

İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜHFİM (ISSN – 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir.

Editörler Kurulu

Başkan: Prof. Dr. Adem Sözüer

*Üyeler: Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz; Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç;
Prof. Dr. Aydın Gülan; Prof. Dr. Halil Akkanat*

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Cumhur Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Gediz Üniversitesi (İzmir)

Prof. Dr. Oğuz Atalay, Gediz Üniversitesi (İzmir)

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)

Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Cemil Kaya

Yard. Doç. Dr. Selman Dursun

Yard. Doç. Dr. Bilgehan Çetiner

Yard. Doç. Dr. Zekeriya Kurşat

Araş. Gör. Serdar Talas

Araş. Gör. Fatih Tahiroğlu

Araş. Gör. Mustafa Göktürk Yıldız

Araş. Gör. Seyit Rasim Doru

Cilt: LXVII

Sayı: 1 - 2

Yıl: 2009



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Adem Sözüer
Sorumlu Müdürü: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim
Üyesi ve Türk-Alman Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Halil Akkanat

Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt İstanbul
Tel: + 90 (212) 440 01 05
Fax: + 90 (212) 512 41 35
e-mail: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
www.istanbul.edu.tr/ hukuk

Copyright © 2011

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyene, "İÜHFM" kısaltmasını kullanması önerilir.

ISSN: 1303 – 4375
Yıl: 2009
Cilt: LXVII
Sayı: 1 - 2
Matbaanın Adı: Net Kırtasiye Tanıtım ve Matbaa San. Tic.
Ltd. Şti (Net Copy Center)
(Sertifika No 13723) Tel.: 0 212 249 40 60
Basıldığı Yer: İnönü Cad. Beytülmalcı Sk. No: 23/A
Gümüşsuyu/Beyoğlu-İstanbul
Basıldığı Tarih: 2011
Yayın Türü: Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ



LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ
(Sertifika No: 16191)
Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul
Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Faks: (216) 449 04 87
www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXVII

Sayı: 1 - 2

2009

Kamu Hukuku

<i>Terörle Mücadele Mağdurlarına Sağlanan Haklar ve Özellikle Kira Yardımı Hakkı.....</i>	<i>3</i>
<i>Yard. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz</i>	
<i>Kısırlaştırma Suçu (TCK M. 101)</i>	<i>43</i>
<i>Prof. Dr. Mahmut Koca</i>	
<i>Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreaux Dokümanı Bağlamında Yeni Arayışlar</i>	<i>57</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Osman Nuri Özalp</i>	

Özel Hukuk

<i>Manevi Tazminatın Takas Edilip Edilemeyeceği Sorunu.....</i>	<i>81</i>
<i>Dr. Arzu Genç Ardemir</i>	
<i>Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıtan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi</i>	<i>97</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Bilgehan Çetiner</i>	
<i>Türk Vatandaşı Anneden Doğmalarına Rağmen Türk Vatandaşlığını Kazanamayanların Hukukî Durumu.....</i>	<i>115</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Emre Esen</i>	
<i>Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı</i>	<i>123</i>
<i>Doç. Dr. Cemil Kaya - Doç. Dr. Recep Akcan</i>	
<i>Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü.....</i>	<i>143</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Zekeriya Kurşat</i>	
<i>Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan "Oy"un Hukuki Niteliği</i>	<i>167</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Ali Paşlı</i>	
<i>Fikrî Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları</i>	<i>183</i>
<i>Araş. Gör. İsmail Cem Soykan</i>	
<i>Alman Hukukunda Muayenehane Ortaklığı ve Ortak Muayenehane Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar.....</i>	<i>209</i>
<i>Doç. Dr. Erhan Temel</i>	

Çeviri

<i>Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma.....</i>	<i>231</i>
<i>Alan Watson - Çev.: Ahmet Emrah Akyazan</i>	
<i>Antropoloji ve Hukuk Teorisi</i>	<i>255</i>
<i>Geoffrey MacCormack - Çev.: Onur Sinan Vatansever</i>	

TERÖRLE MÜCADELE MAĞDURLARINA SAĞLANAN HAKLAR VE ÖZELLİKLE KİRA YARDIMI HAKKI

Yard. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz*

PLAN

- I) Giriş
- II) Terörle Mücadele Mağdurları
 - A) Viktimoloji Açısından Terör Mağduru - Terörle Mücadele Mağduru Ayırımı
 - B) Terörle Mücadele Mağduru Statüsü
 - 1) Kişi ve Statü Bakımından
 - 2) Mağduriyetin Kaynağı Bakımından
 - III) Terörle Mücadele Mağdurlarına Sağlanan Güvence ve İmkanlar
 - IV) Mağdurlara Kira Yardımı
 - A) Uygulama Standartları: TMK Madde 21/b ve 2006/8 sayılı Başbakanlık Genelgesi
 - B) Genelge İle Kanun Arasındaki Çelişkiler
 - C) Kira Yardımına İlişkin Düzenlemelerin Hukuka ve Hakkaniyete Aykırı Yönleri
 - 1) İkametgâh/Yerleşim Yeri Koşulu
 - 2) Yurtiçi Koşulu
 - 3) Konutun Şehir Merkezi Dışında Olması Koşulu
 - 4) Süre Koşulu
 - 5) Kira Bedelinin Ölçütü Olarak Belediye Rayicinin Esas Alınması
 - 6) Maksimum Alan Koşulu
 - 7) Lüks Yasağı
 - 8) Sonuç ve Öneriler
 - V) Genel Değerlendirme

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

I) Giriş

Türk hukuk mevzuatında terörle mücadelede yer alan personelin motivasyonunu korumak ve arttırmak amacıyla çok çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bunların bir kısmı, terörle mücadele eden kamu görevlilerine ve onların ailelerine, mağdur olmaları halinde çeşitli güvenceler sağlanmasına ilişkindir. Hatta bu konuda, Türk hukukunda terörist aktiviteden mağdur olmuş sivil kişiler için sağlanan güvence ve imkanlarla kamu görevlileri için sağlanan imkanlar arasında, ikinciler lehine büyük fark olduğunu vurgulamak gerekir.

Bu çalışmada terörle mücadele mağduru kamu görevlilerine sağlanan güvence ve imkanlar önce genel düzlemde ele alınacaktır. Bu bağlamda Çalışmanın Girişi takip eden II. Bölümünde Türk hukuk mevzuatında var olan “terörle mücadele mağduru” kategorisi incelenerek “*terör mağduru-terörle mücadele mağduru*” şeklinde zımni bir ayırım yapmanın yerindeliği sorgulanacaktır. I. Bölümde ayrıca, terörle mücadele mağduru statüsünün hangi koşullarda edinileceğine ilişkin bazı belirlemeler yapılacaktır.

Çalışmanın III. bölümünde, çeşitli mevzuatta terörle mücadele mağdurlarına sağlanan güvence ve imkanlar sayıldıktan sonra özellikle Terörle Mücadele Kanununda (TMK)¹ yer alan düzenlemeler hatırlatılacak, bu güvence ve imkanların hukuki niteliği tartışılacaktır. Bu bağlamda cevabı aranan soru, söz konusu güvence ve imkanların yararlanıcılar için başta yargı olmak üzere kamusal makamlar önünde talep edilebilir birer hak niteliğinde mi olduğu yoksa kamu makamının mutlak inisiyatifinde olan bir çeşit ihsan niteliğinde mi olduğudur. Bilindiği üzere, ikinci kuşak haklar olarak da bilinen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, çoğu halde bireyler (yararlanıcılar) bakımından dava edilebilir nitelikte değildir. İkinci kuşak haklar, yer aldıkları hukuki metne bağlı olarak, çoğunlukla program hüküm niteliği arz etmektedir.

Çalışmanın IV. bölümünde ise, terörle mücadele mağdurlarının uygulamada sıkça yararlandığı ve TMK’da yer alan “kira yardımı” hakkının tabi olduğu rejim ayrıntılı olarak ele alınacaktır. TMK Madde 21/b’nin yanı sıra Başbakanlığın 2006/8 sayılı Genelgesiyle² belirlenen kira yardımı rejiminin başta sosyal haklar olmak üzere insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri açılarından sorunlu yönlerine dikkat çekilecektir. Bu noktada bir ek bilgi olarak işaret edilmelidir ki, Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü tarafından

¹ Kanun No.3713, Kabul Tarihi: 12/04/1991, RG. Tarih: 12/04/1991, S. 20843-1 Mükerrer.

Anılan Kanun henüz tasarı aşamasındayken ANAP grubu adına TBMM’de bir konuşma yapan Bülent Akarcalı, TMK’daki konuya ilişkin hükümleri şöyle değerlendirmekteydi: “Tasarının ilginç noktalarından biri de şudur: Terörden zarar gören ve mağdur olanları bu kanun tasarısı sayesinde, devlet, şefkatli bir şekilde himayesi altına almaktadır. Bu himayeyi, yalnız o kişilere değil, o kişilerin ailelerine, hatta ve hatta terörden zarar gören, masum; ama, kamu görevlisi olmayan vatandaşlara da götürmektedir. Başka bir deyişle, devlet, düne kadar, yalnız kendi memurunu korurken, varoluş nedenini oluşturan vatandaş da, bu şekilde, bir tazminat ya da yardım çerçevesi içerisinde, koruma anlayışı getirmiştir.” (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi Dönem:18 Yıl:4 Cilt:59 B: 106; 11/4/1991, sf: 238).

² 3713 sayılı Kanunun 21. Maddesinin Uygulanması ile İlgili 2006/8 Sayılı Başbakanlık Genelgesi (RG. Tarih: 24/02/2006, No.26090).

terörle mücadele mağdurlarına yapılan kira yardımı rejimini belirleyen söz konusu Genelge üzerinde değişiklik çalışmaları yapılması veya yeni bir genelge hazırlanması 2010 yılından itibaren planlanmaya başlanmıştır. Dolayısıyla, kira yardımı rejiminin ayrıntılı olarak incelenmesi, uygulama açısından güncel bir önem arz etmektedir.

II) Terörle Mücadele Mağdurları

A) Viktimoloji Açısından Terör Mağduru - Terörle Mücadele Mağduru Ayrımı

Viktimoloji mağdurlar ve mağdur haklarıyla ilgilenen görece yeni bir bilim dalıdır. Mağduriyeti ve mağdurları farklı açılardan inceleyen viktimoloji nihayetinde mağduriyetin giderilmesi ve tekrarlamaması için gerekli koşulları ortaya çıkarmaya çalışmaktadır.³ Viktimolojinin temel araştırma konusunu oluşturan mağdur kimdir sorusunun yanıtını Birleşmiş Milletlerin 29/11/1985 tarihli *Suç ve Yetki İstismarı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirisinde* bulabiliriz. Zikredilen Bildirisi Madde 1-2'e göre,

“mağdurlar Üye Devletlerde yürürlükteki ceza kanunlarını ihlal eden eylemler ya da ihmaller suretiyle/(dolayısıyla), bireysel ya da toplu olarak, fiziksel yahut ruhsal yaralanma/(zarar), manevi ıstırap, ekonomik kayıp ya da temel haklarının esaslı biçimde ihlali/(zedelenmesi) de dahil, zarara maruz kalmış/(zarardan mustarip) olan kişiler ... ‘Mağdur’ terimi ayrıca, uygun olduğu takdirde, mağdurun en yakın aile mensuplarını ya da doğrudan mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve sıkıntılı zamanında mağdurlara yardımcı olmak ya da mağduriyeti önlemek üzere müdahalede bulunmasından ötürü zarar gören kişileri kapsar.”⁴

Viktimoloji bazı mağdur kategorilerini yakından incelemektedir. Bunlar arasında, cinsel suç mağdurları, aile içi şiddet mağdurları, çocuk istismarı mağdurları, yaşlı istismarı mağdurları, işsiz mağdurlar ve insan öldürme suçu mağdurları özellikle dikkati çekmektedir.⁵ Bu kapsamda terör mağdurları ayrıca incelenmesi gereken bir kategori olarak belirmektedir. Özellikle Türkiye gibi terör sorunu olan Devletlerde terör mağdurları oldukça geniş bir kitleye

³ Viktimoloji hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Füsun Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 2. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2008, sf:5. Hem ulusal hem uluslararası alanda viktimolojinin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Raquel Aldana-Pindell, “An Emerging Universality of Justiciable Victims’ Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 26, 2004, sf:605-686, 614-620. Uluslararası hukuk açısından viktimolojinin gelişimi hakkında bkz. M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victims’ Rights”, **Human Rights Law Review**, Vol. 6, N.2, 2006, sf:203-279, 206-211.

⁴ Suç ve Yetki İstismarı Mağdurları için Temel Adalet İlkeleri Bildirisi”/“(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)”, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 29/11/1985 tarih ve 40/34) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Bildirinin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, II. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:1073-1078.

⁵ Anılan mağdur kategorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji**, sf:36-113.

tekabül etmektedir. Söz konusu genişlik, terör mağdurlarının hem sayıca çok olması bakımından hem de mağduriyetlerin niteliği bakımından geçerlidir.

Bu açıdan terörden kaynaklanan mağduriyetin niteliği farklılık arz edebilmektedir. Buna göre, doğrudan terörün veya terörist faaliyetin hedefi olan sivil kişiler, terörle mücadele esnasında çeşitli mağduriyetlerle karşılaşan sivil kişiler ve terörle mücadele eden kamu görevlilerinin mağdur olması gibi birbirinden az veya çok farklılık arz eden mağduriyet türleri göze çarpmaktadır.

Terörden kaynaklanan mağduriyet türlerinin birincisi olarak mütalaa edilebilecek doğrudan terörist faaliyetin hedefi pozisyonundaki sivil kişiler bakımından fazla söze gerek yok. Bu kategoriye giren kişilerin uğradıkları mağduriyet, teröristler gibi özel hukuk kişilerinden kaynaklanmasına rağmen, hukuki koşullar çerçevesinde İdare’ce giderilmektedir. İdarenin bu bağlamdaki giderim yükümlülüğü Danıştay tarafından sosyal risk ilkesiyle temellendirilmektedir.⁶ Nitekim TMK’nın “terörden zarar gören diğer kişilere yardım” başlıklı 22. Maddesi, özel hukuk kişilerinin (şiviller gibi) mağduriyetlerine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.⁷ Bu noktada, idare hukukundaki bu yükümlülüğün daha etkili bir benzerini, üstün nitelikteki ulusalüstü insan hakları hukukunda görmek mümkündür. Ulusalüstü insan hakları hukukunda (ÜİHH), devletlerin üçüncü kişilerden bireylere gelen zararları/müdahaleleri önleme ve giderme yükümlülüğüne Devletin pozitif yükümlülüğü denilmektedir.⁸

Terörden kaynaklanan mağduriyet türlerinin ikincisi terörle mücadele esnasında sivil kişilerin çeşitli mağduriyetlerden muzdarip olmasıdır. Özellikle terörle mücadele eden kamu görevlilerinin tasarruflarından kaynaklanan bu

⁶ İdare D.Gen.Kur., E. 2003/57, K. 2005/237, T.14/04/2005; Danıştay 10. Daire, E. 1995/1102, K. 1996/5774, T. 04/10/1996; Danıştay 10. Daire, E. 1999/2162, K. 2000/5120, T. 11/10/2000 (Bu kararda Danıştay Savcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararına atıf yapmaktadır); Danıştay 10. Daire, E. 2004/7285, K. 2007/212, T. 29/01/2007. Ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, Cilt:50, S.3-4, 1995, sf:193-199, özellikle 195-198 (bu makalede eski tarihli Danıştay kararlarından özetler bulunmaktadır).

⁷ TMK Madde 22: “Terör eylemlerinden dolayı yaralananların tedavileri Devlet tarafından yapılır. Zarar gören, can ve mal kaybına uğrayan vatandaşlara, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan öncelikle yardım yapılır. Bu fondan ilk ve orta öğrenim çağındaki şehit çocuklarının öğrenim masrafları karşılanır. Yardımın kapsam ve ölçüsü, Fonun mahalli yetkililerince belirlenecek miktarı aşmamak kaydıyla Fon Kurulunca tespit edilir.”

⁸ Şu hususu da hatırlatmak gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını müteakip Türk hukukunda yeni bir kanun kabul edilmiş ve bu kanunla terörist faaliyet neticesinde zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının Devlete karşılanacağı hüküm altına alınmıştır (27/07/2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 17/07/2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Madde 1). Aşağıdaki paragraflarda ayrıca incelenecek olan bu Kanun hükümleri sayesinde, artık “sosyal risk” ilkesine dayanmaya gerek kalmamıştır.

Ancak önemle belirtelim ki, 5233 sayılı Kanunun çıkarılmasının asıl amacı, terörle mücadele esnasında kamu görevlileri tarafından mağdur edilen üçüncü kişilerin zararlarının giderimidir. Nitekim 5233 sayılı Kanunun çıkarılmasına vesile olan AİHM kararları da bu yöndedir. Ayrıca takip eden dipnotlara bkz.

terör mağduriyeti türünde, terörle mücadeleye aktif olarak katılmayan sivil kişilerin konutlarının ve mallarının yakılıp yıkılması, bu sivililerin yaşam alanlarından tehcir edilmeleri gibi unsurlar gözlemlenmektedir. Türkiye’de, terörle mücadeleye aktif olarak katılmayan sivil kişilerin terörle mücadele adına kamu görevlilerince mağdur edilmeleri olgusu oldukça yaygındır. Bu mağduriyetler nihayetinde mağdurlar şikayetlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşımıştır. AİHM’in mağdurları haklı bulan kararları⁹ sonrası Türkiye, ulusal hukukunda terörle mücadeleye aktif olarak katılmayan sivil kişilerin terörle mücadele adına kamu görevlilerince mağdur edilmelerini gidermeye yönelik bazı kanuni düzenlemeler yapmıştır. Özel bir kanunla kurulan tazminat komisyonunun¹⁰ yanı sıra, TMK Madde 21’de de bazı değişiklikler yapılmış¹¹ ve terörle mücadele adına köyleri boşaltılan ve yaşam yerlerinden farklı bir muhitte yaşamak zorunda bırakılan kişiler için bazı giderimler öngörülmüştür.¹²

Anılan 5233 sayılı Kanundaki tazminat yükümlülüğünün hukuki niteliği ve temeli hakkında görüş ayrılıkları mevcuttur. Anayasa Mahkemesine göre,

“İdare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları kusur sorumluluğu ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Ancak bazen idare, kusur koşulu ve nedensellik bağı aranmadan da meydana gelen bazı zararlardan sorumlu olabilmektedir. Bunlar, idarenin kendi faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği zararlardır. 5233 sayılı Yasa’da yer alan sorumluluğun dayanağını da kusuraşsız sorumluluğun bir türü olan ve bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen “sosyal risk ilkesi” oluşturmaktadır. **Terör ve terörle mücadeleden doğan ancak idari bir eylem veya işlemle nedensellik bağı bulunmayan maddi zararların** karşılanmasına ilişkin 5233 sayılı Yasa’daki düzenlemeler, yasakoyucunun sosyal hukuk devletinin gereği olarak sorumluluk hukukunun genel ilkelerine yasayla getirdiği bir istisnadır. İdarenin kusurunun bulunmadığı ancak “sosyal risk ilkesi” gereği sulh yoluyla kar-

⁹ AİHM’in söz konusu kararlarının viktimoloji açısından irdelenmesi için bkz. Aldana-Pindell, **a.g.m.**, sf:634-644. Ayrıca yakın tarihli iki karar için bkz. *Doğan and others v. Turkey*, App. Nos.8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, Judgment of 29 June 2004; *Aydın İçyer v. Turkey*, App. No. 18888/02, Admissibility Decision of 12 January 2006. *İçyer* kararı ile AİHM, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun kurduğu tazminat mekanizmasını etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirmiştir.

¹⁰ 5233 sayılı Kanun Madde 4.

¹¹ TMK Madde 21’de 2006 yılında çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı, terörle mücadele esnasında kamu görevlileri tarafından mağdur edilenlere çeşitli haklar sağlamaktadır. Örneğin TMK Madde 21 (ı) bendi, “terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince Devletçe karışksız burs verilir” hükmünü getirmiştir.

¹² Genel olarak bkz. Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt:3, No.10, 2007, sf:25-42, özellikle 31-41; Ahmet Kırtepe, “5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:5, Sayı: 43, Mart 2010, sf:145-155.

şılınması gereken zararların nelerden ibaret olduğunun tespiti, yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. **İtiraz konusu kurallarda yer alan maddi zararların öncelikle sulh yoluyla karşılanması ilişkin hükümlerin bulunmasını bu kapsamda değerlendirmek gerekir**¹³ (vurgular eklenmiştir).

AYM'nin referansı verilen kararının bir çelişki barındırdığı görülmektedir. Bir yandan terörle mücadele tasarrufunda bulunup diğer yandan bu tasarruftan kaynaklanan maddi zararların nasıl olup da idari bir eylem ve işlemle nedensellik bağının kurulamadığını anlamak güçtür. Terörle mücadele, mevzuat çerçevesinde bu işle görevlendirilen kamu kurum ve görevlilerince yürütülen idari bir kolluk faaliyetidir. Bu sebeple, terörle mücadele sırasında sivil üçüncü kişilere verilen zararlar ile terörle mücadeleyi yürüten ilgili kamu makamının tasarrufu arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu açıdan, 5233 sayılı Kanundaki tazminat yükümlülüğü "sosyal risk" ilkesi ile değil klasik sorumluluk ilkeleriyle temellendirilmelidir. 5233 sayılı Kanunun çıkartılmasında önemli ve belirleyici rol oynayan AİHM kararları da, terörle mücadele esnasında meydana gelen zararlardan idarenin doğrudan sorumlu olduğu yönündedir.

Bununla birlikte, 5233 sayılı Kanun sadece terörle mücadeleden kaynaklanan zararları değil, ayrıca terör eylemlerinden kaynaklanan maddi zararları da karşılamaktadır. Terörden kaynaklanan zararların idarece üstlenilmesi yükümlülüğü ise, ana metinde gösterildiği üzere sosyal risk ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan 5233 sayılı Kanunun zararın kaynağına göre (terör veya terörle mücadele) iki ayrı hukuki temelden (hem klasik sorumluluk hem sosyal risk ilkeleri) hareketle idareye tazminat yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. Dolayısıyla, zararın kaynağına dikkat etmeyen ve ikili bir ayırım yapmayan anılan AYM kararında benimsenen ve 5233 sayılı Kanunda tazminat sorumluluğunun dayanağının sosyal risk ilkesi olduğu yönündeki görüşü şüpheli karşılamak gereklidir.

Üçüncü kategori terör mağdurları olarak, terörle mücadele eden kamu görevlilerine işaret etmek mümkündür. Gerçekten de, yaygın terörle mücadele, uzmanlaşmış kolluk kuvvetlerini gerektirmektedir. Bu uzmanlaşma hem sivil güvenlik bürokrasisi içerisinde hem de askeri güvenlik bürokrasisi içerisinde söz konusudur. Terörle mücadelede uzmanlaşmış birimlerin mensupları, görevin mahiyeti icabı, terörist faaliyetin mağduru olabilmektedir.

Terörden kaynaklanan bu son mağduriyet türünün yukarıda zikredilen diğer iki tür terör mağdurlarından bazı yönlerden farklılık içerdiği gözlemlenebilmektedir. Her şeyden önce, terörle mücadele eden kamu görevlileri, yaptıkları işin riskinin farkında olup bu riski bilinçli olarak üstlenmişlerdir. Teröre karşı aktif mücadele içinde olmak, terörist faaliyete hedef olma riskini de otomatikman arttırmaktadır. Bu durumda, "mağdurların suça yol açmasından"¹⁴

¹³ Bkz. AYM, 25/06/2009, E.2006/79, K.2009/97. Aynı yönde olarak bkz. Cemil Kaya, **a.g.e.**, sf:25-42, 31; Ahmet Kırtepe, **a.g.m.**, sf:145-155.

¹⁴ "Mağdurun, faili cesaretlendirici veya tahrik edici davranışıyla ya da riski arttıran bir takım diğer yollarla kendisine karşı suç işlenmesine neden olabilmesi şeklinde tanımlanan "mağdurun suça yol açması" kavramı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji**, sf:116-141.

söz edilemeyecekse bile, “mağduriyet riskinin”¹⁵ göz önünde bulundurulması gerekir. Üstelik, genellikle terörün hedefi tekil kamu görevlisi olsa dahi, bu kişilerin terörist faaliyetin hedefi ve doğrudan amacı konumunda bulunmayan aileleri de ferî mağdur pozisyonundadır. Oysa diğer kategoriler kapsamında değerlendirilen terör mağdurları, ilgili Devletin mevzuatında benimsenen terör tanımına göre değişkenlik gösterebilmekle birlikte, görece pasif durumda olup ağırlıklı olarak tesadüfi hedeftir veya istenmeden mağdur edilmiştir. Hal böyle olunca, terörle mücadele eden kamu görevlilerinin mağduriyetlerinin niteliği farklılaşmaktadır.

Bu mülahazalar, terörden kaynaklanan üç mağduriyet türünün “terör mağduru” ile “terörle mücadele mağduru” olarak iki ana kategori içinde ele alınmasını sonuçlayabilir. “Terör mağdurları” kategorisi içine terörün doğrudan muhatabı olan sivil kişiler ile kamu görevlilerinin terörle mücadele esnasında aldığı tedbirler ve yaptığı tasarruflardan etkilenen sivil kişiler girerken, “terörle mücadele mağduru” kategorisi içine münhasıran terörle mücadele ederken mağdur olan kamu görevlileri girmektedir. Bu ana ayrımın önemi, bu iki mağdur kategorisinin sahip olduğu hukuki güvence ve imkanların farklılık arz edebilecek olmasıdır.

Nitekim Türk hukukunda “terör mağdurları” ile “terörle mücadele mağduru” olan kişilere farklı hukuki güvencelerin sağlandığı saptanabilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, terörist faaliyetin mağduru konumundaki sivil kişiler için özel yasal düzenlemelerin yüzeysel kaldığı fark edilebilmektedir. Hatta TMK’nın 22. Maddesi, “terörden zarar gören diğer kişilere yardım” başlığı taşımakla, terör mağduriyetinde öncelikli mağdur kategorisini çok net belirlemiştir. Buradaki “*diğer kişiler*” ibaresi, kamu görevlileri dışında kalanlara işaret etmektedir. Belirtildiği üzere, sivil mağdurlar, temelde Danıştay içtihatları çerçevesinde idare hukuku ilkeleri bağlamında tazminat alabilmektedirler.

Diğer yandan, yine “terör mağduru” ana kategorisi içinde yer almakla birlikte, mağduriyetin kaynağının terörle mücadele eden kamu görevlilerinin tasarrufları olduğu hallerde Türk mevzuatı mağdurlar için bazı giderim usulleri öngörmüştür. Ancak bu kapsamdaki düzenlemeler AİHM içtihadı sonrasında mevzuata eklenmiştir. Uluslararası sözleşmelere bakıldığında, ister kamu görevlilerinin tasarruflarından kaynaklansın isterse doğrudan terörist faaliyetten kaynaklansın, “terör mağdurları” için yeterli giderim usullerinin ihdas edilmesi yükümlülüğü açıkça öngörülmüştür. Örneğin, Başlangıç bölümünde Avrupa Konseyi (AK) üyesi Devletlerin terörizmden muzdarip kişilerin mağdur edilebilir (precarious) durumunun bilincinde olduklarını vurgulayan 16/05/2005 tarihli *Terörizmin Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi* Madde 13, “(h)er Taraf, kendi ülkesinde gerçekleştirilen terörün mağdurlarını korumak ve onlara destek sağlamak için gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır. Bu tedbirler, uygun ulusal planlar üzerinden ve ulusal mevzuata tabi olarak, *inter alia*, terörizm mağdurları ve onların yakın aile üyeleri için finansal destek ve tazminatı içerecektir” hükmünü getirmiştir.¹⁶ Buna paralel olarak, Avrupa

¹⁵ “Suç mağduru olabilme tehlikesi ile karşı karşıya olma anlamına gelen “mağduriyet riski” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji**, sf:142-149.

¹⁶ *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No.: 196*, çev. Saadet Yüksel, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, ed. Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2008, sf:381-397.

Birliğin (AB) ürettiği 13/06/2002 tarihli *Terörizmle Mücadele Hakkında Avrupa Konseyi Çerçeve Kararı* Madde 10/2, "...her üye devlet, gerekli ise, mağdurların aileleri için uygun yardımı sağlamak için muhtemel tüm tedbirleri alacaktır" hükmünü içermektedir.¹⁷

AK ve AB tarafından üretilen bağlayıcı nitelikteki belgeler dışında uluslararası hukukun "yumuşak kurallarında" da benzeri düzenlemelere yer verildiği gözlemlenebilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *Suç Mağdurlarına Yardım Hususunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı* (2006) ¹⁸ terör mağdurları hakkında önemli belirlemeler içermektedir. Her şeyden önce zikredilen Tavsiye Kararının Başlangıç kısmında terörizm mağdurlarının ve ailelerinin özel bir desteğe ihtiyaç duydukları teyit edilmiş ve bu hususta Bakanlar Komitesi tarafından 2005 yılında benimsenen bazı spesifik düzenlemelere atıfta bulunulmuştur. Terörizm mağdurlarına yardımı uluslararası işbirliği meselesi olarak gören Tavsiye Kararı, devletlere, terörizm dahil olmak üzere "kitlesel mağduriyet yaratan suçların/crimes of mass victimisation" mağdurları için ihtisaslaşmış merkezlerin kurulmasını veya idamesini teşvik etmelerini tavsiye etmektedir (Madde 5.4). Tavsiye Kararı ayrıca, "Devlet Giderimi" başlığı altında, terörist fiillerin mağdurları da dahil olmak üzere, şiddet mağdurları için çeşitli giderimler öngörmüştür. Bu bağlamda, giderim fiziksel ve psikolojik tedavi ve rehabilitasyonu sağlamalı ve gelir kaybını, cenaze masraflarını, mağdurların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin giderlerini karşılamalı ve çekilen acı/ıstırap için belli bir tazminatı içermelidir. Tavsiye Kararına göre, bu giderimler kural olarak sigorta veya sosyal güvenlik sisteminden karşılanmalıdır. Bunun mümkün olmadığı ölçüde, devlet spesifik olarak giderimle yükümlüdür (Madde 8).¹⁹ Bu bağlamda son olarak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin terör mağdurlarına ekonomik katkılar sunulması yönünde aldığı kararlar hatırlatılmalıdır.²⁰

Bu düzenlemelere ve ulusal yargı kararlarına bakıldığında, Türk hukukunda "terör mağdurlarına" sağlanan güvence ve imkanların yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Devletin uluslararası belgelerden kaynaklanan yükümlülüğünün ihmal edilmiş olduğu açıkça görülmektedir. Buna karşılık

Bu Sözleşme, altı onaylama belgesinin depo edilmesi şartının gerçekleşmesiyle 01/06/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi 19/01/2006 tarihinde imzalamış ancak 29/09/2011 tarihi itibarıyla henüz onaylamamıştır.

¹⁷ Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism, OJ L 164, 22.6.2002, p. 3-7, çev. Saadet Yüksel, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, ed. Yener Ünver, Seçkin Yay., Ankara, 2008, sf:451-456.

¹⁸ Recommendation Rec.(2006) 8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, 14 Haziran 2006'da Bakan Temsilcilerinin 967. toplantısında kabul edilmiştir (Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2006 at the 967th meeting of the Ministers' Deputies).

¹⁹ Avrupa Konseyi bünyesinde suç mağdurlarına sağlanan güvence ve imkanlar üzerinde uzun yıllardır çalışılmaktadır ve bu konuda Konsey organlarıncı çok sayıda belge üretilmiştir. Avrupa Konseyinde suç mağdurlarına sağlanan güvence ve imkanlar hakkında bilgi için bkz. Kaya, **a.g.m.**, sf:27-31.

²⁰ Bilgi için bkz. Bassiouni, **a.g.m.**, sf: 278.

“terörle mücadele mağduru” olan kişiler açısından mevzuata bakıldığında ise, çok daha geniş ve spesifik nitelikli güvence ve imkanların söz konusu kamu görevlileri için tanındığı anlaşılmaktadır.²¹

Mevzuatça tanınan güvence ve imkanların niceliği ve niteliği bakımından “terör mağduru” ile “terörle mücadele mağduru” olarak iki ana kategori bulunması ilk başta yadırganabilir. Zira bütün bu kategori mağduriyetler terörden ve terörist faaliyetten kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, aralarında bu derece farklılık ihdas etmek pek yerinde bir hukuki/yasal tercih olarak değerlendirilemeyebilir. Üstelik bu kategoriler kapsamındaki bütün mağdurlar, her halükarda terörist faaliyete katılmamış kişilerdir.

Bununla birlikte, “terörle mücadele mağduru” olarak ayrı bir mağduriyet kategorisi bulunmasının yerinde olduğu yönünde argümanlar geliştirmek de mümkündür. Zira kronik terör sorunu olan Devletlerde söz konusu terörist faaliyetle mücadele özel bir uzmanlık gerektirmektedir. Bu zorluk karşısında terörle mücadele edecek personel bulmanın güçlük arz edeceği düşünülebilir. Terörle mücadele ederken mağdur pozisyonuna düşen kamu görevlileri ile ailelerine çeşitli destekler öngörülmesi, bu personelin çalışma motivasyonunu artırma potansiyeli taşımaktadır. Bu yönüyle söz konusu yasal düzenlemeler terörle mücadelede başarı oranını arttırabilir. Kaldı ki, terörle mücadele eden kamu görevlilerine çeşitli güvenceler sağlanması ile terör mağduru kişilere güvence sağlanması birbiriyle çelişen yasal tercihler değildir. Her iki kategori bakımından mağduriyetlerin niteliğine göre gerekli ve yeterli güvenceler sağlandığı müddetçe ortada ayrımcı bir düzenleme olduğundan söz edilemez.²²

²¹ Örneğin, Emniyet Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde şehit personelin kanuni mirasçılarına sağlanan güvence ve imkanları gösteren bir liste bulunmaktadır. Bu liste, “pdf” formatında olup tam yedi (7) sayfadan müteşekkildir (www.sosyalhizmetler.pol.tr).

²² Ancak Türk hukukunun bu eşitliği sağlayamadığını tekrar vurgulayalım.

Bu bağlamda bir not olarak eklenmelidir ki, benzeri bir ayrımcılık kaygısını kanun koyucu da hissetmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun (No. 5982, Kabul Tarihi: 07/05/2010, RG: 13/05/2010 tarih ve 27580 sayı) 1. Maddesiyle, 1982 Anayasasının kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. Maddesine üçüncü bir fıkra eklenerek “*çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” hükmü getirilmiştir. Oysa AY’nin 61. Maddesinde “*Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar*” hükmü zaten bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu, AY Madde 61’de zikredilen statülerdeki genel mağdurların yanı sıra, terörle mücadele mağdurları için kanunlarla sağlanan güvence ve imkanların hukuki geçerliliğini sağlamlaştırmak istemiştir. Zira, bu Çalışmada çeşitli vesilelerle ifade edileceği üzere, terörle mücadele mağdurları için sağlanan güvence ve imkanlar diğer mağdurlar için sağlananlardan çok daha fazladır. Bu durumun yarattığı anayasal eşitliğe aykırılık kaygısı, işte yeni Anayasa değişikliğiyle giderilmek istenmektedir. Söz konusu Anayasa değişikliği teklifi bir bütün olarak, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından incelenmiş ve AYM tarafından Anayasaya aykırı olmadığı değerlendirilmiştir. Söz konusu değişiklik 12 Eylül 2010 tarihinde referandumla halkoyuna sunulup kabul edilmiş ve halkoyunun sonucu YSK tarafından 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Böylelikle söz konusu değişiklikler yürürlüğe/uygulamaya girmiştir.

Nitekim terörle mücadele ederken mağdur duruma düşmüş personel veya ailesi için çeşitli güvence ve imkanlar sağlayan TMK Madde 21 metnine bakıldığında, aynı düzenlemenin özellikle terörle mücadele eden kamu görevlilerinin tasarruflarından ötürü mağdur olmuş terör mağduru sivil kişileri de kapsadığı görülmektedir. Örneğin terörle mücadelenin etkin şekilde sağlanması için köyleri boşaltılan ve yaşam alanlarından tehcir edilip başka yerlerde yaşamak zorunda bırakılan kişiler için TMK Madde 21 çeşitli giderimler öngörmektedir. Gerçi bu kategori mağdurların TMK Madde 21'e eklenmesi, yukarıda çeşitli defalar ifade edildiği gibi, AİHM'in içtihatları neticesinde olmuştur. Ancak her halükarda, bu iki kategori mağduriyet birbiriyle çelişmediğinden aynı kanuni düzenleme içerisinde birlikte yer almaktadırlar.

B) Terörle Mücadele Mağduru Statüsü

Bu başlık altında Türk hukuk mevzuatında terörle mücadele mağdurlarına tanınan güvence ve imkanlardan kimlerin hangi koşullarda yararlanabileceği hakkında değerlendirmeler yapılacaktır. Zira *“terör mağduru”* – *“terörle mücadele mağduru”* ayrımının anlamlı olabilmesi, terörle mücadele mağduru kapsamına hangi statüdeki kişilerin girdiğine bağlıdır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu hususta yapılacak değerlendirmeler genel niteliktedir ve müteakip bölümlerde özel olarak incelenecek olan *“kira yardımı”* güvencesinden faydalananların belirlenmesi ve orada dile getirilecek fikirlerin temellendirilmesi amacıyla yapılmaktadır.

1) Kişi ve Statü Bakımından

TMK Madde 21 çerçevesinde öngörülen güvence ve imkanlardan yararlanabilmek için öncelikle genel olarak *“kamu görevlisi”* statüsünde bulunmak gereklidir. Türk mevzuatında terörle mücadele mağdurlarına güvence tanıyan düzenlemeler *“kamu görevlisi”* kavramını tanımlamamışlardır. Bu noktada idare hukuku kapsamında kullanılan *“kamu görevlisi/personeli”* tanımını²³ esas almak yasal bütünlük bakımından gerekli ve yeterlidir. Bu bağlamda kullanılan *“kamu görevlisi”* statüsü içerisine, muvazzaf asker (subay-astsubay-uzman), polis, bekçi ve hatta köy korucusu²⁴ gibi görevliler girmektedir.²⁵ Dik-

²³ İdare hukukunda Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 – Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, sf:917 vd. (*“Kamu görevlileri deyimi, ...kamu kurum ve kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri kapsar.”*); İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, sf:981 vd.

²⁴ Krş. Danıştay 10. Daire, E. 1998/2364, K. 1999/4343, T. 28/09/1999.

Şu husus da eklenmelidir ki, Köy Kanunu Madde 74 *“Köy Korucuları ve Geçici Köy Korucularının görevde bulundukları süre içinde yaralanmaları, sakatlanmaları ve ölümleri halinde ‘2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’ hükümleri uygulanır”* hükmünü içermektedir (Kanun No. 442, Kabul Tarihi: 18/03/1924), (RG, 07/04/1924, s.68).

²⁵ Terörden mağdur olan özel güvenlik görevlileri TMK ve diğer mevzuattaki güvence ve imkanlardan yararlanamamaktadır. Diğer yandan bu statüdeki kişiler, sivil kişi olarak sosyal risk ilkesi çerçevesinde giderim elde edebilmektedir. (Danıştay 10. Daire, E. 2001/1254, K. 2002/4679, T. 10/12/2002).

kat edilirse, zikredilen kamu görevlileri güvenlik bürokrasisi içinde yer alan görevlilerdir. Buna göre, güvenlik bürokrasisi içinde yer almayan kamu görevlilerinin TMK Madde 21'den yararlanamayacağı kabul edilebilir. Örneğin öğretmenler terörist faaliyet sebebiyle malul olduklarında, mevzuattaki genel hükümlerden ve sosyal risk ilkesinden faydalanabilecek ve fakat TMK Madde 21 hükmünün sağladığı güvence ve imkanlardan yararlanamayacaktır.²⁶

Güvenlik bürokrasisi içinde yer alanlar bakımından da bazı istisnalar bulunmaktadır. Örneğin bu TMK Madde 21 bakımından düşünüldüğünde kamu görevlisi kavramı mesela, güvenlik alanında görevli olmalarına rağmen, askerlik hizmetini yapmakta olan erbaş ve erleri kapsamamaktadır. Gerçi TMK Madde 21/h'ye göre, malul olan erbaş ve erler ile şehit erlerin dul ve yetimlerine Madde'de yer verilen bazı güvence ve imkanlardan faydalanabilme hakkı tanınmıştır. Ancak bunlar yine de Kanunun hedeflediği asıl grup içerisinde yer almamaktadır.²⁷ Erbaş ve erler, terörle mücadele esnasında şehit veya malul olduklarında mevzuattaki genel hükümlerin sağladığı güvence ve imkanlarla (örneğin 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu²⁸ gibi) yetinmek durumundadır. Burada belirtilmelidir ki, TMK Madde 21'in zikredilen düzenlemesi ve buna dayanan Danıştay uygulaması hukuka ve hakkaniyete aykırıdır. Terörle mücadele eden vatandaşlar arasında süreklilik arz eden kamu görevlileri ile geçicilik arz eden askerlik yükümlüleri arasında sosyal yardımlar ve sosyal güvenlik açısından bir ayrım yapmayı meşru kılacak hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.²⁹ Üstelik, terörle mücadele eden kamu görevlileri, yaptıkları işin riskinin farkında olup kendi istekleriyle bu göreve veya en azından güvenlik bürokrasisi içindeki pozisyonlarına talip olmuşlardır. Oysa askerlik yükümlüsü erbaş ve erler, ulusal mevzuatın buyurucu kuralları çerçevesinde³⁰ kendilerinin hiçbir rolü, özgür irade ve tercihleri ile sahih rızaları olmaksızın askeri güvenlik bürokrasisi içinde yer almak ve terörle mücadele etmek durumunda kalmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, terörle mücadele etmek ve güven-

²⁶ Danıştay 10. Daire, E. 1996/10146, K. 1998/2344, T.28/05/1998.

²⁷ Danıştay 11. Daire, E. 2005/4954, K. 2007/7791, T. 05/11/2007. Danıştay'a göre, "anılan madde hükmünün (h) bendinde, haklarında 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmış olan erbaş ve erlerin ise sadece aynı maddenin (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde düzenlenen haklardan yararlanabilecekleri anlaşılmaktadır. (...) Olayda; İdare Mahkemesince yukarıda açık hükmü bulunan 3713 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin (h) bendinde er ve erbaşlar için getirilen sınırlama gözeticilerle bir karar verilmesi gerekirken, davacının bu yasanın tanıdığı aylık ve diğer mali haklardan yararlandırılması sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulmasında yasaya uyarlık görülmemiştir". (Bu kararı krş. Danıştay 11. Daire, E. 2003/4189, K. 2004/2653, T. 07/06/2004.).

²⁸ Kabul tarihi 08/06/1949, RG. S. 7235, 17/06/1949.

²⁹ Belirtmek gerekir ki, mevzuattaki bu eksikliği Türk Silahlı Kuvvetleri, Mehmetçik Vakfı aracılığıyla kısmen gidermektedir. Mehmetçik Vakfı, görev sırasında şehit ya da gazi olmuş er ve erbaşlar ile bunların ailelerine çeşitli yardımlarda bulunmaktadır (www.mehmetcik.org.tr). Mehmetçik Vakfının sağladığı giderimin, önemli olmakla birlikte, mevzuattaki ayrımcılığı ve eşitsizliği gidermeye ilkesel düzeyde yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

³⁰ Bkz. 1111 sayılı ve 21/06/1927 tarihli Askerlik Kanunu (RG. Tarih: 12-17/07/1927, No. 631-635).

lik bürokrasisine dahil olmak bakımından hiçbir farklılık arz etmeyen malul ve/veya şehit erbaş ve erlere, kamu görevlilerinden daha fazla hak ve sosyal güvence sağlanmış olması gereklidir.³¹

Ancak bir kişinin kamu görevlisi statüsüne girmesi, tek başına, mevzuatta tanınan güvencelerden faydalanabilmek için yeterli değildir. Ayrıca mağduriyetin, görevin ifası sırasında veya bu görev dolayısıyla kaynaklanmış olması gereklidir. TMK Madde 21, mağduriyetin zamanına önem vermemiş, kaynağına önem vermiştir. Hal böyle olunca, mevzuatta öngörülen güvence ve imkanlardan emeklilik, istifa veya başka bir sebeple kamu görevinden ayrılmış kişiler de, mağduriyetleri eski görevlerinden kaynaklandığı müddetçe, tıpkı görevdeki kamu görevlileri gibi faydalanabilirler. Doğal olarak, terörle mücadele sebebiyle ölen kamu görevlilerinin dul ve yetimleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Söz konusu güvence ve imkanlardan yararlanabilmek için hali hazırda veya eski kamu görevlisi statüsünde bulunmak ve mağduriyetin terörle mücadele görevinden kaynaklanmış olmasının yanı sıra, terör eylemi dolayısıyla "malul olmak" veya "ölmüş" olmak gereklidir. TMK Madde 21'de "malul olmak"

³¹ Danıştay 11. Daire, E. 2005/4954, K. 2007/7791, T. 05/11/2007'ye eklenen muhalefet şerhinin burada nakledilmeyi hak ettiğini düşünüyoruz.

"Dava dosyasından, Hakkari İl Jandarma Komutanlığı emrinde er olarak görev yapmakta iken Hakkari'den geçecek askeri konvoyun güvenliğini sağlamakla görevlendirilen, bu amaçla içinde bulunduğu askeri aracın şarampole yuvarlanması sonucu yaralanan davacı tarafından, olayın 3713 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmemesi ve bu Kanunla tanınan aylık ve diğer mali haklardan yararlandırılmaması yolundaki işlemin iptali ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü, askerlik görevini yaparken vefat eden er ve erbaşların 3713 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenen bütün haklardan, bilhassa 21. maddenin (a) bendinden yararlanıp yararlanmayacaklarının tespitine ilişkindir.

Anayasamızın 72. maddesinde "Vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir" denilmekte olup, belli yaşa gelen, sıhhi engeli bulunmayan erkek Türk vatandaşlarının bu ödevi yapması zorunluluğuna değinilmiştir. Bu zorunluluğa uyan vatandaşların görev. nedeniyle sakatlanması veya vefat etmeleri halinde kendilerinin ve geride bıraktıklarının, özellikle erbaş ve erlerin desteğine muhtaç kişilerin korunup kollanması ise devletin görevidir. "Vatan hizmeti ödevinin" karşılığı devlete düşen ödev de budur. Nitekim 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinin Kanundan yararlanacakları düzenleyen II-k bendinde erlerin (vazife malullükleri ile vazifeden doğma ölümleri halinde) iştirakçi olmamalarına rağmen bu Kanundan yararlanacakları hükme bağlanmıştır.

Anayasamızın 10. maddesinde ise kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş, herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında askerliği ücret karşılığında meslek olarak yapanla, bunu ödev olarak yapan arasında fark bulunmaması gerekir.

Bu durumda; 3713 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından erler yönünden sınırlama getirilmesinde Anayasamızın 10. maddesine, hak ve nesafet ilkelerine ve genel olarak hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; karar düzeltme isteğinin reddi ile İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına karşıyım."

durumunun kapsamına giren kategoriler babında “yaralanmak”, “sakatlanmak”, “ölmek” ve “öldürölmek” durumları açıkça sayılmıştır.

Göröldüğü üzere, TMK Madde 21’de “şehit” terim ve kavramına yer verilmemiş; yerine, daha geniş kapsamlı “ölmek” ve “öldürölmek” terimleri tercih edilmiştir. Gerçi TMK’nın 22. Maddesinde “şehit çocukları” ve Ek Madde 1/A ile 1/B’de “şehit” terimlerine yer verilmiştir. Bu durumda TMK’da açık bir “şehit” tanımı yer almamaktadır³² ki bu noktada birçok hukuki sorun ortaya çıkmaktadır. Zira çok sayıda yerde “şehit” terimini kullanan ve buna sonuç bağlayan Türk hukuk mevzuatında da “şehitlik” statüsü tanımlanmış olmadığından, kimlerin bu statüye gireceğinin incelenmesi gereklidir. Ancak TMK dikkatli bir gözle okunduğunda, metin içerisinde zımni bir “şehit” tanımı bulunduğu veyahut en azından “şehit” kavramının bazı unsurlarının belirlenmiş olduğu görölebilmektedir. Nitekim Kanunun bütönlüğü bakımından TMK’da yer verilen “şehit” kavramını TMK Madde 21 çerçevesinde anlamak gerekir. Buna göre, eski veya halen görevdeki kamu görevlileri, görevin ifası sırasında veya bu görev dolayısıyla “öldüğünde/öldüröldüğünde” “şehit” olmuş sayılmalıdır. Bu zımni tanım, bütötn Türk mevzuatına teşmil edilebilir.³³

Ayrıca şu husus da eklenmelidir ki, Türk hukuk mevzuatında alt dereceli ve sadece bazı kurumları bağlayan düzenlemelerde “şehitlik” statüsünün tanımının yapıldığı görölebilmektedir. Örneğın Milli Savunma Bakanlığının “*Şehitlik Yönergesi*”³⁴ ile İçişleri Bakanlığının “*Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Şehitlikleri*

³² TMK Madde 21’in atfı yaptığı 2330 sayılı ve 03/11/1980 tarihli Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanununda (RG. 06/11/1980, S.17152) da benzeri bir tanıma yer verildiğı ve dolayısıyla “şehit” kavramının açık bir tanımının yer almadığı görölmektedir. 2330 sayılı Kanun Madde 1 hükmü şöyledir: “Barışta güven ve asayişin korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde bu Kanun hükümleri uygulanır.”

³³ Bu halde 1982 Anayasasının mevcut 61. Maddesi hükmü ile AY’nin 10. Maddesinde yapılan ve terörle mücadele mağdurlarına sağlanan geniş güvence ve imkanları anayasal temele ve meşruiyete kavuşturmayı amaçlayan değişiklikte (Kanun No. 5982, Kabul Tarihi: 07/05/2010, Madde 1) tercih edilen terminolojinin yerinde olduğu söylenemeyecektir. Gerek “şehit” gerekse “gazi” gibi kavram ve terimlere yer veren söz konusu düzenlemeler, Türk hukukunda mevcut terminolojik ve kavramsal kargaşayı sürdürmekten ve hatta büyötmekten başka işe yaramayacak gibi gözökmektedir. Söz konusu anayasa değişikliği, iyi düşünölmenden ve mevzuat ile yargı kararlarına yeterince hakim olunmadan yapılmış bir değişiklik olduğu ve dolayısıyla münhasıran popölist amaçlara hizmet etmek üzere planladığı izlenimini vermektedir.

³⁴ Milli Savunma Bakanlığının 1999 tarih ve MSY 439-1 (A) kodlu Şehitlik Yönergesi’nin II. Bölüm 4. maddesi şehitliklere kimlerin defnedileceğini saptamakla, aslında şehit statüsünün kimlere verileceğini belirlemiş olmaktadır. Nitekim aynı Yönergenin I. Bölümündeki “tanımlar” başlıklı 3. madde, açıkça, “şehit” statüsünün II. Bölüm 4. maddesi kapsamına girenlere verileceğini hükmü bağlamıştır.

“Şehitliklere; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığına mensup asker ve sivil kişilerden aşağıda belirtilen durumlarda olanlar defnedilir.

ile Cenaze Törenlerinde Uyulacak Esaslar Hakkında Yönetmeliği³⁵ birer şehit tanımı vermişlerdir. Gerçi bu düzenlemeler spesifik bir kurum (MSB-TSK ve Emniyet Teşkilatı) ve konu (defin ve tören) bakımından geçerli olduğundan, genel düzlemde doğrudan uygulanabilirlikleri yoktur. Bununla birlikte söz

a. Harpte fiilen ateş altında ölenler, ya da yaralanıp tedavisi sırasında bu yaranın sebep ve tesiri ile ölenler veya geride bulunup da, düşman silahlarının tesiriyle ölenler, ya da yaralanıp tedavi sırasında bu yaranın sebep ve tesiriyle ölenler,

b. İç güvenlik görevlerinde (Disiplinsizlik ve ihmali görülenler hariç) veya terör ve anarşi ile mücadelede ölenler ya da yaralanıp tedavi sırasında bu yaranın sebep ve tesiri ile ölenler.

c. Eğitim, atış tatbikat, manevra gibi görevleri yapan asker kişilerden; görev yaptıkları sırada veya yetkili makamlarca görevlendirilmeleri nedeniyle, sabit görev yerlerinden ayrıldıktan sonra, vukubulan bir olayda ölenler veya yaralanıp da sonradan bu yaranın sebep ve tesiriyle ölenler.

d. Kaçakçılığın men ve takibinde fiilen çatışma sırasında ölenler, ya da yaralanıp tedavi sırasında bu yaranın sebep ve tesiriyle ölenler,

e. Hudut emniyet hizmetlerinde iken silâhlı çatışma sırasında veya hudut emniyet hizmetinin ifasına yönelik diğer faaliyetler sırasında kaza ve olaylarda ölenler ya da yaralanıp tedavi sırasında bu yaranın sebep ve tesiriyle ölenler, (Disiplinsizlik ve ihmali görülenler hariç)

f. Ailesi arzu ettiği taktirde, ölen MSB.ları, Orgeneraller ve Oramiraller.

g. TSK.mensubu veya TSK.nden ayrılanlardan (emekli, istifa vb.) daha önce TSK mensubu olmaları gerekçesiyle terör eylemlerine muhatap olarak ölenler,

h. Herhangi bir askeri tesis, kışla ve binanın vs. yangın, sel, deprem, heyelan, çığ gibi doğal afetlere maruz kalması nedeniyle ölenler,

1. Hangi meslek sınıfından olursa olsun; vazifeli olarak askeri uçak veya askeri mak-satla kullanılan uçak, helikopter, gemi ve denizaltının herhangi bir sebep ve etki ile düşmesi, batması, infilâk etmesi sonucu bu vasıtalarda bulunanlardan ölenler. (Disiplinsizlik ve ihmali görülenler hariç)

k. Yurt dışında sürekli görev veya her türlü geçici görev nedeniyle bulunan Türk Silâhlı Kuvvetleri personelinden; bu görevlerinden dolayı (görevleri sona ermiş olsa bile) maruz kaldıkları tedhiş veya uğradıkları suikast sonucu ölenler T.C.Anayasası'nın 92 ncı Maddesi veya Türkiye'nin taraf olduğu andlaşmalar uyarınca ya da 926 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Kanunu'nun EK-10 ncu maddesi gereğince görevlendirilenler ve yabancı ülkelerde veya uluslar arası sahalarda yapılan görev, eğitim, tatbikat, manevra veya hareket sırasında bu faaliyetlerin sebep ve tesiri ile ölenler (Ölüm olayı doğrudan kendi kusuru sonucu meydana gelenler hariç)

l. Ölen personelin şehitliğe defnedilip defnedilmeyeceği; kaza/olay raporunun alınmasını müteakip Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlıkları Personel Başkanlıklarınca, Adli Müşavirlikler ile koordine edilerek yukarıdaki esaslara göre belirlenir."

³⁵ İçişleri Bakanlığı tarafından 19/02/2001 tarihinde onaylanan "Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Şehitlikleri ile Cenaze Törenlerinde Uyulacak Esaslar Hakkında Yönetmeliği"ne göre şehit, "Emniyet Teşkilatı personelinden; yurtiçi veya yurtdışında terör ve anarşiyile mücadelede vefat eden, asayişin temini esnasında vefat eden, kaçakçılığın men ve takibi esnasında vefat eden, bu görevlere gittikleri veya görevden sonra dönüşlerinde meydana gelen sebeplerden dolayı vefat eden, emekliye ayrılmış olsalar bile yaptıkları hizmetten dolayı veya bu olaylar nedeniyle maruz kaldıkları yaralanma ya da hastalık sonucu vefat eden personeli" ifade etmektedir.

konusu düzenlemelerin bir hareket noktası olarak ele alınması mümkündür ve kanuni düzenlemelerle çelişmediği müddetçe tüm mevzuat için kıyasen uygulanabilmeleri olasıdır.

Bu mülahazaların yanında, mevzuatta geçen “şehit” terimi ile ilgili olarak TBMM’nin 927 sayılı Yorum Kararını da not etmek gereklidir. 29/01/1936 tarihinde kabul edilen 927 sayılı TBMM yorumu, doğrudan 1683 sayılı *Askeri ve Mülki Tekaüd Kanununda* geçen “şehit” teriminin kapsamına yöneliktir.³⁶

³⁶ “Tekaüd Kanununun 45 inci maddesindeki şehid kelimesinin şümulü derecesi hakkında Meclis Kararı No:927”, Kabul Tarihi: 29 Kanunusani 1936, Resmi Gazete ile neşir ve ilanı: 5 şubat 1936 – Sayı:32241, Düstur, 3. Tertip, Cild 17, Teşrinisani 1935-Teşrinievvel 1936, Ankara, Başvekalet Matbaası, 1936, sf:362-364. TBMM Yorumunun tam metni şöyledir:

Tekaüd Kanununun 45 inci maddesindeki şehid kelimesinin şümulü derecesi hakkında

Kabul tarihi: 29 kanunusani 1936 [Resmi Gazete ile neşir ve ilanı: 5 şubat 1936 – Sayı: 3224]

Karar No:927

1683 sayılı Askeri ve Mülki Tekaüd Kanununun 45 inci maddesinde:

(Harpte veya eşkiya müsademesinde şehiden ve hazaarda kendisinin sun’u taksiri olmayarak vazife icabı kazaen veya mecruh olup tedavi sırasında veya icra olunan cerrahi ameliyat neticesinde veya sebebi malum olmayarak muahasara içinde vefat eden zabitlerle mülki ve askeri memurların yetimlerine birinci derece maluliyet maaşının yüzde yetmiş beşi ve harbiye ve bu derecedeki sınıflar talebesi ile küçük zabitler, gedikliler ve efradın yetimlerine birinci derece maluliyet maaşının sülüsü tahsis olunur) denilmiş olduğuna göre bu madde ile:

- 1- Harpte veya eşkiya müsademelerinde şehiden vefat,
- 2- Hazarda kendisinin sun’u taksiri olmayarak vazife icabı kazaen vefat,
- 3- Mecruh olup tedavi sırasında veya icra olunan cerrahi ameliyat neticesinde vefat,
- 4- Muhasara içinde sebebi malum olmayarak vefat.

Olmak üzere dört vefat vaziyeti derpiş edilmiştir.

Bunlardan bir numaralı fıkrada yazılı vefat vaziyeti, madde hükmüne göre şehid olanların harp meydanında ve eşkiya müsademesi sırasında düşman silahı tesirile derhal vefat edenlere aiddir. Çünkü bu hallerde yaralanarak bilahara tedavi sırasında vefat edenler maddenin müteakıb fıkralarında gösterilmiş bulunmaktadır. Netekim 2,3 ve 4 numaralı fıkralarda yazılı hallerin yalnız sefere mahsus olmayıp hazaarda da teşmil edilmesi kasdile hazar kelimesinin metne ilave edildiği anlaşılmaktadır. Bu cümleden olarak muhasara daha ziyade harp zamanında düşman tarafından bir yerin kuşatılması ve bu yerin memleketin diğer kısımları ile alakasının kesilmesine ıtlak olunduğu gibi hazaarda da eşkiya tarafından bir mahallin aynı suretle muhasara altına alınması şeklinde de vaki olabilir. Yine vazife icabı kazaen veya mecruhiyet neticesinde vefat dahi hazaarda olduğu gibi seferde de vaki olabilir ve bunların tabi olacağı hükümlerin hazar ve sefer haline göre tefrikına saik olacak hiç bir sebep tasavvur edilemez.

Bu tahlile göre şehid, harpte veya eşkiya müsademelerinde her nevi düşman silahı tesirile derhal vefat edenlerdir.

İkinci fıkra hükmü, aynı suretle sefer veya hazaarda vazife ilcasile kazaen derhal vefat edenlerdir.

Üçüncü fıkra hükmü de aynı sebeplerle yaralananlardan bu yaraların tesirile ve yaraları iltiyam bulmadan tedavi sırasında ölenlerdir.

Uygulamada idari yargı organları tarafından bir referans noktası olarak kullanıldığı gözlemlenen³⁷ 927 sayılı Yorum kararında benimsenen esaslarla hali hazırda yürürlükte olan mevzuat bakımından yukarıda yapılan değerlendirmelerin büyük ölçüde örtüştüğü sonucuna varılabilir. Metnine bakıldığında, anılan TBMM yorumunun terör eylemlerinden kaynaklanan mağduriyet durumları bakımından doğrudan bir hareket noktası olabileceği anlaşılmaktadır.

2) Mağduriyetin Kaynağı Bakımından

Yukarıda yararlanıcıların statüsü üzerinde kısaca duruldu. TMK kapsamındaki yardımlardan yararlanabilmek için ayrıca mağduriyetin kaynağı da önem arz etmektedir. TMK Madde 21 metni incelendiğinde görülmektedir ki, söz konusu kamu görevlilerinin, mevzuatın “terör” olarak nitelendirdiği eylemlerin sonucu olarak “yaralanmış”, “sakatlanmış” veya “ölmüş/öldürülmüş” olması gereklidir. Danıştay’ın ifadesiyle, “terör eylemlerinin önlenmesi, takip edilmesi ve etkisiz hale getirilmesi amacıyla her türlü faaliyetten doğan sakatlanma, yaralanma ve ölüm olayının terör eylemlerine muhatap olma sonucunda meydana geldiğinde kuşku bulunmamaktadır”.³⁸

TMK Madde 1, Türk hukuku özelinde “terörü” tanımlamıştır.³⁹ Buna göre,

Madde 1 - Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri

Muhasaraya dair olan dördüncü fıkra hükmü daha sarihtir.

Binaenaleyh 1683 numaralı kanunun 45 inci maddesi metninin bu maksadları açıkça ifade etmekte olmasına göre buradaki şehid kelimesinin tefsirden müstağni olduğuna karar verildi.

³⁷ Örneğin bkz. Danıştay 11. Daire, E. 2000/6123, K. 2001/2207, T. 17/10/2001:

“Mevzuatımızda şehit veya şehitliğin tanımını yapan bağlayıcı bir düzenleme bulunmamakla birlikte 1325 sayılı Askeri Tekaüt ve Maaş Kanununda şehit kavramı geçmekte ise de; tanımı verilmemektedir. 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 64 ve müteakip maddesinde “Harp Malüllüğü”nden söz edilmekle birlikte, şehit kavramı ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 5434 sayılı Yasanın 69.maddesinin (D) bendinde “... 64.madde de yazılı hallerde şehit olmuşlarsa ...” ibaresi yer almasına rağmen, bu ibarenin şehitlik kavramını açıkladığı ileri sürülemez.

Bu konuda Türkiye Büyük Millet Meclisinin 927 sayılı yorum kararında, harpte veya eşkiya müsademesinde her nevi düşman silahı tesiri ile derhal vefat edenler ile harpte yaralanıp tedavi sırasında veya icra olunan cerrahi ameliyat neticesinde vefat edenlerin şehit sayılacağı belirtilmiştir.”

Ayrıca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), yukarıda 34 no’lu dipnotunda zikredilen MSY 439-1 (A) kodlu Şehitlik Yönergesi’ne ilişkin bir uyuşmazlıkta, TBMM’nin 927 sayılı yorum kararına atıf yapmıştır (bkz. AYİM, 2. Daire, E.2002/838, K.2002/839, T. 06/11/2002).

³⁸ Danıştay 11. Daire, E. 2002/3590, K. 2003/497, T. 30/01/2003.

³⁹ Son değişiklikler işlenmiş haliyle TMK Madde 1 hakkında ayrıca bkz. İzzet Özgenç, **Terörle Mücadele Kanunu**, Seçkin Yay., Ankara, 2006, sf:19-26.

yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

TMK Madde 21’de yer alan güvencelerden yararlanabilmek için, her hâlukarda “terör eylemi” mağduru olmak gereklidir. Üstelik bu husus, TMK Madde 21’in atfı yaptığı diğer sosyal yardım mevzuatı için de geçerlidir. Oysa atfı yapılan mevzuatta çok daha geniş bir mağdur anlayışı belirlenmiştir. Örneğin 2330 sayılı ve 03/11/1980 tarihli Kanuna bakıldığında, sadece terör eylemlerinden değil, diğer her türlü kolluk görevinin yerine getirilmesi esnasında malul olanlar ve yakınlarının hak sahibi oldukları görülebilmektedir. TMK düzenlemesi bu açıdan oldukça dar kapsamlı ve spesifik bir amaca yöneliktir. Zaten kanun koyucu, gerekli gördüğünde, anılan genel mevzuata çeşitli göndermelerde bulunmuştur.

Aslında terörle mücadele mağdurlarının mevzuatta kendilerine sağlanan imkânlardan faydalanmaları bağlamındaki hukuki problemlerin başında “yararlanıcılık” statüsünün belirsizliği gelmektedir. Bu mesele, idari yargı önünde çok sayıda uyuşmazlığa konu olmuştur.⁴⁰ Son derece önemli bu hukuki tartışma işbu Çalışmanın kapsamı dışında kalıp ayrı bir inceleme konusu teşkil ettiği için Danıştay’ın bazı kararlarına işaret etmekle yetiniyoruz.⁴¹

III) Terörle Mücadele Mağdurlarına Sağlanan Güvence ve İmkanlar

Türk hukukunda “*terörle mücadele mağduru*” kamu görevlilerine sağlanan güvence ve imkânlar oldukça geniş spektrumludur. Sosyal güvenlik ve sosyal yardımlar kapsamında sunulan güvence ve imkânların pek yeterli olmadığı Türkiye’de terörle mücadele mağdurlarına bu kadar geniş imkan ve güvencelerin sağlanmış olması ifa edilen görevin zorluğundan ve Türkiye’nin kendi özgün şartlarından ileri gelmektedir.⁴²

⁴⁰ Danıştay İdare D.Gen. Kur. E. 2003/774, K. 2004/409, T. 01/04/2004 (“Danıştay Onbirinci Dairesinin bozma kararında belirtildiği gibi; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1.maddesi ile 21. maddesinden anlaşılabacağı üzere, memur ve kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederlerken terör eylemine muhatap olarak yaralanmaları, sakat kalmaları, ölmeleri veya öldürülmeleri halinde bunların 3713 sayılı Kanun kapsamında sayılmaları ve bu Kanun ile tanınan haklardan yararlanmaları gerektiği, terör eylemlerinin önlenmesi, takip edilmesi ve etkisiz hale getirilmesi amacıyla her türlü faaliyetten doğan sakatlanma, yaralanma ve ölüm olayının terör eylemlerine muhatap olma sonucunda meydana geldiğinde kuşku bulunmadığı, davacının oğlunun terör eylemlerinin önlenmesi, takip edilmesi ve etkisiz hale getirilmesi amacıyla görevlendirildiği ve görevinin tamamlanmasından sonra birliğine katılmak üzere görev bölgesinden dönerken meydana gelen uçak kazasında şehit olduğu anlaşıldığından, terörle mücadele görevinden kaynaklanan ölüm olayının terör eylemi neden ve etkisiyle olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle 3713 sayılı Kanun kapsamında askeri görev sırasında terör eyleminin etkisiyle şehit olan oğlundan dolayı davacının 2330 ve 3713 sayılı Kanunlarda tanınan haklardan yararlandırılması gerekirken aksine tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”).

⁴¹ Örneğin bkz. Danıştay 11. Daire, E. 2003/3982, K. 2002/496, T. 30/01/2003; Danıştay 11. Daire, E. 2002/3590, K. 2003/497, T. 30/01/2003.

⁴² Ayrıca bkz. yukarıda dn. 22 ve bağlı olduğu metin.

Terörle mücadele mağduru kamu görevlileri ve bunların ailelerine sağlanan geniş spektrumlu imkanlar çeşitli kanuni düzenlemelere yayılmış durumdadır. Bunlar arasında 5434 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu*⁴³, 2330 sayılı *Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun*⁴⁴, 3713 sayılı TMK, 2453 sayılı *Yurtdışında Görevli Personele Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun*⁴⁵ ve 3480 sayılı ve 13/10/1988 tarihli *Maluller ile Şehit, Dul ve Yetimlerine Tütün ve Alkol Ürünlerinin Satış Bedellerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun*⁴⁶ bulunmaktadır. Hatta, aslında terörle mücadeleden zarar gören üçüncü kişilerin zararlarını telafi etmek amacıyla AİHM kararları zorlamasıyla çıkartılan 5233 sayılı ve 17/07/2004 tarihli Kanunda bile terörle mücadele eden kamu görevlilerine ve mirasçılara ek haklar tanınmıştır.⁴⁷

Bu çalışmada ağırlıklı olarak TMK'da sağlanan güvence ve imkanlar üzerinde yoğunlaşıldığı için diğer kanuni düzenlemeler özel olarak incelenmeyecektir. Oldukça kapsamlı ve uzun olan TMK Madde 21'de yer verilen imkan ve güvenceler çeşitlilik arz etmektedir. Son değişiklikler işlenmiş haliyle TMK Madde 21 metni şöyledir:

Madde 21 - Kamu görevlilerinden yurtiçinde ve yurtdışında görevlerini ifa ederlerken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan, sakatlanan, ölen veya öldürülenler hakkında 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca;

a) (Değişik bent: 28/02/1995 - 4082/6 md.) Malul olanlarla, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam tutarı, bunların görevde olan emsallerinin almakta oldukları aylıklardan; emekli olanların öldürülmeleri halinde ise, dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam

⁴³ Kabul tarihi 08/06/1949, RG. S. 7235, 17/06/1949. Belirtmek gerekir ki, Emekli Sandığı Kanunun birçok maddesi 2006 yılında 16/05/2006 tarih ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Madde 43 (RG. Tarih: 20/05/2006, S. 26173) ile Türk sosyal güvenlik sisteminde yapılan kapsamlı ve köklü değişiklikler neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, şehit, malul ve bunların dul ve yetimleri için çeşitli hükümler halen yürürlüktedir. Üstelik erbaş ve erlerin de bu Kanundaki güvence ve imkanlardan yararlanabildiklerini de ayrıca not etmek gerekir.

⁴⁴ Çok sayıda mevzuatın ayrıca gönderme yaptığı 2330 sayılı Kanun hakkında bilgi için bkz. İbrahim Aydın, "Terör Mağdurlarının Sosyal Güvenliği ve 5510 Sayılı Kanunla Getirilen Konuya İlişkin Değişiklikler", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt II**, İstanbul 2010, Beta Yay, sf:925-955, özellikle 943-947.

⁴⁵ RG. 25/04/1981, S.17321.

⁴⁶ RG. 16/10/1988, S. 19961.

⁴⁷ 17/07/2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun (RG. 27/07/2004, 25535) Geçici Madde 2.

Asıl amacı terörle mücadelenin üçüncü kişilere verdiği zararları telafi etmek olan 5233 sayılı Kanunun kamu görevlilerine ek haklar tanınması, Kanunun amacına ve arkasındaki AİHM kararlarının mantığına aykırı olduğu gibi kamu görevlisi mağdurlara sağlananlar ile üçüncü kişilere sağlanan güvenceler arasındaki devasa uçurumun büyümesinden başka bir işe yaramayan ve bu nedenle ulusal mevzuat bütünü içerisinde tutarsızlığı pekiştiren nitelikte sakil bir girişimdir.

tutarı ve Kanuna göre kendisine bağlanabilecek emekli aylığından az olamaz. Yaşamak için gereken hareketleri yapamayacak ve başkasının yardım ve desteğine muhtaç olacak derecede malûl olanlar ile ölenlerin dul ve yetimlerine en yüksek devlet memuru aylığı üzerinden, diğerlerine mevcut aylıkları üzerinden, 30 yıl hizmet yapmış gibi emekli ikramiyesi ödenir. Bu bent hükümlerine göre ilgililere fazla olarak yapılan ödemeler, faturası karşılığı ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarınca Hazineden tahsil edilir.

b) Yurtiçinde ve yurtdışında kamu konutlarından yararlanmakta iken malul olanların kendileri, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimleri, Kamu Konutları Kanununda gösterilen özel tahsisli konutlarda oturanlar hariç olmak üzere, bir yıl süreyle kamu konutlarından yararlanmaya devam ederler. Bu süre sonunda kamu konutundan çıkacaklar ile kamu konutundan yararlanmayanlar ve özel tahsisli konutlarda oturanların istekleri halinde ikametgah olarak kullanacakları yurtiçindeki taşınmazın kira bedeli on yıl süre ile Devletçe karşılanır. Yurtdışındaki özel tahsisli konutlarda oturanların yurtdışı kira bedelleri de istekleri halinde bir yıl süre ile Devletçe karşılanır.

c) Konut kredisinden istifade bakımından 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun Ek 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm; malul olanlar ile bunların dul kalan eşi, eşi hayatta değilse veya evlenmiş ise çocukları hakkında da uygulanır.⁴⁸

d) (Değişik bent: 08/07/1999 - 4404/1 md.) Malul olanlar, ölenlerin dul kalan eşleri, T.C. Emekli Sandığı dışındaki sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmayan ve kuruluşlardan aylık almayan kız çocukları, çalışarak hayatını kazanamayacak derecede malul ve muhtaç olan erkek çocukları, reşit olmayan çocukları ile anne ve babaları, yurtiçinde Devlet Demiryollarında, Denizyolları Şehir Hatlarında ve belediye toplu taşıt araçları ile belediye tarafından kurulan şirketler veya özel firmalar aracılığıyla yaptırılan toplu taşıma işinde kullanılan araçlarda ücretsiz seyahat ederler.

e) (Değişik bent: 28/02/1995 - 4082/6 md.;Değişik bend: 22/02/2006-5460 S.K./1.mad.; Değişik bent : 29/06/2006 - 5532 S.K 15.Mad) Malûl olanlar ile ölenlerin dul ve yetimleri, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına kendilerine verilen tanıtım kartlarını ibraz etmeleri durumunda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bütün hastanelerde muayene ve tedavi edilirler. Bunların her türlü tedavi giderleri; ilgililerin herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşunda çalışmaları halinde bu kurum veya kuruluşça, emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almaları halinde bağlı bulundukları sosyal güvenlik kurumunca, herhangi bir kuruma tâbi olarak çalışmamaları, 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında aylık alanlar hariç emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almamaları durumunda Milli Savunma veya İçişleri Bakanlığınca karşılanır. Malûl olanların eksilen vücut organları, yurt içi

⁴⁸ Ayrıca bkz. Toplu Konut Fonundan Şehit Ailelerine, Malulleri ile Dul ve Yetimlerine Açılacak Faizsiz Konut Kredisini Yönetmeliği, Resmi Gazete: 21/09/1991 - Sayı: 20998.

veya yurt dışında en son teknik usûllere göre yapılması mümkün sunile-riyle tamamlatılır ve gerekirse tamir ettirilir veya yenisi yaptırılır.

f) (Ek bent: 28/02/1995 - 4082/6 md.) Yurtiçinde tedavileri mümkün ol-mayanlar, yetkili sağlık kuruluşlarının raporlarına istinaden yurtdışında (...)(Mülga ibare: 31/05/2006-5510 S.K./106.mad).

g) (Ek bent: 28/02/1995 - 4082/6 md.) Yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz olanlar ile kimsesizler, kamu kurum ve kuruluşlarına ait, bunlar bulunmadığı takdirde özel rehabilitasyon ve bakım merkezleri, yurtlar ve huzureverlerinde parasız olarak veya masrafları devlet tarafından karşılanmak üzere barındırılır, baktırılır (...)(Mülga ibare: 31/05/2006-5510 S.K./106.mad).

h) (Değişik bent: 08/07/1999 - 4404/1 md.) Terörle mücadele görevi ifa ederken yaralanarak veya sakatlanarak haklarında 03/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hü-kümleri uygulanmış olan erbaş ve erler, yukarıdaki (d), (e), (f) ve (g) bentle-rindeki haklardan; ölen erbaş ve erlerin dul kalan eşleri ve T.C. Emekli Sandığı dışındaki sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmayan ve bu kuruluşlardan aylık almayan kız çocukları, çalışarak hayatını kazana-mayacak derecede malul ve muhtaç olan erkek çocukları, reşit olmayan çocukları ile anne ve babaları ise, yukarıdaki(d) bendindeki haklardan ay-nen yararlanırlar.

ı) (Ek bent: 13/11/1995 - 4131/1 md.; Değişik bent : 29/06/2006 - 5532 S.K 15.Mad) Terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite ça-ğındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince Devletçe karşılıksız burs verilir.

Kendilerine aylık bağlanan dul ve yetimler; ilgili sosyal güvenlik kurumları mevzuatı gereği aylıklarının kesilmesi halinde, bu madde ile verilen diğer haklardan da yararlanamazlar.

TMK Madde 21'de terörle mücadele mağduru kamu görevlilerine sunulan imkan ve güvencelerin büyük çoğunluğu nakdi nitelikte iken, diğer bir kısmı ise rehabilitasyon, gerekli tedavi ve protez organ sağlanması gibi maddi (beden-sel) ve ayrıca manevi nitelikte giderim içermektedir.⁴⁹ Gerçi manevi nitelikte giderim sağlayan güvenceler de, son tahlilde mağdurların maddi yetersizlikten ötürü kendi başlarına karşılayamayacakları hayat standardını sağlamakta özünde mali/nakdi içeriktedir. Ancak bunlardan faydalanmak için, yararlanı-cıya serbestçe kullanması amacıyla doğrudan bir bedel ödenememekte, bunun yerine yapılan masrafin karşılığı ödenmektedir.⁵⁰ Üstelik, her ne kadar TMK

⁴⁹ TMK'da yer alan sosyal yardımlar hakkında genel bilgi için ayrıca bkz. Aydın, **a.g.m.**, sf: 932-938.

⁵⁰ Doktrinde Tuncay-Ekmekçi de, genel olarak sosyal edimleri içerik açısından hizmet içerikli (rehabilitasyon ve sağlık hizmetler) ile parasal edimler olarak ikiye ayırmakta-dır. Yazarlar TMK Madde 21'deki yardımları tazminat karakterli yardım olarak nitelen-dirmektedir. Bkz. Can Tuncay-Ömer Ekmekçi, **Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Gü-venlik Hukukunun Esasları**, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2009, sf:128, 504-507

Madde 21 metni bu konuda açık bir belirlemede bulunmamaktaysa da, sağlanan standardın bedelinin tedarikçiye ödenmesi mümkündür.⁵¹

Bunların yanında terörle mücadele mağdurlarının istihdam edilmesine yönelik hükümler de TMK'nın Ek 1. Maddesinde yer almaktadır. Bu konuda prosedürü belirlemek üzere spesifik bir yönetmelik çıkartılmıştır.⁵² Anayasal bir hak olan çalışma hakkı (AY Madde 49) açısından bakıldığında, terörle mücadele mağdurları için istihdam imkanı yaratılmasını hem nakdi hem de manevi giderim kapsamında değerlendirmek mümkündür.⁵³

Gerek TMK Madde 21 metninden gerek diğer kanuni düzenlemelerden açıkça anlaşılabileceği üzere, nakdi yardımlar terörle mücadele mağdurlarına verilen giderim türleri arasında öne çıkmaktadır. Devlet, yararlanıcının prim ödemesi dışında çeşitli yollarla topladığı kaynakları, bir sosyal yardım veya sosyal tazmin olarak terörle mücadele mağdurlarına aktarmaktadır. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan kira yardımı bu kapsamdadır. Yararlanma koşulları bakımından her biri ayrı hukuki sorunlar içeren bu güvence ve imkanları tek tek ele almadan, bunların hukuki niteliği üzerinde biraz durmak gereklidir.

Bu noktadaki tartışma, genel olarak Türk hukukunda özel olarak da TMK'da düzenlenen söz konusu imkan ve güvencelerin, bireyler/yararlanıcılar tarafından talep edilebilir nitelikte bir hak mı olduğu yahut bunun bütünüyle görevli ve yetkili kamu makamının takdir yetkisine ve inisiyatifine bırakılmış nitelikte mi olduğudur.

Anayasal düzleme bakıldığında, çok sayıdaki sosyal ve ekonomik hak arasında terörle mücadele mağdurlarının yararlanması amacıyla kurgulanmış herhangi bir spesifik hakla rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, terörle mücadele mağdurlarına tanınan geniş güvence ve imkanların anayasal dayanağı meselesi tereddüt uyandırmaktadır. Gerçi AY'nin 61. Maddesinde "*Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yarasır bir hayat seviyesi sağlar*" hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, her türlü resmi görev mağduruna güvence sağlamakta olup terörle mücadele mağdurlarının spesifik ihtiyaçları gözetilerek ihdas edilmiş değildir. Dolayısıyla, terörle mücadele de anayasal anlamda bir "vazife" olmasına rağmen, söz konusu Anayasa hükmü terörle mücadele mağdurlarına diğer mağdurlardan

⁵¹ TMK Madde 21 metninde 5510 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden sonra terörle mücadele mağdurlarına tanınan imkanların genel sosyal güvenlik hukukunda uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, **a.g.m.**, sf: 947-954. Ayrıca bkz. So-kullu-Akıncı, **Viktimoloji**, sf:354.

⁵² Bkz. İçişleri Bakanlığının yayınladığı "Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit Ve Malul Olanların Yakınlarının Ve Çalışabilecek Durumdaki Mahullerin Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelik" (RG Tarihi: 29/03/1996, N: 22595).

⁵³ Bununla beraber mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle, terörle mücadele mağdurlarının istihdam edilmesi yükümlülükleri hem özel sektör bakımından tamamen kaldırılmış hem de konuya ilişkin hükümler İş Kanunundan çıkartılmıştır. Doktrinde Aydın, söz konusu hükümleri değerlendirirken, bunların münhasıran bu çalışmada "terörle mücadele mağdurları" olarak tanımlanan statüye giren kişiler ile onların yakınlarına özgülendiğini fark etmiş ve haklı olarak eleştirmiştir (bkz. Aydın, **a.g.m.**, sf:938).

daha fazla sosyal güvence sağlanmasını meşrulaştırmaya yetmeyebilir. Zaten söz konusu hükmün yetersizliğinin farkında olduğu içindir ki kanun koyucu, bu boşluğu doldurmak üzere 1982 Anayasasının kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. Maddesinde bir değişikliği 12/09/2010 tarihli referandumla gerçekleştirmiştir.⁵⁴ Ancak bu değişiklik, terörle mücadele mağdurlarına tanınan hakları meşrulaştırmaktan ziyade, daha az hak tanınan diğer mağdur statüleri bakımından ayrımcılık yapılamaması amacıyla planlanmıştır. Hukuki meşruiyeti ve geçerliliği kuvvetlendirmek için, terörle mücadele mağdurlarına tanınan güvence ve imkanların Anayasasının ekonomik ve sosyal hakları düzenleyen bölümünde (II. Kısım, III. Bölüm) yer alan 61. Maddede spesifik olarak zikredilmesi belki daha isabetli bir tercih olurdu.

Zaten ikinci kuşak haklar olarak bilinen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar çoğu halde program hüküm niteliğindedir. Buna göre bu haklar doğrudan ve kendiliğinden uygulanamazlar; kamu makamlarının yapacağı tasarruflar vasıtasıyla uygulanabilirler.⁵⁵ Bu kategoriye giren hakların yargı organları önünde bireyler tarafından dava edilebilirliği ya yoktur ya da çok zayıftır. Kamu makamlarına “uygun önlemler”, “gerekli idari ve yasal önlemler”, “sosyal ve eğitsel önlemler” alma sorumluluğunu yükleyen bu tip maddeler, kamu makamlarına o hakkın nasıl uygulanacağına yönelik çok geniş takdir yetkisi tanımaktadır.⁵⁶ Nitekim 1982 AY’nin savaş ve görev mağdurlarına güvenceler sağlayan 61. Maddesi hükmüne tekrar baktığımızda, Devletin yükümlülüğünün genel düzlemde belirlendiğini görebilmek mümkündür. Kamu makamları söz konusu genel yükümlülüğü yerine getirmekte birçok yöntem izleyebilirler. Bu sebeple, herhangi bir mağdur, sırf AY’nin 61. Maddesi hükmüne dayanarak yargı organları önünde bir talepte bulunamaz.

Ancak TMK Madde 21 özelinde terörle mücadele mağdurları için durum farklıdır. Anayasal temelin zayıflığına ve tartışmalı niteliği ile sosyal ve ekonomik hakların genel olarak program hüküm özelliği arz etmelerine rağmen, terörle mücadele mağdurlarına sağlanan bu güvencelerin hukuki anlamda bir “hak” niteliğinde olduğu ileri sürülebilir. Gerek Türk hukukundaki genel düzenlemeler gerekse de TMK’nın ilgili maddeleri, görevli kamu makamlarına açık yükümlülükler yükleyecek şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin TMK Madde 21’de yer verilen “uygulanır”, “az olamaz”, “Devletçe karşılanır”, “ücretsiz seyahat ederler”, “tamir ettirilir veya yenisi yaptırılır”, “barındırılır, baktırılır” ve “tedavi edilirler/ettirilirler” gibi yüklemeler, durumu bütün açıklığıyla ortaya koymaktadır. Bu yüklemelere yer veren hükümlerin, alakalı kamu makamına/idareye takdir ve tercih alanı tanıdığı söylenemez. Bu noktada idarenin takdir ve tercih alanı, olsa olsa, gerçekleştirmek zorunda olduğu yükümlülüğün

⁵⁴ Kanun No. 5982, Kabul Tarihi: 07/05/2010, Madde 1. Ayrıca yukarıda 22 no’lu dipnota bkz.

⁵⁵ Genel bilgi olarak bkz. Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, 2001, sf:177-179.

⁵⁶ Şu hususu da göz ardı etmemek gerekir ki, bir hükmün program hüküm niteliğinde olması, ulusal yetkili makamların ve ulusal yargıcın gördüğü bir davada bu hükmü bile uygun gördüğü takdirde yahut zorunlu olduğu şekilde kullanmasına engel değildir. Bir hükmün “açık ve tam olarak yazılmış olması” ile program hüküm olması arasında bir ilişki yoktur.

koşullarına ilişkin meselelerle sınırlıdır. Açıktır ki yararlanıcılar, mevzuatın uygulanmasından tatmin olmadıkları hallerde bu hükümlere dayanarak bireysel dava açabilir ve mevzuatta kendilerine sağlanan “haklardan” yararlanabilirler.

Kamu makamlarının/idarenin, özellikle TMK Madde 21’de yer verilen “hakları” yerine getirmeme veyahut ekonomik ve altyapısal olanaklar ölçüsünde yerine getirme gibi bir yetkileri bulunmamaktadır. Bu yönüyle söz konusu haklar, tipik sosyal ve ekonomik hak anlayışının ötesine geçerek, bireyler tarafından ileri sürülebilir birer hukuki talep haline gelmiştir. İlgili düzenlemelerin “hak” niteliği, bunların yargı yerleri tarafından doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilmesini sağlamaktadır. Böylelikle, bu taleplerin yerine getirilmemesi, başta idare mahkemeleri olmak üzere yargı yerleri önünde ilgili kamu makamlarının sorumluluğuna hükmedilmesiyle sonuçlanır.

IV) Mağdurlara Kira Yardımı

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere, Türk hukuk sisteminde terörle mücadele mağdurlarına sağlanmış çok sayıda hak bulunmaktadır. Bunların her biri, yararlanıcıları bakımından ayrı önemdedir. Çalışmanın bu aşamasında, bu haklar arasından kira yardımı hakkı üzerinde durulacak ve uygulamada görülen/görülebilecek çeşitli sorunlara değinilecektir. Nitekim, Çalışmanın Giriş bölümünde işaret edildiği üzere, Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğüne malul ve şehit yakınlarına yapılan kira yardımı konusunda mevcut düzenlemelerin (özellikle 2006/8 sayılı Başbakanlık Genelgesi⁵⁷) değiştirilerek yeni düzenlemeler yapılması planlanmaktadır. Dolayısıyla, kira yardımı kalemi, TMK Madde 21 kapsamında terörle mücadele mağdurlarına sağlanan hakların gündemde olanlarından biridir.

A) Uygulama Standartları: TMK Madde 21/b ve 2006/8 sayılı Başbakanlık Genelgesi

Çalışmanın II. Kısımında ayrıntılı olarak ele alınan TMK Madde 21 metnine kira yardımı açısından bakıldığında, uzun ancak kira yardımının koşulları bakımından çok genel bir düzenlemeyle karşılaşılır. İlgili hüküm şöyledir (TMK Madde 21/b):

“Yurtiçinde ve yurtdışında kamu konutlarından yararlanmakta iken malul olanların kendileri, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimleri, Kamu Konutları Kanununda gösterilen özel tahsisli konutlarda oturanlar hariç olmak üzere, bir yıl süreyle kamu konutlarından yararlanmaya devam ederler. Bu süre sonunda kamu konutundan çıkacaklar ile kamu konutundan yararlanmayanlar ve özel tahsisli konutlarda oturanların istekleri halinde ikametgâh olarak kullanacakları yurtiçindeki taşınmazın kira bedeli on yıl süre ile Devletçe karşılanır. Yurtdışındaki özel tahsisli konutlarda oturanların yurtdışı kira bedelleri de istekleri halinde bir yıl süre ile Devletçe karşılanır.”

TMK Madde 21/b metni bakımından ilk fark edilen husus, kira yardımından yararlanacak kişilerin her halükarda malul kamu görevlisinin kendisi veya ölen kamu görevlisinin aylığa müstahak dul ve yetimleri olduğudur. Buna

⁵⁷ 3713 sayılı Kanunun 21. Maddesinin Uygulanması ile İlgili 2006/8 Sayılı Başbakanlık Genelgesi (RG. Tarih: 24/02/2006, No.26090).

göre, terörle mücadele ederken malul olan erbaş ve erler ile ölen erbaş ve erlerin dul ve yetimleri TMK Madde 21/h'nin açık hükmü uyarınca kira yardımından yararlanamamaktadır.⁵⁸ Benzer şekilde, terörle mücadeleye aktif olarak katılmayan ve fakat terörle mücadeleden dolayı bir şekilde mağdur olmuş (örneğin köyleri boşaltılmış ve başka yerde yaşamaya zorlanmış) kişiler ve bunların yakınları da kira yardımından yararlanamamaktadır.⁵⁹

TMK Madde 21/b metninin bu düzenlemesi, Madde metninin ve hatta TMK'nın genel ruhuyla uyumludur. TMK, baştan aşağı Devletin ve kamu görevlilerinin yetkileri üzerine odaklanmıştır ve "teröristlerin" cezalandırılmasına yöneliktir. Bu yaklaşımın uzantısı olarak, Çalışmanın I. kısmında gösterildiği üzere, terör mağdurlarını değil büyük ölçüde terörle mücadele mağduru kamu görevlilerinin haklarını ve bunlara yapılacak olan yardımları düzenlemektedir. Sadece 2006 yılında yapılan değişiklikler neticesinde, çok sınırlı olarak terör mağdurlarını da kapsayan bazı yardım/güvence hükümlerine yer vermiştir.⁶⁰

Madde 21/b metninin, kira yardımından yararlananlar bakımından zikredilen düzenlemesinin Kanunun ve ilgili Madde 21'in ruhuna uygun olduğu şüpheden uzaksa da, bu haliyle yerinde olduğunu söylemek kolay değildir. Kanunun hali hazırdaki düzenlemesi, "terör mağdurundan" ziyade "terörle mücadele mağduru" şeklinde bir mağdur kategorisi yaratmış gibidir. Oysa aynı kanun metninin (Madde 21/ı) yer verdiği üzere, benzeri bir konut sıkıntısını, kamu görevlisi niteliğinde olmayan terör mağdurları (örneğin köyleri boşaltılanlar) da yaşamaktadır. Hal böyle olunca, bu kategoriye giren mağdurların kira yardımından yararlandırılması yerinde olurdu.

Benzer şekilde, Madde 21/b'nin terörle mücadele ederken malul olmuş erler ile şehit erlerin dul ve yetimlerini kapsam dışı bırakması pek kolay anlaşılabılır yasal tercih değildir.⁶¹ Şu yalın gerçekten ötürüdür ki, terörle mücadele etmek noktasında ilgili kamu görevlileri ile erbaş ve erler arasında bir fark yoktur. Kanunun kamu görevlileri ile erbaş ve erler arasında yaptığı bu ayırmacılık, insan hakları standartlarına aykırı olduğu gibi, hakkaniyetle de bağdaşmaz. Kaldı ki, yine TMK Madde 21, erbaş ve erleri kimi yardımlardan yararlandırmaktadır. Bu durumda, erlerin yararlanmadığı kira yardımı ile yararlanabildikleri diğer yardımlar arasında ne gibi bir fark olduğu sorusu cevaplandırılmaya muhtaç hale gelmektedir. Erbaş ve erlerin kira yardımından yararlanılmaması demek, basit bir istatistikle kolayca fark edileceği gibi, en çok şehit ve malul olan grubun dışarıda bırakılması anlamına gelmektedir. Terörle mücadeleden doğrudan en çok zarar gören kesimi kira yardımı dışında bırakmak,

⁵⁸ Bu noktada hatırlatmak gerekir ki erbaş ve erler diğer bazı yardımlardan yararlanabilmektedir.

⁵⁹ Oysa terörle mücadeleden dolayı bir şekilde mağdur olmuş bazı kişiler çeşitli imkanlardan yararlanabilmektedir. Örneğin, köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrenciler ile ölenlerin çocukları, yüksek öğrenimleri süresince karşılıksız Devlet bursundan yararlanabilirler (TMK Madde 21/ı).

⁶⁰ Yukarıda vurgulandığı üzere, Türk mevzuatına başta köyleri boşaltılanlar olmak üzere terör mağdurlarının haklarına yönelik düzenlemeler AİHM kararları neticesinde girmiştir.

⁶¹ Bu noktada çalışmanın II. Bölümünde bu konuda yaptığımız genel eleştirileri hatırlatıyoruz.

TMK Madde 21’de düzenlenen sosyal yardımların arkasında yatan ilkelerle çelişmektedir. Dahası, terörle mücadelede “kullanılan” erbaş ve erlerin, ağırlıklı olarak Türk toplumunun en yoksul ve eğitimsiz tabakasına mensup olduğu bilinen bir gerçektir. Üstelik terörle mücadele eden kamu görevlileri, şehit ve malul olmasalar dahi, yani her halükarda birçok sosyal güvenceden yararlanabilmektedir. Lojman olarak bilinen kamu konutları bunların başında gelmektedir. Buna göre, henüz yirmili yaşlarının başında olan ve belirli bir mesleği olmayan erbaş ve erlerin de, TMK Madde 21/b’de yer verilen kira yardımından yararlandırılması gereklidir. Mevcut yasal durum, hem insan haklarına hem de hukuka aykırıdır.

Oldukça genel nitelikli ve belirsizliklerle dolu TMK Madde 21/b’yi uygulamaya Başbakanlığın 2006/8 sayılı Genelgesi⁶² aktarmaktadır. Gerçekten 2006/8 sayılı Genelge, terörle mücadele mağduru kamu görevlilerine yapılacak kira yardımlarına ilişkin ayrıntılı sayılabilecek hükümler içermektedir. Genelgenin konuya ilişkin hükümleri şöyledir:

“Yurt içinde ve yurt dışında görevlerini ifa ederken terör eylemlerine muhatap olarak malul olanların kendilerine, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimlerine, yurt içinde ikametgah olarak kullanacakları konut için ödenecek kira bedelinin 10 yıl süreyle Devlet tarafından karşılanması 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21’inci maddesi (b) bendinde hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede hak sahiplerinin konut kiralamalarında uyulması gereken usul ve esaslar aşağıda belirtilmiştir.

1. Kanun kapsamında bulunan kişilere ödenecek kira bedeli için belli bir limit belirlenmeyecek, rayiç kira bedelinin tamamı ilgili kamu kurum ve kuruluşunun bütçesinden karşılanacaktır.
2. Kiralanacak konutun kullanım alanı (net) 120 m2’yi geçmeyecek, bu alanın da tespitinde konut sahibi ile konutu kiralayan arasında yapılan sözleşme esas alınacaktır.
3. İkametgah olarak kiralanacak konutlar lüks (sauna, jakuzi, dubleks, tripleks, şömine) olmayan konutlardan seçilecek, Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde şehrin bulvar ve ana caddeleriyle iş merkezi yoğunluklu mahaller dışında olacaktır.
4. 3’üncü maddede belirlenen kriterlere göre hak sahiplerine ödenecek kira bedeli, kiralamanın yapıldığı yerdeki belediye rayiçlerini geçmeyecektir.
5. Yakıt, su, elektrik, apartman ve site aidatı gibi ödemeler kira kapsamında olmadığından kira bedeli dışında tutulacak ve oturan tarafından karşılanacaktır.
6. 3713 sayılı Kanunun anılan hükmü çerçevesinde kira sözleşmeleri hak sahibi ile mal sahibi arasında yapılacak ve kiralamanın yapıldığı yerdeki kurum harcama yetkilisince onaylanacaktır.”

Yukarıda ilgili hükümleri nakledilen Başbakanlık Genelgesinin, TMK Madde 21/b’de yer almayan pek çok hususu içerdiği görülmektedir. Bu haliyle Genelgenin TMK’ya uygunluğu şüpheli hale gelmektedir. Çalışmanın bu aş-

⁶² Terörle mücadele mağdurlarına yapılan kira yardımı konusunu daha önce 01/11/1993 tarih ve 1993/52 sayılı Başbakanlık Genelgesi düzenlemekteydi. 2006/8 sayılı Genelge, 1993/52 sayılı Genelgeyi yürürlükten kaldırmıştır.

masında önce ana hatlarıyla genelgelerin kanunlara aykırı olmayacağı ilkesine değinilecek, sonra TMK Madde 21 ile Genelgenin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu düşünülen yönleri üzerinde durulacaktır.

Şu husus da eklenmelidir ki, 2006/8 sayılı Genelge, askeri personel açısından hak sahiplerine kira yardımını fiilen yapan TSK (Milli Savunma Bakanlığı) tarafından da aynen uygulanmaktadır. Milli Savunma Bakanlığı'nın 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren uygulamaya giren Taşınmaz Mal Yönergesi (MSY: 319-11), TMK Madde 21/b hükmünü özetledikten sonra "kiralama işlemleri, Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı genelgeleri ile Milli Savunma Bakanlığının uygulama emrine göre yürütülür" hükmünü getirerek⁶³, kira yardımını münhasıran 2006/8 sayılı Genelge'ye bağlamıştır.⁶⁴ Hal böyle olunca, kira yardımı bakımından 2006/8 sayılı Başbakanlık Genelgesinin incelenmesinin önemi daha da artmıştır.

B) Genelge ile Kanun Arasındaki Çelişkiler

Mevcut hukuk düzeni normlar hiyerarşisi üzerinde yükselmektedir. Bu hiyerarşi uyarınca, laik bir hukuk düzenindeki en üstün norm anayasa adı verilen özel nitelikli bir kanundur. O hukuk düzenindeki hiçbir norm, üstün norma aykırı olamaz. Normlar hiyerarşisinde anayasayı kanunlar, kanunları tüzükler, tüzükleri yönetmelikler ve genelgeler izlemektedir.⁶⁵

Bu çerçevede kanunlar anayasaya, tüzükler kanunlara, yönetmelikler tüzüklere ve kanunlara ve anayasaya, genelgeler de yönetmelik, tüzük, kanun ve anayasaya aykırı olamazlar.⁶⁶ Hemen hemen bütün modern hukuk sistemleri, normlar hiyerarşisine aykırı kurallar içeren mevzuatı hukuken geçersiz kılacak yollar ihdas etmiştir.⁶⁷

Her ne kadar alt derece düzenleyici tasarrufların kanunlara aykırı olmayacağı ve kanunlarda belirlenmemiş kayıtlamalar içermeyeceği genel hukuk ilkesi olsa da, bu ilke mutlak nitelikte değildir. Özellikle, soyut nitelikte bir kanun hükmünün uygulanabilmesi aşamasında alt düzenleyici tasarruflar, daha ayrıntılı düzenlemeler içerebilirler. Zira, her alt dereceli düzenleme, aslında üst normun ayrıntılı olarak açıklanmasına ve uygulanmasına yaramaktadır. Kanun gibi genel düzenleyici işlemler, işlevleri gereği belirli ölçülerde genel, kapsayıcı ve giderek soyut nitelikte olmak zorundadır. Yönetmelik ve genelge gibi alt derece düzenleyici işlemler, kanunlar gibi üst derece düzenleyici işlem-

⁶³ Milli Savunma Bakanlığı, Taşınmaz Mal Yönergesi (MSY:319-11), Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2009, Madde 2-4.

⁶⁴ Oysa TSK'nın 2003 tarihli Emlak Hizmetleri Yönergesi (MSY:319-7) kira yardımı hakkında ayrıntılı hükümler içermektedir. Zikredilen Yönerge, büyük ölçüde Başbakanlığın 1993/52 no'lu eski Genelgesi hükümlerini tekrar etmektedir (Madde 2-9, 2-11). Zikredilen Yönerge'nin, 2006/8 sayılı Genelge'den önce çıkartılan bir düzenleme olduğunu not edelim.

⁶⁵ Zikredilen hukuk kaynaklarının tanımı ve niteliği hakkında bkz. Rona Aybay-Aydın Aybay, **Hukuka Giriş**, Üçüncü Bası, Aybay Yayıncılık, İstanbul, 1995, sf:57-71.

⁶⁶ Aybay-Aybay, **a.g.e.**, sf:69.

⁶⁷ Bkz. 1982 Anayasası Madde 11, 115, 124 ve 137. Genel bilgi için bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Onbirinci Bası, Beta Yay., İstanbul, 2006, sf:82-84.

leri somutlaştırma ve uygulanabilir hale getirme amacını taşıdığından, alt derece düzenleyici işlemlerde üst derece düzenleyici işlemlerde açıkça görülmeyen kurallar mevcut olabilir.

Ancak eklemek gerekir ki, soyut ve genel nitelikte bir kanun hükmünün uygulanabilmesini sağlamak adına kanunda öngörülenlerden daha ayrıntılı düzenlemelerin hukukten geçerli olabilmesi için, kaynak kanunda her halükarda bu konuda yetkilendirici bir ibarenin bulunması gereklidir. Zaten alt derece düzenleyici işlemlerin, kanunları somutlaştırma işlevi sınırlıdır. Alt derece düzenleyici işlemler, kaynak düzenlemede açık şekilde yer alan bir kuralla çelişen bir hüküm içerebilecekleri gibi, somutlaştırmaya çalıştıkları kaynak düzenlemenin fikri esaslarına ve amacına aykırı düzenleme taşıyamazlar. Aksi halde, hukukten geçersizlik yaptırımıyla karşılaşılır.

TMK Madde 21 ile 2006/8 sayılı Başbakanlık Genelgesi arasındaki ilişki, yukarıda özetlenen normlar hiyerarşisi çerçevesinde ele alındığında, birçok “geçerlilik” sorunuyla karşılaşmaktadır.

C) Kira Yardımına İlişkin Düzenlemelerin Hukuka ve Hakkaniyete Aykırı Yönleri

Gerek TMK Madde 21/b, gerekse de Genelge, mağdurların kira yardımından faydalanabilmesini bazı koşullara bağlamıştır. Bu koşulların bir kısmı hem Kanunda hem de Genelge’de açıkça yer almaktayken, bir kısmı Kanunda yer almayıp sadece Genelgeyle getirilmiştir. Burada, mevzuatın terörle mücadele mağdurlarına yapılacak kira yardımı için aradığı koşullar bir bütün olarak incelenmektedir.

1) İkametgâh/Yerleşim Yeri Koşulu

Hem TMK Madde 21’in hem Genelge’nin ortak olarak aradığı koşulların başında “ikametgâh koşulu” gelmektedir. Buna göre, terörle mücadele mağdurunun kira yardımı kapsamına girebilmesi için öncelikle ilgili konutun yararlanıcının “ikametgâhı” niteliğinde olması gerekmektedir. İkametgâh (yerleşim yeri) dışındaki konutlar kira yardımı kapsamına girmemektedir. Buna göre, yazlık ev veya ikinci bir konut için kira yardımı alabilmek mümkün olmamaktadır.

İkametgâh herhangi bir konut değildir. Türk Medeni Kanunu (Madde 19-22) uyarınca ikametgâh bir kişinin sürekli yerleşmek maksadıyla oturduğu ve resmi olarak bilinen konutudur. Nitekim ikametgâh, bir kişinin bir yere bağlılığını ifade etmekte olup kişinin hayat faaliyetleri ve ilişkilerinin merkezi olan yer olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ Nüfus Hizmetleri Kanunu da, “yerleşim yeri” terimini kullanarak sürekli kalma niyetiyle oturuşan yere önemli hukuki sonuçlar bağlamıştır.⁶⁹ Burada ikametgâhın hukuki niteliği tartışılmayacaktır.⁷⁰

⁶⁸ Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Baskı, 2009, sf:113 ve orada gösterilen eserler.

⁶⁹ Nüfus Hizmetleri Kanunu, No. 5490, Kabul tarihi: 25/04/2006, RG: S. 26153, T. 29/04/2006.

İkametgâh koşulu bakımından TMK Madde 21/b ile Genelgenin düzenlemesinde hukuki bir sorun olmadığını söyleyebiliriz. Tanımı gereği bir kişinin sürekli yerleşmek maksadıyla oturduğu konut niteliğinde olan ikametgâhın/yerleşim yerinin kira yardımı için ölçü alınması makuldür. TMK Madde 21'de düzenlenen güvence ve imkanların amacı göz önünde bulundurulduğunda, yararlanıcıların yazlık konut vs. gibi diğer tür konutlardan yararlanmalarının kapsam dışı bırakılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. TMK Madde 21'in asıl amacı, yararlanıcıların yaşamlarını asgari standartlarda sürdürmesini sağlamaktır.⁷¹

2) Yurtiçi Koşulu

Hem TMK Madde 21'in hem Genelge'nin ortak olarak aradığı koşullardan bir diğeri "yurtiçi koşuludur". Bununla, kira yardımı yapılacak ve ikametgâh niteliğinde olacak konutun yeri/lokasyonu belirlenmektedir. Buna göre, kira yardımı yapılacak ikametgâh "yurtiçinde" bulunmak zorundadır. "Yurtiçi" teriminden ne anlaşılacağı büyük ölçüde aşikâr olup Devletin kara ülkesi içerisinde bulunan konutları kapsamaktadır.⁷²

Kira yardımından yararlanacak konutun "yurtiçinde" bulunması koşulu ilk bakışta makul bir koşul olarak gözükmektedir. Ancak ilk bakışta makul olarak görülen kira yardımından yararlanacak konutun "yurtiçinde" bulunması koşulu, daha yakından incelendiğinde bazı sakatlıkları bünyesinde taşımaktadır. Her şeyden önce, her insan, belirli kayıtlamalara tabi olarak istediği yerde yaşama ve ikametgâh sahibi olma hakkına sahiptir. Bu hak çeşitli ulusüstü insan hakları belgeleriyle düzenlenmiş bir insan hakkıdır. Bir kez bir ülkeye yasal olarak giriş yapıldıktan sonra, o ülke içinde istenilen yerde ikamet edilebilir.⁷³ Hal böyle olunca, mağdur durumdaki bir kişiyi, gerçekten ihtiyacı olan

⁷⁰ İkametgah/yerleşim yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman- Seliçi- Özdemir, **a.g.e.**, sf:113-122; Mustafa Dural-Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 9. Bası Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, sf:181-186.

⁷¹ Bu noktada işaret etmek gerekir ikametgah niteliğinde, yani sürekli oturulan konutun yazlık vs. olmasının bir önemi yoktur. önemli olan konutun niteliği değil, oradaki oturma niteliği, ne amaçla kullanıldığıdır. Bir konutun kira yardımından faydalanıp faydalanmayacağına ölçüt, bundan sürekli olarak yararlanma ve bunun esas ikametgah teşkil edip etmediğidir.

⁷² Bu noktada Kuzey Kıbrıs gibi hukuki durumu tartışmalı bölgelerin "yurtiçi" sayılıp sayılmayacağı meselesi akla gelebilir. Bu tip meselelerde Devletin resmi yaklaşımını ölçü almak yeterli çözümü sağlayacaktır.

⁷³ Uluslararası belgelere örnek olarak bkz. 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi Madde 13/1 ("Herkes, her bir Devletin sınırları içerisinde seyahat etme/(dolaşma/ dolaşım) ve yerleşme/(ikamet etme) özgürlüğü hakkına sahiptir") ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Madde 12 ("Bir Devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunmakta olan herkes, o ülke içinde seyahat etme/(dolaşma/dolaşım) özgürlüğü hakkına ve yerleşme yerini/(ikametgahını) seçme özgürlüğüne sahip olacaktır"). Metinler için sırasıyla bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Belgeleri, II. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:9, 109.

Bölgesel sistemde benzeri nitelikteki örnek hüküm için bkz. AİHS Protokol No. 4 Madde 2 ("Bir Devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunmakta olan herkes, o ülke içinde seyahat etme/(dolaşma/dolaşım) özgürlüğü hakkına ve yerleşme ye-

kira yardımından yararlanabilmesi için, onun zaten yurtdışında mevcut ikametgâhından ayırmaya zorlamak (veya kira yardımından vazgeçmek ikileminde bırakmak) insan hakları açısından oldukça sorunlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. İkametgâhı yurtiçinde olan terörle mücadele mağdurları ile yurtdışında olan mağdurlar arasında kanuni bir ayrımcılık yapılmasını objektif ve makul gerekçelerle meşrulaştırmak kolay değildir.

“Yurtiçi” koşulu, TMK Madde 21’in arkasında yatan fikri temel bakımından da sorunludur. Zira kira yardımının amacı, terörle mücadele ederken mağdur duruma düşmüş kamu personeli ve ailesinin hayatlarını idame ettirebilmesidir. Bu amacı gerçekleştirmek için, kira yardımından yararlanacak konutun yurtiçinde bulunması bir zorunluluk sayılmaz. Hele bugünkü teknolojik imkanlar çerçevesinde uluslararası para transferlerinin çok kolaylaştığı göz önüne alındığında, kira yardımından yararlanacak konutları yurtiçiyle sınırlamak aşırı bir kayıtlama niteliğine bürünmektedir. Bazı büyük şehirler dışında, yurt dışındaki konutların kiralari yurtiçindeki büyük şehirlerdeki kira bedellerinden yüksek değildir. Zaten gerekirse, yurtdışındaki konutlar için, o şehrin resmi rayici esas alınarak bir üst sınır ihdas edilebilir. Üstelik “yurtdışındaki” konutu kira yardımı kapsamına sokmak için, gerekirse yararlanıcıya yurtiçinde bir hesap açtırması şart koşulabilir.

Kaldı ki, “yurtiçi” koşulunun doğurabileceği asıl problem, bunun hakkaniyete ve hayatın olağan akışına aykırı olmasıdır. Zira bu koşul, kira yardımından yararlanacak bir kişiyi ve ailesini (ortalama 3 kişi), o güne dek yaşadıkları muhitten ayrılmaya zorlamaktadır. İnsan çevresiyle ve yaşadığı muhitte bütünleşen bir varlıktır; içinde bulunduğu toplumdan izole değildir. Bu kayıtlamanın sıkı uygulanması demek, sosyal bir varlık olan insanı, içinde uzun yıllar yaşadığı, bir çevre oluşturduğu muhitten ayrılmak veya kira yardımından vazgeçmek gibi içinden çıkılmaz bir ikileme düşürebilir. Bazı Batı Avrupa ülkelerinde yaşayan çok sayıda Türk vatandaşı olduğu bilinmektedir. Sadece, kira yardımından yararlanacak personelin çocuklarının okullarından ve arkadaşlarından ayrılmasını göz önünde bulundurmamak bile, söz konusu kayıtlamanın başlı başına hakkaniyete aykırı olduğunu göstermeye yeterlidir. Ayrıca, eşi/babası şehit olan bir kişinin/çocuğun, başka bir ülkede yerleşik akrabası yanına giderek bir aile çevresi içerisinde yaşamak istemesi de ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda, kira yardımından yararlanamama olasılığı, bu kişileri içinden çıkılmaz bir ikileme bırakacaktır.

Bütün bu sebeplerle, TMK Madde 21 kapsamındaki kira yardımından sadece yurtiçindeki ikametgâhların yararlandırılması yerinde ve isabetli bir düzenleme olarak mütalaa edilemez.

3) Konutun Şehir Merkezi Dışında Olması Koşulu

Kira yardımından faydalanabilmek için aranan koşullardan bir başkası, burada kısaca “şehir merkezi dışı koşulu” olarak ifade edilen kiralanan konutların, “büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde şehrin bulvar ve ana

caddeleriyle iş merkezi yoğunluklu mahaller dışında olması” kuralıdır. Bu koşulla, kira yardımı yapılacak, ikametgâh niteliğinde olacak ve yurt içinde bulunacak konutun lokasyonu/yeri daha spesifik olarak belirlenmektedir.⁷⁴

“Şehir merkezi dışı koşulunun” arkasında yatan gerekçe, şehir merkezindeki kiralık dairelerinin pahalı olduğu inancıdır. Serbest piyasa ekonomisi açısından ve Büyükşehirler özelinde oldukça geçerli olan bu inanç sebebiyle, kiralanan konutların daha ucuz olduğu varsayılan mahalle ve semtlere kaydırılmasına çalışılmaktadır.

Ancak “şehir merkezi koşulu” hukuken oldukça sorunlu bir koşuldur. Öncelikle bu kayıtlama kaynak Kanunda yer almamaktadır ve Genelge ile getirilmiştir. Buna göre, Genelge’nin bu açıdan sakat olduğu düşünülebilir. Üstelik TMK Madde 21/b metninde, bu hususun alt derece düzenlemeler ile düzenleneceğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır.

Kiralanan konutların, “büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde şehrin bulvar ve ana caddeleriyle iş merkezi yoğunluklu mahaller dışında olması” kuralının doğurduğu asıl problem, bu koşulun hakkaniyete ve hayatın olağan akışına aykırı olmasıdır. Zira bu koşul, kira yardımından yararlanacak bir kişiyi ve ailesini (ortalama 3 kişi), o güne dek yaşadıkları muhitten ayrılmaya zorlamaktadır. Hemen yukarıda, “yurt içi” koşulu bakımından ileri sürülen argümanlar burada da aynen geçerlidir.

Bu noktada, kira yardımından yararlanacak personelin zaten asker kişi olmaları dolayısıyla, yerleşik olmayan bir hayata alışkın oldukları karşı görüşü yerinde olmayacaktır. Öncelikle, 3713 sayılı Kanun çerçevesinde kira yardımından yararlanacak personel, iç güvenlik bölgesinden kaynaklanan zararlarından muzdarip olmuştur. Bu personelin çoğu, iç güvenlik bölgesindeki görev yerine gittiğinde ya henüz bir aile kurmamış olmakta ya da ailelerini bölgeye götürmemektedir. Dolayısıyla, bu personelin dahi, yerleşik olduğu bir başka muhit bulunmaktadır. İkinci olarak, 3713 sayılı Kanun çerçevesinde kira yardımından, sadece malul personel değil, aynı zamanda şehit personelin dul ve yetimleri de yararlanmaktadır. Dul ve yetimlerin ise yerleşik bir muhitleri olduğu ve orada sosyal bir çevre kurdukları şüphesizdir.

Kaldı ki, büyük şehir merkezlerindeki konutların daha pahalı olduğu yönündeki inancı mutlak olarak anlamamak gerekir. Bu genel bir serbest piyasa kuralı olmakla birlikte zorunlu değildir. Pekala, büyük şehir merkezlerinde de görece ucuz veya normal fiyatlı konut kiralanabilir. Bir şehrin içindeki bölgeler, semtler ve mahalleler, konut kiralalarının rayicini belirlemekte piyasanın kullandığı ölçütlerden yalnız biridir. Diğer faktörlerin baskın çıktığı ve dolayısıyla şehir merkezinde olmasına rağmen normal/ucuz fiyatlı bir kiralık konut bulunması mümkündür. Genelge metni ise, büyükşehir merkezlerindeki konutların daha pahalı olduğu yönündeki inancı mutlak addetmiş ve esneklikten tamamen yoksun bir hüküm getirmiştir. Genelge’nin bu haliyle uygulanması, kaçınılmaz olarak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.

⁷⁴ Bir konutun bu koşulu karşılayıp karşılamadığı konusunda ilgili belediyeden bir yazı istenecek ve bu belge karar için yeterli olacaktır. Bkz. MTİY: 3050-1259-04/İÇ TED.D. (Pl.Ynt. ve Mly.Ş.Mly.1) sayılı ve “3713 sayılı Kanuna göre Ödenen Kira Bedeli” konulu emir.

Ayrıca “şehir merkezi koşulu” uygulamada, kiralanacak konutun “büyükşehir belediyesi” kapsamında olup olmadığına dikkat edilmeksizin uygulanmaktadır.⁷⁵ Yararlanıcılardan bir talep geldiğinde, bu talebin geçerliliğini araştırmakla görevli kurum (uygulamada çoğu kez Askerlik Şubeleri), kiralanmak istenen konut Anadolu’nun herhangi bir ilçesinde olsa dahi, şehrin bulvar ve ana caddeleriyle iş merkezi yoğunluklu mahaller dışında bir yerde olup olmadığını özellikle incelemektedir. Uygulamada görülen bu eğilim Genelgenin mevcut metnine aykırıdır. Üstelik, ana arteri yahut kent merkezi bir ana caddeden oluşan tipik bir Anadolu ilçesi özelinde bu incelemenin yapılması aynı zamanda saçmadır. Küçük bir Anadolu ilçesindeki konut kiralari, o konutun şehrin ana caddesine yakın veya uzak olmasına göre anlamlı ölçüde değişmektedir. Serbest piyasa ekonomisi kuralları, katma değer veya rantın yüksek olduğu yerlerde konut kiralari arasında anlamlı bir fark yaratır.

4) Süre Koşulu

TMK Madde 21 ve Genelge, kira yardımından faydalanılmasında “süre koşulu” olarak ifade edilebilecek bir zaman kayıtlaması öngörmüştür. TMK Madde 21/b’nin açık hükmüne göre, mağdurlara yapılacak kira yardımının süresi 10 yıla sınırlanmıştır. Madde gerekçesine bakıldığında, kira yardımının 10 yıla sınırlanmasının sebebi anlaşılamamaktadır.⁷⁶

Kira yardımının 10 yıla sınırlanması daha ilk başta yadırgatıcıdır, zira şehit yakınları ile malullerin söz konusu yardıma ihtiyaçları süreklilik arz etmektedir. Buna karşılık, kira yardımının 10 yıla sınırlandırılmasının makul olduğunu şu gerekçelerle ileri sürmek de mümkündür. Devletin imkanları kısıtlıdır ve kira yardımı, şehit yakınları ile malullere sağlanan birçok güvenceden sadece biridir. Üstelik bu noktada 1982 Anayasası’nın, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinde Devletin yükümlülüklerini, kendisinin ekonomik gücü ile sınırlayan hükmünün⁷⁷ göz önünde bulundurmak gerekir. Zaten kira yardımı bittikten sonra dahi şehit yakınları ve maluller, özel koşullar çerçevesinde diğer yardımlardan faydalanmaya devam etmektedir.

Kaldı ki, TMK Madde 21/b’de yer alan kira yardımı güvencesini, ihtiyaç sahiplerinin hayatlarını düzene sokana (işsiz yararlanıcının iş bulması, çocukların okulu bitirmesi gibi) kadar faydalandıkları geçici bir imkan olarak

⁷⁵ Nitekim MSB’nin yayımladığı ve önceki dipnotta referansı verilen emirde bu koşulun, kira yardımından faydalanacak konutun bulunduğu belediyenin niteliğine bakılmaksızın mutlak olarak uygulanacağı görülmektedir.

⁷⁶ “Malul Olanlarla Aylığa Müstehak Dul ve Yetimlere Yardım” başlıklı madde, Kanunun Meclis görüşmeleri sırasında tartışılmadan kabul edilmiştir (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi Dönem:18 Yıl:4 Cilt:59 B: 103-111 4/4/1991-1/5/1991 sf: 339-340). Konuya ilişkin olarak, ne Kanunun Genel Gerekçesinde (TBMM Tutanak Dergisi Dönem:18 Yıl:4 Cilt:59 B: 103-111 4/4/1991-1/5/1991, Sıra Sayısı: 554, sf:1-6) ne Hükümetin teklif ettiği metin ile Adalet Komisyonunda benimsenen metinde (Sıra Sayısı: 554, sf:22-23) herhangi bir tartışma veya gerekçe bulabilmek mümkün değildir.

⁷⁷ 1982 AY Madde 65-(Değişik madde ve başlığı: 4709/md.22 – 03/10/2001) “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu norm hakkında bkz. Tanör-Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, sf: 178-179.

değerlendirmek daha uygundur. Zaten Madde 21/b metni incelendiğinde, kanun koyucunun özellikle kamu konutlarından yararlananları göz önünde bulundurarak bir düzenlemeye gittiği anlaşılmaktadır. Madde metnine göre, yararlanıcılar kamu konutlarından çıkarıldıktan sonra kira yardımına hak kazanabilmektedir. Kanun koyucu, bu noktada ilkesel bir düzenleme getirerek kamu konutlarından hiç yararlanmamış olanları da kira yardımı kapsamına almıştır. Bu açıdan, kira yardımı güvencesinin talilik unsuru iyice belirginleşmektedir. Üstelik 10 yıllık yardım süresi, 120 ay gibi oldukça uzun bir zamana tekabül etmektedir. Kira yardımı güvencesinden yararlananların artma ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda bu sürenin yararlanıcılar için yeterli olduğu sonucuna varılabilir.⁷⁸

5) Kira Bedelinin Ölçütü Olarak Belediye Rayicinin Esas Alınması

TMK Madde 21 düzenlemesinde, hak sahiplerine yapılacak kira yardımı için bir üst sınır öngörülmemiştir. Kanunun bu tercihi olumludur. Zira, konut kiralari, başta enflasyon olmak üzere çeşitli faktörlerin etkisi altında süratle değişmektedir. Bu husus, Türkiye gibi ekonomik istikrarı yakalayamamış Devletler bakımından özellikle geçerlidir. Kaldı ki, gelişmişlik derecesi birbirinden farklı il ve hatta ilçelerde kiralık konutlar için istenen fiyatlar farklı farklıdır. Kanun gibi genel düzenleyici bir işlemle sabit bir üst sınır belirlenmesi, kira yardımının uygulanabilirliğini azaltırdı.

Şaşırtıcı şekilde, Genelge de TMK 21/b düzenlemesine aynen riayet ederek, verilecek kira bedeli için bir üst sınır belirlememiştir. Bu şaşırtıcıdır, zira yukarıda çeşitli vesilelerle gösterildiği üzere, Genelge kaynak TMK 21/b'de yer almayan pek çok koşul içermektedir. Her halükarda, Genelge'de kira bedeli için bir üst sınır belirlenmemiş olması, yararlanıcılar bakımından isabetli olmuştur.

Ancak Genelge, kira bedeli bakımından mutlak bir serbesti tanımamış, yine kaynak Kanunda yer almayan bir koşul getirerek, kira bedelinin kiralamanın yapıldığı yerdeki belediye rayiçlerini geçemeyeceği kuralını getirmiştir. Kira bedeli bakımından belediye rayiçlerinin esas alınması, gelişmişlik derecesi birbirinden farklı il ve ilçelerdeki kiralık konutlar için istenecek farklı kira bedellerinin farklılığını yansıtmak bakımından kullanışlı bir ölçüt gibi gözükmektedir. Bu noktada, belediye rayiçlerini, Genelge'deki düzenlemenin aksine, kira bedelinin bir üst sınırı olarak algılamamak ve fakat bir hareket noktası olarak kabul etmek gereklidir. Aksi halde, diğer birçok koşul bakımından elve-

⁷⁸ Bütün bu mülahazalara rağmen süre sınırı temkinli karşılamayı gerektiren durumlar akla gelebilir. Örneğin, kendi aile çevresinden yardım görme imkanları sınırlı olan yahut bulunmayan "ev kadını" statüsünde bir yararlanıcının durumunu düşünelim. Eğitimi bulunmayan veya yetersiz olan, yaşamı boyunca kendi evinden başka hiçbir işte çalışmamış olan böyle bir ev kadını, 10 yıllık sürenin bitiminde olası kira yardımı kapsamı dışına çıkartılmış olacaktır. Böyle bir kişinin diğer yardımlardan yararlanmaya devam etmesi, kira gideri gibi zorunlu harcamaların en önemli kalemlerinden biri bağlamında 10 yıllık süre sonunda kira yardımından yoksun bırakılmayı ne haklı kılmaya yeter ve ne de hakkaniyet ölçüsüne sığar. Hele bir de okutulması gereken çocuklar olduğunda, 10 yıllık süre koşulunun aslında arzu edilmeyen konsekanları olabilir. Belki bu mülahazaları da gözeterik, TMK Madde 21 hükmünü değiştirerek kira yardımı süresini 2-3 yıl daha arttırmak makul bir çözüm tarzı olabilir.

rişli bir konut, sırf belediye rayicini geçtiği için, TMK Madde 21/b'de düzenlenen yardım kapsamına giremeyebilecektir. Genelge metninin lafzi uygulaması, bu adaletsiz sonuca yol açabilir.

Kaldı ki, kira bedelinin uygunluğunun tartılmasında belediye rayicinin tek ölçü olarak mevzuatta yer alması makul bir çözüm tarzı da değildir. Serbest piyasa ekonomisinin meri olduğu bir Devlette, hak sahiplerini/yararlanıcıları belediye rayici ölçütüyle kayıtlamak yerinde bir tercih olarak mütalaa edilemez. Ne de olsa, konutunu yararlanıcıya kiraya veren kişi, çoğu halde, bunu bir gelir elde etmek amacıyla yapmakta ve bu sebeple serbest piyasa ekonomisi çerçevesinde mülkü üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Buna karşılık belediyeler ise, kar elde amacı gütmeyen kamu kurumlarıdır ve geniş anlamda kamu hizmeti görme amacına yönelik olarak tasarrufta bulunurlar. Bu durumda, hemen her ihtimalde serbest piyasa rayicinden daha düşük olan belediye rayicinin tek ölçüt olarak esas alınması, apaçık bir hukuka aykırılık taşımaktadır. Belediye rayicinin tek ölçüt olarak esas alınmasının hukukten meşru addedilebilmesi, sadece belediyenin konut sahibi olarak kiraya verdiği konutlar bakımından mümkün olabilir. Oysa uygulamada görüldüğü üzere, belediyelerin veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının terörle mücadele mağdurlarına konut kiralamak gibi yerleşik ve yaygın bir tasarrufları yoktur. Zaten görevleri çerçevesinde böyle bir tasarrufta bulunmaları da beklenmemektedir.⁷⁹ Bu durumda, kira yardımının üst sınırı olarak sadece belediye rayicinin esas alınması yerine, serbest piyasa rayici ile belediye rayicinin birlikte ele alınmasına izin veren bir yasal düzenleme yapılması isabetli olacaktır.⁸⁰

6) Maksimum Alan Koşulu

Şehit yakınları ve malullerin TMK Madde 21 çerçevesinde kira yardımının tabi olduğu koşullardan bir diğeri, “maksimum alan” koşuludur. Bu koşul, kiralanacak konutun alanını sınırlamaktadır. Buna göre, kiralanacak konutun kullanım alanı net 120 m²'yi geçmeyecektir. Kaynak 3713 sayılı Kanun Madde 21'de bu konuda sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Genelge burada da, kaynak Kanunda yer almayan ek bir koşul getirmiştir.

Kaynak Kanunda bu konuda sınırlayıcı bir hüküm bulunmaması sebebiyle Genelge'de yer alan “maksimum alan” koşulu hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. TMK'da konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra, alt derece tasarruflarla düzenlenebileceğine dair yetkilendirme hükmü de yer almamaktadır. Kaldı ki, konunun niteliği, kira yardımı kapsamında değerlendirilecek konutların, alan bakımından zorunlulukla bir üst sınıra tabi olmasını gerektirmemektedir. Anlaşılan, Genelge kira bedeli üst sınırı belirleyemediği için, bir nevi telafi olarak, alan sınırlaması yapmıştır.⁸¹

⁷⁹ Olsa olsa, Başbakanlık Toplu Konut İdaresinin (TOKİ) sağladığı konutlar bakımından belediye rayicinin tek ölçüt alınması haklı görülebilir. Bu halde bile, TOKİ kendi rayicini kendisi belirlediği için, belediye rayicine zorunlulukla başvurmak gerekmeyecektir.

⁸⁰ MSB uygulamasında ticaret odalarından rayiç alınmasının kabul edildiği bilinmektedir. Bu uygulama olumlu olmakla birlikte fiili bir durum olup Genelge lafzına aykırıdır.

⁸¹ Şu hususu da ekleyelim ki, 1993/52 sayılı eski Genelge'de bu alan “100” metrekare olarak belirlenmişti. MSB'nin konuya ilişkin uygulama emrinde, kiralanacak konutun kullanım alanının 100 m²'yi geçip geçmediğinin tespiti için iskân raporu ve benzeri bir

Genelge, kaynak Kanuna aykırılık açısından sakat olduğu gibi, 120 m²'lik sınırın makul bir kayıtlama teşkil ettiği de söylenemez. Her şeyden önce, Anadolu'da son 20 yıldır yeni gelişen ve geniş arazilere sahip şehirlerde yapılan yeni konutların oldukça geniş ve büyük olarak inşa edildiği bilinmektedir. Buna karşılık, bunların kiraları aynı oranda yüksek değildir. Anadolu'nun gelişmekte olan bir ilindeki 150 metrekairelik dairenin kira bedeli, gelişmiş batı illerinden birindeki 90 metrekairelik dairenin kira bedelinden düşüktür. Üstelik, bu ikincisindeki dairenin niteliğinin pek kaliteli olmama ihtimali oldukça yüksektir. Kaldı ki TOKİ'nin yaptığı konutlar bile metrekaire bakımından çeşitlilik arz etmekte ve kimi hallerde 120 metrekaireyi geçen konutlar görülmektedir.

Zaten, yukarıda ele alınan bazı koşullar bakımından olduğu gibi, maksimum alan koşulunun Genelge'de düzenlenen şekliyle sıkı lafzi yorumu, çoğu halde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı gibi idare'ye gereksiz uygulama güçlükleri çıkaracaktır. İlk başta, kiralanacak konutun net kullanım alanının nasıl belirleneceği hususu bir problem olarak kendisini göstermektedir. Genelgeye göre, kiralanacak konutun net kullanım alanının belirlenmesinde konut sahibi ile konutu kiralayan arasında yapılan kira sözleşmesi esas alınacaktır.⁸² Bu halde, idare taraflara güvenmiş olmaktadır. Kiralanacak konutun net kullanım alanı hususunda taraflara güvenen idarenin, hangi kaygıyla 120 metrekairelik bir sınırlama getirdiğini anlamak pek kolay olmasa gerekir.⁸³ İkinci olarak, Genelge'nin lafzına göre, diyelim ki 5 metrekairelik bir fazla alan, o konutun kiralanmasını engelleyecektir. Oysa kira bedeli bakımından 120 metrekairelik daire ile 125 metrekairelik daire arasında anlamlı fark olması muhtemel değildir. Üçüncü olarak, maksimum alan koşulu, sadece yeni kiralanacak konutlar için kullanışlı olabilir. Bu koşul sebebiyle hali hazırda oturduğu konut 120 metrekaireden büyük olan bir hak sahibi, ya hakkından feragat etmek zorunda kalacak veya daha küçük yeni bir konuta taşınmak zorunda kalacaktır. Hak sahibinin içine düşürüldüğü pozisyonun adaletsiz olduğu şüpheden uzaktır. Sosyal bir varlık olan insanın çevresinden kopmasına yola açma potansiyeli taşıyan bir düzenleme, insan hakları perspektifinden haklı kılınması kolay olmayan bir yasal tercihtir.

Kaldı ki, 120 m²'lik maksimum alan koşulu, kira yardımından yararlanan aile üyelerinin "sayısı" unsurunu da göz ardı etmiştir. Çok çocuklu ve/veya aile büyükleriyle birlikte yaşamak zorunda olan yararlanıcı aile için konutun büyüklüğüne ilişkin sınırlama isabetli olmayan bir ölçü teşkil edebilecektir.

7) Lüks Yasağı

TMK kapsamında kira yardımından yararlanabilmek için son koşul, kiralanacak konutun "lüks" nitelikte olmamasıdır. Genelge, "lüks" kavramını

belge isteneceği hükme bağlanmıştır. Bkz. MTİY: 3050-1259-04/İÇ TED.D. (Pl.Ynt. ve Mly.Ş.Mly.1) sayılı ve "3713 sayılı Kanuna göre Ödenen Kira Bedeli" konulu emir.

⁸² Bu durumda eski 1993/52 sayılı Genelge yürürlükteyken çıkartılan ve bir önceki dipnotta referansı verilen MSB emri kadük kalmış olmaktadır.

⁸³ Nitekim uygulamada hak sahiplerinin kiraya verenle anlaşarak konutun alanını olduğundan daha düşük gösterdiği gözlemlenebilmektedir.

tanımlamamakla⁸⁴ birlikte, örnek olarak bazı unsurları açıkça ifade etmiştir. Genelge'nin açıkça örneklediği lüks unsurları "sauna, jakuzi, dubleks, tripleks, şömine"dir. Anılan unsurların lüks kavramının kapsamına ne ölçüde girdiği pek şüphelidir.⁸⁵

Lüks yasağı kaynak Kanunda yer almayan bir kayıtlamadır. Bununla beraber, kira yardımı yapılacak konutların lüks nitelikte olmaması makul bir sınırlama olarak addedilebilir. Her ne kadar alt derece düzenleyici tasarrufların kanunlara aykırı olamayacağı ve kanunlarda belirlenmemiş kayıtlamalar içermeyeceği genel hukuk ilkesi olsa da, bu ilke mutlak nitelikte değildir. Özellikle, soyut nitelikte bir kanun hükmünün uygulanabilmesi aşamasında alt düzenleyici tasarruflar, daha ayrıntılı düzenlemeler içerebilirler. Genelge'deki lüks konut yasağının bu çerçevede anlaşılması mümkündür. Ancak bu noktada hatırlatmak isteriz ki soyut nitelikte bir kanun hükmünün uygulanabilmesini sağlamak için kanunda öngörülenlerden daha ayrıntılı düzenlemelerin hukuken geçerli olabilmesi kaynak kanundaki yetkilendirici normlara bağlıdır.

Kiralanan konutun "lüks" unsurlar içermemesi gereği birçok açıdan kendi içinde problemlidir. Her şeyden önce, "lüks" unsurların neler olduğu belirsizdir. Genelge'de parantez içinde "sauna, jakuzi, dubleks, tripleks, şömine" unsurları sayılmıştır. Bunun dışında herhangi bir başka lüks örneğine yer verilmiş değildir. Üstelik "ve benzeri" veya "ve bunun gibi" ifadelerle yer vermeyen Genelge'nin dili, lüks yasağının sanki sayılan unsurlardan ibaret olduğu zannını doğurmaktadır. Bu açıdan, lüks yasağı sınırlı sayı özelliği arz ediyor gibi gözükmektedir.

Elbette, eşyanın doğası gereği, Genelge'deki lüks yasağının unsurlarını açıkça sayılanlardan ibaret görmemek gerekir. Ne de olsa evlerde kullanılan lüks unsurlar, Genelge'de açıkça zikredilenlerden ibaret değildir. Genelge, bunları örnek olarak zikretmiş olsa gerektir. Aksi halin kabulü, birçok lüks unsura sahip ama "sauna, jakuzi, dubleks, tripleks, şömine" olmayan konutların kira yardımı kapsamına gireceği anlamına gelir ki bu sonuç Genelge'deki lüks yasağının amacıyla bağdaşmaz.

Genelge düzenlemesinin kendi içinde sorunlu olduğu durumlar sınırlı sayı tartışmasından ibaret değildir. Ayrıca, Genelge'de zikredilen lüks unsurların birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı uygulanacağı da belirsizdir. Veya kaç unsurun bir arada bulunmasının kira yardımından yararlanmayı engelleyeceği sorunu doğmaktadır. Bu sorunların hiçbirine tutarlı cevap vermek mümkün değildir.

Lüks yasağının doğurduğu problemler içsel tutarsızlıklardan ibaret değildir. Lüks yasağı hukuka ve hakkaniyete aykırı yönler barındırmaktadır. Örneğin Genelge'deki lüks yasağı, bu haliyle kavramsal kargaşalık taşımaktadır. Genelge düzenlemesi konutların mimari yapı özellikleri ile iç dekorasyon özelliklerini birbirine karıştırmış ve her iki kategoriye giren unsurları da lüks yasa-

⁸⁴ Lüks terimi "giyimde, eşyada, harcamada aşırı gitme, gösteriş, şatafat, aşırı ve gereksinim dışı olan" anlamlarına gelmektedir (<http://tdkterim.gov.tr/bts/>).

⁸⁵ Örneğin bir hukuk sözlüğünde lüks masraflar kavramı için "yalnız zevk gereksinimlerini sağlamak veya bir şeyin duygusal değerini artırmak için yapılan giderler" tanımı verilmektedir. Bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, sf:503.

ğının içine sokmuştur. Örneğin Genelge’de açıkça zikredilen “sauna, jakuzi ve şömine” konutların iç özelliklerinin parçalarıdır. Diğer yandan, yine Genelge’de sayılan “dubleks ve tripleks” unsurları ise konutların mimari özellikleri arasındadır. Birbirinden farklı nitelikteki ve bambaşka amaçlar güden unsurların bir arada ele alınması yerinde olmamıştır. Kaldı ki, bir evin dubleks olması, onun lüks olduğunu göstermeye yetmez. Örneğin bugün kenar semtlerde yaygın olarak görülen çarpık yapıların bir kısmında “dubleks” olarak adlandırılabilen mimari özellikler görülebilmektedir. Ancak söz konusu konutların lüks addedilmesi mümkün değildir. Lüks olarak adlandırılan unsurlar, insan yaşam kalitesi standartlarını yükseltme amacı taşımaktadır. Binaların mimari özelliklerinin lüks unsurlar arasında sayılması, bunların insan yaşam kalitesine doğrudan etkisi olmadığından pek yerinde değildir. Hiçbir konut, sırf iki katlı veya üç katlı diye otomatikman lüks addedilemez.

Zaten içinde bulunduğumuz dönemde insan yaşam kalitesi anlayışının değişmesiyle birlikte, “lüks” kavramının kapsamında daralmalar meydana gelmiştir. Bu bağlamda, 20 yıl önce lüks sayılan bir standart bugün vazgeçilmez bir nitelik kazanmış olabilir. Özellikle büyük şehirlerde toplu konut alanlarında veya geniş araziler üzerinde inşa edilen yeni konutlar, eskiden “lüks” addedilen unsurların bir kısmını standart olarak içermektedir. Jakuzi ve şömine gibi unsurlar artık oldukça ucuza mal edilebilmekte, yapı malzemesi satan hemen her yapı markette bulunabilmektedir.

Kaldı ki, “lüks” konut yasağı, Genelge’de düzenlenen haliyle uygulanacak olursa, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Şöyle ki, makul fiyatlı ve şehir merkezinin dışında bir konut, sırf içinde şömine var diye lüks addedilip kira yardımı kapsamı içersine sokulmayabilir. Öte yandan, şehrin merkezine daha yakın, dolayısıyla eski ve lüks unsurlar içermeyen bir konut, daha pahalı olmasına rağmen kira yardımı kapsamına girebilir. Bu tip hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasını engellemek için, lüks yasağı kuralının esnek uygulanması gerekmektedir.

8) Sonuç ve Öneriler

Yukarıda yedi (7) başlık altında yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, 2006/8 sayılı Genelge birçok açıdan hukuken sakattır. Genelgenin sakatlıklarının giderilmesi için yapılacak yeni düzenlemenin yukarıdaki esasları dikkate alması gerekmektedir. Bu bağlamda:

Genelge, kira yardımı kapsamına girecek konut tipi, boyutu ve yeri hususlarında herhangi bir kayıtlayıcı hüküm içermemelidir.

Bir konutun kira yardımı kapsamına girip girmediğinin tespitinde bütün takdir yetkisi, hakkaniyet çerçevesinde, münhasıran Askeralma Bölge Başkanlıklarına (askeri personel için) ve İçişleri Bakanlığının belirleyeceği uygun bir birime (diğer personel için) verilmelidir. Askeri personel bakımından, Askeralma Bölge Başkanlıkları, yetki alanlarındaki il ve ilçelerin coğrafi, ekonomik ve toplumsal koşulları hakkında yeterli bilgiye sahiptir veya bağlı askerlik şubeleri üzerinden bu gibi bilgilere rahatlıkla ulaşabilmektedir. Zaten, hâlihazırda bir kira yardımının başlatılabilmesi için, şube başkanlıklarının yardım talebinin Genelge çerçevesine girdiğine dair hazırladığı bilgiler Bölge Başkanlıklarına

gelmektedir. Bu uygulamanın Genelge’de herhangi bir kayıtlama olmadığında dahi sürdürülmesinde ne hukuki ne de fiili bir engel vardır.

Bu kapsamda, kira yardımının belirlenmesi yöntemi kanaatimizce şöyle olmalıdır: Yardım, konutun niteliğine ve yerine bakılmaksızın bir il veya ilçenin kira piyasasındaki rayiç bedel esas alınarak yapılmalıdır. Böylelikle, her konut için ayrı bir kira bedeli tespiti yoluna gidilmeyecek, o il veya ilçenin kira piyasasındaki rayiç bedel, yardımdan yararlanacak kişiye ödenecektir.⁸⁶ Bu yöntemle yeni bir konuta taşınmak isteyenler de⁸⁷ yerleşik oldukları konuttan ve muhit-ten ayrılmak istemeyenler de dikkate alınmış olmaktadır.

Üstelik bu yöntem tercih edildiğinde, yararlanıcı, üstünü kendisi tamamlayarak isterse çok “geniş”, “pahalı” veya “lüks” konutta veyahut o il veya ilçenin kira piyasasındaki rayiç bedelin üstünde bir kiraya sahip olan konutta da oturabilir ki bu durumlar (özellikle lüks ve çok pahalı konut) zaten uygulamada çok sık görülmeyecektir. Kira yardımı parasının nasıl harcanacağı hususunun yararlanıcının takdirine bırakılmasında bir sakınca yoktur. Kira yardımını yararlanıcıya ulaştırmakla Devlet, 3713 sayılı Kanun (TMK) Madde 21 çerçevesindeki yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.

V) Genel Değerlendirme

Genel değerlendirme bağlamında ilk önce Türk hukuk mevzuatında görülen terör mağduru – terörle mücadele mağduru şeklindeki ayrımın yerinde olmadığını tespit etmek gerekir. Her ne kadar, mağduriyetin kaynağı ve görevin niteliği bakımından teorik düzeyde *terör mağduru – terörle mücadele mağduru* şeklinde bir ayrım yapılması ve bu ayrım kapsamında iki mağdur kategorisi için farklı hukuki güvence ve imkanlar sağlanmasında bir sorun yok ise de, Türk mevzuatındaki düzenlemelerin insan haklarına ve hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, Türk hukuk mevzuatı, terörist faaliyet mağduru sivil kişileri neredeyse yok saymış, diğer yandan terörle mücadele mağduru kamu görevlilerine geniş güvenceler sağlamıştır. Mevzuat tarafından yaratılan bu eşitsizlik, *terör mağduru – terörle mücadele mağduru* şeklindeki meşru olabilecek teorik farklılığı geçersiz hale getirmektedir. 1982 Anayasası-

⁸⁶ Uygulamada kimi hallerde kira yardımının kime ödeneceği sorunuyla karşılaşılmalıdır. Mağdur askeri personel ve aileler bakımından kira yardımı Askeralma Bölge Başkanlıkları üzerinden yararlanıcıya ödenmektedir. Ancak Askeralma Bölge Başkanlıkları ve bağlı askerlik şubelerince çıkartılan ödenekleri fiilen ödeyen mal müdürlüklerinden bazıları ödeneklerin yararlanıcıya değil doğrudan ev sahiplerine ödenmesinin daha yerinde olduğu gerekçesiyle sorun çıkartabilmektedir. Ana metinde yapılan açıklamalar ışığında, kira yardımının yararlanıcıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak uygulamada az da olsa görülen sorunları tamamen ortadan kaldırmak için yeni genelgede bu hususa dikkat edilerek açık bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Şu hususu da ekleyelim ki, konuya ilişkin 2003 tarihli Emlak Hizmetleri Yönergesi (MSY:319-7), kira yardımının ev sahibine ödeneceğine dair hüküm içermektedir (Madde 2-11). Şu an yürürlükte olan Milli Savunma Bakanlığı, Taşınmaz Mal Yönergesinde (MSY:319-11) bu yönde herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

⁸⁷ Yeni konuta taşınmak isteyenler için mümkün olan il ve ilçelerde Başbakanlık Toplu Konut İdaresinin (TOKİ) konutlarından faydalanılması düşünülebilir.

nın 10 Maddesinde yapılan ve 12 Eylül 2010 tarihinde referandumla kabul edilen değişikliğin bu ayrımcılığı meşrulaştırmaya yetmediğini de tekrar vurgulayalım. Bu açıdan mevzuat ve uygulamanın, Türkiye'nin uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin gereklerini karşılamaktan uzak olduğu hatırlanmalıdır.

Türk hukuk mevzuatında terörle mücadele mağdurlarına sağlanan hakların yararlanıcıları bakımından da ayrımcılık yapıldığı gözlemlenebilmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, terörle mücadelede en çok malul olan erbaş ve erler TMK Madde 21 açısından kamu görevlisi sayılmamakta ve dolayısıyla başta kira yardımı olmak üzere birçok yardımdan faydalanamamaktadır. Bu durumun hukuka ve insan haklarına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.

Terörle mücadele mağduru statüsü bakımından şu hususu da eklemek gerekir ki, mevzuatta kullanılan kavram ve terimler arasında birlik/bütünlük bulunmamaktadır. Bu tutarsızlık, her bir spesifik durum özelinde yararlanıcının statüsü hakkında şüphe uyandırmaktadır. Dahası, Türk hukuk düzeninde “şehit” kavramının bile tutarlı bir tanımı olduğundan bahsedilmez. Oysa “şehit” kavramı birçok mevzuatta zikredilmekte ve şehit statüsüne önemli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır.

Bu sebeple, ya mevzuattan “şehit” kavramı çıkartılarak TMK Madde 21'deki gibi “yaralanan”, “ölen” benzeri açık tanımlar kullanılmalı veya bütün mevzuat taranarak “şehit” kavramına genel geçer hukuki bir tanım kazandırılmalıdır. Bu yapılmadıkça hali hazırda olduğu gibi “*terörle mücadele şehitleri*” – “*diğer şehitler*” gibi anlamsız ve saçma hukuki ayrımlar süre gidecektir.⁸⁸ 1982 Anayasası Madde 10'da yapılan değişiklik de, bu kargaşayı arttırmaktan başka işe yaramayacaktır. Hatta bu kapsamda, terörle mücadele mağdurlarına farklı düzenlemeler çerçevesinde sağlanan bütün güvenceler tek bir kanun çatısı altında birleştirilerek, TMK Madde 21'in genel sosyal güvenlik ve sosyal yardım mevzuatına yaptığı atıflar kaldırılmalıdır. Böyle bir kodifikasyon tercihi, yürürlükteki mevzuattaki karmaşıklığı bir nebze önleyebilir.⁸⁹

Kişisel tercihimiz, özü itibarıyla dini nitelikteki “şehitlik” ve “şehit” kavramlarının mevzuattan tamamen çıkartılması yönündedir. TMK Madde 21 metninde yararlanıcı kamu görevlilerini belirlemek için kullanılan “*yaralanan*”, “*ölen*” ve “*sakatlanan*” gibi dini anlam içermeyen objektif ve hukuk pratiği açısından kullanışlı ifadelerin laik bir hukuk düzeni bakımından daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, hukuken doğru ve yerinde olmasına rağmen,

⁸⁸ AY'nin 61. Maddesinde “Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar” hükmü, hukuki garabeti ortadan kaldırmamaktadır. AY'nin zikredilen hükmü, Türk hukuk mevzuatında henüz “terörle mücadele mağduru” kavramının gelişmediği evrede genel amaçlarla çıkartılmıştır.

⁸⁹ Aynı yönde olarak bkz. Aydınli, **a.g.m.**, sf:955 ve ayrıca dn.32.

bunun Türkiye gibi hamaset edebiyatının her alanda hakim olduğu bir ülkede gerçekçi bir beklenti olmadığı şüpheden uzaktır.

Çalışmanın IV. bölümünde ayrıntılı olarak incelenen kira yardımına gelince, uygulamayı yönlendiren Başbakanlığın 2006/8 sayılı Genelgesi, metinde yapılan eleştiriler ve öneriler doğrultusunda revize edilmelidir. Özellikle kaynak kanunun (TMK) lafzına ve ruhuna aykırı Genelge hükümleri kaldırılmalı, değişen ihtiyaçlar ışığında esnek bir uygulama tarzı tercih edilmelidir. Bu bağlamda, kira yardımının metinde belirlenen esaslar doğrultusunda direkt yararlanıcıya aktarılması en yerinde çözüm tarzı olacaktır. Kira yardımı hakkı, ikinci kuşak haklardan kısaca konut hakkı olarak adlandırılan yeterli standartta barınma hakkı (*right to adequate housing*) ile doğrudan bağlantılı niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında, idarece sağlanan kira yardımı, konut hakkının bir unsuru olarak değerlendirilebilir.⁹⁰

⁹⁰ Konut hakkının unsurları konusunda bkz. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, İstanbul, 2011, sf:299-307.

