCAPE OF EU EXTERNAL RELATIONS POST-LISBON Thomas Ramopoulos Jan Wouters, Leuven Centre for Global Governance Studies Page 28.

⁵⁵ Guillaume Van der Loo and Steven Blockmans, "The Impact of Brexit on the EU's International Agreements", CEPS Commentary Series, 15 July 2016, Centre for European Policy Studies, available at <https://www.ceps.eu/publications/impact-brexit-eu%E2%80%99s-international-agreements> (online on 24.03.2017).

xed Agreements.⁵⁶ Secondly, the other contracting parties' perspectives and their willingness to continue to the agreement with new conditions should be considered. Since the early conditions were changed, other contracting parties would not want to proceed the agreement at all or it would demand the revision of the agreement.

As consequences of these suggestions, the UK has to pay attention of the termination or suspension clauses of the Mixed Agreements and make necessary notifications to the relevant third parties within the prescribed time limit alongside with the EU that will inform the relevant third parties not to apply Union- Only elements of agreements to the UK.

Regarding the nature of the agreements which have financial, political, social consequences, making an additional protocol is strongly recommended in order to amend the Mixed Agreements and revise the conditions in case of not only withdrawal of the UK but also deciding to maintain the Mixed Agreements.

However it is argued that maintaining the Mixed Agreements would be useful for the UK regarding the difficulty and complexity of signing a bilateral contract as a sole country without the EU's power. Moreover third countries would not be willing to sign a contract with the UK considering the vagueness market assumption after the Brexit.⁵⁷

IX. CONCLUSION

Mixed Agreements which require not only the EU but also the MS as a contracting party of the international agreements concluded with third countries are one of the important external aspects of the EU. Since the subject matter of the Mixed Agreements stems from the shared competence area, it is not always easy to decide which part of the agreement is related to the EU competence or the MS's. Within this case, the EU has a tendency to conclude the agreement as a mixed one in order to share the responsibilities in terms of political, economic and social.

Both parties' participation and ratification are essential features of Mixed Agreements. Another aspect of concluding a Mixed Agreement is that it requires coordination and cooperation between the EU and the MS in order to fulfil the obligations arising from the Mixed Agreements and to represent the EU as a sole voice at the international stage. For this reason the principle of duty of cooperation plays main role in Mixed Agreements.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

BIBLIOGRAPHY

Books & Articles:

- Allan Rosas, “*Mixed Union-Mixed Agreements*” in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998).
- Christophe Hillion, *Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’* Clear Working Papers 2009/2.
- Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, “*European Union Law Cases and Materials*”, Second Edition, Cambridge University Press.
- Francis Svilans, “*Ratification of Mixed agreements - the quest for a coordinated procedure*”, Rigas Juridiska Augstskola Riga Graduate School of Law, RGSL Working Papers No. 11, Riga 2003.
- I. Macleod, I. Hendry & S. Hyett, “*The External Relations of the European Communities*” (Clarendon Press, Oxford, 1996).
- L. Granvik, ‘Incomplete Mixed Environmental Agreements of the Community and the Principle of Bindingness’ in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998).
- Paul Craig, Grainne De Burca, “*EU Law-Text, Cases, and Material*” Third Edition Oxford University Press.
- Rafael Leal-Arcas, “*The European Community and Mixed Agreements*”, *European Foreign Affairs Review* 6: 483-513, 2001, 2001 Kluwer Law International.
- Takis Tridimas, Paolisa Nebbia, “*European Union Law for Twenty-First Century Rethinking the New Legal Order Volume 1 Constitutional and Public Law External Relations*” Hart Publishing, 2004.
- Working Paper No. 156 - March 2015 CHARTING THE LEGAL LANDSCAPE OF EU EXTERNAL RELATIONS POST-LISBON Thomas Ramopoulos Jan Wouters, Leuven Centre for Global Governance Studies.

Regulations & Cases & Opinions & Ruling:

- Ankara Agreement (Official Journal L 217, 29.12.1964).
- Consolidated versions of the Treaty on European Union (“TEU”) Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.
- Consolidated versions of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 - 0390.
- Consolidated version of Treaty Establishing the European Community Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0173.
- Consolidated version of Treaty Establishing the European Atomic Energy Community Official Journal 2010/C 84/01.
- Case C-239/03 *Commission v France* (Étang de Berre).
- Case 12/86, *Demirel v. Stadt Schwabisch Gmuend* [1987] ECR 3719.

Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] ECR 3641.

Case C-327/91 *France v Commission* [1994] ECR I-3641.

Costa v ENEL Case 6/64, [1964] ECR 585.

Opinion 1/78 [1979] ECR 2871.

Opinion 2/91, [1993] ECR I-1061.

Opinion 1/94 [1995] 1 CMLR 205.

Ruling 1/78, Draft Convention of the International Atomic Energy Agency on the Physical Protection of nuclear Materials, Facilities and Transports,

United Nation Conventions on the Law of the Sea.

Online Webpages:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/> (online on 20 March 2017)

<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/05/ceta-as-a-mixed-agreement.html> (online on 24 March 2017)

https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/12/the_eu-singaporeftaamixedagreement.html (online on 22.03.2017)

<https://www.ceps.eu/publications/impact-brexiteu%E2%80%99s-international-agreements> (online on 24.03.2017)

İfade ve Basın Hürriyeti*

Freedom of Expression and Press

Arş. Gör. Ezgi CANKURT*

Söyleşimizin konusu ifade ve basın hürriyetidir. Basın hürriyeti, bizde Kanun-i Esasi'den beri vardır. Kanun-i Esasi'nin 12. maddesinde her türlü basılı eser, kanunlar çerçevesinde özgürce basılabileceği belirtilmekteydi; çünkü ifadeyi yaymak için, basın hürriyetine ihtiyaç vardır.

İfade nedir? İfade hürriyeti nedir? Bunu iyi tanımlamak gereklidir. Ben bu görüşteyim. Sınırsız olsun özgür olsun. Herkes her istediğini söylesin diyenler de var. Sınırsız ifade özgürlüğü olabilir mi? Örneğin John Stuart Mill'e göre; tek bir kişi insanlığın geri kalanından farklı bir kanaate sahipse, nasıl insanın gücü olduğunda insanlığı susturma hakkı yoksa, o zaman insanlığın da o kişiyi susturma hakkı yoktur. Öte yandan kamu güvenliğini tehdit eden, var olan tarihi olguları reddeden ifadeler açıklanabilir mi? Bu kadar rahat bir bakış açısı mı olmalıdır? Bunları açıklamak gerekir.

Düşünce özgürlüğü çok önemlidir. İfade özgürlüğünü tanımlamak için, düşüncenin ne olduğunu açıklamamız gerekmektedir. Düşünce nedir? Çok önemlidir. İfade özgürlüğünü tanımlarsak, düşünceyi aktarmak olarak açıklıyoruz. Bu nedenle, düşünmek gerekir, konuşmak gerekir ve kişinin bu düşündüklerini aktarması gerekmektedir. İfade özgürlüğünün unsurları arasında bunlar bulunmaktadır. Kişinin özgür bir şekilde araştırması gerekir, Kafasında bir şeyleri oluşturacak, belirli bir fikriyat yaratacaktır. Bu nedenle öğrenme özgürlüğünün de varlığı gerekir, öğrenmenin engellenmemesi gerekir. Öğrenme özgürlüğünün bir diğer yansıması da bilimsel araştırmalarda kişilerin engellenmemesidir. Haberleşme özgürlüğü de buna dahildir.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda, ifade özgürlüğünün gerçekten genel bir norm olduğunu görmekteyiz. Bunun altında "din özgürlüğünü" İHAS (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) m.9'da tanımlamıştır. Bu kapsamda ise, özel-genel norm bakımından ele almak gerekir.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde düzenlenen "Hukuka Güncel Bakışlar" programı kapsamında, 01.04.2017 tarihinde sunulan tebliğ metnidir.

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

İfade özgürlüğünün sınırı vardır. Peki, ifade özgürlüğü niçin vardır? Neden ben konuşabiliyorum, düşüncelerimi aktarabiliyorum? Bunun temelinde, kişinin kendi kişiliğini yani maddi ve manevi varlığını geliştirme, kendi kaderini tayin hakkı ve insan onuru vardır. İnsan olduğumuz için, düşüncelerimizi aktarabilme özgürlüğümüz vardır. Bir şey düşündük veya bunu öğrendik, insan bunu yaymak bir başkasına aktarmak isteriz. Bunu şiddete, cebre teşvik olarak algılamamak gerekir; çünkü bunlar zaten yasaktır. Şiddete-cebire teşvik eden söylemler zaten hukuka aykırıdır. Burada kastettiğimiz normal düşüncelerdir. Eğer ifadeler şiddete veya cebre teşvik eder nitelikte ise, buna hukuk izin vermemektedir. Bu ifade özgürlüğünün sınırıdır.

İHAM'ın (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) bizim için içtihatları önemlidir. Neden önemlidir? Bütün imzacı devletler İHAS m.10 içtihatları bakımından İHAM'ın içtihatlarını gözetmelidir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün yorumlanması bakımından bunu temel almak zorundadır. İHAM içtihatlarında ise genellikle şu hususların tartışıldığını görmekteyiz: Değer yargıları acaba bu kapsama girmeli midir? Yoksa olgular mı bu kapsamda değerlendirilecektir? İspatlınsa da ispatlanmasa da acaba değer yargıları ifade özgürlüğü kapsamında mıdır değil midir? Bu korunmalı mıdır? Yoksa korunmamalı mıdır? Bu konular sıklıkla tartışılmaktadır. Örneğin *Lingens v Avusturya*¹ 1986 yılındaki kararında İHAM, "*Basın siyasi hayatın bekçisidir. Basını susturmamalı.*" diye karar vermiştir. Öte yandan ifade özgürlüğünü sadece pozitif anlamda algılamamak gerekir. Negatif anlamda da ifade özgürlüğü vardır. Bir ceza davasında giderseniz, susma hakkınızı kullanırsınız, bu da negatif anlamda ifade özgürlüğü olarak değerlendirilir.

Ancak şuna sadece dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Kişi özgürce araştırarak, belirli bir kanaate varacak, bu kanaat sonucunda istediği insanlar ile haberleşebilecek. Daha sonra bunu kişilere aktarabilecek ve bunları yayabilecek. Çok güzel bir tanım. Peki, ifade nedir? Sözlü, yazılı türü ne olursa olsun, İHAS kapsamında bunu değerlendirebileceğini İHAM kararlarında belirtmektedir. Siyasal bir düşünce olabilir, hukuksal bir düşünce olabilir, sosyal bir görüş olabilir. Bunun sözlü veya yazılı herhangi bir vasıta ile açıklanmasını koruma altına alıyorum, senin aktardığın vasıtayı da koruyorum diyor. İHAM, *Oberschlick v Avusturya*² davasında, ifade özgürlüğünün aktarıldığı vasıtayı da korumaktadır. İfadeyi açıkladığın hususları değil, sadece senin görüşünü değil, senin aktardığın vasıtayı da koruyorum demektedir.

Handyside v Birleşik Krallık (1976)³ davasında bir adım daha ileri giderek, şok etse dahi kişilerin görüşlerini söyleyebileceğine karar vermiştir. Ama

¹ Başvuru no: 9815/82.

² Başvuru no: 20834/92.

³ Başvuru no: 5493/72.

belirli sınırlar çiziyor. Kamu görevlilerin, avukatların bazı şeyleri söylememe yükümlülükleri vardır. Kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehdit ortaya çıkarsa, halkı kin ve düşmanlığa artık yöneltiyorsa bunları ifade edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Biz bunu TCK m.216'da düzenledik. Somut tehlike suçudur.

Nefret söylemi içeren ifadeleri de değerlendirmemiz gerekmektedir. Nefret söylemi içeren ifadeler, İHAS m.10 koruması altında değildir. *Ga-raudy v Fransa*⁴ davasında, kişi Yahudi soykırımına ilişkin kitabında tarihsel gerçekliklerin tam tersi beyanlarda bulunmuştur. Buna yönelik olarak İHAM, kararında şu kriterlere varmıştır: Bazı tarihsel gerçekler vardır. Bu tarihsel gerçeklikleri inkâr eden söylemler, ırkçılık ve anti-semitizm ile mücadeleye zarar verir. Böylece kamu düzeni bundan dolayı yara alır. Bu gibi nefret söyleminde bulunan kişilerin, bu yaklaşımdaki ifadeler İHAS m.10 kapsamında değildir.

Kişisel davalarda durum nedir, onu da ele almamız gerekir. Kamuya mal olmuş kişilerde eleştiri sınırı elbette geniştir. Paparazzi konusuna girmiyorum ama yine kişinin isteği varsa, İHAM bu gibi haberlerin yapılabileceği kanaatinde. Başka bir kararında, *Von Hannover v Almanya*⁵ kararında İHAM şunu söylemiştir. "*Kamuya mal olsa da kamu yararı olmayan ifadeler İHAS m.10 kapsamında değildir.*" diye bir kararı da vardır.

İfade özgürlüğüne yönelik olarak İHAM'a bir başvuruda bulunduğumuzda, ifade özgürlüğüne yönelik İHAM'ın ele aldığı temel kriterler nelerdir? İfade özgürlüğünün kanuni bir alt yapısı var mı? Müdahalede bulunuyorsun ama sen bunu devlet olarak yaptın mı? Kanuni alt yapısı hazırladın mı? İHAS m.10'daki sınırlara riayet ettin mi? İfade özgürlüğünün kanuni alt yapısı var mı? Demokratik toplumun gereklerine uygun olarak ve varılmak istenen amaçla, ölçülü, orantılı olarak mı müdahalede bulunduğunuz araştırılmaktadır.

Sınırlamalar elbette özgürlükçü bir yaklaşıma göre anlaşılmalıdır. Ancak İHAM, ifade özgürlüğünü sadece bir hak olarak değerlendirmemektedir. İfade özgürlüğü aynı zamanda, görev ve yükümlülük de yükleyen bir haktır. Kişi nefret söyleminde bulunmamak zorundadır. Kişinin böyle bir yükümlülüğü de vardır. Kişinin onurunu haysiyetini kırıcı sözlerde, söylemlerde bulunulmadan bunun yapılması gerekmektedir. Kişi, ifade özgürlüğünü kullanırken bu sınırlara riayet etmek zorundadır.

Peki, sınırlamalar ne olarak değerlendirilmiş? Ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumak, kişinin şeref ve haysiyetini korumak için, hatta ve hatta sağlık ve

⁴ Başvuru no: 65831/01.

⁵ Başvuru no: 59320/00.

ahlakı korumak için sınırlandırma yapılabileceğinden bahsedilmektedir. Örneğin, alkol ve sigara yasağı getirilebilir. Bu maddenin kapsamına girebilir. Pornografik ürünlerle ilgili olarak, internete ilişkin yasak getirebilirsin demiş. Ama artık kişilerin öğrenmesini engelleyecek derecede bir yasak getiriyorsan, bu artık ifade özgürlüğü bağlamında müdahalede bulunmaktadır şeklinde değerlendirmektedir.

Yeri gelmişken, kısaca kanuni alt yapının ne olduğunu açıklamak gerektiğini düşünüyorum. Kanuni alt yapının mutlaka yazılı mı olması gerekmektedir? İHAM kararlarında şunu belirtmektedir, devletlerin soyut olarak yaptığı müdahaleyi kanunda yazmasını yeterli bulmamaktadır. Keyfiligi önleyecek şekilde açık ve belirli düzenlemeler yapılması gereklidir. ve kişiler bununla ilgili en azından avukatlarının yardımı ile yapılan düzenlemeleri anlaması gerekir. Eğer hukukçulardan yardım alarak anlaşılabilir bir düzenleme var ise İHAM açısından sorun bulunmamaktadır. Ancak KANAATİMİZCE SORUN VARDIR.

İHAS ile ifade özgürlüğü hakkı tanınmaktadır. Devletler müdahalede bulunurken, bunu keyfi yapmaması, kanuni alt yapısı olması gerekmekte olduğuna dair kurallar koymalıdır denilmektedir. Ancak bunu kişilerin okuduğunda, bunu anlayamasa da hukuka uygun olarak algılanmamalıdır. Kanunların açık ve belirli olması gerektiğini savunduğum için, bu ilkelerin değerlendirilerek bunun yorumlanması gerektiğini kanaatindeyiz. Özellikle de ceza kanunları bakımından.

Demokratik toplumun gerekleri denilmektedir? Gereklik kıstası nedir? Kabul edilebilir- *admissible* bir gereklik olabilir, kesin/vazgeçilemez - *indispensable* gereklik olabilir. İkisi de birbirinden farklı gereklik türleridir. Hangisini değerlendireceğiz, hangisini öne alacağız burada? Durum zorunlu olarak bir müdahaleyi gerektiriyor ise, zorunluluk arz eden bir gereklik varsa, mutlak bir süreklilik varsa bu durumlarda gerekli bir müdahale vardır diyebiliriz. Hocamın dediği bir kavram vardı: “Toplumsal ihtiyaç Baskısı”⁶. Özellikle de bu gereklik ölçütünden ne mutlak olanı, ne de makul olanı anlamak gerekir. Toplumsal ihtiyacın baskısı denilen kavramı algılamak gerekmektedir. Genellikle İHAM kararlarında “*A pressing social need*” olarak geçmektedir. Eğer böyle toplumsal ihtiyacın baskısı olarak müdahale yapılmışsa, o zaman gerekli olarak değerlendiriliyor. Devletlere geniş bir takdir marjı tanınmıştır, ancak bu keyfilik olarak değerlendirilmemektedir.

Şimdi özellikle yazılı olarak gerçekleştirilen ifadelere ilişkin birkaç tane karar söyleyeyim. Türkiye’ye ilişkin iki adet kararında şunu söylemektedir: Örneğin *Polat v Türkiye*⁷ kararında İHAM, Kişi şok edici açıklamalarda bu-

⁶ Aynı oturumda gerçekleştirilen Prof. Dr. Ersan Şen’in tebliğine atıf yapılmaktadır.

⁷ Başvuru no: 23500/94.

lunabilir, edebi eserin sınırlı etkilidir, bu gerekçelerle; başvurusunun yazdığı yazılardan dolayı silahlı isyana teşvik olmadığına karar vermiştir. Ülke çapında edebi eserin sınırlı bir etkisi mi bulunmaktadır? İHAM'ın varmak istediği amaç bazı kararlarında farklılık arz etmektedir. İHAM'ın bazı kararlarındaki gerekçeler gerçekten şaşırtıcıdır. Var denilebilir, yok denilebilir, siyasi bir bakış açısıyla değerlendirdiği İHAM belirtebilir. Ancak edebi eserin sınırlı bir etkisi mi vardır günümüzde? Bunun tartışılması gerekmektedir. Yine başka bir kararda *Arslan v. Türkiye*⁸ davasında; ifade açıklaması eğer edebi eserle yapılıyorsa düşmanca bir dil kullanılsa dahi, ülke bütünlüğü ve devlet gücü bakımından edebi eserin sınırlı etkisi olduğu belirtilmiştir. Bu kararların iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğü geniş ele alınmalıdır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere; kamu güvenliği bakımından, toprak bütünlüğü bakımından ülkeler de bunu korumaya yönelik müdahalede bulunabilmek için belirli düzenlemeler yapmalıdır.

TCK m.216. maddenin düzenlemesine baktığımızda, somut tehlike suçu olduğunu görüyoruz. Eylemin kamu güvenliği bakımından somut olarak yakın ve açık bir tehlike oluşturması gerekir ki, cezalandırılabilsin. Aksi halde bu eylemler cezalandırılmayacaktır. Türk Mahkemelerinin, özellikle de İHAM'ın içtihatlarının; tüm imzacı devletler bakımından takip edilmesi zorunluluğu olduğu için, bizim de İHAS iç hukuk metnimiz olması gereğiyle; Türk Mahkemeleri, vermiş olduğu kararları İHAM ile uyumlu hale getirmektedir. Bu konuda eksiklik olabilir. Ancak konuya ilişkin oldukça ilginç kararlar da bulunmaktadır.

Birleşik Krallık aleyhinde bir davayı örnek vermek istiyoruz. *Goodwin v. Birleşik Krallık*⁹ davasında, gazeteci haber kaynağını açıklamadığı için ülkende cezalandırılıyor. İHAM diyor ki haber kaynağını gizleyebilir, bu basın özgürlüğü kapsamındadır diyor. Yine başka bir davada, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*.¹⁰ davasında, Thalidomide adlı ilacın çocuklar üzerinde olumsuz etkisi var. Bununla ilgili açılmış bir dava var, dava henüz sonuçlanmadan bununla ilgili haber yapılmıştır. Mahkeme demiştir ki; kamusal menfaat vardır. Basın özgürlüğü önemli olduğuna, bununla ilgili haber yapılabileceğine karar vermiştir.

Konuşmamızın başında bahsettiğimiz, 1986 senesindeki *Lingens v. Avusturya* kararını ele almak gerekirse; basın siyasi hakların temelidir bu nedenle siyasi kişiliklere ilişkin eleştirinin hoş görülmesi gerekir, siyasi kişilikler söz konusu ise makası biraz açmamız gerekir demiştir.

⁸ Başvuru no: 23462/94.

⁹ Başvuru no: 28957/95.

¹⁰ Başvuru no: 6538/74.

*Fuentes Bobo v İspanya (2000)*¹¹ davasında, *Fuentes* yönetimi eleştirmiş. Bunu TV programında yapmıştır. Kendisi bir TV programcısı ve işten çıkartılmış. İHAM, bunu yapamazsın, ihlal vardır demiştir. *Radyo ABC v. Avusturya*¹² davasında da; radyo işletmek için talepte bulunulmuş ve talep reddedilmiş, bu davada İHAM, basın hürriyetine müdahale var demiştir. Ülke dışında basılan bir kitabın, ülkede yasaklanmasını da ihlal saymıştır *Association Ekin v. Fransa*¹³ davasında. Değişik kararlardır. *Jensild v. Danimarka*¹⁴ kararından biraz bahsedeyim. Kişi göçmen aleyhtarı haber yapıyor ve kişilere röportaj şeklinde sorular soruyor. Öyle sorular ki bunlar, ırkçı söylemlerde bulunmalarına yönelik sorular sorulmuştur. 1994 senesinde Danimark'da *Jensild*'e para cezası verilmiştir. Başvurucu İHAM'a konuyu taşımıştır. İHAM da İHAS m.10'un ihlal edildiğine karar vermiştir. Röportaj için başkaları tarafından açıklanan görüşlerin yayılması gerekir, bunlar da kamuoyunda tartışılmak zorundadır. Bunun engellenemeyeceği gerekçesiyle, İHAS m.10'a aykırılık olduğu yönünde karar vermiştir. Bitirirken şunu söylemek istiyorum. Kısaca bahsetmek istedim. İHAM'ın bazı kararları net değildir. Bir kararda farklı iken, diğer bir kararında daha farklı sonuçlara ulaşabiliyor.

Kişisel kanaatim ifade özgürlüğünün geniş yorumlanmasıdır. Bununla toplumsal tehlikeye yol açmadan, kamusal güvenlik zarar vermeden, nefret söylemine ulaşmadan yapılması gerekir. Asla bunlara geçit verilmemelidir, ama yine hocamın dediği gibi, mesela kamuya mal olmuş kişilere yönelik olan hakaretler bakımından, belirli düşünce açıklamalarını kişiler yapabilmelidir. Sen şu görüştesin şunu söylüyorsun, ben de bu görüşteyim bunu söylüyorum. Ben bunu söyleyebiliyorken, benim bunu söyleme hakkım varken; senin de benim dediğimin tam tersini söyleyebilme hakkın olmalıdır. Bana tezi ortaya koymam için geniş bir marj tanırken, karşı tarafa antitez için bütün yolları kapatırsan, o zaman sen sentezi elde edemezsin. İfade özgürlüğünün ortaya çıkmasının amacı; kamuoyunda özgür tartışma ortamı yaratmak, kişinin madde ve manevi varlığının geliştirilmesini sağlamak o zaman bu nedenlerle yapılmış ise, bu konulara dikkat edilmesi gerekir. Şunu da söylemeliyim haberle ilgili olarak; haber eskimemeli, geciktirilmemeli. Ama ivedilikle kamuoyuna duyurulması gerekmiyorsa kısa bir süre ertelenebilir, İHAM'ın bu doğrultuda verdiği kararlar da bulunmaktadır.

¹¹ Başvuru no: 39293/98.

¹² Başvuru no: 19736/92.

¹³ Başvuru no: 39288/98.

¹⁴ Başvuru no: 15890/89.

İHAM İçtihatlarında Serbest Seçim Hakkı*

Right to Free Elections in the Decisions of ECtHR

*Arş. Gör. Pınar DİKMEN***

Serbest seçim hakkı, siyasi bir hakkın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Sistemi'nde (İHAS) nasıl korunduğunun ortaya konulması açısından oldukça önemlidir. Aynı zamanda 16 Nisan referandumu sonrası tartışılan hususların aydınlatılması açısından da değer arz ediyor.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ilk halinde, serbest seçim hakkı kabul edilmemiştir. Sözleşme metninin hazırlanması sırasında böyle bir hakkın tanınmasına yönelik tartışmalara rastlamaktayız. Ancak taraf devletlerin siyasi rejimlerine karışmama endişesi ile bu hak sözleşmenin ilk halinde yer almamıştır. Bu endişe niçin var? Çünkü siz serbest seçim hakkı vasıtasıyla, bir ülkenin parlamentosunu oluşturacak seçimlerin denetimini uluslararası bir kuruluşa bırakıyorsunuz. Ulusal parlamentoların nasıl oluştuğu siyasi rejimi oldukça yakından ilgilendiren bir husus. Yani uluslararası bir kuruluş siyasi rejimi doğrudan denetleyebilir hale gelebilir! Bununla birlikte, birazda Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinin etkisi ile İHAS'a ek 1. Protokol'de bu hak en sonunda tanınmış. Fakat madde metnini okuduğunuzda tanınan hakkın çok da kuvvetli vurgulara sahip olmadığını görüyoruz. Buna göre yani Sözleşme 'ye ek 1. Protokolün 3. maddesinde tanınan serbest seçim hakkına göre taraf devletler yasama organı seçimlerinde; gizlilik, makul aralıklar gibi belirli bazı unsurları gözeterek, serbest bir seçim ortamı yaratmayı taahhüt ederler. Yani mutlak bir yükümlülük değil. Sadece bir taahhüt! Görüldüğü gibi çok da kuvvetli bir ifade değil. Ama bugün İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) ilgili içtihatlarını okuduğumuzda artık bu hakkın bireysel ve sübjektif bir hak niteliğine büründüğüne tanık olmaktayız. İHAM, bu hakkı yorumladığı kararlarında, serbest seçim ortamının oluşturulmasını bir taahhüt olmaktan çıkardı ve taraf devletlere belirli bazı yükümlülükler getirdi. Taraf

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde düzenlenen "Hukuka Güncel Bakışlar" programı kapsamında, 27.04.2017 tarihinde sunulan tebliğdir.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilimdalı Araştırma Görevlisi, pinardikmen@beykent.edu.tr.

devletler artık seçmen iradesinin özgürce ve demokratik şekilde ortaya çıkmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüler.

Konu ekseninde referandum sonrası tartışmaların merkezini, serbest seçim hakkındaki “seçim” ifadesinin tam olarak neyi kapsadığı oluşturmaktadır. Madde metninden de görüldüğü üzere, bu hak ilke olarak yasama organı seçimlerini güvencelemektedir. Daha net bir ifade ile prensip olarak sadece genel seçimlerde bu hakkın güvencesinden yararlanabiliyoruz gibi gözüktüyor... Konuya daha ayrıntılı olarak bakıldığında, İHAM’ın otomatik bir kategorileştirmeye gitmediğini görmekteyiz. Yani serbest seçim hakkında öngörülen ilkelere uyulmadan gerçekleştirilen bir seçimin, mutlak surette genel seçim olmasına gerek yok. Eğer bir seçim ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip herhangi bir organın ya da meclisin oluşturulması amacı ile düzenlenmişse, Mahkeme bu ilkelere uyulmadığı gerekçesi ile ihlal kararı verebilecektir. Dediğimiz gibi seçimin illa ki ulusal parlamento seçimi olmasına gerek yok.

Örneğin Türkiye üniter bir devlet. Türkiye’deki yerel yönetimlerin basit idari yetkiler dışında yasama faaliyetine yaklaşan bir yetkisi bulunmamaktadır. Oysa ki İtalya yahut İspanya gibi bölgesel devletlerin, bölge meclislerinin asli norm koyma yapma yetkisine haiz oldukları düşünülürken, bu meclisleri oluşturma amacıyla düzenlenen seçimlerin, serbest seçim hakkında tanımlanan ilkelere uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekecektir. Benzer şekilde federal bir devlet olan Almanya’da sadece federal düzeyde değil eyaletlerdeki seçimlerde de bu hakkın ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir.

Konu ile ilgili bir diğer husus çift meclisli bir sisteme sahip taraf devletlerin durumu. Dikkat edilirse 1952 tarihli İHAS’a ek 1. Protokol hazırlanırken azımsanamayacak sayıda devlet çift meclisli bir sisteme sahip. Zaten Türkiye’de 1961 yılından sonra, 1982 Anayasası’na kadar çift meclisli anayasal bir sistem kabul ediliyor. Çift meclislilik serbest seçim hakkı açısından bir turnusol kâğıdı görevi görmekte. Çünkü ikinci meclisler genel seçimle kurulan ulusal meclisleri frenlemek amacıyla oluşturulurlar. İkinci meclislerin üyeleri yüksek oranda anti-demokratik usullerle belirlenir ve bu da serbest seçim hakkında yer alan güvencelerle çatışmaktadır. Örneğin İngiltere’de Avam ve Lordlar Kamarasını oluşturan seçim usulleri birbirinden oldukça farklıdır. Lordlar Kamarası, kökenleri Ortaçağ’a kadar giden bir hukuk ekseninde demokratik olmayan usullerle oluşturulan bir yapıdadır. İşte bu aşamada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin demokratik seçimlerle belirlenen birinci meclisleri frenleme amacı ile oluşturulan ikinci meclislerin varlığını İHAS’a aykırı bulmadığını söyleyebiliriz. Mahkeme’ye göre iki meclisli bir sistemde meclislerden biri demokratik ve serbest bir seçimle oluşturulduysa bu Sözleşme açısından yeterli bir güvencedir.

Görüldüğü üzere siyasi bir hak olan serbest seçim hakkı bu aşamada yetersiz kalmakta, Mahkeme taraf devletlerin siyasi rejimini oluşturan temel unsurları eleştirmeye cesaret edememektedir. Nitekim bu gibi vakalarda Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini devreye sokarak, karar verme inisiyatifini taraf devletlerin takdirine bıraktığını belirtelim.

Serbest seçim hakkı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken başka bir husus, yürütmenin yasama işlemi yapma yetkisidir. Bazı durumlarda yürütme organı yasama faaliyetine eklemlenebiliyor. Örneğin kimi sistemlerde Cumhurbaşkanının kanun teklif etme yetkisi var yahut 16 Nisan Referandumu sonrasında kabul edilen Anayasa değişikliğinden de görüleceği üzere Cumhurbaşkanının veto yetkisi olacak. Bu işlemlerin her biri yasama faaliyetinin bir zinciri. Dolayısıyla bu örneklerde yürütmenin ilk elden norm koyma, yasama faaliyetine katılma hali söz konusu. Peki yürütme organının belirlenmesi için düzenlenen seçimlerde, serbest seçim hakkının güvencesinden yararlanabilecek miyiz?

Dinleyici: Örneğin Olağanüstü Hal döneminde çıkarılan Kanun Hükümünde Kararnameler. Burada da yürütme organı yasama faaliyeti yapmaktadır.

Bu biraz tartışılabilir bir husus. Çünkü OHAL dönemlerinde İHAS sistemini askıya almaktayız. Bu nedenle OHAL KHK'ları doğru bir örnek olmayabilir.

Devam edersek, acaba yürütme yasama işlemine dahil olabiliyorsa, örneğin İngiltere'de Taç'ın sahip olduğu yetkileri gözönüne alarak varsa nasıl bir yorum yapacağız? Devlet başkanı II. Elizabeth seçilirken demokratik bir seçim yapılmadı diyebilecek miyiz? Burada Mahkeme böyle bir yorum tarzını benimsemiyor. Devlet başkanlarının sahip olduğu veto benzeri yetkileri sembolik ve tamamlayıcı yetkiler olarak görüyor. Mahkemeye göre bu işlemler yasama faaliyeti ağırlığına ulaşmıyor. Bu bilgi ışığında yeniden Türkiye'de donecek olursak, anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanına önemli bazı yetkiler verildi. Buna göre Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme teşkilatını baştan aşağı düzenleyebilecek. Yasama yetkisinin asliliğine çok yaklaşır bazı özellikleri taşıyan kararname çıkarma yetkisinin, İHAM tarafından bir yasama faaliyeti olarak görülme ihtimalinin olduğunu belirtebiliriz. Bu ihtimalde de Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin serbest ve demokratik bir şekilde düzenlenmemesi halinde, İHAM'ın serbest seçim hakkı açısından bir ihlal bulması gündeme gelebilir.

Seçim barajı meselesi de Türkiye'yi oldukça ilgilendiren bir husus olarak göze çarpmakta. İHAM'ın Yumak ve Sadak - Türkiye kararını hatırlatmak fayda var. Bu kararda, milletvekili seçim kanununda yer alan %10 genel se-

çim barajının Sözleşme'ye aykırı olduğu iddia edilmişti. Mahkeme ise serbest seçim hakkı açısından bir ihlal bulmamıştı. Bu karar kamuoyunda, “*barajın sözleşmeye uygun olduğu*” şeklinde bir tepki ile karşılandı. Halbuki karar dikkatle okunursa, İHAM'ın %10'luk barajı açık bir şekilde Sözleşme'ye uygun bulduğuna yönelik bir çıkarımda bulunmak zor. Mahkeme aslında kararda, en özet ifade ile takdir marjı doktrini devreye sokarak, Türkiye'nin seçim sistemine karışmam dedi. İHAM kararda Avrupa Konseyine üye ülkelerde kabul edilen genel seçim barajları ile Türkiye'deki sistemi karşılaştırdı ve %10'luk barajı yüksek buldu. Ama bir ihlal kararı vermektense, Türkiye'de kabul edilen bu barajın daha küçük partiler tarafından bir şekilde aşılabilmesine dikkat çekti. Bağımsız milletvekilliği, vs. gibi yöntemlerle... Sonuç olarak İHAM, Türkiye ile ilgili bu başvuruda, suya sabuna dokunmadan, bir ihlal yoktur ama baraj yüksektir kararı verdi! Kamuoyunda gösterildiği şekilde, barajın Sözleşme'ye uygun olmasından daha farklı bir yorumdur bu...

Referandum meselesine gelecek olursak, bilindiği gibi referandum sürecinde ve sonucunda, seçmenlerin iradesinin özgür şekilde ortaya çıkmasını sağlayacak serbest ve demokratik koşulların yaratılıp yaratılmadığı oldukça tartışıldı. Bizim bu ihlal iddialarını İHAM'dan önce iç hukukta çözüp çözemeyeceğimizi araştırmamız gerekiyor. Bu noktada çözmemiz gereken iki nokta mevcut. Birincisi acaba referandum sürecinde yaşanan hak ihlali iddiaları bireysel başvuruya konu teşkil edebilir mi? İkincisi, Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine bireysel başvuru yoluna gidilebilir mi?

İlk soruya ilişkin olarak incelenmesi gereken esas mevzu, serbest seçim hakkının referandum sürecine ilişkin bir koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Anayasa'nın 148. maddesine göre, bireysel başvuru yolunda ihlal edildiğini öne sürdüğümüz haklarımız hem İHAS sisteminde hem de Anayasa'da tanınmış olmalıdır ve serbest seçim hakkı hem İHAS'a ek 1. Protokol de hem de Anayasa'nın 67. maddesinde kabul edilmiştir. Bahsedildiği üzere, İHAM genel seçim dışındaki seçimlerde de bu hakkında kullanımını dışlamıyor. Ama anayasa değişikliğine ilişkin bir referandumun serbest seçim hakkının güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağı incelenmesi gereken bir husus. Örneğin, yürürlüğe giren bir anayasa değişikliği gizli oy ilkesini kaldırırsa bu elbette İHAM önünde tartışılabilir bir husus olur. Nitekim Timke - Almanya kararında bir eyalet meclisinin görev süresini değiştiren anayasa değişikliğinin serbest seçim hakkını ihlal ettiği iddiası Mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunmuş. Bu kararda bir seçimin serbest koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediği değil, anayasa değişikliği sonucunda yasama organının seçiminin makul aralıklarla yapılması şartının ihlal edilip edilmediği değerlendirilmiş. Bu bağlamda, geçtiğimiz referandumda kabul edilen anayasa değişikliğinin ilgili maddelerinin yürürlüğe girmesi ile pratikte Türkiye Büyük Millet Meclisi

seçimlerini etkileyebilecek maddelerin mevcut olduğu malumunuz... Ama burada İHAM Timke kararındaki gibi bir yorum yapar ve başvuruyu kabul eder mi çok emin değilim açıkçası.

Peki referandum sonucu değil de, süreci serbest seçim hakkının güvencelerinden yararlanabilir mi? Doktrinde bu hususta farklı görüşler var. Bu tartışmaların odak noktasını McLean ve Cole - Birleşik Krallık davası oluşturmaktadır. Kararda bir referandum süreci incelenmiş ve en net şekilde ifade etmemiz gerekirse Mahkeme, *“Referandumların yasama organını oluşturan bir seçim olarak kabul edilmeyeceği yönündeki içtihadımı değiştirecek bir neden bulunmamaktadır.”* şeklinde yorumda bulunmuş. Bu yorumdan hareketle bazı hukukçular, geçerli bir neden olması halinde referandum sürecinde de serbest seçim hakkı işletilebilir demekte, diğer yönde düşünenler ise bunun zorlama bir yorum olduğunu öne sürmektedirler.

Buraya kadar toparlamamız gerekirse, bir referandum sürecinin İHAM nezdinde serbest seçim hakkına konu olup olmayacağı şimdilik menfi bir görünüm arz etmekte. Bu noktada İHAM'ın anayasa değişikliğine ilişkin bir referandumu serbest seçim hakkı içinde incelemeyeceğini varsayalım ve en baştaki mevzuya dönelim. Anayasa Mahkemesi'nin tutumu nasıl olmalıdır? Çünkü bahsettiğiniz üzere bireysel başvurunun konusunu, Anayasa'da ve İHAS ve ona ek protokollerde tanınan hak ve özgürlükler oluşturmaktadır ve Anayasa'da tanınan serbest seçim hakkı bütün seçimleri kapsamaktadır. Sonuç olarak varsayalım İHAM referandumu bir seçim olarak görmüyor. Bu durumda AYM özgürlükçü bir yorum yapamaz mı? Üstelik İHAS'ın 53. maddesi aslında şunu söylüyor; Sözleşmeci Devletler, eğer kendi iç hukuklarında ya da taraf oldukları diğer sözleşmelerde İHAS'a göre daha yüksek bir korumaya sahiplerse onu uygulasınlar. Bir hak kendi iç hukuklarında daha önceli bir konumda ise İHAS'ı değil kendi iç hukuklarını uygulasınlar!

Ama maalesef Anayasa Mahkemesi, böyle bir yorum benimsemedi. Örneğin Mansur Yavaş kararında serbest seçim hakkını Anayasa'da tanımlanan şekliyle değil, İHAM içtihatlarındaki haliyle okuyacağım dedi ve bu hakkın sadece genel seçimler için uygulanacağına karar verdi. Benzer şekilde Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı da bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağını kabul etti. Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun bulunmaması, serbest seçim hakkının pratik olarak Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesini engelliyor. Çünkü YSK, seçim sürecindeki uyuşmazlıkları karara bağlayan bir kurum. Dolayısıyla seçim sürecinde serbest seçim hakkı ile ilgili ihlal iddiaları kaçınılmaz olarak YSK kararlarından kaynaklanacak. Ama bu kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine gidilemeyecek...

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi ya da İHAM önüne götürülecek başvuruların başarı şansının yüksek olduğunu söyleyemeyiz. Bununla birlikte iddiaların bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi, somutlaşması isteniyorsa, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesine dayanılarak, İnsan Hakları Komitesi'ne gidilmesi tavsiye edilebilir. Çünkü 25. maddede yalnızca genel seçimlerin değil bütün seçimlerin dürüstlikle yapılmasını garanti altına alınmış. Üstelik Komitenin Fransa'da gerçekleştirilen referandum sürecine ilişkin verdiği Gillot kararı, tartıştığımız husus açısından kayda değer bilgiler içermekte!

Anayasa: Kimin İhtiyacı?*

Constitution: Who Needs it?

Arş. Gör. D. Celaleddin KAVAS**

Aslında geniş perspektifli bir konuşma yapmayı düşünüyordum, ancak günümüzde olup bitenler buna müsaade etmeyecek gibi. Referandum gündemine bakacak olursak; çok tartışmalı bir referandumu geride bıraktık. Bu bize neyi gösteriyor? Hukuk alanlarının, anayasa hukuku öncelikli olarak, kendileri tartışmalı bir duruma düştü. Bu durum bir krize girildiğine dair işaret veriyor. Çünkü öyle bir noktaya gelindi ki, hukuk içerisinde, en absürt durumlara karşı bir şey yapılamadığı bir çıkmaz söz konusu. Dünyanın genel işleyişi, dünya sisteminde olup bitenler zaten bu imkanların önüne birtakım setler çekiyordu. Ama iyi kötü, belli sınırlar içerisinde birtakım hak ihlallerinin mahkemeler önünde tartışılabilirdiği bir düzen vardı. Bunu geride bıraktık ve çıkmaza girildi. Anayasa hukuku bence ilk etapta bunu yaşamış oldu bu anayasa değişikliğiyle. Türkiye'deki en normativist hoca olarak bilinen Kemal Gözler bile artık siyaset sosyolojisi yazıları yazmak zorunda kaldı. Önceden, ders kitabında diyordu ki: *"Anayasa hukukçularının siyaset bilimine girmeleri çok yanlıştır. Biz kötü bir siyaset bilimcisi değil, iyi bir anayasa hukukçusu olmalıyız."* Bu konuda çok katı olan ve bunun şampiyonluğunu üstlenen biri bile, son iki aydır -belki bir senedir de yapıyor ama- *"Batılularda devlet kavramı nedir, bizde nedir?"* gibi yazılar yazmaya başladı. Demek ki hukuk alanlarının ilk adımıdaki, ontolojisi diyebileceğimiz, *"Niçin biz bu işe el atıyoruz?"* sorularına cevap bulma işine dönüldü. Niçin anayasa var? Geldiği yer çıkmaza girdi; en başa dönüyoruz. Bunun birçok hukuk alanlarında da muhtemelen ilerleyen dönemlerde benzer birtakım krizler yaşayabileceğini tahmin ediyorum. Şu aralar çok popüler olan, *post-truth* denen bir şey var. Demokrasinin, insan haklarının ve benzer evrensel ilkelerin tamamen tersi yönde bir rüzgâr esiyor dünyada. Dolayısıyla bu değerler üzerine kurulu olan modern hukuk da bir çıkmaza girmek durumunda kalacak. İster istemez bunların sorgulandığı bir noktaya yaklaşıyoruz. Bu öteden beri gerekli olan bir şeydi. Ben dört sene Türkiye İş Kurumu'nda memurluk yaptım. Belki o dört sene boyunca

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde düzenlenen "Hukuka Güncel Bakışlar" programı kapsamında, 27.04.2017 tarihinde sunulan tebliğ metnidir.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

işinden olan binlerce insanla konuştum. Onlara tazminat haklarıyla alakalı tavsiyelerde bulunmaya çalışıyordum. O binlerce insanın öyle tahmin ediyorum ki belki yüzde altmışı bana şunun gibi tepkiler veriyorlardı: *“Ne tazminatı, Allah’ından bulsun, ben içerideki maaş alacağımı alsam yeter, bir daha onların yüzünü görmeyeyim!”* Bu benim yaşadığım örnek olduğundan söylüyorum. İş Hukuku alanı bu insanların tepkilerini inceleyemiyor, çünkü bunlar iş hukukunun incelemesi dışında kalan şeyler olarak görülüyor. Bahsettiğim şey iş hukuku uzlaşmazlıklarının yüzde altmışlık gerçekliğini ifade ediyorsa iş hukukçularının bu anlamda kendi alanlarının sosyolojisini yapmaları gerekirdi. Bunu yapmıyorlar. Aynı şekilde ceza hukukçuları, ticaret hukukçuları da... Hukuk sosyolojisi çalışanlar ise bu gerçekliklerin çok uzağında metinler ürettikleri için; ne Türkiye’deki gerçek hukuk sorunlarına temas etme imkânı doğuyor, ne de hukuk sosyolojisinden diğer hukuk alanlarına bir fayda temin edilebiliyor. Böyle bir kopukluk var. Belki hukuk sosyolojisi kürsülerinin kaldırılarak, her hukuk alanının kendi sosyolojisini yapabilecek bir disipline dönüştürülmesi gerekiyor! Demin sözünü ettiğim kriz arttıkça bu gereklilik artacaktır da. İnsanlar yeniden *“Biz bu hukukla bu toplumsal gerçekliği nasıl buluşturabileceğiz?”* gibi en temel sorunlara dönmek zorunda kalacaklardır.

Bu girizgâh üzerinden devam edecek olursam; *“Anayasa kimin ihtiyacıdır?”* sorusuna dikkat edilmesi lazım. Çünkü bu birincil, temel sorunun cevabını kaybetmiş durumdayız. Niçin anayasa diye bir ihtiyaçtan bahsediyoruz? Şöyle bir varsayımdan yola çıkarsak sanırım bu soruya cevap bulunabilir. Farz edelim ki bugün bir değişiklik oldu ve anayasa yürürlükten kalktı. Diyelim ki demin şaka olsun diye bahsettiğimiz şey gerçekten oldu ve OHAL KHK’sı ile *“Anayasayı yürürlükten kaldırıyoruz!”* dediler! Anayasa Mahkemesi de *“Ben OHAL KHK’sını denetleyemiyorum!”* dedi ve gerçekten anayasa kaldırıldı! Anayasanın olmaması durumunda ilk aklımıza gelecek şeyler şunlar olurdu: Hükümet olağanüstü sınırsız yetkiler dolayısıyla keyfi uygulamalarını bin kat artırmaya yönelir, devasa bir iktidar gücü belirmeye başlar... Ne deniyor her zaman? *“Anayasalar iktidarları sınırlandırmak içindir”* deniyor. Bu yüzden akla, anayasanın olmadığı şartlarda iktidarın da başını alıp gideceği geliveriyor. Ancak biraz siyaset sosyolojisinin gerçeklerine bakacak olursak, hiçbir iktidar önü alınamaz bir zorbalığı ya da önü alınamaz bir sınırsız yetki imkânını bu şekilde pervasızca kullanmak istemeyecektir. Çünkü bu artık yönetilemez bir siyasal atmosfer doğuracaktır. O toplumla arasındaki tüm irtibat imkânlarını koparmış olacaktır. Bu bakımdan anayasaya ilk ihtiyaç duyacak olan siyasi iktidar olacaktır. En azından suiistimal ettiği bazı alanları meşrulaştırmak için yine bir anayasaya, hukuki bir dayanağa ihtiyaç duyacaktır. Muhaliflere de, en azından görünür olmaları ve kontrol edilebilir bir pozisyonda kalmaları için siyaset alanında meşru bir yer açmayı isteyecektir. Son bir senedir de

yaşadığımız da buydu. *“Fiili durum zaten varken, istediğini yapabiliyorken; niye bir daha değişiklik yapmak istiyor?”* dendi. Yetmiyor; onun mutlaka bir hukuki zemininin oluşturulmasına ihtiyaç duyuluyor. Anayasalar daha çok siyasal iktidarların ihtiyacı olan bir şeydir. O genel kabul gören *“İktidara karşı anayasa”* tezini tam desteklemeyen bir gerçeklik bu.

Dinleyici: Şöyle bir şey var; ihtilal veya darbe dönemlerini düşündüğümüz zaman diyelim ki iktidarın sınıfsal karakteri değişiyor. Ama hukuk devam ediyor; var. Geçmişin daha farklı yorumlanan ceza kanunları da uygulanmaya devam ediyor. O kanuna göre yargılıyor mesela karşı devrimci dediklerini yargılarken. Kendi bir anda beş yüz maddelik bir ceza kanunu yazamayacağı için. Darbe dönemlerinde de anayasayı bir anda yapamayaacağı için. Bazı hükümlerini askıya alıyorlar ama sistemi yıktığı zaman bile kaç sene sonra yeni anayasa ve kanunlar yapılabiliyor. Geçiş döneminde eski kanunlar ve anayasa kullanılıyor.

Evet, sanırım Alexis de Tocqueville demiş, Fransız Devrimi sonrasında *“Evet aristokrasi yerinden edildi ama o devasa idare hukuku halen devam ediyor; merak etmeyin!”* diye. Elbette bir hukuk düzeni birden bire ortadan kalkmış olamıyor. Ama ben anayasa merkezli düşündüğüm zaman anayasayı şöyle görüyorum. Diğer bütün hukuk alanları için de bu çözümleme yapılabilir: Birtakım hukuki düzenlemeler, el attığı konuları daha adil bir hale getirmekten ziyade, bazı adaletsiz şeylere mazeret üretme fonksiyonu icra ediyor. Mesela aile hukukuyla ilgili yeni bir düzenleme çıktığında, diyelim ki toplumdaki bir sorunu çözeceği ümit ediliyor. Ama uygulamaya geçildiğinde öyle adaletsizlikler üretiyor ki *“Ne yapalım hukuki düzenleme bunu gerektirdiği için bunu yapmak zorundayız”* diyoruz. Çoğu zaman hukuk bizim amaçladığımızın tersi yönde işliyor. Modern hukukun temel çelişkilerinden biri bu. Anayasa hukukunda ise bilhassa böyle işliyor. Mesela anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanı'nın birtakım yetkilerini sonuna kadar kullanması eleştiriliyordu. Bakanlar kuruluna başkanlık etmesi gibi. O da çıkıp bunun anayasada yeri olduğunu söylüyordu. Dolayısıyla siyasal iktidar kendi otoritesini destekleyecek bir şey olduğu için anayasaya ihtiyaç duyuyor.

Ancak bu yaklaşım her şeyi açıklamaya yetmiyor. Öncelikle bizim bir toplum olarak bir arada yaşama gerekçemiz ve irademiz olması lazım, bir anayasa olması için. Anayasa bir toplumsal mutabakat metni olamaz. Hiçbir toplum, hiçbir insan grubu bir hukuk metni etrafında toplanmak amacıyla bir araya gelmez. Böyle bir motivasyon olmaz. Mutlaka tarihi, kültürel, etnik, sınıfsal, siyasal sebeplerle insanlar bir aradadırlar; sonradan buna normatif bir düzene çevirirler ve bunun için bir anayasa üretirler. Hiç kimse *“Güzel bir anayasa yapalım ve bunun etrafında bir araya gelelim”* demez; bu kimseyi motive etmez. Ama bunun yine de bir istisnası vardır: Amerika Birleşik

Devletleri. Zaten tarihsel bir anomali gibidir. Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasası oranın her şeyidir. Konfederasyon olarak yaşayan insanlar o anayasa etrafında birleşip bir federasyona geçtiler. Bir hukuk metni üzerinde toplandılar. Bunun sebebi Amerika'da bir aristokrasinin olmayışdır. Orada toplumsal düzene dair hakemlik rolü oynayabilecek, toplumsal düzenin, insan ilişkilerinin nasıl olacağına dair sürekli başvurulacak bir dayanak, psikolojik bir sabite olmadığı için onlar en rasyonel düzeyde bir sistem geliştirdiler. Dünyanın belki de en rasyonel anayasasını yaptılar. Avrupa kıtasındaki siyaset felsefesinin ürettiği kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti gibi ilkelerin en rasyonel ve başarılı şekilde uygulandığı yer Amerika kıtası oldu. Mesela Avrupa kıtasında mesela kuvvetler ayrılığı bu kadar, başkanlık sisteminde olduğu kadar keskin ve net bir şekilde uygulanmamıştır. Çünkü Avrupa'nın hala kendine ait birtakım otantisiteleri vardı. Kültürel birtakım yapıları devam etmekteydi ve insanlar bir anayasanın hatırı için değil, tarihsel değerler dolayısıyla bir arada olmayı sürdürürler. İngiltere'de yazılı bir anayasa yoktur ama İngiltere'de adalı olmak o toplumun her şeyidir. İşçi sınıfından da olsa, aristokrasiden de olsa, o bütünün bir parçası olmak onlar için bir anayasanın varlığından daha önemli ve belirleyicidir. Onlar bir şekilde teamüllerle bunu götürebilmişlerdir. Ama Amerika'da böyle bir şey yok. Bir göçmen topluluğu ve onlar tamamen çıkara, paraya dayalı ilişkileri rasyonelleştirebilecek bir hukuki düzen kurmak durumundaydılar. Dolayısıyla anayasaya en çok ihtiyaç duyan toplumlar *Amerikanlaşmış* toplumlardır, diyebiliriz. Sosyolojide "ideal tip" dediğimiz bir analiz birimi bağlamında bunu söyleyebiliriz. İdeal tipler, sosyal hayatın geometrisi gibidir. Tabiatla mesela üçgen görmeyiz, üçgene benzeyen, üçgene en yakın olan cisimlere üçgen deme eğilimindeyizdir. Sosyal gerçeklikte de bu tür tanımlar asla birebir oturmaz ama belli eğilimler, belli alamet-i farikalar, idealize edilip diğer unsurlarından yalıtılarak tipeleştirilebilir. Bence *Amerikanlaşma* da böyle bir ideal tip olarak zikredilebilir. Anayasa hukuku bakımından Amerikanlaşmış bir toplum anayasanın en belirleyici rol oynadığı toplumdur. Çünkü ekonomik değerlerin başat olduğu, insanlar arası ilişkilerde temel olduğu bir toplumdur söz etmekteyiz. Bu sosyalist bir düzen de olsa, tanım gereği Amerikanlaşmış bir toplumdur. Bu tür toplumlarda bir anayasanın varlığı, anayasal ilkelerin varlığı her şeyden daha önce gelebilir. Bugün Türkiye, bütün siyasi meselelerini anayasa tartışarak ele alma temayülü dolayısıyla Amerikanlaşmış bir topluma dönüşmektedir.

Bizde aranacak olan şey bir anayasanın varlığı mı, yoksa bir toplumsal mutabakatın varlığı mı, meselesidir. Önce bir toplumsal mutabakat olması lazım, anayasanın sonradan bunu desteklemesi lazım; biz eğer o derece Amerikanlaşmış bir toplum değilsek. Bugün itibarıyla yapılan anayasa değişiklikleri de bize bunu sorgulatacaktır zaman içerisinde. "*Biz niçin bir arada*

yaşıyoruz? Böyle bir anayasa için mi bir arada yaşıyoruz?" sorusu insanların zihninde gündend güne büyüyecektir. Dolayısıyla niçin bir arada yaşadığımız sorusu, toplumsal mutabakat sorusu cevaplandırılması önce gelen sorudur. Ondan sonra anayasa konusunda bir çözüm sağlanabilir. Bugün bu husus es geçildiği için gücünü yetiren istediğini yapabiliyormuş gibi bir manzara çıkıyor. Weber'in meşhur siyasi otorite tipleri vardır, *yasal / geleneksel / karizmatik otorite* diye. Bugün yasal otoritenin ortadan kalktığı ve karizmatik otoritenin baskın olduğu bir siyasi atmosfer görünüyor. Hâkimler karar verirken nasıl itham edilebilecekleri korkusuyla karar veriyorlarsa artık yasal otorite kalmamış, psikolojik etki öne geçmiştir. Bunun aşılabilmesi yeniden bir arada yaşama gerekçemizin temellerini netleştirilerek toplumsal mutabakata kavuşulması ve ardından yeniden buna göre bir anayasal çerçeve belirlenmesi lazım. Aksi takdirde 2019'a kadar tahterevallı gibi %49 mu, %51 mi öne geçecek diye bir sallantı içerisinde geçer. Bugün toplumsal mutabakatı değil de anayasayı tartışıyor olmak büyük bir problemdir. "*Filanca beyefendiye başkanlık yetkileri verelim mi, vermeyelim mi?*", "*Meclisin yetkileri nerde başlasın, nerde bitsin?*" gibi şeyleri tartışıyoruz. Bu Amerikanlaşmış bir toplum olmanın sancısı. Toplumsal bir sorunu çözümüyoruz, "filanca"nın sorununu çözüyoruz. Dediğim gibi anayasa gerçekten bir yürürlükten kalksa, kendi sorunlarımızı ele almamıza sıra gelebilecek!

Dinleyici: Nasıl bir toplumsal mutabakat öneriyorsun?

Öncelikle bu sorunun aşılmasına yönelik bir iradenin belirmesi lazım. Anayasa krizinin geldiği yer Kemal Gözler'i ne yapmaya icbar ediyorsa, buna dikkat kesilmeliyiz. Bunun hukuk alanında aşılabilmesi için hukuk felsefecilerinin değil; anayasa hukukçularının daha çok hukuk felsefesine ve hukuk sosyolojisine dönmeleri lazım. Diğer hukuk alanlarına teklif ettiğim gibi... Anayasa Hukuku zaten bildiğim kadarıyla, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, "Siyaset Bilimi" ile birlikte cesamet kazanmış bir disiplin. Sonradan daha normatif bir çerçeveye hapsolarak siyaset biliminden ayrılıyor.

Dinleyici: Anayasa yargısı değer kazandıkça anayasa hukuku da bağımsızlaşıyor.

Bu da yine birtakım tarihsel sebeplerle anlaşılabilir. Türkiye dünyada Anayasa Mahkemesi olan dördüncü ülke. İkinci Dünya Savaşı sonrası şartlarının gerekleri dolayısıyla böyle. Kelsen normativizmi de bu şartların bir ürünü aslında. Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Sosyal Güvenlik Hukuku Anlamında İş Kazası

Work Accidents Within the Scope of Social Security Law

Hilal Nur GÜNCAN

Özet

Bu çalışmanın amacı sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası kavramını mevzuat, öğreti ve yargı kararları kapsamında incelemektir. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası yürürlükteki sistemimizde; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu "kısa vadeli sigorta kolları" kapsamında düzenlenmiş ve iş kazası hükümlerinin; hizmet akdiyle veya kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan tüm sigortalılar hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. Bu çalışmada öncelikle kaza kavramı borçlar hukuku, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku anlamında karşılaştırılmalı olarak ele alınmış, hangi hallerde meydana gelen kazaların Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında iş kazası olarak kabul edileceği yargı kararları ve öğreti arasında farklılık arz eden hususlar dikkate alınarak incelenmiştir. Son olarak 4/1-a ve 4/1-b kapsamında çalışan sigortalılar arasında bağımsız çalışmanın niteliğinin bir sonucu olarak iş kazasının tespit edilmesi, bildirilmesi ve iş kazası sayılacak hallerin belirlenmesi hususlarında mevcut bulunan farklılıklara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İş Kazası, Sigortalı, İşveren, İşyeri, İşçi.

Abstract

Main purpose of this article is to study the term of work accident within the scope of legislation, doctrine, and court decisions as a part of social security law. Within the present legal system work accident and occupational disease have been regulated within the Social Insurance and Universal Health Insurance Law No. 5510 as a part of "short term insurance branches" and related work accident articles have been stipulated to be applied to all insured whether they work through a service contract or work for his/her own name and account without being bound by a service contract. Within this work, firstly; the legal term of accident was studied comparatively in accordance with law of obligations, labor law and, social security law and in which conditions resultant accidents accepted as a work accident within the scope of Social Insurances and Universal Health Care Law was determined with discrepancies between decisions of courts and doctrine taken into consideration. In conclusion, present discrepancies between insured people within the scope of 4/1-a and 4/1-b regarding determination, notification of work accident and determination of situations which will be deemed as work accidents as a result of working whether with or without a service contract were addressed.

Keywords

Work Accident, Insured, Employer, Workplace, Worker.

* Beykent Üniversitesi S.B.E Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, hnguncan@gmail.com

GİRİŞ

İş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası ülkemizde 1945 yılında 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu ile kurulmuştur. Yürürlükteki sistemimizde iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasının kapsamına ve bu kapsamda sunulan yardımlara ilişkin hükümler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile düzenlenmiştir. Ülkemizde geniş kapsamlı bir mevzuata sahip olunmasına karşın, iş kazaları ve meslek hastalıklarının sayısındaki endişe verici artışa engel olunamamaktadır. Bunun sonucu olarak soruna, hukuk normunun yetersizliği ya da eksikliği değil, bu normların etkin bir şekilde uygulanamamasının ve yetersiz denetimlerin sebep olduğu kabul edilmektedir.

5510 sayılı Kanun iş kazalarını tanımlamak yerine hangi hallerde meydana gelen kazaların iş kazası kabul edileceğini düzenlemiştir. Bu sebeple Kanunda öngörülen şartlarda meydana gelen ve sigortalıyı ruhen veya bedenen zarara uğratan olay, iş kazası sayılacak ve kaza sebebiyle zarara uğrayan sigortalı; bu sigorta koluna ilişkin kanunda öngörülmüş olan yardımlara hak kazanacaktır. Çalışmamız kapsamında kavram olarak iş kazası ve devamında hangi hallerde meydana gelen kazaların iş kazası olarak kabul edileceği hususları ele alınılacak, bağımsız çalışanlar bakımından iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortasını uygulanmasına ilişkin farklılıklara değinilecektir. Bunun yanında çalışma boyunca yargı kararları ve öğreti arasında farklılık arz eden hususlara yer verilecektir.

1. İŞ KAZASI KAVRAMI VE UNSURLARI

Sosyal tehlike, kişinin gelirinde meydana gelen azalma veya giderlerde gerçekleşen çoğalma olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 28 Haziran 1952 tarihli Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı sözleşmesinde 9 sosyal tehlike sayılmıştır¹. İş kazaları bu kapsamda “mesleki risk” olarak nitelendirilmektedir². Bireylerin uluslararası metinlerde yer bulan sosyal tehlikelerin olumsuz sonuçlarına karşı sosyal güvenlik haklarının sağlanması bir devlet ödevi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Almanya’da 1884 yılında kurulan ve dünyada kurulan ilk sigorta kollarından biri olma özelliğine sahip olan iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, ülkemizde 1945 yılında 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu ile kurulmuş ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu³ ile daha kapsamlı

¹ ILO Kabul Tarihi: 28 Haziran 1952, T.C. Kanun Tarih ve Sayısı: 29 Temmuz 1971/1451, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 1 Nisan 1974 / 7-7964.

² Müjdat Şakar, *Meslek Yüksek Okulları için İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (8.Bası), Beta, İstanbul, 2015, ss.170.

³ RG, 29, 30, 31.07.1964 - 01.08.1964/11766, 11779.

bir şekilde düzenlenmiştir⁴. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵ incelendiğinde ise “kısa vadeli sigorta kolları” kapsamında yeniden düzenlenen iş kazası hükümlerinin; hizmet akdiyle veya kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan tüm sigortalılar hakkında uygulandığını görüyoruz⁶.

İş kazalarının ve sebep olduğu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla ülkemizde geniş kapsamlı bir mevzuata sahip olunmasına karşın, iş kazaları ve meslek hastalıklarının sayısındaki endişe verici artışa engel olunamamakta, bu sebeple soruna hukuk normunun yetersizliği ya da eksikliği değil, bu normların etkin bir şekilde uygulanamamasının ve yetersiz denetimlerin sebep olduğu kabul edilmektedir⁷.

1.1. İş Kazası Kavramı

5510 sayılı Kanun iş kazasını tanımlamaktan çok hangi hallerin iş kazası olarak kabul edileceğini düzenlemiştir. 5510 sayılı Kanun 13. maddeye göre iş kazası;

“a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

Meydana gelen bir kazanın 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazası sayılıp sayılmayacağına idari bakımdan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) karar verir, ancak sosyal sigorta ilişkisinin tarafları Kurum, işveren ya da sigortalı arasında bu hususun tespitine ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, kanuni tanımdaki hallerin anlamı ve yorumlanması görevi yargıya aittir⁸.

⁴ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (18. Bası), Beta, İstanbul, 2016, ss.365.

⁵ RG, 16.06.2006, 26200.

⁶ M. Refik Korkusuz, Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (5. Bası), Ekin, Bursa, 2016, ss.377.

⁷ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (15.Bası), Beta, İstanbul, 2014, ss.409.

⁸ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (1. Bası), Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, ss.317.

1.2. İş Kazası Unsurları

1.2.1. Sigortalı Olma

5510 sayılı Kanunun “Sigortalı Sayılanlar” başlıklı 4. maddesinin (1-a) bendinde hizmet sözleşmesi ile bir veya birkaç işverene bağlı olarak çalışanlar, 4. maddenin (1-b) bendinde; hizmet sözleşmesine bağlı olmaksızın kendi ad ve hesabına bağımsız çalışanlar ve yine 4. maddenin (1-c) bendinde memurlar sigortalı olarak kabul edilmektedir. Ancak kanunda memurlar için kısa vadeli sigorta kollarının uygulanmayacağı öngörülmekte, iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hükümler 4/1-a ve 4/1-b kapsamında çalışan sigortalılar için uygulama alanı bulmaktadır⁹.

4/1-c kapsamındaki memur ve diğer kamu görevlilerinin mesleki risklere karşı sosyal güvenlik ihtiyaçlarının “vazife malullüğü” ve “harp malullüğü” sistemi kapsamında karşılanması benimsenmiştir¹⁰.

1.2.2. Sigortalının Kazaya Uğraması

Sözlük anlamına göre kaza; *istem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir kimsenin, bir nesnenin veya aracın zarara uğramasıdır*¹¹. Borçlar hukuku anlamında kaza ve 5510 sayılı Kanun anlamında kaza kavramları değerlendirildiğindeyse; borçlar hukuku anlamında kaza kavramının kişi ve eşyaya gelen zararları kapsadığını ancak 5510 sayılı Kanun kapsamındaki kazaların ilgili maddede sayılan şartlar altında gerçekleştiğini ve eşyaya gelen zararın bu kapsamda değerlendirilmediğini görüyoruz. Diğer bir fark ise borçlar hukuku anlamında kaza hallerinde kusuru olan borçlu sorumluluktan kurtulamazken, 5510 sayılı Kanun kapsamındaki kazalarda sigortalının kusuru bulunması olayın iş kazası olarak kabulüne ilişkin bir değişikliğe sebep olmamaktadır¹².

Bireysel iş hukuku anlamında iş kazası ve 5510 sayılı Kanun anlamında iş kazası kavramını incelemeyen önce iş kazalarından doğan sorumluluğun kaynağını incelemek gerekmektedir. İşçi ve işveren arasında yapılan hizmet sözleşmesinin işverene yüklediği; işçinin iş tehlikelerine karşı korunması, iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması borçları yasal dayanağını İş Kanunu ve Borçlar Kanunundan alır¹³. İşverenin ilgili kanunlarca kendisine yüklenen bu borcu yerine getirmemesi sonucu meydana gelen kaza bireysel iş

⁹ İsa Karakaş, *İş Kazası & Meslek Hastalığı İhtilafları ve Çözüm Yolları* (2. Bası), Berikan, Ankara, 2012, ss. 23.

¹⁰ Arıcı, a.g.e, ss.316.

¹¹ Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi, 30/05/2017).

¹² Aybüke Karaca, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, ss. 67-68.

¹³ Ali Güneren, *İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları* (1. Bası), Adalet, Ankara, 2010, ss.434.

hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilir ve bu kazadan dolayı işverenin sorumluluğu doğar. Bu kazalar 5510 sayılı Kanun kapsamında kabul edilen iş kazalarına oranla dar kapsamlıdır. Bu sebeple bireysel iş hukuku anlamında iş kazası kabul edilen bütün kazalar 5510 sayılı Kanun anlamında da iş kazası kabul edilirken, 5510 sayılı Kanun anlamında iş kazası olarak kabul edilen bütün kazaların aynı zamanda bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁴.

Bir olayın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilmesi doğrudan işverenin sorumluluğunun doğması anlamına gelmemektedir. İşverenin iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğüne aykırı hareketiyle işçinin maruz kaldığı zarar verici olay arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Bir kararında Yargıtay, işyerinde kalp krizi geçirilmesini iş kazası saymıştır. Ancak işverenin kusuru bulunup bulunmadığının tespiti açısından, işyerindeki çalışma koşullarının, sigortalının bünyesinin zorlanıp zorlanmadığının, alınması gerekip de alınmayan önlemlerin neler olduğunun ve işçinin bu önlemlere uyup uymadığının göz önünde tutulması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁵.

Meydana gelen bir kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesi için dıştan gelen bir etkenle meydana gelmesi, istenilmemiş olması ve ani olması gerekmektedir¹⁶. Doktrinde kabul edilen bu görüşe rağmen Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay; kalp krizi geçiren sigortalının ölümünü ve beyin kanaması geçiren işçinin felç olmasını, olayın işyerinde meydana gelmiş olması gerekçesi ile iş kazası kabul ederek, kazanın dıştan bir etkenle meydana gelmesi şartını söz konusu olaylar bakımından aramamıştır¹⁷. Kazanın istenmemiş olması şartı ise yine bireysel iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku anlamında farklı değerlendirilirken; zarara uğrayanın isteğinin bulunması halinde bireysel iş hukuku anlamında kazada işverenin sorumluluğundan bahsedilememekte, sosyal güvenlik hukuku anlamında kazanın istenmemiş olması şartı doktrinde tartışılmaktadır. Ancak SGK'nın 2011/50 tarihli ve sayılı Genelgesinde; sigortalının işyerinde intihar etmesinin intiharın yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılacağını belirtilmiştir¹⁸. Yar-

¹⁴ Ali Atıcı, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, ss.14.

¹⁵ Yarg. 21.HD., T. 8.2.2011, E. 2010/9728, K. 2011/801. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Coşkun Saraç, "İşyerinde Kalp Krizinden Ölüm ve İşverenin İş Kazasından Dolayı Sorumluluğu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, <http://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/detay/sicil-sayi-26/>, ss.125-130, (Erişim Tarihi 01.04.2017).

¹⁶ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, ss.370-372.

¹⁷ Yarg. 21. HD., 21.11.2002, E.9004, K. 10005., Yarg. HGK., 13.10.2004, E. 21-529, K. 527, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 24/03/2017).

¹⁸ SGK'nın 2011/50 tarihli ve sayılı "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları" konulu genelgesi.

gıtay tarafından iş kazası kavramı hususunda oldukça genişletici bir yorumun tercih edildiği, 5510 sayılı Kanun 13. maddede sayılan durumlarda geçirilen bütün kazaların iş kazası olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁹. “5510 sayılı Kanunda kaza kavramının bu denli geniş tutulmasının nedeni, sosyal güvenliğin koruyucu kapsamının anayasal sosyal güvenlik hakkına (m. 60) uygun olarak mümkün olduğuna genişletilmesi düşüncesidir²⁰.”

İş kazasının son unsuru olarak kabul edilen ani olması şartı ise iş kazalarını meslek hastalıklarından ayıran en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Meslek hastalığında, zarara sebep olan olaya uzun bir zaman dilimi içerisinde ve devamlı bir surette maruz kalınmaktadır. İş kazasında zarara sebep olan olay tektir ve bir defada tamamlanmaktadır²².

1.2.2.1. Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada Uğradığı Kazalar

5510 sayılı Kanuna 13. maddeye göre “Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada.” uğradığı kazalar iş kazası sayılır. Ancak araştırılması gereken husus, işyerindeki kazanın işin sonucu doğmuş olup olmadığının tespiti ve bunun olayın iş kazası olarak kabul edilmesindeki etkisidir. İşin yapılmasından doğan kazalar tartışmasız bir şekilde iş kazası olarak kabul edilmekle beraber, meydana gelen ve zarara sebep olan kazanın sigortalının özel yaşamından kaynaklanmasına ilişkin Kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat Yargıtay kararları incelendiğinde işyerinde bulunduğu sırada gerçekleşen kazaların iş kazası olarak kabulünde, işin yapılmasından ya da özel hayattan kaynaklanmasının dikkate alınmadığı görülmektedir. Sigortalının mesai arkadaşı tarafından yaralanması, kira sebebiyle çıkan tartışma sonucu ev sahibi tarafından dövülmesi, ara dinlenmesindeki sporu esnasında ayak kemiğinin kırılması gibi olaylar sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelmesi sebebiyle iş kazası sayılmaktadır²³. Bunun yanında SGK’nın 2011/50 tarihli ve sayılı “Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları” konulu genelgesinde belirtildiği üzere; “*Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen olayların yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılması gerekmektedir. Bu bakımdan sigortalıların avluda yürürken düşmesi, dinlenme saatinde top oynarken ayağının burkulması, bahçede meyve ağacından meyve toplarken düşmesi, tarlada çalışır iken traktör ile kaza geçirmesi, yemek yerken elini kesmesi, dinlenme odasında dinlenirken sobadan zehirlenmesi, işyerinde intihar etmesi, işyeri sınırları içinde bulunan havuzda boğularak ölmesi, ücretli izinli bulunduğu sırada çalıştığı işyerindeki arkadaşlarını ziyaret*

¹⁹ Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (1. Bası) Vedat, 2014, ss. 513.

²⁰ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (10. Bası), Beta, 2014, ss.423.

²¹ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, ss.372.

²² Baki Oğuz Mülayim, *İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Kavramları*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, ss. 38.

²³ Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (2. Bası), Beta, İstanbul, 2015, ss. 323.

için geldiğinde kaza geçirmesi, araçlarla çalışanların bu araçlarda geçirecekleri kazalar iş kazası olarak kabul edilecektir."²⁴. İşyerinde meydana gelen bir olayın iş kazası olarak kabulü bakımından işyeri kavramı, işyerinin sınırları ve kazanın zamanı üzerinde durulması gerekmektedir.

1.2.2.1.1. İşyeri Kavramı

5510 sayılı Kanun m.11'e göre işyeri; "sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır." Görüldüğü gibi 5510 sayılı Kanun anlamında işyeri; asıl işyeri ile sınırlı tutulmamış, aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar da işyerinin sınırları içinde kabul edilmiştir. Araç kavramının kapsamına her türlü taşıt aracı, seyyar veya sabit her türlü makine girmektedir²⁵. Bir aracın işyerinden sayılması için işverenin aracın maliki olması da zorunlu değildir²⁶.

İşyeri kavramının 5510 sayılı Kanun kapsamında tanımlanmasındaki amaç, sigortalının işyerinde bulunduğu süre boyunca insan olması sebebiyle sahip olduğu ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bütün mekanların işyerine dahil edilmesidir. Bu sebeple işçiler tarafından kullanılan bütün tesisler işyerinden sayılacaktır. Bu kuralın istisnası işyeri sınırları için bulunan fakat ikamet amacıyla kullanılan lojmanlardır. İkamet amacıyla kullanılan lojmanlar işyerine dahil edilmemektedir²⁷.

1.2.2.1.2. Kazanın Zamanı

Sigortalıyı zarara uğratan bir olayın iş kazası olarak kabul edilmesi için bu olayın işyerinde gerçekleşmesi yeterli görülmekte ve iş saatleri içinde meydana gelmesine ilişkin bir şart aranmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu işyerinde kazaya uğranmasına ilişkin bir kararında; iş saatleri dışında işyerinin yanında bulunan dereye girilmesi sonucu meydana gelen boğulma olayını iş kazası olarak kabul etmiş, gerekçe olarak da sigortalının, işyerinde yıkanma yerlerinin bulunmaması sebebiyle zorunlu olarak dereye girip yıkanmış olması gösterilmiştir²⁸. Başka bir kararda ise gece bekçiliği yapan sigortalının beyin kanaması geçirecek felç olması, olayın işyerinde gerçekleşmiş olması sebebiyle iş kazası olarak kabul edilmiştir²⁹.

²⁴ SGK'nın 2011/50 tarihli ve sayılı "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları" konulu genelgesi.

²⁵ Başak Güneş, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun İşverene Rücu Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, ss.22.

²⁶ Güzel, Okur, Caniklioğlu, *a.g.e.*, ss. 247.

²⁷ Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku*, (8. Bası), Dora, Bursa, 2016, ss. 158.

²⁸ YHGK., 06.07.2005, E. 2005/10-444, K. 2005/449, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 28/03/2017).

²⁹ Yarg. 21. HD., 21.11.2002, E.9004, K. 10005, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 28/03/2017).

1.2.2.2. İşveren Tarafından Yürütülmekte Olan Bir İş Dolayısıyla Meydana Gelen Kazalar

5510 sayılı Kanun m.13'e göre; "*işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle*" meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda sigortalı kazaya işyerinde uğramamış dahi olsa kazanın işveren tarafından yürütülmekte olan bir iş nedeniyle meydana gelmesi halinde bu kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Sigortalı sabit bir mekanda çalışırken işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla gütübirlik dışarıya gönderilebilir ya da sigortalı işin niteliği gereği sürekli işyeri dışına çıkmak zorunda kalabilir. Bu iki durumda da görev yerine ulaşılan kadar yolda geçen süre İş Kanunu'na göre çalışma süresinden sayılacaktır. Bu sebeple yolda geçen sürede ve iş başında meydana gelen kazalar iş kazası sayılmaktadır³⁰. Örneğin sigortalının işverenin talimatı üzerine bir müşterinin evindeki elektrik arızası ile ilgilenirken kazaya uğrayıp ölmesi halinde bu durum iş kazası olarak kabul edilecektir³¹. Yargıtay, işçilerin işverence sağlanan bir taşıtla iş elbisesi provası için Urfa'dan Hilvan'a götürülürken terör saldırısı sonucu öldürülmesini ve başka bir olayda, sigortalının gönderildiği yere giderken halkevi bahçesine sapması ve orada arkadaşlarıyla otururken patlayan bir bomba sonucu hayatını kaybetmesini iş kazası saymıştır³². İşyeri dışında başka bir binaya gönderilen su dağıtımında görevli işçinin, bozuk asansör kapısı sebebiyle boşluğa düşerek ölmesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından iş kazası sayılmış, ancak hayat deneyimlerine göre işverence iş güvenliği önlemi alınmasının mümkün olmaması gerekçesiyle işveren bu kazadan sorumlu tutulmamıştır³³.

1.2.2.3. İşveren Tarafından Görevli Olarak Başka Yere Gönderilen Sigortalının Uğradığı Kazalar

İşçinin işveren tarafından görevli olarak başka yere gönderilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçen süreler İş Kanunu 66. maddeye göre çalışma süresinden sayılmıştır. 5510 sayılı Kanun m.13'e göre, "*Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda*" meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay iş kazası olarak kabul edilmektedir. Bir olayın bu kapsamda iş kazası olarak kabul edilmesi için; sigor-

³⁰ Sözer, *a.g.e.*, ss. 324.

³¹ Güzel, Okur, Caniklioğlu, *a.g.e.*, ss. 424.

³² Yarg. 9. HD., 04.07.1985, E.4249, K.7387., Yarg. HGK., 05.06.1996, E.10-228, K.454, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 28/03/2017)., Sözer, *a.g.e.*, ss. 325.

³³ Kararın değerlendirilmesi için bkz. Coşkun Saraç, *İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk- İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü- Uygun İlliyet Bağı*, [Elektronik Versiyonu] 'Sicil' İş Hukuku Dergisi, Sayı: 18, <http://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/detay/sicil-sayi-18/>, ss.202-214, (Erişim Tarihi 01.04.2017)., Levent Akın, *İşverenin İşçiye Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı*, [Elektronik Versiyonu] Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 2 Cilt: 25, <http://www.ceis.org.tr/dergi.php?diD=89>, ss.26-39, (Erişim Tarihi 01.04.2017).

talının, işveren tarafından verilen bir görevi yerine getirmek üzere işyeri sınırları dışına çıktığı an ve işverence verilen görev tamamlandıktan sonra tekrar işyerine döndüğü ana kadar geçen zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴.

Sözer'e göre; sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle uğradığı kazalar günübürlük olarak işyeri dışına çıkılması hallerini kapsarken, sigortalının işveren tarafından görevli olarak başka yere gönderildiği sırada uğradığı kazalar sigortalının birden fazla gün için dışarıda görevlendirilmesi hallerini kapsamaktadır³⁵.

SGK'nın 2011/50 tarihli ve sayılı "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları" konulu genelgesinde belirtildiği üzere "görevli olarak gönderilen sigortalının görev konusu ile ilgili olmayan ve görevinin dışında meydana gelen kazalar iş kazası sayılmaz. Bu nedenle görevli gönderilen sigortalının işi dışında eğlenmek için gittiği sinema veya gece kulübünde herhangi bir nedenden dolayı uğradığı kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi mümkün değildir." Ancak konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, işveren tarafından başka bir yere gönderilen sigortalının boş zamanlarının normal bir yaşantı içinde değerlendirilmesinin normal olduğu vurgulanmış, sigortalının boş zamanlarında, eğlence yerlerine, sinemaya gidebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple işveren tarafından başka bir yere gönderilen sigortalıyı, boş zamanları da kapsayan normal bir yaşantı sınırları içerisinde kalmak koşuluyla işyerine döntünceye kadar tüm risklere karşı korumak sosyal sigorta ilkelerinin bir gereğidir³⁶.

İşveren tarafından görevlendirilen şirket müdürünün Samsun'dan Ankara'ya gitmek için bindiği uçağın düşmesi sonucu ölmesi iş kazası sayılmıştır³⁷. Ancak Yargıtay başka bir olayda, sigortalının işverenin yurtdışındaki işyerine giderken bindiği uçağın ülke sınırları dışında düşmesi sebebiyle ölmesini, kazanın ülke dışında meydana gelmiş olması gerekçesine dayanarak iş kazası olarak kabul etmemiştir³⁸.

1.2.2.4. Süt İzninin Kullanımı Sırasında Meydana Gelen Kazalar

5510 sayılı Kanun m.13'e göre; "Bu Kanununun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda" meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir.

³⁴ Metin Pehlivan, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde (5510 Sayılı Kanun) Kısa Vadeli Sigorta Kollarından Sağlanan Yardımlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, ss.31.

³⁵ Sözer, **a.g.e.**, ss. 326.

³⁶ Yarg. 10. HD., 02.06.1983, E.2061, K.3302, Güneren, **a.g.e.**, ss.400., Sözer, **a.g.e.**, ss.327.

³⁷ Yarg. 9. HD., 29.12.1981, E.11284, K.15904, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 28/03/2017).

³⁸ "506 sayılı Yasa'nın uygulama alanı devletin hükümlerlik sahası ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında uygulanamaz. 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi SGK'na yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir." Yarg. 21 HD., 25.10.2010, E. 13391, K.10434, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi, 28/03/2017).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilmektedir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağı ise işçi tarafından belirlemekte ve bunun yanında bu süre günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. İşyerinde kullanılabilir bu iznin, işyeri dışında kullanılmasında da herhangi bir engel yoktur³⁹. Süt izninin kullanımı sırasında, işveren tarafından ayrılan emzirme odasında veya sigortalının iznini işyeri dışında kullanmayı tercih etmesi halinde çocuğun bulunduğu yer ve bu yere gidiş geliş esnasında meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilecektir⁴⁰. Önemli olan kazanın mesai süresi içinde meydana gelmiş olmasıdır⁴¹. Ancak kazanın emzirme saatleri içinde meydana gelmesinin yanında, bu sürenin çocuğun emzirilmesi amacıyla kullanılıyor olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde süt izninin kullanımı sırasında başka bir iş ile meşgul olan veya emzirme faaliyeti ile hiçbir ilgisi olmadığı esnada kazaya maruz kalan kişinin başına gelen olay iş kazası olarak nitelendirilemeyecektir⁴². Ancak süt izninin kullanıldığı sürenin günlük çalışma süresinden sayıldığı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş ve bu iznin kullanılacağı yer hakkında hak sahibine bir serbesti tanınmıştır. İşyerinde bulunduğu sırada gerçekleşen kazaların iş kazası olarak kabulünde, işin yapılmasından ya da özel hayattan kaynaklanması dikkate alınmazken ya da sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen kazalar yine iş kazası olarak kabul edilirken, süt izninin kullanıldığı sırada meydana gelen kazaların yukarıda belirttiğimiz durumlarda olduğu gibi kazanın sebebi araştırılmaksızın iş kazası olarak kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

1.2.2.5. İşveren Tarafından Sağlanan Taşıtlı İşin Yapıldığı Yere Gidiş Geliş Sırasında Uğranılan Kazalar

5510 sayılı Kanun m.13'e göre; "*sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtlı işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,*" meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir. 506 sayılı kanunda aranan taşımanın toplu olarak yapılması şartı 5510 sayılı Kanun kapsamında aranmamıştır. Bu sebeple bireysel taşımalar esnasında meydana gelen kazalar da iş kazası olarak kabul edilmektedir⁴³. Bunun yanında taşımanın yapılması amacıyla sağlanan taşıtın mülkiyetinin işverene ait olması gerekmekte, işverenin zilyetliği altında bulunması yeterli görülmektedir⁴⁴.

³⁹ Güneren, *a.g.e.*, ss.405.

⁴⁰ Karakaş., *a.g.e.*, ss.35.

⁴¹ Sözer, *a.g.e.*, 327.

⁴² Oğuz Mülayım, *Türk Sosyal Güvenlik Siteminde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, ss.44.

⁴³ Tuncay, Ekmekçi, *a.g.e.*, ss. 380.

⁴⁴ Güzel, Okur, Caniklioğlu, *a.g.e.*, ss.428.

İşverence yol parası ödenmiş olsa bile sigortalı işçilerin, dolmuş ya da belediye otobüsüyle işe geliş gidişleri sırasında meydana gelen kazalar iş kazası kabul edilmemektedir. Çünkü işçi tarafından kullanılan otobüs ya da dolmuş işverence sağlanmış veya işçilere tahsis edilmiş bir araç değildir⁴⁵. Ancak Yargıtay bir kararında, belediye işçisinin, belediyeye ait fakat yolcu taşıma işinde kullanılan bir otobüsle işyerine giderken terör saldırısı sonucu hayatını kaybetmesini iş kazası olarak kabul etmiştir⁴⁶.

Her ne kadar 5510 sayılı Kanunda “işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında” ifadesi kullanılmış olsa da, işverence tahsis edilen araca binerken ya da inerken ve aracı beklerken meydana gelen kazalar da iş kazası sayılmaktadır. Yargıtay bir kararında servis aracına binmek üzere işverence belirlenen yerde bekleyen sigortalının geçirdiği kazayı iş kazası kabul etmiştir⁴⁷.

1.2.3. Sigortalının Bedenen ve/veya Ruhen Zarar Görmesi

Bir olayın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getirmesi gerekmektedir. Kanunda açıkça düzenlendiği üzere mala yönelik zararlar iş kazası kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak sigortalıya organ görevini ifa etmesi amacıyla takılan protez ve cihazlarda meydana gelen zararların iş kazası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaktadır. Bir görüşe göre vücutta takılan suni organda meydana gelen zararların iş kazası sayılması normal hayat deneyimiyle bağdaşmamaktadır⁴⁸. Ancak diğer bir görüşe göre bireyin bir uzvunu kaybetmesi sonucunda bunun yerine takılan şey o uzvun yerine geçmektedir. Bu nedenle buna gelen zararın bireyin uzvuna gelen zararla aynı şekilde değerlendirilmesi gerekir⁴⁹.

Bedeni zarar; geçici iş göremezlik, kalıcı iş göremezlik ya da ölüm olarak ortaya çıkabilirken, ruhi zarar; sigortalının bedenen bir zarara uğramamasına karşın kaza sonucu psikolojik bozukluklar göstermesi ve kendisi ya da çevresi için tehlike arz etmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁰.

⁴⁵ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, ss. 381.

⁴⁶ Yarg. 10 HD.03.11.1983, E. 5263, K. 54446, “Olay işveren belediyenin otobüsünde meydana gelmiş olmasına karşın araç işçilere özgü taşıma yapmamakta olup, tüm vatandaşlara tahsis edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay bu sonuca lafzi yorumu aşan genişletici gai yorum yoluyla ulaşmıştır.” Sözer, **a.g.e.**, 328.

⁴⁷ Yarg. 21 HD., 14.05.1996, E. 2674, K. 2738, Kararın değerlendirilmesi için bkz. Haluk Hadi Sümer, *Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası mıdır?*, [Elektronik Versiyonu] Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 4 Cilt: 11, <http://www.ceis.org.tr/dergi.php?dID=174>, ss.10-13, (Erişim Tarihi 04.04.2017).

⁴⁸ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, ss.384.

⁴⁹ Ceren Sümer, *İş Kazasından Doğan Sorunlar*, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015, ss.31.

⁵⁰ Sözer, **a.g.e.**, ss.331.

Meydana gelen kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için sigortalının uğradığı zararın sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasını gerektirecek derecede olması aranmaktadır⁵¹. Bu sebeple Kurumun yardımını gerektirecek günlük hayatta sıkça rastlanılan ufak tefek yara, bere, ısırık ve sıyrıklar ya da baygınlık geçirilmesi iş kazası olarak kabul edilmeyecektir⁵².

Kanun yalnızca kaza sırasında değil, sonradan meydana gelen zararları da iş kazası kapsamında değerlendirmiştir. Olay sırasında ya da sonrasında meydana gelen zararlar, kaza ve zarar arasındaki nedensellik bağı kesilmediği sürece iş kazası olarak değerlendirilecektir.

1.2.4. Kaza ve Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Genel anlamıyla “nedensellik bağı”, iki olay arasında mevcut bulunan neden-sonuç ilişkisidir⁵³. 5510 sayılı Kanun kapsamında iş kazası, sigortalıyı engelli hale getiren olay şeklinde nitelendirilmiş ve nedensellik bağı iş kazasının bir unsuru haline gelmiştir⁵⁴. Bu sebeple, meydana gelen kazanın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilebilmesi için kaza ve zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen kazalar yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılmaktadır. Bu sebeple meydana gelen olayın iş kazası olarak kabul edilmesinde, işverenin işi ve kaza arasında nedensellik bağı bulunup bulunmaması, Kanunda iş kazası olarak kabul edileceği belirtilen haller kapsamına giren her olay için tartışma konusu oluşturmayacak, olayın iş kazası olarak kabulünde kaza ve zarar arasındaki nedensellik bağı araştırılacaktır.

2. İŞ KAZASININ TESPİT EDİLMESİ VE BİLDİRİLMESİ

2.1. İş Kazasının Bildirilmesi

Sigortalıyı bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazasıysa Kurum yardımında bulunmakla yükümlüdür⁵⁵. Ancak iş kazası sonucu zarara uğrayan sigortalının 5510 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen ve Kurum tarafından sağlanan yardımlardan yararlanabil-

⁵¹ Korkusuz, Uğur, *a.g.e.*, ss. 281.

⁵² Tuncay, Ekmekçi, *a.g.e.*, ss.384.

⁵³ Ersan Kuzgun, *İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2010, ss.24.

⁵⁴ Güzel, Okur, Canıklıoğlu, *a.g.e.*, ss.430.

⁵⁵ Yusuf Güleşçi, *İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalıklarını Kayıt ve Bildirim Yükümlülüğü (5510 sayılı SSGSSK ve 6331 sayılı İSGK Karşılaştırmalı Olarak İnceleme)*, [Elektronik Versiyonu] ‘Sicil’ İş Hukuku Dergisi, Sayı: 32, http://www.mess.org.tr/media/files/244_EMVIQT6DNRsicil_32.pdf, ss.152, (Erişim Tarihi 08.04.2017).

mesi için meydana gelen kazanın Kuruma bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim işveren tarafından, kazadan sonraki 3 iş günü içinde yapılacaktır. Ancak bu 3 günlük süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Bunun yanında iş kazasının yetkili kolluk kuvvetine de bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim belediye sınırları içinde polis karakollarına dışında ise jandarma karakollarına derhal yapılacaktır. Bildirim “iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi” ile doğrudan, taahhütlü posta ile ya da elektronik ortamda yapılır.

İş kazasının süresinde Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre zarfında, zarar gören sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği işverenden tahsil edilecektir.

2.2. İş Kazasının Soruşturulması

İş kazası soruşturmaları ile, sigortalılık durumu, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinde bildirilen olayın iş kazası kabul edilip edilmeyeceği, olayın meydana gelmesinde sigortalının kastı ve ağır kusuru, işverenin kastı ve gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı, kazada üçüncü kişilerin etkisi hususları araştırılır⁵⁶.

Kuruma bildirilen olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir karara varılabilmesi için gerektiğinde, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla soruşturma yapılmaktadır. Bu soruşturma sonunda yazılı olarak bildirilen hususların gerçeğe uymadığı ve olayın iş kazası olmadığı anlaşılırsa, Kurumca bu olay için yersiz olarak yapılmış bulunan ödemeler, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan tahsil edilmektedir. (SSGSSK m.133/III)

3. BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR BAKIMINDAN İŞ KAZASI VE FARKLARI

3.1. Bağımsız Çalışanlar Bakımından İş Kazası Kavramı

İş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hükümler 4/1-a ve 4/1-b kapsamında çalışan sigortalılar için uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple Kanunda sayılan hallerden biri kapsamında meydana gelen kazalar işçiler ve bağımsız çalışanlar için iş kazası olarak kabul edilecektir. Ancak bağımsız çalışmanın niteliği, işçi-işveren ve bağımlılık ilişkisinin bu sistemde mevcut bulunmaması sebebiyle 13. maddede beş bent halinde sayılan unsurların hepsi bağımsız çalışanlar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır.

“Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada” meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir. Kanunda tanımı yapılan işyeri kavramı bağımsız çalışanlar içinde geçerlidir. Bu sebeple bağımsız çalışanların işyerinde geçir-

⁵⁶ Karakaş, a.g.e., 140.

dikleri kazalar iş kazası olarak değerlendirilecektir. Bunun yanında yine kazanın yapılan işle ilgili olması gerekmekte, işyerinde meydana gelen kazalar yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılmaktadır.

5510 sayılı Kanun "*sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle*" meydana gelen kazaları iş kazası kabul etmiştir. Kanunda bağımsız çalışanlar bakımından yer verilmiş olan bu ifadenin, aynı fıkrada işçiler için yer verilmiş "*İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle*" ifadesine göre geniş yorumlanması gerekmektedir. Bağımsız çalışanların işveren tarafından başka yere gönderilmesi ya da işverence sağlanan taşıtla kazaya uğraması yine bağımsız çalışmanın niteliği gereği mümkün olmadığından, işçiler için iş kazası olarak kabul edilen bu haller bağımsız çalışanlar bakımından "*yürütmekte olduğu iş nedeniyle*" hükmü içinde uygulama alanı bulmaktadır. Sözer'e göre bağımsız çalışan sigortalının, işi gereği işyeri dışında bulunduğu, görevli olarak başka yere gittiği ya da mesleğini icra için kullandığı araçla işyerine gidip geldiği sırada meydana gelen kazalar, "*yürütmekte olduğu iş nedeniyle*" meydana gelmiş kabul edilerek iş kazası sayılmalıdır. Bunun yanında hükmün süt iznini de kapsayacak ölçüde geniş yorumlanması mümkün değildir⁵⁷.

3.2. Bağımsız Çalışanlar Bakımından İş Kazasının Tespit Edilmesi ve Bildirilmesi

İş kazası sonucu Kurum tarafından sunulan yardımların bağımsız çalışan sigortalıya sağlanması için kazanın Kuruma bildirilmesi gerekir. Bu bildirim sigortanın kendisi tarafından ve bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığın bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde yapılmaktadır. Görüldüğü gibi Kanun kazaya uğrayan ve bildirimde bulunan sıfatının aynı kişide toplanması sebebiyle, işveren için öngörülenden daha uzun bir bildirim süresi düzenlemiştir.

Bunun yanında diğer bir fark bağımsız çalışanın kazayı kolluk kuvvetlerine bildirme yükümlülüğü bulunmamasıdır. İş kazasının kolluk kuvvetlerine bildirilmesinin amacı, meydana gelene kazada haksız bir eylemin bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir. Ancak bağımsız çalışan sigortalının kastı ya da taksiri sebebiyle meydana gelen iş kazası sonucu, kendisinin uğramış olduğu zarardan dolayı cezai sorumluluğunun doğmayacak olması, bu yükümlülüğün getirilmeyişinin sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸.

SONUÇ

Çalışmamızda; sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası kavramını ve bu kapsamda sunulan yardımlar ve bu yardımlara hak kazanma koşullarını ele aldık. Çalışmamız sonucu ulaştığımız sonuçlara aşağıda yer verilmiştir.

⁵⁷ Sözer, a.g.e., ss.342-343.

⁵⁸ Sözer, a.g.e., ss.345.

İş kazaları; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 28 Haziran 1952 tarihli Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 sayılı sözleşmesinde sayılan 9 sosyal tehlike arasında yer almaktadır. İş kazaları ve sebep olduğu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla öngörülmuş her bir tedbir ve yardım, Anayasal sosyal güvenlik hakkının (md.60) devlet tarafından sağlanmasının sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda ülkemizde geniş kapsamlı bir mevzuata sahip olunmasına karşın, iş kazaları ve meslek hastalıklarının sayısındaki endişe verici artışa engel olunamamakta, bu sebeple soruna hukuk normunun yetersizliği ya da eksikliği değil, bu normların etkin bir şekilde uygulanamamasının ve yetersiz denetimlerin sebep olduğu kabul edilmektedir.

5510 sayılı Kanunun md.13'de hangi şartlarda meydana gelen olayların iş kazası olarak kabul edileceği düzenlenmiş kaza kavramı oldukça geniş tutulmuştur. Yargıtay tarafından da iş kazası kavramı hususunda oldukça genişletici bir yorumun tercih edildiği görülmektedir. 5510 sayılı Kanunda ve yargı kararlarında kaza kavramının bu denli geniş tutulmasının nedeni, kaynağını Anayasa md.60'dan alan sosyal güvenlik hakkının, söz konusu hakkın amacına ve kapsamına uygun bir şekilde sağlanması düşüncesidir. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sunulan yardımlara hak kazanılması için belirli bir süre ve miktarda prim ödenmiş olmasına ilişkin bir zorunluluğa yer verilmemiş oluşu da buradan gelmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilmektedir. Bu iznin kullanılması esnasında meydana gelen kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir. Kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi için emzirme saatleri içinde meydana gelmesinin yanında, bu sürenin çocuğun emzirilmesi amacıyla kullanılıyor olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Ancak süt izninin kullanıldığı sürenin günlük çalışma süresinden sayıldığı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş ve bu iznin kullanılacağı yer hakkında hak sahibine bir serbesti tanınmıştır. Süt izninin kullanıldığı sırada meydana gelen kazaların, kazanın sebebi araştırılmaksızın iş kazası olarak kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Kanunda açıkça düzenlendiği üzere mala yönelik zararlar iş kazası kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak sigortalıya organ görevini ifa etmesi amacıyla takılan protez ve cihazlarda meydana gelen zararların iş kazası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaktadır. Kanaatimizce bireyin bir uzvunu kaybetmesi halinde bunun yerine takılan şey o uzvu yerine geçmektedir. Bu sebeple Kanunda öngörülmuş hallerde meydana gelen ve sigortalıya organ görevini ifa etmesi amacıyla takılan protez ve cihazlarda zarara sebep olan olayların iş kazası olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- A. Can TUNCAY, Ömer EKMEKÇİ, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri** (18. Bası), Beta, İstanbul, 2016.
- Ali ATICI, **İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Ali GÜNEREN, **İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları** (1. Bası), Adalet, Ankara, 2010.
- Ali GÜZEL, Ali Rıza OKUR, Nurşen CANİKLİOĞLU, **Sosyal Güvenlik Hukuku** (15. Bası), Beta, İstanbul, 2014.
- Ali Nazım SÖZER, **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku** (2. Bası), Beta, İstanbul, 2015.
- Aybüke KARACA, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı**, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Baki Oğuz MÜLAYİM, **İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Kavramları**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Başak GÜNEŞ, **İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun İşverene Rücu Hakkı**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Ceren SÜMER, **İş Kazasından Doğan Sorunlar**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015.
- Coşkun SARAÇ, **"İşyerinde Kalp Krizinden Ölüm ve İşverenin İş Kazasından Dolayı Sorumluluğu"**, [Elektronik Versiyonu] Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, s.125-130, <http://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/detay/sicil-sayi-26/>, (Erişim Tarihi 01.04.2017).
- Coşkun SARAÇ, **İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü - Uygun İlliyet Bağı**, [Elektronik Versiyonu] Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 18, s.202-214, <http://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/detay/sicil-sayi-18/>, (Erişim Tarihi 01.04.2017).
- Erdem ÖZDEMİR, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku** (1. Bası) Vedat, 2014.
- Ersan KUZGUN, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2010.
- Halûk Hâdi SÜMER, **Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası mıdır?**, [Elektronik Versiyonu] Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 11, s.6-13 <http://www.ceis.org.tr/dergi.php?dID=174>, (Erişim Tarihi 04.04.2017).
- İsa KARAKAŞ, **İş Kazası & Meslek Hastalığı İhtilafları ve Çözüm Yolları** (2. Bası), Berikan, Ankara, 2012.
- Kadir ARICI, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku** (1. Bası), Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- Levent AKIN, **İşverenin İşçiye Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı**, [Elektronik Versiyonu] Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 2 Cilt: 25, s.26-39 <http://www.ceis.org.tr/dergi.php?dID=89>, (Erişim Tarihi 01.04.2017).

- M. Refik KORKUSUZ, Suat UĞUR, **Sosyal Güvenlik Hukuku** (5. Bası), Ekin, Bursa, 2016.
- Metin PEHLİVAN, **Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde (5510 Sayılı Kanun) Kısa Vadeli Sigorta Kollarından Sağlanan Yardımlar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- Müjdat ŞAKAR, **Meslek Yüksek Okulları için İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku** (8.Bası), Beta, İstanbul, 2015.
- Oğuz MÜLAYİM, **Türk Sosyal Güvenlik Siteminde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Sarper SÜZEK, **İş Hukuku** (10. Bası), Beta, 2014.
- Yusuf ALPER, **Sosyal Sigortalar Hukuku**, (8. Bası), Dora, Bursa, 2016.
- Yusuf GÜLEŞÇİ, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalıklarını Kayıt ve Bildirim Yükümlülüğü (5510 sayılı SSGSSK ve 6331 sayılı İSGK Karşılaştırmalı Olarak İnceleme)**, [Elektronik Versiyonu] Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 32, <http://www.mess.org.tr/tr/yayinlarimiz/detay/sicil/> (Erişim Tarihi 08.04.2017).
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/>.
- Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr>.
- SGK'nın 2011/50 tarihli ve sayılı "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları" konulu genelgesi.

TEKZİP METNİ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2016 Aralık sayısında (Cilt:2, Sayı:4), Arş. Gör.Tülay Kitapçioğlu Yüksel tarafından kaleme alınan "*AİHM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları*" başlıklı makale, editoryal bir hata sonucu "*AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları*" şeklinde basılmıştır. Siz değerli okuyucularımıza bildirmeyi bir borç biliriz.