

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN MECBURİ HİZMET SÜRESİ - ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI İLİŞKİSİ

Arş. Gör. Murat Buğra TAHTALI¹

ÖZET

Temel hak ve özgürlükler, geçmişten günümüze kadar sürekli gelişme göstermiş ve bunları kazanmak hiç de kolay olmamıştır. Önceleri sadece yaşam hakkının korunabilirliği sorgulanırken, hukuk geliştikçe temel hak ve özgürlüklerin uygulama alanı da genişlemiştir. Bunun bir sonucu olarak da, bir kişinin istemediği bir işte, ayrılması halinde ceza tehdidi ile karşı karşıya kalarak zorla çalıştırılmasının temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayacağı anlaşılmıştır. Sonrasında, hem uluslararası insan hakları belgelerinde hem de Anayasamızda bu konuda düzenlemelere gidilmiştir. Ancak ülkemizde devletin en önemli güvenlik gücü olan Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde görev alan subay ve astsubaylar için öngörülen zorunlu ve alternatifsiz 10 yıllık çalışma süresinin, bu mesleğe başlayan ancak çeşitli nedenlerden dolayı daha sonra mesleğe devam etmek istemeyen personel için zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği üstünde ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur. Araştırmalarımıza göre, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesi önüne konunun bu boyutu ile ilgili bir dosya gelmemiştir. Ancak bu yargı yerlerinin zorla çalıştırma yasağına ilişkin diğer içtihatları göz önünde bulundurularak, bu çalışmada, Zorla Çalıştırma Yasağı, subay ve astsubaylar açısından ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorla Çalıştırma Yasağı, Angarya, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Silahlı Kuvvetleri.

¹ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

The Relationship Between Compulsory Service in Personel Code of Turkish Armed Forces and Prohibition of Forced to Run

ABSTRACT

Fundamental rights and freedoms, have been developing continuously since past to present and it has not easy to obtain these. While formerly, only protectionability of right of life has discussed, with the developing of law, application area of fundamental righth and freedoms have become more expanded as well. As a result, it has understood that forced to run anybody in a job he / she does not like by threat of punishment is incompatible with the fundamental rights and freedoms. Than, there have been some arregements about this subjects both international legal documents and our constitution. However, it must also be considered whether the 10 years mandatory study time which is obligatory and non – alternatively and predicted for officers and NCOs' can be evaluated in prohibition of forced to run or not for the personal in Turkish Army Forces who started this job and don't want to keep on this career because of any of the reason. Acording to our researchs, there are any fail especialy about this subject both The European Court Of Human Righths and Turkish Constitution Court. But, with considering the case law, which have connected to decision by these courts, in this study, prohibition of forced to run will be handled from the point of view the officers and petty officers.

Key Words: Prohibition of Forced To Run, Dogs, Constitution, The European Convantion Of Human Rights, The European Court Of Human Righths, Turkish Armed Forces.

GİRİŞ

Zorla çalıştırma yasağı, ilk kez tam anlamıyla 29 Nolu ILO Sözleşmesi ile hayatımıza girmiş, burada zorla çalıştırma yasağının tanımı yapılmakla kalmamış; aynı zamanda istisnaları da sıralanmak sureti ile bu istisnalar dışında kalan hallerin, zorla çalıştırma olduğu böylece tespit edilmiştir. Bu sözleşmede zorla çalıştırmanın temelde dış bir faktörden

kaynaklanması gerektiği ve ceza tehdidinin etkisiyle kişinin istemediği bir işte çalışması olduğu ifade edilmiştir. Devlete getirilen bu yasak, daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinde ve nihayet 1982 Anayasasının 18. maddesinde yer almıştır.

926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112. maddesinde de subay ve astsubayların, bu rütbeye naspedildikleri tarihten itibaren 10 yıl geçmedikçe istifa edemeyecekleri ve kanunda belirtilen istisnai haller hariç; her ne şekilde olursa olsun bu süre içinde Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkisi kesilenlerin, öğrencilik dönemi de dâhil, kendisine yapılan harcamalar ve eksik kalan yılın bedelinin toplam hesabına göre belli bir miktar parayı ödemeleri zorunluluğu getirilmiştir.

İşte, acaba Türk Silahlı Kuvvetleri'ne kendi iradesi ile girmiş, subay veya astsubay naspedilmiş bir kişinin, belli bir süre geçtikten sonra bu mesleğin kendine uygun olmadığına karar vermesi halinde, kendisine yapılan masraflarla beraber ek diğer harcamaları geri ödemeyi göze alsadahi; kanunda görülen mecburi hizmet süresi doluncaya dek istifa etme hakkının bulunmaması, bu kişinin zorla çalıştırılması anlamına gelebilecek midir? Bu problematiki inceleyen çalışmamız, iki bölümden oluşacaktır.

İlk bölümde zorla çalıştırma yasağı kavramının ne olduğu açıklanacak, kendisiyle yakın anlamda kullanılan ancak bazı ince farklılıklar taşıdığı diğer kavramlardan hangi yönleri ile farklı olduğu mahkeme kararları ve mevzuat yorumlarıyla açıklanmaya gayret edilecek; nihayet kronolojik bir sistematik takip edilerek, zorla çalıştırma yasağının tarihi olarak hangi aşamalardan geçerek bu günkü halini aldığı incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; ilk kısımda ortaya koyduğumuz yasağa ilişkin koşulların, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 112 bakımından geçerli olup olmadığı araştırılacaktır.

I. “ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI” KAVRAMI, BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI VE TARİHÇESİ

A) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAVRAMI

Zorla çalıştırma yasağı, gerek Anayasamızda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) yer almasına rağmen, her iki belgede de bu kavramın tanımına yer verilmemiş, bu konudaki tek tanımlama, başka bir uluslararası belgenin, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)² tarafından kabul edilen 29 No’lu sözleşmenin 2. maddesinde “*Herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler*”³ şeklinde yapılmıştır. Buradaki “ve” ibaresi dolayısıyla; bir çalıştırma fiilinin zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilebilmesi için; hem çalıştırılan kişinin bu işi bırakması halinde bir ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması, hem de kişinin bu işi isteyerek yapmaması şartlarının her ikisinin de bir arada bulunması gerekmektedir.

ILO Sözleşmelerinin 2. maddesinde “Zorla Çalıştırma Yasağı” sadece tanımlanmakla kalmamış, aynı zamanda her iki şartı sağlamakla beraber hangi hallerin bu yasak kapsamında sayılamayacağı da ifade edilmiştir. Buna göre;

- *Mecburi askerlik hizmeti hakkındaki kanunlar gereğince mecbur tutulan ve sadece askeri bir mahiyet taşıyan işlere hasredilen bir çalışma veya hizmet;*
- *Bizzat kendi kendini yöneten bir memleketin vatandaşlarının olağan kamu hizmeti yükümlülüklerinin bir parçasını teşkil eden bir iş veya hizmet,*
- *Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel*

² Türkçeye “Uluslararası Çalışma Örgütü” olarak çevrilen bu kuruluşun orijinal adı “International Labour Organization” şeklinde olup gerek ülkemizde gerekse dünyada bu kuruluşun kısaltması ILO olarak kabul edilmekte, uluslararası bir kuruluş olan bu örgütün üye devletlerle yaptığı sözleşmelere ise “ILO Sözleşmeleri” denmektedir. Çalışmamızda da, orijinal adına sadık kalınarak; ilgili bölümlerde bu sözleşmelerden bahsedilirken, ILO Sözleşmeleri deyimini kullanılacaktır.

³ Bu tanım için bkz.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm, E.T. 30.01.2014.

kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet;

- *Olağanüstü hallerde, yani harp, felaketler veya yangın, su baskını, açlık, yer sarsıntıları, salgın hastalıklar ve şiddetli hayvan salgınları, hayvanların ve mahsule zarar veren böcek veya parazitlerin hastalık yaymaları durumunda ve genel olarak halkın bütününe veya bir kısmının normal yaşama şartlarını veya hayatını tehlikeye koyan tehlikeli veya zarar verici her türlü şartlarda yapılması mecburi bir iş veya hizmet;*
- *Küçük çaplı toplumsal hizmetler, yani toplum fertleri tarafından doğrudan doğruya toplum menfaatine yapılan işler,*

zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla 29 No'lu ILO Sözleşmesi ile getirilen bu istisnalar sonucunda, üstteki tanıma uysa bile bu istisnai hallerden birine giren uygulamalar, zorla çalıştırma yasağı kapsamı içinde değerlendirilemez.

Gerek “zorla çalıştırma yasağı” kavramının tanımını, gerekse hangi hallerin bu tanım kapsamı dışında kaldığını ifade eden bu düzenleme; kendinden sonra gelen düzenlemelere de ışık tutmuştur. Zira, burada sınırları çizilen tanımdan yola çıkılarak düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve T.C. Anayasası da her ne kadar zorla çalıştırma yasağının ne olduğuna yer vermese de, her iki belgede de nelerin zorla çalıştırma yasağı şeklinde değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu istisnaların kapsamı, her iki belgede de farklı şekillerde düzenlenmiştir. Buna göre AİHS m.4'te zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı sayılmayan haller dört grup içerisinde sıralanmıştır. Buna göre;

- 5. maddeye uygun olarak tutulu bulunan⁴ kişilerden, tutulu bulunduğu veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenen iş,
- Askeri nitelikli hizmet veya vicdani reddi seçenler için başkaca bir hizmet,
- Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet ve
- Olağan yurttaşlık yükümlülükleri;

AIHS m. 4 kapsamında zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵.

Nihayet, Anayasamızın 18. maddesinde de “Zorla Çalıştırma Yasağı” düzenlenmiş, burada da yasağın kapsamı belirlenirken, istisnalara yer verilmiştir. Buna göre,

- Hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar,
- Olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler ve
- Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları,

Anayasamıza göre “zorla çalıştırma yasağı” olarak değerlendirilemeyecektir⁶.

⁴ Bu madde kapsamında, “tutulu bulunmak” deyiminden; bir koruma tedbiri olan tutukluluk anlaşılacağı gibi, mahkûmiyet sonrası tutulma, bir küçüğün veya bulaşıcı hastalığı olanların tutulmasının da anlaşılacağı ifade edilmektedir. İfadenin yorumu için bkz. DOĞAN, İlyas / ÖZDEMİR, Omca, “Kölelik ve Kulluk Yasağı”, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Astana Yayınları, Ankara, 2013, s. 400.

⁵ DOĞAN / ÖZDEMİR, s. 399.

⁶ Zorla Çalıştırma Yasağı, 1961 Anayasası’nda 42. maddede “Sosyal haklar ve Ödevler” bölümünde “Çalışma Hakkı ve Ödevi” başlığı altında yer almış, yani 1982 Anayasasındaki gibi ayrı bir madde içinde düzenlenmemiştir. Yine, 1982 Anayasasında 18. maddede istisnalar, yani hangi durumların, zorla çalıştırma yasağı kapsamında sayılmayacağı tahdidi olarak ifade edilmekle beraber, 1961 Anayasasında ise “memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda, vatandaşlık ödevi niteliğinde olan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.” ifadesine yer verilmiştir. Konuyla ilgili karşılaştırmalı bilgi için bkz. KUZU, Burhan, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, 1990, s. 252 – 253.

Bu üç belgede getirilen istisnaları incelediğimizde, hepsinin de aynı durumları zorla çalıştırma yasağı kapsamı dışında tuttuğu görülmektedir. Bu kuruma ilişkin tanımlamanın da sadece 29 No' lu ILO Sözleşmesi'nde yer aldığı göz önünde bulundurulacak olursa; “Zorla Çalıştırma” kavramı; “*Uluslararası sözleşmelerdeki ve Anayasamızdaki bazı istisnalar saklı kalmak koşuluyla bir kişinin, çalışmak istemediği bir işi bırakması halinde ceza tehdidi altında bulunması nedeniyle çalışmaya devam etmek zorunda bırakılması*” şeklinde tanımlanabilir.

B) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

1. Genel Olarak

Zorla çalıştırma yasağı kavramının ne olduğu, bir üst başlıkta ifade edilmeye çalışılmıştır. Ancak gerek AİHS, gerekse Anayasamızda zorla çalıştırma yasağı başka kavramlarla beraber kullanılmakta, bu da uygulamada karışıklıklara neden olup, bu kavramların zorla çalıştırma yasağından farkının ne olduğunun ortaya çıkartılmasını zorunlu hale getirmektedir.

Gerçekten de zorla çalıştırma yasağı kurumuna AİHS m.4'te yer verilmiş ve madde başlığı “Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak madde metni içerisinde ayrıca “kulluk yasağı” kavramından da bahsedilmiştir. Dolayısıyla öncelikle “kulluk yasağı” ve “kölelik yasağı” ayrımının ne olduğunu, daha sonra bu kavramların, hangi unsurlar bakımından “zorla çalıştırma yasağı” kavramından ayrıştığını tespit etmek gerekmektedir.

Yine, sözleşmede ikinci fıkrada “kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.” ifadesine yer verilmekte, bu cümlelerin lafzından aradaki veya bağlacı dolayısıyla zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramlarının, birbirinden ayrı kavramlar olduğunu düşündürmektedir. Dolayısıyla bu kavramlar arasındaki farkların da ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Benzer şekilde, Anayasamızda da bu kavram; 18. maddede, “*zorla çalışma yasağı*” başlığı ile ele alınmış ise de, madde metni içinde bu kurumdan başka “angarya” yasağından da bahsedilmektedir. Dolayısıyla zorla çalışma yasağının ne olduğunu anlamak için, angaryanın da ne olduğunun öncelikle belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Gerek kulluk ve kölelik yasağı, gerekse angarya yasağı kavramları; zorla çalışma yasağından farklı olarak, herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramların birbirleri ile aralarındaki farklar ile her birinin zorla çalışma yasağından farklılıklarının anlaşılabilmesi, ancak ilgili mahkeme içtihatlarının incelenmesi ile mümkün olacaktır.

2. “Kölelik Yasağı” ve “Kulluk Yasağı” Kavramları

(a) Kölelik ve Kulluk Yasağının Maddede Düzenleniş Biçimi

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği gibi, AİHS m.4, dört farklı yasağı içermektedir. Bunlar; madde başlığında yer almayan “kulluk yasağı” ile madde başlığında yer verilen “kölelik yasağı” ve “zorla çalışma yasağı”dır. Ancak, birbirinden ayrı kavramlar olmalarına rağmen, *kölelik yasağı* ve *kulluk yasağı* hangi hal ve şartta olursa olsun yasaklanmış iken, zorla çalışma yasağına bazı istisnalar getirilmiştir. Dolayısıyla, zorla çalışma yasağından farklı olarak; kulluk ve kölelik yasağı kişilerde mutlak bir nitelik taşımakta olup, sözleşmenin 15. Maddesindeki hallerde dahi dokunulamayacak haklardandır⁷.

(b) Kölelik Yasağı

Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, Kölelik Yasağı, AİHS. m.4’te, “Zorla Çalıştırma Yasağı” ile aynı başlıkta düzenlenmiştir. Maddenin düzenlemesine bakıldığında, zorla çalışma yasağının, ikinci ve sonraki fıkralarda düzenlendiği; ilk fıkrada da “Hiç kimse köle veya kul durumunda tutulamaz” denerek bu iki ifadeye yer verildiği görülmektedir. Ancak yine daha önce belirtildiği üzere, bu kavramların

⁷ ANAYURT, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 100.

tanımlamalarına yönelik herhangi bir ifadeye ise rastlanılmamaktadır. Ancak, kölelik ile ilgili tanım; sözleşmenin düzenlenmesinden çok daha önceki bir tarihte, 1927 yılında yürürlüğe giren Kölelik Sözleşmesi'nde yapılmış⁸ ve kölelik kavramı bu sözleşmenin 2. maddesinde; “*Bir kişi üzerinde, kişinin durumu veya şartları nedeniyle, bir başka kişinin, mülkiyet hakkının verdiği hakların tamamını veya bir kısmını uygulaması*” şeklinde tanımlanmıştır⁹.

Bunun dışında, doktrinde köleliğin özellikleri şu şekilde belirlenmiştir:

- “*Köle, başka bir insan tarafından kontrol edilmektedir.*
- *Sahip, kölenin iş gücüne el koymaktadır.*
- *Kölenin faaliyetleri, şiddet kullanımı veya tehdidi ile kontrol edilmektedir.*”¹⁰

Bu özelliklerinden yola çıkarak, kölelik; “*şiddet kullanımı veya bu yöndeki bir tehdit ile, bir kişinin iş gücüne el konarak; bu kişinin faaliyetlerinin başka bir kişi tarafından kontrol edilmesi*” şeklinde tanımlanabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, her ne kadar sözleşmede 4. maddede köleliğin tanımı yapılmamış olsa da, kararlarında bu tanımdan yola çıkarak, kölelik ile ilgili kriterleri şimdilik sadece bir adet somut dava üzerinden geliştirmiştir.

Mahkemenin 2005 yılında verdiği Siliadin / Fransa¹¹ kararında, başvuru 15,5 yaşındayken Fransa'ya geçici süreliğine gelen ancak daha

⁸ Bu Sözleşme, II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler sistemine uyumlu hale getirilmek üzere, 1953 yılında, “Kölelik Sözleşmesini Değiştiren Protokol” ile son halini almıştır. Bilgi için bkz. ŞAHİN, Sultan / POLAT, Oğuz, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S. 16, s. 58.

⁹ DOĞAN / ÖZDEMİR, s. 393, 394.

¹⁰ *ibid.*, s. 395.

¹¹ AİHM Kararı, BN. 73316/01, KT. 26.07.2005. Kararın tam metni için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>, ET. 31.03.2014.

sonradan oturma izni bitmesine rağmen geri gönderilmeyen bir kız çocuğudur. Başvurucu, göçmen statüsüne sokulmak için gerekli işlemlerin yapılması karşılığında sürekli olarak ve ücretsiz bir şekilde çalışır hale gelmiş, pasaportu da kendisinden alınmış, daha sonra yanında kaldığı kişinin yakın bir arkadaşı olan başka bir şahsa geçici süreliğine gönderilmiş, nihayet; başvurucu, burada da sürekli hizmetçi olarak kalmaya başlamıştır. Daha sonra başvurusunun olayı yakın bir komşusuna anlatması sonucunda konu ilgili makamlara aksettirilmiş, başvurusunun yanlarında fiili olarak çalıştıkları kişiler hakkında kamu davası açılmış, bu kişilere verilen cezalar paraya çevrilmiş, ayrıca açılan tazminat davasından da belli bir miktar para almış, ancak başvurucu, kendisinin ev içi kölesi olarak çalıştırılmasına yeterince etkin engel olunmadığı iddiası ile Fransa aleyhine AİHM.'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, her ne kadar başvurusunun özel durumundan haksız yere faydalanılmak suretiyle 4. maddenin ihlal edildiğine karar verse de, özellikle başvurusunun yanında kaldığı kişilerin, onun üzerinde bir mülkiyet hakkı kurduklarına dair delillerin var olmamasından dolayı, iddiaların tek başına başvurusunun köle olarak çalıştırıldığı anlamına gelmediğine kanaat getirmiştir. Ancak mahkeme, bu kararda hangi fiillerin kölelik kapsamında sayılacağı konusunda yeterince ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmamıştır. Sadece, bu karardan yola çıkarak şu söylenebilir: Mahkemenin bir fiili kölelik yasağını ihlal eden bir davranış olarak görebilmesi için en önemli kriter, kişi üstünde mülkiyet hakkının içerdiği yetkilerin tamamının veya bir kısmının kullanılıp kullanılmadığı, başka bir deyişle, kişinin bir mal haline indirgenip indirgenmediğinin tespitidir.

(c) Kulluk Yasağı

Hem zorla çalıştırma yasağından hem de kölelik yasağından farklı olarak, kulluk yasağı, herhangi bir sözleşmede veya başka bir mevzuat içerisinde tanımlanmamış bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavramın ne anlama geldiği, ancak AİHM.'nin kararlarından anlaşılabilir. Bu bahisle, kulluk yasağının tartışıldığı mahkeme kararları kronolojik olarak incelenmiş ve şu tespitlerde bulunulmuştur:

Mahkemenin, kulluk yasağının kriterlerini belirlediği ilk karar 1982 yılında vermiş olduğu VAN DROOGENBROECK / BELÇİKA kararıdır¹². Suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş olan başvuru, kamu gözetiminde tutulduğundan dolayı, idarenin kaprislerine tabi kaldığını; bunun da “kulluk” olarak değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla da sözleşmeye aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, kişinin bu iddiasını reddederken, *ancak özgürlüğün çok ağır bir suretle ihlal edilmesi halinde bunun kulluk olarak kabul edilebileceğini*, olayda da böyle bir durumun söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla mahkemenin kulluk ile ilgili vermiş olduğu ilk kararda değerlendirme kriteri, özgürlüğün ağır ihlali olarak belirlenmiştir.

Mahkeme kulluk yasağını daha sonra, kölelik konusuna değinirken incelediğimiz Siliadin / Fransa kararında daha ayrıntılı olarak ele almış, burada kulluk kavramının tanımını ve özelliklerini ilk kez derinlemesine irdelemiştir. Mahkemeye göre kulluk, *bir kimsenin başkasına hizmet sunma yükümlülüğü olarak değerlendirilir ve kölelik ile bağlantılıdır*. Mahkeme değerlendirmesine göre, kulluğu kölelikten ayıran unsurlar, kullukta; *ancak kişinin bu hizmeti iradesi ile yapmaması, buna mecbur hissetmesi ve bu mecburiyetin sona ereceğine dair herhangi bir umudun olmaması, nihayet bu mecburiyet ve umutsuzluk hissini uzun bir süreden beridir devam ediyor olması* şartlarını taşımasıdır.

Dolayısıyla kanımızca; gerek kölelik, gerek kullukta; karşıdakine hizmet etme yükümlülüğünün hizmet edende bulunması durumu söz konusu iken, aradaki fark hizmet edeni bu yükümlülük düşüncesine iten nedenlerden kaynaklanmaktadır. Kölelikte bu hizmet yükümlülüğü bir şiddet veya şiddet tehdidinden kaynaklanıyorken, kullukta kişiyi hizmet yükümlüsü olduğuna inandıran neden, şiddet değil umutsuzluktur ve uzun zamandan beridir var olan bu umutsuzluk, çözülecek gibi de

¹² AİHM Kararı, BN. 7906/77, KT. 24.06.1982. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=53>, ET. 31.03.2014.

görünmediğinden kişi mecburen kendini var olan durumda hizmet etmeye yükümlü hissetmektedir.

Mahkeme kararlarına bakarak bu şekilde ayrıma tabi tutabildiğimiz kulluk – kölelik ayrımı, doktrinde farklı şekilde; muamelenin kişide yarattığı etki değil de, kişinin hukuki niteliğine göre de değerlendirilmiştir. Buna göre *kölelikte*, birey her türlü haktan yoksun bir biçimde “mal” veya “meta” olarak görülüp, eşya gibi alınıp satılırken, *kulluk*, bireyin bir borç karşılığında ya da toprak mülkiyetine bağlı olarak, süresiz ve kendisinin son veremeyeceği bir bağ altında hizmet vermesi olarak tanımlanmaktadır¹³.

Birbiri ile çok yakın anlamlara gelen bu üç kavramdan ikisinin arasındaki fark da böylece açıklanmaya çalışılmıştır. Zorla çalıştırma yasağının kulluk veya kölelikten farkı ise, kişinin kendinin zorla çalışması gerektiğine yönelik olarak ortaya çıkan düşüncesinin, uzun zamandır ortada olan umutsuzluktan ziyade parasal veya hürriyeti bağlayıcı ceza gibi, fiziksel şiddetten farklı bir yaptırımla karşı karşıya kalma tehdidinden kaynaklanmasıdır.

3. Zorunlu Çalışma Yasağı Kavramı

AİHS. m.4'te ikinci fıkrada düzenlenen normda, “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Cümlenin lafzından yola çıktığımızda, “zorunlu çalışma” kavramının, madde başlığında geçen zorla çalıştırma yasağından farklı bir anlama geldiğini düşündürmektedir. Her ne kadar, aynı maddenin 3. fıkrasında istisnalar sayılırken “Aşağıdaki haller “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmazlar” demek suretiyle bu kavramların birbirinden çok da derin boyutta anlamsal farklılıklarının olmadığı ve fakat ince bir nüansın bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemenin de paralel bir düşünceye sahip olduğu, verdiği kararlar ile sabittir. Nitekim AİHM.’nin 1983 yılında vermiş olduğu Van Der Musselle / Belçika kararında bu iki kavramın aynı anlamı ihtiva

¹³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 215.

etmediği açıklanmış, zorla çalıştırma ile, *bir kimsenin ceza tehdidi altında yapılması istenen ve kişinin, kendi iradesine rağmen yerine getirdiği, başka bir deyişle kendi iradesiyle yapmadığı çalışmanın kastedildiği* ifade edilmiştir¹⁴. Ancak mahkeme, Iversen / Norveç kararında zorunlu çalıştırma hususunu değerlendirmiş, bir çalışmanın “zorunlu çalışma” olarak değerlendirilebilmesi için, bu işin kişinin kendi iradesine rağmen gördürülmesinin yanında; adaletsiz yahut çok zahmetli, gereksiz şekilde ağır veya onur kırıcı olması gerektiğine karar vermiştir¹⁵.

Dolayısıyla mahkemenin yorumundan da yola çıkıldığında, belirtildiği üzere arada çok ciddi bir ayrımın olmadığını ancak *zorunlu çalışmanın* cezai tehdit yanında kişide ek külfetler meydana getirecek derecede ağır bazı şartları da içeren bir kavram olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak mahkemenin önümüzdeki dönemlerde vereceği kararlarda bu ayrıma daha fazla dikkat çekilmesi ve teorik olarak birbiri ile aynı fıkrada kullanılarak “veya” bağlacı ile ayrı anlamlar ifade ettiği belirtilen bu iki kavramın arasındaki farkları ortaya koyması beklenmektedir.

4. “Angarya Yasağı” Kavramı

(a) Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, zorla çalıştırma yasağı, AİHS’nde kölelik kavramı ile beraber kullanılmış, maddenin iç metninde de ayrıca kulluk yasağından bahsedilmiştir. AİHS ile Anayasamızın birbirlerine uyumlaştırılması gayesi ile zorla çalıştırma yasağı, 1982 Anayasasının 18. maddesinde “Angarya Yasağı” ile birlikte yer almış¹⁶ ancak madde metninde “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*” demek

¹⁴ AİHM Kararı, BN. 8919 / 80, KT. 23.11.1983. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=74>, ET. 08.04.2014.

¹⁵ Kararın orijinal veya çevri metnine tüm taramalara rağmen ulaşamamış olup, bu kararlar ilgili bilgilendirme için bkz. **GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ**, *AİHS ve Uygulaması*, s. 217.

¹⁶ Angarya yasağı, 1961 Anayasasında 42. maddede Angarya yasağına yer verilmiş ancak burada bir tanıma yer verilmemle beraber, zorla çalıştırma yasağı da bu metinde yer almamıştır.

suretiyle sadece zorla çalıştırmanın ve angaryanın yasak olduğu hükümlerine yer verilmiş, angarya yasağının tanımına ayrıca bir yer verilmeyerek AİHS’ ndeki düzenlemeye paralel olarak, sadece hangi hallerin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Dolayısıyla “Angarya Yasağı” kavramının ne olduğunun anlaşılması ve bu kavramın zorla çalıştırma yasağından farkının ortaya konması, kavramsal kargaşanın ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır.

(b) Angarya Yasağının Anlamı ve Zorla Çalıştırma Yasağından Farkı

Daha önceden belirtildiği üzere, Angarya yasağı, AİHS kapsamında yer almış bir kavram olmadığından ve sadece Anayasamızda düzenlendiğinden, nihayet Anayasamızda bunun ne anlama geldiğine dair herhangi bir tanım da söz konusu olmadığından, angarya yasağı kavramının mahiyetini ve zorla çalıştırma yasağından farkını öğrenebileceğimiz kaynaklar, Anayasa Mahkemesi kararları, doktrinde bu konudaki yapılan çalışmalar ve tabii ki, Anayasanın gerekçesidir.

Gerçekten de Anayasa metninde angarya yasağının ne olduğu konusunda bir tanımlamaya yer verilmemiş olsa da, Anayasanın 18. maddesinin gerekçesinde, angaryanın tanımı şu sözlerle yapılmıştır: “*Angarya, kişinin; emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır.*”¹⁷ Ancak, bu tanımlama, nedense madde metninin kendisine yansımamıştır.

Gerekçede de ifade edildiği üzere, angarya kavramı da aslında bir nevi zorla çalıştırmadır ancak kavramsal olarak zorla çalıştırmadan farkı, iradeye bağlı olmayan bu çalışma sonucunda emeğinin karşılığını dahi ücret olarak alamamaktır. Başka bir deyişle, her iki kavram da kişinin kendi rızası ve isteği olmadan çalışmaya mecbur kılınması anlamı taşımakla beraber, zorla çalıştırmada bir ücret ödenmesi söz konusu iken,

¹⁷ ÖZER, Attila, Gerekçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası, Lazer Ofset, Ankara, 1996, s. 92.

angarya durumunda emek karşılıksız kalır¹⁸. Anayasanın 18. maddesinde zorla çalıştırma yasağına bazı istisnalar getirilmesine, başka bir ifade ile bazı hallerin zorla çalıştırma olarak kabul edilmemesine karşın, angarya yasağına ilişkin hiçbir istisnaya yer verilmemesinin nedeninin de, karşılığı verilmeden bir külfete tabi tutulmanın, Anayasa koyucu tarafından kesin bir şekilde yasaklanması olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde önüne gelen bir davada, bu kavramsal ayrıma dikkat çekmiş ve o dönem 42. maddede düzenlenen “*Angarya Yasaktır*” şeklindeki kesin hükümden hemen sonra, *zaruri durumlarda memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden ve fikir çalışmalarının şekil ve şartlarının, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenleneceğinin belirtilmesini* zorla çalıştırma yasağı ile angaryanın aynı anlamlara gelmeyeceği görüşünü desteklediğini savunmuştur²⁰.

Yine Anayasa Mahkemesi, aynı dönemde yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde işçiye fazladan çalıştığı dönemde ilk bir saatin ücretinin verilmeyeceği hükmünü angarya kabul ederek bu yasa maddesinin Anayasaya aykırı olduğundan bahisle İPTALİNE karar vermiştir²¹. Kanımızca, bu kararda Anayasa Mahkemesi, bir saat için dahi olsa işçiye emeğinin karşılığının verilmemesini hukuka aykırı bularak, Anayasada angaryanın hangi hal ve şart altında olursa olsun kesinlikle yasak olduğu ve fakat zorla çalıştırmanın belli durumlarda Anayasaya aykırı olmayacağı noktasındaki tavrını kesin bir şekilde ortaya koyduğunu göstermektedir.

¹⁸ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2013, s. 167. Aynı yöndeki görüş için bkz. DEMİR, Fevzi, *Anayasa Hukuku*, İzmir, 2012, s. 367.

¹⁹ ibid., s. 168, 169.

²⁰ ANAYASA MAHKEMESİ, E. 1963 / 358, K. 1964 / 17, KT. 06.03.1964. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/53447c92-17eb-4e18-9ebd-ed453fa08d20?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 04.04.2014.

²¹ ANAYASA MAHKEMESİ, E. 1963 / 172, K. 1963 / 224, KT. 21.10.1963. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c81c3917-694e-4f31-9968-b4c637705c26?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 04.04.2014.

1982 Anayasası döneminde, angarya yasağı “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlıklı 18. maddenin içinde yer almış, yapılan araştırmalara göre, bu Anayasa döneminde angarya yasağının tanımına, Anayasa Mahkemesi’nin sadece 2013 yılında verdiği bir kararda²² yer verilmiştir. Bir soyut norm denetimi olarak mahkemenin incelediği bu davada Anayasa Mahkemesi, angaryayı, “*bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma*” şeklinde tanımlanmıştır.

12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen referandum sonrasında Anayasamızın Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde çeşitli değişikliklere gidilmiş, bu kapsamda maddeye eklenen fıkra ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı getirilmiştir²³. İşte bu düzenlemeden sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun önü açılmış mahkeme de 2013 yılında önüne gelen bir davada²⁴, 1982 Anayasası döneminde “Angarya Yasağı” konusunu ilk kez bir bireysel başvuru yoluyla masaya yatırmıştır.

Davaya konu olayda, Avukat olan başvuru, Yıldız Teknik Üniversitesi Bütçe Dairesinin 2003 yılı hesabının yargılanması sırasında Sayıştay 5. Dairesince 25.12.2007 tarihinde yapılan yargılamada 1021 sayılı ilamla başvuruçunun müvekkili O. S. hakkında sebep olunan kamu zararının kendisine ödettilmesi (tazmin edilmesi) kararı verilmesi sonrası kanun yollarına başvurmuş ve nihayet yapılan yargılama sonunda Sayıştay Temyiz Kurulu, 5. dairesinin aldığı ilk kararın hukuka aykırı olduğuna karar vermiş; ancak bozma kararında herhangi bir vekâlet ücretine hükmetmemiştir. Başvuruçucu da, *hükümünün bozularak müvekkili lehine karar verilmesine rağmen kendisi lehine vekâlet ücreti ödenmesine karar*

²² ANAYASA MAHKEMESİ, E. 2011 / 150, K. 2013 / 30, KT. 14.02.2013. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb9ea62a-3e48-4c9f-8738-95ef53e3daf5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 14.12.2014.

²³ AY. m. 148/3: “(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

²⁴ ANAYASA MAHKEMESİ, 2. BÖLÜM, BN. 2012 / 615, KT. 21.11.2013. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/baceaf71-f4ee-4482-9da6-13018a0c13f6?wordsOnly=False>, ET. 16.12.2014.

verilmemesi nedeniyle Anayasa'da yer alan Angarya yasağının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede fiilin Angarya içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin değerlendirmede bulunurken, üstte anılan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yaptığı tanıma atıfta bulunmuş ve bir fiilin Angarya yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma olmasının zorunlu olduğunu ve yapılan çalışma vekâlet sözleşmesi gereği ifa edildiğinden zorla çalıştırma yasağı yönünden bir müdahalenin bulunmadığı açık olduğundan bu durumun Angarya kapsamında sayılamayacağına karar vermiştir.

Her iki kararda da somut olayın Angarya yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmış ise de, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin gerek somut / soyut norm denetimi yoluyla gerekse bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davalarda, Anayasamızın 18. maddesinde iç içe yer alan bu iki kavramın birbirinden farkı ile ilgili açık bir tartışmaya yer verdiği bir karara rastlanılamamıştır.

Ancak 1961 Anayasası döneminde verilen bu kararlar, bu kavramlar arasındaki temel farklılık ve zorla çalıştırma yasağına göre angaryanın her hal ve şart altında hukuka aykırı olacağına ilişkin ilkeyi kanımızca yeteri kadar ortaya koymaktadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra, zorla çalıştırma yasağının; kulluk yasağı, kölelik yasağı ve angarya yasağı ile bağlantılı olduğu ve yakın anlamlar taşıdığı söylenebile, bu kavramlardan farklı olduğu, kendine özgü özellikler taşıdığı, kulluk ve kölelik yasağı gibi çalışma zorunluluğu düşüncesinin başkasından değil de bizzat kendisinden kaynaklanması ve fiziksel şiddet dışında - örneğin hürriyeti bağlayıcı ceza gibi - bir yaptırıma tabi tutulma korkusuyla çalışma zorunluluğundan kaynaklandığı söylenebilir. Yine angaryadan farklı olarak zorunlu çalıştırma yasağında kişi emeğinin karşılığını alsa bile, psikolojik nedenler dolayısıyla bunun devamlılığı kişiye eza vermekte ve bazı durumlarda bu yasağa istisnalar getirilebilmektedir.

Zorla çalıştırma yasağı, bu açıklamalar çerçevesinde kavramsal temellere oturtulmaya çalışılmıştır. Ancak zorla çalıştırma yasağının tam olarak anlaşılabilmesi için, tarihsel süreçte de ne aşamalardan geçtiğini kronolojik olarak incelemenin, çalışmamızın verimliliği açısından daha da faydalı olacağı kanaatindeyiz.

C) ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞININ TARİHÇESİ

Zorla çalıştırma yasağının bilinen insan hakları belgeleri içinde ilk zikredilişi, 1215 yılında imzalanan kişi hürriyetinin sınırlarını genişleten ilk adım olarak kabul edilen²⁵ Magna Carta Libertatum²⁶, a rastlamaktadır. Her ne kadar bu bildirinin, İngiliz soyluları ile İngiliz Krallığı arasında, kralın yetkilerini sınırlandırmak ve soyluların haklarını korumak amacıyla imzalanan bir sözleşme olduğu söylenmekte²⁷ ise de, sözleşmenin 16. maddesinde yer alan “*Hiç kimse, asilzadelerin ücreti için ya da diğer herhangi bir kiralık arazi için gerekli olandan daha fazla hizmet vermeye zorlanamaz.*”²⁸ ifadesi, zorla çalıştırma yasağının temellerinin kanımızca bu tarihte atıldığını göstermektedir.

Sonrasında Avrupa’da ortaya çıkan aydınlanma akımı ve buna bağlı olarak gelişen Rönesans ve reform hareketlerinin ortaya çıkardığı özgürlük akımı²⁹, Avrupa’dan Amerika kıtasına sıçramıştır. Dolayısıyla gerek 1776 yılında imzalanan Virginia İnsan Hakları Bildirisi³⁰, gerekse bu bildiri temelinde ortaya çıkan Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

²⁵ KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.51.

²⁶ Magna Carta Özgürlük Bildirisi olarak Türkçe’ mize çevrilmiş olup tüm insan hakları kitaplarında bu çeviri kullanılmaktadır.

²⁷ GÖREN, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 8; ÇAĞAN, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 13. Makalenin tamamı için bkz. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1980-37-01-04/AUHF-1980-37-01-04-Cagan.pdf>, ET. 04.04.2014

²⁸ Bu hüküm ve Magna Carta Özgürlük Bildirisi’ nde yer alan diğer normlar için bkz. http://tr.wikisource.org/wiki/Magna_Carta_Libertatum, ET. 04.04.2014.

²⁹ Bu süreci, düşünürler ile sistematik olarak incelemek için bkz. MUMCU, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992, s. 43 – 50.

³⁰ Bildiri maddelerinin Türkçeye çevrilmiş halleri ve daha fazla bilgi için bkz. <http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776>, ET. 05.04.2014.

Anayasası³¹ insan hak ve özgürlükleri konusunda büyük gelişmeler sağlamış ise de bu iki temel insan hakları belgesinde zorla çalıştırma yasağına ilişkin herhangi bir ibareye rastlanmamıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin yazılı bir Anayasa ile pozitif hukuka girmesi, tarihi süreçte, Anayasa yapım sürecinde yukarıda da bahsedildiği üzere en başından itibaren fikirsel etkiye sahip olan Fransa'da halk ayaklanmasına neden olmuş ve bu halk ayaklanması Fransız İhtilali ile sonuçlanmıştır. Bu ihtilal ile beraber, ABD. Anayasası ile temelleri atılan insan hakları ve özgürlükleri artık Avrupa'da da büyük harflerle konuşulmaya başlanmış ve kapsamının genişletilmesi sağlanmıştır³². Yapılan ihtilal sonucunda Fransa'da 27 Ağustos 1789 tarihinde, “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi” adı verilen ve o ana kadar insan hakları ile ilgili savunulan fikirlerin kapsamını daha da genişleten ve daha sonraki yüzyıllarda çıkarılacak temel insan hakları belgelerine esin kaynağı olan belge imzalanmıştır³³.

Bu bildiride de, doğrudan doğruya zorla çalıştırma yasağından bahsedilmemiş ise de, bildiride yer alan iki maddenin, konumuz açısından tarihi sürece kaynaklık ettiği düşünülmektedir. Buna göre, bildirinin 2. maddesinde “*Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.*” ifadesine yer verilerek, özgürlük ve baskıya karşı direnme hakkı; dokunulmaz birer temel hak olarak ifade edilmiştir. Bildirinin 5. maddesinde ise, “*Yasaların yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve kimse yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya da zorlanamaz.*” ifadelerine yer verilmiştir³⁴. Bu iki hüküm

³¹ ABD Anayasası hakkında genel bilgi ve Anayasanın maddelerinin Türkçeye çevrilmiş hali için bkz. <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, ET. 05.04.2014.

³² MUMCU, s. 67.

³³ *ibid.*, s. 67.

³⁴ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde bulunan bu hükümler ve diğer hükümler için bkz.

birlikte değerlendirildiğinde, bir yasa hükmü olmaksızın bir kişinin zorla çalıştırılması halinde; bu tavır bir baskı niteliğinde olacağından ve kişinin çalışmama özgürlüğüne yasal nedenler olmaksızın müdahalede bulunulduğundan, o kişinin çalışmaya zorlanamayacağı ve zorlandığı takdirde de direnmeye hakkı olduğu hususunun ilk kez Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile dolaylı da olsa güvenceye kavuşturulduğu söylenebilir.

XX. yy. dönemini incelediğimizde ise, hem insan haklarının ve özgürlüklerinin hem de uluslararası hukuk kavramlarının kanımızca anlamsızlaştığı bir dönem karşımıza çıkmaktadır. Zira, bu dönemde, biri liberalizmin getirdiği sanayileşmenin ve emperyalizmin etkisi ile biri de özgürlükleri tekrar kazanmak gayesi ile olmak üzere iki çok uluslu savaş yaşanmıştır.

Özellikle de bu iki savaş arasında ortaya çıkan ve insan hakları kavramını tamamen rafa kaldıran faşizm³⁵ ve komünizm³⁶ rejimleri ve sonrasında patlak veren II. Dünya savaşı sırasında insan haklarının sadece bir kavramdan ibaret olduğunu anımsatan uygulamalar, savaşlardan

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi, ET. 05.04.2014.

³⁵ Dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda faşizm; bireysel, siyasal ve sosyal özgürlükleri ve insan haklarını, devlet adına yurttaşlardan esirgeyen, genelde aşırı milliyetçi çizgiye dayanarak demokrasiyi inkar eden bir rejim olup Almanya'da Hitler tarafından uygulanarak en kanlı tarihini geçirmiştir. Geniş anlamdaki faşizm ise, insan haklarını ve özgürlüklerini inkar eden totaliter sistemlere verilen genel bir addır. Bu ayrımın ayrıntıları ve faşizm rejiminin insan hakları bakımından ortaya çıkardığı sakıncalarla ilgili örnek ve eleştiriler için bkz. **MUMCU**, s. 91, 92. Faşizmin ilk ve en belirgin şekilde uygulandığı İtalya'da, kişinin devlet yararına işlem yapan bir araç olarak belirlenmesi, böyle bir düzen içinde kişi hak ve özgürlüklerinden söz etmenin ne denli güç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bilgi için bkz. AKIN, İlhan F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s.9.

³⁶ Demokratik sosyalizm rejimlerinin tümünü reddeden sosyalist rejimlere verilen genel isim olarak tanımlanmaktadır. Stalin tarafından Sovyetler Birliği'nde bir dönem uygulanan bu sistem bir dikta yönetimi şeklinde uygulanmıştır. Ancak ucuz işgücüne dayanan bu sistem, pratik hayatta insan haklarıyla bağdaşmayan şekillerde hala dünyanın bazı bölgelerinde (Çin ve Küba) uygulanmaya devam etmektedir. Bu rejimin genel sistematiği ve eleştirisi için bkz. **MUMCU**, s. 93.

yorulmuş ve usanmış uluslararası camiada yeni ve beyaz bir sayfa açma isteği uyandırmış, kanımızca insan haklarının tarihi, bu sıfır noktasından sonra ani bir sıçrama yaşamıştır.

Bu sıçramadaki en büyük pay sahiplerinden biri hiç şüphesiz Birleşmiş Milletler ve bu kurumun en önemli eseri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Ancak çalışmamızın esaslı konusunu oluşturan zorla çalıştırma yasağının uluslararası belgelerdeki en önemli gelişim, bu yasağın tanımının yapılıp sınırlarının çizildiği 29 Nolu ILO Sözleşmesi'nin imzalanması ile yaşanmıştır³⁷.

Bu sözleşme konumuz açısından en önemli sıçrama olarak kabul edilebilirse de, hiç şüphesiz; yukarıda da bahsedildiği üzere, zorla çalıştırma yasağını da kapsayacak şekilde insan haklarının korunması ve tüm uluslar tarafından güvenceye kavuşmasındaki en önemli aktör, savaş sürerken kuruluş hazırlıklarına başlanan örgüt, Birleşmiş Milletler Örgütü'dür. II. Dünya Savaşı'nın, Avrupa'da sona erdiği tarih olan 8 Mayıs 1945'ten çok kısa bir süre sonra 25 Haziran 1945 tarihinde resmen bir antlaşma ile kurulmuştur³⁸. Bu kuruluş antlaşmasının başlangıcında amaçlar arasında sayılan barışa yönelik cümleler, dünya barışının ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması noktasındaki politikaların bundan sonra yeni bir evreye girdiğini göstermektedir³⁹. Gerçekten de XX. yy hukuk düzenine baktığımızda, başta anayasalar olmak üzere, insan haklarının

³⁷ Ancak üzülecek söylemek gerekir ki, 6 Haziran 1930 tarihinde ILO Tarafından kabul edilen bu sözleşmenin Türkiye'de uygulanabilir olduğu tarih 23 Haziran 1998'dir. Bu sözleşmenin çevirisi konusundaki eleştiriler için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt – I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 846. O tarihli Resmi Gazete sayısı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23381.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23381.pdf>, ET. 07.04.2014.

³⁸ MUMCU, s. 98.

³⁹ Bu antlaşmanın başlangıç hükümlerinde, “*Biz Birleşmiş Milletler Halkları, ... Temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerlerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yinelemeye, ... daha geniş anlamda toplumsal ilerlemeyi... sağlamaya, ... kararlı olarak... Birleşmiş Milletler adıyla bir örgüt kurduk*” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadeler ve kuruluş antlaşmasına ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. **ibid.**, s. 99.

pozitif hukukun konusu haline getirilmesi eğilimi yaygınlaşmış ve temel haklar sistematik bir biçimde düzenlenmeye başlamıştır⁴⁰.

Ancak bu kuruluş ilkeleri sadece hayal aşamasında kalan ilkeler olmakla kalmamış, gerçekten sonraki faaliyetleri, özelde de bu konuda bünyesindeki ülkelerin ortak iradesi ile oluşan antlaşmalar sayesinde, Birleşmiş Milletler, (BM.) insan haklarının gelişmesinde kanımızca en önemli kuruluş olmuştur.

Bu antlaşmalar arasında birisi var ki, konumuz bakımından en fazla üstünde durulması gereken antlaşma niteliğindedir: 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen, “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.” Bu aslında, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin tamamlayıcısı şeklinde yorumlanmış⁴¹, yani temelde esas itibariyle o bildiriye tanınan haklar ile benzer şekilde düzenlenmiş olmakla beraber, bu hakları daha da geliştirmiş ve özelde de insan haklarının modern evrensel hukuk boyutuna taşınmasının en önemli yapı taşlarından birisi olmuştur.

Zorla çalıştırma yasağının ana ilkeleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde (İHEB) ilk kez kendine yer bulmuştur. Bu bildirinin 23. maddesinde zorla çalıştırma yasağı açık bir şekilde zikredilmese de, 1. fıkrada yer alan; “*Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.*” hükmü⁴²;bu yasağın ilk kez - hem de evrensel olarak kabul edilen - bir uluslararası belgede yer aldığını göstermektedir. Zira, kanımızca insanın işini serbestçe seçme ve adaletli ve elverişli koşullarda çalışma hakkı, adaletli olmayan ve elverişsiz koşulların yaşandığı bir çalışma ortamından serbestçe çekilebilme, başka bir deyişle bu şartlardaki bir işte çalışmama hakkını da beraberinde getirmektedir.

⁴⁰ KALABALIK, s. 66.

⁴¹ MUMCU, s. 100.

⁴² Bu hüküm ve İHEB ile ilgili tarihsel ve içeriksel bilgilendirme için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, ET. 07.04.2014.

Bu büyük sıçramadan sonra, insan hakları konusu evrensel düzlemde oldukça yüksek sesle tartışılmaya başlanmış, kanımızca bu sürecin de etkisi ile 1957 yılında ILO; 105 Nolu Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması sözleşmesini kabul etmiştir. Buna göre her üye devletin 1930 tarihli ve 29 Nolu ILO Sözleşmesi hükümleri saklı kalmak koşulu ile İHEB'nde yer alan ilkelere aykırı olan tüm zorla çalıştırma hükümlerini yürürlükten kaldırdıktan sonra, insanları cezalandırma muhalefeti susturma ve sair siyasal veya ırksal nedenlerle kimsenin zorla çalıştırmaya tabi tutulamayacağı ilkesi kabul edilerek yasağın kapsamı ve sınırları biraz daha genişletilmiş, zorla çalıştırma yasağına karşı kişiler daha fazla güvenceye kavuşmuştur⁴³.

XX. yüzyılda kabul edilen bu antlaşmaların – İHEB de dâhil – hepsinin temel sıkıntısı, antlaşmaya taraf ülkelerin herhangi bir şekilde bu antlaşmanın ana ilkelerine aykırı hareket etmeleri halinde herhangi bir müeyyide ile karşı karşıya kalmamalarıdır. Yani taraf devletler insan hak ve özgürlüklere ilişkin bu antlaşmalardaki maddelere uymayı taahhüt etmiş iseler de, bu sözleri yerine getirip getirmemek deyim yerindeyse onların insafına kalmıştır.

İşte insan hakları konusunda uluslararası bir organizasyon olan Birleşmiş Milletler, bu konudaki en büyük adımı atmış ise de, bu hak ve özgürlüklerin düşünsel düzeyde doğduğu yer olarak kabul edilen ve önce Ortaçağdaki bahsettiğimiz o karanlık dönemde sonrasında da özellikle II.

⁴³ 105 Nolu ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesinde bu haller şu şekilde ifade edilmiştir: *“Milletlerarası Çalışma Teşkilatının bu Sözleşmeyi onayan her üyesi, cebri veya mecburi çalıştırmayı menetmeyi ve, Siyasi bir cebir veya eğitim tedbiri olarak veya muayyen siyasi fikirlere sahip olan veya bu fikirlere beyan eden şahıslara veya kurulu siyasi, iktisadi veya içtimai nizama karşı ideolojik bakımdan muhalefetlerini izhar eden kimselere bir ceza olarak, İktisadi gelişme gayesiyle el emeğini seferber etme ve el emeğinden faydalanma metodu olarak, Çalışma disiplini olarak, Grevlere iştirak etmiş olmayı tecziye tedbiri olarak, Irki, içtimai, millî veya dini bir tefrik vasıtası olarak, Hiçbir şekilde cebri veya mecburi çalıştırmaya başvurmamayı taahhüt eder.”*

Dünya savaşı sırasında bu hakların çokça kez ayaklar altına alındığı Avrupa kıtasında da, aynı acıların tekrar yaşanmaması için adımlar atılmış, ilkin ülkeler arası kalıcı barışı garanti altına almak için Avrupa Kömür ve Çelik Teşkilatı (AKÇT) Antlaşması imzalanmış ve Avrupa'da ekonomik birliğin temelleri böylece atılmış, sonra da, Avrupa Konseyi kurulmuştur. Avrupa Konseyi'nin kuruluş amacı, üye ülkelerin barışı, gerçek demokrasiyi, bireysel ve siyasal hak ve özgürlükleri kendi aralarında korumak ve geliştirmek için sürekli iş birliği yapmak şeklinde açıklanmıştır⁴⁴. İşte her bir kurucu üyesi aynı zamanda BM. üyesi olan bu kuruluş, BM. sistemindeki karar alma mekanizmalarında meydana gelen sorunlardan dolayı, bu örgüte alternatif olarak kurulmuş ve daha da geniş kapsamlı bir yapıya kavuşmuştur⁴⁵. Konseyin temel hakları koruma noktasındaki temel felsefesine uygun olarak gerçekleştirdiği en önemli sözleşme de tüm dünyada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak bilinen ve bu adla anılan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir⁴⁶. Bu sözleşmenin en önemli özelliği, BM. bünyesinde çıkartılan İHEB dahil tüm sözleşmelerdeki yaptırım eksikliğini ortadan kaldırmasıdır. Sözleşmenin 19. maddesinde, bu sözleşmeye ve ek protokollere taraf devletlerce kabul edilen taahhütlere uyup uymadıklarını denetlemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kurulması kararlaştırılmış⁴⁷, aynı sözleşmenin 41. maddesinde mahkemenin; sözleşmeye taraf devletin, sözleşme ile korunan temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği sonucuna varılırsa taraf devleti, hakkaniyete uygun bir tazminat ödemeye mahkûm edeceği belirtilerek yaptırım öngörülmüş⁴⁸, nihayet sözleşmenin 46. maddesi ile de

⁴⁴ MUMCU, s. 106.

⁴⁵ *ibid.*, s. 106, 107.

⁴⁶ Çalışmamızda da doktrin ve uygulamaya paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ifadesi kullanılacaktır.

⁴⁷ Sözleşmenin 19. madde metni şu şekildedir: “İşbu Sözleşmeye ve Protokollerine Yüksek Taraf Devletlerce kabul edilen taahhütlere uyulmasını sağlamak amacıyla, aşağıda "Mahkeme" olarak anılacak bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulur. Mahkeme daimi olarak görev yapar.”

⁴⁸ Sözleşmenin bu maddesinde, “Mahkeme işbu Sözleşme veya Protokollerin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Taraf Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen

mahkemenin kararlarının bağlayıcılığı konusunda özel hüküm konmuş ve devletlerin, mahkemenin nihai kararlarına uyacakları hususu düzenlenmiştir⁴⁹.

Bu üç fıkra birlikte değerlendirildiğinde, Avrupa Konseyi'ne üye olan ve bu sözleşmeye taraf olan devletlerin, sözleşme ile bağlı olacakları anlaşılmaktadır. Bu da sözleşmeye taraf devletlerce, mahkeme sayesinde insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığını bize göstermektedir.

İç hukuk bakımından; devletin insan haklarını çiğnemesinden dolayı “davalı” olarak yargı önüne çıkartılması, idari yargının temel felsefesi olup hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen olduğu demokratik ülkelerde doğal bir durum olmakla beraber, insan haklarının çiğnenmesinden dolayı devletin uluslararası yargı önüne çıkarılması ve uluslararası adaletin ulusal adalete benzetilmesi hususu ancak AİHS ile mümkün olabilmiştir⁵⁰. Bu nedenle, AİHS ile getirilen bireysel başvuru hakkı, sözleşmenin belkemiği olarak nitelendirilmiş ve diğer sözleşmelere göre AİHS'nin önemi burada karşımıza çıkmıştır⁵¹.

AİHS'nde 4. maddede, ilk kez bağlayıcı olan bir sözleşmede “Zorla Çalıştırma Yasağı”ndan bahsedilmiştir. Madde hükmünde, bu kavramın tanımlanmasından kaçınılmış ise de yasağa belli istisnalar getirilmek sureti ile, bu istisnalar dışında kalan hallerin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirileceği düşünülmektedir.

telaflı edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmedeceği” hüküm altına alınmıştır.

⁴⁹ Sözleşmenin 46. maddesi bu hususu iki fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada, “Yüksek Taraf Devletler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt ederler.” denirken, sözleşmeye taraf ülkenin, mahkemenin verdiği kararı uyguladığının sağlanmasının yapılması, böylece kontrol mekanizmasının sağlanlaştırılması için, ikinci fıkrada şu hükümlere yer verilmiştir: “Mahkemenin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011, s. 313.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku*, s. 314.

Ancak ILO Sözleşmesi ve AİHS hükümlerine paralel olarak, 1966 yılında kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 8/3. maddesi hükmünde, her iki sözleşmeye paralel olarak, zorla çalıştırma yasağının “neleri kapsamadığı”; başka bir deyişle zorla çalıştırma yasağı içinde sayılamayacak haller düzenlenerek BM kapsamında da zorla çalıştırma yasağına karşı koruma sağlanmıştır.

Kanıımızca, bu düzenleme ile beraber, artık günümüzde zorla çalıştırma yasağının 29 ve 105 nolu ILO Sözleşmeleri, İHEB ve AİHS ile koruma altına alındığı ve böylece hem bu sözleşmelere taraf olan tüm devletlerde ileri sürülebilen hem de uyulmadığı takdirde devletler için yaptırım öngören uluslararası bir ilke olduğu söylenebilir.

II. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDA SUBAY VE ASTSUBAYLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN MECBURİ HİZMET SÜRESİNİN ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ SORUNU

A) TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

Çalışmamıza konu düzenleme 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) bünyesinde çalışan muvazzaf⁵² subay ve astsubayların, subay ve astsubay naspedildikleri (resmi olarak göreve başladıkları) tarihten itibaren fiilen 10 yıl hizmet etmedikçe istifa edebilmeleri mümkün değildir. Başka bir deyişle, burada öngörülen 10 yıllık süre, mecburi hizmet süresidir. Türk Silahlı Kuvvetlerindeki

⁵² Muvazzaf, sözcük anlamı olarak genel itibariyle “bir görev veya hizmetle yükümlü olan kimse” anlamında kullanılırken, askerlikle ilgili kullanım olarak da, “Silahlı kuvvetlerde görev başında olan subay ve astsubaylar ile askerlik hizmetini yapan erler” i ifade etmektedir. Kelimenin anlamı için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53440c159a70d4.71430452, ET. 08.04.2014.

görevlerine astsubay olarak başlayıp daha sonra subay sıfatını haiz olan kişiler içinse bu 10 yıllık mecburi hizmet sürelerinin başlangıç tarihi, astsubay çavuşluğa naspedildikleri tarihtir⁵³.

Hemen belirtmek gerekir ki, subay ve astsubayların mecburi hizmeti için öngörülen bu süre, 2012 yılında yapılan değişiklikten önce 15 yıl idi⁵⁴.

Ancak kendilerinin istifa etmeleri mümkün olmasa bile, subay ve astsubaylar, bazı hallerde, 10 yıllık süre dolmasa dahi istifa etmiş sayılırlar. Bu haller,

- “Yabancı uyruklu kişilerle evlenenlerden, bu evlilikleri yönetmelikte belirtilen esaslar dâhilinde Genelkurmay Başkanlığınca uygun görülmemesi,
- Çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığının kaybedilmesi veya Türk vatandaşlığından çıkarılması.” olarak sayılmıştır.

Dolayısıyla bu hükme göre, yabancı uyruklu kişilerle evlenip bu evlilikleri Genelkurmay Başkanlığı'nca uygun görülmeyen ve çeşitli nedenlerle vatandaşlıktan çıkanlar ile kendisine “vatandaşlıktan çıkarma” işlemi uygulanan subay ve astsubaylar bu göreve naspedildikten itibaren 10 yıllık zaman dilimi dolmadan istifa edememekle beraber, kanun hükmü gereğince istifa etmiş sayılırlar.

Kanununun 112. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında subay ve astsubaylar; tazminat sorumluluğu bakımından, ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir.

⁵³ UZ, Abdullah / AYDIN, Feridun / DEMİRCİOĞLU, Mustafa / BABACAN, Hüseyin Güngör, *Mecburi Hizmet Yükümlülüğü ve Eğitim – Öğretim Giderlerinden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Basımevi, Ankara, 2010, s. 198 -199.

⁵⁴ 03.06.2012 tarih ve 28312 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6318 Sayılı “Askerlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 47. maddesi ile değiştirilmiştir. Belirtilen tarihli resmi gazete için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120603.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120603.htm>, ET. 08.04.2014.

Şöyle ki 4. fıkradaki düzenlemeye göre, mecburi hizmet süresinden önce subay ve astsubaylıktan istifa etmiş sayılanlardan yabancı memleketlere öğrenim, staj, kurs, ihtisas veya görgü ve bilgilerini artırmak amacıyla gitmiş olanlar, orada buldukları süre içerisinde aldıkları aylık ve Devletçe yapılan masrafların dört katı tutarındaki bir miktarda sorumludurlar ve bu masraflar hesaplanarak, yapılan masrafların dört katı, kendilerinden tazminat olarak alınır. Başka bir deyişle, subay ve astsubay iken TSK ile ilişkisi kesilip; tazminat sorumluluğu olarak da *kendine yapılan masrafların 4 katı kadarı ile sorumlu tutulmanın iki şartı vardır:*

- 112. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “istifa etmiş sayılma” şartlarından birini sağlamış olmak ve
- Çeşitli nedenlerle yurt dışına görevlendirilmiş olma.

112. maddenin 5. fıkrasında ise, tazminat sorumlularının kapsamı genişletilmiş ama miktarı azaltılmıştır. Şöyle ki, 5. fıkrada şu ifadeler yer verilmiştir: “*Durumları yukarıdaki fıkralara uyanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nden her ne şekilde olursa olsun mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan veya ilişkisi kesilen subay ve astsubaylar (Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife malulü olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılanlar hariç), her yıl kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından belirlenen; askeri öğrenci, subay ve astsubay nasedildikten sonra kendilerine yapılan öğrenim, eğitim ve yetiştirme masraflarını, yükümlülük sürelerinin eksik kalan kısmı ile orantılı olarak kanuni faizi ile birlikte tazminat olarak öderler.*”

Bu uzun fıkra; kanımızca özetle şu şekilde yorumlanmalıdır: İster 3. fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan şartları taşıdıkları gerekçesiyle istifa etmiş sayılanlar; isterse de başkaca herhangi bir sebeple mecburi hizmet süresi içinde TSK ile ilişkisi kesilenler, *kural olarak*; her yıl bağlı bulunduğu ilgili komutanlıklarca belirlenen ve askeri öğrencilik + subay

veya astsubay naspedildikten sonra kendilerine yapılan eğitim – öğretim ve yetiştirme masraflarından müteşekkil miktarı, yükümlülük sürelerinin eksik kalan kısımlarının da orana katılması ve subay veya astsubay naspedildikleri tarihten itibaren geçen sürenin faizi ile beraber hesaplanacak toplam miktardan sorumludurlar. Bu hesaplamanın ne şekilde yapılacağı da 17.12.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Silahlı Kuvvetleri Personelinin Öğrenim Eğitim ve Yetiştirme Masraflarının Tespitine Dair Yönetmelik⁵⁵ in 5. maddesi hükmünde⁵⁶ ayrıntılı olarak ve kalemler halinde düzenlenmiştir.

⁵⁵ Belirtilen tarihli Resmi Gazete’ye ulaşmak için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051217.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051217.htm>, ET. 09.04.2014.

⁵⁶ **Madde 5** - Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife malulü olarak ayrılanlar hariç olmak üzere her ne şekilde olursa olsun mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan veya ilişigi kesilen subay ve astsubaylar ile ilgili maliyet hesabında;

a) Öğrencilik dönemine ait 3 Eylül 1985 tarihli ve 18857 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Askerî Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik hükümleri uygulanarak yapılacak hesaplamada; yiyecek, giyim-kuşam, öğrenci harçlıkları, kitap-kırtasiye, vize-diploma-sınav ve benzeri harçlar, öğretim ve eğitimin gerektirdiği ulaşım giderleri, ilaç-tedavi giderleri, barındırma, askerî liseler hazırlık sınıfları yabancı dil eğitimleri, atış, personel ve amortisman giderleri ile görmüş olduğu kurs masrafları,

b) Kurs merkezlerinde; subay, astsubay olarak eğitim ve yetiştirme masraflarının tespitinde; eğitim-öğretim görevlilerinin kurs süresiyle orantılı maaşları, ek ders ücretleri, yolluk ve yevmiyeler, kırtasiye giderleri, (eğitim yardımcı malzemeleri/askerî öğrenciler için) eğitim ve yetiştirmenin gerektirdiği taşıma ve ulaşım giderleri, ilaç ve tedavi, öğrenim ve eğitim ve öğretimin diğer eğitim kurumlarına ödenen masrafları ve amortismanlar,

c) Yurt dışına öğrenim, staj, kurs, ileri ihtisas veya bilgi ve görgülerini artırmak amacıyla gitmiş olanlardan, durumları 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112 nci maddesinin dördüncü fıkrasına uyanlara, orada buldukları süre içerisinde ödenen aylık ve devletçe yapılan masrafların **dört katı tutarındaki** tazminat,

d) Yabancı memleketlere öğrenim, staj, kurs ihtisas veya görgü ve bilgilerini artırmak amacıyla gitmiş olanlara, buralarda geçirdikleri sürelerde Devletçe bu maksatla yapılan aylık ödemelerden; yurt içi maaşından eksik ödenen % 40 oranındaki kısma

Burada sorumluluğa tabi olma noktasında bazı kişilere istisnalar getirilmiştir. Buna göre; Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görev yapamaz şeklinde sağlık raporu alanlar ile vazife malulü olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrılanlar, bu kuralın dışında tutulmuştur. Kanımızca, yıllarca Türk Silahlı Kuvvetleri'ne hizmet etmiş kişilerden, elde olmayan sebeplerle artık hizmet edemeyecek durumda olanlar veya vazife sebebiyle malul hale gelenlerin, bu durumda olmayanlarla aynı sorumluluğa tabi tutulmaması ve bu kişilere diğerlerine göre pozitif ayrımcılık yapılması, hem etik hem de evrensel hukuk normlarına uygundur.

112 / 5. maddede geçen “Her ne şekilde olursa olsun” ibaresi; istifa etmiş sayılma dışındaki, 10 yıllık mecburi hizmet süresinin dolmasından önce TSK ile ilişğin kesilmesi hallerinin de, tazminat sorumluluğunu doğurması olarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, bir disiplin yaptırımı olarak “Türk Silahlı Kuvvetlerinden Ayırma” cezası sonucunda 10 yıllık mecburi hizmet süresi dolmadan TSK ile ilişği kesilenlerin de tazminat yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Türk Silahlı Kuvvetlerinden Ayırma Cezası, 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu m. 20’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek, ahlaki zayıflık, hizmete engel davranışlarda bulunmak, gizli bilgileri açıklamak, ideolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak, uzun süreli firar etmek, disiplinsizliği alışkanlık haline getirmek, iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak ve nihayet gayri tabii mukarenette bulunmak⁵⁷ fiillerinden birini işlemek, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayırmayı gerektirmektedir.

tekabül eden tutar indirildikten sonra bulunan ödeme miktarı ile kitap, kırtasiye ve harcırah giderleri dikkate alınır.

⁵⁷ Doğal olmayan cinsel ilişki şeklinde tanımlanmıştır. Konuya ilişkin örnek bir davada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) Türk Silahlı Kuvvetlerinde Astsubay Çavuş olarak görev yapan davacının hakkında davaya konu işlem öncesinde askeri savcılık tarafından “gayri tabii mukarenette bulunmak” suçlaması ile soruşturma başlatıldığı, ancak bu konu hakkında daha sonra takipsizlik kararı verildiğini, davacının

Görüldüğü gibi, bu fiillerden birini işlediği tespit edilen subay veya astsubayın, 10 yıllık mecburi hizmet süresi dolmadan da TSK ile ilişkisi kesilmekte, dolayısıyla bu şekilde TSK ile ilişkisinin kesilmesi, tazminat yükümlülüğünü doğurmaktadır.

Dolayısıyla mecburi hizmet süresi henüz dolmamış bir subay veya astsubay, TSK'den ayrılmak istiyorsa, tazminat yükümlülüğünü de göze alarak; ya yabancı uyruklu biriyle evlenmek suretiyle bunun Genel Kurmay Başkanlığı'nca uygun bulunmamasını beklemek zorundadır ya da yukarıda bahsi geçen fiillerden birini işleyip disiplinsizlik sonucunda TSK ile ilişkisini kestirmelidir. Başka bir ifade ile, bir şekilde TSK'de subay veya astsubay olarak göreve başlayan ancak daha sonra gelişen hayat koşulları ile, bu mesleğin, kedisine uygun olmadığını düşünen ve 10 yıllık bir süreyi bu işi yaparak geçirmek istemeyen bir kişi, para ödemeyi dahi göze alsa, TSK ile ilişkisini kestirecek bir disiplinsizlik fiili işleminden kendi iradesi ile mecburi hizmet süresini bitirmeden istifa edebilme şansını haiz değildir⁵⁸.

yaptığı faaliyetin jigoluluk (yaşlı - veya değil - kadınlarla para karşılıklı birlikte olmak) olduğu bu nedenle o dönemde yürürlükte bulunan mevzuat gereğince ahlak dışı davranışlar dolayısıyla TSK'nden ayırma cezası verildiği anlaşılmış söz konusu davada iki kavram arasındaki ilişkiler irdelenmiştir. AYİM 1. DAİRE, E. 2002 / 1838, K. 2003 / 1144, KT. 23.09.2003. Kararın orijinal tam metni için bkz. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3559&ctg=000002000002000001, ET. 09.04.2014.

⁵⁸ Kanun değişikliğinden önce bu sürenin 15 yıl olduğu dönemde, 2002 yılında AYİM' de görülen bir davada, TSK'nde Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde teğmen olarak giren ve 8 yılı aşkın süredir memur olan, başka bir ifade ile henüz zorunlu hizmet süresini tamamlamamış bulunan davacının istifasının 112. madde uyarınca reddedilmesi işlemine karşı açılan iptal davasında bu istifanın kabul edilmemesinin idarenin takdir yetkisinde olduğunu, doğası gereği silahlı kuvvetlerde personel istihdamının da bu personelin istifasının da ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu zorunlu sürenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini beyan eden ve kanımızca son derece devletçi bir bakış açısıyla uyumsuzluğu değerlendiren AYİM, davayı reddetmiştir. E. 2002 / 291, K. 2002 / 252, KT. 03.10.2002. Kararın tam metni için bkz http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3332&ctg=000002000018000006, ET. 15.04.2014. AYİM, aynı devletçi bakışına uzunca bir süre devam etmiş, zorunlu hizmet kuralı ile ilgili olarak en son 2007 yılında bir dava AYİM önüne gelmiş

Ancak kanunun lafzına bakıldığında, bu fiilleri işleyenlerin mutlak suretle TSK'den ayırma cezası ile cezalandırmayı gerektiren bir amir hükmün söz konusu olmadığı görülecektir. Nitekim uygulamada son yıllarda, ayırma cezasını öngören fiillerin çoğu denenmiş ve fakat bunun kendi ilişkilerini kestirmek ve böylece zorunlu hizmet sürecini sona erdirmek isteyen subay ve astsubaylarca kasten yapıldığını fark eden TSK, disiplin cezası vermeyerek ilişkilerinin kesilmesinin önünü kapatmaya çalışmıştır.

B) TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ PERSONEL KANUNUNDAKİ DÜZENLEMENİN ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI İLE İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Çalışmamızın başında, zorla çalıştırma yasağının özellikleri ve diğer kavramlardan farkı ortaya konmaya çalışılmış, sonrasında da 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Disiplin Kanunu hükümleri çerçevesinde mevzuatın zorunlu hizmet ve uygulanması noktasında neler öngördüğü incelenmiştir.

Bir çalıştırmanın zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken şartları toparlayacak olursak, birkaç madde halinde bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Her şeyden önce, bir işin yapılması noktasındaki zorunluluğun kişinin kendisinden değil dış bir faktörden kaynaklanması gerekmektedir.
- İkinci olarak, bu çalıştırma fiili ücretsiz olarak değil, belli bir ücret karşılığında yapılmalıdır.

ancak bu dava da dahil gelen davaların hepsinde “ölçülülük ilkesine aykırılık” iddiaları da dahil yapılan her yönlü itirazı reddetmiştir. Bir başka örnek için bkz. AYİM 3. DAİRE, E. 2005 / 655, K. 2006 / 189, KT. 26.01.2006. Bu karar ve mecburi hizmet yükümlülüğüne ilişkin olarak verilmiş diğer kararlar için bkz. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?ctg=000002000018000006&Dir=ASC&Count=0&Order=DERGI_IDNO, ET. 15.04.2014.

- Kişinin üstünde çalıştırma baskısı hissetmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle bu işi istemeyerek yapılmalıdır.
- ILO Sözleşmesi, AİHS ve Anayasamızda ortak olarak belirtilen istisnalardan olmamalıdır.
- Kişi, bir ceza tehdidinden dolayı kendini çalışmak zorunda hissetmelidir.

Bu şartların hepsi, kanımızca bir çalışmanın “zorla çalıştırma” sayılabilmesi için bir zincirin olmazsa olmaz halkaları gibidir. Başka bir deyişle, bu şartlardan herhangi birinin bulunmadığı bir çalıştırma yükümlülüğü, “zorla çalıştırma” kavramı içinde değerlendirilemez.

İşte, konumuz açısından bu şartlar incelendiğinde, yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, mevzuattan kaynaklanan belli bir mecburi hizmet yükümlülüğünün olduğu, bu süreç içinde istifa etme hakkının olmadığı, dolayısıyla bunun bir zorunluluk oluşturduğu; bu süreç içinde çalışmalarının karşılığı olarak kendisine belli bir miktar ücret ödendiği dolayısıyla ilk iki şartın sağlandığı görülmektedir. Konumuz zaten bir şekilde subay veya astsubay olarak naspedildikten sonra farklı bir takım sebeplerden ötürü on yıllık sürenin sonuna kadar bu işi yapmak istemeyen kişilerin çalışma yükümlülüğü olduğu için, “kişinin bu işi istemeyerek yapması” şartının da gerçekleştiği açıktır.

TSK Personel Kanunu'nda belirtilen 10 yıllık mecburi hizmet süresinin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için, belirleyici olan husus, son iki şartın sağlanıp sağlanmadığıdır.

Bilindiği üzere, gerek ILO Sözleşmelerinde, gerekse AİHS' nde “Askeri nitelikli hizmet veya vicdani reddi seçenler için başkaca bir hizmet,” zorla çalıştırma yasağının istisnaları arasında yer almıştır. İşte ilk olarak subay ve astsubaylar için öngörülen mecburi hizmet yükümlülüğünün askeri nitelikli bir hizmet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu irdelenecektir.

Son olarak, şartlar arasında öngörülen ceza tehdidi kavramından ne anlaşılması gerektiği irdelenecek; kanunda öngörülen yaptırımların ceza olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır. Bu noktada Askeri Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve bu değişikliklere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar incelenerek nihai duruma ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır.

2. TSK Personel Kanunu'ndaki Düzenlemenin, Zorla Çalıştırma Yasağının İstisnaları Kapsamında İncelemesi

TSK Personel Kanunu'ndaki düzenlemenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında kabul edilip edilemeyeceği noktasında en belirleyici faktör, hiç şüphesiz yüksek mahkeme kararlarıdır. Ancak, 4. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM önüne gelen davalar arasında, bu çalışmanın yapıldığı tarihe kadar, askeri hizmet niteliğinde bir başvuru gelmediğinden, mahkemenin hangi tür askeri işleri zorla çalıştırma yasağının istisnasından sayacağı veya hangilerini askeri bir iş olmasına rağmen zorla çalıştırma niteliğinde kabul edebileceği konusunda herhangi bir fikir yürütmek pek de mümkün görünmemektedir.

Ancak, bizzat zorla çalıştırma yasağı kapsamında olmasa dahi, mahkemenin asker kişilerin çeşitli başvurularına ilişkin vermiş olduğu kararlar; bu konuda bir başvuru geldiğinde AİHM' nin nasıl bir bakış açısı ile konuya yaklaşacağına dair ipuçları vermektedir.

Mahkeme, 1976 tarihli Engel ve Diğerleri / HOLLANDA kararında⁵⁹, sözleşmenin 1. ve 14. maddelerinde, sözleşmeciler devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkesin, “ayrımcılığa tabi tutulmadan” sözleşmenin 1. bölümünde yer alan haklardan yararlanabileceğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkeme, sözleşmenin 4/3 – (b) hükmünde yer alan düzenlemenin, sözleşmede yer alan maddelerin askerleri de kapsayacağını teyit ettiğini belirtmiş ve sözleşmede asker kişilerin de haklarının korunduğunu ifade etmiştir. Bu ifadenin hemen ardından mahkeme, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında,

⁵⁹ AİHM Kararı, BN. 5100 / 71, KT. 08.06.1976. Kararın, Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=23>, ET. 11.04.2014.

askeri yaşamın özelliklerinin ve silahlı kuvvetler mensupları üzerindeki etkilerinin özellikle dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, bu içtihadını daha sonra yapılan birkaç başvuruda da uygulamış ve bu başvuruları kabul etmekle birlikte, özellikle söz konusu fiillerin sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediği noktasında karar verirken, diğer kişilere oranla askerlerin hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında deyim yerindeyse biraz “eli sıkı” davranmıştır. Başka bir deyişle, askeri hizmetlere ilişkin bir ihlal başvurusu geldiğinde, Mahkemenin, askeri yaşamın özelliklerini asker kişilerin menfaatlerinden daha önde tuttuğu söylenebilir.

Örneğin 1997 yılında verdiği bir karara⁶⁰ konu olayda, Türk Hava Kuvvetlerinde Askeri Hâkim olarak görev yapan başvurucunun yasadışı köktenci faaliyetlerde bulunduğu gözlemlenmesi üzerine, askeri disiplini ihlal ettiği ve küçük düşürücü hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle zorunlu emeklilik kararı vermiştir. Mahkeme, bu davada; üstte bahsedildiği gibi, asker kişilerin hak ve menfaatlerini koruma noktasında eli sıkı tavrına örnek gösterilebilecek nitelikte bir karar vererek, “*devletlerin, orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplin niteliğinde düzenlemeler yapabileceğini*” ifade etmiş ve “*başvurucunun askerlik mesleğini seçerken sivillere uygulanması mümkün olmayan, ama Silahlı Kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma ihtimaline niteliği gereği yer veren askeri disiplin sistemini kendi iradesiyle kabul ettiğini*” söylemiştir.

Ancak aynı yıl verilen başkaca bir kararda⁶¹, mahkeme bu tavrının mutlak ve değişmez olmadığını göstermek istercesine, bu kez de asker kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma eğilimine girmiştir. Karara konu olayda, bu kez başvurucu, zorunlu askerlik hizmetini yapan, asteğmen

⁶⁰ AİHM Kararı, BN. 20704 / 92, KT. 01.07.1997. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=662>, ET. 11.04.2014.

⁶¹ AİHM Kararı, BN. 24348 / 94, KT. 25.11.1997. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=720>, ET. 11.04.2014.

rütbesinde bir yedek subaydır ve askerlik esnasında ordu içindeki uygunsuzluklardan rahatsız olup, sonunda da hakkında firari sayılma işlemi gerçekleşince bir eleştiri mektubu kaleme almış ve bu mektubu bir taksi şoförü vasıtasıyla birlik komutanına göndermiştir. Birlik komutanı, mektubun içindeki ifadeleri hakaret addedip başvuru hakkında ceza davası açmış, başvuru da bu muamelenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ifade ederek olayı AİHM önüne getirmiştir. Mahkeme burada verdiği kararda söz konusu mektubun, Yunan ordusu için bazı sert ve kızgın ifadeleri olduğunu kabul etmekle beraber, söz konusu ifadeleri; *“askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev”* olarak nitelemiş ve mektubun çoğaltılmadığını, geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve sadece birlik komutanına iletilmiş olduğunu, mektubun içeriğinde de bir kurumu veya kişiyi aşağılama niteliğinin bulunmadığını ifade ederek, böyle bir durumda açılan ceza davasının ve bunun sonucunda alınan mahkûmiyet kararının demokratik bir toplumda kabul edilemez boyutta olduğuna karar vererek asker kişilerin de sözleşmede güvence altına alınan haklardan yararlanması gerektiği yönünde bir karar vermiştir.

Tüm bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, AİHM asker kişilerin sözleşmedeki haklardan yararlanabileceği ve fakat askeriyenin disiplin ve düzeni gerekçesiyle, sözleşmede korunan hak ve özgürlükler noktasında askeri hizmette görev alanlara, sivillere kıyasla daha dar bir özgürlük alanı konabileceği görüşündedir. Ancak nihayetinde, alanı dar da olsa asker kişilerin de özgürlüklere ilişkin güvenceden yararlanmaları mutlakdır.

Bu değerlendirmeler ve yorumlar ışığında, Türkiye’de uygulanan Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nda öngörülen 10 yıllık zorunlu hizmet yasağının, “askeri hizmet” olarak sözleşmede korunan hakların istisnası olarak kabul edilme ihtimali tarafımızca pek mümkün görünmemektedir. Çünkü askeri disiplin içinde belli bir hizmet zorunluluğu öngörülmüş olsa dahi, bu zorunluluğun 10 yıl gibi, insan ömrünün çok ciddi bir kısmında uygulanacak olması, asker kişiler için getirilen sınırlanabilirlik serbestisini de aşmaktadır.

10 yıllık mecburi hizmet süresinin AİHS' ye aykırı olup olmadığı noktasında sözleşmenin 4/3 – (b) hükmü kanımızca tek başına bir anlam ifade etmeyip, bu hükmün; sözleşmenin 1. maddesi⁶², 14. maddesi⁶³, 17. maddesi⁶⁴ ve nihayet 18. maddesi⁶⁵ ile beraber değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Her ne kadar sözleşmenin 4/3 – (b) hükmünde “*Askeri mahiyette her hizmet*” ibaresine yer verilerek subaylık ve astsubaylık ile ilgili düzenlemelerin de bu istisnaya sokulduğu düşünülse de, sözleşmenin 1. maddesinde bulunan “*sözleşmeci devletlerin yetki alanlarında bulunan ‘herkesin’ zorla çalıştırma yasağının da düzenlendiği sözleşmenin ilk bölümündeki tüm hak ve özgürlüklerden yararlanacağı*” hükmü ve bu noktada hiçbir ayırım gözetilemeyeceğini düzenleyen 14. maddedeki “... herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetmeden...” ibaresi; kanımızca bazı koşullarda askeri mahiyette bir hizmette bulunan kişilerin de zorla çalıştırma yasağının ihlal edildiği iddiası ile mahkemeye başvurabileceklerini göstermektedir.

Bu bazı koşulların ne olduğu da sözleşmenin 17. ve 18. maddelerinde ifade edilmektedir.

“Zorla çalıştırma yasağı” devlete bir yasak koymak suretiyle, vatandaşa da dolaylı olarak; devletin bu yasağı ihlal etmesi halinde ona karşı ileri sürebileceği bir hak vermektedir. Ancak 3. madde ile getirilen istisnalar, bu alanlarda devlete “yasağı delme” hakkını vermektedir. Başka

⁶² **AİHS m.1:** Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar.

⁶³ **AİHS m. 14:** Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere, herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetmeden sağlanmalıdır.

⁶⁴ **AİHS m. 17:** Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

⁶⁵ **AİHS m. 18:** Anılan hak ve özgürlüklere, bu sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

bir ifade ile devletin 4. maddenin 3. fıkrasında öngörülen durumlarda kişileri çalışmaya zorlama hakkı olduğu kabul edilmelidir. Ancak; sözleşmenin, “Hakları Kötüye Kullanma Yasağı” başlıklı 17. maddesinde devletlerin de kendisine verilmiş bir hakkı kötüye kullanamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Askeri hizmet niteliğinde olduğundan bahisle subay ve astsubayların 10 yıl gibi uzun bir süre istifa dahi edemeden zorunlu hizmete tabi tutulmaları kanımızca devlete verilen zorla çalıştırabilme hakkının kötüye kullanılmasıdır.

Yine devlete ilke olarak yüklenen zorla çalıştırma yasağı, aynı zamanda kişilerin de “zorla çalıştırılmama” hakkını oluşturmada, şu halde yasağa getirilen istisnalar; kişilere verilen “zorla çalıştırılmama” hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. İşte sözleşmenin 18. maddesinde, bu kısıtlamanın amaç dışında kullanılmayacağını kurala bağlamaktadır. Askeri hizmette bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerinin sivil kişilere oranla daha az gözetilmesi, askeri disiplinin sağlanması amacıyla örtüşmekte ise de, bu durum 10 yıllık bir süre için kişinin iradesinin bloke edilmesi halinde mahkemeye başvurulamayacağı anlamına gelmez çünkü böyle bir hal, yukarıda bahsettiğimiz üzere, “zorla çalıştırılmama” hakkına yönelik kısıtlamanın, özgülendiği amacın dışında kullanılması sonucunu doğurur.

Tüm bu maddeler beraber değerlendirildiğinde, TSK Personel Kanunu’nda subay ve astsubaylar için öngörülen 10 yıllık zorunlu hizmet kuralının m.4/3 – (b) kapsamında olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Ayrıca her ne kadar Anayasamızın zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesi hükmünde “zorla çalıştırma” sayılmayacak istisnalar arasında “Askerlik Hizmetleri” geçmiyor ise de, madde metninde geçen “*ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları*”, deyiminin subay ve astsubayları da kapsadığı düşünülmektedir. Zira 1982 Anayasasının gerekçesinde 72. madde kapsamı dışında kalan hizmetlerin

burada sayılan istisnalar arasına girdiği ifade edilmiştir⁶⁶. Anayasanın 72. maddesinde askerliğin sadece, her Türk genç erkek birey için zorunlu tutulan vatan hizmeti noktasında ele alındığına göre⁶⁷, bunun dışında kalan ve askerliği bir meslek olarak yapan kişilerin yaptığı işler de, bu gerekçeye göre, zorla çalıştırma yasağının istisnaları arasında kabul edilmektedir⁶⁸.

Dolayısıyla, düzenlemenin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için şu ana kadar tüm şartlar sağlanmıştır. Ancak tüm şartlar bir zincirin halkası misali birbirine bağlı olduğundan son olarak TSK Personel kanunundaki düzenlemenin, “ceza tehdidi” içerip içermediği incelenecektir.

3. Ceza Tehdidi Kavramı ve Zorunlu Hizmet Süresi Öncesi TSK'dan Ayrılmada Öngörülen Yaptırımların “Ceza Tehdidi” İçerip İçermediği Sorunu

(a) Ceza Tehdidi Kavramı

Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, bir çalışma yükümlülüğünün “zorla çalıştırma” olarak nitelendirilebilmesi için gereken şartlardan biri de o yükümlülüğün bir ceza tehdidi altında yapılması, başka bir deyişle, bu çalışmadan vazgeçilmesi halinde bir yaptırımla karşılaşma ihtimalinin, onu gönülsüz olarak sürdürdüğü çalışmayı sona erdirmekten men etmesidir.

Peki, bu “ceza tehdidi” deyimini, sadece “hürriyeti bağlayıcı ceza”⁶⁹ olarak mı düşünmek gerekir? Yapılan araştırmalar neticesinde

⁶⁶ ÖZER, s. 94.

⁶⁷ MADDE 72- Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.

⁶⁸ Aksî yöndeki görüş için bkz. KARAN, Ulaş, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. İNCEOĞLU, Sibel, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 171.

⁶⁹ Doktinde, “hürriyeti bağlayıcı ceza” ifadesi yerine, bununla aynı anlama gelmesine rağmen daha genel bir deyim olarak “hapis cezası” kavramı kullanılmıştır. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / BACAKSIZ, Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s. 541; ÖZTÜRK, Bahri /

Anayasa Mahkemesi kararlarında ceza tehdidi kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında verilmiş herhangi bir karara rastlanmamış olmakla beraber, AİHM' nin vermiş olduğu kararlar bu noktada daha aydınlatıcı özellikler taşımaktadır.

AİHM, önüne gelen 1980 tarihli DEWEER / BELÇİKA kararında⁷⁰, ceza türleri bakımından sadece hürriyeti bağlayıcı cezayı saymayıp; para cezasının ve mallar üzerinde hak kaybının öngörülmesinin de birer ceza tehdidi olarak kabul edilebileceğini değerlendirmiştir. Bu karar her ne kadar doğrudan doğruya zorla çalıştırma yasağı ile ilgili olmasa da, mahkemenin hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis cezası) haricindeki yaptırım tehditlerini de “ceza tehdidi” olarak gördüğünü ortaya koyması açısından önemlidir.

Ancak konumuzla doğrudan bağlantılı olması bağlamında, AİHM tarafından bu konuda verilen en açıklayıcı karar, çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz, VAN DER MUSSLE / BELÇİKA kararıdır⁷¹. Mahkeme bu kararda stajyer avukat olarak görev yapan ama aynı zamanda Belçika iç hukuk kuralları gereği belli sayıda davaya girme yükümlülüğü olan başvurusunun savunma yapmaktan çekinmesi sonucunda öngörülen yaptırım ihtimallerinin “stajyer listesinden silinmek” ve “avukatlık levhasına yazılma başvurusunun reddi” olduğunu tespit ettikten sonra bu ihtimallerin birer cezai tehdit kabul edilemeyeceğini belirtmiş ise de, bu tespiti sadece somut olay üzerinde yapmıştır. Zira kararın ayrıntılarında da belirtildiği üzere stajyer bu yaptırımlardan biri ile karşılaşsa bile, hukukçuluk sıfatını kullanmaya devam edebilecektir. İşte mahkeme somut olayda, söz konusu yaptırımların başvuru açısından, “herhangi bir sıfatın kullanılmaması”

ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2014, s. 410. Yine doktrinde hapis cezalarının, özgürlüğü (hürriyeti) bağlayıcı ceza olduğu yönündeki beyan için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2013, s. 93.

⁷⁰ AİHM Kararı, BN. 6903 / 75, KT. 27.02.1980. Kararın Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3>, ET. 12.04.2014.

⁷¹ Bkz. Agk, Paragraf: 19, 35.

sonucunu doğurmaması dolayısıyla somut olayı göz önünde bulundurarak bunun cezai bir tehdit olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

Bu karardan da anlaşılmaktadır ki, cezai tehdit sadece hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis) olarak algılanmamalı, ancak bunun dışındaki aynı nitelikteki mesleği devam ettirememesi ve benzeri ağırlıktaki durumlar da ceza tehdidi olarak kabul edilebilmektedir.

Dolayısıyla, çalışılan meslekten ayrılma durumunda hürriyeti bağlayıcı cezalar dışındaki yaptırım ihtimallerinin ceza tehdidi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, somut olayın özelliklerine ve olaydaki yaptırımın kişideki etkisine göre değişiklik gösterebilirken; yaptırım ihtimalinin hapis gibi hürriyeti bağlayıcı bir ceza olma ihtimalinin ceza tehdidi olarak kabul edileceği ve zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirileceği hususunda kanımızca bir şüphe söz konusu değildir.

(b) Uzun Süreli Firar Fiili'nde Öngörülen Cezanın “Ceza Tehdidi” Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Üstteki açıklamalar sonrasında, TSK Personel Kanunu'nda disiplin yaptırımı olarak “Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası” halleri arasında sayılan, aynı zamanda Askeri Ceza Kanunu'nda da suç olarak nitelendirilen ve yapılması halinde hapis cezası öngören, nihayet uygulamada mecburi hizmet süresinden önce ilişik kestirmek için en çok başvurulan “uzun süreli firar” fiili bakımından bir inceleme yapmak gerekliliği hâsıl olmaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesi “Firar ve Cezası” başlığı ile şu şekilde düzenlenmektedir:

1) Aşağıda yazılı askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur⁷²:

⁷² Kanunda bu açıkça düzenlenmemiş ise de, uygulamada 1. fıkra ile 2. fıkra farklı şekillerde nitelendirilmektedir. Buna göre, ilk fıkra “firar suçu” diye nitelendirilirken;

- (a) Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşanlar,
(b) Kıt'asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyenler,
- 2) Aşağıda yazılı hallerde hapis cezası iki yıldan aşağı olamaz.
(a) Suçlu, silah, mühimmat ve bunların teçhizat veya nakil vasıtalarından ve hayvanlardan birini veya ordu hizmetine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmüş ise;
(b) Suçlu hizmet yaparken kaçmış ise;
(c) Suçlu mükerrir ise;
- 3) Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir."

Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, tek başına firar fiili için (1. veya 2. fıkradaki hallerin gerçekleşmesi) 1 – 3 yıllık bir hapis cezası öngörmüş; 2. fıkrada da nitelikli haller sayılarak bu hallerin işlenmesi halinde cezanın alt limitinin en az 2 yıl olacağı emredici bir hükümlerle ifade edilmiştir. Hatta 3. fıkrada, seferberlik halinde durumun olağanüstülüğü de göz önünde bulundurularak firar suçunun işlenebilmesi için kanunda öngörülen sürelerin yarısı yeterli olacağı hükmüne yer verilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, olağan dönemde bir asker kişi, kıt'asından 6 günden fazla uzaklaşmadan firar cezası işlenemeyecekken, olağanüstü dönemlerde 3 günden fazla uzaklaşmış olması, firar suçunun işlenmiş olması bakımından yeterli olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) cezanın belirlenmesinden sonra yer verdiği ve nihai cezayı belirleyecek olan "Takdiri İndirim Nedenleri" başlıklı 62. maddesi uyarınca, verilecek cezanın 1/6 oranında indirilebileceği ifade edilmektedir⁷³. Şu halde de anlaşılmaktadır ki,

ikinci fıkra izin aldığı bir durumda kıt'asına veya görev yaptığı başkaca bir yere geri dönmeyen bahsettiğinden "izin tecavüzü" olarak adlandırılmaktadır.

⁷³ **Madde 62** - (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

ağırlaştırıcı nedenler olmadığı takdirde suç sonucunda çok az bir ceza öngörülmektedir.

Bunun yanında, TCK m. 51⁷⁴ ve Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) m. 231⁷⁵ maddeleri uyarınca, iki yılın altındaki hapis cezalarında, daha önceden herhangi bir suçtan hüküm giymemiş olan ve daha sonra da suça karışmayacağı yönünde kanaat uyandıran kişiler hakkında cezanın ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Yine, TCK m. 49'da bir yıl ve altındaki süreli hapis cezalarının kısa süreli hapis cezaları olduğu öngörülmüş, m.50'de ise, kısa süreli hapis cezalarının adli para cezası veya alternatif yaptırımlara

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

⁷⁴**TCK.Madde 51:**(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir.

(8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

⁷⁵**CMK. Madde 231:**

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlenen ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,
gerekir.

çevrilebileceği hükmüne yer verilmiştir⁷⁶. Her üç maddede hakime bu konuda takdir yetkisi bırakılmış ise de, bu sadece askeri nitelikli bir suç olduğundan diğer şartlar da sağlandığı takdirde firar suçundan ceza almış kişiler, hürriyeti bağlayıcı ceza çekmeden bu cezanın sonuçlarından kurtulabilecek, hatta bu suçu hiç işlememiş dahi sayılabilecektir.

Tüm bu maddeler bir arada değerlendirildiğinde; acaba, TSK bünyesinde daha fazla görev yapmak istemeyen ve 10 yıllık zorunlu hizmetini tamamlamadan ilişkisini kestirmek istese ve bunun için de firar yolunu seçse, bunun karşılığında kendisi için Askeri Ceza Kanununda öngörülen ceza, bir cezai tehdit niteliğinde değerlendirilebilecek midir?

Bu sorunun yanıtı, 2012 ve 2013 yıllarında Anayasa Mahkemesi tarafından Askeri Ceza Kanunu'ndaki bazı hükümlerin iptaline ilişkin verilen karardan önceki ve sonraki süreçte ciddi farklılıklar arz etmektedir.

Askeri Ceza Kanunu'nda firar suçu için öngörülen asında ceza süreleri kural olarak 1-3 yıl arasında değişiyor iken ve Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bahsi geçen maddeleri iki yılın altındaki hapis cezalarında cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi yollarını açmışken, Askeri Ceza Kanunu'nda bu genel prensiplerin tam aksine düzenlemeler mevcut idi.

⁷⁶**Madde 50 - (1)** Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

Buna göre, Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesi ile kanuna eklenen Ek – 8 ve Ek - 10 numaralı maddeler, tüm bu düzenlemelerin önünü kapamaktaydı. Buna göre kanunun 47. maddesinin (A) bendinde “*Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan*⁷⁷ *dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Faslı ile*⁷⁸, *84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci faslında ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez.*”

Bu hükümlerle birlikte, Askeri Ceza Kanununun 3. Babının 3. faslı içinde yer alan firar suçunun işlenmesi halinde, bu suçtan alınacak cezalarda cezanın ertelenmesi yoluna başvurulamayacağı yönünde bir hüküm getirilmiştir.

Yine kanunun Ek – 8 Nolu maddesinde; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin bu kanun kapsamında da uygulanacağı ifade edildikten sonra; “*sırf askeri suçlar ile, kanunun bu kanunun 3. Babının 4. faslında yazılı suçlar hakkında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz.*” hükmüne yer verilmiştir.

Son olarak Askeri Ceza Kanununa eklenen Ek – 10 Nolu maddenin 2. fıkrası gereğince; “*Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz.*” kuralı ile, firar suçu da dahil, askeri ceza kanunundaki hiçbir suç için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesi kuralına yer verilmiştir.

Bu dönemde uygulamadaki neredeyse tüm davalarda Firar Cezasını işleyen kişilere ceza aşağı haddten 1 yıl olarak verilmiş ve takdiri indirim nedenleri de uygulanarak ceza 10 aya düşürülmüş, Ceza ve Güvenlik

⁷⁷ Bunlar; 79. maddede yer alan “Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirme”, 80. maddede yer alan “Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hale Getirme” ve nihayet, 81. maddede yer alan “Askerlikten kurtulmak için Hile Yapmak” suçlarıdır.

⁷⁸ Bu faslında da, firar cezasının da dahil olduğu 16 suç bulunmaktadır.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK) m.107 / 2 hükümleri gereğince cezasının 2 / 3'lük bir kısmını çektikten sonra (ki bu dönem toplamda 6 ay 20 günlük bir zamana tekabül etmektedir.) cezanın infazı süresince gösterdikleri iyi halleri göz önünde bulundurularak koşullu salıvermeden yararlanmışlardır.

Başka bir anlatımla, bu kanun hükümlerinin yürürlükte bulunduğu dönemde, TCK ve CMK.'nun genel mantığı olan ağır hapis cezası almamış kişilerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşı karşıya kalmaması prensibinin aksine, TSK ile bağlarını koparmak isteyen ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma Cezası'nı gerektiren firar fiilini gerçekleştirerek mecburi hizmet süresini doldurmadan, ordudan atılmak isteyen bir kişinin, ceza kanunundaki tüm özgürlükçü hükümlerin önü kapanarak, ne pahasına olursa olsun hapis cezasını çekmesi söz konusu olmuştur. Bunu göze alamayan kişiler ise sonradan kendilerine uygun olmadığını düşündükleri ve çalışmak istemedikleri bir meslekte 10 yıl süre ile çalışmak zorunda bırakılmıştır ki; açıklanan hükümler uyarınca TSK ile ilişkisini bu süreden önce kesmek isteyen bir kişi, ceza tehdidi altında çalışmak zorunda bırakıldığından burada zorla çalıştırma yasağının cezai tehdit şartının sağlandığı noktasında kanımızca şüpheye yer bulunmamaktadır.

Ancak, 2012 yılında Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla önüne gelen davalarda Askeri Ceza Kanununu bu maddelerden arındırmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, 2012 yılında önüne gelen ve aynı yıl karara bağladığı davada⁷⁹, Mahkeme, *“Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel*

⁷⁹ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, E. 2012 / 9, K. 2012 / 103, KT. 21.11.2012. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/695cca4f-e1f0-4c13-9eec-5c2a92eb0927?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 13.04.2014.

ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenек yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır.” diyerek bu konuda düzenleme yapma yetkisinin kanun koyucuda olduğunu belirtmiş ise de, ölçülülük ilkesi gereğince; cezanın ertelenememesi öngören Askeri Ceza Kanunu'nun 47 / (A) bendinin ilgili hükmünü, kısa süreli hapis cezalarının para cezası veya alternatif cezalara çevrilememesini içeren Ek – 8 Nolu maddeyi ve nihayet aynı gerekçelerle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bu suçlarda uygulanamayacağına dair Askeri Ceza Kanunu'nun Ek – 10 Nolu maddesini İPTAL ederek, firar suçunda hapis cezasının tek yaptırım olma zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır⁸⁰.

Ancak, iptal kararı ile beraber Askeri Ceza Kanununda da uygulanabilir hale gelen bu maddeler, lâfzî yoruma tabi tutulduğunda hala firar cezası için ceza tehdidinden tamamen arındığı anlamı çıkmamaktadır. Zira bu maddelerin her birinde hâkime takdir yetkisi verilmiştir ve dolayısıyla bu tür kısa süreli hapis cezasını gerektiren “tam askeri suç” niteliğindeki suçlar konusunda da hâkim, alternatif tedbirlerin uygulanmasına yer olmadığına dair karar vererek cezanın infazına da karar verebilir.

Dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinden, kanunda öngörülen süreden önce çıkarılma sebepleri içinde olup da aynı zamanda Askeri

⁸⁰ Ancak, Anayasa Mahkemesi, 2013 yılında verdiği bir kararda, '*silahında dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralanmaya sebebiyet vermek suçunu* işlediği iddiası ile açılan davada, anılan suç türünün ilk kararda gerekçeleri belirtilerek iptaline karar verilen maddelerin iptal gerekçelerini içerdiğini tespit ederek, ilginç bir karara imza atıp aynı maddelerin aynı gerekçelerle ikinci kez iptaline karar vermiştir. (Bkz. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, E. 2012 / 80, K. 2013 / 16, KT. 17.1.2013.)

Ceza Kanunu kapsamında suç olarak addedilen ve karşılığında ceza öngören faaliyetlerde bulunup da mecburi hizmet süresi dolmadan kurumdan ayrılmak isteyen astsubay ve subaylar, çalışmak istememeleri durumlarda hürriyeti bağlayıcı ceza ile de karşı karşıya kalmaktadırlar

Her ne kadar özellikle Askeri Ceza Kanununda yer alan bazı suçlar bakımından hapis cezası zorunlu olmaktan çıkarılmış olsa da, açıklanan gerekçelerle bu durum tam askeri suç işleyen kişilerin hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidinden tamamen kurtulduğu anlamına gemlememektedir.

SONUÇ

Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 112’de, 2012 yılına kadar 15 yıl olarak öngörülen, ancak daha sonra yapılan yasa değişikliği ile 10 yıl olarak belirlenen süre içinde, bu kurum bünyesinde subay ve astsubay olarak istihdam edilenlerin, subay veya astsubay olarak naspedildikleri tarihten başlayarak istifa etmelerinin söz konusu olamayacağı normu yer almaktadır. Başka bir deyişle, subay veya astsubay olarak naspedilen bir kişi, daha sonradan bu mesleğin kendisine uygun olmadığını düşünmesi veya farklı hayatsal gerekçelerle askerlik mesleğini sürdürmek istememesi halinde kendi isteği ile istifa edebilme hakkından men edilmiştir.

Aynı maddenin 5. fıkrasında ise, kanunda öngörülen istisnai (vazife malulleri ve “görev yapamaz” raporu alanların durumları gibi) haller dışında her ne şekilde olursa olsun mecburi hizmet süresi dolmadan ayrılan veya ilişkisi kesilenlerin ciddi bir miktar tazminat ödeyecekleri belirtilmiştir.

Çalışmamızda da işte bu kanun hükümlerinden yola çıkılarak, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden 10 yıl gibi kanımızca uzun bir süre istifa edemeyen ve ancak disiplin işlemleri sonucunda TSK’ dan çıkarmalarına hükmedilerek karşılığında yüklü tazminat ödeme ve hatta bazı hallerde hapis cezası tehdidi ile karşı karşıya kalan subay veya astsubayların bu

dönemde zorla çalıştırma yasağı ile karşı karşıya kalıp kalmadıkları tartışılmıştır. Bu kapsamda çalışmamız iki bölümden oluşmuştur.

İlk bölümde “zorla çalıştırma yasağı” kavramı ayrıntıları ile incelenmeye çalışılmış bu kapsamda ilk olarak kavramsal olarak bu ilkenin ne anlama geldiği, kendisine kaynaklık eden uluslararası sözleşmelerdeki tanım ve unsurlar da dikkate alınarak açıklanmış, sonrasında gerek uluslar arası sözleşmelerde gerekse Anayasamızda bu kavramla birlikte kullanılan diğer kavramların “zorla çalıştırma yasağından farkları” irdelenmiş nihayet; zorla çalıştırma yasağının günümüze kadar geçirdiği aşamalar tarihi sürece bağlı kalınarak açıklanmıştır.

“Zorla çalıştırma yasağı” kavramı ilk bölümde böylece açıklandıktan sonra, ikinci bölümde Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunundaki bahsi geçen düzenlemenin şartları ayrıntılı olarak incelenmiş ve bu maddeye bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtimallerin, istifa alternatifsiz 10 yıllık mecburi hizmet süresini, zorla çalıştırma yasağına aykırı hale getirip getirmeyeceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenmiştir.

Çalışmamızda incelenen kararlar ve sözleşme hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi neticesinde, zorla çalıştırma yasağının 5 temel unsurdan oluştuğu ve bu unsurların hepsinin birden varlığı halinde fiilin “zorla çalıştırma” olarak nitelendirilebileceği değerlendirilmiştir. Buna göre kişi belli bir ücret karşılığında bir iş yapmalı, bu işi istemeden (zorunlu) yapmalı, bu zorunluluk kişinin kendi iç dünyasından çok dış faktörlerin onda yarattığı baskından kaynaklanmalı, kişinin çalıştığı iş ILO Sözleşmeleri, AİHS ve Anayasamızda belirtilen ve zorla çalıştırma olarak değerlendirilemeyecek istisnalardan olmamalı ve nihayet bu zorunluluk bir ceza tehdidinden kaynaklanmalıdır.

Özellikle de ceza tehdidi noktasında, TSK'nden ilişkinin kesilmesini gerektiren bazı hallerin (firar ve izin tecavüzü suçları) Askeri Ceza Kanununda suç olarak yer aldığını ve bunlar için – Anayasa mahkemesinin kararları sonrasında yapılan iyileştirmelere rağmen - hapis

cezası öngörüldüğü göz önüne alındığında, kişinin ceza tehdidi dolayısıyla bu fiilleri işlemeyerek zorunlu olarak mecburi hizmet süresinin bitimine kadar çalışmaya devam ettiği, bunun da zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Kanımızca, “ceza tehdidi” sadece hürriyeti bağlayıcı cezalara maruz kalma ihtimali olarak algılanmamalıdır. Çalışmamız içinde değindiğimiz AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, parasal yaptırımlar da “ceza” kavramı içinde değerlendirilebilmelidir. Özellikle ülkemizde kişi başına düşen milli gelir, astsubay ve subayların maaşları, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden çıkartıldıktan sonra belli bir süre işsiz kalma ihtimali gibi faktörler göz önünde bulundurulduğunda, ayrılmakla belli bir süre işsizlik riski ile karşı karşıya kalacak bir kişiye, bir de eğitim döneminden başlayarak yapılan tüm masrafların tüm kalemleri ve faizi yükletilme ihtimali karşısında, bu parayı ödemeyi göze alamayan bir subay veya astsubay istemeyerek bu sürenin dolmasına kadar çalışmaya devam eder ki, bu faktörler göz önünde bulundurulurken istenen para kanımızca “ceza” olarak algılanabilir niteliktedir.

Çalışmamızın sonunda, TSK Personel Kanununun 112. maddede düzenlenen 1. ve 5. fıkra hükümlerinin Anayasamızın 18. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağına aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKIN**, İlhan F., *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- ANAYURT**, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ÇAĞAN**, Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- DEMİR**, Fevzi, *Anayasa Hukuku*, İzmir, 2012.

- DOĞAN**, İlyas / **ÖZDEMİR**, Omca, “Kölelik ve Kulluk Yasağı”, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Astana Yayınları, Ankara, 2013.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt – 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GÖREN**, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref / **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011.
- KALABALIK**, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- KARAN**, Ulaş, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. İNCEOĞLU, Sibel, Beta Basım, İstanbul, 2013.
- KUZU**, Burhan, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, 1990
- MUMCU**, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR**, Mehmet Nihat / **BACAKSIZ**, Pınar / **DOĞAN**, Koray / **TEPE**, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010.
- ÖZBEK**, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2013.
- ÖZER**, Attila, Gereğçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası, Lazer Ofset, Ankara, 1996.
- ÖZTÜRK**, Bahri / **ERDEM**, Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2014.
- ŞAHİN**, Sultan / **POLAT**, Oğuz, “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde

Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S. 16, s.

TANÖR, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2013.

UZ, Abdullah / **AYDIN**, Feridun / **DEMİRCİOĞLU**, Mustafa / **BABACAN**, Hüseyin Güngör, *Mecburi Hizmet Yükümlülüğü ve Eğitim – Öğretim Giderlerinden Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Basımevi, Ankara, 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>.

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi.

http://tr.wikisource.org/wiki/Magna_Carta_Libertatum.

<http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776>.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53440c159a70d4.71430452.