güncel hukuk

MART 2014 / 3 - 123 AYLIK HUKUK DERGİSİ 5 TL



'Ba de harab-ül Basra' ya da Suriye Yerle Bir Olduktan Sonra

İNTERNET SANSÜRÜ

İŞ HUKUKU
İş cinayetleri, davalar, sözleşmeler...

KADIN DAYANIŞMASI VE YARGININ AHVALİ

YEREL YÖNETİMLER
"Ahalinin Yönetime İştiraki"

ISSN 1304-561X

güncel hukuk

Ekim 2016 / 10

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali Akal
Prof. Dr. Teoman Akünal
Prof. Dr. Uğur Alacakaptan
Av. Sümer Altay
Prof. Dr. Ramazan Arslan
Prof. Dr. Emin Artuk
Prof. Dr. Kerim Atamer
Prof. Dr. Yeşim Atamer
Prof. Dr. Rona Aybay
Prof. Dr. Nami Barlas
Prof. Dr. Süheyl Batum
Yrd. Doç. Dr. Leyla Berber Keser
Prof. Dr. Fatmagül Berktay
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül
Prof. Dr. Nur Centel
Prof. Dr. Tankut Centel
Av. Nurcan Bayraktar
Prof. Dr. Aysel Çelikel
Av. Hasan Fehmi Demir
Dr. Bumin Doğrusöz
Prof. Dr. Celal Erkut
Prof. Dr. Alper Gümüş
Av. Mehmet Gün
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Av. Tamer Heper
Av. Turgut İnal
Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
Prof. Dr. Işıl Karakaş
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
Doç. Dr. Ümit Kocasakal
Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu
Av. Osman Kuntman
Av. Şahin Mengü
Prof. Dr. Ahmet Mumcu
Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
Av. Dr. Salih Oktar
Prof. Dr. Saibe Oktay
Prof. Dr. Ali Rıza Okur
Doç. Dr. Gül Okutan
Prof. Dr. Erdal Onar
Prof. Dr. İlber Ortaylı
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Emre Öktem
Dr. Adil Özkol
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Türkan Yalçın Sancar
Prof. Dr. Rona Serozan
Av. Rifat Yaşar Sirer
Dr. Ömer Sivrihisarlı
Av. Dr. Selçuk Soybay
Prof. Dr. Burhan Şenatalar
Prof. Dr. Şükran Şıpka
Prof. Dr. Turgut Tarhanlı
Dr. Hıfzı Topuz
Prof. Dr. A. Can Tuncay
Prof. Dr. İlhan Ulusan
Prof. Dr. Bilge Umar
Yrd. Doç. Dr. Av. Uğur Uruşak
Prof. Dr. Oktay Uygun
Prof. Dr. Samim Ünan
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu
Av. Şehnaz Yüzer

Doğan Holding'in katkılarıyla yayınlanmıştır.

Yayıncı
DOĞAN BURDA DERGİ YAYINCILIK VE PAZARLAMA A.Ş.

İcra Kurulu Başkanı	Mehmet Y. Yılmaz
Yayın Direktörü	Murat Köksal
Yayın Yönetmeni	Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	Fikret İlkiz
Yayın Kurulu	Prof. Dr. Köksal Bayraktar Fikret İlkiz Erem Turgut Yücel Zehra Kafkaslı
Muhabir	Bahar Mumcu
Görsel Yönetim	Bahadır Erşık Murat Öksüz
Kapak Tasarım	Naci Koç
Ankara Temsilcisi	Erdal İpekeşen Tel: 0 312 4671437-38-39

YÖNETİM

Genel Yayın Koordinatörü	Yeşim Denizel
Tüzel Kişi Temsilcisi	Ferit Özkaşıkçı
Satış Direktörü	Orhan Taşkın
Finans Direktörü	Didem Kurucu
Üretim Direktörü	Servet Kavasoğlu

REKLAM

Grup Başkanı	Koray Bilici
Grup Başkan Yardımcısı	Funda Baykal
Satış Koordinatörü	Evrim Yücesoy
Satış Müdürü	Ayşin Sarıkaya
Teknik Müdür	Nusret Kırımlıoğlu Tel: 0212 3365360 (3 hat) Faks: 0212 3365390
Rezervasyon	Tel: 0212 3365300-57-59 Faks: 0212 3365392-93
Ankara Reklam Hedef Sayfalar	Tel: 0312 2070072/73 Tel: 0212 3365370 Faks: 0212 3365391

Kurumsal İletişim Direktörü Seren Urun

Yönetim Yeri
Trump Towers Kule 2 Kat 21-24 34387 Şişli - İstanbul
Tel: 0 212 410 35 34 - 0 212 410 35 35 - 0212 410 35 40
Fax: 0 212 410 35 31

Baskı	Ajans-Türk Gazetecilik Matbaacılık İnşaat San. A.Ş. Necdet Evliyagil Sokak No: 24 Batıkent / ANKARA
Dağıtım	Yaysat A.Ş. Tel: 0212 6222222

Yayın Türü Yerel, süreli, aylık, FIPP **üyesidir**
DB Okur Hizmetleri Hattı: 0 212 478 0 300

okurhizmetleri@doganburda.com
DB Abone Hizmetleri Hattı: 0212 478 0 300
Faks: 0212 4103512 (2 hat)
abone@doganburda.com • www.doganburda.com
Pazar hariç her gün saat 09:00-18:00
arasında hizmet verilmektedir.

© Güncel Hukuk, Doğan Burda Dergi Yayıncılık ve Pazarlama A.Ş. tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayımlanmaktadır. Güncel Hukuk'ta yayınlanan yazı, fotoğraf, illüstrasyon, harita ve konuların her hakkı saklıdır. İzinsiz, kaynak gösterilerek de olsa alıntı yapılamaz.

GÜNCEL HUKUK
"hakemli" bir dergidir.

Web: www.guncelhukuk.com.tr
E-posta: guncelhukuk@doganburda.com

Ekim 2016



32. Uluslararası Aydın Doğan Karikatür Yarışması İkincisi / 2005

Ana dosyamız Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının hukukumuza ve yargı sistemlerine olan etkileriyle ilgili ve özel bir niteliğe sahip.

Bu sayımızı ortaya çıkaran Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'e ve çalışma arkadaşlarına Güncel Hukuk olarak teşekkür ederiz.

Ana dosyamız yazarlarının adlarını dergi kapağımıza taşıdık ve yazılarının tümünde göreceğiniz bir dipnotu okurlarımıza açıklamakta yarar görüyoruz.

Ana dosya yazıları süren bir projenin içinden ortaya çıktı. Proje, TÜBİTAK 1001 Araştırma ve Geliştirme Projelerini Destekleme Programı tarafından destekleniyor ve 2015-2017 yılları arasında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Bertil Emrah Oder yürütücülüğündeki bir araştırmacı ekip tarafından sürdürülüyor.

Proje'nin başlığı şöyle "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yoruma, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri".

Projede, lider kararlar temelinde, bireysel başvurunun anayasa yargısına etkisi üç açıdan araştırılıyor: (1) Bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin ve diğer anayasal ilkelerin yorumuna etkisi (soyut-somut norm denetimi içtihadı ile karşılaştırmalı) (2) Bireysel başvurunun uluslararası insan hakları hukukunun yerelleşmesine etkisi (3) Bireysel başvurunun diğer yüksek mahkemelere etkisi.

Güncel Hukuk'ta okuyacağınız yazıların bu projenin çıktıları olarak akademik ve profesyonel kamuoyu ile paylaşılması hedefleniyor.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkıyla ilgili kararların sonuçları itibariyle anayasal yoruma, insan haklarına ve yargı sistemine etkilerini değerlendiren Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi akademisyen ve öğrencilerinin değerli görüşlerini içeren yazılarını, Güncel Hukuk'ta yayımlayarak kamuoyuna duyurmanın memnuniyet verici bir katkı olduğuna inanıyoruz. Bu nedenle Projenin yürütücüsü Sayın Oder'e ve çalışma arkadaşlarına hukukumuza olan katkıları ve çalışmalarını kamuoyu ile paylaşımları nedeniyle yeniden çok teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'in yazısında bireysel başvuruda kanunilik ilkesinin önemini, Arş. Gör. Mehmet Utku Öztürk'ün yazısında potansiyel mağdur kavramının anlamını, Betül Durmuş'un yazısında ise demokratik toplumda gereklilik ölçütü kriterleri hakkındaki görüşlerini bulacaksınız. Ayrıca geçmişte yaşanmış ağır insan hakları ihlallerinin içtihadı kaynaklarını ve yorumunu Prof. Dr. Başak Çalı yazısında, bireysel başvuruda yaşam hakkının usuli boyutlarıyla etkili soruşturma yükümlülüğünü Arş. Gör. Levent Emre Özgüç yazısında ve bireysel başvuruda örnek kararları ise Sümeyye Elif Biber yazısında bulabilirsiniz...

Bireysel Başvuru sonucunda verilen AYM kararlarının adalete ve hukuka olan katkılarının insan haklarının korunmasında çok daha derinleşebilmesi isteğimizdir. Hukuk devleti ile bağlılığını sağlayabilecek olan Mahkeme içtihatlarının da çoğalması dileğimizdir.

Saygı ve dostlukla,
GÜNCEL HUKUK

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali Akal
Prof. Dr. Teoman Akünal
Prof. Dr. Uğur Alacakaptan
Prof. Dr. Yavuz Alangoya
Av. Sümer Altay
Prof. Dr. Ramazan Arslan
Prof. Dr. Emin Artuk
Çetin Aşçıoğlu
Prof. Dr. Kerim Atamer
Prof. Dr. Yeşim Atamer
Prof. Dr. Rona Aybay
Prof. Dr. Nami Barlas
Prof. Dr. Süheyl Batum
Yrd. Doç. Dr. Leyla Berber Keser
Prof. Dr. Fatmagül Berktay
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül
Prof. Dr. Nur Centel
Prof. Dr. Tankut Centel
Av. Nurcan Bayraktar
Prof. Dr. Aysel Çelikel
Av. Hasan Fehmi Demir
Dr. Bumin Doğrusöz
Prof. Dr. Mustafa Dural
Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş
Av. Kısmet Erkiner
Prof. Dr. Celal Erkut
Prof. Dr. Alper Gümüş
Av. Mehmet Gün
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Av. Tamer Heper
Av. Turgut İnal
Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
Prof. Dr. Işıl Karakaş
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
Doç. Dr. Ümit Kocasakal
Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu
Av. Osman Kuntman
Av. Şahin Mengü
Prof. Dr. Ahmet Mumcu
Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
Av. Salih Oktar
Prof. Dr. Saibe Oktay
Prof. Dr. Ali Rıza Okur
Av. Dr. Yiğit Okur
Doç. Dr. Gül Okutan
Prof. Dr. Erdal Onar
Prof. Dr. İlber Ortaylı
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Doç. Dr. Emre Öktem
Dr. Adil Özkol
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Doç. Dr. Türkan Sancar
Prof. Dr. Rona Serozan
Av. Rifat Yaşar Sirer
Dr. Ömer Sivrihisarlı
Dr. Selçuk Soybay
Prof. Dr. Burhan Şenatalar
Prof. Dr. Şükran Şıpka
Prof. Dr. Turgut Tarhanlı
Dr. Hıfzı Topuz
Prof. Dr. A. Can Tuncay
Prof. Dr. İlhan Ulusan
Prof. Dr. Bilge Umar
Av. Uğur Uruşak
Prof. Dr. Oktay Uygun
Prof. Dr. Samim Ünan
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu
Av. Şehnaz Yüzer

Hürriyet
Hürriyet'in katkılarıyla yayınlanmıştır.

Yayıncı
DOĞAN BURDA DERGİ YAYINCILIK VE PAZARLAMA A.Ş.

İcra Kurulu Başkanı	Mehmet Y. Yılmaz
Yayın Direktörü	Murat Köksal
Yayın Danışmanları	
Yönetmen	Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Koordinatör	Fikret İlkiz
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	Filiz Kerestecioğlu
Yayın Kurulu	Prof. Dr. Köksal Bayraktar Fikret İlkiz Filiz Kerestecioğlu Zehra Kafkaslı Rita Ender Begüm Baki
Görsel Yönetim	Yusuf Akan Göktay Çuhadar
Kapak Tasarım	Naci Koç
Ankara Temsilcisi	Erdal İpekeşen Tel: 0 312 4671437-38-39

YÖNETİM

Genel Yayın Koordinatörü	Yeşim Denizel
Tüzel Kişi Temsilcisi	Ferit Özkaşıkçı
Satış Direktörü	Orhan Taşkın
Finans Direktörü	Didem Kurucu
Üretim Direktörü	Servet Kavasoğlu

REKLAM

Grup Başkanı	Vicky Habif
Grup Başkan Yardımcısı	Nil Ertan
Satış Koordinatörü	Emel Sönmez
Teknik Müdür	Nusret Kırımlıoğlu Tel: 0212 3365360 (3 hat) Faks: 0212 3365390
Rezervasyon	Tel: 0212 3365300-57-59 Faks: 0212 3365392-93
Ankara Reklam	Tel: 0312 2070072/73
Hedef Sayfalar	Tel: 0212 3365370 Faks: 0212 3365391

Kurumsal İletişim Direktörü Neslihan Sadıkoğlu

Yönetim Yeri
Trump Towers Kule 2 Kat 21-24 34387 Şişli - İstanbul
Tel: 0 212 410 35 34 - 0 212 410 35 35 - 0212 410 35 40
Fax: 0 212 410 35 31

Baskı	Ajans-Türk Gazetecilik Matbaacılık İnşaat San. A.Ş. Necdet Evliyagil Sokak No: 24 Batıkent / ANKARA
Dağıtım	Yaysat A.Ş. Tel: 0212 6222222

Yayın Türü Yerel, süreli, aylık, FIPP **üyesidir**
DB Okur Hizmetleri Hattı: 0 212 478 0 300

okurhizmetleri@doganburda.com
DB Abone Hizmetleri Hattı: 0212 478 0 300
Faks: 0212 4103512 (2 hat)
abone@doganburda.com • www.doganburda.com
Pazar hariç her gün saat 09:00-18:00
arasında hizmet verilmektedir.

© Güncel Hukuk, Doğan Burda Dergi Yayıncılık ve Pazarlama A.Ş. tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayımlanmaktadır. Güncel Hukuk'ta yayınlanan yazı, fotoğraf, illüstrasyon, harita ve konuların her hakkı saklıdır. İzinsiz, kaynak gösterilerek de olsa alıntı yapılamaz.

GÜNCEL HUKUK
"hakemli" bir dergidir.

Web: www.guncelhukuk.com.tr
E-posta: guncelhukuk@doganburda.com

Mart

2013 yılı Aralık ayında başlayan yargı, yürütme ve yasama güçleri arasında yaşanan inanılması güç gerilimler, hukuk devletinin "meşruiyetini" eritmeye devam ediyor.

Mahkemelerdeki davalar, aslında hukukun ve devletin kendisinin yargılanmasıdır. Devletin demokra meşruiyetinin kaynaklarından birisi de siyasal iktidar yarattığı "yargılamanın" içindeki "muhakemedir". Bu devletin yargılama gücüdür. Devletin yargıladığı kişile yargılandıkları sırada, devletin demokratik meşruiyet var olup olmadığını yargılar. Meşruiyet ve muhakeme birbirini yargıladıkları yerlerdir mahkemeler ve daval

İşte 2013'den 2014'e taşınan ve yaşamaya devam ettiğimiz "yargı"daki sorunlarda tanık olduğumuz da budur. Sorgulanan demokratik hukuk devletinin meşruiyetidir. Bu meşruiyetle birlikte dile düşmüş ün ceza davaları, günümüzde yargılayanları yargılıyor... Bu kavgada kanunlar torba torba değişiyor... Kanun kanundur ve mutlaka uyulması gerekir diye kabul ederseniz eğer, bu pozitivist anlayış keyfi iktidarların elinde müthiş bir baskı gücüne dönüşür. Bu gücü frenleyen ve denetleyen güç ise; herkesin, içeriği beli ve anlaşılır olan, adil yasaları bulunan adaletli bir toplumda yaşamaya hak sahibi olduğu gerçeğini yaşa geçiren demokratik hukuk devleti ilkesidir.

Onun içindir ki; yasalar her durumda bağlayıcı hu normları değildir. II. Dünya savaşının diktatörleri "siya güç" olarak, ceza hukukunu ilgilendiren "hukuka aykı alanını kendi dünya görüşlerine göre belirlemişler ve yasaları buna göre yapmışlardır. Onlar için adalete aykırı sonuçlar üretse bile, yasa her zaman yasadır, uyulması gerekir. Çıkardıkları yasalar kendi kurdukları otoriter rejimin devamını sağlamaya yarar. Böylece baskı yöntemlerinin "yasal" olması ve herkes tarafın "uyulması gereken kurallar" olarak kabul edilmesi sağlanmış olur. Böylece artık yasalar da baskı aracı o kullanılmaya başlanır.

Geçmiş yüzyıllarda siyasal iktidarın "siyasal" tercihlerine, amacına, ideolojik temeline ve koyduğu anayasal sisteme uygun yasalar yapılmıştır. İtalya'da faşizmin, Almanya'da nazizmin egemen olmasını sağ oluşturdukları yasal düzenlemelerdir.

Böylece kural tanımayan iktidarlar elinde yasalar, haksızlık aracı olur ve keyfilik yaratır, hukuki olan bağlayıcı hukuk normlarına dönüşür. İnsanların ve toplumun gelişimi durur. Çünkü fosilleşmiş iktidarlar özgürlükleri seçim sandıklarına tıkarlar. Demokrasi, o sayısına bağlanır. Oyların çoğunluğunu alan siyasi pa fevkalade başarılı bir faşist sistem kurabilir.

Ancak yasalar, temel insan hak ve özgürlüklerini sağlamak ve korumak için çıkarılır. Esas olan yargı bağımsızlığının korunması ve yargıç tarafsızlığının sağlanması için kanun yapmaktır. Bu dahi yeterli değ Devlet; adalet ve yargıyı biçimsel değil, fiilen koruma görevlidir. Haklar ve özgürlükler torbalara doldurular hukuk devleti olunmaz.

2014 yılının Mart ayı sonundaki yerel seçimde, sanki yerel yöneticilerin seçimleri için sandık başına gidilecekmiş gibi gözükmesine rağmen; acaba ne oylanacak?

Acaba bu seçim demokratik hukuk devletinin meşruiyetine dair beklentilerin, umutların, geleceğin demokrasinin oylanması mıdır?

Saygı ve dostlukla,

GÜNCEL HUKUK

Yargıtay Hukuk Dairelerinin Eşcinsellik Hakkında Tutumu

"Boşanma sebebi, toplumun asla hoş görmeyeceği eşcinselliğe, Türkçe deyimi ile seviciliğe dayanmaktadır. Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velâyetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum ..."

Yrd. Doç. Dr. Özlem Tüzüner
Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

Canım dostum Deniz, Çağan Irmak ve arkadaşlarına

İnsanın cinsel eğilimi üç çeşittir: aynı cinsten hoşlanma (homosexuality), karşı cinsten hoşlanma (heterosexuality) ve hem eş, hem de karşı cinsten aynı anda hoşlanabilme (bisexuality). "Homo" terimi aynı, yani "the same" anlamına gelmektedir. Eşcinsel (homosexual), kendisiyle aynı cinsten kişilere karşı cinsel ve romantik çekim güden insan şeklinde tanımlanabilir.

İnsanın hayvanî ve ilahî olmak üzere iki yönünün bulunduğu, bütün kültür ve dinlerde, psikoloji ve sosyoloji ilimlerinde genel olarak kabul edilmektedir. Bazılarına göre, insanın hayvanî yönüne, nefis (veya ego) denilmektedir ki bu yön fiziksel bedende barınmaktadır. İlahî yön ise, eterik (etheric) beden, aura (aura) veya ruh (soul) ile ilgilidir. İnsanın ilahî yönünde cinsellik bulunmaz. Fakat nefsinde cinsel kimlik algısı kayıtlıdır. Eşcinsellikte, aynı cinse yönelen cinsel çekim, nefse dair kalıcı bir kimliktir.

Eşcinsel kişinin arkadaşlıkları doğal olarak kendi camiasında toplanır. Eşcinsellik, aynı duyguları paylaşan topluluğa üye olmayı da simgeler; yalnızca cinsel kimliği belirlemekle kalmaz, aidiyet duygusunu da besler. Aslında neşeli ve gösterişli anlamına gelen gey (gay) terimi, erkek eşcinseller tarafından kendilerini tanımlamak amacıyla 1960'lardan beri kullanılmaktadır. Kadın eşcinseller için lezbiyen (lesbian) terimi 1800'lerde Latin kökenli dillere yerleşmiştir.

Eşcinsellerin sayısını demografik olarak belirlemek imkânsızdır. Bu hususta verilen rakamlar göreceli dir. Çünkü sosyal çekincelerde veya eşcinsellik fobisinde (homophobia) kaynağını bulan psikolojik sebeplerden ötürü, heteroseksüel olarak yaşayan eşcinseller hesaplanamamaktadır.

Yargıtay Kanunu', Yargıtay'ı tanımlamaktadır: adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii (YK. m. 1). Yargıtay'da yirmi üç hukuk, on beş ceza dairesi ve her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üye bulunur (YK. m. 5).

Eşcinsellik konusu, ülkemizde mahkeme kararlarına yansımaktadır. Hâkimliğin en zor yanı şöyle tahmin edilmektedir: duygu ve ön yargılara hâkim (?) olmak. Eşcinsel bir kişiye, cinsel kimliğini ilgilendiren herhangi bir davada vekil olan her avukat, ön yargılı hâkimlere denk gelmiştir. İşte burada, hukukun objektif uygulanıp uygulanmadığını kontrol mercii Yargıtay'dır. Yargıtay, ilk derece mahkemesinde hayalleri yıkılan vatandaş ve hukukçuyu kendine getiren yüce bir makamdır. Yargıtay'ın vatandaş ve/veya hukukçunun yüreğine su serpmesi, gerekçeli bozmayla olabileceği gibi, gerekçeli onamayla da gerçekleşebilir. Önemli olan gerekçenin verilmesidir. Bu çalışmada, uzmanlık alanına paralel olarak, yalnızca hukuk dairelerinin bakış açısına değinilmiştir. Dokuz adet içtihadın tarih sırasına göre dizilmesiyle, Yargıtay hukuk dairelerinin eşcinsellik hakkında tutumu, kronolojik olarak gözler önüne serilmiştir.

Eşcinsellik konusu, ülkemizde mahkeme kararlarına yansımaktadır. Hâkimliğin en zor yanı şöyle tahmin edilmektedir: duygu ve ön yargılara hâkim (?) olmak. Eşcinsel bir kişiye, cinsel kimliğini ilgilendiren herhangi bir davada vekil olan her avukat, ön yargılı hâkimlere denk gelmiştir

Yargıtay'ın Tutumu

1- "Boşanma sebebi, toplumun asla hoş görmeyeceği eşcinselliğe, Türkçe deyimi ile seviciliğe dayanmaktadır. Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velâyetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum ...".[2]

2- "Davacı, eşcinsellik konusundaki incelemesini kendi ifadesi ile "toplumsal ve ideolojik nedenler" doğrultusunda bir tez olarak ileri sürmüştür. Vardığı sonuçların tartışılması doğaldır. Bilimsel açıdan eleştirilebilir. Davalı bir anlamda bunu yapmıştır. Ancak davalı sık sık sübjektif yorumlarla konu dışına çıkarak, davacının kişiliğini hedef almıştır".[3]

3- "Taraflar arasında varlığı ileri sürülen eşcinsel ilişki kişilerin özel hayatları ile ilgilidir. Burada yapılması gereken özel



Eşcinsel Onur Haftası'ndan, 30 Haziran 2013

Yargıtay'ın 1982-2008 yılları arasında, ivmeli bir şekilde sergilediği öncü, yenilikçi ve en önemlisi objektif tutum umutla karşılanabilir

hayat dışında taraflar arasında hizmet akdi olup olmadığının tespitidir... Yerel mahkemenin taraflar arasındaki ilişkinin eşcinsellik ilişkisinden öteye geçmediği gerekçesiyle davayı reddetmesi hatalıdır".[4]

4- "Turistik amaçla Türkiye'ye gelen eşcinsellerin ülkeye sokulmamaları konusunda davacının bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün bazı il valiliklerine talimat gönderdiği dosyaya yansıyan bilgilerden anlaşılmaktadır".[5]

5- Yargıtay'a yansıyan başka bir olayda, Adalet Bakanlığı müfettişi, lezbiyen olduğu iddia edilen memur hakkında, kapsamlı teftiş raporu hazırlamıştır. Lezbiyen olduğu iddia edilen memur bu teftiş raporuyla kişilik hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminat davası açmıştır. Soruşturma raporunda, davacının bakanlığın kadın çalışanlarına sarkıntılıkta bulunduğu, adeta kadınlardan bir koleksiyon oluşturduğu, isteklerini yerine getiren kadınlara iş ve üst kadrolar verdiği, lezbiyen partneriyle müsteşarlık makamını işgal ettiği, tetkik hâkimleri ile sekreterini kendisine kadın temini için kullandığı yönünde ifadeler yer almıştır. Tazminat davası, aynı konunun idare mahkemesinde zaten değerlendirilmesinden ötürü reddedilmiştir.[6]

6- "Boşanmaya neden olan hadiselerde, davalı kocasını eşcinsellikle suçlayan kadın tamamen kusurlu olup Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesi koşulları oluşmadığı hâlde davacı yararına yoksulluk nafakası takdiri usul ve yasaya aykırıdır".[7]

7- "Davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dâhi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması, işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir. İşyerinde cinsel taciz ile başlayan ilişkinin partneri tarafından sonlandırılmasının istenilmesi üzerine otomobil borcu bahane edilerek karşılıklı hakaret içeren sataşmaya dönmesi...".[8]

8- "Cinsel kimlik veya yönelim kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmayıp, doğuştan veya yetiştiriliş tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeyerek karşı karşıya kaldığı bir olgudur. Bütün dünya ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcükleri ile tanımlanan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin varlığı herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu gibi kişileri tanımlamakta kullanılan sözcükler literatüre de girmiş olup, bilimsel yayınlarda, medyada ve günlük dilde sık sık kullanılmaktadır. Kişilerin kendi istemi dışında gerçekleşen böyle bir cinsel yönelime sahip olması ya da bu gibi kişileri tanımlayan sözcüklerin kullanılması ahlâksızlık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kanunlarımızda da yasaklanmamıştır. Hâl böyle olunca derneğin adında ve tüzüğünde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcüklerinin kullanılmış olmasının ahlâka aykırılığından söz edilemez. Toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen olgu, lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel olma ve bu

sözcüklerin kullanılması değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişilerin lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüelliğe özendirici davranışlara yönlendirmesidir. Anılan maddelerde hiçbir şekilde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel yaşamı teşvik ve özendirmeden, bu cinsel yönelimlerin yaygınlaştırılmasından söz edilmemektedir".[9]

9- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na yansıyan başka bir özel hukuk olayında, bir profesör, Mevlana'nın eşcinsel olduğunu ve Nasreddin Hoca'yı öldürttüğünü yazmıştır. Bunun üzerine bir haberci, televizyonda, bu profesörün "Psikolojik tedaviye muhtaç olduğunu düşünüyorum. Bu konuda psikologlarımız kendisine yardımcı olursa sevinirim" şeklinde beyanda bulunmuştur. Yüksek mahkeme, bu beyanla, söz konusu profesörün kişilik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[10]

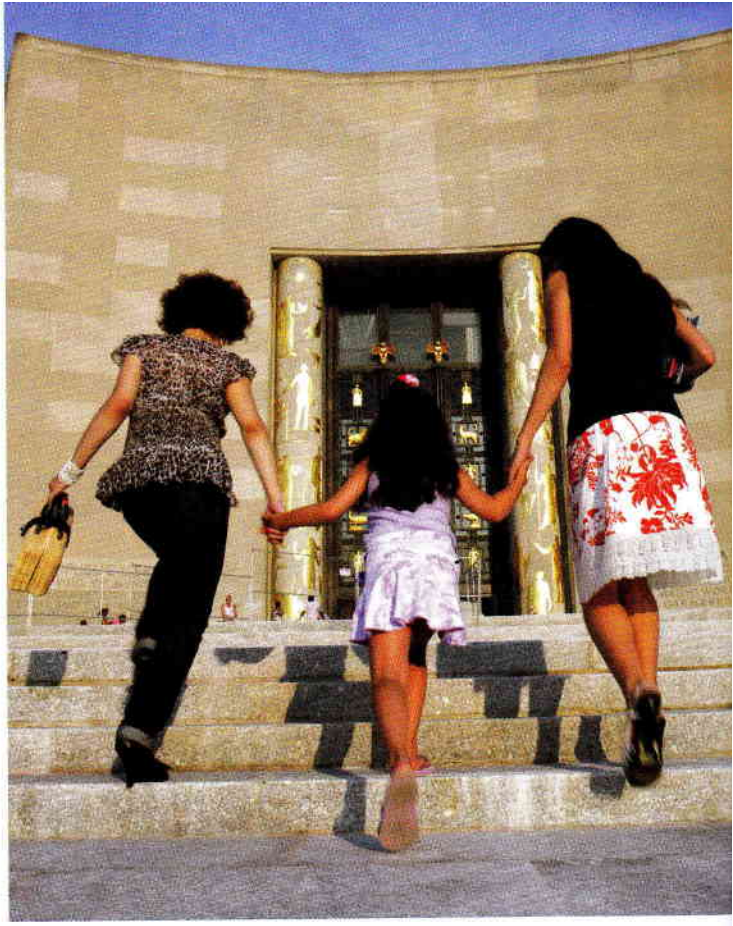
Değerlendirmeler

1982 tarihli içtihatta, eşcinsellik, özellikle lezbiyenlik, hem kaba bir şekilde, "sevicilik" terimiyle ifade edilmiş; hem de "hastalık derecesine varan" ve "toplumun asla hoş görmeyeceği alışkanlık" olarak nitelenmiştir. Yargıtay, davalı lezbiyene, kızının velâyetinin bırakılmasını uygun görmemiştir. Somut olayda iki kötülük betimlenmiştir; bu iki kötülükten biri tercih edilerek menfaat içtihatçılığı denenmiştir. Burada Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den bir ilkeye değinilmiştir: "Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur". Bu ilkede kast edilen, iki kötülükten daha katlanılabilir olanın seçilmesidir. Öyle ki, kız çocuğunun anne şefkatinden yoksun kalması, birinci kötülüktür. Annenin lezbiyen olması ikinci kötülüktür. Kız çocuğunun anne şefkatinden yoksun kalması, daha hafif kötülük sayılmıştır. Kız çocuğunun şefkatten yoksun kalması, lezbiyen annesiyle yaşamasından daha mantıklı görülmüştür. 1982 yılında Yargıtay'a göre, önemli olan, şefkatsiz de olsa, kız çocuğunun ahlâklı büyümesidir.

1999 tarihli kararın hikâyesi şöyledir. Sol görüşlü bir düşünür, "Eşcinsellik cinsler arası eşitsizlik ürünüdür" başlıklı bir makale yazıp, bunu çalıştığı gazetede yayımlar. Bu makalede, eşcinsellik karşıtı görüşlerini sunar. Başka bir gazeteci ise, söz konusu düşünürü, oportünist olmakla eleştirir. Ne var ki, bu eleştirisini çok sinirliyken kaleme alınca, eleştirdiği kişinin kişilik hakkını ihlal eder. Yargıtay'ın tavrına gelince, bir önceki karardan on yedi yıl sonra, objektif muamelenin filizleri bu içtihatta bulunabilir. Artık, eşcinsellik hakkında ideolojiler oluşturmak, bunları ifade etmek, tartışmak serbesttir.

Yine 1999 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da, gelişim gözlenmektedir. Tarafların eşcinsel olması, Yargıtay'ın hukuku objektif uygulamasına engel teşkil etmemiştir. Yüksek mahkeme, somut olaydaki hizmet (işçi-işveren) ilişkisini netleştirmiştir. Eşcinsellikle iş hukukunun ilgisinin bulunmadığını; bu konunun özel hayatla sınırlı olduğunu açıklamıştır.

2001 tarihli Yargıtay kararının arkasında şu olaylar yer almaktadır. Çok ünlü düşünür ve gazetecilerimizden biri, İzmir/Kordon'daki sokak masalarının kaldırılmasına ve ülkemizi ziyarete gelen eşcinsel turist kafilesinin sınırdan içeri alınmamasına oldukça içerlemiştir. Gazete makalesinde dönemin başbakanının kişilik hakkını ihlal etmekle itham edilen bu gazetecimiz, manevî tazminat davasıyla karşı karşıya kalır. Ne var ki Yargıtay, kamunun haber alma özgürlüğünü üstün tutarak, manevî tazminat davasını reddetmiştir. Öncelikle gerçeklik araştırması yapmıştır. Başbakana bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü ve Turizm Bakanlığı tarafından, eşcinsel turist kafilesinin ülkemize alınmaması yönünde talimat ve genelge tertip edildiği tespit edilmiştir. Böylece Yargıtay, söz konusu gazete makalesinde başbakanın kişilik hakkının ihlal edilmediğine, yazının hukuka uygunluk sınırlarında kaldığına karar vermiştir. Şöyle ki, başbakan, konumu itibariyle, temelini gerçeklerde bulan böylesine eleştirilerle yüzleşmelidir; eleştirme hakkı, kamu yararıyla yakından bağlantılıdır.



Tarafların eşcinsel olması, Yargıtay'ın hukuku objektif uygulamasına engel teşkil etmemiştir. Yüksek mahkeme, somut olaydaki hizmet (işçi-işveren) ilişkisini netleştirmiştir. Eşcinsellikle iş hukukunun ilgisinin bulunmadığını; bu konunun özel hayatla sınırlı olduğunu açıklamıştır

2003 tarihli içtihatlardan ilkinde, Adalet Bakanlığı'nda çalışan yüksek mevkili bir memur hakkında, lezbiyen olduğu ve mevkiini cinsel yönelimine alet ettiği yönünde teftiş raporu hazırlanmıştır. Lezbiyen olduğu iddia edilen memur, soruşturma raporunu yazan müfettiş aleyhine manevî tazminat davası açmıştır. Ancak Yargıtay aynı davanın idare mahkemesinde zaten görülmüş olması gerekçesiyle, bu davayı reddetmiştir. Karşı oy yazısında, haklı olarak memurun kişisel kusurundan bahsedilmiştir. Bu içtihatta aslında, "kol kırılır yen içinde kalır" atasözü sezilmektedir. Yargıtay, bakanlığın iç işleyişine karışmaktan imtina etmiştir.

2003 tarihli içtihatlardan ikincisinde, Yargıtay, "kocasını eşcinsellikle suçlayan (?)" kadını ağır kusurlu bulmuş; bu boşanmış kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeler eşcinsellikle suçlamak gibi terminolojilerden artık kaçınmalıdır. Eşcinsellik suç değildir; bir kişinin eşcinsel olduğunu iddia etmek suçlamak eylemine konu edi-

lemez. Tabii ki, heteroseksüel veya homofobik her erkeğin, asılsız ve gerekçesiz bir şekilde eşcinsellikle itham edilmesi, onun onurunu kırar; özellikle ilçe, kasaba, köy gibi yerlerde şeref ve haysiyet ihlali teşkil eder. Lâkin gerekçeli bir şekilde eşcinsellik ithamı, özellikle büyük şehirlerde, kusurlu davranış telakki edilmemelidir. 2003 tarihli bu içtihat ile 1982 tarihli içtihat çelişmektedir. İlkinde karısını lezbiyenlikle suçlayan erkeğe itibar edilmektedir; buna karşılık ikincisinde, kocasını homoseksüellikle suçlayan kadına itibar edilmemekte; hatta onun ağır kusurlu davrandığı mütalaa edilmektedir.

Kız çocuğunun şefkatten yoksun kalması, lezbiyen annesiyle yaşamasından daha mantıklı görülmüştür. 1982 yılında Yargıtay'a göre, önemli olan, şefkatsiz de olsa, kız çocuğunun ahlâklı büyümesidir

2005 tarihli içtihatta, iki erkek işçinin eşcinsel ilişkisi değerlendirmiştir. Şehir dışı görevlere bile birlikte giden bu iki erkek işçinin aşkı, otomobil parası kavgası dolayısıyla, iş ilişkisini aşar boyut kazanmıştır. Böylece işçilerin iş akdi haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay, değerlendirmesinde, objektif tutum sergilemektedir. Çünkü işçilerin cinsel tercihinin onların özel hayatlarıyla ilgili olduğunun bilincindedir. Ne var ki, somut olayda, "işçinin cinsel tercihlerini aşar" boyut göz önüne alınmış; haklı nedenle fesih isabetli kabul edilerek, işçilerin ihbar ve kıdem tazminatı alamayacakları doğrulanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 tarihli Lambda kararı, Yargıtay'ın objektif bakış açısını hayranlıkla izleme imkânı tanımaktadır. Ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında, dernek kurma özgürlüğünü dikkate alan yüksek mahkeme, lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcüklerinin kullanılmasında ahlâka aykırılık bulunmadığını içtihat etmiştir. Ayrıca dernek tüzüğünün amaç bakımından irdelenmesinde, koruma/özendirme ayrımına gidilmiştir. Özendirme hedefi bulunmayan, bilakis koruma amacına yönelen bu derneğin kapatılamayacağını belirtmiştir.

Yargıtay, yine 2008 tarihli bir başka içtihadında, Mevlana'nın eşcinsel olduğu ve Nasreddin Hoca'yı öldürttüğü iddialarını, düşünce açıklama özgürlüğü kapsamında saymıştır. Bilimsel ortamda, kişilere gerekçeli olarak eşcinsel demenin suç veya aşağılama olmadığı bilinciyle verilen bu kararda, akademik düşünce açıklama özgürlüğü üstün tutulmuştur. Yine de, Mevlana Celâlettin Muhammed Rumî ile Tebrizli Şemseddin Muhammed arasındaki ilişkinin tasavvuf bilgisinden yoksun kimselerce eşcinsellik şeklinde nitelenmesine çekince konulmuş olması gerekliydi. Bu iki zat, birbirlerine âşıktı. Lâkin bu aşk, Zahir anlayışta duygusal bir iletişim değildi. Muhabbetle başlayan ve hayret makamından, hakikat mertebesine seyreden Batın anlayışta tevhitti! Hakikat kâşifleri arasında ilahî boyutta kurulan ilişkilerde, cinsellik öğesinin bulunmayacağı Yargıtay tarafından hatırlatılmalıydı.

Sonuç

Yargıtay'ın 1982 yılından 2008 yılına kadarki gelişimi şöyledir. Önceleri hastalık ve kötü alışkanlık şeklinde nitelenen eşcinsellik, 1990'ların sonuna kadar, kişiler hukukunda, özel veya gizli hayat alanının unsuru sayılmış; iş hukukunda, iş ilişkisinden bağımsız telakki edilmiştir. Burada Yargıtay'ın eşcinsellik konusundaki objektif tutumu dikkat çekicidir. Çünkü bu objektif tutum, yürütme organının o dönemdeki politikasından bağımsız bir şekilde, örnek, öncü ve yenilikçidir. Televizyonun devlet tekelinde olduğu bu dönemde, Zeki Müren gibi bir müzik dehasının uzun eteğinin TRT'de sır gibi saklandığı; ayrıca, güzeller güzeli kraliçe Bülent Ersoy'un sahne yasağının henüz bittiği hatırlanmalıdır.

2000'lerin başında, Yargıtay, eşcinsel turistlerin idarenin emriyle ülkemize alınmamasını eleştiren gazete yazarının bu eleştirisini, kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur. 2008 yılına varıldığında, yüksek mahkeme, cinsiyet, cinsel yönelme ve giyinme konularında tercihleri ifade eden uluslararası terminolojinin dernek isminde kullanılması, hukuka ve ahlâka uygun bulmuştur. Lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel kişilerin korunması amacının, özendirme ihtiva etmediği sürece, kamu düzenini ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Almanya, Yunanistan, Danimarka, Hırvatistan, İrlanda, İsveç, Norveç, Finlandiya, İzlanda, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Belçika, Hollanda, Kanada, Arjantin, Fransa, Lüksemburg, Yeni Zelanda, İspanya, Kanarya Adaları, Amerika Birleşik Devletleri gibi pek çok ülkede, eşcinsel birliktelikler hukuken kayıt edilmektedir. Bu ülkelerde eşcinseller, kayıtlı birliktelik (registered partnership) adı altında yaşayabilir. Belçika, Hollanda, İspanya, Norveç, Güney Afrika ve İsveç'te, Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok ve Meksika'nın Mexico eyaletinde çiftler, eşcinsel evlilik (same sex marriage) statüsünde birleşebilmektedir. İtalya'da ise, Eylül 2013'te, eşcinsel ayrımcılığa karşı kanun teklifi parlamentoda görüşülürken, bir kısım vekiller, protesto amacıyla birden bire hemcinsleriyle öpüşmeye başlamış; diğer bir kısmı da eşcinsellere destek pankartları açmıştır.

Dünyadaki gelişmeler incelendiğinde, "Tamam mıyız?" sorusu akla gelmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişmelerle Türk Hukuku'nun paralellik arz etmediği aşikârdır. Yine de Yargıtay'ın 1982-2008 yılları arasında, ivmeli bir şekilde sergilediği öncü, yenilikçi ve en önemlisi objektif tutum umutla karşılanabilir.

1- RG. 8.2.1983, S. 17953; 2797 Sayılı Kanun.
2- Yarg. 2. HD., 1982/5077 E., 1982/5531 K., T. 21.6.1982: 4.12.2013 tarihinde http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=32837 adresinden erişildi.
3- Yarg. 4. HD., 1999/10478 E., 2000/1598 K., T. 22.2.2000; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
4- Yarg. HGK. 1999/9-307 E., 1999/467 K., T. 26.5.1999; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
5- Yarg. 4. HD., 2001/13196 E., 2002/4185 K., T. 4.4.2002; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
6- Yarg. 4. HD.,2003/916 E., 2003/3173 K., T. 20.3.2003; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
7- Yarg. 2. HD., 2003/3886 E., 2003/5018 K., T. 7.4.2003; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
8- Yarg. 9. HD., 2005/654 E., 2005/30275 K., T. 19.9.2005; 4.12.2013 tarihinde http://www.guvenlikissendikasi.com/?page_id=746 adresinden erişildi. Ayrıca aynı karara http://www.alomaliye.com/2009/h_irfan_firat_cinsel.htm adresinden de erişilebilir.
9- Yarg. 7. HD., 2008/4109 E. 2008/5196 K., T. 25.11.2008; 4.12.2013 tarihinde http://calismatoplum.org/sayi22/gulmez.pdf adresinden erişildi.
10- Yarg. HGK. 2008/4-445 E., 2008/450 K., T. 25.6.2008; 4.12.2013 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.