ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında **Cerîde-i Mehâkim** adıyla yayın hayatına başlamıştır. Zaman içerisinde **Cerîde-i Mehâkim-i Adliye**, **Cerîde-i Adliye**, **Adliye Cerîdesi** ve **Adliye Dergisi** adlarıyla yayınını sürdürmüştür. 1946 yılından itibaren ise **Adalet Dergisi** ismiyle yayımlanmaktadır. Dergiye ilişkin dönemlendirme, bu tarihsel gelişim dikkate alınarak yapılmıştır. 2019 yılında yayımlanan 62-63. sayılarından itibaren dergi, hakemli akademik dergi niteliği kazanmıştır ve bu statüyle yayımlanmaktadır.

74
(2025/1)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 74 2025/1
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Yılmaz TUNÇ
Adalet Bakanı

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hurşit YILDIRIM
Bakan Yardımcısı

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Editörler Kurulu
Ahmet ULUTAŞ/Mural EROL
Dr. Musa TANRISEVEN/Yusuf ÖNÇIRAK

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇIRAK/Dr. Berat DUMAN

Dijital Koordinasyon: İsmail SARIKAYA
Tasarım: Hasan KELEŞ
Web Tasarım: İbrahim KÖSE/Enes ŞERBET
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/İsmail SARIKAYA
Özlem İNALKAÇ/Yavuz GÜÇTÜRK
Arşiv Dağıtım: Soner AKBIYIK/Alper USLU/Alper BAYSAL

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.
Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır.

Tüm hakları Adalet Bakanlığına aittir. İzinsiz çoğaltılamaz.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayımlanacak makalelerin intihal incelemesi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü işbirliği ile yapılmaktadır.

Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın.
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır.
Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
EMSAL MATBAA DAĞITIM
Hiz.San.ve Tic. Ltd. Şti.
Bahçekapı Mah. 2477 Cad.No:6 Etimesgut Ankara
Tel: +90 312 278 82 00 – Faks: +90 312 278 82 30
Etimesgut V.D.:3340992742

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Ahmet ULUTAŞ
Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Gn.Md.
Genel Müdür Yardımcısı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Dr. Musa TANRISEVEN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Yusuf ÖNÇIRAK
İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Cem Duran UZUN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

74. SAYI HAKEM KURULU*

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mine AKKAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Harun DEMİRBAŞ	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serdar GÜLENER	Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Sezer ILGIN	Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nesibe KURT KONCA	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yasin SÖYLER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İştar URHANOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa YAYLA	Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Ali ZENGİN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat AKSAN	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Barlas ARSLAN	Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi
Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Adem Ersin BAYRA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Recep DOĞAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Selman DURSUN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Canan ERDOĞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kevser Begüm İSBİR	Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Erdem KAŞAK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayrettin KURT	Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek SARAL	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TUMAY	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Burçak YILDIZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Gör. Zeynep ARDIÇ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fethullah BAYRAKTAR	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim BEKTAŞ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Refia KAYA	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Betül KAYAR	Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Merve A. K. İBRAHİM	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Samet TATAR	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman Hamza TÜZGEN	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Y. ÖZKAN	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serhan YILDIRIM	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Abdullah Vefa KARATAŞ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi

Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

Kamu Hukuku/Public Law

17-34 • **Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ -** Ali Himmet Berki'nin Bilinmeyen Bir Eseri: Kitābü'l-Mezāhir ve's-sicillāt

35-55 • **Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER-** İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları – II

The Debates on the Influence of Islamic Law on English Common Law – II

57-73 • **Prof. Dr. Uğur ERSOY -** Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkından Feragat Etmesinin Mümkün Olup Olmadığı Sorununa SEGBİS Özelinden Bir Bakış

A Look at the Problem of Whether it is Possible for the Defendant to Waive His Right to Be Present at the Trial From the Segbis Perspective

75-110 • **Prof. Dr. Mustafa AVCI / Doç Dr. Hüseyin BİLGİN -** Aday Sürücü Belgelerinin İptali İşlemlerine Karşı Açılan Davalarda Görevli Yargı Yolu Sorunu ve İdari Yargı Yerlerinin Konuya Yaklaşımı

The Problem of Jurisdiction in Lawsuits Against the Cancellation of Candidate Driving Licences and the Approach of Administrative Courts to the Issue

111-150 • **Doç. Dr. Recai AKYEL / Burak FIRAT -** Yasaların Anayasal Denetimi Bağlamında İptal Davası

The Action for Annulment in the Context of the Constitutionality Review of Laws

151-181 • **Doç. Dr. Hayrettin KURT -** İslam, Justice and Prejudice: Rethinking the European Court of Human Rights' Approach to Religious Symbols

İslam, Adalet ve Önyargı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dini Sembol Yaklaşımını Yeniden Düşünmek

183-216 • **Doç. Dr. Tekin AVANER / Dr. Bilge UZ / Dr. Zeynep OKTAY -** Divan-ı Mezâlim'den Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu'na Bireysel Şikâyet ve Dilekçe Hakkının Gelişimi

Evolution of Petition of Right in Public Administration from Divan-ı Mezalim to Ombudsman Institution of Turkiye

217-248 • **Dr. Öğr. Üyesi Hande Seher DEMİR -** İsrail-Gazze Krizi Hakkında Hukuki Bir Analiz: Devlet Egemenliğinin Sınırlan(ma)ması ve Devletlerin Sorumluluğu

A Legal Analysis of the Israel-Gaza Crisis: (Non)Limitation of State Sovereignty and Responsibility of States

249-273 • **Dr. Hacı Ali AÇIKGÜL** - İklim Değişikliğinden Kaynaklı İnsan Hakları İhlalleri Nedeniyle Devletin Yargılama Yetkisine İlişkin Uluslararası İnsan Hakları Organlarınca Verilen Kararların Analizi

Analysis of Decisions of International Human Rights Bodies on the Jurisdiction of the State for Human Rights Violations Arising From Climate Change

275-291 • **Dr. Süleyman ÖZAR** - Ceza Muhakemesinde Alternatif Çözüm Yöntemlerinin Adil Yargılanma Hakkı ile Sınanması Üzerine Düşünceler

Thoughts on Testing Alternative Solutions in Criminal Procedure Law with the Right to a Fair Trial

293-316 • **Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad KALIPÇI** - Vakıflar Kanununun 30. Maddesindeki Vakıf Yoluyla Meydana Gelme Şartının Aşar ve Rüsumu Konu Edinen Gayrisahih Vakıflar Bakımından Değerlendirilmesi

The Evaluation of the Condition of Formation through the Waqf in Article 30 of Waqfs Law in Terms of Gayrisahih Waqfs Regarding Tithe (Aşar) and Taxes (Rusum)

317-353 • **Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül KARAGÖZ** - 17. Yüzyılda Ayntab Şer'iyye Mahkemesinde Tapu Belgelerinin Düzenlenmesi ve Kullanılması

The Issue and Usage of the Title Deed Documents in the 17th-Century Ayntab Sharia Court

355-375 • **Dr. Öğr. Üyesi Uğur KARA** - Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Avrupa Birliği Vatandaşlığının Sosyal Haklar Bağlamında Değişen Rolü

The Changing Role of the European Union Citizenship Within the Context of Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice

377-411 • **Dr. Ertuğrul YAZAR** - Devletin Egemenlik Alanlarında Yabancıların Uluslararası Koruma Hakkı

The Right of Foreigners to International Protection in State Sovereign Areas

413-455 • **Dr. Öğr. Üyesi Dilara YÜZER ELTİMUR** - Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Çift Meclis Sistemine İlişkin Bir Değerlendirme

An Assessment of the Bicameral System in Comparative Constitutional Law

457-504 • **Dr. Öğr. Üyesi Ömer E. EGELİĞİ** - Anayasa Mahkemesi Kararlarında Almanya Federal Anayasa Mahkemesine Atıflar: Bir Yargısal Diyalog Örneği?

References to the German Federal Constitutional Court in the Decisions of the Turkish Constitutional Court: An Example of Judicial Dialogue?

505-531 • **Dr. Öğr. Üyesi Betül KALYONCU** - Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Çocuğun Çevrimiçi Cinsel İstismara Karşı Korunması

Protection of the Child Against Online Sexual Exploitation in the Light of International Human Rights Instruments

533-563 • **Hasan KAŞIKARA** - Elektrik Dağıtım Hizmetlerinde Hukuki Denetim ve İdari Yaptırımların Yargı Kararları Işığında İncelenmesi

Examination of Legal Supervision and Administrative Sanctions in Electricity Distribution Services in Light of Judicial Decisions

565-599 • **Arş. Gör. İsmail Doğukan BÖLÜKOĞLU** - Çocukların Suç İşlenmesinde Kullanılmasının Dolaylı Faillik ve Azmettirme Bakımından Değerlendirilmesi

The Use of Children in the Commission of Crimes: An Evaluation of Indirect Perpetration and Instigation

601-623 • **Sibel GÜZELDAĞ** - Cezaevi Ombudsmanlığı: ABD ve İngiltere Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi

Prison Ombudsman: A Comparative Analysis of the U.S. and England's System

625-654 • **Nagihan Arife ÇİFTÇİ** - Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi Koşulları Bağlamında 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. Maddesi ile Geçici 2. Maddesine Dair Bir Değerlendirme

An Evaluation of article 12 and Temporary article 2 of the Criminal Record La No. 5352 ithin the Context of Conditions for Deletion of Criminal Record and Archive Records

655-673 • **Muhammed Mustafa COŞAR** - Evrensel İnsan Hakları Standartlarını "Çeşitlilik" Anlayışıyla Yorumlama ve Kültürel Rölativizm

Universal Human Rights Standards Interpretation With the Understanding of "Diversity"and Cultural Relativism

675-695 • **Safa ERŞAN** - Housing As a Human Right: Analysing Legal Mechanisms and Standards at the Un and Regional Systems

Bir İnsan Hakkı Olarak Barınma: BM ve Bölgesel Sistemlerdeki Yasal Mekanizmaların ve Standartların İncelenmesi

697-718 • **Arş. Gör. Enes ERSÖZ** - Başıboş Sokak Köpekleri Sorununa Hukuki Bir Çözüm Önerisi: Yaşama Hakkı Zarar Gören İnsanlar Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülüğü

A Legal Solution to the Problem of Stray Dogs: The State's Positive Obligation in Respect of People Whose Right to Life is Damaged

Özel Hukuk/Private Law

721-742 • **Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER** - Sürdürülebilir Ürün AB Eko-Tasarım Tüzüğü ve Türk Hukukunda Düzenleme İmkanları

Sustainable Product, Eu Eco-Design Regulation and Regulation Possibilities in Turkish Law

743-763 • **Prof. Dr. Hacı KARA** - Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesinin Genel Özellikleri ve Sözleşmenin Türk Hukukuna Etkileri

General Characteristics of the Convention on the Judicial Sale of Ships and Its Effects on Turkish Law

765-787 • **Doç. Dr. Betül TİRYAKİ ÖZLÜK** - Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Uygun Olmayan Talimat ile Bağlılığı

Contractor's Compliance with Improper Instructions Within the Scope of the Construction Contract

789-820 • **Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR / Arş. Gör. Beyza AYDIN** - Türk İş Hukukunda Sendikal Ayrımcılık Yasağı ve ILO'nun Mevzuatımıza Yönelik Gözlemleri

The Prohibition of Trade Union Discrimination in Turkish Labour Law and Observations of the Ilo on Our Legislation

821-839 • **Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ** - Gaipliğin ve Gaibin Ortaya Çıkmasının (Zuhurunun) Vergi Hukuku Açısından Sonuçları

Results Absence and the Emergence of the Absentee in Tax Law

841-871 • **Dr. Öğr. Üyesi Sinem BOZDAĞ ATAOĞLU** - Türk Borçlar Hukuku Sisteminde Eser Sözleşmesine Konu Eser Kavramı

The Concept of Work Subject to a Contract of Work in the Turkish Law of Obligations System

873-910 • **Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TOPAK** - İflasta İşletmenin Devamı veya Kapatılmasına İlişkin Karara Esas Kriterler

Criteria for the Decision on the Continuation or Closure of the Business in Bankruptcy

911-945 • **Dr. Öğr. Üyesi Esra ÖZEN** - Siyonizm Karşıtı Görüşlerin Düşünce ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunması: Miller V. University of Bristol- Bristol İş Mahkemesi Kararı

Protection of Anti-zionist Views Within the Scope of Freedom of Belief and Expression: The Case of Miller v. University of Bristol- Decision of Bristol Employment Tribunal

947-975 • **Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ** - Yapay Zekânın Hukuki Gelişimi ve AB Yapay Zekâ Yasası

Legal Development of Artificial Intelligence ond EU Artificial Intelligence Act

977-997 • **Dr. Öğr. Gör. Murat CANGÜL** - Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilsiz Tasarım Hakkının Korunmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Etkisi

The Effect of Good Faith of Third Parties in Protecting Unregistered Design Rights According to the Industrial Property Law

999-1026 • **Dr. Öğr. Üyesi Burçin YAZICI** - Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğindeki Güncel Değişikliklerin Değerlendirilmesi

An Evaluation on the Recent Amendments in the Union of Turkish Bar Associations' Regulation on Advertising Prohibition

1027-1055 • **Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ** - Türk Hukukunda Çevrimiçi Platformların Düzenlenmesi İhtiyacı

The Necessity of Regulatory Frameworks for Online Platforms under Turkish Law

1057-1075 • **Arş. Gör. Dr. Nurdan BALKAN** - Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirketin Bağlı Şirketin Haksız Fiil Teşkil Eden Hukuka Aykırı Eylemlerinden Sorumluğu

The Liability of the Parent Company for the Torts Committed by the Subsidiary Company Within a Group of Companies

1077-1113 • **Arş. Gör. Umut DİLAVER** - Dış Kaynak Kullanımına Yönelik İşletmesel Karar ve Denetimi

Operational Decision Regarding Outsourcing and Control of the Decision

1115 • **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**

1124 • **Yazım ve Atıf Kuralları**

KAMU HUKUKU

ALİ HİMMET BERKİ'NİN BİLİNMEYEN BİR ESERİ: *KİTĀBÜ'L-MEHĀZİR VE'S-SİCİLLĀT*[*]

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ[**]

GİRİŞ

Sahaflara uğrayıp kitap almak bazan şaşırtmaçlara açıktır. Nasibinize göre, ummadığınız, aramadığınız bir kitap, bir belge, mektup, telgraf gelir sizi bulur. 12 Aralık 2024 perşembe günü akşamı böyle oldu! İstanbul-Kadıköyde bir sahaftan aldığım evrak ve el yazmaları arasında birisinin benim için çok özel bir anlam taşıdığını, üzerine biraz araştırma yapınca anladım. Bu, Ali Himmet Berki'nin şimdiye kadar bilim âlemine meçhul kalan bir eseriydi. Heyecanla eserin başka bir nüshasının olup olmadığını araştırdım. Bir nüshası daha vardı fakat kataloğu yapılırken, hataen başkasına adına yazıldığı için, bugüne değin, dikkati çekmekten uzak kalmıştı. Üstelik, bu başkasına mal edilen eser, elimizdeki esere göre daha tam ve hataları düzeltilmiş bir nüsha idi.

Gerçekten de eserin Atıf Efendi Kütüphanesinde başka bir nüshası daha vardır. Fakat bu nüshada müellif adı Ali Himmet değil *Ali Hikmet* yazıldığından, bugüne kadar gözden kaçmış, hiçbir kaynakta zikredilmemiştir. El yazmasının çok iyi tanınan Ali Himmet Berki'ye ait olması ve bugüne kadar meçhul kalabilmesi de ilgi çekicidir. Ali Himmet, bu eserini erken bir tarihte kaleme almıştır. Eserden, Ali Himmet Berki biyografilerinde söz edilmediği gibi, yazarının herhangi bir yerde bu kitaptan söz ettiğine de rastlamadık[1]. Dolayısıyla bu keşif sebebiyle büyük bir heyecan duymam tabiidir. Öte yandan, adına rağmen bu eserin ilgili eserleri değerlendiren veya onlardan söz eden yazılara girememesi de ilgi çekicidir.

---

[*] Katkıları için Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad Kalıpçı, Arş. Gör. Esra Çetinkaya, Arş. Gör. İbrahim Enes Onat'a teşekkür ederim.

(Editör Notu: Bu makale hakem denetimine girmemiştir.)

[**] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, fgedikli@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3919-9494 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676580

[1] Ali Himmet Berki, babasının kadılık yaptığı Elbistanda 16 Ocak 1882 günü doğmuştur. Ailesi Antalyanın ilçesi İbradının Unulla köyündendir. Ali Himmet, Ali Birinci'nin tanımıyla "yazılmamış bir destan gibi olan meslek hayatı"ndan sonra Ankarada 24 Mayıs 1976 tarihinde 94 yaşında ölmüştür. Burada Ali Himmet Berki'nin hayatı hakkında bilgi vermek yerine, Ali Birinci'nin aşağıdaki makalesine bakılmasını öneririm: "Hukuk Tarihimizde Baba-Oğul 'Berki'ler Ali Himmet Berki ve Şakir Berki", Sy. 24, 2017 (Güz), THTA Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 5-53. Ayrıca bk. Ayşe Mine Akar, "Ali Himmet Berki ve Hukuka Dair Eserleri", ylt, Marmara Üni. SBE, İstanbul 2013, "İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi"; Ahmet Akman, "Ali Himmet Berki'ye Göre Yargılama ve Hâkimlik", Aralık 2022, C. 12, S. 2, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AkdHFD), s. 439-455.

İşte bu yazıda bu keşif duyurulacaktır. Eserin yeni teşhis edilmiş bir yazma olması, hakkında alan yazında bir şey olmaması nedeniyle "yazma" merkezli kısa bir inceleme yapılacak, elimdeki nüsha ile Atıf Efendi Kütüphanesindeki nüsha kısaca tanıtılacak, "İfade-i mahsusa" kısmı karşılaştırılacak ve sonunda Atıf Efendi nüshasının Fihrist kısmı ek olarak verilecektir. Böylece okuyucu eserin içeriği hakkında daha tam bir bilgi, dolayısıyla fikir edinebilecektir.

I. YAZMANIN TÜRÜNE İLİŞKİN BİRKAÇ SÖZ

El yazmasının adı *Kitabü'l-mehāzir ve's-sicillāt*dır. Mehāzir (mehādir/mehādır) ve's-sicillāt türü eserler İslam hukukunda başlangıç devirlerine değin geri gider. Bugün daha çok sicillat ve şürut ilmi olarak bilinip tanınan bu ilim için tarih boyunca aynı kavramı ifade etmek üzere çok sayıda terim kullanılmıştır. Malikî coğrafyasında ve modern dönemde ilm-i tevsîk terimi daha yaygındır. Diğer eş anlamlı kelimeler ise ilmu'l-mehādır ve's-sicillāt, ilmu'l-vesāik, ilmu'l-hükm ve'ş-şürût, ilmu'l-ukûd, el-kitābetü bi'l-adl, ilm-i sakk, ilmu'ş-şart, ilmu ezkāri'l-hukûk gibi terimlerdir. Bu ilmin gayesi tevsik etme, başka deyişle, belgeleyerek mahkemelere intikal etmiş veya etmemiş herhangi bir dava veya işlem halinde ihtilafı önlemek veya tereddütleri gidermek, açıklık, belirlilik sağlamaktır. Şenol Saylan, "Şürût ilminde uzman olan kimseleri ifâde etmek üzere daha çok "şürûtî", "ehlu'ş-şürût" ve "müvessık" terimleri; belgeyi düzenleyen kişiyi ifâde etmek üzere ise "şerrât", "kâtibu'ş-şürût", "sâhibu'l-vesaik", "vesâikî", "vessâk", "kâtibu's-sakk", "sakkâk", "udûl", "kâtibu'l-adl", "eş-şuhûdü'l-udûl", "âkid", "mukâvelât muharriri" terimleri kullanılır." demektedir[2].

Yirminci yüzyılda bu ilim dalıyla pek meşgul olunmamıştır. Süleyman Kaya modern dönemde tespit edebildiği ilk çalışma olarak Halit Ünal'ın, "Şurut-Sukuk: İslam Hukukunda Belge Tanzimi", (Diyanet Dergisi, 1986, c. XXII, sy. 3.) yazısını anmaktadır[3]. Tarih boyunca bu alanda birçok eser kaleme alınmış; Osmanlılar da bu alana birçok sakk veya şurut kitabı yazarak katkıda bulunmuşlardır. Süleyman Kaya, aşağıda anılan çalışmasında bunları genel olarak değerlendirmiştir. Elbette sakk veya şürut kitapları Kaya'nın makalesinde zikredilenlerden çok daha fazladır. Hatta bunların tam bir çizelgesini yapmanın da güç olduğunu belirtmek gerekir, çünkü bütün yazma eserlerin görülüp kataloglanmasından sonra sağlama yakın bir çizelge çıkarılabilir.

Bu şerhi düştükten sonra Kaya'nın zikrettiği bazı Osmanlı sakk eserlerini biz de anabiliriz: Bunlar arasında, *Risaletün fi haleli'l-mehâdiri ve's-sicillat* (Mahmud el-Hamzavi), *Mu'inü'l-hükkam* (Atıf Efendi Ktp. ll 72) gibi muhakeme usulüne dair eserler ile *Mu'inü'l-kudat* (Abdurrahman b. Ali el-Amasî), *Levazimu'l-kudat ve'l-hükkam* (Mustafa b. Mehmed es-Sirozi), *Ravzatü'l-kudat* (Ebubekir et-Tokadi), *Hediyyetü'l-kudat* (Halil Niyazi) gibi fıkıh ve fetva kitaplarında yer alan hükümlerin kadıların daha kolay müracaat edebilecekleri tarzda sunulduğu, hatta

---

[2] Şenol Saylan, "İslam Hukukunda Belge Tanzîmi: İlm-i Şürût (Belgeleme İlmi)", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, haz. Fethi Gedikli, On İki Levha, İstanbul 2014, s. 375.

[3] Süleyman Kaya'nın makalesinden sonra Ayşe Aktaş da bir yüksek lisans tezi yazmış ve Küçük Ali Haydar Efendinin kitabını incelemiştir. Aktaş, tezinde bu konuda Türkiyede yapılan çalışmaların çizelgesini çıkarmıştır. Bk, Aktaş, "Osmanlılar'da Şurût İlmi: Ali Haydar Efendi Örneği", ylt, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi SBE, Dan. Asım Cüneyd Köksal, İstanbul 2017, s. 3.

bazılarında mahkemede tarafların ileri sürebilecekleri iddiaların değerlendirildiği eserlerin kaleme alındığı görülmektedir.[4]

Kaya, 19. yüzyıl sakkleri olarak şunları saymaktadır: *Cevahirus's-Sukuk, [Sakk-i Kayseriye], Dürru's-Sukuk, el-Mecmu'u'l-müsevvidat*[5]. Bunlar içinde bizim burada tanıttığımız Ali Himmet'in eseri bulunmamaktadır.

Ayşe Aktaş yüksek lisans tezinde[6] 20. yüzyılda yazılan sakkler için şu eserleri kaydetmiştir:

1. Şevkî, *Sakk-ı Adlî-i Hukukî*, 1327/1909

2. Şevkî, *Sakk-ı Adlî-i Ceza Kısmı*, 1326/1908

3. Ali Haydar Efendi, *Tatbikât-ı Şer'iyye Dersi*, 1333/1917

4. Ali Haydar Efendi, *Kitâbü'l-mebâhisi'l-mühimme fi't-tatbikâti'ş-şer'iyye ve'l-hukukiyye*, 1340/1924

Görüldüğü üzere, bunlar arasında tanıttığımız eser yoktur[7]. Ali Himmet'in Osmanlı dünyasında daha yaygın olarak "sakk"i veya yukarıda anılan şürut, vesaik gibi terimleri kullanmayıp eserine, Serahsî'nin *Mebsût*undaki ara başlığı; "Kitābu'l-mehāzir ve's-sicillāt"ı seçmesi, geleneksel sakk kitapları dışında, farklı, özgün bir kitap yazmayı hedeflemesinde bulunabilir.

Burada belirtelim ki, şurut veya sukuk ilminin Osmanlılarda Tanzimata kadar ve Tanzimattan sonra gelişmesi farklı olmuştur. Bu hususa A. Aktaş da tezinde vurgu yapmakta ve "Sukûk ilmi Ali Haydar Efendi'nin yaşadığı dönemde "Tatbikat-ı Şer'iyye" adını almıştır.[8]" demektedir. Hem Küçük Ali Haydar Efendinin, hem de Ali Himmet Efendinin kitabı Tanzimat sonrası yeni anlayışla bir ilim dalı kitabı olarak sukuk eserlerinin temayüz etmiş örneklerindendir. Bu iki kitabın mukayesesinin[9] yapılması ilgi çekici olurdu ancak bu yazının amacını aştığı için bu iş bir yana bırakılmıştır.

---

4 Kaya, "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", C. 3, Sy. 5, 2005, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, s. 379-416.

5 Kaya, 412-414.

6 Ayşe Aktaş, 69.

7 Ali Himmet Efendinin eseri bilinmediği gibi A nüshası da herhangi bir şekilde söz konusu çalışmalarda zikredilmemiştir.

8 Aktaş, s. 21-22.

9 Aktaş, 77. sayfada kitabın içeriğini özetlemiştir: Medresetülkudatta verilen derslerin notları olan kitap 1333/1917'de basılmış olup Ali himmet Efendinin kitabının yarısı hacmindedir. Ele aldığı konular ise şunlardır: "Ali Haydar Efendi öncelikle ilim sonra amel yani tatbikat gelir diyerek esere başlamakta ve bu eserin içeriğini beş bölüme ayırmaktadır. Birinci bölümde tatbikat hakkındaki genel meseleler açıklanmaktadır. İkinci bölümde vesikaların ihtiva etmesi gereken bazı meseleler incelenmektedir. Üçüncü bölümde ise vesikaları eksik ve hatalı(bozuk) yapan şeyler hakkında bilgi verilmektedir. Dördüncü bölüm ise son zamanlarda fetvahaneye verilip nakz edilen vesikalar hakkındadır. Beşinci bölüm ise sınıfta mahkeme teşkil edilerek icra olunacak muhâkemât hakkındaki eleştirilere dairdir."

II. YAZMANIN ŞEKLE İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

Şimdilik eserin iki nüshası bilinmektedir. Birisi Atıf Efendi Kütüphanesi nüshasıdır. Bunu A nüshası, elimizdeki nüshayı ise F diye işaretledik.

A Nüshasının Fiziksel Özellikleri:

Atıf Efendi Kütüphanesindeki nüshanın tasnif numarası 297.5, koleksiyon adı Atıf Efendi Ek Koleksiyon no.: 00015tir. Fiziksel özellikleri 246+4 sayfa, her yüzde satır sayısı umumiyetle 18, ebadı 23,3x16,6'dır. Hattı harekesiz nesihtir. Eser ciltlidir.

Bu nüsha, "Fihrist" başlıklı sayfadan önceki üç sayfa atlanarak sonradan kurşun kalemle numaralanmıştır. El yazması 246 sayfa olarak numaralanmış ancak muhtemelen sonradan yeni rakamlarla değişik bir şekilde bu kez varağın a ve b yüzü yeniden numaralanmıştır.

Söz konusu numarasız sayfaların ilkinde şu not vardır: "Nezaret-i Evkâf-ı Hümayun Müessesat-ı İlmiye Kalemi numara: 31. Yine bu ilk sayfada kitabın vakfedildiğine dair şu bilgiler vardır:

"Âtıf Efendi Kütüphanesi hâfız-ı kütüb-i evvelliğine

"Fıkha aid olup Amasya kadısı tarafından vakfedildiği beyanıyla mahalli evkaf memurluğundan irsal olunan *Kitabu'l-mahazır ve's-sicillât* namındaki eserin kütübhanenize vaz'ı tensib edildiği ve hademe Yusuf Ağa'ya teslimen gönderildiği beyanıyla fihristinize kayd ve ilavesi teveccüh olunur. Fi 26 Kanunisani 334 [26 Ocak 1918]. Nusret."

Bu notun altında Evkaf-ı Hümayun Müessesât-ı İlmiye Müdiriyetine ait mühür ve imza vardır.

Sonra gelen sayfa boştur. Numarasız üçüncü sayfaya ise *Kitābu'l-Mehāzır ve's-sicillāt* "Sâbık fetvahane memurlarından ve Medresetülkuzat muallimlerinden Amasya kadısı Ali Himmet bin Osman el-Aksekî. İhtar: (Sin) Satır başı olması lazım olduğuna işarettir." notu düşülmüştür.

Bu sayfanın sol üst kısmındaki yatık yazı "Amasya kadısı Ali Himmet Efendi tarafından vakfedilip müessesât-ı ilmiye-i vakfiye idaresi canibinden Vefa'da Âtıf Efendi kütüphanesine vaz' olunmuştur. Fi 14 Rebiülahir 336 ve fi 27 Kanunisani 334" [27 Ocak 1918] bilgisini vermektedir.

Yatık yazının altında yine Evkaf-ı Hümayun Müessesât-ı İlmiye Müdiriyetine ait mühür vardır. Burada kaşesi basılarak ATIF EFENDİ KÜTÜPHANESİ Kütük: 15 Tasnif: 297.5 yazılıdır.

"Fihrist" dördüncü sayfadan başlamaktadır. Fihristin 9 sayfalık ilk bölümünden sonra 3 sayfa boş bırakılmıştır. Boşluktan sonraki ikinci kısmı 11 sayfa tutmakta, böylece "Fihrist"in toplam sayfa sayısı yirmiye yükselmektedir. Belirtelim ki, Fihristteki başlıklar ile metindeki karşılıkları eşleştirildiğinde önemsiz bazı küçücük farklar müşahede edilmektedir.

"Fihrist"i, sabık Amasya müftüsü Mecîdîzâde Abdurrahman Kâmil[10] (v. 14a) ve Amasya müftüsü Mustafa Tevfik bin Hüseyin bin Mehmed el-Köprî el-Amasî'nin[11] yazdığı Arapça sunuş yazıları olan takrizler (s. 25- 28) takip etmektedir.

Takrizlerin ardından, 29. sayfada *Kitābu'l-Mehāzir ve's-sicillāt* "Sabık fetvahane memurlarından ve Medresetülkuzat muallimlerinden Amasya kadısı Ali Himmet bin Osman el-Aksekî" şeklinde 2. kez iç kapak konmuştur. Buraya da "Atıf Efendi Kütüphanesi 161 Teberru" kaşesi vurulmuştur.

Bundan sonra "İfade-i Mahsusa" (s. 30-32) gelir. İfade-i Mahsusadan sonra eser s. 34'ten başlamakta s. 246'da sona ermektedir. Sonunda mühür ve kaşe tekrar vurulmuştur.

F Nüshasının Fiziksel Özellikleri:

Özel kütüphanemizdeki nüsha, 25x17 ve 16,5x10,5 ebadında, her sayfada ekseriyetle 19 satır olan, çok işlek ve güzel bir harekesiz nesihle yazılmış 113 sayfa (57 yaprak) hacminde eksik bir el yazmasıdır. Sonradan el yazmasının yarıya yakın kısmı kaybolmuştur. İstinsah ve mülkiyet kaydı yoktur. Başında *Kitābu'l-Mehāzir ve's-Sicillāt*dan sonra, sonradan üstü çizilmiş olan "İstinsah eden çokça hata etmiş ve tashih edilememiş olduğu" kaydı düşülmüştür. Yazarı da "Müellifi

---

10 Hakkında geniş bilgi için bk. Recep Orhan Özel, "Amasya'da Bir İlim Yuvası: Mecdîzâde Abdurrahman Kâmil Yetkin (ö. 1941) ve Oğulları Mehmet Sabri Yetkin (ö. 1963), Ahmet Emrî Yetkin (Ö. 1974), Mustafa Niyazi Yetkin (Ö. 1959)", Yıl 2018, Sy, 10, Amasya İlahiyat Fakültesi Dergisi (AUID), s. 39-72 ve Avni Erdemir, "Amasyalı Abdurrahman Kâmil (Yetkin) Efendi'nin Şairliği ve Türkçe Şiirleri", Yıl 2019, Sy. 12, Amasya İlahiyat Dergisi, s. 153-194.

Ali Himmet Efendinin sakk kitabının değerlendirmesini içeren takrizinde eski Amasya müftüsü Mecdîzâde Abdurrahman Kâmil, eseri dikkatlice incelediğini ve onun şeriata uygun, sağlam ve değerli bir çalışma olduğunu ifade ederek, zan ve şüphelerden uzak, bilgili ve yetkin bir kişi tarafından yazıldığını belirtmektedir. Ardından, Ali Himmet Efendiyi överek onun adaletli, faziletli ve bilge bir insan olduğunu vurgulamaktadır. Takriz, Allah'tan müellife lütuf ve uzun ömür dileğiyle sona erer.

Amasya müftüsü Mustafa Tevfik ise takrizine, hukukî meselelerin çoğalması, insanların haklarına ulaşması için hâkimlere müracaat etmesindeki şiddetli ihtiyacı sicil, belge ve zabıt kayıtlarının nasıl tutulması gerektiği ile ilgili edebiyatın oluşturulması ihtiyacına sebep olduğunu ifade ederek başlamıştır. Ona göre bu edebiyat, kadı ve müftüler için bir ayna konumundadır. Bu zamana değin ulemadan yüksek kadı ve hâkimler büyük bir gayret ile bu edebiyatın oluşmasına katkı sağlamışlardır. Fakat bu çalışmalarda, sicillerdeki açıklanması gereken ibare ve kayıtlar, o mesele ile ilgilenen müftü ve hâkimlere duyulan güven gereği açıklığa kavuşturulmamıştır. Günümüzde ise bitkinlik ve tembelliğin artması, çalışma azminin ve gayretin azalması nedeniyle bu eksikliğin giderilmesi hiç şüphesiz büyük bir ihtiyaçtır. Ali Himmet Efendi, bu eksikliği gidermek için işe koyularak ilgili malzemeyi toplamış ve belirsiz ibare ve kayıtları da açıklığa kavuşturmuştur. Aynı zamanda konu ile ilgili muteber fıkıh kitaplarından derlediği fıkhî meseleleri de çalışmasına eklemiştir.

11 Hem Hacı Tevfik Efendi hem de Abdurrahman Kamil efendiler hakkında bk. Ali Sarıkoyuncu, "Milli Mücadele'de Amasya Müftüleri (Hacı Tevfik ve Abdurrahman Kamil Efendiler)", Nisan-Mayıs-Haziran 1995, C. 31, Sy. 2, Diyanet İlmi Dergi, s. 61-100. Yazıda Amasya müftüsü Hacı Tevfik Efendinin, Mustafa Kemal'in Amasyaya gelmesini iştiyakla karşıladığı, büyük manevi dayak olduğu ve orada bulunduğu sürece hiçbir himmeti kendisinden ve arkadaşlarından esirgemediğine dair ilgili çekici bilgiler vardır.

sabık fetvahane memurlarından ve Medresetülkuzat muallimlerinden Amasya kadısı Ali Himmet bin Osman" biçiminde yine bu ilk sayfada belirtilmiştir.

Cildi karton kapaklı, sırtı bezli, zamanla yaprakları şirazesinden kopup dağılmış vaziyettedir. Karton kapağın sol üst kısmı ve izleyen ilk yaprak bir üçgen şeklinde kırılıp düşmüştür. İlk yaprak tamir edilmiştir. Karton cilt kapağının uçlarında da küçük üçgenler biçiminde bez yerleştirilmiş vaziyettedir.

F nüshasının iki ve üçüncü sahifelerinde yazarın "İfade-i mahsusa"sı yer almaktadır. Dört ve yedinci sayfalar kaybolmuş görünmektedir. Sekizinci sayfa boş bırakılarak 10. sayfadan itibaren kitabımız besmele ile başlamakta ve "Mukaddime iki kısımdır fasl-ı evvel" diye devam etmektedir. A nüshasında olan "Fihrist" bölümü ve ardından gelen iki "takriz", F nüshasında yoktur. Çok sayıda tashih gördüğü için onun müsvedde olarak bırakıldığı yorumu yapılabilir.

A nüshasında olduğu gibi, F nüshasının varaklarının b yüzünün son satırından sonra, metni takip için altta ayaklar (reddadeler) konulmuştur. Bir el, sonradan bütün metni gözden geçirerek kırmızı kalemle bazı kelime veya cümleleri çizerek alta, üste, kenara yine okunaklı bir şekilde çok sayıda ve uzunca tashihler yapmıştır. Bu kadar dikkatli bir tashihin ancak müellif tarafından yapılabileceğini düşünüyorum. Bu sebeple, bu nüshanın müellifin tashihinden geçtiğini ileri süreceğiz.

Eserin sonunda hangi tarihte yazıldığına dair bir kayıt yoksa da A nüshasındaki vakıf kaydı 26 Ocak 1918 tarihini taşıdığına göre, bundan bir müddet önce yazılmış bitirilmiş olmalıdır. Müellifin Amasya kadılığı yaptığı sırada eserini vakfettiğinden ve eserin üzerinde müellifin kendisini "sabık Fetvahane memurlarından ve Medresetülkuzat muallimlerinden Amasya kadısı Ali Himmet b. Osman" şeklinde tanıtmasından yola çıkarak eserini Medresetülkuzat muallimliği döneminde yazmaya başlayıp Amasyadaki görevi sırasında tamamladığı ileri sürülebilir. İkinci bir ihtimal müellifin bunu kadı bulunduğu Amasyada yazıp bitirmiş olabileceğidir. Belirtelim ki, aşağıda "İfade-i Mahsusa"da açıklayacağı üzere müellif böyle bir eseri yazmaya Medresetülkuzattaki sakk hocası eski şeyhülislamlardan Hüseyin Hüsnü Efendiden[12] etkilenerek niyet etmiş ve kütüphanelerden kitap toplamaya başlamıştır.

Ali Himmet Efendi, Amasya Kadısı iken *Fazıl'ın Galatât Defteri* adıyla yazdığı bir kitabını (Amasya Kadısı Ali Himmet, Şems Matbaası, 1922) Samsunda bastırmıştır. H. Basri Erk, "1330da (M. 1912) Tokad Kadılı[ğı] ile oranın Bidâyet Mahkemesi İstinaf reisliğine tayin edilmiş, oradan Amasya Kadılığı ile Bidâyet İstinaf reisliğine nakil olunmuş; 1336da (M. 1917-1918)de tekrar Tokad Kadısı ve mahkeme reisi olmuş"[13] bilgisini vermektedir.

Yapılan tashihleri göstermek amacıyla iki nüshanın sadece "İfade-i Mahsûsa" kısımlarını karşılaştırmak yeterli olacaktır. F nüshasında bu bakımdan büyük tashihler yapıldığı hemen anlaşılacaktır. Tashihleri dipnotlarda gösterdik. F nüshası her sayfasında bunun gibi pek çok tashihler ile doludur. Bu durum, nüshanın başına düşülen "istinsah eden çokça hata etmiş ve tashih edilememiş

---

12 Hayatı ve eserleri için bk. Mehmet İpşirli, "Hüseyin Hüsnü Efendi", TDV İslâm Ansiklopedisi, 1998, C 18, s. 552-553.

13 https://istanbulansiklopedisi.org/handle/rek/6582 (E. T. 08.03.2025)

olduğu" notunun birinci kısmındaki tespiti doğrulamaktadır. Ancak notun ikinci kısmına rağmen nüshanın sonradan tashih gördüğü anlaşılmaktadır.

Eserin dili Türkçedir ve ilmî bir kitap olarak yazılmıştır. Metin içine kırmızı kalemle bazı yerde 1, 2, bazı yerde * işareti konularak dipnotlarda izahlar yapılmış ve kaynaklar gösterilmiştir. Mesela, *Şurût Alâ'ī*, *Mebsût*-ı Serahsi'nin *Kitābu'l-Mehāzir ve's-Sicillāt*, Sadrü'ş-Şehid Hüsameddin'in *Şerhu Edebi'l-Kādī*, Celâlî'nin *Kitabu'ş-Şurut* vb. eserlere atıflar yapılmış ve bazen Arapça nakiller de yapılmıştır.

Eserin, sakk kitaplarından farkı "numune"lerden ibaret olmaması, konuya ilmî bir disiplinle yaklaşmış olması, ele aldığı konulara dair bilgiler vermesi, açıklamalarda bulunması, bazen de numuneler sunması, örneklerdeki aksaklıkları yani "halelât"ı göstermesi, onun farklılığı ve dolayısıyla yeniliğidir. Bu noktada bir bilgi olarak bazı numunelerin hayli uzun olduğu da belirtilebilir.

Keşfimizi açıklar ve eseri tanıtırken Ali Himmet Efendinin Amasyada kaldığı süre zarfında oldukça geniş bir ulemâ çevresiyle karşılaştığını, bunlardan sabık Amasya müftüsü Mecîdîzâde Abdurrahman Kâmil ve görevdeki Amasya müftüsü Mustafa Tevfik Efendilerden yararlanmış olabileceği tahmin edilebilir. Bu yararlanma, fikir teatisinde bulunmak biçiminde olabileceği gibi, tek başına kalmadan entelektüel bir ortam içinde bulunmak ve belki onların hususi kütüphanelerinden istifade etmek, hatta bu entelektüel ortamca teşvik edilmek biçiminde de olabilir. Herhalde yazarın Amasya şehrinde ilmî mesaisini sürdürmeğe müsait bir çevre bulduğu, orada hem tanıttığımız eseri, hem de *Fazıl'ın Galatât Defteri*ni yazmış olmasından anlaşılmaktadır.

III. ESERİN İÇERİĞİ

Ali Himmet Efendi kitabını yazdığı şurut ilminin ortaya çıkışını H. 120 yılında Kufe kadısı olan İbn Abdullah Şübrüme'ye dayandırmaktadır. O, bu ilmin doğma sebeplerini, ihtilafları çözmede belge tanziminin önemini, ulemanın bu ilmin esaslarını koymasını ve eserler yazmasını, sonra gelen ulemanın da bu ilmi yeni eserler yazarak geliştirdiklerini ve müçtehitlerin Kitābu'l-mehāzir ve's-sicillāt ünvanı altında mühim izahlar verip ilamlardaki aksaklıkları saydıklarını ve uyguladıklarını belirtmektedir. Ancak sonraları Arapça ve Türkçe birçok ve müstakil kitaplar yazılmış olmasına rağmen, "devr-i terakkî ve tekâmülden sonra eser-i selefe ıktifâ edilmediğinden" yani "öncekilerin yolundan gidilmediğinden" bu ilim terk ve ihmal edilmiştir. Hele daha sonraları salt öncekiler taklit edilmiş ve örneklerin olduğu kitaplar geliştirilmeden tekrarlanmıştır. Şeyhülislam-ı esbak Hüseyin Hüsnü Efendi merhum Medresetülkuzata sakk muallimi tayin olununca kısa süren öğretimi sırasında şurut bir ilim olarak öğretilmiş ve o vakitten beri Ali Himmet Efendide araştırma düşüncesi uyanmıştı. İşte Ali Himmet Efendi, feyzin semeresiyle kütüphaneleri dolaşarak bulabildiği eserleri inceleyerek bu kitabı yazmıştır. Sırf bu ilmin ihyâsına yani diriltilmesine vesile olma emeliyle bu eseri karalamağa mütecâsir olmuştur. Ali Himmet Efendi son olarak kitabının programından bahsetmekte, ardından da alıştırma olması için her "kitab"a "gayrisahih ilamlar" ile onların aksaklıklarını gösteren "halelât"ları içeren "hatime" ile son verdiğini belirtmektedir.

Ali Himmet Efendinin burada kullandığı "devr-i terakkî ve tekâmül" ifadesi, Tanzimat sonrası yapılan kanuni düzenlemelere ama bilhassa Mecelle devrine atıfta bulunuyor denebilir.

Bu "İfade-i Mahsusa"dan eserin yazılmasının yazarın tâ Medresetülkuzattaki talebelik yıllarında hocası Şeyhülislam-ı esbak Hüseyin Hüsnü Efendiden aldığı feyzle başladığı anlaşılmaktadır.

F nüshası eksik olduğundan A nüshası üzerinden kitabın içeriği hakkında kısa bilgiler verilirse eserin bir mukaddime, iki kitab, iki hâtime ve toplam 27 fasıl şeklinde tanzim edildiği belirtilebilir. Bu bölümler şöyledir:

(Mukaddime: İki fasıldır) s. 34

(Kitâbu'n-Nikâh: Beş faslı ve bir hatimeyi havidir) s. 40

(Hâtime: Gayrisahih ilamlara dair olup üç faslı havidir) s. 120

(Kitâbu't-Talak: On bir faslı ve bir hatimeyi havidir) s. 148

(Hâtime: Gayrisahih ilamlara dair olup altı faslı havidir). s. 120

Fihriste bakıldığında kitabın esas olarak nikâh ve talâk, başka deyişle evlenme ve boşa/n/ma konularına tahsis edildiği anlaşılır. Müellif evlenme ve boşama/boşanma konularıyla doğrudan ve dolayısıyla ilgili konuları izah ettikten sonra 2+5+8 olmak üzere toplam 15 adet "Numune" ve 23 adet "Halelât"a da yer vermektedir. "Numune", "örnek" demek olup bilinen bir şey ise de "halelât" hukuk edebiyatımızda ender kullanılan bir terimdir. Arapçadan gelen "halel", "bozukluk, eksiklik, fesat, noksan" anlamındadır. "Halelât", "halel"in çoğul biçimidir ve mahkeme belgelerindeki eksiklik, aksaklık ve bozuklukları anlatmaktadır.

Burada iki nüshanın farkları hakkında bir fikir vermesi için tam ve düzgün yazılmış olan A nüshasındaki "İfade-i Mahsûsa" kısmı esas alınarak, eksik ve tashihli olan F nüshasında farklar dipnotlarında işaret edilmiştir.

"İfade-i Mahsûsa

Sicillât ve vesâik yüz yirmi [M. 737-738] tarihinde Abdullah bin[14] Şübrüme hazretleri tarafından ihdas olunmuştur. Zaman-ı Saadette ve Hulefâ-yı Raşidîn ve Abdullah bin Şübrüme zamanına gelinceye değin Tâbiîn zamanlarında vukû'-yâfte olan havadis ketb ve tevsîk edilmez yalnız iftâ ve tenbih-i şifahî ile ıktifâ olunurdu. O zamanlarda havadiste nedret ve nâsda safvet bulunduğu cihetle ketb-i vesâike ihtiyaç yok idi.

Fakat müşârunileyh tarih-i mezkûrda Kûfe'ye kadı olduklarında vakıât mütekessir ve kudâta müracaat mütezâhim ve nâsda dahi[15] beyyine-i ahlakiye mütezelzil olması hasebiyle hıfz-ı vekâyi' ve ihyâ-yı hukuk için bu üsulü vaz' ve tesise lüzum[16] hissolundu. Ve tarih-i mezkûrdan itibaren vekâyi'in ketb ve tevsîkına başlanıldı.

---

14 F nüshasında (bundan sonra F nüshası yerine *sadece* F) yok.

15 F "dahi" sonradan ilave edilmiş.

16 F "mecbûriyet" çizilip "lüzum" yazılmış.

Vesâik, vekâyi‘ ve mesâilin mir’âtı mesâbesinde olduğu cihetle emr-i tanzimi mühim ve temin-i mekâsıd edebilmesiyçün sabit ve sarih asıllara rabtı lazım idi. Hiçbir mühimmeyi[17] nazar-ı itinalarından dûr tutmayan müctehidîn-i izâm ulûm-ı sâire gibi bu ilim hakkında da birtakım usul ve kavâid vaz‘ ettiler. Ve sonradan gelen fukaha-yı izâm dahi müctehidîn-i müşârunileyhin eserine ıktifâ ile bu ilmin teâlî ve tekâmülüne hidmet ve kitablarında *Kitābu'l-mehāzir ve's-sicillāt* ünvanı altında tafsilat-ı mühimme ita ve bazı ilamâtın halelâtını ta‘dâd ile tatbikat cihetine dahi itina eylediler.

Bundan başka, sonraları bu ilim hakkında Arabî ve Türkî lisanları üzerine müteaddid ve müstakil kitaplar dahi telif edilmiş ve fakat devr-i terakkî ve tekâmülden sonra eser-i selefe[18] ıktifâ edilmediğinden metruk ve mühmel kalmış. Ve bunca âsâr-ı nâfi‘a kütüphanelerin gubâr-âlûd dolaplarında terk ve nisyân olunmuştur.

Hele son zamanlarda ilmü'l-mehāzir ve's-sicillāt nümune tahrîrinden ibaret gibi zannolunmuş ve kâğıttan kâğıda, defterden deftere naklolunmak suretiyle meydana getirilen nümuneler hep bu fikirle yazılmıştır. Yakın zamana kadar yani Şeyhülislam-ı esbak Hüseyin Hüsnü Efendi merhum Medresetükuzâta sakk muallimi tayin olununcaya değin[19] ilm-i sakk nümune tesvîd ettirilmek suretiyle tedrîs edilmiş ve ancak merhum-ı müşârunileyhin pek az devam eden müddet-i talimlerinde ilim halinde tedrîse başlanmış ve o zamandan itibaren bizde bir fikr-i tetebbu‘ uyanmıştı. İşte o feyzin semeresiyle kütüphaneleri dolaşarak bulabildiğim eserleri mütalaa ettim. Mahzâ bu ilmin ihyâsına vesile olsun emeliyle şu eseri karalamağa mütecâsir oldum.

Risaleye evvela bir mukaddime ile başladım. Bunda maksûda şürû‘ kendisine tevakkuf eden mesâili cem‘ ettim. Ba‘dehû maksûda şürû‘ ile mütalaada sühûlet olmak için mesâil-i maksûdayı kitaplara ve kitapları da fasıllara[20] taksim ettim. Ve tetmîmen li'l-fâide fasılların[21] muhtevi olduğu suretlerin havi olduğu kuyudu her suretin zîrinde izaha çalıştım.

---

17 F “dakîka ve mühimmeyi” ikilemesinden “dakika” kısmı çizilmiş.

18 F “Sâlife” çizilmiş “selefe” yapılmış.

19 F’de bundan sonra: “ilmü'l-mehāzir ve's-sicillat neden bâhis olunduğunu bilmezdik. Hatta ilmü'ş-şürut tabirini dahi merhum-ı müşarünileyhten işitmiş idik. Hayfa ki müşarünileyhin müddet-i talimi pek az devam etti. Maahaza bu kadarla” ve “ilm-i sakk nümune tesvîd ettirilmek suretiyle tedrîs edilmiş ve ancak merhum-ı müşârunileyhin pek az devam eden müddet-i talimlerinde ilim halinde tedrîse başlanmış ve o zamandan itibaren” diye tashih edilmiştir.

20 F “bâblara”

21 F “bâbların”

Ve temrîn olmak için her kitaba gayrisahih ilamlar ile[22] ve onların halelâtını havi hâtime ile nihayet verdim. Ümid ederim ki vâki' olan hatîâtım hüsn-i niyetime bağışlanır. Ve minellahi't-tevfik."

SONUÇ

Tanıtmaya çalıştığımız eserin ortaya çıkmasıyla hem hukuk tarihimizin yüz aklarından biri olan Ali Himmet Berki'nin gözlerden kaçmış bir eseri onun eserleri arasına katılmış olmakta, hem de sakk ilmi, Ali Haydar Efendi'nin bilinen kitabı dışında benzer ve daha kapsamlı bir kitaba daha kavuşmaktadır. İleride bunlara yeni örneklerin katılabileceği ihtimali de vardır.

Ekler:

*Kitabü'l-mehāzir ve's-sicillāt*ın A nüshasının Fihristi

F nüshasının kapağı ve ilk sayfası

Eserin Ali Himmet tarafından vakfedildiğini gösteren A nüshasının ilk ve üçüncü sayfaları

[22] F "ilamları"

KİTABÜ'L-MEHĀZİR VE'S-SİCİLLĀTIN A NÜSHASININ FİHRİSTİ

30	İfade-i mahsusa
34	**(MUKADDİME İKİ FASILDIR**
34	(Fasl-ı evvel: İlmi'ş-şurutun mahiyet, mevzu, meşruiyeti, faidesi ve istimdad ettiği ilimiler beyanındadır)
34	Kitâb, şart, sakk, vesika, sened, ilam, hüccet, sicil ve mahzar
38	Fasl-ı sânî: Tabirat beyanındadır
38	İlzam, tenbih, bilâ-beyyyine muarazadan men, bi[lâ] vech-i şer'î muarazadan men, dava-yı mezkuresi mesmû'a olmadığı tefhim olundu tabirleri
40	**(Kitâbu'n-nikah: Beş faslı ve bir hâtimeyi havidir)**
40	Fasl-ı evvel: İki numuneyi ve bunların izahatını muhtevidir)
40	Numune 1: Zevc nikahı isbat etmekle itaatla hükmolunduğu
43	İlamın ihtiva ettiği fıkarât
43	Tarafeynin âhardan imtiyaz eder vechle zikrolunmalarının lüzumu
45	Müddeî ve müddeâaleyhin tarifi
46	Hükm-i gıyabînin cevazı
46	Muvâceheten rü'yeti iktiza eden mevâdd
47	Fevâidü'l-kuyûd
47	Mevâni'u'l-nikâh
48	Nikahta şühûdun şart olması
48	Aldım vardım lafızları in'ikâd-ı nikahta karineye muhtaçtır
49	Vesâikte mesele ile münasebeti olmayan cümel ve ibârât tayyedilir
50	Vesâikte sıhhat-ı muamele kendisine tevakkuf eden hususâtın zikri
51	Müzekkîlerin ve suret-i tezkiyenin ilama derci
52	Menzilin mesken-i şer'î olduğu nasıl sabit olur?
52	Tenbih
52	Numune 2: İki kimse bir kadında niza edip ikisi de ikame-i beyyineden izhar-ı acz etmekle kadının tasdikine müracaatla hükmolunduğu davada huzurları şart olan kesânın tarafeyn gibi zikirleri lazım olduğu
55	Huzurları şart olan kesân vesikada hangi mevzi'de zikrolunurlar?
56	Dava ve cevaba müteallik ifadât hangi mahalde zikrolunur?
57	Nikaha tevkîlde işhâd şart olmadığı
58	İki kimse tarafından bir kadının nikahı dava olundukda mevcud olan ihtimâlâtın ahkâmı
60	(Fasl-ı sanî: Evliya ve ekfâya dair olup beş numuneyi ve bunların izahâtını havidir)
60	Numune 1: Hal-i sıgarlarında velileri tarafından bi'l-velâye akd-i nikah olunduğu sabit olmağla nikah ve itaatla hükmolunduğu
62	Mürafaaya vekalet
62	Vekaletin sübutu
63	Tescil-i vekalet
64	Vekaletin müsbete veya müseccele olduğunun ve müvekkelün-bihin beyanı
64	Vekalete şehadet eden şahitlerle müzekkîlerin ve suret-i şehadetin ve tezkiyenin zikrine hacet olmadığı
65	Numunenin havi olduğu kuyûd-ı sâirenin fevâidi
67	Bi'l-velâye nikah davalarında zikri iktiza eden meveâdd
70	Yeminde niyabet cari olmadığı
70	Vekilin müvekkilinin yemin etmeyeceğini beyanı muteber olmadığı
71	İlamda suret-i tahlîfin lüzum-ı beyanı
71	Numune 2: Hıyar-ı büluğ sebebiyle fesh-i nikah ile hükmolunduğu
73	Fetva ve ilamda tarafeyn ne vechile zikrolunur?
74	Men aleyhi'l-hıyâr sagîr ise fesih davası veli veya vasinin huzuruyla rü'yet olunacağı
75	Numunenin havi olduğu kuyûdun fevâidi
76	Hıyâr-ı büluğ ile fesih davalarında riayeti lazım olan hususât
77	Numune 3: Adem-i kefâete binâen ebin itirazı üzerine fesh-i nikah olunduğu

78	Adem-i kefâet sebebiyle fesh-i nikah davalarında hasım kimdir, zevcenin huzuru şart mıdır?
79	Fevâidü'l-kuyûd
79	Hakk-ı itiraz bulunan evliyâ kimlerdir?
79	Kazaya muhtaç olan ve olmayan firkatler
80	Veli tarafından adem-i kefâet sebebiyle fesh-i nikah davalarında vesikada zikri iktizâ eden mevâdd
81	Numune 4: Bikr-i bâliğaya velisinin tezvici ilam olundukda sükût etmekle lüzum-ı nikah ve itaatle hükmolunduğu
83	Fevâidü'l-kuyûd
85	Numune 5: Li-ecli'l-husume nasb olunan vasi muvâcehesinde sagîreyi babasının tezvici isbat olunmağla nikah ve itaatla hükmolunduğu
87	Eb ve ebin gayrı velilerin sıgâr aleyhine nikah ikrarları nâfiz midir?
88	Maslahat-ı ricâle sâlih olmayan sagîreye muamele-i zevciye caiz değildir
89	(Fasl-ı sâlis: Mehre dair olup sekiz nümuneyi havidir)
89	Numune 1: Kable'd-duhul ve'l-halve tatlîk sebebiyle mehr-i müsemmânın nısfıyla hükmolunduğu
90	Hükkâm naib nasb ve azledebilirler mi?
91	Fevâidü'l-kuyûd
91	Mehr-i misil, mehr-i müsemmâ, mehr-i müekked
92	Meta
93	Numune 2: Talak-ı ric'î sebebiyle mehr-i müeccel ile hükmolunduğu
94	Mehr-i muaccel ve müeccel
95	Numune 3: Ba'de's-sübut mehr-i misil ile hükmolunduğu
97	Mehr-i misil
98	Mehr-i misil ne ile sabit olur
99	Mehr-i misil davalarında zikri lazım olan mevâdd
99	Numune 4: Mehr-i misl mer'eye şehadet etmekle kavli kabul olunarak hükmolunduğu
101	Meyyitin leh ve aleyhinde hasım kimdir?
101	Mehr-i müsemm-da ihtilaftaki ahkâm
103	Numune 5: Mer'e mehrini hatt ettiği sabit olmağla bivech-i şer'î muarazadan men olunduğu
104	Mer'enin mehrini hatt ve ibrası
105	Hatt ve ibra derâhim ve denâyirde sahih olup a'yânda sahih olmadığı
105	Mehrin zevce şart ile hibesinin hükmü
106	Numune 6: Mühûr-ı ebkâr yerine akar itası mütearif olduğundan ebin kızı bikr-i bâliğanın mehri yerine akar ahzının muteber olmasıyla hükmolunduğu
107	Eb kızı bikr-i bâliğanın mehrini kabz edebilir mi?
108	Numune 7: Mehrini kable'l-kabz hibe eden zevcesini kable'd-duhûl tatlîk ettiğinden bahisle zevcin tasaddî eylediği nısıf mehir davası iltifata şayan olmadığı
109	Hibe-i mehirdeki ihtimâlâta göre rücû' hakkındaki ahkâm
110	Numune 8: Veli tarafından tezyîd muteber olmağla ziyade-i mezkûre ile hükmolunduğu
111	Tezyîd-i mehir ve şartı
112	Ziyadenin adem-i intisâfı
112	(Fasl-ı râbi': Kaseme dair olup iki nümuneyi ve bunların izahatını havidir)
112	Nümune 1: Beytûtet hususunda tadil ve tesviyeye riayete tenbih olunduğu
113	Kasem ne demektir?
113	İzahat
113	Nümune 2: Me'kûlât ve melbûsâtta adl ile tenbih olunduğu
114	(Fasl-ı hâmis: Rıdâa dair olup iki nümuneyi ve bunların izahatını muhtevidir))
114	Nümune 1: Zevce zevcin rıdâan karındaşı olduğu sabit olmağla beyinleri tefrik olunduğu
116	Fevaidü'l-kuyûd
117	Rıdâ ne ile sabit olur, murdı'anın şehadeti kabul olunur mu?
118	Nümune 2: Zevc ve zevce murdı'ayı ihbarında tasdik etmeleriyle beyinleri tefrik ve zevcenin mehriyle hükmolunduğu
119	Fevâidü'l-kuyûd

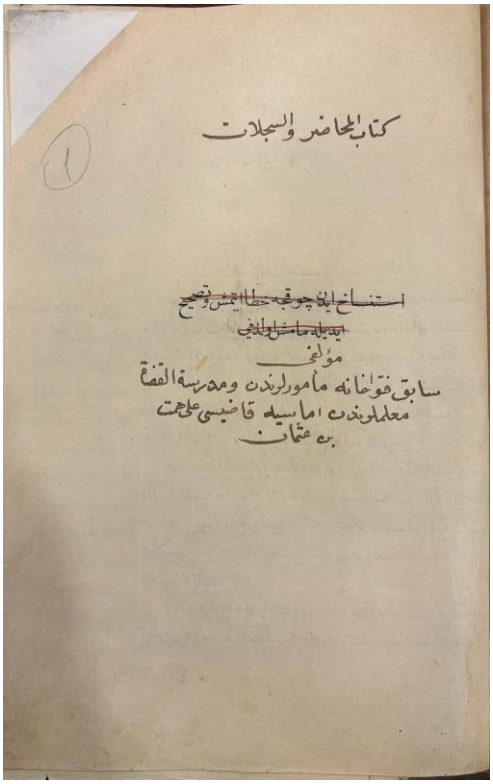
119	Dokuz yaşına bâliğ olmayan bikrin ırdâ'ına tahrîm taalluk etmez
120	Bir kadın zevc ve zevceyi ırdâ'ını ihbar ettikde bundaki ihtimâlât ve ahkâmı
120	**(Hâtime: Gayrisahih ilamlara dair olup üç faslı havidir)**
120	Fasl-ı evvel: Nikaha müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına
120	Nümune 1
122	Halelât
122	Nümune 2
123	Halelât
124	Nümune 3
125	Halelât
125	(Fasl-ı sânî: Evliyâ ve ekfâya müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına dair olup dört nümuneyi havidir))
125	Nümune 1
127	Halelât
127	Nümune 2
129	Halelât
129	Nümune 3
130	Halelât
130	Nümune 4
131	Halelât
132	(Fasl-ı sâlis: Mehre müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına dair olup bir nümuneyi havidir)
132	Nümune 1
134	Halelât
134	(Fasl-ı râbi: Rıdâ'a müteallik gayrisahih ilamlarla bunalrın halelâtına dair olup bir nümuneyi havidir=
134	Nümune 1
135	Halelât
136	Evâmir-i aliye
136	Bazı muamelât ve tanzim-i ilamâta dair vesâyâ-yı mühimme
140	Tezkiye-i aleniyede Mecellenin 1717'nci maddesi hükmüne tevfîk-i muamele edilmesi ve tarifte muarriflerin isim ve şöhretleriyle zabt ve ilama derci hakkında
141	Kadı-i sâbıkın zaptından kadı-i lâhıkın ilam tanzimine dair
142	Gaybubet edip ikametgahları bilinemeyen ve ikametgahlarında kimsesi bulunmayan müddeâaleyhlere ilamın usul-i tebliği hakkında
143	Yemin teveccüh edip de tevârî edenlerin cebren ihzarına dair
144	Bi'l-ihtifâ davetiyeyi tebellüğ etmeyenler hakkında olunacak muamele
148	**(Kitâbu't-talak: On bir faslı ve bir hâtimeyi havidir)**
148	(Fasl-ı evvel: Talaka dair olup dört nümuneyi ve bunların izahını muhtevidir
148	Nümune 1: Zevc zevcesini hal-i sekerde tatlîk etmekle zevciyet iddiasıyla muarazadan men olunduğu
149	Vesikada kasd taalluk etmeyen müteallikın erkân ve şerâitinin bi-tefâsılihâ beyanına hacet olmadığı
150	Kuyudun izahı
150	Nâimden hâl-i nevmde elfâz-ı talaktan bir lafız sâdır olmasının hükmü
150	Sekrânın tasarrufâtı sâhînin tasarrufâtı gibidir müstesneyâtı
151	Nümune 2: Boşol,seni terk ettim lafızlarıyla talak-ı bâin vukuuyla hükmolunup zevç muarazadan men olunduğu
152	Kuyudun izahı
153	Boş ol lafzıyla vâki olan talakın ric'î, seni terk ettim lafzıyla vâki olan talakın bâin olduğu ve bâinin ric'îye lühûku
153	Talak sarih ve kinaye olmak üzere iki kısımdır
153	Elfâz-ı türkiyye ve fârisiyyenin sarih ve kinayesinin hükmü
154	Nümune 3: Benim … adlı zevcem yoktur ibaresi talak-ı bâinde mütearif olmağla zevcin zevciyet iddiasıyla muarazadan meni
155	Kuyudun izahı
155	Örf-i hâss ve âmmın hükmü

155	Nümune 4: Mücerred işaret ve boş lafzı mucib-i talak olmayıp boş ol ibaresiyle vuku bulan talak-ı ric'î olduğundan kable'l-iddet zevcenin men-i muaraza davasının mesmûa olmadığı
156	Kuyûdun izahı
158	(Fasl-ı sânî: Kinayeye mütedâir olup iki nümuneyi ve bunların izahını havidir)
158	Nümune 1: Bilâ-niyeh kızın … istemem kime istersen tezvîc eyle demekle talak vâki olmayacağından itaatle hükmolunduğu
159	Kuyudun izahı
160	Niyet hakkında ikame olunan beyyyine kabul olunmayacağı bilâ-taleb zevcin tahlifi
160	Nimune 2: Bilâ-niyeh bana gerekmezsin sağlıkla git demekle talak vâki olmayacağından zevce beynûnet davasıyla muarazadan men olunduğu
161	Mahmiye ve mahrusa tabirleri
162	Dava tahaddüs eden beldede müteaddid mahkeme bulunduğu takdirde ment-i ilamda mahkemenin tasrihi
162	(Fasl-ı sâlis: Tefviz-i talaka dair olup üç nümune ve bunların izahatını muhtevidir)
162	Nümune 1: Zevc nefsini ihtiyar et demesi üzerine zevce mecliste nefisini tatlîk eylemekle talak ile hükmolunduğu
163	Tefviz ve elfâz-ı tefviz, tefviz-i sarih ve tefviz-i kinâî
164	Kuyudun izahı
165	Nümune 2: Zevc müzakere-i talak esnasında talak-ı selâse niyetiyle iradetin elinde olsun deyu tefviz-i talak edip zevce üç talak ile nefsini tatlîk eylemekle beynûnet-i kübrâ vukuuyla ve mehrin teslimiyle hükmolunduğu
165	Kuyudun izahı
167	Nümune 3: Zevc umum evkâtla tamim ederek tefviz-i talak edip zevce nefsini tatlîk etmekle zevc mehrin edasıyla ilzâm olunduğu tefviz-i mutlak ve mukayyedin ahkâmı
169	(Fasl-ı râbi': Ta'lîk-ı talaka dair olup dört nümuneyi ve bunların izahatını muhtevidir)
169	Nümune 1: Zevc talakât-ı selâseyi şürb-i hamra ta'lîk edip ve ba'dehû şürb-i hamr etmekle beynûnet-i mugallaza ile hükm ve zevciyet iddiasıyla muarazadan men olunduğu
170	Kuyudun izahı
172	Nümune 2: Zevc zevcesinin talakını bira içmesine ta'lîk edip konyak içmekle zevcenin şart-ı mezkûra binâen tasaddî eylediği talak davasının adem-i istimâ'ı
172	Kuyudun izahı
174	Eyman örfe mübtenîdir kaidesinin tafsili
174	Nümune 3: Müddeiye, talak-ı müncez iddetinden sonra, şartın vukuuyla yeminin inhılâlini mukırra olmağla tekrar şartın husulüne binâen tasaddî eylediği talak davası mesmûa olmadığı
175	İnhılâl-i yemine müteallik tafsilât
176	Nümune 4: Zevc, zevcem beni sevmiyorsa boş olsun deyip zevce sevmediğini ihbar etmekle mucebince mehrin edasıyla zevc ilzam olunduğu
177	Kuyudun fevâidi
178	Muhabbet ve buğza ta'lîkın hükmü
178	Zevcenin gayrının buğz ve muhabbetine ta'lîk
179	(Fasl-ı hâmis: Talak-ı merîze dair olup iki nümuneyi ve bunların izahını muhtevidir)
179	Nümune 1: Zevc zevcesini fârren tatlîk etmekle zevcenin terekeden hissesinin teslimiyle hükmolunduğu
180	Maraz-ı mevt
181	İzahu'l-kuyûd
182	Nümune 2: Zevc zevcesinin talakını emr-i muhtâcun-ileyhe ta'lîk edip ba'dehû şart bulunarak talak vâki' olmuş ise de zevc fârren zevcenin terekeden hissesinin teslimiyle hükmolunduğu
183	Emin-i beytülmal müteveffanın leh ve aleyhinde ne sıfatla hasım olur?
184	Maraz-ı mevtte ta'lîkın tafsîlen ahkâmı
185	(Fasl-ı sâdis: Ricate dair olup iki nümuneyi muhtevidir)
185	Nimune 1: Zevc iddet içinde mrüacaat etmekle itaatle hükmolunduğu
186	Kavlen ve fiilen müracaat
187	Müracaata işhâd
187	Nümune 2: Zevcin ba'de inkızâi'l-idde müracaat davası sabit olmamağla muarazadan men olunduğu
188	Ba'de inkızâi'l-idde esna-yı iddette müracaat davasına dair tafsilat

189	(Fasl-ı sâbi‘: Îlâa dair olup üç nümuneyi ve onların izahını havidir)
189	Nimune 1: Bi-hükmi’l-îlâ zevce mübâne olmağla mehrinin edasıyla hükmolunduğu
190	ÎLâ, rüknü, şart ve hükmü ve kuyudun fevâidi
192	Nümune 2: Zevce îlâ-i mechûle binâen nikah-ı sânîde de mübâne olmağla mehrinin edasıyla hükmolunduğu
193	Îlâ-i muvakkat ve îlâ-i mechul ve hükümleri
194	Nümune 3: Mani sebebiyle mevlânın kavlen rücû‘u muteber olmağla zevce muarazadan men olunduğu
195	Îlâdan rücû‘ ve kuyudun fevâidi
196	(Fasl-ı sâmin: Hul‘a dair olup dört nümuneyi ve bunların izahatını muhtevidir)
196	Nümune 1: Zevceyn muhalaa olmalarıyla bedel-i hul‘un teslimiyle hükm ve hul‘-i vâki‘de mehr-i makbûz lazım gelmeyeceğinden zevc bunun hakkında muarazadan men olunduğu
197	Hul‘, rüknü, şartı ve hükmü
198	Bedel-i hul‘
200	Nümune 2: Hul‘de tasrih olunmadıkça nafaka-i iddet ve veled sakıt olmayacağından nafaka-i iddet ve veled takdir olunduğu
201	Kaide-i mühimme
201	Kuyudun fevâidi
202	Nümune 3: Muhalaa mu‘sira olmağla eb üzerine sagîr için nafaka takdir olunduğu
203	Irdâ‘ ve imsâk ve nafaka-i veled üzerine muhalaa
203	Kuyudun fevâidi
204	Nümune 4: Eb bedel-i hul‘u zâmin olmağla hükmolunduğu
204	İzahat
205	(Fasl-ı tâsi‘: İnnîne dair olup iki nümuneyi ve bunların izahını havidir)
205	Nümune 1: Zevc innîn olmağla bir sene-i kameriye tecil olunduğu
206	İnnîn neye derler? Hasî ve mecbûb
206	İzahat
207	Nğmune 2: Zevc müddet-i müeccelede vasıl olamamağla beynlerinin tefrikiyle ve mehir ile hükmolunduğu
208	İzahat
209	(Fasl-ı âşir: İddete dair olup iki nümuneyi ve bunların izahını muhtevidir)
209	Nümune 1: Mutallakanın iddeti munkaziye olmağla nefsini âhara tezvice izin verildiği
210	İddete müteallik izahat ve fevâid-i kuyud
211	Nümune 2: İddet yevm-i talaktan muteber olmağla zevce nafaka davasıyla muarazadan men olunduğu
212	(Fasl-ı hâdî aşar: Hıdâneye dair olup iki nümuneyi ve bunların izahını muhtevidir)
212	Nümune 1: Um ecnebi ile tezevvüc ettiğinden sagîrin hıdânesi min-kıbeli’l-eb ceddesine teslimiyle hükmolunduğu
212	Hıdâne neye denir, ashâb-ı hıdâne kimlerdir?
214	Erkek yedi yaşından ve kız dokuz yaşına yaşına girip müştehât olduktan sonra pedere teslim olunacağı
215	Nümune 2: Sagîri mahall-i akd-i nikah olan beldesine nakletmemek üzere cebr ve tenbih olunması hakkında ebin tasaddî eylediği davasıyla muarazadan men olunduğu
215	İzah
227	**(Hâtime: Gayrisahih ilamlara dair olup altı faslı havidir)**
227	(Fasl-ı evvel: Talaka müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına dair olup beş nümuneyi havidir)
227	Nümune 1
228	Halelât
229	Nümune 2
229	Halelât
230	Nümune 3
231	Halelât
232	Nümune 4
232	Halelât
233	Nümune 5
234	Halelât

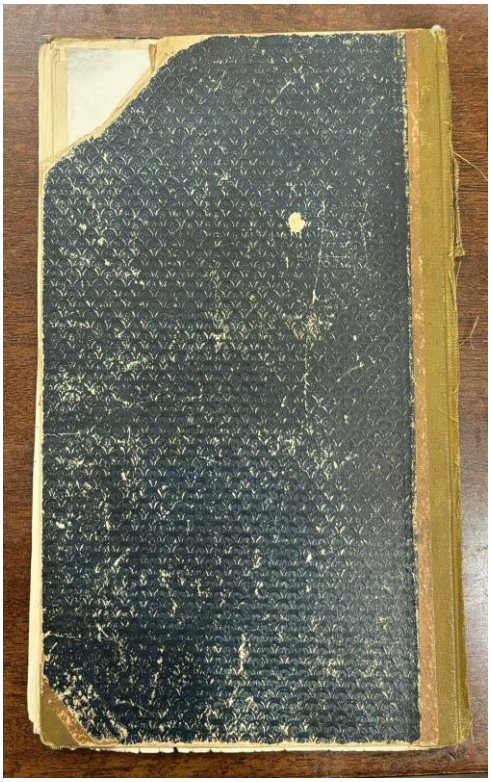
234	(Fasl-ı sânî: Kinâyâta müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına dair olup iki nümuneyi havidir)
234	Nümune 1
235	Halelât
236	Nümune 2
236	Halelât
237	(Fasl-ı sâlis: Tefviz-i talaka müteallik gayrisahih ilamlarla onların halelâtına mütedair olup iki nümuneyi havidir)
237	Nümune 1
237	Halelât
238	Nümune 2
238	Halelât
239	(Fasl-ı râbi': Ta'lîka müteallik gayrisahih ilamlarla onların halelâtına dair olup üç nümuneyi havidir)
[239]	Nümune: 1
[240]	Halelât
[240]	Nümune 2
[241]	Halelât
[242]	Nümune 3
[243]	Halelât
[243]	(Fasl-ı hâmis: Talak-ı merîze müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına mütedair olup bir nümuneyi havidir)
[243]	Nümune: 1
[244]	Halelât
[245]	[(Fasl-ı sâdis: Ricate müteallik gayrisahih ilamlarla bunların halelâtına mütedair olup bir nümuneyi havidir)]
[245]	[Nümune 1]
[246]	[Halelât]

F NÜSHASININ KAPAĞI VE İLK SAYFASI

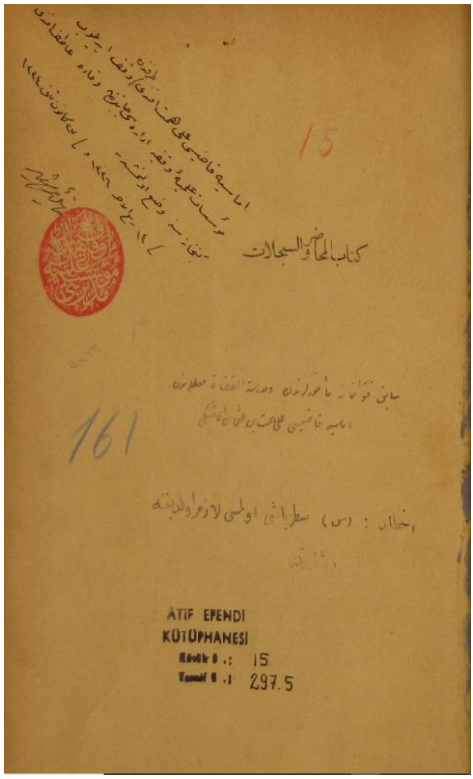

كتاب المحاضر والسجلات

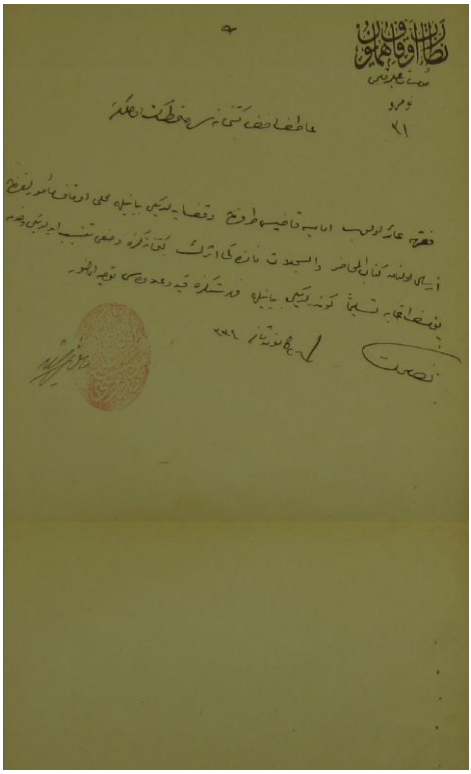
استنساخ ايدن چورقجه خطا ايلمش وتصحيح
ايديلمامش اولديغي

مؤلفي
سابق قوجاخانه مأمورلرندن ومدرسة القضاة
معلملرندن اماسيه قاضيسي علي حمت
بن عثمان



A NÜSHASININ ESERİN ALİ HİMMET TARAFINDAN VAKFEDİLDİĞİNİ GÖSTEREN İLK VE ÜÇÜNCÜ SAYFALARI





İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI – II

The Debates on the Influence of Islamic Law on English Common Law - II

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Öz: İslam hukuku ile Common law arasında kimi alanlardaki benzeşim, bu hukuk sistemlerinin karşılıklı etkileşimini akla getiriyordu. Yapılan bilimsel çalışmalar bu etkileşimin karşılıklı olmaktan daha ziyade tek taraflı olduğunu destekler mahiyette idi. Bu yüzyılın ortalarında Henry Cattan bu etkiyi en yüksek perdeden dillendirdi. Aynı alanda çalışmalar ardı ardına devam etti. Monica M. Gaudiosi, kendisinden önceki araştırmacının iddialarını teyit etmekle kalmamış, İngiliz medeniyetinin eşsiz eğitim kurumu Oxford'un kurumsal yapısını İslami vakıf kurumuna borçlu olduğunu iddia etmiştir. George Makdisi İslami eğitim kurumları, bu arada medrese eğitiminin İngiliz kültürü üzerindeki etkisine dair son derece ciddi araştırmalar yaptı ve bu alana ilişkin iki eser ortaya koydu. Nihayet J. Makdisi, kendisinden önceki tüm akademik ve bilimsel araştırmaları da arkasına alarak en güçlü ifadeyle şu iddiayı dillendirdi: Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel tüm hukuk sistemleri, bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir, o da İslam hukukudur.

İslam hukukunun İngiliz Common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde araştırmalar yapan St.Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kışkırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Bu iddianın ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını kabul etmekteyiz. Ayrıca bu tez, ideolojik bir yaklaşımı barındırdığı kuşkusu bir yana bu alandaki araştırmacıların da ifade ettiği gibi iddianın çok kışkırtıcı olduğunun da farkındayız. Bu çalışmamızda kurumsal ve kuramsal olarak iki kültür ve medeniyet arasındaki benzerlikler ve etkileşimler üzerinde duracağız Bu çalışmanın yeni kuşak hukukçular için bir basamak olmasını temenni ederiz.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, İngiliz hukuku, Ortak hukuk, Mahkeme, Jüri

Abstract: The similarities between Islamic law and Common law in certain areas suggest the possibility of mutual interaction between these legal systems. However, scientific studies indicate that this interaction is more one-sided than reciprocal. In the mid-20th century, Henry Cattan expressed this influence most prominently. Subsequent studies in this area continued in succession. Monica M. Gaudiosi not only confirmed the claims of previous researchers but also argued that the unique educational institution of English civilization, Oxford, owes its institutional structure to the Islamic waqf system. George Makdisi conducted serious research on the influence of Islamic educational institutions, particularly the madrasa system, on English culture, and produced two works in this field. Finally, J. Makdisi, building on all previous academic and scientific research, boldly asserted that all legal systems that could possibly influence the Common law system have structural differences with this legal understanding. Therefore, only one legal system can be mentioned as having an influence, and that is Islamic law.

Professor Dr. Gonzalez, a faculty member at St. Thomas University School of Law, who conducts research on the thesis that Islamic law influenced and even shaped English Common law both institutionally and theoretically, found Makdisi's views extremely provocative yet convincing. We acknowledge that this claim is not something that those hearing it for the first time can easily accept. Furthermore, aside from the suspicion of an ideological approach, as expressed by researchers in this field, we are aware that the claim is very provocative. In this study, we will focus on the similarities and interactions between two cultures and civilizations institutionally and theoretically. We hope that this study will be a stepping-stone for the new generation of lawyers.

Key Words: Islamic law, English law, Common law, Court, Jury

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, sahban.yildirimer@asbu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7204-5609 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676516
Makale Geliş Tarihi: 30.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 07.03.2025

GİRİŞ

Son yüzyıla girerken batı kaynaklı hukuk anlayışı o denli kabul gördü ki, şekil ve içerik olarak bu anlayışı barındırmayan tüm hukuk anlayışları geri kalmış ya da yetersizmiş gibi bir algıya maruz bırakıldı. İslam hukukuna yönelik bu tür eleştirilerin büyük kısmı oryantalistlerce ortaya atılmıştır. Ancak üzücü olan İslami ilimlerde ihtisas sahibi olduğu kabul edilen diplomalı entelektüeller bu fikirleri kendi coğrafyalarında tekrar etmekten çekinmediler. Örneğin, İslam hukuk sisteminde kamu hukukuna rastlanmamış olması büyük bir nakisa gibi sunuldu. Oysa aynı şekilde kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı İngiliz hukukunda geleneksel olarak yapılmamış hatta aksine bunda, sanki devletin ve idarenin hukuka bağlı olmadığı gibi bir inancın saklı olduğu düşünülerek reddedilmiştir. Buna karşılık (kamu hukuku-özel hukuk ayrımı) İngiliz hukukunda öğrenciye ilk öğretilen temel ayrım, Roma Germen ailesi hukuklarında hiç bilinmeyen, Common law ve Equity ayrımıdır.[1] Fendoğlu'nun Anglo-Sakson ülkelerinde idari yargı kurulmamıştır ifadeleri genel durumu özetler.[2]

İngiltere'de diğer ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birleşik Krallık, yasalar ve ilkeler bütünüdür. İngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antlaşmalar gibi yazılı ve yazısız kurallar doğrultusunda şekillenmiştir.[3] İslam hukukunda kamu hukuku-özel hukuk ayrımının olmadığı yönündeki iddia özellikle oryantalistlerce eleştiri zemini olarak kullanılmıştır.[4] İngiliz hukukunda da kamu hukuku-özel hukuk ayrımına rastlanmamaktadır.[5] İngiliz hukuku Fransız hukuku ve diğer Roma Germen hukuklarına nazaran pek farklı görünmektedir. İngiliz hukuk araştırmalarının karşılaştığı en büyük zorluk da onun böyle değişik bir yapıya sahip olmasında yatmaktadır. Gözlemlenen bu fark hukukun bütünlüğüne yöneliktir. İngiliz hukukunda, ne kamu hukuku-özel hukuk ayrımına, ne de bize çok doğal görünen Medeni hukuk, Ticaret hukuku, İdare hukuku, Sosyal güvenlik hukuku gibi kavramlara rastlanır. Bizdeki bu sınıflamaların yerini İngiliz hukukunda başka sınıflamalar alır. Daha aşağı kavramlar düzeyine indiğimizde ise, ne velayet yetkisi, sahih nesep, tanıma kavramlarına ne de intifa hakkı, tüzel kişilik, hile ya da mücbir sebep kavramlarına rastlamak mümkündür. Bu kavramların yerine İngiliz hukukunda, Trust, Silment, Estoppel, Consideration, Trespass gibi biz hiçbir şey ifade etmeyen kavramlara rastlarız. Tanıdığımız hiçbir kavramı karşılamayan İngiliz hukukunun bu terimlerinin, bir başka iklimde yaşayan bitki isimleri gibi, dilimize çevrilmeleri bile mümkün değildir. Zorlanılarak yapılan bir çevir, kavramların içeriğini saptırmaktadır. Aslında sorun sırf dilde bir karşılık bulma

---

1 Rene David, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev: Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty) s. 313.

2 Hasan Tahsin Fendoğlu, 2001 "Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", 118 nolu dipnot) https://www.anayasa.gov.tr/media/4644/fendoglu.pdf. (Erişim tarihi 10.09.2024)

3 Hasan Tahsin Fendoğlu, "Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm", Yıl 15, Sayı 57, Ocak 2024, TAAD, s. 39.

4 Bkz. Murteza Bedir, "Oryantalizm ve İslâm Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 4, 2004, s. 11-42, Adnan Koşum, "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülahazalar", Sayı: 18, Yıl: 2008, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 123-131.

5 David, s. 292.

sorunu da değildir bu karşılık bulunduğunda bile anlama zorlukları ortadan kalkmamaktadır. Örneğin, İngiliz Equity'si de Fransız hakkaniyetinin aynı değildir.[6]

İslam-Osmanlı hukuk uygulamasındaki örfi hukuk-şer'î hukuk ayrımı Common law-Equity law ikiliği ile önemli bir benzerlik taşımaktadır. İslam hukukunun devlet doktrini olarak uygulandığı Osmanlı devletinde modernleşme sürecinde şer'î hukuk yanında örfi hukukun uygulanması kimi hukuk tarihçilerince hukukun laikleşmesi olarak nitelendirilir. Osmanlı devleti özelinde bu durum "düalist hukuk" ifadesi ile tanımlanmıştır. Benzer ifadeler İngiliz hukuk sistemi için de kullanılmıştır.[7] Bunun nedeni Common law kuralları yanında Equity hukuk kurallarının uygulamalarda yer alması olmuştur. Her iki hukuk sistemi (Osmanlı hukuk sistemi ile İngiliz hukuk sistemi)'ndeki bu düalist yapı kimi zaman uyum içinde kimi zaman da çatışma içinde varlıklarını sürdürdüler.

I- COMMON LAW EĞİTİM KURUMU "INNS OF COURT" İLE İSLAM HUKUK EĞİTİM KURUMU "MESCİD-HAN"LARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan George Makdisi, İngiliz Common law (örf ve adet hukuku) eğitiminin verildiği Inns of Court ile İslam hukuku yoğunluklu bir eğitimin verildiği medreseler arasındaki benzerliğin kaynağının İngiliz hukuk kültürü dışında aranması gerektiğini iddia eder. İngiliz hukuku, Ortaçağ Avrupası'ndaki tek yerli hukuktu ve hem sivil (Roma) hem de kanon (Kilise) hukukundan farklı olarak işlemekteydi. Ayrıca bu hukuk, sivil ve kanon hukukunun kanunlaştırma sisteminden farklı olarak kendisine has meseleci hukuk (case-law) metodunu takip etmekteydi. Bu hukukun Inns of Court olarak adlandırılan mektepleri, Hıristiyan âleminde, Orta çağdan Modern çağa ulaşan ve türünün tek örneği olan hukuk mektepleriydi. Bu ve diğer özellikler, tüm Avrupa ulusları içinde yalnızca İngiltere'ye aitti. Her ne kadar mevcut kaynaklar iki sistem arasındaki irtibata dair bir delil içermezlerse de İngiliz hukukunun, bu özellikleri yalnızca Müslüman Doğu ile paylaştığı hususunda şüphe yoktur. Zaten İngiliz hukuk tarihçileri de, kendi hukuk mesleklerinin kökenlerinin son derece müphem olduğuna işaret ederler ve onun İngiltere'deki gelişiminin izlerini takip teşebbüsünde Kıta Avrupası'yla yapılacak mukayeselerin kendilerine herhangi bir rehberlik sunmadığını söylerler.[8] Müellif bu benzerliğin kaynağı olarak İslami hukuk kurumlarını işaret ederken, etkileşim zemini olarak İtalya'yı gösterir. Özellikle Normanların İslami kurum ve kültürün taşıyıcı rolüne vurgu yapar. Ona göre, Normanlar her iki ülkede, hem İtalya hem de İngiltere'de katalizör rolü oynadılar. Bu kurumsal benzerliğin fiziki alanda görünümünü ise şu şekilde tasvir eder: her iki hukuk kültüründe bu kurumlar bir ibadet mekânı ile bir hanın (yurt) birleşiminden oluşmaktadır. Hukuk, Londra'da kiliselerin bitişiğindeki hanlarda, Bağdat'ta ise bitişiğinde han bulunan

---

6 David, s. 308-309.

7 David, s. 308-309.

8 George Makdisi, "The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court", 34 Clev. St. L. Rev. 3, (1985-1986), s. 3-4.

mescitlerde öğretilmekteydi.[9] Burada Schwarz'ın şu tespiti dikkat çekicidir. O da; "*bu hukuk eğitim kurumlarında Roma hukukunun ders olarak okutulmamasıdır. İngiliz tatbikatçıları loncalarda, bu güne kadar heybet ve azametlerini muhafaza eden Inns of Court'larında teşkilatlandılar, burada kendi hukuk mekteplerini kurdular ve tedrisatta Roma hukukuna yer vermediler". Bu kurumları şöyle tasvir eder: İngiltere'de hukuk, geleneksel olarak yüzlerce yıllık maziye sahip eski hukukçu loncalarında (Inns of Court) tecessüm etmektedir. Hepsi Londra'nın hukuk mahallesinde (legal quarter) bulunan bu loncalar eski avluları harikulade küçük kiliseleri, galerileri ve kütüphaneleriyle Londra'yı ziyaret eden dikkatli bir müşahit üzerinde derin izler bırakmış olmak gerekir ve bunlar müşahhas olarak görülüp yaşanmadan İngiliz hukukî hayatının psikolojisi hiç bir suretle kavranamaz.*[10]

G. Makdisi İslam hukuku yoğunluklu bir eğitimin verildiği mescit-han kompleksini "hukuk college"i olarak nitelendirir ve fiziki yapı olarak şöyle tasvir eder: "mescit-han kompleksi fıkıh tetkikleri için kurulmuştur. Fıkıh öğrencilerini barındırmak üzere mescide bitişik bir hana (yurt) ihtiyaç vardı. Bitişik han, şehir dışından gelen fıkıh öğrencilerine yurt olarak hizmet ederdi. Bu hanlar, öğrencilerin toplanma ve ders çalışma yerleriydi. Genel olarak mescitte yapılamayacak her türlü uygulama ve işin icra edildiği yerlerdi. Medrese hem mescidin hem de hanın fonksiyonlarını tek bir vakıf bünyesinde birleştiren daha ileri bir adımdır." Londra'da, Kral Stephen ve halefi II. Henry dönemlerinde üç meşhur mektep vardı. Bunların hepsi de tıpkı hanların mescitlerin bitişiğinde olması gibi Londra'daki kiliselerin bitişiğindeydiler. Bunlardan biri, Paternoster Row'daki mektep, St. Paul Kilisesinin bitişiğindeydi. Diğer ikisi ise, St. George Hanı (Inn), St. Sepulchre Kilisesi'nin ve Thavies Hanı da St. Andrew Kilisesi'nin bitişiğindeydi.[11]

İngiltere ve İslam topraklarındaki ilk hukuk okulları sırasıyla kilise hanı ve cami hanıydı. Londra'da hanlar kiliselere, Müslüman dünyasında ise camilere bağlıydı. Kilise hanları ve cami hanları, tüzel kişiliği olmayan loncalar olarak yaratıldı. Inns of Court ayrıca hukukçular topluluğunun temsilcileri olarak özerkliğe sahipti. Camilerde her türlü yükseköğrenim yapılırdı. Tartışmalara dayalı öğretim yöntemi de cami hanlarına benziyordu. Hukuk öğrencilerinin camilere konaklama imkânı bulunmadığı için ayrı pansiyonlara ihtiyaç vardı.[12]

Hıristiyan Batı'da bir eğitim müessesesi olarak hanın (Inn) kökeni, tarihi olarak iki şehirle –önce Londra, ardından Paris ile- bağlantılıdır. Bu iki şehirdeki hanlar da yine tarihi olarak mukaddes Kudüs şehriyle bağlantılıdır. Bağdat'ta ve Doğu Hilafetinde ortaya çıkan bu han türü, oradan batıya doğru, aralarında Kudüs'ün de bulunduğu diğer büyük şehirlere yayılmıştır. Dolayısıyla, Hıristiyan Batı'da "colleg"lerin anavatanı olarak artık Paris'e değil, Londra'ya ve tümüyle başlangıç yeri olan İslam âleminin doğusuna bakmak tarihi vakıaya daha uygun görünmektedir.[13] Inns of Court'un yapısı ve fonksiyonunu tanımlayan batılı

---

9 George, Makdisi, İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, Çev: Hasan Tuncay Başoğlu, Klasik Yayınları, İstanbul 2007, s. 305 vd.

10 Andreas B. Schwarz, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku", s. 187.

11 George Makdisi, İslâm'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşerî Bilimler, Çev: Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2009, s. 374.

12 Lisa Watanabe "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s.72.

13 Makdisi, G., İslâm'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşerî Bilimler, s. 376-377.

hukukçular kaynak olarak İslam kültürünü işaret etmeseler de kullandıkları ifadelerin İslami literatürü çağrıştırması ilginç bir tesadüf olarak kabul edilmeyecektir:

"Inns of Court'lar - medreseler - loncalar, yüzyıllar boyunca İngiltere'nin en büyük hukukçu ve hâkimlerini yetiştiren ve işlerinde İngiliz barosunun en mümtaz ananelerinin geliştiği mekteplerdi. Innler (loncalar) elbette bir üniversite veya üniversitenin bir parçası değildi. Menşeleri 1292 tarihli fermanda olup, Kral Mahkemesi hâkimleri bu fermanla, İngiltere'nin muhtelif kontluklarından müsait hukuk talebelerini «mahkemeye devam etmek, mesailine iştirak etmek ve fakat başkaca işle meşgul olmamak» üzere seçmekle görevlendirilmişlerdi. Bu Innler'de talebeler yalnız hukuk değil fakat edebiyat, musiki, dans, aktörlük gibi zamanlarının sosyal ve meslekî hayatına faal olarak iştirak için lüzumlu her şeyi öğrenirlerdi. (Innler) yalnız hukuk mektebi değil fakat İngiliz sosyetesinin kalburüstü zevatının oğulları bakımından mümtaz eğitim merkezleri idi, İngiliz edebiyatının birçok meşhur simaları (Inns of Court)'larda tahsil görmüşlerdi. Zamanla (Inn)'lerin adedi azaldı. Her ne kadar ilk bulundukları mahallerden başkasına taşınmış olmakla beraber bugüne kadar sürüp gelen en geniş ve en meşhur (Inn)ler arasında (Lincolns Inn), (Gray's Inn), (the Middle Temple) ve (the Inner Temple) vardır. Önemi haiz bir husus hukuk talebelerinin (Common law) terbiyesi ile yetişmiş şahıslar tarafından eğitime tâbi kılınmaları idi. Talebelere mahkeme salonunda (crib) denilen bir hücre ayrılır, talebe buradan muhakeme safahatını görür, dinler, tenkit eder ve not alırdı. Bu şekilde yetişen hukukçuların Roma hukukunun kabulüne itiraz etmelerine ve buna mani olmalarına şaşmamak lâzımdır. Orta çağlarda ve Roma hukukunun Avrupa hukuk sistemi üzerinde en büyük tesirini icra eylediği devirde İngiltere barosuna dâhil olmanın yegâne çaresi (Common law) hâkim ve hukukçularının tesiri altında bulunan (Inns of Court)'lardan geçmek suretiyle mümkündü, işte İngiltere büyük hukukçularını ve hâkimleri bu kaynaktan sağlamıştır.[14]

George Makdisi *The Rise of Colleges*[15] adlı eserinde "skolastik" kavramı, üzerinde dururken skolastiğin zannedildiği şekliyle doğrudan dinin teoloji kısmıyla değil, hukuk kısmıyla yani fıkıhla, fıkıh eğitimiyle, fıkıh düşüncesiyle alakalı bir şey olduğunu ortaya koyuyor. Dahası onu bir yöntem olarak tanımlarken; dogmatik bir düşünce olmanın çok ötesinde tartışma ve münazaraya, karşıt fikirleri öğrenmeye, değerlendirmeye ve onları çürütmeye dayalı bütüncül bir sistem olarak tasvir eder.[16] Makdisi, bu eserinde önce kendisinin "skolastik eğitim metodu" adını verdiği, ama aslında medrese eğitim metodu olan şeyi bize anlatıyor. Ardından bunun batıdaki college sistemiyle ve üniversiteyle olan ilişkisini, daha doğrusu batıdaki sisteme olan etkisini ortaya koymaya çalışıyor. İslam hukuku/fıkıh yoğunluklu bir eğitimin verildiği medreseden mezun olan fakihe verilen doktora yeterlilik belgesi ya da öğretim üyesi belgesi olan "icazet "in aynen college sistemine intikal ettiğini iddia eder. Bu kavramın oradaki ifadesi olan "licentia docenti", icâzetü't-tedrîs'in birebir Latince tercümesidir. Makdisi bunun bir başka Yunan ya da Roma geleneğinden gelmiş olamayacağını iddia eder. Çünkü üniversite öncesi dönemde Ortaçağ ve öncesinde bu yetki "magisterium" kavramıyla ifade edilmektedir ve Papa'ya ya

---

14 Edward King-Joseph Hawley, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", Çev: İlhan LütemC. XVI, sayı:1-4, , A.Ü.H.F.D., s. 201-202.

15 George Makdisi, the Rise of Colleges, Institutions of Learning in Islam and the West, Edinburgh University Press, 1981.

16 Ali Hakan Çavuşoğlu, "Medreseden Üniversiteye Skolastik Eğitimin Evrimi", Medeniyetleri Karşılaştırmak: George Makdisi Örneği, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 2012, s, 13.

da konsüllere ait bir yetkidir. Yani bir kişiye herhangi bir yerde ders verme, öğretim yapma yetkisinin Papa ya da bu konsüller tarafından verildiğini uzun uzun anlatır ve bunun "magisterium" kavramıyla karşılandığını söyler. Ama college sistemiyle birlikte bir anda bir değişim olmuştur ve yeni bir tabir ortaya çıkmıştır; bu tabir de icâzetü't-tedrîsin tam karşılığıdır. Muhtevası, işleyişi, şemaları birebir aynıdır. Diğer bir kavram da şu an bizim alışık olduğumuz üniversitelerin hemen hemen her yıl yaptığı "açılış dersi" uygulamasıdır. Bu da yine tipik bir benzerliktir. Açılış dersi uygulamasının da medreseden alındığı görüşündedir Makdisi. İlk açılış dersini, ilk medrese olan Bağdat Nizamiye Medresesi'nin atanan ilk müderrisi Ebû İshâk eş-Şîrâzî vermiştir. Önce bunu tarihsel olarak anlatır ve bunun collegeda "inception" kavramıyla karşılandığını ve orada da devam ettiğini ortaya koyar.[17]

A-HÂKIMLIK MESLEĞI

İngiliz olmayan bir hukukçunun İngiliz hukukunu incelemeye cesaret etmesi nadirattan ve hayret verici şeylerden sayılırmış, doğal olarak bu cesareti gösterenlerin sayısı oldukça az olurmuş. Bunun nedeni ise İngiliz hukukçularının bu hukuku yalnız kendilerinin anlayabileceğine olan inançları olduğu ifade edilir.[18] Aslında bu yargı bir yönüyle bu hukukun son derece ihtisas gerektiren bir yapıda olmasından da kaynaklanmaktadır.[19] Zira İngilizler, geleneklerine son derece bağlıdırlar. İngiliz hâkimleri kararlarını hâlâ yüzlerce yıl önce konmuş kanunlara, mahkemelerce verilmiş emsal kararlarına istinat ettirdikleri halde, yüksek kabiliyetleri sayesinde bu eski kaideleri zamanın ihtiyacına uygun tatbik edebilmek imkânı bularak, halkın adalet hislerini incitmemekte ve terakkilere mani olmamaktadırlar.[20] İngiltere'de son derece güçlü bir "*Hukukçular Sınıfı*"nın oluşu, Roma hukukunun İngiliz hukuk sistemini etkilememesinin en önemli sebebi olarak görülmüştür.[21] İngiliz hukuk sistemi o kadar muhafazakâr anlayışa sahiptir ki, ***bu hukuk kendi kanun vâzının ıslahat gayretinden bile korunmuştur***[22] ifadesi bu konudaki abartıyı açıklar niteliktedir. Hâkimlik, her iki hukuk sisteminde (İngiliz hukuk sistemi ve İslam hukuk sistemi) de son derece prestijli bir meslektir. İngiliz hâkimleri avukatlık ederek geniş tecrübe sahibi olduktan sonra göreve atanırlar.

İngiltere'de hâkimlik mesleği parlamento üyeliğinden bile daha şerefli bir mevkidedir. Lord Chief Justice denilen Yüksek Mahkeme reisine çok defa asalet payesi verilir. Baro başkanı, resmi bir kurumun başkanı olmadığı halde hükümetin başlıca hukuk müşaviridir. *Sayısı mahdut olan İngiliz hâkimleri heyeti*

---

17 Çavuşoğlu, s. 20.

18 Andreas B. Schwarz, "İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk" Çev: Hıfzı Veldet, Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M., s. 215.

19 Hanefi hukuk metodolojisi çerçevesinde içtihadi çıkarımlarda bulunmanın zorluğunu ifade etmek için benzer şu ifade yaygınlaşmıştır. "Hanefi mezhebi üzere bir çıkarımda bulunma yetkinliğine kırk yıldan önce ulaşabilmiş bir fakihin bu başarısını hayretle karşılarım." Ali Haydar Efendi, Dürer'ül-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm, (Diyanet İşleri Başkanlığı) İstanbul 2016, c. I, s. 34.

20 Mustafa Reşit Belgesay, "Adliye Teşkilatının Esasları", c. IX, s:2-3, İ.Ü.H.F.M., s. 593.

21 Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 367.

22 Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", Çev: Fazıl H. Sur, C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944, A.Ü.H.F.D., s. 444.

hukukçular sınıfının en çok itibar ve muvaffakiyet kazanmış olan şahsiyetlerinden mürekkeptir. Filhakika «Barların (baroların) âzâsı sıfatıyla »Barrister» (avukat) olarak uzun yıllar mahkeme önünde iddia ve müdafaada bulunan ve bu arada en fazla temayüz eden yâni hayat, hukuk ve adlî faaliyet bakımından haiz bulundukları bilgi ve tecrübe sayesinde yüksek başarı temin eden şahsiyetler arasından seçilenler bol maaşlı müstesna bir itibar gören hâkimin sandalyesine geçebilirler. Yurttaşların ihtilâflarını hâkim sıfatıyla halle memur olanlar derecesinde hiç bir kimse İngiltere'de yüksek takdir ve itibara mazhar değildir.[23]

Fredrick Davis de bu durumu şu şekilde tasvir eder: "hâkimler Common law memleketlerinde büyük bir prestije sahipti, saygı ve sevgiye mazhardılar ayrıca yüksek maaş alırlardı. Common law memleketlerinin pek çoğunda hâkimlik mesleği en ziyade itibara mazhar olan bir meslektir. Bundan dolayıdır ki topluluk içerisinde en ziyade saygıya müstahak kimseler hâkimlik mesleğine umumiyetle avukatlar arasından veya akademik meslek mensuplarından tayin olunurlar. Türkiye'de ve «Civil Law» memleketlerinin çoğunda olduğu gibi devlet marifetiyle hâkim yetiştirme sistemi bilinmez, pratik hayatta bilfiil hukukçu olarak çalışmış veya öğretim mevkiinde bulunmuş kimseler bu mesleğin icap ettirdiği vasıfları en iyi bir şekilde haiz olan kimselerdir".[24]

İslam hukuku açısından yargıçlık, devlet bürokrasisinde son derece saygın bir meslek olmanın ötesinde bu görevi ifa etmek bir ibadet olarak kabul edilmiştir. İslam hukukçularından Serahsi'ye göre "*yargı görevi imandan sonra ibadetlerin en faziletlisidir. Ayrıca Hz. Âdem'den Hz. Muhammed'e kadar Allah'ın kendisine yargı görevi vermediği hiçbir Peygamber olmamıştır.*"[25] İnsanlar arasındaki anlaşmazlıkları adaletle çözmek Peygamberlerin en temel görevlerinden biri olduğu için hâkimlik, nebevi (peygamberliğe ilişkin) bir görevdir.

İslam hukukunun ve idari kurumların oluşum sürecinde önemli bir dönem olan halifeler döneminde hâkimlik son derece prestijli bir görev idi. Bu dönemde birkaç vali hariç en yüksek maaş alan devlet memuru hâkimler idi.[26] Osmanlı devletinde de Mahkeme-i şer'iyye hâkimleri mülkiye üstü bir mevkide bulunuyorlardı. Anadolu ve Rumeli'de birer beylerbeyi ve her sancakta birer mîriliva bulundurularak mülkiye idaresi askeri idare ile birleşik bir halde yürütülürken, kaza merkezlerinin mülkiye idareleri kadılara bırakılmıştı. Uzun yıllar mülkiye taksimatında illerle bucaklar arasındaki bölümüne 'Kaza' denilmesi eski devirden kalma bir teamüldür. Kadılar, küçük yerlerde hem yargı hem de idari görevleri yerine getirmişler, bundan dolayı da hâkimlerin görev yaptıkları yerlere, 'kaza' sıfatı tercih edilerek 'kaza merkezi' denilmiştir.[27]

Kadılara mülki ve askeri idarelerde verilen bu yüksek yetki ve haysiyetin onların kaza görevlerindeki mevkilerini de gerek halk ve gerekse kendi cephelerinden daima yükseltiyordu. Tanzimat'tan sonra bile bunların vilayet ve

---

23 Andreas B. Schwarz, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku", Çev: Bülent Davran, Yıl 1945, Cilt 11, Sayı 3-4, İ.Ü.H.F.M., s. 188.

24 Fredrick Davis, "Common Law" Yıl 1958, Cilt 15, Sayı 1, A.Ü.H.F.D., s. 75.

25 Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, el-Mebsût, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986, c. XVI, s. 59.

26 Muhammed Hamidullah, İslâm Peygamberi, Çev. M. Sait Mutlu- Salih Tuğ, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1969, c. II, s. 932.

27 Vasfi Şensözen, "Mahkemei Şer'ıy(y)eler," C. III, S. 29-30, (m.y.) Ankara 1947, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, s. 4-5.

kaza idare meclislerinde tabii üye olduklarını, ihale ve takrir komisyonlarındaki mevkilerini ve aynı zamanda ahkamı şahsiye mahkemesi olmak ve eytam idaresi de kendilerine bağlı bulunmak itibariyle yetimler ve mahcurlar üzerinde bu günkü anlama göre vesayet dairesi mahiyetinde olan velayeti ammelerini, vakıflara ait teftiş ve murakabe yetkilerini göz önüne alacak olursak hâkimlerin Adalet teşkilatı içindeki önemli konumu daha iyi anlaşılacaktır.[28] İngiliz hukuk sistemi de İslam hukuk sistemi de tek hâkimlidir.[29] Ancak Tanzimat sonrası şeri'yye mahkemelerinin aksine nizamiye mahkemeleri isminde birden fazla hâkimli bir mahkeme türü ihdas edilmiştir.

B-İLK DERECE MAHKEMELERİ

Westminster mahkemelerinde adaletin dağıtılması sırasında karşılaşılan güçlüklerin kaçınılmaz bir sonucu da, çoğu durumda ihtilafa doğru bir çözümün bulunmayışı oluyordu. Böyle durumlarda zarar gören tarafın aklına doğal olarak, adaleti elde etmenin bir diğer yolunun araştırılması gelecekti. Bundan dolayı XIV. yüzyıldan itibaren kraliyet mahkemelerinden adaleti elde edemeyen ya da bu mahkemelerin verdiği kararları doğru bulmayan taraflar, krala başvurarak onun işe karışmasını istemeye başladılar. Başvurular önce şansölyeye yapılıyor, şansölye uygun bulursa, olayı krala sunuyor, kral da konseyinde başvuruları inceliyordu. Bu yol zaman içerisinde kurumsallaşmaya başlayarak kimi zaman Common law'a bile ters düşen kuralları da içerebilecek bir sistem olmaya başladığında ihtilaflar baş gösterdi.[30]

İngiliz hukuku, on beşinci yüzyıldan itibaren Common law ve Equity law'dan müteşekkil ikili bir hukuk düzeni görünümü sergilemiştir. Common law, İngiliz hukukunun çekirdeğini oluşturmuş; Equity law ise bu çekirdekteki kuralların hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi için tamamlayıcı rol üstlenmiştir. Common law, 1066 yılındaki Norman istilasının ardından güçlenmeye başlayan merkezi yönetime paralel olarak faaliyete geçen krallık mahkemeleri Court of King's Bench, Court of Common Pleas ve Exchequer eliyle gelişen hukuktur. O dönemde hâlâ yerel teamüllere dayalı olarak faaliyet göstermekte olan yerel mahkemelerden farklı olarak krallık mahkemeleri, içtihatları vasıtasıyla tüm krallık bakımından "ortak olan hukuku" ortaya koymuştur. Ancak şekilci bir düşünce yapısının hâkim olduğu Common law sisteminin, adaleti sağlamak bakımından tek başına yeterli olmadığı zaman içerisinde anlaşılmıştır. Her şeyden önce, bu yapı tıpkı Roma hukukundaki gibi bir davalar sistemi olarak kurgulanmıştır. Bir kişinin dava hakkının olabilmesi için iddia ve talebinin önceden tanımlanmış olan writ'lerden birinin kapsamına girmesi ve writ'in ilgili merciden belirli bir bedel ödemek suretiyle temin edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan ispat kurallarının sertliği ve jüri yargılamasının belirsizlikleri de sistemin işleyişi bakımından bazı sıkıntılar doğurmuştur. Ayrıca zaman ilerleyip içtihat hukukunun ürettiği kurallar belirgin hâle geldikçe muhafazakâr bir tutum benimsenmiştir. Hâkimler mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmış ve ferdi davalara ilişkin istisnalar yaratmaktan kaçınmıştır. Common law'un bu açmazları, Court of Chancery eliyle gelişen equity law

---

28 Şensözen, s. 5.

29 Leon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık, Ankara 1954, s. 94.

30 David, s. 298-299.

vasıtasıyla çözülmüştür. Court of Chancery'nin temel düsturu hakkaniyettir. Böylelikle şekilcilikten uzak, krallık mahkemelerine kıyasla daha ucuz ve hızlı bir hukuki mekanizma devreye sokulmuştur. Bu durum karşısında iki yapı arasında başlayan rekabet, uzun vadede Common law'un gelişimine de ivme kazandırmıştır. İngiliz hukukunun bu ikili yapısı, bu mahkemelerin tümünü Supreme Court of Judicature çatısı altında toplayan Judicature Acts vasıtasıyla en azından görünüşte ortadan kaldırılmıştır. Ancak sistem içerisinde common law ve equity law'un bağımsız karakterlerini korudukları belirtilmektedir.[31]

İngiliz hukuk sisteminde mahkemelerdeki tıkanmışlık başka bir ifadeyle "Common Law"dan halkın hoşnutsuzluğunu ifade edecek kararların çıkma ihtimali üzerine davalar "Equity" de görülmeye başlanmıştır. Böylece "Equity" alanı sürekli "Common Law" aleyhine olacak şekilde genişlemiştir. İki hukuk sistemi Common Law ve Equity XIX. yüzyıla kadar böyle devam etti. Osmanlı Devleti'nde de XIX. yüzyıla kadar tek mahkeme olan şer'î mahkemeler yargı görevini ifa ediyordu. Bu yüzyıldan itibaren şer'î mahkemelerle beraber nizamiye mahkemeleri kurulmuştur.

Batılılaşma/modernleşme döneminde klasik Osmanlı mahkemesi olan şer'iyye mahkemesi varlığını devam ettirmişse de, görev alanı önemli ölçüde daralmış ve klasik dönemde bu mahkemenin karara bağlamış olduğu hukuki anlaşmazlıkların önemli bir kısmını nizamiye mahkemeleri karara bağlar olmuştur. Şer'iyye mahkemelerinde tek hâkimli sistem uygulanırken, nizamiye mahkemelerinde toplu hâkimli bir yapı uygulanıyordu.[32] Burada şu ifade edilebilir; şer'iyye mahkemelerinin görev alanı sürekli daralmış, buna mukabil nizamiye mahkemelerinin görev alanı ise sürekli genişlemiştir. Benzer şekilde İngiliz hukuku, XVI. yüzyılda, Şansölyenin equity hukukunun başarısı ve Common law'un giderek etkisini yitirmesi sonucu, Kıta Avrupası hukukları ile birleşmeye başladı. Vatandaşların Common law mahkemelerine başvurmaktan vazgeçmeleri ile bu mahkemelerin ortadan kalkmaları tehlikesi baş gösterdi. Aynı olay, 300 yıl önce, Country courts ve Hundred courts'un, Westminster mahkemelerinin parlaklığı ve taraflara sağladığı daha modern bir adalet geleneksel usullerden daha üstün bir muhakeme usulü karşısında sönmelerinde de görülmüştür.[33]

C-ÜST YARGIDA DÜALİST YAPI

İngiliz hukuk sisteminde üst yargı üç dereceli bir yapı arz eder. En yüksek derecesi; House of Lord (Lordlar Kamarası) bir alt derecesi; Court of Appeal, en alt derecesi ise; High of Court'tur. Bu durumda House of Lord ve Court of Appeal'in bir kararı, High of Court için emsal durumlarda uyulması zorunlu bir karardır.[34] Ancak şu husus son derece önemlidir: "*Lordlar Kamarası, her mesele hakkında yeni bir karar vererek eski kararlarından hiç birisini tatbik etmemeyi kendisi için bir mecburiyet olarak kabul etmiştir.* Bundan dolayı da *Lordlar Kamarasından*

---

[31] Işıl Yelkenci, "Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış", Cilt 28, Sayı 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1184-1185

[32] M. Akif Aydın, "Türk Hukuk Tarihçiliği", c. III, sayı: 5, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, s. 17.

[33] David, s. 300.

[34] Schwarz, "İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk", s. 225.

aşağı derecedeki diğer mahkemeler bu âli mahkemenin içtihatları ile mukayyettirler."[35] Bu kaideye göre, eğer memleketin en yüksek mahkemesi olan Lordlar Kamarası bir kararında herhangi bir prensip kabul etmişse bu kamaranın kendisi dahi bir daha bundan dönemez ve ileride vereceği bütün hükümlerde bu prensibi tatbikle mükelleftir. Böyle bir prensip yalnız kanun yolu ile değiştirilebilir.[36]

Bu düalite ilk derece mahkemelerinde aşılmışsa da Temyiz mahkemesi olan High Court'ta bir problem olarak varlığını devam ettirmiştir. Prensip olarak Temyiz mahkemesi her tür davaya bakmakla görevli ise de uygulamada ayrılık kaçınılmaz olmuştur. Temyiz mahkemesinde "Equity" e ait davalar "Chancery Division" kısmında, "Common Law" a ait davalar ise "King's Bench Division" kısmında tetkik ediliyordu. Bu alanda bir karşılaştırma yapmak adına Osmanlı uygulamalarını şu şekilde tasvir edebiliriz: Batılılaşma/ modernleşme döneminde hem şer'iyye hem de nizamiye mahkemeleri için ayrı ayrı üst mahkemeler kurulmuştur. Şer'iyye mahkemeleri için Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye, nizamiye mahkemeleri için ise Divan-ı Ahkâm-ı Adliye üst mahkeme olarak görev yapmıştır.[37] Üst mahkemedeki bu farklılaşma İngiliz hukuk sistemindeki "Equity" e ait davaların "Chancery Division" kısmında, "Common Law" a ait davalar ise "King's Bench Division" kısmında tetkik edilmesine benzemektedir.

D-TEZGÂHTAN YASAMA

İngiliz hukuk sistemi için yargıçlar hukuku nitelemesi yapılır. Bilindiği gibi, Kıta Avrupa'sından farklı olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde, özellikle ABD ve Birleşik Krallık'ta, içtihatlar yani yargı kararları örf ve adet hukuku ile birlikte hukukun asıl kaynağını oluşturur. Bu nedenle, Anglo-Sakson hukuk sistemi içinde yargıçların hukukun oluşumunda yasa koyucuya benzer bir işlevi olduğu kabul edilir. Bu sistemde, yüksek mahkeme kararları ve aynı mahkemenin daha önce benzer bir konuda verdiği kararlar emsal teşkil eder, emsal kararların asıl gerekçesi (temel hukuki dayanağı) bağlayıcı kabul edilir ve yeni emsal kararların oluşumu hukuk yaratma anlamına gelir. Dolayısıyla Anglo-Sakson hukuk sistemi yargıç hukuku olarak da tanımlanır.[38]

Bu durum genellikle ilk derece mahkemelerin yargı kararlarının ya da bir mahkemenin verdiği karar diğer mahkemeyi ya da yargıcı bağlar şeklinde anlaşılmaktadır. Oysa bu kanı, hukuk mantığı, hukuk tekniği hatta hukuk felsefesi ve yargı kararının epistemolojik değerinin aynı düzeydeki bir mahkeme ya da yargıç için bağlayıcı bir norma dönüştüğünü varsaymak doğru bir tasvir değildir. İster ilk derece mahkemesi olsun ister üst dereceli bir mahkeme olsun herhangi bir yargısal karar verildiğinde bu karar kamuoyuna açık hale gelir. Bu kararın gerekçesi yayımlandıktan sonra özellikle yargı mensuplarının ilgi ve bilgi alanına girmiş olur. Eğer kararın gerekçesi kümülatif hukuki içtihatların ruhuna aykırı

---

35 Arthur Curti, "İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış", Çev. A. Necdet Azak, Yıl: III, Sayı: 11, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M., s. 304.

36 Andreas B. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942, s. 89.

37 Aydın, s. 17.

38 F. Ceren Akçabay, Yargının Tartışılmazlığı, Ayrıntıdergi, Ağustos 2020. Anglo-Sakson hukuk sisteminin tarihsel kökenini oluşturan İngiliz hukukunda yargıç yapımı bir anayasanın var olması İngiliz geleneğinde hukuk devletinin yasamanın değil yargının üstünlüğü anlamına gelmesine neden olmuştur.(a.g.e.)

değilse ve kararın dayandığı hukuki dayanağına ve hukuk mantığına herhangi bir itiraz söz konusu değilse bu karar bir yönüyle hukukçuların açık yada örtük (sarih ya da sükûti) onayını almış demektir. Böylece tikel bir karar iken epistemolojik açıdan "zan" ifade eden bu karar diğer hukukçuların açık ya da örtük onayını almış olmasıyla epistemolojik açıdan "zan"dan daha üst bir mertebeye yükselmiş olur ve yasa gibi bir fonksiyon icra etmeye başlar.

Konuyu İslam hukuku bağlamında ifade edecek olursak herhangi bir içtihat ilkten ortaya konulduğunda diğer tüm içtihatlar gibi epistemolojik açıdan "zan" ifade eder. Ancak istisnasız tüm hukukçular bu içtihadı onaylarsa bu içtihat epistemolojik olarak "yakîn" yani kesinlik ifade eder. Gerçi tüm hukukçuların görüşlerini açıkça ortaya koyamama ihtimaline binaen bu durum "sukuti icma" ifadesiyle tanımlanmış ve böylece kimi hukukçular görüş belirtmeyen bu kitlenin onayladığı ya da ret ettiği yönünde kendilerine bir kanaat yüklenemeyeceğini iddia ederler. Böylece böyle bir durumun epistemolojik açıdan "zan"dan üst bir skalada olsa da "yakîn" denilen ve kesin doğru kabul edilen bir düzeye de yükseltilemeyeceği için tartışılmaz doğrular skalasında yer almazlar. İslam hukukunda icma olarak nitelendirilen bu oydaşıma muhalefet, hukuki açıdan olumsuz bir tutum olarak kabul edilmiştir. Eğer icma denilen bu oydaşım sahabeden beri sürüp gelen ve dinin ritüelleri ile ilgili ise o görüşe itiraz dinin asli bir verisine itiraz gibi kabul edilir. Bu konu yeniden tartışmaya dahi açılamaz. Ancak icmanın içeriği dönemsel konularla ilgili ise yeniden tartışılmaya imkân oluşabilir.

Burada ödünçleme bir kavramla durumu tasvir edecek olursak "özneler arasılık" denilen ve alandaki otoritelerin bir konudaki oydaşımı mutlak doğru olarak kabul edilmezse bile ona yakın bir düzeyi ifade edebilir. Bu nedenle İngiliz hukuk sistemindeki "özneler arasılık" niteliğindeki bir yargı kararı "yasa" gibi bir fonksiyon icra edebilir ve bu durum "tezgahtan yasama" olarak nitelendirilmiştir.[39] Burada özenle vurgulanması gereken husus yargı kararının dayandığı hukuki zemin yani gerekçeye bir itirazın olmamasıdır. Bu durum Kant'ın "beğeni yargısı"na benzetilmiştir.

Sonuç olarak emsal doktrinini salt içtihat ile kıyas edenlere göre (stare decisis) İslam'a tamamen yabancıdır.[40] Bu konuda gözden kaçırılan bir detay söz konusudur. İngiliz hukukunda yargı kararının kendisi değil dayandığı ilkesel yaklaşım diğer yargıçlar açısından bağlayıcıdır. Bu konuyu detaylı olarak ele alan hukukçular şöyle bir tasvir yaparlar. Herhangi bir yargıç verdiği kararı ve gerekçesini açıkladığında diğer hukukçular tarafından izlenmektedir. Bu durumda açık ya da örtük herhangi bir itiraz vaki olmadığı zaman o karar dayandığı hukuki delilden güç alarak diğer yargıçlar için hem bir emsal hem de bağlayıcılık taşıyacaktır. Bu konuda hâkimin kararı bir içtihat olarak kabul edildiğinde bunun diğer hâkimler ya da müçtehitler açısından bağlayıcı olmayacağı yönüyle doğal olarak İslam hukuku ile benzerlik içinde olmadığı

---

[39] Douglas E. Edlin, Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law, University of Michigan Press, 2016, s. 56.

[40] Herbert Liebesny, "English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization" Conference on Comparative Links between Islamic Law and the Common Law: Cross-Cultural Interaction between Islamic Law and Other Legal Systems, Volume 34 Issue 1, s. 20.

https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol34/iss1/5/ (Erişim tarihi: 12.12.2024)

kanaati oluşur. Çünkü İslam hukukunda "içtihat içtihadı nakz etmez" ilkesi herkesçe bilinen bir kuraldır. Peki, İngiliz hukukundaki emsal kararın dayandığı ilkesel zemin ve bu yöntemsel yaklaşım diğer hukukçular ve kamuoyu ile paylaşıldıktan sonra herhangi bir açık ya da örtük (sessiz kalınarak zımni onay) desteklendiğinde bireysel bir kararın alandaki uzmanların onayını almış kabul edilmesi ile İslam hukuku arasında bir benzerlik söz konusu mudur? Kanaatimce bu İslam hukukundaki açık ya da örtük (sarih-sükûti) icma'ya benzetilebilir. Common law (örf ve adet hukuku) için, bir yargıç, kararlarında doğal veya nesnel olarak var olan soyut bir adalet veya hakikat kavramı aramaz, ancak belirli bir dava bağlamında hukukun gerektirdiğine dair en iyi hükmünü ifade etmek için elinden gelen çabayı gösterir.[41] Bu manada başlangıçtaki süreç İslam hukukundaki içtihada benzetilmiştir.

II-İNGİLİZ HUKUK SİSTEMİNDEKİ "JÜRİ TANIKLIĞI"NIN İSLAMİ KÖKENİ OLARAK "LAFİF KURUMU"

İngiltere'de jüri kurumu, "*özgürlüklerimizin paladyumu*" olarak büyük değer görmektedir.[42] Genel olarak İngiliz hukuk tarihi ve özelde İngiliz hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan hukukçular kimi kurumların İngiliz hukuk kültürü ile doku farklılığına işaret etmişlerdir. Bu hukuk kurumlarından bir de "Jüri" sistemidir. İngiliz hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan hukukçular diğer alanlarda olduğu gibi yargılama alanında da şu soru ile araştırmalarına giriş yaparlar. İngiliz yargılama hukukuna ilişkin son derece ilkel yöntemlerin uygulandığı bir dönemde nasıl oldu da son derece hukuki olan jüri sisteminin uygulanmasına rastlandı? Jüri sisteminin İngiliz hukuk sisteminde uygulanmasından önce baskın olan ispat yöntemleri son derece ilkel ve acımasızdı. Bilinen yöntemlerden biri zanlının ateşe maruz bırakılması idi. Buna göre zanlı, sıcak demir parçalarını elinde tutarak veya dokuz kırmızı sıcak pulluk üzerinde yürüterek gerçekleştirildi. Bir diğeri ise zanlının suya maruz bırakılması idi. Bu yöntemde ise ilgili kişinin kolu dirseğe kadar kaynar suya daldırılırdı. Eğer kolu zarar görmezse ya da bir önceki yöntemde o kişiye ateş zarar vermezse onun masumiyetine hükmedilirdi. Ordeal yöntemi olarak isimlendirilen bu uygulama kadar yaygın bir kanıtlama yöntemi de düello idi. Sicilya'nın fethinden sonra Normanlar döneminde bu ilkel yöntemler birer birer uygulamadan kaldırıldı. 1215 te Lateran Konseyi kararnamesi ile ordeal ile ispat yasadışı ilan edildi. Netice olarak eğer kişi Avrupa sınırlarının ötesine uzanıp İngiliz hukuk sistemindeki jürinin kökeni konusunu araştırır ve İslam hukukundaki olası kökenlerini analiz ederse, İslami verilerin jürinin temel özelliklerine çok daha yakın olduğunu görecektir. Bu konuyu ayrıntılı olarak inceleyen J. Makdisi, İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinde kullanılan "lafif" tanıklık sisteminin İngiliz jüri sistemini doğurduğunu iddia etmişti. Avrupa hukuk kültürü içinde jüri sistemine kaynaklık etmesi muhtemel tüm verileri değerlendirdikten sonra güçlü bir vurgu ile bu kurumun (lafif), jüri sistemine kaynaklık etmiş olabileceği yönündeki kanaatini ortaya koymuştur. Makdisi'nin bu alandaki tüm iddialarını değerlendiren Gonzalez, Makdisi'nin bu alandaki görüşlerini inceledikten sonra şu kanaatini izhar etmiştir: *"İslami lafif ve İngiliz jürisinin özelliklerini*

---

41 Edlin, s. 60.

42 Mehmeti, Sami, 'Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law'. https://www.researchgate.net/publication/362304429 (Eric Gerald Stanley'den naklen) s. 55.

karşılaştırmanın sonunda, ikincisinin önemli ölçüde birincisinden türediğine ikna oldum."[43] İslam hukukunun İngiliz hukuk sistemi ve kurumları üzerindeki etkilerini ABD-Osmanlı Devleti bağlamında ele alan Fendoğlu, *şühudu'l-hal* ile jüri sisteminin benzerliğine işaret eder.[44]

İslam hukukunun İngiliz hukuk sistemi ve kurumları üzerindeki etkilerini Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş bir devlet olarak ABD ile Osmanlı Devleti bağlamında ele alan Fendoğlu son dönemde yazdığı eserlerinde benzerlikleri maddeler halinde ele alır. Özellikle her iki ülkedeki güçlü yürütmeye işaret etmesi önemlidir. Fendoğlu, Osmanlı'da ilmiye ve seyfiye sınıfının etkin rolüne mukabil bu ülkede sermaye sahiplerinin etkin ve yönlendirici rolüne vurgu yapar. Sanıldığının aksine laik kimliğine rağmen ABD kurucu metinlerinde din ve vicdan özgürlüğüne yer vermesi ortak noktalar olarak tespit edilmiştir. Kurucu metinler olarak anayasaların uzun ömürlü oluşu devlet yönetiminde istikrarı sağladığı tespitinde bulunmuştur.[45] Bu alanda yazdığımız farklı makalelerde Fendoğlu'nun özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemi ile İslam hukukundaki içtihadın inşa edici rolü ve örf ve adet hukukunun dinamizm sağlayıcı fonksiyonuna yönelik önemli tespitlerine yer vermiştik.[46]

İngiliz hukuk tarihçileri jüri sisteminin kurumsal yapısının kaynağının tespitinden daha önemli olan hususun, böyle bir hakkın felsefi zemininin tespiti olduğunu vurgulamışlardır. Konu şu soru etrafında düğümlenmiştir: Jüri müessesesinden *daha önemlisi, herkesin jüri tarafından yargılanma hakkı olduğu fikrini nereden aldık?*[47] Çünkü hukuk felsefesi açısından böyle bir hakkın kaynağının düşünsel olarak var olan hukuk kültüründe izlerini bulmak mümkün değildir. İngiliz yargılama hukukuna ilişkin son derece ilkel yöntemlerin uygulandığı bir dönemde nasıl oldu da son derece hukuki olan jüri sisteminin uygulanmasına rastlandı Çünkü bu dönemde ordeal denilen ve kişinin suçlu ya da masum oluşunu tespit etmek için uygulanan son derece ilkel ve acımasız bir yöntem vardı. Kişi ateş ya da suya maruz bırakılır suçsuz ise bu işkenceden kurtulur. Tabii ki bu konuda metafizik bir desteğin duruma müdahil olduğu düşünülürdü. Ayrıca yargılamada jüri sistemi Common law'dan önce ne Roma hukukunda ne de Kıta Avrupa'sında bilinen bir durum değildi. Bu uygulama ve anlayışın kökeni araştırıldığında, onu, katıksız olarak Sicilya etkileşim alanı üzerinde Maliki hukuk ekolündeki benzer kurumsal ve kuramsal yapı ile ilişkilendirmek hiç de zor değildir. Daha önce zikrettiğimiz etkileşim zemini,

---

43 Marc-Tizoc González, John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law, Intercultural Human Rights Law Review, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13 s. 178.

44 Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 585.

45 Fendoğlu, age. s. 584-585.

46 Şahban Yıldırımer, "İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları-I", 2024/2, Adalet Dergisi, s. 46.

47 Jüri huzurunda yargılamanın tarihine ilişkin yapılan araştırmalara göre, "Anglo-Sakson çağında bu tip bir jüri kurumunun izine rastlanmaz. Zira Ethelbert döneminden (M.S. 568-616) Norman Fethi'ne dek uzanan döneme ilişkin, elimizdeki Anglo-Sakson yasalarının yekûnunda ve o döneme dair kroniklerde farklı değinilere sıklıkla rastlansa da, bu tip bir jüri kurumuyla ilgili bir ima yoktur. İngiliz yeminli tahkikat sistemiyle ilgili olarak kendini en düşük zorlukla sunan ve en yüklü argümanlarla destekleyen teorinin, [sistemin] Normandiya'dan alındığını ileri süren teori olduğu söylenebilir." J. E. R. Stephens "İngiltere'de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı", (Çev. Muzaffer Dülger) İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 2017, Cilt 75, s. 837-848.

Sicilya olarak karşımıza çıkıyor; aynı şekilde etkileşim dönemi olarak II. Henry'nin iktidarda olduğu dönem işaret edilmektedir.[48]

İslam hukuk kurumları ve bu kurumların dayandığı kuramların başta Common law olmak üzere İngiliz hukuk sistemine birçok alanda kaynaklık ettiği iddiasını temellendiren Makdisi, etkileşim kaynağı olarak Maliki hukuk ekolüne işaret eder. Zira yargılama alanındaki jüri sistemine kaynaklık ettiğini iddia ettiği "lafif" sistemi İslam hukuk ekollerinden sadece Maliki mezhebinde mevcuttur. Tanıklık, çerçevesi Kur'an ile çizilmiş bir anlayıştır. Kur'an, bir konuda tanık getirmek istediğinizde kendi erkeklerinizden iki tanık, iki erkek yoksa o zaman bir erkek ve iki kadının tanıklığının geçerli olabileceğini söyler. Bununla birlikte, tanık olarak nitelendirilebilmek için bu erkeklerin veya kadınların onurlu (adil) olması gerekiyordu. Yeterli sayıda erkek ya da kadın (adil şahitler) olmadığında Maliki hukuk ekolü 11. yüzyılda Fas olarak bilinen Kuzey Afrika bölgesinde ikame bir kanıt biçimi geliştirdi. İstisnai durumda "udul" tanıklarının ispatının mümkün olmadığı yerlerde, lafif tanıkların ispatına izin verilmiştir. Lafif tanıkları, yörenin cemaati olarak kabul edildi ve genellikle bu alanda gereken sayı on iki idi. Burada önemli olan husus "lafif" tanıklık kapsamındaki bu çoğulcu şahitlik sisteminde hâkimin her bir üye/kişi hakkında adalet (onurlu olma) nitelemesini araştıramayacağının kabulüdür. Hâkimin herhangi bir tanığı güvenilir olmadığı gerekçesiyle gruptan çıkarma yetkisi yoktu. Burada bir diğer husus bu on iki lafif tanığın hepsinin aynı ifadeleri vermesi zorunlu idi. İslam hukukunda şahitlerin mutlak olarak adalet vasfını taşıması gerektiği ifade edilmesine rağmen istisnai durumda bu şartın yerine şahitliği güçlendirmek için ikincil şartlar çoğaltılarak bunun yerine ikame etmek mümkün olmuştur. Bu ek şartlardan ilki, tanıkların sayısal olarak arttırılması, ikincisi de tüm bu tanıkların aynı ifadeyi onaylamalarıdır. Yani Maliki hukuk ekolünde istisnai durumda şahitlerin adalet nitelemesinin yerine getirilmemesi durumunda onun yerine tanık sayısı iki yerine on iki olarak belirlenmiş ve bu tanıkların tümünün aynı ifadeyi vermeleri zorunlu kılınarak genel delil getirme yöntemi yerine bu yöntem ikame edilmiştir.

III-"ASSİZE of NOVEL DİSSEİSİN" İLKESİNİN İSLAM HUKUKUNDAKİ "İSTİHKAK"IN KARŞILAŞTIRILMASI

İngiliz hukuk tarihinde kendisi ile iftihar edilen bir ilke de "assize of novel disseisin" dır. Bu ilkenin dayandığı anlayışın köklerine ne Normanlarda ne de Anglo-Sakson yasalarında rastlanmamaktadır. Tüm çabalara rağmen hiç kimse bu ilkenin köklerini ne Roma hukukunda ne de Canon law'da bulabildi. Makdisi, "bu ilkenin kökeni bir sır olarak kaldı" derken bu konudaki kanaatini Milson'un "assize of novel disseisin, ilkesi Common law tarihinin en büyük gizemini oluşturmaktadır" ifadesi ile pekiştirmektedir. Gerçi bu gün bile bu ilkenin II. Henry tarafından yaratıldığına dair iddia varlığını korumaktadır. Ancak bu varsayımsal kabulün ötesinde onun (assize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde ittifak edilememiştir. "Assize" kelimesinin etimolojisi kendi başına açık değildir. Kralın yasama oturumuna atıfta bulunarak oturma veya yerleşim eylemini ifade eden eski Fransız kanaatinden türediği düşünülüyordu. Yine bir başka olası kökeni tespit edildi. John Makdisi, terimin, hükümdarın İslam adına adaleti dağıtmak için idari otoritesini ifade eden siyasah (siyaset)'tan türetilmiş

[48] Sir Frederic Pollock and Frederic William Maitland, The History English Law Before the Time of Edward I, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I, s. 143.

olabileceğini tahmin ediyor. İnsanların arasındaki hareket göz önüne alındığında İngiltere ve Kutsal Topraklar, bazen Sicilya üzerinden, "assize" gibi fikirlerin ve kurumların aktarılması, özellikle o zamanki İslami yönetim kurumlarının daha gelişmiş doğası göz önüne alındığında, muhtemeldi.[49]

On ikinci yüzyılın ortalarında yürürlüğe giren, "the assize of novel disseisin" ilkesi Common law'un biçimlendirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Kurumlar tarihini araştıran bilim insanlarına göre bu ilke İngiltere'de arazi mülkiyetini koruma prosedüründe devrim yaratmıştır. Bu yargı reformu,1155 ve 1166 yılları arasında yasadışı olarak ele geçirilen toprakları restore etmek için, Kral II. Henry tarafından oluşturulmuş, haklı mülkiyetin sağlanması için hızlı bir çözüm yolu sunarak bununla toprak mülkiyetini korumuştur. Bu ilke, toprak sahiplerinin haklarını teslim etmekte önemli bir fonksiyon icra etmiş ayrıca mülkiyetin miras yoluyla intikalinde önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu konulardaki ihtilafların çözümünde sürenin kısaltılmasını sağlamış ve ihtilaflar konusunda mahkemelere daha kolay erişim sağlamıştır. Kimi hukukçular bu kurumsal yapıya ve ardındaki kuramsal akla olan hayranlığının ifadesi olarak bunu icat etmenin ancak uzun uykusuz geçirilen gecelerin bir ürünü olabileceğini ifade eder. Bu gün bile "assize" fikrinin II. Henry'nin hükümranlığı tarafından yaratıldığı iddia edilmektedir. Ancak bu temel ön kabulün ötesinde onun (assize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde anlaşılmamıştır. Konu ile ilgilenen uzmanlara göre "assize of novel disseisin" Common law tarihinin en büyük gizemini oluşturmaktadır. Çünkü bu (assize of novel disseisin) ne Normandiya'dan ne de Anglo-Sakson yasasından gelmediği açıkça görünmektedir. Dolayısıyla, (assize of novel disseisin)'nin Norman, Anglo-Sakson, kanon veya Roma hukukundan kaynaklandığına dair bir kanıt yoktur. Sahipliği mülkiyet kanıtı olarak koruyarak mülkiyeti koruyan assize aniden ortaya çıkan yeni konsepte neden olan şey nedir? Bu soruyu cevaplamak için batı Avrupa sınırlarının ötesine geçilmelidir. İslam dünyasında, mülkiyetin kanıtı olarak mülkiyeti koruma kavramı, on ikinci yüzyılda, "istihkak" eylemiyle garanti altına alınarak sağlam bir şekilde kurulmuştur. Bir kimsenin başka bir şahsın mülkiyet ya da zilyetliğinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet iddiasını ispat etmesi, hâkimin de buna göre hüküm vermesi olarak tanımlanan "istihkak"[50] ile arasındaki benzerliklere işaret etmek gerekir. İslam hukukundaki "istihkak" ile İngiliz hukuk sistemindeki "gasp edilen malın geri alınması" ilkesi karşılaştırıldığında her iki hukuk sisteminde de taraflardan birinin diğeri aleyhinde bir kanıtı olmadığı zaman bu ilke devreye girmektedir.

İslam hukuk sistemindeki istihkak, gasp üzerine toprağın yeniden hak sahibinde kalması için yapılan bir eylemdi. Buradaki temel sonuç gerçek mülk sahibinin mülkünün iadesine hak kazanmış olduğudur. Buradaki rasyonel kanıt: "önceden sahiplik"ti ve bu da mülkiyetin kanıtıydı. Bu konuda karar verilirken uyulması gereken bir prosedür vardı. Davacı iddiasını temellendirmek için iki tanık bulmak zorunda idi. Taraflar hâkimlik görevini ifa eden "kâdî"nın huzuruna çağrılır, özellikle davalının duruşmaya bizzat katılımı sağlanırdı. İslam hukukludaki "istihkak" ilkesinde ve Common law'da benzer prosedür işletilmekteydi. Ayrıca hem "istihkak"ta hem de "assize of novel disseisin"de sanık bir itirafta bulunursa mahkeme itiraf temelinde davayı çözerdi. Dönemi itibariyle son derece ileri bir anlayışı yansıtan bir ilke de şu idi: "Eğer kanuna

---

49 Watanabe, s. 75.

50 Hamza Aktan, "İstihkak", DİA, c. XXIII, s. 336-337.

aykırı ya da kanunun yanlış uygulanması söz konusu ise bir davadaki karar gözden geçirilebilir ve yeniden düzenlenebilirdi."[51]

İngiliz hukuk tarihinde bir ilk yaşanıyordu. O güne kadar hâkim olan anlayış yerini yeni bir uygulamaya bırakmıştı. Roma hukukundaki "dominium" (hâkimiyet) anlayışından uzaklaşılarak mülkiyet konusunda yeni bir anlayışla hareket ediliyordu. Ancak bu anlayışı gerçekleştirecek bir sistem batı hukuk sitemlerinde yoktu. İşte bu anlayışı gerçekleştirebilecek tek sistem, "the assize of novel disseisin" idi ve bu da İslam hukuku ile İngiliz hukukunun benzersiz özelliklerini paylaşan tek yasal sistemdi. Sonuç olarak şunu ifade etmek hiç de akla aykırı değildir. "*İngiltere 'the assize of novel disseisin' ilkesinin içeriği ile ifade edilen anlayışı İslam'dan almıştır*."[52]

Müellif daha ilk cümlesinde bu anlayışın kökenlerine değil gelişim evrelerine odaklanmanın gereğine işaret etmektedir. Ayrıca bu yeni anlayışın öncelikle cari Roma hukukundaki mülkiyet anlayışı "dominiom" u sistem dışı bırakmıştır. Bir diğer tespit ise siyasi ve idari aristokratik anlayışa dayalı uygulamaların bertaraf edilmesidir. "Trust" kurumunun bu gelişime ivme kazandırdığı tespiti de önemlidir. Çünkü bu kurumun da İslam kültürü kaynaklı olduğu birçok araştırma ile ortaya konmuştur. Aslında batılı araştırmacılar önceleri bu kurumun kaynağını Germen veya Roma'da araştırmışlarsa da nihayetinde son yıllarda yapılan çalışmalarda İngiltere'deki trust/waqf kurumunun kökeninin İslami vakıf olduğu iddiası kabul görmüştür. *Trust* kurumunun kaynağı olarak Roma hukukundaki "*fideicommissum*" a işaret edenler olmuşsa da Monica Gaudiosi'ye göre; İslam kaynaklı waqf kurumu "trust" a çok daha yakın bir benzerliği barındırmaktadır. Her ikisinde de bağışta bulunan *wâqif/settler*, ayrıca bu kurumun işleyişinden sorumlu bir *mutawalli/trustee* ve bu hayır kurumundan yararlanacak/ *beneficiaries* bir kesim yer almaktadır.[53] İslam'ın ilk üç asrında ortaya çıkan waqf, tüzel kişiliği olmayan bir hayır kurumuydu. Bu türden bir bağış, ya dini ya da kamusal nitelikteydi. Vakıf genel olarak hastaneler, medreseler ve camilere bağış yapmak üzere kullanılırdı.

IV-COMMON LAW'DA KAMU POLİTİKASI (PUBLIC POLICY) İLE İSLAM HUKUKUNDAKİ KAMU YARARI (AL-MASLAHA)'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

İslam hukukunun Common law'u etkilediği yönündeki tezi savunan araştırmacılar İslam hukukundaki "maslahat"" ilkesi ile Common law'daki "public policy" ilkesini, başka bir ifadeyle İslam hukukundaki kamu yararı ile Common law'daki kamu politikası benzerliğini bu iddialarına önemli kanıt olarak sunmuşlardır. Common law'da yasanın belirli yönergelerindeki bir boşluk genellikle kamu politikası kavramına başvurulmasıyla doldurulur. Kamu politikasının kavram çerçevesi toplumun düzeni için nelerin gerekli olduğu, nelerin doğru ve adil olduğu kabulüne dayanır. Bu konudaki çıkarımlar toplumda var olan hukuk kültürünün derinliklerinde yatan üst değerlere dayalı

---

51 John A. Makdisi, "The Islamic Origins of the Common Law",77, North Carolina Law Review,1999, s. 1668.

52 Makdisi,J. A. "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1676.

53 Watanabe, s. 72.

olarak yapılır. Bu değerler ise Common law'un dokusunda gömülüdür. İslam hukukunda ise benzer bir yaklaşım "maslaha" kavramıyla ifade edilmiştir.[54]

İslam hukuk metodolojisinde kamu yararı olarak nitelendirilen ve İslam'ın korumayı öncelediği beş temel değerin korunmasını esas alan yaklaşım, maslahat delili olarak isimlendirilmiştir. Bu temel değerlerin korunması tüme varım yolu ile tek tek vahyin örnekliğinden hareketle çıkarılmıştır. Ancak İslam hukukçuları bu alanda keyfi tutum ve sübjektif takdire alan açmamak için çok sıkı kısıtlılıklar getirmişlerdir. Bu delilin en çarpıcı örneği muhafazakârlığı ile tanınan Gazali'den gelmiştir. Ona göre Müslüman ordusu savaşta kâfirlerle mücadele ederken düşman kuvvetleri ön safa Müslüman masum tutsakları koyarlarsa bu masum insanları öldürmek caizdir. Ancak bu konuda şu şartı tekrarlar: Bu yapılmadığı zaman tüm İslam ordusu yok olmakla karşı karşıya gelecekse ya da bu yapılmadığı zaman yenilgi kaçınılmaz ise bu durumda ancak buna izin verilebilir. Bu örnek üzerinden şu ilkesel tutum geliştirilmiştir: Maslahat olarak nitelendirilen yaklaşımın tümel olması yani tikel ya da bir grubun menfaatlerini korumak gibi sınırlı bir gerçekleşme alanında olmaması, vehim ya da zanna dayalı bir yapıda olmaması yani kesinlik düzeyi yüksek olması temel şartlardandır.

İslam hukukunda maslahat ilkesi ile Common law'daki public policy, başka bir ifadeyle İslam hukukundaki kamu yararı ile Common law'daki kamu politikası benzeşmesi üzerinden bu iki hukukun etkileşim iddiasını temellendirmeye çalışan Makdisi şu örneği kanıt olarak verir. 1837 yılında Kanada isyanı sırasında İngiliz kuvvetleri isyancılara takviye malzemeleri engellemek vb gerekçelerle "Caoline" ismindeki gemiye saldırır ve içlerinde masumların da olduğu gemi batırılır.[55] Burada uzun bir gerekçe yazılır ancak

---

[54] John Makdisi, "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", 2, Indiana International & Comparative Law Review, 1991, s. 203.

[55] Caroline olayı, "1837'de Kanada'nın İngiltere'ye karşı verdiği bağımsızlık savaşı sırasında çıkmıştır. Savaş sırasında Kanadalılar ihtiyaç hissettikçe yakındaki ABD eyaletlerine sığınıyor ve onlardan yardım alıyordu. ABD Hükümeti tarafsızlık politikası izliyordu. Kanadalılar, Kanada'daki Navy adasından İngiliz gemilerine saldırıyor ve ihtiyaç duydukları silah yardımını Caroline adlı bir Amerikan bandıralı gemi vasıtasıyla temin ediyorlardı. Ancak İngilizler Caroline'i bir Amerikan limanı olan Schlosser'de ele geçirmiş, ders olsun diye de Niagara şelalesinden aşağı atmıştır. Bu olayda bazı ABD vatandaşları yaşamını yitirmiş, bunun üzerine sorumlu görülen bir İngiliz tutuklanmıştır. Olay sonrasında İngiliz Dışişleri Bakanı, İngiltere'nin meşru müdafaa ve kendini koruma hakkına dayanarak bu eylemi gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Bu olayda İngiltere, gemiyi yok ederken meşru müdafaa hakkı çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürmüştü. İngiltere'ye göre Caroline korsan bir gemiydi ve ABD kendi sınır hattında kendi yasasını uygulayamadığına göre İngiltere meşru savunma için gerekli önlemleri almıştı. ABD, İngiltere'nin bu görüşünü reddetmiş ve sorun hakemliğe götürülmüştür. Hakemlik kararına göre meşru müdafaa hakkının kullanılması için tehlikenin o an ortaya çıkmış, ani, başa çıkılmaz ve başka hiç bir korunma yoluna başvurmaya imkân bırakmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilmiş ve bu olayda İngiltere'nin meşru müdafaa boyutlarını aştığı ortaya çıkmıştır. Amerikan Dışişleri Bakanı Webster, İngiltere'ye verdiği yazılı cevapta olayın meşru müdafaa hakkının kullanımı olarak kabul edilebilmesi için ortaya çıkan tehdidin; meşru müdafaayı gerekli kılması, ani, karşı konulamaz, başka yollarla giderilemez olması ve sorunu müzakere etmek için zaman bırakmaması gerektiğini belirtmiştir. Webster'ın ortaya koyduğu bu formül, daha sonra İngiltere tarafından da kabul edilmiştir. Böylece, bu şartlar devletlerin daha sonraki meşru müdafaa uygulamalarında da aranmaya başlanmıştır." Bu pasaj "Ömer Lütfi Kanburoğlu, Önleyici Harekât Stratejileri ve ABD,

anahtar kavram "necessity", zorunluluktur.[56] Yukarıda Gazali'nin örneğindeki durumu zorunluluk olarak tanımlayan Makdisi, bu olaydaki gerekçe örtüşmesinden hareketle Common law'un İslam hukukundaki bu ilkeden etkilenmiş olabileceğini iddia etmiştir. Ancak bu konudaki temel farklılaşmanın da farkındadır. Ona göre Common law'daki "zorunluluk" ilkesinin içeriği ve çerçevesi ile İslam hukukundaki "zaruret" ilkesi ayrıntılarda farklılaşmaktadır. Common law'da zorunluluk biraz yüzeysel iken örneğin Gazali "zorunluluk" doktrinini özenle metinsel bir kaynağa bağlamaya çalışmakta böylece bu ilkeye sınırlamalar getirmektedir.[57]

İlkesel olarak maslahat ya da mekasıd'ın tanım çerçevesinin hukukçu olmayanların özellikle de siyasilerin elinde nasıl da feci sonuçlara sebep olduğu ile ilgili örnekleri tarih içinde görmek mümkündür. Okyanusta açık bir gemide günlerce aç kalan bir grup denizci yolcular arasındaki bir çocuğu öldürüp etini yerler. Bu olaydan yargılananlar da aynı anahtar kavrama, "necessity/zorunluluk"a işaret etseler de mahkeme bu gerekçeyi ret eder ve suçlular cinayetten hüküm giyerler.[58] 'Kamu politikası' hukuk kullanımının ideal olmadığını rasyonel bir hukukun bu tür irrasyonel yöntemleri hukukta kullanımını eleştirenler olmuştur. [59] Dikkat çeken eleştiri zemini kamu politikası doktrinin bünyesinde taşıdığı belirsizliktir.[60]

İslam hukukunun "tüm zamanlar ve tüm coğrafyalarda uygulanabilirliği" iddiası şu temel kabule dayanır. Olaylar sınırsız buna mukabil nasslar sınırlıdır. Yeni ortaya çıkacak olayların hükmünü bu sınırlı nasslara dayanarak çıkarmak bir zorunluluktur. İslam hukukuna dinamizm kazandıran ve bu hukuka esneklik veren ilkelerin ortaya çıkarılması usul âlimlerinin çalışma alanlarından birini oluşturmuştur. Bu esneklik alanlarından biri de "mekâsıd" kuramı olarak nitelendirilen çerçevedir. İslam hukuk metodolojisi uzmanları bu esnek alanın taşıdığı "takdir" yetkisinin farkındadır. Bu nedenle bu kuramın sınırlarını son derece rasyonel bir zeminde inşa etmişlerdir. Yukarıda "kamu politikası" na yöneltilen eleştiriler son derece mantıklıdır. Bu tür muhtemel hukuki sapmalara neden olma ihtimalini görebilen kuramcılar bu konudaki çerçeveyi son derece güzel çizmişlerdir. Bu konudaki emsalsiz eserin ismini ve müellifini ((el-Muvâfakât: Ebu İshak eş- Şâtıbî) vermekle yetinelim.

SONUÇ YERİNE

Avrupa hukukundan tamamen farklı bir hukuk sistemi ile XXI. yüzyıla giren ve bu hukukla ekonomik, sosyal ve siyasal olarak dünyanın belli başlı birkaç ülkesinden biri olmayı başaran İngiltere devletinin bu başarısını öz

---

http://www.haberdemeti.com/artikel.php?artikel_id=3335″ den alınmıştır.

56 Kendini savunma zorunluluğu, müzakere için yeterli zamanın olmayışı, gerekli uyarıların pratik faydasının olmayacağı, gün ağarmasını beklemenin muhtemel riskleri, gemideki masumları ayırmanın zorlukları vb gerekçeler sunulmuşsa da Birleşik Devletler tüm bu gerekçelerin bir "zorunluluk" olduğuna hiçbir zaman inanmadı.

57 Makdisi, J., "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", s. 208.

58 Makdisi, J., "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", s. 206.

59 Percy H. Winfield, "Public Policy in the English Common Law" Harvard Law Review, Vol. 42, No. 1 (Nov., 1928), s. 99.

60 Winfield, s. 101.

güvenine bağlamak abartı olmayacaktır. Tümüyle gelenek, örf ve adetlere dayalı bir hukukla bu başarıyı yakalamış, bu konuda herhangi bir tereddüt de yaşamamıştır. Batı medeniyeti karşısında aşağılık kompleksi yaşayan aydınlarımız İslam hukuku ile medeni milletler seviyesine çıkılamayacağı iddialarını ayyuka çıkardılar. Bu konuda farklı düşünen Cevdet Paşa ve arkadaşlarının çabası beyhude bir gayret olarak hafife hatta alaya alındı. Bu söylemler konjonktürün etkisi ve Osmanlı devleti karşısında yaşanan redd-i miras tutumla daha da şiddetli bir tonda hatta hakarete varacak düzeyde dillendirildi. Adalet Bakanı M. E. Bozkurt ve S. Ş. Ansay'ın İslam/Osmanlı hukukuna yönelik rencide edici söylemleri tarihin tozlu raflarında durmaktadır. Buna mukabil beşer mahsulü olan İngiliz Common law'unu Balackstone adeta "ilahi bir vahiy" olarak nitelemektedir. Şu ifadeler ona aittir: Kökü geleneğe dayanan İngiliz hukuk yorumu, İngiliz yaşamının özü idi. Common law ilahi bir vahiy gibiydi: yavaş yavaş ortaya çıkıyordu ve hukuk tarihindeki en küçük ayrıntıya bile huşu ile yaklaşmak gerekiyordu.

Geldiğimiz bu noktada Osmanlı uygulamaları üzerinden İslam hukukuna yöneltilen tenkitlerin hemen birçoğu İngiliz hukuk sisteminde varlığını sürdüren kurumlar olduğu görülecektir. Anayasasız bir devlet tasavvur etmeyenler bunun pekâlâ mümkün olabileceğini görmüş oldular. İngiliz hukuk sisteminde Common law ile Equity arasındaki bunca rekabete rağmen İngiliz hukukçularının hukuki yapılarına yönelik nezaketli yaklaşımları gözden kaçmamaktadır. Aynı nezaket maalesef hukukçu/aydınlarımız tarafından İslam/Osmanlı hukukuna hiçbir zaman gösterilmedi. Beşeri kaynaklı bir hukuk sistemine toz kondurmama çabalarına karşılık bizde ilahi kökenli oluşuyla bunu çoktan hak etmiş bir hukuka saygısızlığı maharet sayan hukukçuların varlığı hukuk kültürümüz adına üzülecek bir durumdur. Osmanlı bakiyesine yönelik redd-i miras tutum bunda etkili olsa da aşağılık kompleksinin izleri ne yazık ki bunca süre geçmesine rağmen aşılabilmiş değildir.

KAYNAKÇA

Akçabay F C, Yargının Tartışılmazlığı, Ayrıntıdergi, Ağustos 2020.

Aktan H, "İstihkak", DİA, c. XXIII.

Haydar Efendi A, Dürer'ül-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm, (Diyanet İşleri Başkanlığı) İstanbul 2016.

Aydın M A, "Türk Hukuk Tarihçiliği", C. III, S. 5, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi,

Bedir M, "Oryantalizm ve İslâm Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Dergisi, Sayı: 4, 2004.

Belgesay M R, "Adliye Teşkilatının Esasları", C. IX, S:2-3, İstanbul 1940, İ.Ü.H.F.M.

Curti A, "İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış", Çev. A. Necdet Azak, Yıl: III, Sayı: 11, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M.

Çağıl O M, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

Çavuşoğlu A H, "Medreseden Üniversiteye Skolastik Eğitimin Evrimi", Medeniyetleri Karşılaştırmak: George Makdisi Örneği, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 2012, s. 13.

David R, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev. Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty).

Davis F, "Common Law" C.15, S.1, İstanbul 1958, A.Ü.H.F.D.

Duguit L, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık, Ankara 1954.

Edlin D E, Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law, University of Michigan Press, 2016.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Fendoğlu H T, "Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm", Yıl 15, Sayı 57, Ocak 2024, TAAD.

Fendoğlu H T, 2001 "Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", 118 nolu dipnot) https://www.anayasa.gov.tr/media/4644/fendoglu.pdf. (Erişim tarihi 10.09.2024)

González M T, John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law, Intercultural Human Rights Law Review, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13.

Hamidullah M, İslâm Peygamberi, (Çev. M. Sait Mutlu- Salih Tuğ) Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1969.

Liebesny H, "English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization" Conference on Comparative Links between Islamic Law and the Common Law: Cross-Cultural Interaction between Islamic Law and Other Legal Systems, Volume 34 Issue 1, https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol34/iss1/5/ (Erişim tarihi: 12.12.2024)

King H. Edward J, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lütem, C. XVI, S.1-4, A.Ü.H.F.D.

Koşum A, “İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülahazalar”, S.18, Y.2008, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi.

Makdisi G, “The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court”, 34 Clev. St. L. Rev. 3, 1985-1986.

Makdisi G, İslâm’ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Klasik Yayınları, İstanbul 2007.

Makdisi G, İslâm’ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı’da Beşerî Bilimler, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2009.

Makdisi G, The Rise of Colleges, Institutions of Learning in Islam and the West, Edinburgh University Press, 1981.

Makdisi J A, “The Islamic Origins of the Common Law",77, North Carolina Law Review,1999.

Makdisi J, “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, 2, Indiana International & Comparative Law Review, 1991.

Parry C, “İngiliz Hukuk Sistemi”, Çev. Fazıl H. Sur, C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944, A.Ü.H.F.D.

Winfield P H, “Public Policy in the English Common Law” Harvard Law Review, Vol. 42, No. 1 (Nov., 1928).

Sami M, ‘Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law’. https://www.researchgate.net/publication/362304429

Schwarz A B, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk” Çev. Hıfzı Veldet, C.III, S.10, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M.

Schwarz A B, Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942.

Schwarz A B, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, Çev. Bülent Davran, C.11, S. 3-4, İstanbul 1945, İ.Ü.H.F.M.

Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsût, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut 1986.

Stephens J E R, “İngiltere’de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, C.75, Y.2017, İstanbul Hukuk Mecmuası.

Şensözen V, “Mahkemei Şer’iy(y)eler,” C. III, S. 29-30, (m.y.) Ankara 1947, Ankara Barosu Hukuk Dergisi.

Watanabe L, “The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe”, The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Yelkenci I, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, C.28, S.2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

Yıldırımer Ş, “İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları-I”, 2024/2, Adalet Dergisi.

SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKINDAN FERAGAT ETMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNUNA SEGBİS ÖZELİNDEN BİR BAKIŞ

A Look at the Problem of Whether it is Possible for the Defendant to Waive His Right to Be Present at the Trial From the Segbis Perspective

Prof. Dr. Uğur ERSOY*

Öz: Yargılama yapılabilmesi için varlığı aranan şartlar olarak nitelendirilen yargılama şartlarından birisini oluşturan sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının özellikle ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) yöntemi kullanılan bazı yargılamalarda ihlal edildiği görülmektedir. Bu kapsamda SEGBİS yönteminin kullanıldığı yargılamalarla ilgili olarak gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi gerek Yargıtay tarafından verilmiş çok sayıda karar mevcuttur. Bununla birlikte araştırma konusunun sınırlarını aşmamak adına mevcut çalışmada, SEGBİS ile ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunulmamış, yalnızca SEGBİS aracılığıyla sorgusunun yapılmasına veya duruşmalara katılmasına karar verilen sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilip edilmediği meselesi üzerinde durulmuştur. Çalışmada ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edip edemeyeceği, şayet feragat edebileceği kabul edilecek olursa bunun örtülü bir şekilde gerçekleştirilebilmesinin mümkün olup olmadığı, son olarak da SEGBİS tekniği kullanımının sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı açısından nasıl anlamlandırılacağı sorularına mahkemelerin görüşleri de ortaya konulmak suretiyle cevap aranmıştır.
Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, SEGBİS, duruşmada hazır bulunma hakkı, AİHM, AİHS

Abstract: It is seen that the rule of the presence of the defendant at the hearing, which constitutes one of the most important conditions of the trial, which is characterized as the conditions required for a trial to be held, is violated especially in some trials where the audio and video information system (SEGBİS) method is used. In this context, there are many violation decisions issued by the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and the Court of Cassation regarding the trials in which the SEGBİS method is used. However, in order not to exceed the limits of the research subject, the present study will not make detailed explanations about SEGBİS, and will only focus on the issue of whether the situations in which it is decided to interrogate and attend the hearings via SEGBİS are compatible with the defendant's right to be present at the hearing. The main question to be answered in the study will be whether the defendant can waive his/her right to be present at the hearing, if it is accepted that he/she can waive, whether it is possible to realize this implicitly, and finally, how the use of the SEGBİS technique will be interpreted in terms of the defendant's right to be present at the hearing.
Keywords: Right to a fair trial, right to defense, SEGBİS, right to be present at the hearing, ECtHR, ECHR

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; ugurersoy@kku.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3770-0353 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676539

Makale Geliş Tarihi: 10.01.2025 Makale Kabul Tarihi: 4.03.2025

GİRİŞ

Ceza muhakemesi kural olarak herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kendiliğinden harekete geçmekteyse de hukuk sistemimizde bazı durumların varlığı halinde iddianame düzenlenebilmesi (kamu davası açılabilmesi) veya açılan kamu davası sonrasında yargılamaya devam edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır ki bu şartlara ceza muhakemesi şartları denilmektedir. İnceleme konusunu oluşturan, sanığın duruşmada hazır bulunması şartı ise ceza muhakemesi şartlarından birini oluşturan yargılama şartları içerisinde mütalaa edilmektedir.

Sanığın duruşmada hazır bulunması şeklinde karşımıza çıkan yargılama şartının içeriğinin, kapsamının ve istisnalarının neler olduğu konusunda literatürde ve uygulamada birlik olmadığı görülmektedir. Son yıllarda CMK'da yapılan değişikliklerden sonra bu belirsizliklerin daha da arttığına şahit olunmaktadır. Özellikle 2018 yılında 7078 sayılı Kanunla CMK m.196/4'te yapılan değişiklik sonrasında SEGBİS tekniğinin bütün suçlar bakımından uygulanmasının mümkün hale getirilmesi çok ciddi sorunları beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda SEGBİS yönteminin uygulandığı yargılamalarla ilgili olarak gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi gerek Yargıtay tarafından verilmiş çok sayıda ihlal kararı mevcuttur.

Mevcut çalışma salt SEGBİS özelinde yapılan bir çalışma olmadığından, SEGBİS ile ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunulmayacak, yalnızca SEGBİS aracılığıyla sorgusunun yapılmasına ve duruşmalara katılmasına karar verilen sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmiş olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Yalnızca zorunlu görülen durumlarda (CMK m.196/4) istisnai olarak başvurulması gereken bir yöntem olan SEGBİS kullanımının genel uygulamaya dönüşmesi, başta sanığın savunma ve adil yargılanma hakkı olmak üzere sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını da ihlal etme tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Bu konuyla ilgili yapılacak yorumlarda ana kuralın, sanığın fiziken duruşma salonunda bizzat hazır edilmesi olduğu ve bu kurala aykırı davranışların da adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok ilkenin ihlali sonucunu doğuracağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Çalışmada cevap aranacak ana soru, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edip edemeyeceği, şayet feragat edebileceği kabul edilecek olursa bunun örtülü bir şekilde gerçekleştirilebilmesinin mümkün olup olmayacağı, son olaraksa SEGBİS tekniğinin kullanılmasının sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı açısından nasıl anlamlandırılacağı noktasında toplanacaktır.

Çalışmanın değerlendirme ve sonuç kısmında konuyla ilgili yargı kararları da dikkate alınmak suretiyle tespitlerde ve değerlendirmelerde bulunularak çözüm önerilerine yer verilecektir.

I. SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI KURALI

A. GENEL OLARAK

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralı, mahkemenin, yargılama yapabilmesi için varlığı aranan şartlar olarak nitelendirilen yargılama şartlarından bir tanesini ve belki de en önemlisini oluşturmaktadır. Bu kuralın kabul edilmesinin temelinde, mahkemenin hem hakkında hüküm tesis edeceği sanığı bizzat görmesi ve tanıması hem de sanığın savunma hakkını

kullanabilmesinin temin edilmesi yatmaktadır.[1] Bu nedenle de duruşmanın, kural olarak duruşmada hazır bulunan sanığa karşı yürütülebileceği kabul edilmektedir.[2] Bu kapsamda sanığın yargılamanın yalnızca belirli oturumlarında hazır bulunması yeterli değildir; sanığın oturumların tamamında hazır bulunması gerekmektedir.[3]

Yargılama yapan mahkemenin, sanığı, duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden, kural olarak sanığın açık talebi olmaksızın muaf tutma yetkisi bulunmamaktadır.[4] Bir başka deyişle bu konudaki kuralın, sanığın duruşmalarda bizzat hazır bulunma yükümlülüğünün olması; istisnasının ise sanığın, yalnızca kanunun izin verdiği koşullarda bu yükümlülükten talebi üzerine muaf tutulması olduğu söylenebilir.

Yargılama şayet birden fazla sanık hakkında yürütülmekteyse, sanıkların hepsinin duruşmada hazır bulunması gerekmektedir.[5] Bu kapsamda, sanıklardan bazılarının duruşmada hazır olmaması nedeniyle duruşmanın yapılamayacağı durumlarda davaların ayrılmasına (CMK m.10) karar verilmesi en sağlıklı yol olacaktır.[6]

Sanık kural olarak, bölge adliye mahkemesinde yapılacak duruşmada da hazır bulunma hakkına sahiptir. Benzer şekilde Yargıtay, temyiz incelemesini duruşmalı yapma kararı aldıysa, sanığın duruşmada hazır bulunma kuralı varlığını yine sürdürecektir. Ancak temyiz aşamasında yapılacak duruşmalı incelemede, sanığın duruşmada hazır bulunması yalnızca sanığa tanınmış bir hak olarak kabul edilmiş olup, sanığın duruşmaya katılma yükümlülüğü kabul edilmemiştir (bkz. CMK m.299/2).

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının iki boyutunun olduğu söylenebilir: Bunlardan ilki bu kuralın sanık bakımından bir hak olmasıdır[7];

---

1 Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s.205; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.76; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.119; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Ankara, 2019, s.531; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Auflage, Münih, 2013, §230 Kn.1; Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier, Strafprozessordnung, Köln, 2014, §230 Kn.2; Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston, 2019, §230 Kn.1; Lutz Meyer-Goßner Strafprozessordnung, 53. Auflage, Münih, 2010, §230 Kn.3; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, Münih, 1998, §60 Kn.1.

2 Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, §7 Kn.122.

3 Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.4.

4 Beulke, §7 Kn.122; Meyer-Goßner, §230 Kn.2; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.1; Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 8. Auflage, Heidelberg, 2010, §4 Kn.105.

5 Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.5; Löwe-Rosenberg, §230 Kn.10; Meyer-Goßner, §230 Kn.10; Kühne, §4 Kn.105; Satzger/Schluckebier/Widmaier, §230 Kn.9.

6 Ersoy, s.207-208.

7 Satzger/Schluckebier/Widmaier, §230 Kn.1; Löwe-Rosenberg, §230 Kn.1; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.1; Beulke, §7 Kn.122; Kühne, §4 Kn.105. Buna Alman Hukukunda sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı (das Anwesenheitsrecht des Angeklagten) denilmektedir. Bkz. Meyer-Goßner, §230 Kn.4; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.1.

ikincisi ise bu kuralın sanık bakımından bir yükümlülük olmasıdır.[8] Bu açıdan bakıldığında çalışma konusu hakkında doğru tespit ve değerlendirmelerde bulunulabilmesi için bu kuralın bahsedilen iki boyutunun (hak ve yükümlülük) olduğunun gözden uzak tutulmaması önem arz etmektedir. Bir başka deyişle sanığın duruşmada hazır bulunması ne yalnızca sanığa verilmiş bir hak ne de yalnızca sanık bakımından bir yükümlülüktür.

Doktrinde sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebileceği görüşünün baskın olduğu görülmektedir. Bu görüştekilere göre sanık tarafından duruşmada hazır bulunma hakkından feragat açık bir şekilde yapılabileceği gibi usule uygun yapılmış bir tebligatın varlığına rağmen sanığın duruşmaya katılmaması şeklinde zımni bir feragat şeklinde de yapılabilir[9].

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının iki boyutundan birisini teşkil eden "yükümlülük" boyutunun varlığı, sanığın duruşmada hazır bulunmasını, kanun koyucunun aksini öngördüğü durumlar haricinde bir zorunluluk haline getirmektedir (örn. CMK m.193/1, c.2; m.199). Bu kapsamda bakıldığında, sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme[10] imkanının olduğu savunulabilecek olsa da sanığın duruşmada hazır bulunmasının sanık bakımından aynı zamanda bir yükümlülük/zorunluluk teşkil ettiği düşünüldüğünde sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme yetkisine sahip olamayacağını düşünmekteyiz. Zira bir haktan feragat edebilmek için o hakkın kullanılıp kullanılmayacağının kararlaştırılması yetkisinin salt bir kişiye verilmiş olması gerekmektedir. Feragat kurumunun tanımında da karşımıza çıkan "bir hakkın tek taraflı bir beyanla terkedilmesi" ifadesi de bu hususa vurgu yapmaktadır. Oysa duruşmada hazır bulunma kuralından sanığın tek taraflı bir beyanla feragat edebilmesi, mahkemenin bu talebi kabul etmediği bir senaryoda söz konusu olamayacaktır. Sonuç itibariyle sanık açısından hem bir hak hem de bir yükümlülük teşkil eden duruşmada hazır bulunma kuralından sanığın tek taraflı irade açıklaması ile feragat edebilmesinin mümkün olmadığını savunmaktayız. Sanığın duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden kurtulabilmesi ancak kanunun buna izin verdiği durumlarda kural olarak sanığın talebi üzerine ancak her hâlükârda mahkeme tarafından verilebilecek bir kararı şart koşmaktadır ki sanığın bu yöndeki talebini de bu yüzden hukuki anlamda feragat olarak nitelendirmek isabetli olmayacaktır.

---

8 Beulke, §7 Kn.122; Satzger/Schluckebier/Widmaier, §230 Kn.1; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, §230 Kn.1; Kühne, §4 Kn.105; Löwe-Rosenberg, §230 Kn.1. Anayasa Mahkemesi'ne göre ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için sanığın bir kısım muhakeme işlemleri gerçekleşirken hazır bulunması sanık açısından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2022/145, K: 2023/59, T: 22.03.2023, §23. RG, 10.05.2023, S. 32186.

9 Burak Ateş, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi", Yıl 13, Sayı 51, Temmuz 2022, TAAD, s.450; Mehmet Çatlı/Elifsu Beyza Demir, "Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS", 2021/2, Bilişim Hukuku Dergisi, s.238; Erkan Sarıtaş, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma", 78 (3), İstanbul Hukuk Mecmuası, s.1534.

10 Vazgeçme ve feragat aynı anlama gelmektedir. Bununla birlikte literatürde ve yargı kararlarında sıklıkla "feragat" terimi kullanıldığından çalışmamızda da terminolojik olarak "feragat" terimi tercih edilmiştir.

B. SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA KURALININ İSTİSNALARI

Sanık hazır olmadığında kural olarak yapılamayacak olan ceza muhakemesi işlemi duruşmadır. Ancak sanığın duruşmada bizzat hazır bulunması kuralını tam ve katı bir şekilde uygulamak bazı durumlarda yargılamayı sekteye uğratabilir ve bu da başta makul sürede yargılanma hakkı olmak üzere adil yargılanma hakkının ihlali tehlikesini gündeme getirebilir. Bu nedenle olsa gerek ki kanun koyucu istisnai bazı durumların varlığı halinde, sanık duruşmada hazır olmasa bile yargılama yapılabilmesine imkan tanımıştır. Bu istisnalar genel olarak üç başlık altında ele alınmaktadır: Sanığın yokluğu, gaiplik, kaçaklık. Çalışmanın sınırlarını aşmamak için bu kurumlar hakkında çok kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

1. Sanığın Yokluğu

CMK m.193'e göre kanunda ayrık tutulan durumlar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz. Duruşmaya gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine (CMK m.199) karar verilir. Ancak sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılacak olursa, sorgusu yapılmamış olsa da sanığın yokluğunda hüküm verilebilir (CMK m.193/2).

CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralının bazı istisnalarına yer verildiği görülmektedir. Bu istisnalar altı başlık altında ele alınabilir[11]:

-Sanığın duruşma sırasında mahkemeden uzaklaşması (CMK m.194)

-Sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen durumlar (CMK m.195)

-Sanığın duruşmadan bağışık tutulması (CMK m.196)

-Sanığın duruşmadan çıkarılabileceği haller (CMK m.200, m.203, m.204)

-Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlar (CMK m.251, m.252/2)

-Bölge adliye mahkemesindeki duruşmada tebligata rağmen sanığın hazır bulunmaması (CMK m.282/1-f).

2. Gaiplik

Bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanığa gaip denilmektedir (CMK m.244). Gaiplik durumunda kural olarak kendisine ulaşılamayan bir sanık söz konusudur. Hatta bazı durumlarda sanık, hakkında muhakeme yapılmakta olduğunu bile bilmeyebilir. Gaip sanık hakkında duruşma açılamayacağı, yalnızca delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemlerin yapılacağı ifade edilebilir[12].

---

[11] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, s.211-234.

[12] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, s.235.

3. Kaçaklık

CMK m.248/2'de katalog halinde sayılan suçlarla ilgili olarak, hakkında yapılmakta olduğunu bildiği soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı bir ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilmektedir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir ancak daha önce sorgusu yapılmamış ise kaçak sanık hakkında mahkumiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK m.247/3)[13].

II. SEGBİS YÖNTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

SEGBİS, ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmasına, duruşmanın yapıldığı mekanda bulunmayan bazı muhakeme süjelerinin (şüpheli, sanık, tanık, şikayetçi gibi) video konferans yöntemiyle duruşmaya katılmasına imkan tanıyan ve böylelikle bazı ceza muhakemesi işlemlerinin video konferans şeklinde gerçekleştirilmesini sağlayan bir yöntemdir[14].

CMK'da SEGBİS'in kullanılmasında herhangi bir engelleyici hükmün bulunmadığı aksine buna açıkça izin verildiği ve hatta bazı durumlarda SEGBİS'in kullanılmasının zorunlu kılındığı da görülmektedir. SEGBİS ceza muhakemesinde CMK m.52, m.58, m.62 ve m.180 doğrultusunda tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi esnasında veya m.147 ve m.196 uyarınca şüphelinin veya sanığın ifadesi ve sorgusu sırasında veya m.94 uyarınca yakalanan ve öngörülen sürede hakim önüne çıkarılamayan şüpheli ya da sanığın sorgusunda kullanılan bir yöntemdir; duruşmada yapılan işlemlerin kayda alınabileceği ise m.219'da düzenlenmiştir[15].

CMK'nın yürürlüğe giren ilk şeklinde m.196/2'de alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, sanıkların bizzat mahkemesince sorguya çekilmesi kuralı öngörülmüştü. Ancak 2018 yılında 7078 sayılı kanun ile 196. maddenin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmış ve hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda SEGBİS tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusunun yapılabilmesine veya duruşmalara katılabilmesine imkan tanınmıştır. Bu değişiklik sonrasında her suç bakımından, alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirse bile, sanığın sorgusunun SEGBİS yöntemiyle yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, CMK m.196/2'de istinabe yasağının SEGBİS bakımından geçerli olmayacağı söylenebilir. Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu görülmektedir[16].

---

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, s.235-238.

14 Erdal Yerdelen, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı", 2019/2, Bilişim Hukuku Dergisi, s.273; Ramadan Sanıvar, "Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması ve COVID 19 Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler", C. XVIII, S.2 (2021), YÜHFD, s.1618.

15 Sanıvar, s.1643-1644.

16 Bahse konu Yargıtay kararları için bkz. Sanıvar, s.1646 dn.123.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihte vermiş olduğu S.Ö. kararında[17] başvurucu, sanık olarak yargılandığı ceza davasında, duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilerek ses ve görüntü aktarımı suretiyle yani SEGBİS yoluyla duruşmaya uzaktan katılımının sağlandığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Bireysel başvuruya konu olayda sanık hakkında, infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçundan yapılan ilk derece mahkemesindeki yargılama iki oturumda tamamlanmıştır. 02.10.2019 tarihli tensip tutanağında, duruşmanın 16.01.2020 tarihinde yapılmasına karar verilmiş ve ceza infaz kurumunda bulunan başvurucunun duruşma tarihinde SEGBİS aracılığıyla hazır edilmesi için ilgili ceza infaz kurumuna müzekkere yazılmış, bu tensip tutanağı başvurucuya ceza infaz kurumu aracılığı ile 03.10.2019 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, yargılamanın 16.01.2020 tarihli ilk oturumunda SEGBİS'le bağlantı sağlanamaması nedeniyle duruşmaya katılamamış, mahkemece bir sonraki oturumda başvurucunun SEGBİS aracılığıyla hazır edilmesine karar vererek bir sonraki oturumun 10.03.2020 tarihinde yapılmasına karar vermiştir. Başvurucu duruşmanın 10.03.2020 tarihli oturumuna tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumundan SEGBİS aracılığıyla katılmıştır. SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılan başvurucunun bağlantısında hiçbir sorun yaşanmadığı ve tensip zaptının tebliğinden hüküm verildiği zamana kadarki süreçte duruşmalara bizzat katılma yönünde hiçbir talepte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, başvurucunun, ceza infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçundan 6.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Başvurucu bu karara karşı istinaf yoluna başvurmuş olup, istinaf dilekçesinde diğerler istinaf sebeplerinin yanı sıra duruşmalara bizzat katılamaması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını belirterek hükmün bozulmasını talep etmiş ancak bölge adliye mahkemesi tarafından başvurucunun istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir (§1-7).

Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruyu, adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkı kapsamında incelemiş ve ele almıştır. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu incelemede, önceki tarihli bazı kararlarına[18] da atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, sanıkların istemine aykırı olarak SEGBİS yoluyla duruşmaya katılma taleplerinin, duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahale teşkil edip etmediğinin tespit edilebilmesi için *kanunilik, meşru amaç* ve *ölçülülük*[19] yönünden bir incelemeye tabi

---

[17] S.Ö. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/38783, K.T. 04.07.2024. RG, 03.10.2024, S. 32681.

[18] Nurettin Balta Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/10023, K.T. 28.12.2021; Ansar Onat Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/14515, K.T. 15.06.2022; Emrah Yayla Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/38732, K.T. 06.02.2020; Şehrivan Çoban Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/22672, K.T. 06.02.2020. Bahse konu kararlarla ilgili değerlendirmeler için bkz. Ateş, s.470-472.

[19] Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Emrah Yayla Başvurusu, §68.

tutulması gerektiğini; CMK m.196'nın kanunilik ölçütünü; usul ekonomisi ilkesinin ise meşru amaç ölçütünü karşıladığını ifade etmiştir. Ölçülülük yönünden yapılacak değerlendirmede ise, başvurucunun duruşmada hazır bulunma talebinin hangi zorlayıcı nedene dayanılarak kabul edilmediğinin ortaya konulması ve başvurucunun SEGBİS yoluyla katıldığı celselerde esaslı işlemlerin yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır (§12-14).

Anayasa Mahkemesi S.Ö. kararında, araştırma konusunu oluşturan hususla yani sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edip edemeyeceği ile ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 36. maddesi, kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat etmelerini yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat edilmesinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için feragat iradesinin açık olması ve bunun sonuçlarının kişi yönünden makul olarak öngörülebilir olmasının yanında asgari usul güvencelerinin de sağlanmış olması ayrıca adil yargılanma hakkından feragat edilmesini meşru olmaktan çıkaran üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekmektedir (§15). Anayasa Mahkemesi'ne göre adil yargılanma hakkı güvencelerinden açık bir şekilde feragat edilebileceği gibi örtülü olarak feragat edilmesi de mümkündür. Her iki durumda da feragat tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olmalı, aynı zamanda kamu yararına aykırılık taşımamalıdır. Ayrıca örtülü feragatin geçerli olabilmesi için feragat eden tarafın söz konusu eylemlerinin sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekmektedir (§16).

Anayasa Mahkemesi önceki tarihli bir kararında[20] değerlendirdiği koşullar dahilinde, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edilmesi durumunda anılan hakka bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu kapsamda, duruşmalara SEGBİS aracılığı ile katıldığı sırada, başvurucunun bu duruma yönelik bir itiraz ileri sürmediği hallerde, başvurucunun doğrudan duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiğine dair bir beyanı bulunmamakta ise de talebine aykırı olarak SEGBİS yoluyla duruşmalara katılmak zorunda bırakılmadığına vurgu yapılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, başvurucunun, duruşmalara bizzat katılma talebini celse aralarında mahkemeye iletmemesi de dikkate alındığında, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme iradesini zımnen ortaya koyduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca başvurucunun SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmasının sonuçlarını makul olarak öngörebilecek durumda olmadığına dair somut bir veri bulunmadığı gibi duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ile ilgili asgari usul güvencelerinin kendisine sağlanmadığına yönelik bir iddiasının da başvuru formuna yansımadığı durumlarda, başvurucunun, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme iradesinin ortada olacağına vurgu yapılmıştır (§17).

Anayasa Mahkemesi bütün bu değerlendirmelerden sonra, başvurucu S.Ö.'nün, duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin feragat etme iradesini zımnen ortaya koyduğu sonucuna ulaşmış ve duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir.

---

[20] Ansar Onat Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/14515, K.T. 15.06.2022, §23.

Bu karara muhalif kalan üyelerden bir tanesi, karşı oy gerekçesinde özetle, adil yargılanma hakkı güvencelerinden açık ya da örtülü bir şekilde feragat edilmesinin mümkün olduğunu, ancak ister açık ister örtülü feragat durumunda, feragat iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırılık taşımaması gerektiğini dile getirmiş; bu nedenle somut olayda "varsayımla feragat iradesi ortaya çıkarmak" şeklinde bir anlama sebebiyet verecek yorum yapılmasının doğru olmadığını; bu karar sonrasında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin yasal güvencelerin ve adil yargılanma hakkı güvencelerinin ortadan kaldırıldığını; istisnai nitelikte bir uygulamanın genel kural haline getirildiğini ifade etmiştir.

Karara muhalif kalan üyelerden bir diğeri tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde ise özetle, somut olayda başvurucunun, ikinci celsede sorgusu yapılmadan önce duruşmalardan bağışık tutulmayı talep etmesinin ancak sorgusundan sonraki aşamalar için sonuç doğuracağı, sanığın bu talebinin duruşmada hazır bulunma hakkından feragat olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin S.Ö. kararında vardığı sonucun gerekçesi olarak kullandığı, sanığın duruşmadan bağışık tutulmayı talep etmesinin, duruşmada hazır bulunma hakkından örtülü feragat iradesini gösteren bir olgu olarak değerlendirilmesi hatalıdır. Zira bahse konu karara muhalif kalan üyelerden birinin karşı oy gerekçesinde de isabetli bir şekilde vurguladığı üzere, sanığın sorgusu yapılmadan önce duruşmalardan bağışık tutulmayı talep etmesi ancak sorgudan sonraki aşamalar için sonuç doğurabilecektir. Yine bahse konu kararda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilmesinin mümkün olduğu yolundaki tespite de katılmamaktayız. Kararla ilgili eleştirmek istediğimiz son husus, istisnai olarak başvurulması gereken SEGBİS kurumunun neredeyse kural haline getirilmesini destekleyici nitelikteki değerlendirmeleridir. Bu konudaki ayrıntılı görüşlerimizi ve değerlendirmemizi sonuç bölümünde ortaya koyacağız.

IV. YARGITAY'IN KONUYLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

Yargıtay tarafından konuyla ilgili olarak verilen kararlara[21] bakıldığında, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının özellikle hükme tesir edebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya esasa ilişkin delillerin tartışıldığı oturumlarda sanığın duruşma salonunda fiziken hazır bulunmasını zorunlu kıldığı, bu kapsamda ilk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumların SEGBİS yoluyla yapılmasının ancak sanığın bu yöndeki açık kabulüne bağlı olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Yine Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda[22], sanığın ısrarlı bir şekilde duruşmalara katılmak istediği yönünde beyanda bulunmasına rağmen sanığı SEGBİS ile savunma yapmaya zorlamak suretiyle yargılamaya devam edilmesi ve mahkumiyet kararı

[21] Yargıtay 3. CD, E: 2021/2265, K: 2023/7102, T: 11.10.2023; Yargıtay 8. CD, E: 2020/945, K: 2020/16545, T: 05.10.2020; Yargıtay 16. CD, E: 2020/803, K: 2021/3878, T: 03.06.2021; Yargıtay 16. CD, E: 2015/1076, K: 2015/1932, T: 19.06.2015; Yargıtay 16. CD, E: 2015/1083, K: 2015/1926, T: 19.06.2015.

[22] Yargıtay 6. CD, E: 2021/12028, K: 2021/9993, T: 27.05.2021.

verilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı vurgulanmıştır.

Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında[23] ise sanığın yargılama esnasında SEGBİS ile duruşmalara katılma hususuna itiraz ettiğine dair herhangi bir beyanının olmaması karşısında, savunma hakkının kısıtlandığından söz edilemeyeceğine vurgu yapıldığı da görülmektedir.

Yargıtay'ın sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve sanığın duruşmalara SEGBİS yoluyla katılması ile ilgili verdiği kararlarda yeknesaklık olmadığı ve henüz içtihat birliğinin sağlanamadığını görmekteyiz.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KONUYLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralı, adil yargılanma hakkının özel görünüm şekillerinden birisi olan iddia ve savunmanın eşit olması ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Zira adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için sanığın duruşmada bizzat hazır bulunması gerekmektedir. Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, AİHS m.6'da doğrudan düzenlenmemiş bir hak olsa da maddenin 3. fıkrasının (c), (d) ve (e) bentlerinin bir arada yorumlanması sonrasında sanığın duruşmada bizzat hazır bulunma hakkının dolaylı olarak kabul edildiği sonucu çıkmaktadır. Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, AİHM içtihatlarıyla da adil yargılanma hakkının alt unsurlarından biri olarak kabul edilen hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir[24].

Bu genel açıklamadan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıyla ilgili vermiş olduğu en önemli karar niteliğindeki *Marcello Viola v. İtalya*[25] kararı üzerinde durmak istiyoruz. Karara konu olayda başvurucu (sanık) Marcello Viola, mafya örgütüne üye olma suçunun da arasında olduğu çok sayıda suçtan yakalanmış ve tutuklanarak cezaevine gönderilmiştir. Sanık ilk derece mahkemesindeki yargılama sonunda beş kez ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Sanığın yapmış olduğu istinaf başvurusu sonrasında istinaf mahkemesince yapılan duruşmalı incelemede[26], üç duruşmaya rızası olmamasına rağmen (sanık istinaf mahkemesinde yapılan duruşmalara bizzat katılmak istediğini açıklamıştır) video

---

[23] Yargıtay 16. CD, E: 2019/9711, K: 2020/5965, T: 02.12.2020; Yargıtay 16. CD, E: 2020/7862, K: 2021/3023 T: 28.04.2021; Yargıtay 16. CD, E: 2020/6134, K: 2021/3415, T: 28.05.2021.

[24] Ateş, s.446-447; Çatlı/Demir, s.236; İdris Doğan/Ahmet Bozdağ, "Ceza Muhakemesinde İstinabe Uygulamasının Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", 2023, 22(3), Gaziantep University Journal of Social Sciences, s.1006; Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4), Ankara 2019, s.147.

[25] AİHM 3. Daire, Başvuru No: 45106/04, K.T. 05.10.2006. Benzer nitelikte bkz. Sakhnovskiy v. Rusya, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 21272/03, K.T. 02.11.2010.

[26] AİHM, sanığın kanun yolları aşamasında gerçekleştirilecek duruşmada hazır bulunma hakkının olup olmadığıyla ilgili inceleme yaparken, kanun yolu aşamasında sanık aleyhine bir gelişmenin olup olmayacağının yanı sıra kanun yolu incelemesi yapacak mahkemenin karar verirken sanığın hazır bulunmasına gerek duyup duymayacağı hususlarını da dikkate almaktadır. Bkz. Ateş, s.450.

konferans yöntemiyle katılımının sağlandığını ve tutuklu olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan duruşma salonuna getirilmediğini ifade etmiştir. İstinaf mahkemesi sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet kararını kaldırarak sanığın cezasını bir kez ömür boyu hapis cezasına indirmiştir. Sanığın istinaf mahkemesinin kararına karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu kabul edilmemiş ve istinaf mahkemesinin vermiş olduğu karar bu şekilde kesinleşmiştir. Bunun üzerine sanık, savunma ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

AİHM bu başvuru üzerine vermiş olduğu kararda, adil bir ceza yargılaması sürecinin gerçekleşmesinde sanığın duruşmada hazır bulunmasının önemine vurgu yapmıştır. AİHM'e göre sanığın duruşmada hazır bulunması hem adil yargılanma hakkının mevcudiyeti hem de sanığın duruşmaya gelen mağdur ve tanıkların beyanlarına karşı beyanda bulunma imkanının sağlanması noktasında büyük önem taşımaktadır.

AİHM'e göre video konferans yöntemiyle sanığın duruşmaya katılımının sağlanması için meşru bir amacın bulunması gerekmekte (ki bu meşru amaç çoğu durumda makul sürede yargılanma şeklinde veya kamu güvenliği, kaçma şüphesi, tanıkların güvenliği, sanığın saldırıya uğrama şüphesinin bulunması, ciddi güvenlik önlemleri alınması gerekliliği ile açıklanmaktadır) bir başka deyişle bu yönteme başvurmanın zorunlu olması, makul ve somut haklı gerekçelere dayanması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında AİHM'e göre somut olayda başvurucunun, istinaf aşamasındaki yargılamada duruşmalara video konferans yöntemiyle katılımının sağlandığı, teknik olarak önemli bir sorun yaşanmadığı, bu yolla savunmanın, yargılamanın diğer taraflarına nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı konuma düşürülmediği, gerekli usuli güvencelerin sağlandığı[27], bu yöntemin uygulanmasının, sanığın yargılama sürecini takip edebilmesinin, duruşmada dinlenen mağdur ve tanıkları görebilmesinin ve duyabilmesinin, onların beyanlarına karşı açıklamalarda bulunma imkanının gerçekleştiği durumlarda, sanığın duruşmalara yalnızca video konferans yoluyla katılmış olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır.

Ancak AİHM'in bu kararından hareketle, sanık olarak yargılanan kişinin rızası hilafına video konferans yöntemiyle duruşmalara katılmasının sağlanmasının her durumda sanığın mahkemede hazır bulunma hakkının ihlali sonucunu doğurmayacağı ve her celse için bu yöntemin uygulanabileceği şeklinde bir yorum yapılmaması gerekmektedir. Zira bahse konu kararda geçen video konferans yönteminin uygulandığı yargılamalarda bu kararın emsal teşkil edebilmesi için, yargılama makamının video konferans yönteminin kullanımına dair kararının adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin kabul edilen güvencelerin özünü ortadan kaldırmaması ve savunma hakkına orantısız bir müdahale içermemesi gerekmektedir[28].

---

[27] AİHM bu kararda, başvurucunun, duruşma salonunda bulunan avukatına, dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından herhangi bir dinlenme teşebbüsüne karşı gerekli önlemler alınmış bir telefon bağlantısı ile özel olarak danışabilme imkanının sağlanmış olduğuna vurgu yapmıştır.

[28] Yerdelen, s.279; Sanıvar, s.1627-1628.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa m.36 ve AİHS m.6 ile teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının alt unsurlarından birisini sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı oluşturmaktadır. Sanığın duruşma salonunda fiziken hazır bulunması hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem adil yargılanma hakkının alt unsurlarından biri olarak kabul edilen hakkaniyete uygun yargılanma hakkının hayata geçirilebilmesine imkan sağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili yerleşik kabul edilebilecek bireysel başvuru kararlarına bakıldığında, duruşmada hazır bulunma hakkından, sanığın açık veya örtülü şekilde feragat edebilmesinin mümkün olduğu sonucunun çıkarıldığı görülmektedir ki bu kabul AİHM'in içtihatları ile paralel gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından yapacağı açık feragatin Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi için feragat iradesinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık olması ve aynı zamanda feragatin kamu yararına aykırılık taşımaması gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkından feragat, ilgili tarafa, bu haktan vazgeçmesiyle orantılı asgari güvenceler sağlamadıkça kamu yararına uygunluk taşımayabilir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından yapacağı örtülü feragatin geçerli olabilmesi içinse açık feragat için aranan şartlara ilave olarak sanığın örtülü feragat olarak kabul edilebilecek söz konusu eylemlerinin (sanığın tutum ve davranışlarının veya bunu gösteren olguların bulunması) sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre örtülü feragatin var olup olmadığı noktasında mahkemelerin varsayıma dayalı bir değerlendirme yapmamaları gerekmektedir.

Kanaatimizce adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilebilecek sanığa tanınmış güvencelerden/haklardan sanığın açık veya örtülü bir şekilde feragat edilebilmesi kural olarak mümkün değildir. Zira savunduğumuz görüşe göre adil yargılanma hakkı, suç isnadı altında bulunan kişi için bir teminat olmakla birlikte sanığa tanınan bu hakları uygulamakla yükümlü yargı mercileri bakımından ise bir yükümlülüktür. Bir başka deyişle adil yargılanma hakkı, sanık bakımından "adil yargılanma"yı talep etme hakkını bünyesinde barındırması itibariyle bir "hak" iken, yargılamayı yapacak mahkeme içinse "adil yargılama" yapmayı bünyesinde barındıran bir "yükümlülüktür". Bu nedenle adil yargılanma hakkı içerisinde mütalaa edilen sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından sanığın tek taraflı iradesi ile feragat edebilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sanığın duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden kurtulabilmesi ancak kanunun buna izin verdiği durumlarda kural olarak sanığın talebi üzerine ancak her hâlükârda mahkeme tarafından verilebilecek bir kararın varlığını şart koşmaktadır ki sanığın bu yöndeki talebini de bu nedenle hukuki olarak feragat şeklinde nitelendirmek isabetli değildir.

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı çerçevesinde tartışmak istediğimiz son hususu ise SEGBİS uygulamaları oluşturmaktadır.

2018 yılında 7078 sayılı Kanun[29] ile CMK m.196/4'te yapılan değişiklikle birlikte SEGBİS aracılığıyla sanığın sorgusunun yapılması ve duruşmalara katılmasında önemli bir adım atılmıştır. Önceki düzenlemede, sanığın, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe suretiyle sorguya çekilebileceği durumlarda sanığın SEGBİS yoluyla da sorgusunun yapılabileceği esası benimsenmişken, 2018 yılında maddede yapılan değişiklikle hapis cezası bakımından getirilen sınırlama kaldırılmış ve SEGBİS tekniğinin, suç için öngörülen hapis cezasına bakılmaksızın bütün suçlar bakımından uygulanabilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Kanun koyucu 7078 sayılı Kanun değişikliği ile CMK m.196/4'e SEGBİS'in uygulanabilmesi için *"hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda"*[30] şeklinde bir ibare eklemek suretiyle sanığın sorgusunun yapılmasında ve duruşmalara katılmasında SEGBİS uygulamasının kural değil istisna olduğuna vurgu yapmak istemiştir. Söz konusu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere sanığın duruşmaya SEGBİS aracılığıyla katılması ancak mahkemece zorunlu görülen durumlarda mümkün olabilecektir. Bu açıdan bakıldığında sanığın SEGBİS ile duruşmaya katılmasına karar verildiği durumlarda bu yöntemin neden zorunlu görüldüğü mahkeme tarafından somut gerekçelerle ortaya konulmalıdır.

Yukarıda da ifade olunduğu üzere SEGBİS istisnai olarak başvurulması gereken bir yöntem olarak CMK'da kurgulanmışken uygulamada ceza infaz kurumunda bulunan bütün sanıklar için SEGBİS yöntemine başvurulmasının neredeyse kural haline gelmiş olduğu görülmektedir.

Çalışmada vurgulandığı üzere, sanığın duruşmada hazır bulunması kovuşturma evresinde geçerli bir kural olup, her kurala olduğu gibi bu kurala da bazı istisnalar getirilebilmesi mümkündür. Bu kurala CMK'da üç genel başlık altında istisna getirildiği (gaiplik, kaçaklık, sanığın yokluğu) ve bu istisnaların uygulanabilmesinin de çok sıkı şartlara tabi tutulduğu görülmektedir. Bunun temelinde yatan düşünce gayet basittir: Sanık duruşma salonunda hazır olmaksızın yargılama olmaz! Buna karşılık kanun koyucunun istisnai bir düzenleme olması amacıyla yola çıktığı ancak uygulamada ceza infaz kurumunda bulunan sanıklar için neredeyse kural haline gelmiş bulunan[31] SEGBİS yoluyla sanığın sorgusunun ve duruşmaya katılmasının sağlanmasının birçok sorunu beraberinde getirdiği ortadadır. Her şeyden önce CMK m.196/4'teki "zorunlu görülen durumlar"dan neyin kastedildiği çok net olmayıp bu konuda mahkemeye çok geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında kurala getirilen istisnaların açık, net ve somut olarak öngörülebilir nitelikte olması gerektiği, bu nedenle söz konusu hükümle mahkemeye bu kadar geniş takdir yetkisi tanınmasının isabetli bir tercih olmadığını söyleyebiliriz. Bu kapsamda CMK m.196/4 hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin önüne somut norm denetimi ile götürülmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla

---

29 RG, 08.03.2018, S. 30354 (Mükerrer)

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal Yerdelen/Burak Taş, "SEGBİS Kullanımında 'Zorunlu' Kavramı," C. 51, S. 18, 2023, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), s.17 vd.

31 İstisnanın kural haline dönüştüğü yolundaki benzer eleştiriler için bkz. Yerdelen, s.284; Ateş, s.466; Fahri Gökcen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019, s.325.

ilgili 2022 ve 2023 yıllarında vermiş olduğu iptal kararlarında[32] ileri sürdüğü görüşler çerçevesinde CMK m.196/4 hükmünün de iptaline karar verebileceğini düşünmekteyiz. Zira Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu iptal kararları dikkatle incelenecek olursa, Anayasa'ya uygunluk denetiminin yalnızca normatif bir perspektiften yapılmadığı aynı zamanda söz konusu hükmün uygulamada nasıl karşılık bulduğunun da göz önüne alındığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, CMK m.196/4'teki "zorunlu görülen durumlar" ifadesinin açık, net ve somut olarak öngörülebilir bir ifade olmaktan uzak olması ve bu nedenle keyfi uygulamalara kapı aralayabileceği; aynı zamanda istisnai olarak başvurulması gereken bir yöntem olarak kabul edilen SEGBİS yönteminin uygulamada neredeyse kural haline gelmiş olması gerçeği de dikkate alındığında, SEGBİS kurumunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelerle uyum içerisinde olmadığı; CMK m.196/4'ün yeterli usuli güvenceleri sağlamaktan uzak olduğu; SEGBİS kurumunun uygulamada Anayasa'nın 36. maddesi ile teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının alt unsurlarını oluşturan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uyarlık sağlamadığı, savunma hakkını kısıtlar nitelikte uygulandığı, bütün bu nedenlerle CMK m.196/4 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Bu noktada uygulamada yaşanan mevcut ve müstakbel sorunları çözmek için yapılması gereken kanaatimizce iki seçenek bulunmaktadır:

Birinci ve en kolay seçenek, SEGBİS yöntemini CMK'dan tamamen çıkartmak olacaktır; böylelikle mevcut ve müstakbel sorunların önüne peşinen geçilmiş olur.

İkinci ve daha realisttik seçenek ise, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda CMK m.196/4'te bir düzenleme yapılması yoluna gidilmesidir. Bu kapsamda CMK m.196/4'ün şu şekilde kaleme alınması düşünülebilir:

"Hakim veya mahkemece meşru bir amacın bulunduğu durumlarda, haklı ve makul sebeplerin bulunması şartıyla, diğer alternatif yöntemlerin sonuçsuz kalacağının açıkça ortada olduğu hallerde aynı anda sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir. Sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sanığın sorgusunun yapılmasına veya duruşmalara katılmasına karar verilmesi halinde bu durum somut gerekçeleriyle ayrıntılı şekilde ortaya konulur ve duruşma zaptına geçirilir."

Önerdiğimiz bu değişikliğin yapılmasıyla birlikte SEGBİS'in -uygulamada anlaşıldığı şekliyle- kural olmaktan çıkartılarak olması gerektiği gibi sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının istisnası haline getirilmesi sağlanabilir ve böylelikle yaşanabilecek hak ihlallerinin de en aza indirilmesi noktasında önemli bir adım atılmış olur diye düşünmekteyiz.

Son olarak ifade etmek isteriz ki, çalışmada savunduğumuz görüş çerçevesinde, ceza infaz kurumunda bulunan sanığın SEGBİS yöntemiyle duruşmaya katılma yönünde açık rızasının/talebinin olduğu durumlarda bile

---

[32] Anayasa Mahkemesi, E: 2021/121, K: 2022/88, K.T. 20.07.2022. RG, 23.09.2022, S. 31962; Anayasa Mahkemesi, E: 2022/120, K: 2023/108, K.T. 01.06.2023. RG, 01.08.2023, S. 32266.

hakim veya mahkeme söz konusu şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini titiz bir şekilde incelemeli ve bu şartların gerçekleşmediği sonucuna varacak olursa SEGBİS yöntemiyle duruşmaya katılmaya açık rıza gösteren sanığın beyanını dikkate almamalı ve sanığın duruşma salonunda hazır edilmesine karar vermelidir. Aksine bir uygulamanın, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalini gündeme getireceği unutulmamalıdır. Tekrara kaçma pahasına yinelemek gerekirse, savunduğumuz görüş çerçevesinde, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından açık veya örtülü bir şekilde feragat edebilmesinin hiçbir şekilde mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Ateş B, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi", Yıl 13, Sayı 51, Temmuz 2022, TAAD, ss.443-482.

Beulke W, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010.

Çatlı M/Demir Elifsu Beyza, "Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS", 2021/2, Bilişim Hukuku Dergisi, ss.230-265.

Doğan İ/Bozdağ A, "Ceza Muhakemesinde İstinabe Uygulamasının Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", 2023, 22(3), Gaziantep University Journal of Social Sciences, ss.1004-1020.

Ersoy U, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4), Ankara 2019.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Auflage, Münih, 2013.

Kühne H H, Strafprozessrecht, 8. Auflage, Heidelberg, 2010.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston, 2019.

Meyer-Goßner L, Strafprozessordnung, 53. Auflage, Münih, 2010.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Roxin C, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, Münih, 1998.

Sanıvar R, "Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması ve COVID 19 Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler", C. XVIII, S.2 (2021), YÜHFD, ss.1615-1666.

Sarıtaş E, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), ss.1525-1591.

Satzger H/Schluckebier W/Widmaier G, Strafprozessordnung, Köln, 2014.

Taner F G, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019.

Yerdelen E, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı", 2019/2, Bilişim Hukuku Dergisi, ss.271-287.

Yerdelen E/Taş B, "SEGBİS Kullanımında 'Zorunlu' KavramıC. 18, S. 51, Nisan 2023, ." Ceza Hukuku Dergisi (CHD), ss.17-34.

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Ankara, 2019.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi, E: 2021/121, K: 2022/88, K.T. 20.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E: 2022/120, K: 2023/108, K.T. 01.06.2023.
Anayasa Mahkemesi, E: 2022/145, K: 2023/59, K. T. 22.03.2023.
S.Ö. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/38783, K.T. 04.07.2024.
Nurettin Balta Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/10023, K.T. 28.12.2021.
Ansar Onat Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/14515, K.T. 15.06.2022.
Emrah Yayla Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/38732, K.T. 06.02.2020.
Şehrivan Çoban Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/22672, K.T. 06.02.2020.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay 3. CD, E: 2021/2265, K: 2023/7102, T: 11.10.2023.
Yargıtay 8. CD, E: 2020/945, K: 2020/16545, T: 05.10.2020.
Yargıtay 16. CD, E: 2020/803, K: 2021/3878, T: 03.06.2021.
Yargıtay 16. CD, E: 2015/1076, K: 2015/1932, T: 19.06.2015.
Yargıtay 16. CD, E: 2015/1083, K: 2015/1926, T: 19.06.2015.
Yargıtay 16. CD, E: 2019/9711, K: 2020/5965, T: 02.12.2020.
Yargıtay 16. CD, E: 2020/7862, K: 2021/3023 T: 28.04.2021.
Yargıtay 16. CD, E: 2020/6134, K: 2021/3415, T: 28.05.2021.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

AİHM 3. Daire, Başvuru No: 45106/04, K.T. 05.10.2006.
AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 21272/03, K.T. 02.11.2010.

ADAY SÜRÜCÜ BELGELERİNİN İPTALİ İŞLEMLERİNE KARŞI AÇILAN DAVALARDA GÖREVLİ YARGI YOLU SORUNU VE İDARİ YARGI YERLERİNİN KONUYA YAKLAŞIMI

The Problem of Jurisdiction in Lawsuits Against the Cancellation of Candidate Driving Licences and the Approach of Administrative Courts to the Issue

Prof. Dr. Mustafa AVCI*
Doç Dr. Hüseyin BİLGİN**

Öz: Ülkemizde yaşanan trafik kazalarında daha çok 18-24 yaş arasındaki gençlerin kazaya neden olduğunun tespiti üzerine, ilk defa sürücü belgesi alacak kişilere ilişkin bir düzenleme yapılma ihtiyacı gündeme gelmiştir. Buna bağlı olarak ilk defa sürücü belgesi alanların belli bir süre aday sürücü olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikle 2013 yılında aday sürücülük kavramı yasal olarak düzenlemiştir. Ancak anılan düzenlemede aday sürücü belgesinin iptal nedenleri hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Aday sürücü belgesinin iptal nedenlerinin Yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2015 yılında Karayolları Trafik Yönetmeliğinde düzenlenen aday sürücülük maddesi ile aday sürücü belgesinin iptal nedenlerine yer verilmiştir. Aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemler idari işlemlerdir. Bu işlemlere karşı açılacak olan davaların idari yargı yerlerinde açılması gerektiği Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar kazanan kararları ile belirlenmiştir.
Çalışmada aday sürücü belgesinin iptal nedenleri ile bu nedenlerle aday sürücü belgesi iptal edilen kişilerin açtıkları davalarda idari yargı yerlerince verilen kararlar incelenmiştir. Anılan kararlardan hareketle uygulamada ortaya çıkan sorunlara yer verilmiş ve bu sorunların çözümü adına çeşitli görüş ve önerilere yer verilmiştir.
Anahtar Kelimeler: Aday sürücü, aday sürücü belgesi, bölge idare mahkemesi, istinaf, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi,

Abstract: Upon the determination that young people between the ages of 18-24 mostly cause accidents in traffic accidents in our country, the need to make a regulation regarding those who will obtain a driver's licence for the first time has come to the agenda. Accordingly, the concept of candidate driving was legally regulated in 2013 with the amendment made in the Highway Traffic Law No. 2918 with the idea that those who obtain a driver's licence for the first time should be accepted as candidate drivers for a certain period of time. However, the aforementioned regulation does not include a provision on the reasons for the cancellation of the candidate driver's licence. It is stipulated that the reasons for the cancellation of the candidate driver's licence shall be regulated by the Regulation. In 2015, the reasons for the cancellation of the candidate driver's licence were included in the candidate driving article regulated in the Road Traffic Regulation. The procedures regarding the cancellation of the candidate driver's licence are administrative procedures. It has been determined by the consistent decisions of the Court of Dispute that the lawsuits to be filed against these transactions should be filed in administrative jurisdictions.
In this study, the reasons for the cancellation of the learner driver's licence and the decisions rendered by the administrative jurisdictions in the lawsuits filed by the persons whose learner driver's licences were cancelled due to these reasons are examined. Based on the aforementioned decisions, the problems arising in practice are included and various opinions and suggestions are given in order to solve these problems.
Keywords: Candidate driver, candidate driving licence, regional administrative court, appeal, Council of State, Court of Dispute,

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, av.mavcı4@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1887-792X DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676545
** Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hüseyinbilgin22@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-5182-2499
Makale Geliş Tarihi: 12.08.2024 Makale Kabul Tarihi: 24.03.2025

GİRİŞ

Günümüzde artan trafik kazaları ve bu kazaların ölümle sonuçlanabilen ağır sonuçlarının olmasının yanı sıra maddi hasarlı kazalar nedeniyle ülke ekonomisi açısından önemli bir kayıp olduğu da genel kabul gören bir husustur. Ölümlü, yaralamalı ve/veya maddi hasarlı trafik kazalarını azaltma, sağlıklı ve düzenli trafik akışının sağlanması amacıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) ve Karayolları Trafik Yönetmeliği (KTY) nde[1] çeşitli düzenlenmelere yer verilmiş ve bir takım eylem ve işlemler yasaklanarak, bu yasakların ihlali halinde idari yaptırımlar getirilmiştir.

Karayollarında yaşanan trafik kazalarının büyük çoğunluğuna 18-24 yaş arasında gençlerin karıştığı ve acemi şoför diye de ifade edilen kişiler tarafından bu kazaların gerçekleştirildiğinin tespit edilmiştir. Bunun üzerine mevzuatımızda 2013 yılında Karayolları Trafik Kanununa eklenen ek 3. madde ile aday sürücü belgesi konusu düzenlenmiştir. Anılan maddede yapılan atıflarla da aday sürücü belgesinin iptal nedenleri Yönetmelikte düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bilahare, 2015 yılında Karayolları Trafik Yönetmeliğine eklenen hükümle aday sürücü belgesinin iptal nedenleri bentler halinde ifade edilmiştir.

Makalede, Karayolları Trafik Kanununda ve Yönetmeliğinde düzenlenen aday sürücü belgesi iptal nedenleri tek tek ele alınıp açıkladıktan sonra aday sürücü belgesinin iptali işlemlerine karşı açılan davalarda görevli yargı yeri konusu Uyuşmazlık Mahkemesi (UM) kararları da ele alınarak incelenmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin istikrar kazanmış içtihatlarına göre idari yargı yerlerinin görevli olduğunun tespiti üzerine de, uyuşmazlık konusu olan yaklaşık 500 karar üzerinden çeşitli bölge idare mahkemelerince verilen kararlardan hareketle aday sürücü belgesinin iptal nedenleri konusu incelenmiştir. Anılan kararlardan hareketle verilen kararlara göre çeşitli çıkarımlarda bulunarak bu konulara ilişkin görüş ve önerilere yer verilmiştir.

I.ADAY SÜRÜCÜ KAVRAMI

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde hem aday sürücü hemde aday sürücü belgesi tanımına yer verilmemiştir. Anılan düzenlemelere bakıldığında sürücü[2] ve sürücü belgesi[3] kavramlarının tanımının yapıldığı görülmektedir.

Aday sürücülük kavramı 12.7.2013 gün ve 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun[4] 22. maddesiyle ilk defa düzenlenmiştir[5]. Ek madde 17 olarak Karayolları Trafik

---

1 RG, 18.07.1997, S. 23053.

2 Sürücü:Karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir (2918 Sayılı Kanun (SK) m.3 – KTY m.3/a-5)

3 Sürücü belgesi: Bu Kanunda belirtilen motorlu araçların sürülmesine yetki veren belgedir (2918 SK m.3) Sürücü belgesi: 2918 sayılı Kanunda belirtilen motorlu araçların sürülmesine yetki veren belgedir. (KTY m.3/a-24).

4 RG, 02.08.2013, S. 28726.

5 Maddenin gerekçesi ise, "Yapılan araştırmalar, **18-24** yaş arası sürücülerin kusurlu olarak trafik kazasına karışma oranın diğer yaş gruplarına nazaran daha yüksek olduğunu göstermektedir. Bu nedenle özellikle genç sürücüler üzerinde trafik

Kanununda hüküm altına alınmıştır. Anılan kanun hükmünün yaptığı atıf ile birlikte 17.04.2015 gün ve 29329 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan ek madde ile ek madde 3 olarak Karayolları Trafik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Anılan iki düzenlemeden hareketle, ilgili yönetmelik hükmünün yürürlüğe girdiği 17.04.2015 tarihinden itibaren ilk defa sürücü belgesi alanlar ile herhangi bir sebeple sürücü belgesi iptal edilmiş olmakla birlikte yeniden sürücü belgesi alanları, belgenin alındığı tarihten itibaren iki yıl süre ile aday sürücü olarak tanımlayabiliriz. Bu süre içinde aday sürücülerin kullandıkları sürücü belgesine de aday sürücü belgesi diyebiliriz.

İlgili mevzuat hükümlerine bakıldığında, 2918 sayılı Kanunun ek 17. maddesi aday sürücülük süresi ile ilgili olarak asgari bir süre olarak bir yıl belirlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da açıkça verdiği yetkiye dayalı olarak da, süre yönetmelik hükmü ile iki yıl olarak belirlenmiştir.

II. SÜRÜCÜ BELGESİ İPTALİNE YETKİLİ MAKAMLAR

2918 sayılı Kanunun Ek 17. maddesinin 3. fıkrasında aday sürücü belgesini iptale yetkili makamların aynı Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler olduğu ifade edilmiştir. Kanunun *"Trafik zabıtasının görev ve yetki sınırı ile genel zabıtanın trafik hizmetlerini yürütmeye ilişkin yetkisi"* başlıklı 6. madde hükmünde trafik para cezası tesisine ve sürücü belgesini geçici almaya ilişkin işlemleri tesis etmeye yetkili olan kişiler trafik zabıtası ve genel zabıta olarak ifade edilmiş ve bu kişilere ilişkin tanımlara yer verilmiştir[6].

Buna göre; bu konuda asıl görevli ve yetkili makam trafik zabıtasıdır. Trafik zabıtasına, emniyet ve asayiş bakımından zorunlu haller dışında genel zabıta görevi de verilemeyecektir. Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde ise, diğer polis görevlileri ile jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman çavuşlar bu işlemleri tesis etmeye yetkili olan makamlardır[7].

---

kurallarına uyma alışkanlığı kazandırılması amacıyla ilk defa sürücü belgesi alanlar ile herhangi bir sebeple sürücü belgesi iptal edilmiş olup da yeniden sürücü belgesi alanların Yönetmelikte belirlenen süreler içerisinde aday sürücü olarak kabul edilmeleri ve yine yönetmelikte belirlenecek kuralları ihlal etmeleri halinde sürücü belgelerinin geri alınarak iptal edilmesi ve bu kişilerin tekrar sürücü belgesine sahip olabilmeleri için yeniden gerekli eğitimleri alarak sınava girmeleri yönünde düzenleme yapılmıştır." Şeklinde ifade edilmiştir. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/ https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y3/T2/WebOnergeMetni/20f65c3a-542d-4165-99a8-c2d167a2b9ef.pdf (e.t 01.07.2024).

6 Mustafa Avcı / Hüseyin Bilgin, "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemlerinde Görevli Yargı Yeri Sorunu Üzerine Bir İnceleme", Yıl:7, Sayı:14, Aralık 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 27-28.

7 Trafik zabıtası ve genel zabıtanın görev ve yetki sınırı; *a) Trafik zabıtası:* Trafik zabıtası görevi sırasında karşılaştığı acil ve zorunlu hallerde genel zabıta görevi yapmakla da yetkilidir. Mülki idare amirlerince, emniyet ve asayiş bakımından zorunlu görülen haller dışında, trafik zabıtasına genel zabıta görevi verilemez, araç, gereç ve özel teçhizatı trafik hizmetleri dışında kullanılamaz. *b) Genel Zabıta:* Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde polis; polisin ve trafik teşkilatının görev alanı dışında kalan yerlerde de jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman jandarmalar eliyle

III. ADAY SÜRÜCÜ BELGESİNİN İPTAL NEDENLERİ

2918 sayılı Kanunun ek 17/2. maddesinde aday sürücülerin sürücü belgelerinin iptal edilme nedenlerinin Yönetmelik hükmü ile düzenleneceği ifade edilmiştir. Anılan hükme dayalı olarak Yönetmeliğin Ek 3. maddesinin 2 fıkrasında 6 bent halinde 9 adet aday sürücü belgesinin iptali sebebine yer verilmiştir. Anılan sebeplere bakıldığında ise;

1. Trafik Işıklarına Uymama

2.Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağının ihlal edilmesi

3. Ceza puanı uygulaması, puanlama ve trafik kazası nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınması

4.Hız Sınırlarına Uyma Zorunluluğunun Üç Kez İhlal Edilmesi

5.Dönüş Kurallarına Uyma Zorunluluğu

6.Yayaların İlk Geçiş Hakkı Üstünlüğünün İhlali

7.Korucu Tertibatı Kullanma Zorunluluğunun İhlali

8.20 Promil Üstünde Alkol Alım Yasağı

9. 75 Ceza Puanını Aşma Yasağı, şeklindedir.

A. TRAFİK IŞIKLARINA UYMAMA

2918 sayılı Kanunun 47. maddesi trafik işaret ve kurallarına uyma zorunluluğunu düzenlemektedir. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasının (b) bendinde ise sürücülerin trafik ışıklarına uyması gerektiği belirtilmiştir. Aday sürücülerin üç kez trafik ışıklarını ihlal etmesi halinde sürücü belgesi iptal edilecektir[8] (Yönetmelik Ek madde 3/2-a).

Oysaki aday sürücüler dışında diğer sürücülerin son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru bir yıl içinde kırmızı ışık kuralını üç defa ihlal ettiği tespit edilenlerin sürücü belgeleri otuz gün süreyle geçici olarak geri alınacaktır (2918 SK m. 47/3). Burada, aday sürücülerin normal sürücülere göre kuralı uymaması daha ağır yaptırıma tabi tutulmak suretiyle kırmızı ışık kuralına uyma bilinci geliştirilmek istenilmiştir.

---

yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak trafiği düzenlemeye ve trafik suçlarına el koymaya görevli ve yetkilidir (2918 sayılı Kanun m.6).

8 Belgesi iptal edilenlerin tekrar sürücü belgesi alabilmeleri için; sürücü kurslarına devam etmeleri ve yapılan sınavlarda başarılı olarak motorlu taşıt sürücüsü sertifikası almaları gerekir. Bu kişilerin sürücü kurslarında eğitime başlayabilmeleri için tabi tutulacakları psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi sonucunda sürücülüğe engel hali bulunmadığını gösterir belgenin sürücü kursuna ibrazı ve varsa iptal nedenlerinde yer alan geri alma süreleri kadar zamanın geçmiş olması zorunludur (KTY Ek madde 3/3).

B. ALKOL, UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDELERİN ETKİSİ ALTINDA ARAÇ SÜRME YASAĞININ İHLAL EDİLMESİ

2918 sayılı Kanunun ek 17. maddesinin 2 fıkrasının b bendinde iki ayrı iptal nedeni düzenlenmiştir. Bu iptal nedenleri ise 2918 sayılı Kanunun 48. maddesinde düzenlenen haller ile 118. maddesinde düzenlenen hallerdir.

2918 sayılı Kanunun 48. maddesine göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç kullanmaları yasaktır. Alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüm sonucunda 0.50 promilin üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin sürücü belgeleri de altı ay süreyle geri alınacaktır. Ticari araçlarda alkol sınırı 0.21 promil olarak uygulanacaktır[9]. Sürücü belgesine el konulan kişilerin beş yıllık süre içerisinde ikinci kez alkollü olduğunun tespiti halinde iki yıl süreyle, üçüncü ve daha sonraki seferlerde ise beş yıl süreyle sürücü belgelerine el konulacaktır. Ancak bu madde hükmüne göre alkollü olduğu tespit edilen aday sürücülerin sürücü belgeleri, süreli olarak geri alınmayacak olup süresiz iptal edilecektir (Yönetmelik Ek madde 3/2-b).

Öte yandan aynı madde uyarınca uyuşturucu veya uyarınca madde aldığı tespit edilen sürücülerin sürücü belgesi beş yıl süreyle geri alınacaktır. Aday sürücülerin sürücü belgeleri ise iptal edilecektir.

Aynı şekilde uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülerin sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınacak iken aday sürücülerin sürücü belgesi bu nedenle iptal edilecektir.

C. CEZA PUANI UYGULAMASI, PUANLAMA VE TRAFİK KAZASI NEDENİYLE SÜRÜCÜ BELGELERİNİN GERİ ALINMASI

2918 sayılı Kanunun 118. maddesine göre, trafik suçunun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru bir yıl içinde toplam 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgeleri iki ay süre ile, aynı yıl içinde ikinci defa 100 puanı dolduran sürücülerin ise sürücü belgeleri 4 ay süre ile geri alınacak ve bir yıl içinde üç defa 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgeleri süresiz olarak iptal edilecek iken aday sürücülerin sürücü belgeleri ilk seferinde iptal edilecektir (Yönetmelik m. Ek madde 3/2-b).

Aynı madde uyarınca ölümle sonuçlanan trafik kazalarına asli kusurlu olarak sebebiyet veren sürücülerin sürücü belgeleri 1 yıl süre ile geri alınacak iken, bu kazaya karışan sürücü aday sürücü olursa ve asli kusurlu olması halinde aday sürücü belgesi iptal edilecektir.

D. HIZ SINIRLARINA UYMA ZORUNLULUĞUNUN ÜÇ KEZ İHLAL EDİLMESİ

2918 sayılı Kanunun 51. maddesi, hız sınırlarına uyma zorunluluğu konusunu düzenlemektedir. Anılan hükme göre, sürücüler karayollarında

---

[9] Mustafa Avcı / Hüseyin Bilgin, "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme", Yıl:7, Sayı:13, Haziran 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 131.

belirtilen hız sınırlarına ve buralarda ayrıca hız sınırı belirtilmemişse Yönetmelikte ifade edilen hız sınırına uymak zorundadır. Anılan hız sınırlarına uymayanlara, hız sınırını aşma oranına göre verilecek olan idari para cezaları da madde hükmünde ifade edilmiştir. Söz konusu hız ihlalinin yüzde otuzdan fazla aşmak suretiyle olması bir yıllık süre içerisinde beş kere tekrar edenlerin sürücü belgeleri bir yıl süre ile geri alınacaktır. Burada yüzde on hız sınırını aşılması, sürücü belgesinin geri alınma nedeni olarak kabul edilmemiştir. (m.51/3)

Yine beş yıllık süre içerisinde yukarıda belirtildiği üzere hız sınırının yüzde otuzdan fazla aşılması nedeniyle ikinci defa sürücü belgesinin alınmasına neden olunması halinde, artık geçici olarak sürücü belgesinin alınması yerine doğrudan sürücü belgesinin iptali yoluna gidilecektir (m.51/4)

Aday sürücü belgesine sahip olan kişilerin ise toplamda üç kez hız sınırını ihlal etmiş olması sürücü belgesinin iptali için yeterli görülmüştür (Yönetmelik Ek madde 3/2-c). Bu kişilerin ayrıca hız sınırını yüzde 30 oranında aşma koşulu da aranmamıştır. Aday sürücü olan kişilerin trafik kurallarına uyması adına bu düzenleme yerinde olmuştur.

E. DÖNÜŞ KURALLARINA UYMA ZORUNLULUĞU

2918 sayılı Kanunun 53. maddesi, dönüş kuralları başlığını taşımaktadır. Anılan maddenin birinci fıkra hükmünde sürücülerin sağa ve sola dönerken, dönel kavşağa girerken uyacağı kurallar ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, *"Sağa ve sola dönüşlerde, sürücüler kurallara uygun olarak geçiş yapan yayalara, varsa bisiklet yolundaki ve bisiklet şeridindeki bisiklet ve elektrikli skuter kullananlara ve sola dönüşlerde sağdan ve karşıdan gelen trafiğe ilk geçiş hakkını vermek zorundadırlar"* şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu fıkra hükmü ile sürücülere dönüşlerde uyması gereken birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Dönüş şekline göre belirli kişi ve araçlara geçiş üstünlüğü getirilmiştir. Anılan kurala aday sürücülük süresi olan iki yıl içerisinde üç kez uyulmaması halinde de aday sürücü belgesi iptali edilecektir (Yönetmelik Ek madde 3/2-ç). Bu madde hükmünde sürücü belgesinin geri alınması şeklinde bir yaptırım getirilmediği için aday sürücülerin aday sürücülük süresi olan iki yıl içinde bu madde hükmünü üç kez ihlal etmemesi gerektiği, şeklinde hükmü anlamamız gerekir.

F. YAYALARIN İLK GEÇİŞ HAKKI ÜSTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ

2918 sayılı Kanunun 74. maddesi, yayalara ilk geçiş hakkı verilmesi başlığını taşımaktadır. Anılan hükme göre, sürücülerin yaya veya okul geçitlerine yaklaşırken yavaşlaması ve varsa buralardan geçen yayalara geçiş hakkı tanıması gerekmektedir. Anılan hükme aykırı davrananlara sadece idari para cezası verilecektir. Ancak anılan hükmün aday sürücüler tarafından üç kez ihlal edilmesi halinde aday sürücü belgesi iptal edilecektir (Yönetmelik Ek madde 3/2-d).

G. KORUCU TERTİBATI KULLANMA ZORUNLULUĞUNUN İHLALİ

2918 sayılı Kanunun 78. maddesine göre, sürücüler ve yolcuların araçların sürülmesi sırasında koruyucu tertibatları kullanması zorunludur. Sürücülerin koruyucu tertibatları kullanmadan araç kullanmaları halinde sürücülere idari para cezası verilecektir (m.78/3). Ancak aday sürücülerin özellikle emniyet

kemerini takmadan araç kullanmaları ve bunu üç kez tekrarlamaları halinde, aday sürücü belgesi iptal edilecektir. Madde hükmünde üç kez ihlalin ne şekilde gerçekleştiğinin önemli olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla aday sürücü belgesine sahip kişi, emniyet kemerini takmamışsa o takdirde onun hakkında ceza puanı uygulanacak ve bu durum üç ihlalin içerisinde kabul edilecektir (Yönetmelik Ek madde 3/2-e).

H. 20 PROMİL ÜSTÜNDE ALKOL ALINMIŞ OLMASI

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesine göre, hususi taşıtlarda 0,50 promil, hususi araçlar dışındaki diğer (ticari vs.) araçlarda ise 0,21 üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücülere alkollü araç kullanma nedeniyle idari para cezası uygulanacak ve sürücü belgelerine geçici olarak el konulacaktır. Ancak aday sürücüler için aracın hususi veya ticari olduğuna bakılmaksızın alkollü araç kullanmaları nedeniyle sürücü belgelerinin iptali yoluna gidilecektir. Burada diğer düzenlemelerden farklı olarak 0,20 ile 0,50 arası alkollü araç kullandığı tespit edilen aday sürücüler hakkında, 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca işlem tesis edilmeyecek ve idari para cezası düzenlenmeyecektir. Ancak bu şekilde 0,20 promil üstü alkollü araç kullanan aday sürücünün sürücü belgesi iptal edilecektir (Yönetmelik Ek madde 3/2-e).

Kanaatimizce burada bu şekilde oldukça düşük bir miktarın belirlenmiş olması yerinde olmamıştır. Zira aşağıda bu konuda çıkan uyuşmazlıkları incelediğimizde bu konu daha iyi anlaşılacaktır.

Ancak anılan maddenin iptali istemiyle Danıştay'a açılan davada, Danıştay 8. Dairesince *"Davaya konu Yönetmelik kuralının dayanağı olan Yasa hükmünde, aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin koşulların Yönetmelik ile düzenleneceğinin hükme bağlandığı ve ayrıntının idarece düzenlenmesine karar verildiği görülmekle, Yönetmelik kuralının Yasa hükmüne aykırılık teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan; aday sürücülerle, diğer sürücüler bakımından farklı alkol sınırı belirlenmesinin, birbirinden farklı iki hukuki duruma ilişkin olması karşısında hukuka aykırı bir yönü bulunmadığı görüldüğünden bu yönden de işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."* gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir[10]. Danıştay'ın bu kararına katılma imkânımız bulunmamaktadır. Zira zaten alkollü araç kullanma ile ilgili düzenleme 2918 sayılı Kanunun 48. maddesinde yer almakta ve orada yasak olan promil miktarları belirtilmektedir. Burada belirtilenler dışında yeniden bir promil miktarı belirlenmesi yerinde ve doğru bir düzenleme olmamıştır. Uygulamada da birçok uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olunmuştur.

---

[10] D.8.D, E:2020/3631, K:2023/4244, T: 29/09/2023; Anılan kararda iki üye, *"....2918 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesinde aday sürücü belgelerinin iptal edilme şartlarının yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş ise de, aynı Kanunda normal sürücüler yönünden sürücü belgelerinin geri alınması yaptırımına konu olan eylem 0,50 promilin üzerinde alkollü araç kullanmak olarak belirlenmiş iken aday sürücüler yönünden herhangi bir kanuni dayanak olmaksızın bu sınırın Yönetmelikte 0,20 promil olarak belirlendiği, dayanak Kanunda öngörülmeyen ve cezai sonuç bağlanan "....veya araç cinsine bakılmaksızın 0,20 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanıldığının tespit edilmesi..." fiilini içeren düzenleyici işlem ve buna bağlı olarak tesis edilen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından iptali gerektiği..."* görüşüyle çoğunluk kararına azlık oyu kullanmıştır.

Danıştay bu kararında, önceki içtihatlarından ayrılarak kendi imkanları ile hastaneye gidip alkol ölçümü yaptıranların bu ölçüm sonucunun değerlendirmeye alınması gerektiğini, aksini kabulün hak arama özgürlüğünün ihlali niteliği taşıyacağını da açıkça vurgulamıştır[11].

I. 75 CEZA PUANININ AŞILMASI

2918 sayılı Kanunun 118. maddesinde, ceza puanı uygulamasını düzenlemektedir. Anılan düzenlemeye göre, 100 ceza puanına ulaşan sürücülerin geçici olarak sürücü belgelerinin geri alınacaktır. Söz konusu madde hükmünde 100 ceza puanı ile sürücü belgesine geçici olarak el koyma imkanı getirilmiş iken aday sürücüler için daha düşük ceza puanı nedeniyle sürücü belgesi iptal edilebilecektir. Yönetmeliğe göre sürücü belgesinin iptal edilmesi için toplam 75 ceza puanı yeterli görülmüştür. Aday sürücülerin toplam 75 ceza puanını aşması durumunda sürücü belgeleri trafik görevlilerince iptal edilecektir (Yönetmelik m. Ek madde 3/2-e).

IV. ADAY SÜRÜCÜ BELGELERİNİN İPTALİNE KARŞI AÇILAN DAVALARDA GÖREVLİ YARGI YERİ SORUNU

A. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARINDA ADAY SÜRÜCÜ BELGESİ İPTALİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ

Aday sürücü belgelerinin iptali işlemlerine karşı açılan davalarda Uyuşmazlık Mahkemesi[12], 2019 yılından itibaren istikrarlı bir şekilde idari yargı yerlerini görevli görmüştür[13].

---

[11] *"...2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinde; rutin trafik denetiminde yapılacak alkol ölçümü yeterli kabul edilmiş, kontrolü yapan trafik ekiplerine sürücünün ölçüm sonucunu kabul etmemesi halinde başkaca bir işlem yapma görevi ve ölçüm yapılan sürücü için itiraz usulüne yer verilmemiş, ancak ölümlü/ yaralanmalı veya maddi hasarlı trafik kazası halinde ise sürücülerin alkol ölçümünü kabul etmemesi halinde izlenecek yol gösterilmiştir. Anılan maddede bu şekilde bir ayrım yapılmış ise de, rutin trafik denetiminde yapılan ölçüm sonucunda kişinin bir sağlık kuruluşuna başvurmasını, tekrar ölçüm yapılmasını engeller nitelikte bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendinde de görevlilerce tekrar ölçüm yapılmayacağı belirtilmiş, ancak kişinin kendi imkanlarıyla sağlık kuruluşuna başvurmasını engelleyen bir düzenleme yapılmamıştır. Bu itibarla; davacının, alkol ölçümünün doğru olmadığı yönündeki iddiasını ispatlama imkânının ortadan kaldırılmaması gerekmekte olup; aksi yaklaşım; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında savunma hakkının ve Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin hukuka aykırı bir biçimde sınırlanması anlamını taşıyacaktır. Bu değerlendirmeler karşısında; davacının, kanındaki alkol oranının tespiti bakımından kendi imkânlarıyla yaptırdığı kan testinin değerlendirmesi gerekmektedir..."* D.8.D, E:2020/3631, K:2023/4244, T: 29/09/2023.

[12] Uyuşmazlık Mahkemesi işleyişi, görev ve yetkileri konusunda geniş bilgi için bkz. Musa Sağlam, " Uyuşmazlık Mahkemesinin Tarihçesi, Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Kurulma Sebepleri, Yapısı ve Çalışma Yöntemi", Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, ss. 61-87; Engin Saygın, "Adli İdari Sistemi – İdari Rejim Ayrımı ve İdari Rejimde Uyuşmazlık Mahkemesinin Yeri", Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, ss. 91-107; Ufuk Yeşil; Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.

Uyuşmazlık Mahkemesince alkollü araç kullanılması nedeniyle sürücü belgesine geçici olarak el konulması işlemlerine karşı açılan davalarda özellikle 6495 sayılı Kanunla 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde yapılan değişiklikten sonra istikrarlı olarak adli yargı yerleri görevli görülmektedir[14]. Alkollü araç kullandığı için aday sürücü belgesi iptaline karar verilen davacı hakkında tesis edilen idari para cezası ve aday sürücü belgesinin iptali için açılan davalarda ise, sürücü belgesine geçici olarak el konulması davalarından farklı olarak; *"...davacıya 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. maddesi uyarınca 1.002,00 TL. idari para cezası verildiği, aynı birim tarafından, 2918 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesi uyarınca aday sürücü belgesinin iptaline karar verildiği, sürücü belgesinin belli bir süre için geri alınması değil iptal edildiği dikkate alındığında bu kararın idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem olduğu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında bulunmadığı sonucuna varılmış olup, uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Kanun'da da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak "sürücü belgesinin iptali" kararı da verildiği ve idari yargı yerinde dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği "* gerekçesine verdikten sonra *"Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesi ve aynı Kanunun 27. maddesine 5560 sayılı Kanun'la eklenen sekizinci fıkra hükmü bir arada değerlendirildiğinde, 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca verilen idari para cezası ile aday sürücü belgesinin iptaline karşı açılan davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu"* sonucuna varılarak, idari yargı yerleri görevli görülmüştür[15].

---

13 UYAP üzerinden yapılan incelemede, Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen toplam 53 adet aday sürücü belgesinin iptali ile ilgili uyuşmazlığın tamamında idari yargı yerleri görevli görülmüştür.

14 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. fıkrası uyarınca düzenlenen sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında bkz. UM, E:2021/126, K:2021/176, T: 05.04.2021; UM, E:2021/506, K:2021/579, T: 29.11.2021; UM, E: 2022/154, K: 2022/185, T: 18.04.2022; UM, E:2022/587, K:2022/647, T: 28.11.2022; UM, E: 2023/46, K:2023/61, T: 23.01.2023; UM, E: 2023/47, K: 2023/308, T: 17.04.2023; UM, E: 2023/56, K: 2023/93, T: 27.02.2023; UM, E: 2023/204, K: 2023/344, T: 15.05.2023; UM, E: 2023/452, K: 2023/555, T: 25.09.2023; UM, E: 2023/455, K: 2023/556, T: 25.09.2023; UM, E: 2023/453, K: 2023/557, T:25.09.2023; UM, E: 2023/491, K: 2023/626, T: 16.10.2023. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı / Bilgin, UMD 14, s. 49-56.

15 UM, E:2018/900, K:2019/367, T:20.05.2019; UM, E:2020/512, K:2020/489, T:28.09.2020; UM, E:2020/579, K:2020/597, T:26.10.2020; UM, E:2020/630, K:2020/673, T:23.11.2020; UM, E:2020/688, K:2020/738, T:14.12.2020; UM, E:2020/731, K:2021/5, T: 25.01.2021; UM, E.2021/65, K:2021/66, T:01.03.2021; UM, E:2021/67, K:2021/67, T:01.03.2021; UM, E:2021/138, K:2021/175, T: 05/04/2021; UM, E: 2021/367, K:2021/386, T: 05/07/2021; UM, E:2021/647, K:2021/582, T: 29/11/2021; UM, E: 2021/842, K:2022/83, T: 28/02/2022; UM, E: 2022/189, K: 2022/186, T:18/04/2022; UM, E: 2022/252, K: 2022/281, T: 30/05/2022; UM, E: 2023/318, K: 2023/ 423, T: 19.06.2023; UM, E: 2023/389, K: 2023/509, T: 10/07/2023; UM, E:2021/126, K:2021/176, T: 05.04.2021; UM, E:2021/219, K:2021/243, T:03.05.2021; UM, E:2021/327, K:2021/326, T: 07/06/2021; UM, E: 2022/398, K:2022/506, T: 31/10/2022; UM, E: 2023/128, K: 2023/215, T: 27/03/2023; UM, E:2020/514, K:2020/491, T:28.09.2020.

Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesince, alkolmetre cihazına üflememe nedeniyle 2918 sayılı Yasa'nın 48/9. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile Ek 17. maddesi uyarınca düzenlenen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. ve 27/8. madde hükümleri uyarınca idari yargı yerleri görevli görülmüştür[16]. Yapılan denetim sırasında, aday sürücü belgesi sahibi davacının, 0,20 promil üzerinde alkollü olarak araç kullandığından bahisle, davacı hakkında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 17. ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Ek 3. maddesi uyarınca, aday sürücünün belgesinin iptaline dair tutanak düzenlenmesi, aday sürücü belgesi daimi süreyle geri alınması ve söz konusu 2918 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesi uyarınca düzenlenen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazın da idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir[17].

Yine, 2918 sayılı Yasa'nın 47/1-a, 47/1-b ve 67/1-d maddeleri uyarınca verilen idari para cezası ile aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazın, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ve aynı Kanun'un 27. maddesinin sekizinci fıkrası hükmü bir arada değerlendirildiğinde idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine karar verilmiştir[18]. Aynı şekilde, davacının 2918 sayılı Kanun'un 78/1-b. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile Ek 17. maddesi uyarınca düzenlenen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. ve 27/8. maddeleri uyarınca, idari yargı yerinde çözümüne karar verilmiştir[19].

Uyuşmazlık Mahkemesince, 2918 sayılı Yasa'nın 75. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile Ek 17. maddesi uyarınca düzenlenen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazın, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ve aynı Kanun'un 27. maddesinin sekizinci fıkrası hükmü bir arada değerlendirildiğinde, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine karar verilmiştir[20].

Son olarak davacı hakkında yapılan Polnet bilgisayar sorgusunda, aday sürücü belgesi sahibi davacı adına, belirlenen asgari sınırın üstünde ceza puanının bulunduğundan bahisle 2918 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesi uyarınca

---

16 UM, E:2020/513, K:2020/526, T:28.09.2020; UM, E:2021/161, K:2021/242, T: 03.05.2021; UM, E:2022/59, K:2022/84, T: 28/02/2022; UM, E: 2022/515, K: 2022/592, T: 31.10.2022; UM, E: 2022/586, K: 2022/646, T: 28.11.2022; UM, E: 2023/203, K: 2023/293, T: 17.04.2023.

17 UM, E.2021/160, K:2021/244, T: 03/05/2021; UM, E:2021/162, K:2021/245, T: 03/05/2021; UM, E:2021/243, K:2021/329, T:07.06.2021; UM, E:2021/403, K:2021/388, T: 05.07.2021; UM, E:2021/425, K:2021/390, T: 05/07/2021; UM, E:2021/559, K:2021/583, T: 29.11.2021; UM, E:2021/765, K:2021/693, T: 27.12.2021; UM, E: 2021/837, K: 2022/22, T: 31/01/2022; UM, E: 2022/112, K: 2022/174, T: 21/03/2022; UM, E: 2022/254, K: 2022/283, T: 30/05/2022; UM, E:2022/25, K:2022/24, T: 31.01.2022; UM, E: 2023/59, K:2023/135, T: 27.02.2023; UM, E: 2023/129, K: 2023/205, T: 27.03.2023; UM, E: 2023/402, K: 2023/510, T: 10.07.2023; UM, E: 2023/460, K: 2023/558, T: 25.09.2023; UM, E: 2023/410, K: 2023/513, T: 10.07.2023.

18 UM, E:2020/282, K:2020/294, T:28.05.2020; UM, E:2020/332, K:2020/358, T:22.06.2020; UM, E: 2023/315, K: 2023/415, T: 19.06.2023.

19 UM, E:2021/195, K:2021/241, T: 03.05.2021.

20 UM, E:2020/432, K:2020/527, T:28.09.2020.

düzenlenen aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin tutanağa karşı yapılan itirazın, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine karar verilmiştir[21].

B. BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE GÖREVLİ YARGI YERİ

Görüldüğü üzere uyuşmazlık mahkemesinin istikrar kazanmış kararlarına göre, aday sürücü belgelerinin iptal edilmesi işlemine karşı açılacak olan davalarda idari yargı yerleri görevli görülmüştür. Bölge idare mahkemeleri de Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararlarını dikkate alarak davaların idari yargı yerlerinde görülmesine karar vermiştir. Bölge İdare Mahkemesi kararlarının görevli yargı kolu ile ilgili kararlarına baktığımızda;

1. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi

İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, uyuşmazlıklarda idari yargı yerleri görevli bulunmuş ve ilk olarak 2020 yılından itibaren de ilk derece mahkemesince verilen davanın görev yönünden reddine ilişkin kararlar kaldırılarak söz konusu davalarda idari yargı yerlerinin görevli olduğu gerekçesiyle dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir[22].

2. Ankara Bölge İdare Mahkemesi

Ankara Bölge İdare Mahkemesince, aday sürü belgesinin iptaline ilişkin kararlara karşı açılan davalarda idari yargı yerleri görevli ve yetkili görülmüştür. Anılan kararlara bakıldığında, *"...olayda uyuşmazlığın sürücü belgesinin belirli bir süre için geri alınmasından kaynaklanmadığı, dava konusu işlemin, aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin işlem olduğu anlaşıldığından, bu işlemin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında bulunmadığı, dolayısıyla davanın görüm çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğu"* sonucuna varıldığı şeklinde gerekçeye yer verilmiştir[23].

---

[21] UM, E:2021/90, K:2021/177, T:05.04.2021; UM, E:2021/318, K:2021/328, T: 07.06.2021; UM, E:2021/505, K:2021/581, T:29.11.2021; UM, E:2022/19, K.2023/23, T: 31.01.2022.

[22] İstanbul BİM 8.İDD, E:2021/79, K:2021/427, T:03/03/2021; İstanbul BİM 8.İDD, E:2019/1469, K:2019/1519, T:04/12/2019; İstanbul BİM 8.İDD, E:2020/1836, K:2020/1680 T: 08/12/2020; İstanbul BİM 8. İDD, E:2020/2365, K:2021/181, T: 02/02/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2021/227, K:2021/206, T: 09/02/2021; İstanbul BİM, 8 İDD, E:2021/360, K:2021/451,T:03/03/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2021/479, K:2021/558, T: 17/03/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/598, K:2021/715, T: 31/03/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2021/766, K:2021/1040, T: 27/04/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E: 2021/1090, K: 2021/1261 T: 09/06/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/1320, K:2021/1670, T: 21/09/2021; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2021/1483, K:2021/1926, T: 19/10/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E: 2021/1972, K:2022/484, T:16/03/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/821, K:2022/1596, T: 21/09/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/2438, K:2022/1284, T: 21/09/2022; İstanbul BİM, 8.İDD, E.2022/2488, K:2022/1282, T: 21/09/2022.

[23] Ankara BİM, 9. İDD, E:2019/1886, K:2019/1117, T: 11/10/2019; Aynı yönde bkz. Ankara BİM, 9.İDD, E:2021/1387, K:2021/1828, T:17/11/2021; Ankara BİM, 9.İDD, E:2021/568, K:2021/933, T:21/05/2021; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/2068, K:2023/1894, T: 12/12/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/471, K:2024/597, T: 17/04/2024.

Ankara bölge idare mahkemesi yeni tarihli başka bir kararında davacının, hakkında uygulanan trafik idari para cezasının iptali isteminde de bulunduğu açık olup, idari para ceza yanında aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemin de tesis edilmiş olması nedeniyle, idari para cezasının iptali isteminin de Kabahatler Kanununun 27/8. maddesi uyarınca idare mahkemesince çözümlenmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir[24].

3. Bursa Bölge İdare Mahkemesi

Bursa Bölge İdare Mahkemesince, önüne gelen tek uyuşmazlıkta, İstanbul ve Ankara Bölge İdare Mahkemeleri gibi Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarındaki benzer gerekçelerle idari yargı yeri görevli görülmüştür[25].

4. İzmir Bölge İdare Mahkemesi

İzmir Bölge İdare Mahkemesince inceleme konusu uyuşmazlık hakkında ilk olarak 5. İdari Dava Dairesince istinaf incelemesi yapılmakta iken bilahare 7. İdari Dava Dairesi yetkilendirilmiştir. İzmir BİM 5. İdari dava Dairesince uyuşmazlıkların esası hakkında karar veriliyorken, 7. İdari Dava Dairesi ilk kararlarında idari yargı yerlerini görevli görmemiştir[26]. Ancak bilahare Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar bulan kararları ile aday sürücü belgelerinin iptaline karşı açılan davalarda idari yargı yerlerinin görevli görülmesiyle birlikte 7. İdari Dava Dairesi de önceki içtihadından vazgeçerek idari yargı yerlerini görevli görmüştür[27].

Öte yandan, aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmiş ve karara karşı da süresi içerisinde istinaf başvurusuna gidilmemiştir. Bilahare kesinleşen bu kararın verildiği davada, Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar kazanan kararları da gerekçe gösterilerek, yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulmuştur. İlk derece mahkemesi yargılamanın yenilenmesi istemini ret etmiştir. İzmir BİM 7. İdari Dava Dairesince de ilk derece kararına karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiştir[28]. Burada aslında aday sürücü belgesinin iptali kararlarında idari yargı yerlerini görevli gören dairece kesinleşen yargı kararında önceki içtihadından ayrılınmıştır. Zira, Daire önüne gelen dosyayı görev yönünden incelememiş, sadece yargılamanın yenilenmesi sebepleri olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmıştır.

---

24 Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/471, K:2024/597, T: 17/04/2024.

25 Bursa BİM, 3. İDD, E:2021/956, K:2021/351, T: 10/11/2021.

26 *"...Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3.maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı Kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer Kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı ve görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, sürücü belgesinin geri alınması işlemine karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 27.maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi hükmü uyarınca davanın görev yönünden reddi gerektiği..."* hakkında bkz. İzmir BİM 7.İDD, E:2019/678, K:2019/787, T:24/09/2019.

27 İzmir BİM 7.İDD, E.2021/217, K.2021/280, T:03/03/2021; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/592, K:2022/544, T: 10/05/2022.

28 İzmir BİM 7.İDD, E:2021/201, K:2021/322, T:04/03/2021.

5. Samsun Bölge İdare Mahkemesi

Samsun Bölge İdare Mahkemesince konuya ilişkin ilk kararında[29] adli yargı yeri görevli görülürken, bilahare bu kararından vazgeçilmiştir. Konuya bakan 3. İdari Dava Dairesi, aday sürücü belgesinin iptali istemiyle açılan ve ilk derece mahkemesince adli yargı yerlerinin görevli olduğundan bahisle görev yönünden davanın reddi kararına karşı yapılan 3 adet istinaf başvurusunda davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılarak anılan görev ret kararları kaldırılmıştır[30].

6. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince konuya ilişkin uyuşmazlıkların istinaf incelemesi yapılmaktadır. Anılan dairece 2020, 2021 ve 2022 yıllarının başlarındaki kararlarında, aday sürücü belgelerinin iptali istemiyle açılacak olan davalarda adli yargı yerleri görevli görülmüştür. Bu nedenle de ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın esasına girilerek verilen kararlar istinaf başvurusu üzerine adli yargı yerleri görevli olduğunda bahisle kesin olarak kaldırılmıştır[31]. Aynı şekilde ilk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmişse bu kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları da reddedilmiştir[32]. Toplam 11 adet dosyada aday sürücü belgesinin iptali üzerine açılan davada adli yargı yeri görevli görülmüştür. Ancak bilahare aynı Dairece Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatları ve diğer bölge idare mahkemeleri kararları da dikkate alınarak 2022 yılı ortalarından itibaren artık idari yargı yerleri görevli görülmeye başlanmıştır[33].

Adana, Erzurum ve Konya Bölge İdare Mahkemelerinin yargı çevrelerindeki ilk derece mahkemelerinde aday sürücü belgelerinin iptali işlemlerine karşı açılan davalarda, adli yargı yerlerinin görevli olduğuna dair herhangi bir karar verilmemiştir.

Son tahlilde uyuşmazlık önüne gelen bölge idare mahkemelerinin genel yaklaşımına bakıldığında, ilgili istinaf dairelerinin tamamı tarafından aday

---

29 Samsun BİM 3. İDD, E:2019/113, K2019/222, T:22/02/2019.

30 Samsun BİM 3 İDD, E.2020/1478, K:2020/1302, T:23/12/2020; Samsun BİM 3 İDD, E:2021/318, K:2021/358, T:06/04/2021; Samsun BİM, 3. İDD, E:2023/434, K:2023/386, T: 22/03/2023.

31 *Mahkemece davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek verilen kararda hukuka uygunluk görülmediği* hakkında bkz. Gaziantep BİM 4. İDD, E:2019/4916, K:2020/5072, T:11/12/2020; Gaziantep BİM,4.İDD, E:2019/5682, K:2020/5065, T:11/12/2020; Gaziantep BİM,4.İDD, E:2020/4695, K:2020/5071 T:11/12/2020; Gaziantep BİM,4.İDD, E:2020/5189, K:2021/90, T: 05/02/2021; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2021/328, K:2021/1318, T:18/03/2021; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2021/776, K:2021/2746, T: 16/06/2021.

32 Gaziantep BİM 4.İDD, E:2020/3810, K:2020/6278, T: 30/12/2020; Gaziantep BİM,4.İDD, E:2020/4973, K:2021/3037 23/09/2021; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2021/1510, K:2021/3713, T:25/11/2021; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2021/1520, K:2022/256, T:18/02/2022; Gaziantep BİM 4 İDD, E:2021/1996, K:2021/3438, T: 27/10/2021.

33 Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/1477, K:2022/1635, T: 13/06/2022; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2023/679, K:2023/690, T: 22/06/2023; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2023/1036, K:2023/1807, T: 10/10/2023; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2023/1341, K.2023/1578, T:19/09/2023.

sürücü belgesinin iptali istemiyle açılan davalarda idari yargı yerleri görevli görülmektedir. İlk derece mahkemesince verilen davanın görev yönünden reddi kararları kaldırılmış ve dosyalar işin esası hakkında yeniden karar verilmesi için kesin olarak ilk derece mahkemesine iade edilmiştir. Söz konusu iade kararları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 45. maddesinin 5. fıkrası[34] uyarınca kesin nitelikte olan kararlardandır[35].

C. DANIŞTAY KARARLARINA GÖRE GÖREVLİ YARGI YERİ

Aday sürücüler dışındaki sürücülerin sürücü belgelerinin geri alınmasına ilişkin davalarda, 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde sayılan temyiz yolu açık[36] olan işler arasında sayılmamış olması nedeniyle, bölge idare mahkemelerince verilen kararlar kesin nitelikteki kararlardır[37]. Ancak, bazı bölge idare mahkemelerinin davayı görev yönünden reddetmeyerek yargılamanın esasına girmesi nedeniyle bölge idare mahkemeleri kararları arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine konuyu görüşen Danıştay İDDK tarafından da alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesinin geçici süreyle el konulmasına ilişkin işlemlere karşı açılacak davalarda adli yargı yerleri görevli görülmüştür[38].

Aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin açılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu açıktır. İstinaf kanun

---

[34] Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir. (m. 45/5)

[35] Serkan Çınarlı, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 83-84; Hüseyin Bilgin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.50.

[36] İdari yargı yerlerinde temyiz yolu ve temyiz yolu açık davalar hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzhan Güzel, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2024, Ankara 2024, ss. 167-330; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara 2025, ss. 832 vd.; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2020, ss. 743-745.

[37] Çınarlı, s. 201; Bilgin, s. 50.

[38] 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 5.fıkrası uyarınca davacının sürücü belgesinin geri alınmasına ve idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davalarda 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/C maddesinin 5. fıkrası uyarınca Bölge İdare Mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın, yukarıda belirtilen gerekçe ile "davanın görev yönünden reddi" kararları doğrultusunda giderilmesi hakkında bkz. DİDDK, E:2020/55, K:2020/10, T: 17/02/2020. Ayrıca bölge idare mahkemeleri kararları arasında aykırılığın giderilmesi müessesesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, 2021, ss. 637-686; Hüseyin Bilgin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasında İçtihat Farklılığı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021; Zeki Uysal, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021; İhsan Deniz Ay, Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları Arası Aykırılığın Giderilmesi, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2025.

yolu üzerine bölge idare mahkemelerince verilen kararlara karşı ise temyiz yolunun açık olup olmadığı konusunda uygulamada tereddüt yaşanmış ve bazı bölge idare mahkemelerince istinaf üzerine verdikleri kararlar da Danıştay'a temyiz yolu açık olarak verilmiştir. Bunun üzerine uyuşmazlıklar Danıştay 8. Dairesince temyiz incelemesine konu edilmiştir.

Danıştay 8. Dairesinin konuya ilişkin UYAP üzerinden tespit edilen toplam 13 kararı bulunmuştur. Halihazırda Konya Bölge İdare Mahkemesince Danıştay'a temyiz yolu açık olarak verilen ve Danıştay'a temyiz edilmiş olup henüz karara bağlanmamış olan 8. Daire önünde derdest olan uyuşmazlıklar da bulunmaktadır.

Danıştay 8. Dairesinin konuya ilişkin kararları incelendiğinde, sadece bir tanesinde uyuşmazlığın esasına girilmiştir. Anılan karara bakıldığında, "*... Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Ek 3. maddesi uyarınca 0,20 promil üzerinde (1.16 promil) alkollü araç kullandığından bahisle davacının aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin 02/05/2021 tarihli tutanak ile 1.339,00-TL idari para cezası verilmesine ilişkin .. seri no, .. sıra no'lu işlemin iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesince dava konusu işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı"* gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu ise Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesince reddedilmiştir. Anılan kararda Konya BİM 5. İDD'since Danıştay'a temyiz yolu açık olduğu ifade edilmiş olması nedeniyle davacı tarafından temyiz isteminde bulunulmuştur. Danıştay 8. Dairesi bu kararın temyiz incelemesinde,

"... 2918 sayılı ve 5326 sayılı Kanun hükümleri ile hukuki güvenlik ilkesi yönünden yukarıda yapılan açıklamalar ve Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar kazanan kararları birlikte değerlendirildiğinde, geri alma niteliğine bakılmaksızın sürücü belgesinin geri alınması yaptırımına karşı açılacak davalarda, adli yargı merciinin görevli olduğu, bu haliyle, sürücü belgesinin geri alınması ve idari para cezası yaptırımına karşı adli yargı merciine başvurulabileceği sonucuna varılarak, davacının alkollü iken araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Kanun'un 48/5. madde ve fıkrası uyarınca sürücü belgesinin geri alınmasına ve davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin[39] *görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esası incelenerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğine..."* karar vermiştir[40].

Danıştay 8. Dairesi, bu kararı ile aday sürücü belgesinin iptaline karşı açılacak davalarda adli yargı yerlerinin görevli olduğunu ifade etmiştir. Ancak Daire, bu kararından bir gün sonraki vermiş olduğu kararda, bu görüşünden

---

[39] Danıştay 8. Dairesi bu kararında uyuşmazlığın adli yargı yerinde görülmesi gerektiğini ifade etmekte iken Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozma kararı istemiyle önüne gelen dosyalarda uyuşmazlıkta idari yargı yeri görevli olduğu gerekçesiyle kanun yararına bozma istemi kabul edilmektedir. Y.7.CD, E:2022/5210, K:2022/13173, T: 04/10/2022; Y.7.CD, E:2022/5198, K:2022/13177, T: 04/10/2022; Y.7.CD, E.2022/7218, K:2022/13174, T: 04/10/2022; Y.7.CD, E:2022/13543, K:2023/5969, T: 13.06.2023; Y.7.CD, E.2023/4020, K:2023/3749, T: 17.04.2023; Y.7.CD, E: 2023/6673, K:2023/5971, T: 13.06.2023; Y.7.CD, E:2023/11421, K:2023/7659, T: 03.10.2023; Y.7.CD, E:2024/499, K:2024/2875, T: 19.03.2024. Yargıtay'ın bu kararlarına da bakıldığında hala adli yargı yerlerinde sulh ceza mahkemelerince aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin davaların esasına geçilmekte ve davaya esastan bakılmaktadır.

[40] D.8.D, E:2022/2372, K:2022/2949, T: 21/04/2022.

vazgeçmiş ve görevli yargı yerine ilişkin herhangi bir açıklama yapmaksızın aday sürücü belgesinin iptal istemine karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine bölge idare mahkemelerince verilen kararların kesin olduğunu belirtmiş ve bu nedenle yapılan temyiz başvurularının incelenmeksizin reddine karar vermiştir[41]. Anılan kararlara bakıldığında;

"... İdare Mahkemelerinin tek hakim sınırı dışında kalan bütün kararlarına karşı mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulabileceği, bölge idare mahkemesince istinaf incelemesi üzerine verilen kararlara karşı ise sadece 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan konular ile sınırlı olarak Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunulabileceği, bölge idare mahkemelerince istinaf incelemesi üzerine verilen ve 46. madde kapsamı dışında olan kararların ise kesin olduğu görülmektedir. Uyuşmazlıkta, aday sürücü belgesinin iptal edilmesine/geçici olarak geri alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı Kanunun temyiz kanun yoluna başvurulabilecek davaların tahdidi olarak sayıldığı 46. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan "belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davası" olarak nitelendirilemeyeceği, öte yandan, şoförlük mesleğinin ticari faaliyet olarak da değerlendirilememesi karşısında 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, temyiz istemine esas teşkil eden kararın Bölge İdare Mahkemesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 46. maddesine göre temyiz yolu açık olmayan "kesin" kararlarından olduğu anlaşıldığından temyiz isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır." şeklinde gerekçeye yer verildikten sonra temyiz isteminin incelenmeksizin reddine ve temyiz giderlerinin de temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına karar vermiştir. Daire, sonraki kararlarında da benzer yönde kararlar vermeye devam etmiştir[42].

Danıştay'ın bu kararlarından sonra birçok bölge idare mahkemesi, kararlarının kesin olduğunu kararlarında belirtmeye başlamıştır. Ancak Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi kararlarına bakıldığında, hala *"2577 sayılı Kanunun 46. maddesi uyarınca Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere"* ifadesine yer vermektedir[43]. Dairenin kanun yolunu hatalı belirtmesi nedeniyle uyuşmazlığın taraflarınca Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunulmakta ve sonrasında da bu istemleri Danıştay tarafından incelenmeksizin reddedilmektedir. Burada hem Danıştay'a iş yüküne neden olunduğu gibi hem de hatalı temyiz başvurusu yapan tarafın haksız olarak yargılama giderine maruz kalmasına neden olunmaktadır[44].

---

41 D.8.D, E.2022/1409, K.2022/3047, T: 22/04/2022.

42 D.8.D, E:2022/2681, K:2022/3441, T: 25/05/2022; D.8.D, E:2022/3647, K:2022/3958,T: 09/06/2022; D.8.D, E:2022/4824, K:2022/4840, T:15/09/2022; D.8.D, E:2022/6431, K:2022/5879, T: 21/10/2022; D.8.D, E:2022/6433, K:2022/5880, T: 21/10/2022; D.8.D, E:2022/3417, K:2023/185, T: 27/01/2023; D.8.D, E:2022/4003, K.2023/187, T: 27/01/2023; D.8.D, E.2023/4190, K:2023/3752, T: 13/09/2023; D.8.D, E:2024/542, K:2024/743, T: 21/02/2024; D.8.D, E:2021/5036, K:2024/2153, T:04/04/2024; D.8.D, E:2021/669, K:2024/2671, T: 08/05/2024.

43 Konya BİM, 5 İDD, E:2023/2845, K:2023/3271, T: 20/09/2023; Konya BİM, 5 İDD, E:2023/3093, K:2023/3328, T: 27/09/2023; Konya BİM, 5 İDD, E:2024/464, K:2024/6222, T: 07/03/2024.

44 Oysaki Danıştay'ın başka dairelerince bölge idare mahkemelerinin hatalı kanun yolu göstererek davacı veya davalı idarenin hatalı olarak temyiz yoluna başvurulmasına

Oysa ki Danıştay 8. Dairesince, 21.04.2022 tarihli kararı[45] ile Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesinin 11/01/2022 tarih ve E:2021/2216, K:2022/69 sayılı kararını davaya bakmakta adli yargı yerleri görevli olduğundan bahisle bozması üzerine, anılan Dairece bu bozma kararına uyulmamış ve Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesinin 13/12/2022 gün ve E:2022/2173, K:2022/3331 sayılı kararı ile önceki kararında ısrar[46] etmiştir. Anılan ısrar kararını inceleyen Danıştay İdari Dava Dairesince, *"... dava konusu işlemlerin, ilgilinin meslekten çıkarılması veya ticari faaliyetin engellenmesi sonucunu doğuran bir yönü bulunmadığı gibi davacı hakkında tesis edilen 1.339,00-TL idari para cezasının da temyiz için öngörülen parasal sınırı aşmadığı, dolayısıyla temyiz istemine esas teşkil eden kararın, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve Bölge İdare Mahkemesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 46. maddesine göre temyiz yolu açık olmayan "kesin" kararlarından olduğu sonucuna varılmakta olup, temyiz isteminin incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı..."* gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar vermiştir[47]. Danıştay İDDK bu kararında ayrıca, Bölge İdare Mahkemesince verilen ilk kararın Danıştay Dairesince temyiz incelemesinin yapılmış olmasının ve temyiz istemine konu Bölge İdare Mahkemesi kararının hüküm fıkrasında temyiz yolunun açık olduğunun belirtilmesinin, kanunen temyiz yolu öngörülmeyen davalarda ilgilisine temyiz hakkı vermeyeceği de açıkça ifade etmiştir. Konya bölge idare mahkemesinin söz konusu davalarda hala temyiz yolunun açık olduğu ifade ediyor olmasını, Danıştay 8. Dairesi ve Danıştay İDDK kararı dikkate alındığında anlamaya olanak bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere gerek Danıştay 8. Dairesi gerekse Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna göre, aday sürücü belgelerinin iptali üzerine anılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda bölge idare mahkemelerinin istinaf üzerine vermiş olduğu kararlar kesin kararlar olup bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Anılan kararlara karşı Danıştay Başsavcılığından istenilen kanun yararına temyiz istemleri de Danıştay Başsavcılığınca incelenmeksizin reddedilmektedir[48].

---

neden olunmuşsa temyiz yoluna başvuran tarafa temyiz harçlarının iadesine karar vermektedir. Bu konuda bkz. D.5.D, E:2023/18776, K:2023/12766, T:03.10.2023; D.10.D, E:2024/1770, K:2024/2670, T:26.06.2024; D.2.D, E:2023/5806, K:2024/3245, T: 28.05.2024; D.4.D, E:2023/9006, K:2024/2452, T:16.04.2024; D.13.D, E:2024/1121, K:2024/2071, T:08.05.2024.

45 D.8.D, E:2022/2372, K:2022/2949, T: 21/04/2022.

46 İdari yargıda ısrar hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda "Israr" Kararı", C. 28, S. 1, 2020, SÜHFD., ss. 75-125.

47 DİDDK, E:2023/2135, K:2024/240, T: 08/02/2024.

48 *"... ilk derece mahkemesince verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine yapılan istinaf incelemesi sonucunda verildiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmakta olup, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde sayma suretiyle belirlenen temyiz edilebilecek kararlardan olmaması nedeniyle, olağan kanun yolu tüketilerek kesinleşen bu karara karşı anılan Kanunun 51. maddesi uyarınca kanun yararına temyiz yoluna başvurulması hukuken mümkün bulunmadığı ..."* hakkında bkz. Danıştay Başsavcılığı, 23/05/2024 gün ve E:2024/269 sayılı kararı.

V. ADAY SÜRÜCÜ BELGELERİN İPTAL NEDENLERİNE GÖRE İDARİ YARGI YERLERİNİN KONUYA BAKIŞ AÇISI

A. İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİ

Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin istikrar kazanmış içtihatlarına göre, aday sürücü belgesinin iptali işlemlerine karşı idari yargı yerinde iptal davası açılması gerekir. Anılan davalar, aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemlerin tesis edildiği yerin bağlı olduğu idare mahkemesinde açılacaktır. Bu konuda 2918 sayılı Kanunda özel bir süre öngörülmediği için 60 günlük genel dava açma süresi geçerlidir. Aday sürücü belgesinin iptal edildiğine dair işlemin tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde iptal davasının açılması gerekir[49]. Aynı şekilde görevsiz yargı yeri olan sulh ceza hakimliğinde açılan davada, sulh ceza hakimliğince verilen görev yönünden davanın reddi kararı üzerine 2577 sayılı Kanunun 9. maddesi[50] uyarınca anılan kararın kesinleşmesinden[51] itibaren 30 gün içinde görevli ve yetkili idari yargı yerinde dava açılması gerekmektedir[52]. Görev ret kararından sonra 30 gün içinde

---

[49] Konya BİM 5 İDD, E:2020/802, K:2020/1524, T:03/09/2020; İstanbul BİM, 8.İDD, E.2022/1085, K:2022/1228, T: 08/09/2022.

[50] Görevli olmayan yerlere başvurma: 1. Çözümlenmesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir. 2. Adli yargı yerlerine açılan ve görevsizlik sebebiyle reddedilen davalarda, görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra birinci fıkrada yazılı otuz günlük süre geçirilmiş olsa dahi, idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamış ise bu süre içinde idari dava açılabilir (2577 SK m. 9).

[51] "*... İdare Mahkemesi'nce; ... ara karar ile Samsun 1. Sulh Ceza Hakimliği'nden E:2022/6254 Değişik İş sayılı dosyasında verilen kararın kesinleşip kesinleşmediği hususunun sorulması üzerine anılan Mahkeme tarafından UYAP üzerinden cevaben gönderilen yazıda bahsi geçen kararın henüz kesinleşmediğinin belirtilmesi üzerine adli yargı yerinde verilen görevsizlik kararı kesinleşmeden açılan davanın esasının incelenme olanağı bulunmadığından bahisle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş ise de; söz konusu Mahkeme kararının 06.10.2022 tarihinde kesinleştiği, bir başka ifade ile Samsun 1. Sulh Ceza Hakimliği tarafından dava dosyasına cevaben gönderilen 17.10.2022 tarihli yazı tarihi itibariyle görevsizlik kararının kesinleştiği anlaşılmış olup bu haliyle istinafa konu Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmediği..."* hakkında Samsun BİM, 3. İDD, E:2023/185, K:2023/217, T: 20/02/2023.

[52] "*... 2577 sayılı Kanun'un 9/1.maddesi uyarınca süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden; davayı süre aşımı nedeniyle reddeden ilk derece mahkemesi kararında isabet görülmediği..."* hakkında bkz. Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/2776, K:2022/1835, T: 27/12/2022; Bursa BİM, 3. İDD, E:2024/52, K:2024/10, T:11/01/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/479, K:2024/619, T: 19/03/2024; Ankara BİM 9. İDD, E:2021/650, K:2021/935, 21/05/2021; "*... davacının dava dosyasının görevli idare mahkemesine gönderilmesi için görevsiz Fethiye Sulh Ceza Hakimliğine yaptığı ve görevli idare mahkemesinde dava açılması öngörülen 30 günlük dava açma süresi içerisinde olan başvuru tarihinin Muğla İdare Mahkemesine başvurma tarihi olarak kabulü gerektiğinden, süresinde açılan davada davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmediği"* hakkında İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/210, K:2024/338, T: 22/02/2024; "*...Dava dosyası ile Erciş Sulh Ceza Hakimliği'nin 2023/1565 D.iş sayılı dosyasının birlikte incelenmesinden; davacı tarafından aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin 13/08/2023 tarih ve 0026 sayılı dava konusu işleme karşı 17/08/2023 tarihinde Erciş Sulh Ceza Hakimliği'ne itirazda bulunulduğu, anılan Hakimliğin 01/11/2023 tarihli kararı ile itirazın görev yönünden reddine karar verildiği ve bu kararın 15/11/2023 tarihinde kesinleştiği, istinafa konu iş bu davanın da 15/11/2023 tarihinde açıldığı, idarî*

dava açılmaması halinde de davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilecektir[53]. İdare mahkemeleri tarafından verilecek kararlara karşı da 30 gün içinde istinaf yoluna başvuru yapılabilecektir. Burada 30 günlük süre içinde istinaf başvurusunda bulunulmadığı takdirde istinaf başvurusu süre aşımı nedeniyle reddedilecektir[54]. İstinaf makamı olarak verilen kararlar ise kesin nitelikte kararlar olup bu kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır. Aşağıda aday sürücü belgesi iptal nedenlerine göre bölge idare mahkemelerinin tutumuna yer verilmiştir.

B. ADAY SÜRÜCÜ BELGESİNİN İPTAL NEDENLERİNE GÖRE YARGI KARARLARINDA DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

2918 sayılı Kanunun ek 17. maddesinde aday sürücülerin sürücü belgelerinin iptal edilme nedenlerinin Yönetmelik hükmü ile düzenleneceği ifade edilmiştir (Ek Madde 17/2).

Aday sürücü belgesinin iptali işlemine karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları bölge idare mahkemelerince karara bağlanmıştır. İnceleme döneminde işin esasına girilerek karar verilen toplam uyuşmazlık sayısı 329 adet olup bu davaların 200 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali, 106 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle aday sürücü belgesinin iptaline, 18 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle aday sürücü belgesinin iptaline ve son olarak 3 tanesi de yasal hız sınırının 3 ve fazlasında ihlal edilmesi nedeniyle aday sürücü belgesinin iptaline ilişkindir[55].

*İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince; 53 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 17 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 7 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 77 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

---

davanın açıldığı tarih itibarıyla Sulh Ceza Hâkimliğinin görevsizlik kararı kesinleşmiş olduğuna göre, işbu davanın açıldığı ve yargılamanın devam ettiği sırada daha önceden açılmış ve halen görülmekte olan bir davanın varlığından (derdestlikten) bahsedilemeyeceğinden, istinafa konu İdare Mahkemesi kararında yargılama usûlüne uygunluk görülmemiş olup, istinaf konusu Mahkeme kararının kaldırılması ve yukarıda belirtilen hususlar doğrultusunda yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine gönderilmesi gerektiği…" hakkında bkz. Erzurum BİM, 3. İDD, E:2024/254, K:2024/712, T: 16/05/2024.

53 İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1808, K:2023/1574, T: 06/06/2023.

54 "*…istinaf edilen İdare Mahkemesi kararının UETS kayıtlarına göre 03/08/2022 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, bunun üzerine 04/08/2022 tarihinden itibaren 30 günlük istinaf başvurusunda bulunma süresinin başladığı, istinaf başvurusunda bulunmanın son gününün ise adli ara vermenin bittiği 02/09/2022 gününe denk geldiği, davacı tarafından ise bu süreden sonra 05/09/2022 havale tarihli dilekçe ile istinaf başvurusunda bulunulduğu açık olduğundan, istinaf başvurusunun süre aşımı nedeniyle reddi gerektiği …*" hakkında bkz. İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1721, K:2022/1638, T:22/12/2022.

55 Çalışmada 29.06.2024 tarihine kadar aday sürücü belgesi iptaline ilişkin olarak Bölge İdare Mahkemelerince verilen ve UYAP Sistemi üzerinde yer alan tüm kararlar esas alınarak iş bu sayısal verilere ulaşılmıştır.

* İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. ve 7. İdari Dava Dairelerince; 41 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 26 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 3 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle, 1 tanesi de yasal hız sınırının 3 ve fazlasında ihlal edilmesi nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 71 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesince; 34 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 22 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 1 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle, 1 tanesi de yasal hız sınırının 3 ve fazlasında ihlal edilmesi nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 58 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesince; 16 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 15 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 2 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle, 2 tanesi de yasal hız sınırının 3 ve fazlasında ihlal edilmesi nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 35 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

*Bursa Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesince; 21 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 4 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 1 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle, aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 26 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesince; 15 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 6 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 1 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle, 1 tanesi de yasal hız sınırının 3 ve fazlasında ihlal edilmesi nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 23 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince; 5 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 10 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle, 3 tanesi 75 ceza puanının aşılması nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 18 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Adana Bölge İdare Mahkemesi 3 ve 5. İdari Dava Dairesince; 12 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 4 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 16 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

* Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesince; 3 tanesi 0.20 promil üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle, 2 tanesi 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca 0,50 promil üstünde alkollü araç kullanma nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali olmak üzere toplam 5 dosyada işin esası hakkında karar verilmiştir.

Yukarıda dağılımına yer verilen, aday sürücü belgesi iptal nedenine göre, kararlara bakıldığında;

1. Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Kullanma

Burada uyuşmazlık konusu edilen işlemler, 2918 sayılı Kanunun 48. maddesi uyarınca alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümlerde hususi araçlarda 0,50 promilden fazla alkol bulunmuş olan kişiler hakkında düzenlenen işlemlerdir. Bu kişiler hakkında hem 2918 sayılı Kanunun 48. maddesi uyarınca idari para cezasına ilişkin işlem tesis edilirken hem de aday sürücü belgelerinin iptaline karar verilmektedir.

Alkollü araç kullanma nedeniyle yasal sınır olan 0,50 promilin üzerinde alkollü araç kullanan aday sürücülerin sürücü belgelerinin iptal edilmesiyle ilgili davalarda;

a. Hastanede İkinci Ölçüm Yapılması Durumlarında

Alkolmetre ile yapılan ölçümden sonra hastaneye gidilerek hastane polisinin kimlik tespiti altında yapılan kan tahlili üzerinden alkol ölçümü yapılması üzerine, kanda hiç alkol çıkmaması veya çok düşük çıkması durumunda, özellikle Adli Tıp Kurumunun konuya ilişkin yazısında kandaki alkol oranının bir saatte 0,15 promil düşeceğinden de hareketle alkolmetre ile yapılan aday sürücü belgesinin iptaline neden olan ölçümün sağlıklı olmadığından bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilebildiği[56] gibi kan verecek kişinin kimlik tespitinin hastane polisi tarafından yapılması ve kan verme işlemine nezaret edilmesi halinde test sonucunun delil olarak kabul edilebilmesi mümkün olduğundan, bu prosedüre uyulmadan davacı adına düzenlenen kan testi sonucuna itibar edilmesi mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği[57] de görülmektedir.

Ancak kararların büyük çoğunluğunda yukarıdaki gibi bir ayrıma gidilmemekte ve alkolmetre ile alkol ölçümü yapılan aday sürücünün, kendi imkanları ile hastaneye gitmesi ve kanındaki alkol oranını tespit ettirmesi sonucunda alkol oranının yasal sınırın çok altında veya negatif olması halinde de, aradan geçen süre içerisinde kandaki alkol oranının bu kadar düşme imkanı bulunmadığından hareketle idari yargı yerlerince aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin idari işlemlerin iptaline karar verilmektedir[58].

---

[56] Ankara BİM, 9.İDD, E.2021/165, K:2021/827, T:21/04/2021; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1274, K:2023/1792, T: 28/11/2023; Ankara BİM, 9.İDD, E:2023/1897, K:2023/1713, T:22/11/2023.

[57] Ankara BİM 9. İDD, E:2021/279, K:2021/856, T: 28/04/2021; İzmir BİM, 7.İDD, E:2021/1401, K:2021/1473, T: 25/10/2021; İzmir BİM, 7. İDD, E: 2022/488, K: 2022/620, T: 25/05/2022; Konya BİM 5 İDD, E.2021/808, K:2021/1529, T: 19/10/2021; Konya BİM, 5 İDD, E:2022/1936, K:2022/2055, T: 19/09/2022; Konya BİM, 5.İDD, E:2022/2044, K:2022/2056, T: 19/09/2022; Konya BİM, 5. İDD, E.2022/2482, K:2023/874, T: 28/02/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/2845, K:2023/3271, T: 20/09/2023.

[58] Ankara BİM, 9. İDD, E:2021/1499, K:2022/224, T: 16/02/2022; Ankara BİM 9.İDD, E:2022/944, K:2022/1066, T: 26/10/2022; Ankara BİM, 9.İDD, E:2022/1137, K:2022/1297, T: 24/11/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1740, K:2022/1336, T: 30/11/2022; Ankara BİM, 9.İDD, E:2023/245, K:2023/507, T:23/03/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E.2023/996, K:2023/1311, T:12/09/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1116, K:2023/1774, T: 28/11/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/84, K:2022/160, T:09/02/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/381, K:2024/766, T: 09/05/2024; İzmir BİM, 7.İDD, E.2022/1840,

K:2022/1571, T: 13/12/2022; "*.... davacının kanındaki alkol oranının tespiti için kan tahlili yapılmak üzere .. Devlet Hastanesi'ne sevkinin .. Cumhuriyet Savcılığının talimatına istinaden .. İlçe Jandarma Komutanlığınca yapıldığı, bu hale göre, davacı tarafından hastaneye kendi iradesiyle değil, dava konusu işlemi tesis eden idarece sevk edildiği göz önüne alındığında davacı hakkında yasal sınırın üzerinde alkol alarak araç sürüp sürmediğine ilişkin denetimin henüz sonuçlandırılmadığı, davacıdan kan alınmak suretiyle yapılan tahlil sonuçlarına göre hazırlanan rapora bu nedenle itibar edilmesi gerektiği ...*" hakkında bkz. İzmir BİM 7 İDD, E:2021/1784, K:2021/1862, T:23/12/2021; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1121, K:2023/1060, T:09/06/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1650, K:2022/1260, T: 02/11/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/971, K:2023/1202, T: 23/06/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/824, K:2023/1308, T: 13/09/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1168, K:2023/1394, T: 20/09/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2060, K:2024/92, T:24/01/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/678, K:2024/974, T: 07/05/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/905, K:2024/1230, T: 05/06/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1392, K:2022/1442, T: 24/11/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2021/1227, K:2021/2220, T: 24/11/2021; İstanbul BİM 8 İDD, E:2021/1999, K:2022/231, T: 08/02/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/9, K:2022/427, T: 08/03/2022; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2022/235, K:2022/364, T:01/03/2022; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2022/491, K:2022/684, T: 13/04/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2021/1142, K:2022/1630, T:09/11/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2022/1844, K:2022/1945, T: 07/12/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/2317, K:2022/1483, T: 26/10/2022; İstanbul BİM, 8 İDD, E:2022/2593, K:2022/1843, T:30/11/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/2466, K:2023/1054, T: 13/04/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/3188, K:2023/1407, T: 18/05/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/2149, K:2023/4270, T:21/12/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/3688, K:2023/3552, T:12/10/2023; Gaziantep BİM 4.İDD, E.2021/3545, K:2022/3571, T:16/11/2022; Gaziantep BİM, 4. İDD, E.2022/3467, K:2023/2311, T:14/11/2023; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2022/4390, K:2023/2304, T: 14/11/2023; Gaziantep BİM 4 İDD, E.2021/3075, K:2023/433, T:09/05/2023; Samsun BİM, 3İDD, E:2021/1430, K:2022/1627, T: 28/12/2022; Samsun BİM, 3.İDD, E:2022/152, K:2022/1250, T:13/10/2022; Samsun BİM, 3. İDD, E.2023/1297, K:2023/1902, T: 29/12/2023; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/2453, K:2023/1000, T: 13/07/2023; Bursa BİM, 3. İDD, E:2023/638, K:2024/875, T: 17/05/2024; Bursa BİM, 3. İDD, E:2023/1400, K:2023/776, T:23/05/2023; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/519, K:2023/442, T: 19/12/2023; "*... kaza anında veya kazadan hemen sonra kaza mahalline intikal eden davalı idare ekiplerince davacının alkollü araç kullandığının tespiti için herhangi bir alkol ölçümünün (ilk ölçümün) yapılmamış olması nedeniyle, kazadan yaklaşık 6 saat sonra davacıya .. Devlet Hastanesinde yapılan test sonucunda kanında çıkan 1.21 promil alkol oranının, davacının kaza anında da alkolü olduğu hususunun veyahut davacının alkolü araç kullandığının kabulüne tek başına ve yeterli delil olarak değerlendirilemeyeceği, oluşan bu şüpheli durumdan "şüpheden sanık yararlanır" yolundaki genel ceza hukuku ilkesi gereğince davacının yararlandırılması gerektiği, böylelikle davacının yasal sınırın üzerinde araç kullandığı hususunun her türlü şüpheden uzak bir biçimde somut olarak ortaya konulamadığından, davacının alkollü olarak araç kullandığından bahisle aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ve buna bağlı olarak idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı ...*" hakkında bkz. Adana BİM 5. İDD, E:2023/887, K.2024/594, T: 28/02/2024; "*...dava dosyasında bulunan Tıbbi Laboratuvar Tetkik Sonuç Raporu'na göre; davacının kan testindeki Etanol (Ethanol) miktarının mg/dL başına 1,71 olduğu, 1 promil alkol kanda 100 mg/dL etanole karşılık geldiğinden davacının kan testi sonucunda etanol (etil alkol) miktarının 1,71 promil olduğu sabit olsa da, yapılan söz konusu tespitin gerçeğe uygun bir tespit olarak kabul edilebilmesi için ilgili sağlık kuruluşunda davacıya ilaç enjekte edilmeden evvel kan testinin yapılmış olması gerektiği, kan testi yapılmadan 11 dakika önce davacıya enjekte edilen Metadem isimli ilaç ampulünün; içerdiği etken maddeler yönüyle doz başına 5 ml biraya veya 2,08 ml şaraba eş değer 200 mg etanol (etil alkol) içerdiği ve davacının aday sürücü belgesinin iptaline esas alınan kan testinin usule aykırı bir şekilde alınmış olması nedeniyle davacının trafik kazasından önce alkol alıp almadığı hususunda şüpheye mahal verildiği görüldüğünden (nitekim davacıya enjekte edilen ilaç dozu ile davacıda tespit edilen etanol miktarının tutarlı olduğu gözlendiğinden), dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı ...*" hakkında bkz. Adana BİM, 5. İDD, E:2023/927, K:2024/529, T:21/02/2024.

Yine aday sürücü olan davacının alkolmetre ile yapılan ölçümünde yasal sınırın (0,50 promil) üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespiti sonrasında, davacının sağlık kurumunda daha sonra yaptırdığı ölçümde 0,20 promil ve üzerinde alkollü olduğunun tespit edilmesi halinde de, 0,20 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanıldığı tespit edilen aday sürücülerin sürücü belgesinin iptal edileceği dikkate alınarak, davacının aday sürücü belgesinin iptal edilmesine dair işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir[59].

b. Hakkında Adli Kovuşturmada Karar Verilmesi Halinde

Aday sürücü olan davacı hakkında açılan adli kovuşturma sonrasında aracı aday sürücünün kullanmadığından (kovuşturmaya yer olmadığına veya beraat kararı ile) tespit edilmesi halinde, aday sürücünün aracı kullandığı davalı idare tarafından somut ve hukuken kabul edilebilir başkaca bir delil ile kanıtlanamadığı gerekçesiyle iptal kararları verilmiştir[60].

Alkollü araç kullanan kişinin aday sürücü olmadığı veya araç sürücüsü kişinin doğru tespit edilmediği hallerde, dava konusu aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemlerin iptaline karar verilmiştir[61].

---

[59] Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1803, K:2024/170, T: 08/02/2024; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2022/3967, K:2023/2558, T: 30/11/2023; "*.... davacının 13.05.2022 günü yapılan denetimler sırasında saat 23.00'de davacının 0,69 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ilk tespit sonrası aynı gün davacının ... Devlet Hastanesine giderek kan testi verdiği, verdiği testte tetkik istem zamanının 13.05.2022 saat 23.47 olduğu, numune kabul zamanının 16.05.2022 günü saat 12.28 olduğu, aradan yaklaşık 60 saatlik bir sürenin geçtiği ve alkol oranının 0.00 promil olarak tespit edildiği, tetkik istem saati ile numune kabul-uzman onay tarihleri arasında 60 saatlik bir sürenin bulunduğu, bu zaman zarfında etanol sonucunun 0,00 promil çıkmasının olağan bir durum olduğu ...*" hakkında Samsun BİM, 3 İDD, E:2023/1082, K:2023/1869, T: 29/12/2023; "*... saat 20:30'da yapılan denetimde alkolmetre cihazıyla yapılan ölçümde davacının 0,77 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, davacı tarafından ... Devlet Hastanesine başvurulması ve 71 dakika sonra kan verilmesi suretiyle saat 21:41'de kabul edilen numune üzerinden yapılan alkol oranı ölçümünde kanındaki alkol oranının 0,15 promil olduğuna ilişkin rapor düzenlendiği, bu sonuca göre, aradan geçen 71 dakika için (alkol düzeyinin bir saatte 0,15 promil azaldığı gözetilerek) 0,17 promil eklendiğinde, alkol oranının aday sürücüler için belirlenen 0.20 promili geçeceğinden dava konusu işlemlerde sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı...*" hakkında bkz. Erzurum BİM, 3 İDD, E:2023/1514, K:2023/1530, T: 06/12/2023; Erzurum BİM, 3. İDD, E:2024/334, K:2024/616, T: 30/04/2024.

[60] Ankara BİM, 9. İDD, E:2021/1547, K:2022/218, T:16/02/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/738, K:2023/770, T: 26/04/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/212, K:2024/839, T: 16/05/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/590, K:2024/846, T:22/05/2024; İzmir BİM, 7.İDD, E.2022/664, K:2022/713, T:10/06/2022; İstanbul BİM 8.İDD, E:2019/918, K:2020/219, T: 19/02/2020.

[61] Konya BİM, 5. İDD, E:2021/680, K:2021/1103, T: 01/07/2021; Konya BİM, 5. İDD, E:2024/851, K:2024/957, T:25/04/2024; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/5354, K:2022/2046, T: 26/10/2023; "*... davacının mevzuatta belirlenen sınırın üzerinde alkollü olduğunun sabit olduğu, ancak davacının alkollü şekilde aracını kullanır iken durdurulmadığı, polis ekiplerinin intikal ettiği sırada park halindeki aracın dışında bulunduğu, aracı kullandığına yönelik herhangi bir tespit (kamera kaydı gibi) bulunmadığı, sadece motorun sıcak olması ve anahtarın üzerinde takılı olması hususlarından davacının aracı alkollü halde kullandığı sonucuna ulaşılamayacağı, kaldı ki bu durumun davacının aracını park ettikten sonra araç içerisinde alkol kullandığı iddiasıyla örtüştüğü, davacının alkollü olarak araç kullandığı yönünde yapılmış bir tespit bulunmadığından, alkollü olarak araç kullandığı gerekçesiyle aday sürücü belgesinin iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı...*" hakkında bkz. Samsun BİM, 3. İDD, E:2023/353, K:2023/1830, T: 28/12/2023.

c. Ölçümlere İtiraz Edilmemesi Durumunda

Alkolmetre ile yapılan alkol ölçüm sonucunda yasal sınır olan 0,50 promil üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen ve anılan tespitten sonra da herhangi bir ikinci ölçümü de bulunmayan davacıların aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemler hukuka uygun bulunarak açtıkları davaların reddine karar verilmiştir[62].

Yaralamalı trafik kazasına karışan davacının hastanede yapılan kan tahlilinde kanındaki alkol oranının yasal sınırın üzerinde çıkması nedeniyle aday sürücü belgesinin iptaline karşı açılan dava reddedilmiştir[63].

Öte yandan, ilgili mevzuat hükümlerine göre, yaralamalı ve ölümlü trafik kazalarında ilgili sürücülerin hastaneye götürülerek kan tahlili yapılarak alkol oranları tespit edilmesi gerektiğinden, trafik kazasına karıştığı davalı idare personelince olay günü tutulan tutanak ile saptanan davacı hakkında, alkol ve uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla sağlık kuruluşu vasıtasıyla kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınarak yapılacak test sonucunda çıkan sonuca göre işlem tesis edilmesi gerekirken, alkol metre cihazını üflemeyi reddettiği gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiştir[64].

Davacının, tek taraflı trafik kazası neticesinde hastanede kan örneği alınarak yapılan alkol ölçümünde 0,50 promil alkollü olduğunun tespit edildiğinden bahisle 09/08/2020 tarihli aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali isteğiyle açılan davada; hastane cihazında problem yaşandığından bahisle alınan aynı kanda tekrar çalışma yapıldığına dair onaylı alkol testi sonuç raporu uyarınca kandaki alkol sonucunun negatif çıktığı, dolayısıyla işleme esas alınan ilk yapılan testin hatalı olduğu sonucuna varılmakla alkolsüz olduğu anlaşılan davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir[65].

---

62 Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1538, K:2022/1428, T: 08/12/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1782, K.2022/1463, T: 08/12/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2279, K:2024/246, T: 09/02/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/925, K:2023/1700, T: 12/10/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/441, K:2023/1080, T: 13/06/2023; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2021/1149, K:2022/233, T: 08/02/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/3031, K:2023/1226, T:09/05/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2021/1187, K:2022/372, T: 16/02/2022; Konya BİM 5 İDD, E:2021/2216, K:2022/69, T: 11/01/2022; Konya BİM, 5. İDD, E:2022/2173, K:2022/3331, T: 13/12/2022 ısrar kararı; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/4017, K:2024/136, T: 11/01/2024; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/4499, K:2024/1120, T: 30/04/2024; Adana BİM, 3. İDD, E:2021/849, K:2022/2358, T:14/10/2022.

63 Denizli İdare Mahkemesi E:2022/218, K:2022/1206, T:05/07/2022 (istinaf başvurusu süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir. İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1721, K:2022/1638, T:22/12/2022).

64 İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/1472, K:2022/1628, T: 09/11/2022.

65 Gaziantep BİM, 4 İDD, E:2021/1909, K:2021/3093, T: 24/09/2021; "*... maddi hasarlı trafik kazasına karışan davacının kaza anından sonra davet edildiği karakolda yapılan alkol ölçümü nedeniyle alkollü araç kullandığından bahisle aday sürücü belgesinin iptaline karar verilemeyeceği...*" hakkında bkz. Bursa BİM, 3.İDD, E:2022/1097, K:2023/804, T: 30/05/2023.

d. Alkometreyi Üflemeyi Reddetme Halinde

Aday sürücü olan davacılar tarafından alkolmetreyi üflemeyi reddettiğinin açık, net ve somut olarak ortaya konulduğu durumlarda, bu gerekçeyle aday sürücü belgesinin iptal edilmesi halinde, buna karşı açılan davalar reddedilmiştir[66]. Ancak, davacıların alkolmetre cihazını üflemeyi reddettiği hususunu tevsik eder kamera kaydı mevcut olduğunun dava konusu işlemlerde belirtilmiş olmasına rağmen, davalı idarece bu kamera kayıtlarının Mahkemeye ibraz edilemediği, davalı idarece dava konusu işlemlerin tesisini hukuken somut olarak ortaya koyacak şekilde başkaca somut bilgi ve belge sunulamadığı, dava konusu işlemlerin davacı tarafından imzalanmadığı ve yine davacı tarafından alkolmetre cihazına üç kez üflediğinin iddia edildiği hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda, davacının alkolmetre cihazına üflemeyi reddettiğinin sübuta ermediğinden aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir[67].

e. Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımı

2918 sayılı Kanunun 48 maddesi uyarınca uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı nedeniyle aday sürücü belgesinin iptali işlemine karşı açılan davalarda, aday sürücü olan ve uyuşturucu ve uyarıcı madde etkisi altında araç kullanan aday sürücü belgesinin iptaline dair işlemlerde hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir[68].

2. 20 Promil Üstünde Alkollü Araç Kullanma Nedeniyle Aday Sürücü Belgesinin İptali

Yukarıda aktarılan 2918 sayılı Kanunun 48. maddesi uyarınca 0,50 promil alkollü araç kullandığının tespit edilenler dışında ayrıca 0.20 promil üstünde alkollü araç kullandığı tespit edilen aday sürücülerin aday sürücü belgelerinin

---

66 Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1440, K:2024/415, T: 07/03/2024; İzmir BİM 5.İDD, E.2018/1239, K.2018/2275, T:23/10/2018; İzmir BİM, 7.İDD, E:2022/894, K:2022/998, T: 26/09/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1856, K:2023/516, T: 30/03/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1419, K.2023/2780, T:25/10/2023; İstanbul BİM 8 İDD E:2022/698, K:2022/1003, T:01/06/2022; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/4658, K:2024/1121, T: 30/04/2024; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2022/3278, K:2023/2298, T: 14/11/2023; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/4131, K:2023/2301, T: 14/11/2023; Samsun BİM, 3. İDD, E:2023/404, K:2024/73, T: 19/01/2024.

67 İzmir BİM, 7.İDD, E:2021/1074, K:2021/1652 T:23/11/2021; "*... trafik polislerince davacının alkolmetreyi üflemeyi reddetmesi nedeniyle dava konusu işlemin tesis edilmiş ise de, olaydan 32 dakika sonra görevli memur nezaretinde ... Devlet Hastanesi'nde davacının alkolmetre ile yapılan ölçüm sonucunda "0" (sıfır) promil alkollü olarak Kati Hekim Raporuyla ölçüldüğünün tartışmasız olması, bu durumun ise davacı hakkında devam eden denetim sürecinin halen devam ettiğinin kabulünü gerektirmesi karşısında, alkolmetre cihazını salt polis kontrol noktasında üflemediğinden bahisle davacı hakkında tesis olunan dava konusu işlemde, mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı...*" hakkında bkz. İzmir BİM, 7. İDD, E:2021/1575, K:2021/1712, T: 30/11/2021.

68 Ankara BİM 9.İDD, E:2022/508, K:2022/807, T: 09/06/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/126, K:2023/227, T: 15/02/2023; İzmir BİM, 7.İDD, E:2023/1934, K:2023/2206, T: 22/12/2023; İzmir BİM, 7.İDD, E:2023/126, K:2023/227, T: 15/02/2023; Gaziantep BİM, 4İDD, E:2022/3797, K:2023/1971, T: 24/10/2023.

iptaline karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Uygulamada en çok aday sürücü belgesi iptal nedeni olarak karşımıza çıkan iptal sebebi de 0,20 promil üzerinde alkollü araç kullanmadır. Anılan hükmün iptali istemiyle açılan davada, Danıştay tarafından bu hüküm hukuka uygun bulunarak dava reddedilmiştir[69].

Anılan madde hükmünün ve iptal sebebinin uygulanması nedeniyle sürücü belgesi iptal edilenler tarafından açılan davalarda bakıldığında;

a. Hastanede Sonradan Ölçüm Yapılması Durumu

Yasal sınır üzerinde alkollü olduğu tespit edilen aday sürücünün daha sonra hastanede yaptırdığı ölçümde alkol oranının çok düşük olması veya negatif olması halinde alkolmetre ile yapılan ölçüm ile hastanede yapılan ölçüm arasında geçen süre dikkate alınarak, bu süre zarfında kandaki alkol oranının bu miktarda düşemeyeceğinden bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmektedir[70].

---

69 D.8.D, E:2020/3631, K:2023/4244, T: 29/09/2023.

70 "*... davacının, denetimi gerçekleştiren görevlilerin bildirimi üzerine .. Hastanesinde polis gözetiminde saat 01.06'da alkol testi yaptırmak üzere kan verdiği, burada yapılan tetkikler sonucunda davacının kanında alkol bulunmadığında dair 'Tıbbi Laboratuvar Tetkik Sonuç Raporu'nun düzenlendiği, hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul gören "masumiyet karinesi", bir kimseyi suçlayan şahsın veya makamın iddiasını kanıtlaması gerektiğini, suçlanan kişinin ilke olarak suçu işlemediğini, suçsuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü olmadığını ifade ettiği, masumiyet karinesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine göre ise, suçlanan kişinin suçu işlediğini gösteren yeterli ve kesin delil yoksa, kanaate ve inanca dayanılarak ceza verilemeyeceği, nitekim Anayasanın 38/4. maddesinde; "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." hükmü, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2. maddesinde ise; "Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." hükmü yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Çelik(Bozkurt) / Türkiye kararıyla; masumiyet karinesinin disiplin hukukunda da gözetilmesi gereken bir ilke olduğuna hükmedildiği, bu anlatımlara göre, ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığı kabulü gerektiği, teknik cihazla yapılan alkol ölçümünden (0,30 promil) sonra bir saat içerisinde alınan kan testi sonucunda alkol oranının belli düzeyde düşmesinin beklenebileceği, buna mukabil; davacının kan testi sonucunun negatif çıkması karşısında davacıya atfı kabil alkol kullanımdan söz edilmesinin olanaklı olmadığından, davacının yasal sınırın üzerinde (0.30 promil) alkollü olarak araç kullandığı ve bu suretle Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesini ihlal ettiğinden bahisle aday sürücü belgesinin Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Ek 3. maddesi uyarınca iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı..."* hakkında bkz. Ankara BİM 9. İDD, E:2020/1641, K:2021/501, T:10/03/2021; Ankara BİM 9.İDD, E:2021/267, K:2021/829, T:, 21/04/2021; Ankara BİM, 9.İDD, E.2021/566, K:2021/1032, T: 02/06/2021; Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1343, K:2022/1020, T: 20/10/2022; Ankara BİM 9 İDD E:2021/36, K:2021/682, T: 07/04/2021; Ankara BİM, 9.İDD, E.2021/790, K:2021/1526, T: 30/09/2021; Ankara BİM, 9. İDD, E:2021/1493, K:2022/130, T: 27/01/2022; Ankara BİM, 9.İDD, E:2022/573, K:2022/921, T: 15/09/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1775, K:2022/1536,T: 15/12/2022; Ankara BİM,9.İDD, E:2022/853, K:2022/1105, T: 02/11/2022; Ankara BİM, 9.İDD, E:2022/865, K:2022/930, T: 22/09/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/445, K:2024/20, T: 10/01/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/723, K:2023/840, T: 04/05/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1070, K:2023/1626, T:31/10/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1127, K:2023/1414, T: 28/09/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E.2023/1319, K:2023/1778, T: 28/11/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1320, K:2023/1712, T:22/11/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1531, K:2023/1380, T: 20/09/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1907, K:2023/1829, T:30/11/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E.2023/1942, K:2023/1893, T: 12/12/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/58, K:2024/201, T: 08/02/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/66, K:2024/702, T: 29/04/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/448, K:2024/615, T: 18/04/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/618, K:2024/810, T: 15/05/2024; "*...davacının*

denetim esnasında alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümle, bu ölçümden yaklaşık 1 saat 27 dakika sonra hastanede kan numunesi üzerinden yapılan ölçüm sonucunda davacının yasal sınırın altında alkollü olup olmadığı hususunda şüpheli durumun ortaya çıktığı, "masumiyet" karinesi ve "şüpheden sanık yararlanır" ilkeleri gereği oluşan şüpheli durumun davacı lehine yorumlanması gerektiği ve mevzuatta belirlenen yasal sınırın altında alkollü olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varıldığından, davacının yasal sınırın üzerinde (0.21 promil) alkollü olarak araç kullandığı ve bu suretle Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesini ihlal ettiğinden bahisle aday sürücü belgesinin Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Ek 3. maddesi uyarınca iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ...” hakkında bkz. İzmir BİM, E:2022/184, K:2022/199, T: 21/02/2022; İzmir BİM, 7.İDD, E:2023/81, K:2023/184, T: 09/02/2023; İzmir BİM, 7 İDD, E:2022/776, K:2022/1065, T: 30/09/2022; İzmir BİM, 7 İDD, E:2022/1297, K:2022/951, T:15/09/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1677, K:2022/1646, T: 22/12/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/68, K:2023/298, T:23/02/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/141, K:2023/301, T: 23/02/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E.2023/490, K:2023/506, T: 28/03/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/494, K:2023/605, T: 12/04/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/586, K:2023/601, T: 12/04/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/749, K:2023/744, T: 04/05/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1029, K:2023/1018, T: 02/06/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1227, K:2023/1614, T: 05/10/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1281, K:2023/1499, T: 26/09/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1832, K:2023/1739, T:18/10/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2101, K:2023/2222, T: 22/12/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2159, K:2024/235, T: 09/02/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/97, K:2024/596, T: 19/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/274, K:2024/499, T: 07/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E.2024/398, K:2024/648, T: 20/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/470, K:2024/649, T: 20/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/624, K:2024/877, T: 25/04/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/694, K:2024/961, T: 07/05/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/876, K:2023/1309, T:11/06/2024; *... ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığı kabul edildiğinden teknik cihazla saat 23:27'de yapılan alkol ölçümünden (0,22 promil) yaklaşık 36 dakika sonra saat 00:03'te davacıya hastanede teknik cihazla ölçüm yapıldığı, kan tahlili numune kabul zamanının ise 00:28 olduğu, anılan saatlere göre hesaplama yapıldığında davacının kanındaki alkol düzeyinin mevzuatta belirlenen yasal sınırın altında olduğu anlaşıldığından, davacının yasal sınırın üzerinde (0.22 promil) alkollü olarak araç kullandığından bahisle aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı* hakkında İzmir BİM, 7 İDD, E:2022/653, K:2022/728, T: 14/06/2022; İzmir BİM, 7İDD, E.2022/750, K:2022/752, T: 16/06/2022; İstanbul BİM 8. İDD, E:2019/693, K:2019/737, T: 18/06/2019; İstanbul BİM 8.İDD, E: 2020/167, K:2020/245, T:25/02/2020; İstanbul BİM 8. İDD, E:2020/2081, K:2020/1759, T:16/12/2020; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2020/2151, K:2020/1608, T: 25/11/2020; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2020/2434, K.2021/109, T: 19/01/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2020/2464, K:2021/76, T:19/01/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/81, K:2021/209, T: 09/02/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2021/480, K:2021/1658, T:21/09/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E.2021/125, K:2021/259, T: 16/02/2021; İstanbul BİM 8.İDD, E.2021/133, K:2021/318, T:17/02/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/358, K:2021/1443, T: 29/06/2021; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/376, K:2021/473, T:09/03/2021; İstanbul BİM 8.İDD, E:2021/408, K:2021/753, T: 07/04/2021; İstanbul BİM 8.İDD, E:2021/453, K:2021/757, T: 07/04/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2021/1594, K:2021/1929, T: 19/10/2021; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2021/1624, K:2021/1930, T: 19/10/2021; İstanbul BİM 8.İDD, E:2022/374, K:2022/495, T: 22/03/2022; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2022/562, K:2022/1005, T: 01/06/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:202272854, K:2023/286, T: 25/01/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/3112, K:2023/209, T: 24/01/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/3126, K:2023/954, T: 10/04/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/66, K:2023/503, T: 28/02/2023; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2023/357, K:2023/1189, T:03/05/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/621, K:2023/755, T: , 22/03/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/747, K:2023/2101, T: 19/09/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1648, K:2023/2399, T: 04/10/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1752, K:2023/1846, T:20/06/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/2235, K:2023/3256, T: 21/11/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/2384, K:2023/3446, T:30/11/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1766, K:2023/2443, T: 05/10/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1793, K:2023/3028, T:

Yine davacılar sonradan hastaneden alkol oranının düştüğüne dair sağlık raporu alıp dava açmışlarsa ve kan tahlili sonucunda bulunan değer yasal sınırın altında kaldığı da açık olsa da, alkometre ile yapılan ölçümle hastanede yapılan

---

08/11/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/2045, K:2023/3685, T: 20/12/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/3515, K:2024/488, T: 07/02/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/3543, K:2024/1719, T: 07/05/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2024/78, K:2024/737, T: 23/02/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2024/292, K:2024/1609, T: 29/04/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2024/783, K:2024/1794, T: 09/05/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2024/973, K:2024/1089, T: 19/03/2024; (Konya Bölge İdare Mahkemesince de ilk kararlarında kişilerin kendi imkanları ile hastaneye gitmesi halinde hastanedeki ölçüme itibar etmeyen dairede üye yapısındaki değişikliklerle birlikte alkolmetre ile yapılan ölçümden sonra hastanede yapılan ölçümde aşırı düşüş veya negatif alkol oranı çıkması halinde iki ölçüm arasındaki farktan hareketle aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin kararların iptaline karar verilmiştir) Konya BİM, 5.İDD, E:2023/2853, K:2024/711, T:15/03/2024; Konya BİM, 5.İDD, E:2024/33, K:2024/1143, T: 30/04/2024; "*.... davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan ilk ölçümün sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu, hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen "0" promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 74 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,18 promil) eklendiğinde dahi davacının aday sürücüler için belirlenen yasal sınırın (0,20 promil) altında alkollü olduğunun kabulü gerektiği anlaşıldığından, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Ek 3. maddesi uyarınca davacının aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı ...*" hakkında Konya BİM, 5.İDD, E:2022/3203, K:2023/875, T: 28/02/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2024/161, K:2024/427, T:13/02/2024 (d.8.d. 2024 3791esas almış); Konya BİM, 5. İDD, E:2024/688, K:2024/958, T:25/04/2024; Gaziantep BİM 4 İDD, E:2022/3105, K:2023/2047, T:26/10/2023; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/3769, K:2023/2657, T:05/12/2023; Gaziantep BİM, 4.İDD, E:2022/4437, K:2023/2043, T: 26/10/2023; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/4625, K:2023/2044, T:26/10/2023; Samsun BİM, 3.İDD, E:2021/1337, K:2022/540, T: 25/04/2022; Samsun BİM,3.İDD, E:2021/1364, K:2022/703, T:24/05/2022; Samsun, BİM, 3 İDD, E:2021/1561, K:2022/896, T: 14/06/2022; Samsun BİM, 3İDD, E:2022/123, K:2022/895, T: 14/06/2022; Samsun BİM, 3. İDD, E:2021/1173, K:2022/705, T: 24/05/2022; Samsun BİM 3. İDD, E:2021/1185, K:2022/704, T: 24/05/2022; Samsun BİM, 3.İDD, E:2022/1210, K:2023/1488, T: 14/11/2023; Samsun BİM, 3. İDD, E:2022/1584, K:2023/999, T: 22/06/2023; Samsun BİM, 3. İDD, E:2023/394, K:2023/1545, T: 27/11/2023; Samsun BİM, 3. İDD, E:2024/67, K:2024/294, T: 28/02/2024; Samsun BİM, 3. İDD, E:2024/442, K:2024/635, T: 29/04/2024; Bursa BİM 3 İDD, E.2021/19, K:2021/322, T: 04/11/2021; Bursa BİM 3.İDD, E:2021/287, K:2021/394, T: 24/11/2021; Bursa BİM, 3. İDD, E:2021/354, K:2021/647, T: 28/12/2021; Bursa BİM, 3. İDD, E:2021/691, K:2021/487, T: 02.12.2021; Bursa BİM 3 İDD, E:2021/1170, K:2022/163, T: 08/02/2022; Bursa BİM 3. İDD, E:2021/1285, K:2021/1002, T: 30/06/2022; Bursa BİM 3İDD, E:2021/1305, K:2022/1009, T: 01/07/2022; Bursa BİM, 3. İDD, E:2023/53, K:2023/290, T: 28/02/2023; Bursa BİM, 3.İDD, E:2023/125, K:2023/1438, T: 20/10/2023; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/2637, K:2023/1861, T: 06/12/2023; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/1383, K:2023/291, T: 28/02/2023; Bursa BİM 3.İDD, E.2022/1968, K:2024/175, T: 07/02/2024; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/2692, K:2024/290, T: 22/02/2024; Bursa BİM, 3. İDD, E:2023/346, K:2023/1807, T: 29/11/2023; Adana BİM 3 İDD, E:2021/2162, K:2022/1169, T:09/06/2022; Adana BİM, 3. İDD, E.2021/1321, K:2023/435, T: 23/03/2023; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/204, K:2023/454, T: 19/12/2023; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/319, K:2023/50, T: 04/10/2023; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/431, K:2023/52, T:04/10/2023; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/486, K:2023/441, T: 19/12/2023; Adana BİM, 5. İDD, E.2023/515, K:2023/422, T: 15/12/2023; Adana BİM, 3. İDD, E: 2021/883, K: 2022/2554, T:30/11/2022; Erzurum BİM, 3. İDD, E:2023/1564, K:2024/14, T: 04/01/2024; Erzurum BİM, 3. İDD, E:2023/44, K:2023/283, T:03/03/2023.

ölçüm arasındaki geçen süre dikkate alınarak, davacının alkollü araç kullandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmektedir[71].

---

[71] Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/714, K:2022/1065, T: 26/10/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E.2023/463, K:2024/30, T: 10/01/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E.2023/807, K:2023/1975, T: 20/12/2023; "*... davacı tarafından, hastane personeline kimlik ibraz edilip, kimlik tespiti yapılmak suretiyle kanındaki alkol oranının tespiti için ... Hastanesi'nde saat 04:28'de kan testi yaptırıldığı, kan testi sonucunda 0,00 promil alkol tespit edildiğinin anlaşıldığı, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kandaki alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiğinin belirtildiği, kaldı ki; farklı saatlerde yapılan iki ölçümün bulunması halinde; ikinci ölçüme her bir saat için 0,15 promil eklenmek suretiyle alkol oranının belirleneceği, 17/04/2015 tarihli değişiklikle Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde de yer aldığı, olayda; davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan iki ölçüm arasında 3,5 saatten fazla zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,33 promilden 0,00 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olduğu sonucuna ulaşıldığı, bu durumda; 0,20 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanıldığının tespit edilmesi halinde aday sürücü belgesinin iptal edileceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında, 0,33 promil alkollü olduğu tespit edilen davacının aday sürücü belgesinin daimi olarak geri alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği ...*" hakkında bkz. Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/2088, K:2024/94, T: 31/01/2024; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/404, K:2024/764, T: 09/05/2024; İzmir BİM 5.İDD, E: 2017/1992, K:2017/1541, T: 14.09.2017; İzmir BİM, 7. İDD, E.2022/602, K:2022/714, T: 10/06/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E.2023/569, K:2023/1199, T: 22/06/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1933, K:2024/355, T: 23/02/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2094, K:2024/1211, T: 31/05/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2114, K:2024/645, T: 20/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2318, K:2024/658, T:20/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/280, K:2024/1196, T: 29/05/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/326, K:2024/622, T:19/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/386, K:2024/646, T: 20/03/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/544, K:2024/647, T: 20/03/2024; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2022/965, K:2022/1153, T: 22/06/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/379, K:2023/2102, T: 19/09/2023; *"... teknik cihaz kullanılarak 18.08.2021 tarihinde saat 02 22 yapılan alkol kontrolünde davacının 0,22 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ölçümü müteakip davacının ... Hastanesinde 18.08.2021 taraihinde saat 04 09 da yaptırılan muayenesinde ise alkol testi sonucunun 0,10 promil olduğunun belirtildiği , iki ölçüm arasında 1 saat 47 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,22 promilden 0,10 promile düşmesinin bilimsel olarak mümkün olduğu, davacının 18.08.2021 tarihli denetimde 0,22 promilli şekilde araç kullandığının tespit edildiği ölçüm cihazının kalibrasyonunun 18.05.2021 tarihinde yapıldığı ve son geçerlilik tarihinin 18.11.2021 tarihi olduğun görüldüğü, diğer yandan ölçüm sonucuna ilişkin belgenin de davacı tarafından imzalandığı, bu nedenle aday sürücü olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan davacının, aday sürücü statüsünün devam ettiği, 18.08.2021 tarihinde yapılan kontrolde 0.22 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi nedeniyle davacının, Sürücü Belgesinin Geri Alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı,..." gerekçesiyle reddi gerektiği* hakkında bkz. İstanbul BİM, 8. İDD, E.2022//1076, K:2022/1455, T: 25/10/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/2851, K:2022/2058, T: 14/12/2022; Gaziantep BİM, 4. İDD, E.2022/3770, K:2023/2305, T: 14/11/2023; "*... trafik kazasının yapıldığı 20:25 saati ile kan numunesinin alındığı 21:28 zamanı arasında geçen 63 dakika içerisinde kandaki alkol oranının 0,15 promil azalacağı gözetildiğinde, saat 21:28'de 0,08 promil alkollü olan davacının kaza anında (0,08+0,15) 0,23 promil alkollü olduğunun anlaşılması karşısında, 0,20 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı anlaşılan davacının sürücü belgesinin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ...*" hakkında bkz. Samsun BİM, 3.İDD, E:2021/1100, K:2022/894, T:14/06/2022; Samsun BİM, 3.İDD, E:2022/428, K:2022/1471, T:25/11/2022; Samsun BİM, 3. İDD, E:2024/83, K:2024/628, T: 29/04/2024; (davacının alkol aldığını kendisinin de ikrar ettiği hallerde hastanede ölçüm sınırın altında olsa bile davanın reddine karar verilmiştir.) Samsun BİM, 3.İDD, E:2022/810, K:2022/1478, T: 25/11/2022; "*... davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan iki ölçüm arasında 140 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,27 promilden 0,00 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olduğu ve bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda*

İzmir Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesince, ilk kararlarında alkolmetre ile yapılan ölçümde yasal sınırın üzerinde alkollü bulunan aday sürücünün sonradan hastanede yapılan ölçümlere itibar edilmemiş ve aday sürücü olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan davacının, 0,26 promil alkollü olduğunu gösterir alkolmetre ölçüm makbuzunda ve aday sürücü belgesinin iptaline dair tutanakta imzasının bulunduğu, söz konusu belgelere davacı tarafından herhangi bir itirazda bulunulduğuna dair şerh düşülmediği gibi kendi imkanları ile gittiği hastane kayıtlarının da esas alınamayacağından bahisle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir[72]. Daire yukarıda yer verilen kararlarında görüldüğü üzere sonradan bu içtihadından vazgeçmiştir.

---

tereddüt bulunmadığı görülmekte olup, sürücü belgesinin süresiz olarak iptal edilmesine dair dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı …" hakkında bkz. Bursa BİM, 3 İDD, E:2022/340, K:2022/1572, T: 23/11/2022; Bursa BİM, 3.İDD, E:2022/1189, K:2022/1801, T:27/12/2022; Bursa BİM 3 İDD, E:2022/2933, K:2024/321, T:27/02/2024; "*… davacının aday sürücü olduğu, 0,20 promil üzerinde alkollü olarak trafiğe çıkmanın aday sürücüler için yasak olduğu, davacının trafik kontrolünde 0,26 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, kendi imkanlarıyla 1 saat 43 dakika sonra .. Hastanesinde kan yolu ile alkol ölçümü yaptırdığı, bu sürenin, davacının kanındaki alkol miktarının (alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme göre 0,26 promil olduğu belirtilen) ortalama bir hesapla 0,27 mg/dl(0,27 promil) azalmanın yaşanacağı bir zamana denk geldiği,bu sürede kandaki alkol miktarının negatife düşmesinin Adli Tıp Kurumu hesabına da uygun olduğu, davacının kanındaki alkol miktarının negatif çıkmasının davacının alkol oranının ölçüm esnasında yasal sınırın altında olduğunu kanıtlamadığı gibi şüpheli bir durum da oluşturmadığı, kaldı ki hastanenin ölçüm yaptığı cihazın 0,10 promilin altındaki alkol oranına hassasiyeti bulunmadığının da raporda belirtildiği görüldüğünden, davacının 0,26 promil alkollü araç kullandığından bahisle aday sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı …*" hakkında bkz. Bursa BİM, 3 İDD, E:2022/2948, K:2023/1777, T: 28/11/2023; Bursa BİM, 3. İDD, E:2023/652, K:2024/796, T:09/05/2024; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/2401, K:2024/75, T:18/01/2024; Erzurum BİM, 3. İDD, E:2022/906, K:2022/2493, T:12/10/2022.

[72] İzmir BİM 7.İDD, E:2020/1679, K:2021/38 T:19/01/2021; İzmir BİM, 7.İDD, E:2022/191, K:2022/154, T:11/02/2022; Benzer gerekçe için bkz. Konya BİM 5 İDD E:2020/1902, K:2021/476, T:11/03/2021; Konya BİM, 5.İDD, E:2021/1781, K:2021/1754, T: 11/11/2021; Konya BİM 5 İDD, E.2021/678, K:2021/1094, T: 01/07/2021; Konya BİM 5.İDD, E:2022/290, K:2022/724, T: 29/03/2022; Konya BİM, 5 İDD, E:2022/1933, K:2022/2052, T: 19/09/2022; Konya BİM, 5 İDD, E:2022/3092, K:2023/878, T: 28/02/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/211, K:2023/1559, T: 05/04/2023; Konya BİM, 5.İDD, E:2023/312, K:2023/1622, T: 11/04/2023; Konya BİM, 5. İDD, E:2023/3093, K:2023/3328, T: 27/09/2023; Konya BİM 5. İDD, E:2023/2019, K:2023/3648, T: 23/10/2023; "*… aday sürücü olan davacının 0,25 promil alkollü olarak araç kullandığının tespit edildiği gerekçesiyle aday sürücü belgesinin iptaline yönelik işlem tesis edildiği, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde, trafik ekiplerince yapılan denetimlerde kişilerin alkol ölçer cihazı ile ölçüme tabi tutulması halinde, çıkan sonuca, yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazası olayları dışında itiraz imkanının bulunmadığı, bu durumda 0,25 promil alkollü olarak araç kullandığı sabit olan davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı …"* hakkında bkz. Konya BİM, 5. İDD, E:2024/1005, K:2024/1423, T: 20/05/2024; (Aynı durum ve benzer gerekçe Adana Bölge İdare Mahkemesi içinde geçerlidir. Aynı Dairenin sonraki kararlarının aksine alkometre cihazı ile yapılan ölçüm üzerine tesis edilen aday sürücü belgesinin iptali kararının hukuka uygun olduğu yönünde verdiği kararları da bulunmaktadır. Adana BİM, 3. İDD, E:2021/264, K:2022/366, T: 04/03/2022; Adana BİM, 5. İDD, E:2023/525, K:2023/421, T:15/12/2023.

b. Sonradan Yapılan Ölçümler Hakkında

Trafik kontrolünde alkolmetre ile ölçümün yapıldığı saatte yasal sınırın altında kalmasına rağmen ölçümün yapıldığı saate kadar aradan geçen süre de dikkate alınarak davacının alkollü kabul edilmesine nedeniyle, aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemler de idari yargı yerlerince iptal edilmiştir[73].

Maddi hasarlı trafik kazasına karıştığı davalı idare personelince olay günü tutulan tutanaklar uyarınca sabit olan davacı hakkında, alkol ve uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla sağlık kuruluşu vasıtasıyla kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınarak yapılacak test sonucunda çıkan sonuca göre işlem tesis edilmesi gerekirken yalnızca alkol ölçüm cihazıyla yapılan ölçüm sonucunda 0.21 promil alkollü olduğu gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle işlemlerin iptaline karar verilmiştir[74].

c. Yapılan Ölçüme İtiraz Edilmemesi Halinde

Yasal sınırın üzerinde alkollü olarak tespit edilen ve herhangi bir hastane kaydı ve ikinci ölçümü bulunmayan aday sürücülerin açmış olduğu davalarda ise davanın reddine karar verilmektedir[75].

d. Aday sürücünün Araç kullanmaması Hali

Davacının alkollü araç kullandığının ispat edilmemesi halinde de iptal kararı verilmektedir[76]. Somut olayın özelliğine göre aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemlerin iptaline karar verilmektedir[77].

---

73 Ankara BİM,9İDD, E:2022/588, K:2022/672, T: 20/05/2022; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1746, K:2024/790, T: 09/05/2024.

74 İstanbul BİM, 8. İDD, E:2022/211, K:2022/292, T: 17/02/2022.

75 Ankara BİM 9. İDD E.2021/49, K.2021/1105, T: 02/06/2021; Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/2017, K:2023/2064, T:28/12/2023; Ankara BİM, 9. İDD, E:2024/395, K:2024/697, T:29/04/2024; İzmir BİM, 7. İDD, E:2022/1602, K:2022/1432, T: 24/11/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2240, K:2024/266, T: 13/02/2024; İstanbul BİM 8. İDD, E:2021/1182, K:2021/1711, T: 28/09/2021; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/144, K:2023/508, T: 28/02/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/453, K:2023/2518, T: 11/10/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/884, K:2023/2283, T:28/09/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/3000, K:2023/3790, T: 26/12/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/3017, K:2024/1720, T: 07/05/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/2029, K:2024/855, T: 29/02/2024; Bursa BİM, 3. İDD, E:2022/700, K:2022/1565, T: 22/11/2022; Adana BİM, 3. İDD, E:2021/1597, K:2023/410, T:21/03/2023; Adana BİM, 3.İDD, E.2022/1263, K:2023/978, T: 09/05/2023.

76 "*... her ne kadar alkolmetre cihaz ölçüm sonucunda davacının kanındaki alkol oranının 0,31 promil olduğu yönünde tespit yapılarak dava konusu işlem tesis edilmiş ise de, söz konusu tespitin araç seyir halinde iken aracın durdurulması şeklinde olmadığı, aracın çalışır vaziyette ancak hareketsiz olduğu, aracın davacının sevk ve idaresinde olduğunun şüpheye mahal bırakmayacak şekilde kesin olarak ortaya konulamadığı anlaşıldığından davacının yasal sınırın üzerinde alkollü olarak araç kullandığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ...*" hakkında bkz. İstanbul BİM, 8.İDD, E:2023/251, K:2023/1349, T: 17/05/2023; "*... davacı hakkında alkollü araç kullandığından bahisle işlem tesis edilmiş ise de, davacının denetim esnasında yol kenarında bulunduğunu, alkollü bir şekilde araç kullanmadığını beyan ettiği, buna karşın idarece davacının alkollü iken aracın seyir halinde olduğunu her türlü şüpheden uzak ve*

3. 75 Puan Aşımı Nedeniyle Aday Sürücü Belgesinin İptali İşlemleri

a. 75 Ceza Puanının Dolması Hali

Aday sürücü belgesi sahibi davacıların aday sürücülükleri içerisinde bir yıl içinde 75 ceza puanı almaları ve söz konusu cezaya konu edilen eylemleri nedeniyle tesis edilen idari para cezalarına karşı dava açmamış veya açtıkları davaların reddedilmiş olması halinde aday sürücü belgesinin iptali işlemlerine karşı açılan davalar da reddedilmiştir[78].

b. Dayanak Mevzuat Hükümlerinin Yürürlüğe Girme Zamanı

Aday sürücü belgesinin iptaline gerekçe olan yönetmelik hükmü yürürlüğe girmeden önce verilen idari para cezası ve ceza puanları dikkate alınmayacağından bahisle iptal kararı verilmiştir[79].

---

somut bir şekilde ortaya konulamadığı, nitekim davacı hakkında yapılan ceza yargılaması neticesinde alkollü araç kullanmak nedeniyle mahkumiyetine yeterli delil bulunmaması nedeniyle beraatine karar verildiği göz önüne alındığında, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık olmadığı …" hakkında bkz. İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/817, K:2023/2519, T: 11/10/2023.

77 "*… 17.10.2021 tarihinde görevli polis memurlarınca düzenlenen tutanakta; "...kaza yeri incelememizden ve sürücü ..'ın hareketlerinden, fiziki kontrollerimizden alkollü olmayıp, kaza sonrası dudağında meydana gelen hafif kanamayı durdurmak için kolonyalı ıslak mendil kullandığı görülmüş olup ve kendi beyanına göre de kanamayı durdurmak için kolonyalı mendil kullandığını tutarlı bir şekilde anlatmış olup bu işlemin buna istinaden yapıldığı..." şeklinde beyanları yer aldığı, anılan tutanağına görevli polis memurlarınca imzalandığı, her ne kadar trafik ekiplerince davacının 0,27 promil alkollü olduğundan bahisle işlem tesis edilmiş ise de, bu ölçümün yapıldığı tarihte görevli polis memurlarınca düzenlenen tutanakta, davacının da ifadesine paralel şekilde davacının alkollü olmadığına ilişkin tespit ifadelerinin yer aldığı, geçirdiği trafik kazası sonrasında dudağındaki kanamayı durdurmak için kolonyalı mendil kullandığından alkol testinde 0,27 promil alkollü çıkmasının hayatın olağan akışına uygun değerlendirilebileceği, nitekim gerek davacının gerekse olay günü tutanağı düzenleyen polis memurlarının beyanlarının da bu yönde olduğu anlaşıldığından aday sürücü olan davacı tarafından, .. plakalı aracı ile seyir halinde iken gerçekleşen trafik kazası sonrasında yapılan alkol testinde yasal sınırın üzerinde 0,27 promil alkollü olarak araç kullandığından bahisle aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı …"* hakkında bkz. İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1763, K:2023/2462, T: 05/10/2023.

78 Ankara BİM, 9. İDD, E:2023/1330, K:2023/1382, T: 20/09/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1219, K:2023/2158, T: 22/12/2023; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/1786, K:2024/1047, T: 09/05/2024; İstanbul BİM, 8. İDD, E.2022/269, K:2022/668, T: 12/04/2022; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2023/1215, K:2023/1708, T:13/06/2023; Konya BİM 5. İDD, E.2021/221, K:2021/1140, T:03/09/2021; Gaziantep BİM 4 İDD E:2021/84, K:2022/761, T: 22/03/2022; Gaziantep BİM 4. İDD, E:2021/663, K:2022/1066, T: 21/04/2022; Bursa BİM,3 İDD, E:2022/1737, K:2023/636, T: 14/04/2023.

79 "*… davacının aday sürücü olduğu 17/10/2017-17/10/2019 tarihleri arasında tesis edilen trafik kuralı ihlalleri nedeniyle 75 puanı aştığı ve bu durumun 07/06/2023 tarihinde fark edilmesi üzerinde davacının aday sürücü belgesinden asıl sürücü belgesine dönüşen sürücü belgesinin iptal edilmesinde hukuka aykırılık görülmemiş ise de, yer verilen ve 12/03/2023 tarihinde yürürlüğe giren 2918 sayılı Kanunun geçici 26. maddesinde, yürürlük tarihinden önce ilgililerine verilen ceza puanlarının pasif duruma getirilerek ceza puanı hesaplamasında dikkate alınmayacağı yönünde hüküm ihdas edildiği ve davacının 75 ceza puanını aştığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemin belirtilen Kanun hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten sonra tesis edildiği birlikte dikkate alındığında, davacının aday sürücü olduğu 17/10/2017-17/10/2019 tarihleri arasında*

c. 75 Ceza Puanının Dolmaması Hali

Aday sürücü olan davacının 75 ceza puanı almasına neden olan eylemleri gerçekleştirdiğinin somut açık ve net olarak ispatlanamadığından veya 75 ceza puanına konu edilen eylemlerden herhangi birisinin iptal edilmesi nedeniyle ceza puanının 75 puanın altında kaldığından bahisle hem anılan eylemlerin hem de bu eylemlerin sonucu olan aday sürücü belgesinin iptaline ilişkin kararın iptaline karar verilmesi üzerine, anılan karara karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiştir[80].

4. Hız Sınırını Aşma Nedeniyle Aday Sürücü Belgesinin İptali

Aday sürücülerin 3 kez hız ihlali nedeniyle idari para cezasıyla cezalandırılmaları halinde aday sürücü belgeleri de iptal edilecektir.

a. Üç Kez Hız Sınırının İhlal Edilmesi

Üç kez hız ihlali yapan ve bu nedenle idari para cezasıyla tecziye edilip bu cezaya karşı dava açmayan veya açtığı davada reddedilen aday sürücülerin aday sürücü belgelerinin iptaline karşı açtıkları davalar da reddedilmiştir[81].

b. Üç Kez Hız Sınırının İhlal Edilmemesi

Aday sürücü belgesi iptaline neden olan hız ihlallerinden birisinin hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş olması nedeniyle 3 kez hız ihlali gerçekleşmediğinden aday sürücü belgesinin iptali istemi de iptal edilmiştir[82].

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Karayolları trafik mevzuatımızda aday sürücü belgesi ve aday sürücülük şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş olması oldukça yerinde olmuştur. Aday sürücülerin diğer sürücülere göre bir takım uyması gereken yükümlülüklerin cezasının ağırlaştırılmış olması da bu kişilerin daha dikkatli davranması adına önem arz eden bir husustur. Normalde beş kez hız ihlali yapan (ve bu ihlali yasal sınırı yüzde 30 dan fazla olması gereken) sürücünün sürücü belgesine geçici

---

işlemiş olduğu fiilleri nedeniyle 75 ceza puanını aştığının tespit edildiğinden bahisle sürücü belgesinin iptal edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı …." hakkında bkz. İzmir BİM, 7. İDD, E:2024/20, K:2024/349, T:22/02/2024.

80 İstanbul BİM 8.İDD, E:2019/1236, K:2019/1374, T:30/10/2019; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2021/1052, K:2021/1341, T:16/06/2021; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2022/951, K:2022/1635, T: 15/11/2022; İstanbul BİM, 8.İDD, E:2023/391, K:2023/1660, T:13/06/2023; İstanbul BİM, 8. İDD, E:2024/239, K:2024/890, T: 05/03/2024; Konya BİM, 5. İDD, E: 2020/589, K:2020/2300, T: 04/11/2020; Gaziantep BİM, 4. İDD, E:2022/3963, K:2023/1973, T: 24/10/2023; Samsun BİM, 3. İDD, E:2024/21, K:2024/293, T: 28/02/2024.

81 Ankara BİM, 9. İDD, E:2022/1432, K:2022/1123, T: 03/11/2022; Samsun BİM, 3. İDD, E.2021/1516, K:2022/1613, T: 28/12/2022; Konya BİM 5. İDD, E:2022/1731, K:2022/2057, T:19/09/2022; İzmir BİM, 7. İDD, E:2023/2141, K:2024/1034, T: 09/05/2024.

82 Konya BİM, 5. İDD, E:2023/3598, K:2023/3554, T: 12/10/2023.

olarak el konulmakta iken, aday sürücünün sürücü belgesi doğrudan iptal edilmektedir. Aynı şekilde kırmızı ışık ihlalleri için de geçerlidir.

Aday sürücülerin uyması gereken kuralların normal diğer sürücülere göre bir takım ilave yükümlülüklere tabi tutulması yerinde olmakla birlikte yukarıda yer verdiğimiz idari davaya konu olan uyuşmazlıklar incelendiğinde en çok dava konusu edilen hususun aday sürücülerin 0,20 promil üzerinde alkollü araç kullanmaları nedeniyle sürücü belgelerine el konulmasıdır. Toplam 329 karardan 200 tanesi aday sürücülerin 0,20 promil ile 0,49 promil arasında (106 tanesi de 0,50 promil ve üstü) alkollü araç kullanmasına ilişkindir. Bu davalara bakıldığında da söz konusu davaların çok büyük kısmında ilgili idare mahkemeleri ve/veya bölge idare mahkemelerince iptal kararı verilmiştir. 200 uyuşmazlıktan 138 tanesinde idari yargı yerlerince iptal karar verilmiştir. Aynı şekilde 0,50 promil ve üstü alkollü araç kullandığı için aday sürücü belgesi iptal olunan aday sürücünün açtığı 106 davadan ise 64 tanesinde iptal karar verilmiştir.

Alkollü araç kullandığı için aday sürücü belgesi iptal edilen sürücülerin açtıkları davaların büyük çoğunluğunda iptal sebebi bu sürücülerin alkolmetre ile yaptırdıkları ölçümden sonra kendi imkanları gittikleri sağlık kuruluşunda yaptırdıkları kan testi sonucunda kanlarındaki alkol oranının negatif veya çok düşük seviyede çıkmasıdır. Önceleri Danıştay ve idari yargı yerleri sürücülerin kendi imkanları ile gittikleri hastane kayıtlarına itibar etmemekte ve alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme itiraz etmeyen ve alkolmetre çıktı fişini imzalayan sürücülerin açtıkları davalar, sonradan hastanede alkolsüz olduğuna dair rapor düzenlenmiş olsa bile, reddedilmekteydi. Ancak sonradan bir çok idari yargı yeri bu içtihadından vazgecerek yukarıda da karar künyelerini verdiğimiz üzere hastaneden alkolsüz veya alkol oranı çok düşük olduğuna dair rapor alan sürücülerin açtıkları davalarda iptal karar vermiştir.

Burada mevzuatta alkolmetre ile yapılan ölçümden sonra trafik polislerinin alkollü sürücüyü hastaneye götürme zorunluluğu olmamakla birlikte, aday sürücünün kendi imkanları ile gittikleri sağlık kuruluşlarında yapılan ölçümlerde bizzat kendilerinin kan tahlili veren kişi olduğu saptanmalı ve başkasını alkol ve kan testine sokmasının önüne geçilmelidir. Burada bölge idare mahkemelerinin tamamının içtihatları birbiri ile paralel olduğundan ortada aykırılığın giderilmesini gerektiren bir içtihatta söz konusu değildir.

Öte yandan aday sürücülerin 0,50 promil üzerinde alkollü olduğunun tespit edilmesi halinde aday sürücü belgesi iptal edileceği halde ayrıca 0,20 promil üstünde alkollü olduğunun saptanması halinde sürücü belgesinin iptal edileceği yönünde bir düzenleme yapılması da yerinde olmamıştır. Zira, yukarıda görülen 329 uyuşmazlığın yarısından fazlası bu alkol sınırı (0,20-0,49 promil) arasında alkollü olduğu iddia olunan kişilerle ilgili olup bunlarında çok büyük çoğunluğu iptal ile sonuçlanmıştır. Zaten 0,50 promilden fazla alkollü çıkan aday sürücünün sürücü belgesi geçici süre ile elinden alınmayacak ve sürücü belgesi iptal edilecek iken ayrıca 0,20 promil olarak başka bir iptal nedeni belirlenmesi doğru olmamıştır. Bunun mevzuatta yapılacak düzenleme ile kaldırılması yerinde olacaktır. Aslında bu hüküm Danıştay 8. Dairesinde uyuşmazlık konusu edilmişse de, anılan dairece 2 ye karşı 3 oyla oy çokluğu ile hükmün hukuka uygun olduğundan bahisle dava reddedilmiştir.

Aday sürücü belgelerinin iptali işlemlerine karşı açılan davalarda idari yargı yerlerinin görevli olduğu Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Bölge idare mahkemelerinin içtihatlarıyla genel kabul görmüştür. Aynı şekilde idare mahkemelerince bu konuda verilen kararlara karşı bölge idare mahkemelerine

istinaf başvuru yolu açık iken bölge idare mahkemelerinin kararlarına karşı ise temyiz yolu kapalıdır. Bölge idare mahkemelerinin bir kısmı tarafından bu konuda verdikleri kararlara karşı temyiz yolu açık denilmekte ise de Danıştay tarafından bu kararlara karşı temyiz yolu kapalı olduğu açıkça ifade edildiğinden artık bir bölge idare mahkemesi dışında diğerleri kararlarını kesin olarak vermektedir. Konya Bölge İdare Mahkemesi ise hala aday sürücü belgelerinin iptali işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararlar hakkında yapılan istinaf başvurusu üzerine vermiş olduğu kararlarda temyiz yolu açık diye karar vermektedir. Bu nedenle temyiz yoluna başvurmakta ve Danıştay 8. Dairesi tarafından temyiz istemi incelenmeksizin reddedilirken yargılama giderleri başvuran taraf üzerinde bırakılmaktadır. Burada kanaatimizce Danıştay tarafından temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmesi yerinde ise de, yargılama giderlerinden özellikle yargılama harçlarının iadesine karar vermesi daha hakkaniyete uygun düşecektir. Temyiz edenin temyiz yoluna başvurma nedeni bölge idare mahkemesinin kanun yolunu yanlış göstermiş olmasıdır. Bölge idare mahkemesinin kararında yanlış olarak göstermeye ısrarla devam etmesi de hem Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Başkanlığınca yapılacak olan teftişlerde dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi, Danıştay tarafından bu şekilde yazımlar nedeniyle önüne gereksiz dosyayı gönderen bölge idare mahkemesi hakkında olumsuz (orta veya zayıf) şeklinde notlandırma yoluna gitmelidir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2020.

Avcı M / Bilgin H, "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemlerinde Görevli Yargı Yeri Sorunu Üzerine Bir İnceleme", Yıl:7, Sayı:14, Aralık 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 25-66.

Avcı M / Bilgin H, "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme", Yıl:7, Sayı:13, Haziran 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 129-166.

Ay İ.D., Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları Arası Aykırılığın Giderilmesi, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2025.

Bilgin H, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Bilgin H, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", C. XXV, S. 3, 2021, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 637-686.

Bilgin H, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasında İçtihat Farklılığı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021

Bilgin H, "Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda "Israr" Kararı", C. 28, S. 1, 2020, SÜHFD., ss. 75-125.

Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara 2025.

Güzel O, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2024.

Çınarlı S, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2022.

Sağlam M, " Uyuşmazlık Mahkemesinin Tarihçesi, Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Kurulma Sebepleri, Yapısı ve Çalışma Yöntemi", Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, ss. 61-87.

Saygın E, "Adli İdari Sistemi – İdari Rejim Ayrımı ve İdari Rejimde Uyuşmazlık Mahkemesinin Yeri", Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, ss. 91-107.

Uysal Z, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Yeşil U, Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.

YASALARIN ANAYASAL DENETİMİ BAĞLAMINDA İPTAL DAVASI

The Action for Annulment in the Context of the Constitutionality Review of Laws

Doç. Dr. Recai AKYEL*
Burak FIRAT**

Öz: Yasaların anayasal denetimi, Anayasa Mahkemesinin ortaya çıkış ve benimsenme nedenlerinin başında gelir. Yasaların anayasal denetimi bağlamında iptal davasının özel bir konumu bulunmaktadır. Anayasanın var oluş ve kabullenilme nedeniyle birlikte; anayasanın normlar hiyerarşisinin başında bulunması ve anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri anayasal denetimi ve anayasa yargısını gündeme getirmiştir. Anayasal denetim ve anayasa yargısı yetki ve sorumluluğu Anayasa Mahkemesine özgülenmiştir. Anayasaya göre; anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü sağlamayı teminen Anayasa mahkemesine yasaların anayasal denetimi yetki ve sorumluluğu verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu çerçevede iptal davası ile itiraz başvurusunu karara bağlamaktadır.

İptal davası başvuru dilekçelerinde; İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususuna yer verilmektedir. Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmektedir. İptal davası başvuru dilekçelerinde yer alan anayasaya aykırılık gerekçeleri hakkında Anayasa Mahkemesi değerlendirmelerde bulunmakta ve ilgili yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermektedir. Konunun aydınlatılmasında anayasa mahkemesinin örnek kararlarına yer vermek faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Anayasanın Üstünlüğü, Anayasa Mahkemesi, Anayasal Denetim, Norm Denetimi, İptal Davası.

Abstract: One of the primary reasons underlying the establishment and embracement of the Constitutional Court is the constitutionality review of laws. In the context of constitutionality review mechanism, the action for annulment (abstract review) holds a special place. In addition to the *raison d'être* and grounds for adoption of the Constitution, its ranking as the highest norm in the hierarchy of norms, its supremacy and binding force have brought along the necessity of constitutionality review and constitutional jurisdiction. The power and responsibility for constitutionality review and constitutional jurisdiction are vested exclusively in the Constitutional Court. As laid down in the Constitution, the Constitutional Court has been entrusted with jurisdiction to conduct constitutionality review of laws, in pursuit of the binding force and supremacy of the Constitution. Within this framework, the Constitutional Court decides on actions for annulment (abstract review) and claims of unconstitutionality (concrete review).

The petition for an action for annulment shall indicate the provisions of law that are sought to be annulled and the constitutional articles to which the respective provisions are allegedly contrary. The constitutional articles under which the alleged unconstitutionality is raised and the reasons underlying such unconstitutionality shall be clearly explained. Assessing the grounds of unconstitutionality laid down in the petitions for actions for annulment, the Constitutional Court decides on whether the relevant provision of law is unconstitutional. The precedent decisions of the Constitutional Court will be instrumental in elucidating the matter.

Key words: Constitution, Supremacy of the Constitution, Constitutional Court, Constitutionality Review, Norm Review, Action for Annulment.

* Anayasa Mahkemesi Üyesi, recai.akyel@anayasa.gov.tr
ORCID: 0000-0003-2872-6017 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676608

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, burak.firat@anayasa.gov.tr
ORCID: 0009-0006-6054-1935

Makale Geliş Tarihi: 24.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 13.03.2025

GİRİŞ

Anayasa Mahkemelerinin klasik görevlerinin başında yasaların anayasal denetimi gelmektedir. Yasaların anayasal denetimi bağlamında iptal davasının özel bir konumu bulunmaktadır. Bu yazıda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinde, yasaların anayasal denetimi bağlamında iptal davasının değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Yazıda öncelikle, anayasal denetimin gerekliliği ve doğuşu ile anayasal denetimin niteliği anlatılmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemelerini ve Anayasa yargısını gerekli kılan nedenler ile kuruluşunda benimsenen amaçlar ve sebepler, gerekçeler özetlenmiştir

Yazıda müteakiben, yasama faaliyetlerinin anayasal denetiminde iptal davasının başta anayasa olmak üzere, Türk mevzuatında düzenlenişi izah edilmiştir. Yazıda ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından iptal davasının görüşülmesi hususu esas ve usul yönleriyle açıklanmıştır.

İptal davası başvuru dilekçesinde; İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususu; Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi hususları yer alır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, iptal davasını görüşürken, iptal davası başvuru dilekçesinde ileri sürülen iddiaları dikkate alarak ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olup olmadığının denetimini yapar. Anayasa Mahkemesi yaptığı anayasal denetim sonunda; Anayasaya aykırılığı nedeniyle ilgili düzenlemenin *iptaline* veya ilgili düzenlemenin anayasaya aykırılığı tespit edilemediğinden iptal başvurusunun reddine veya ilgili düzenleme ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına (*KVYO)* kararlarından birini verir.

İptal davası başvuru dilekçelerinde; İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususuna yer verilmektedir. Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmektedir. İptal davası başvuru dilekçelerinde yer alan anayasaya aykırılık gerekçelerinden genel olanları ve bu genel aykırılık gerekçeleri hakkında Anayasa Mahkemesinin değerlendirmeleri ile bu konularda verilen kararlardan örnek kararlara yazıda yer verilmektedir.

Yazı, konu ile ilgili bazı değerlendirmelerin yapıldığı sonuç bölümü ile sonlandırılmıştır.

I. ANAYASAL DENETİMİN GEREKLİLİĞİ VE DOĞUŞU

İkinci Dünya Savaşı sırasında, tüm dünya büyük insanlık trajedilerine ve toplu insan hakları ihlallerine tanıklık etmiştir. Bu deneyimler, savaşın ardından toplumların vicdanında derin izler bırakmış, insanların hak ve özgürlükleri konusunda duyarlılık oluşturmuştur. Uluslararası arenada, savaşın yarattığı sarsıntının etkisiyle birlikte, insan haklarına saygı gösterilmesini teşvik etmek amacıyla bir dizi uluslararası belge ve anlaşmalar kabul edilmiştir. Bunun için birçok ülke, demokratik ilkeleri güvence altına almak ve insan haklarını korumak maksadıyla anayasa mahkemelerini kurma yoluna gitmiştir. Bu süreç, demokratik değerlere vurgu yapma ve uluslararası düzeyde belirlenen normlara uyum çabalarını içeren önemli bir dönemi ifade etmektedir. Bu süreç,

demokratik değerlerin güçlendirilmesi, insan haklarının korunması ve uluslararası normlara uyumun teşvik edilmesi açısından önemli bir dönüşüm dönemini simgelemektedir. Anayasa mahkemeleri, bu çabaların merkezinde yer alarak toplumları daha adil, özgür ve demokratik bir yöne taşımıştır.

Anayasa mahkemelerinin kurulması, bu sürecin en belirgin sonucudur. Birçok ülke, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi temel hakları güçlendirmek için anayasa mahkemelerini kurmuş, bu mahkemelere anayasal düzenin korunması, temel hakların savunulması ve yasama organlarının denetlenmesi gibi önemli görevleri atamıştır. Kuşkusuz ki temel hakların garanti altına alınmasının en önemli işlevi toplumda güven ve istikrarın artmasıdır. Adalet ve eşitlik prensibinin herkes için geçerli olduğu kanısının toplumda yaygınlaşmasına katkıda bulunmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin kurulması sürecinde, özellikle Almanya, İtalya, Fransa gibi Avrupa ülkelerinde, Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisi temel alınmış, bu teoriye dayanarak anayasal düzenlemeler yapılmış ve anayasa mahkemeleri kurulmuştur.[1] Hans Kelsen, Avusturyalı bir hukuk teorisyeni ve filozoftur. En bilinen ve etkili çalışmalarından biri, *Normlar Hiyerarşisi* teorisi, hukukun analitik bir şekilde incelenmesini ve yasa normlarının nasıl işlediğini anlamaya yönelik bir çerçeve sunar[2]. Kelsen'in teorisi, hukukun normatif yapısını vurgulayan bir çerçeve sağladığı için, birçok ülke bu teoriden etkilenmiş ve anayasa mahkemelerini kurarak, yasaların hukukun temel normlarına uygunluğunu denetleme mekanizmalarını oluşturmuştur.

Kelsen, "*Normlar Hiyerarşisi*"ni 20. yüzyılın başlarında geliştirmiştir. Temel varsayımı, hukukun normatif bir yapıya sahip olduğudur. Kelsen'e göre, normatif bir düzen olan hukuk kademeli bir normlar sitemidir.[3] Bu normlar, bir üst norm tarafından yetkilendirilmiş ve belirlenmiş diğer normlara atıfta bulunan bir hiyerarşi içinde düzenlenir. En üstte ise "temel norm" veya "temel yasa" bulunur.[4] Ona göre, hukukun iç yapısı, soyut normlar aracılığıyla birbirine bağlıdır ve bu normlar yoluyla bir hukuki sistemin anlamı ve geçerliliği belirlenir.

Avrupa'da Kelsen teorisine uygun olarak, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen tek yetkili yüksek mahkeme modeli ilk olarak, 1920 yılında Çekoslovakya'da kurulmuştur. Ardından, 1920'de Kelsen'in doğum yeri olan Avusturya'da, 1937'de İrlanda'da anayasal denetim yetkisine sahip yüksek mahkemeler farklı isimler altında oluşturulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte, 1948'de İtalya'da, 1949'da Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, 1958'de Fransa'da, 1960'ta Kıbrıs'ta, 1961'de Türkiye'de, 1964'te Malta'da, 1978'de İspanya'da, 1982'de Portekiz'de ve 1983'te Belçika'da bu model benimsenmiş ve gerekli kurumlar inşa edilmiştir[5].

---

1 İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s.16-19.

2 Kaboğlu, 2011, s.18.

3 Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı", Ankara, 2018, C. 3, S.1, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 203-226.

4 Turhan, 2018, s.205

5 Ümit Güveyi, "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", Ankara, 2012, C.16, S.3, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.137-162.

Türkiye'de anayasa yargısının tarihçesine baktığımızda, 1961 öncesi ve 1961 sonrası olmak üzere iki ayrı dönem ön plana çıkmaktadır. 1876 Kanun-u Esasisi, sert bir anayasa modelini kabul etmiş olmasına rağmen, yargısal denetim konusunda herhangi bir hüküm içermemiştir. Benzer şekilde, 1921 Anayasası güçler birliği ilkesini benimseyerek anayasaya uygunluk denetimine yer vermemiştir. 1924 Anayasası ise sert bir anayasa modelini öngörmüş, ancak anayasaya uygunluk denetimi konusunda belirli bir düzenleme yapmamıştır. Bu dönemlerde anayasa yargısı eksikliği, doktrinsel tartışmalara neden olmuştur.

1961 Anayasası ile birlikte, Türkiye'de anayasaya uygunluk denetimi hukuk sistemine girmiş ve Anayasa Mahkemesi bu süreçte kurulmuştur. 1961 Anayasası'nın "*Görev ve yetkileri*" kenar başlıklı 147. maddesinin 1. fıkrasına (özgün hâli) göre; "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.*"[6] Bu hükme göre, ilk defa Anayasa Mahkemesi'ne kanun ve TBMM İçtüzüklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. 1971 yılında yapılan değişiklikle birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne, kanunlar ve TBMM İçtüzükleri ile birlikte anayasa değişikliklerinin anayasada öngörülen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görev ve yetkisi de verilmiştir. 1971 yılında yapılan değişiklik Mahkeme'nin görev alanını genişletmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri 1961 Anayasası'nda belirlenmiş, 1982 Anayasası ile bu yetkiler genişletilerek, anayasaya uygunluk denetimi konusundaki yetki tek bir organa verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 146 ila 153. maddelerinde düzenlenmiş ve Yüksek Mahkemeler bölümünde ilk sırada yer almıştır.[7] Anayasanın "*Görev ve yetkileri*" kenar başlıklı 148. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.*" Bu durumda Anayasa Mahkemesi, kanunları, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini ve TBMM İçtüzüğü'nü anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektedir. 1982 Anayasası, sert bir anayasa modelini benimsemiştir.

1982 Anayasası'nda pek çok değişiklik meydana gelmiştir. 2010 yılı, anayasa yargısı alanında önemli bir dönemeçtir. Bireysel başvuru hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na 2010 yılında yapılan önemli bir değişiklikle getirilmiştir. Bu değişiklik, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan Anayasa Mahkemesi nezdinde koruma yolunu açmıştır. Yine Mahkemenin üye sayısı ve görev süreleri gibi konularda yapılan düzenlemeler, 2010 yılında kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Yapılan Değişikliklere Dair Kanun ile gerçekleştirilmiştir.

6771 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve dolayısıyla parlamenter sistemde köklü değişikliklere gidilmiştir. Bu önemli değişiklikler, 24 Haziran 2018 tarihinde gerçekleştirilen Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ardından Cumhurbaşkanının göreve

---

6 tbmm.gov.tr (set: 4/3/2024).

7 mevzuat.gov.tr (set: 8/3/2024).

başlamasıyla birlikte tam anlamıyla yürürlüğe girmiştir. 6771 sayılı Kanun 18 maddeden oluşmakla birlikte Anayasa'nın yetmişe yakın maddesinde değişiklik yapmış ve Türkiye'nin hükümet sistemini esaslı şekilde yeniden yapılandırmıştır.[8] Bu değişiklik ile parlamenter sistem terk edilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan yeni hükümet sistemine geçilmiştir. Bu değişiklikle birlikte Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı 17'den 15'e düşürülmüştür. Ayrıca önemli bir değişiklik olarak anayasa yargısının konusunu teşkil eden kanun hükmünde kararnamelerin yerini Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) alması sayılmalıdır. Anayasa değişikliklerinin ardından Anayasa>kanun>yönetmelik sıralaması geçerliliğini sürdürecek olmakla birlikte, Anayasa> CBK> yönetmelik sıralaması da gündeme gelmiş bulunmaktadır.[9] CBK'lar cumhurbaşkanının tarafsız ve sorumsuz niteliğini değiştirmiş ve cumhurbaşkanını yetkileri ve görevleriyle yürütmenin başına getirmiştir. Yine bahsi geçen anayasa değişikliği ile askeri yargısı ayrımına son verildiği görülmektedir.

II. ANAYASAL DENETİMİN NİTELİĞİ

Tarihsel süreç içinde anayasa yargısının varlığı, demokrasi anlayışının ve Avrupa'daki gelişmelerin etkisiyle değişerek var olmaya devam etse de anayasa yargısının meşruluğu tartışılagelmiş bir konudur. Anayasa yargısının meşruluğu, genel olarak, kullanılan bir yetkinin hukuki kurallar ve toplum nezdinde uygun görülmesi ve kabul edilebilir bulunmasıdır. Bu kavram, genellikle hukukun evrensel ilkelerine ve toplumun genel kabul görmüş normlarına dayandırılarak değerlendirilir. Bu meşruluk, anayasa mahkemelerinin kararlarının geniş bir toplumsal destek ve hukuki temele dayanmasını içerir.

Anayasa yargısının meşruluğunun kabul gördüğü görüşe göre, anayasal üstünlüğün sağlanabilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi, yalnızca kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yapıldığında mümkündür.[10] Gözler ise Kelsen'in 'normlar hiyerarşisi'ne vurgu yaparak, anayasa yargısı meşruluğunun anayasa dışındaki mevcut tüm düzenlemelerin temel metne bağlı kalması gerekliliği ilkesine dayandırıldığını ifade etmektedir.[11] Bu anlayışa göre, anayasa yargısı diğer tüm normların ona uygun olma gerekliliğinden doğar ve ancak anayasa yargısı ile sağlanabilir. Bunun yanında bir diğer görüşe göre, anayasa yargısının varlığının temel unsuru anayasada çeşitli yollarla güvence altına alınan insan haklarını korumaktır.[12] Anayasa mahkemeleri bu görevi icra etmesi bakımından gereklidir. Özenç ise, kanunu yapanların aynı zamanda kanunları denetlemesinin siyasi endişeler ve hesaplarla tiranlığa

---

8 M. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara, 2017, C.75, S.3, Ankara Barosu Dergisi, s.23.

9 Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", Ankara, 2019, C. 36, S. 1, Anayasa Yargısı Dergisi, s.139-161.

10 Taylan Barın, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.6.

11 Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara, 2015, C.61, S.3, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s.132.

12 Mehmet Turhan, "Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasa'nın Ahlaksal Okunuşu", Ankara, 2012, Çankaya University Journal of Law, s. 6.

dönüşebileceğini söyler. Ona göre, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde anayasaya uygunluk denetiminin yapılması verilen kararların popülist siyasetten uzak ve hukuka yakın olmasını sağlar.[13]

Anayasa yargısının meşru olmadığını savunanlar, bu görüşlerini anayasaya uygunluk denetimi yapan kişilerin nihai olarak denetlenemeyeceği düşüncesine dayandırır. Örneğin halk tarafından seçilmiş yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar, anayasa mahkemesine atanmış hakimler tarafından denetlenmesi halkın iradesine müdahale şeklinde algılanması mümkündür. Anayasa yargısının beraberinde getirdiği güç, zaman zaman yasa koyucu üzerinde baskı yaratabilir ve eşitler arasındaki eşitliği bozabilir.[14] Gözler ise; anayasa mahkemelerinin uygunluk denetimi yaparken yaptığı yorumların her zaman doğru olamayacağını, günümüze kadar verilmiş olan anayasa mahkemesi kararlarının bazılarının yanlışlığının genel kabul gördüğünü, mahkeme üyelerinin yaptığı yorumlarda yanılabileceğini söyler. Gözler'e göre yasa yorumunda son söz, halk tarafından seçilen yasama organında olmalıdır.[15] Benzer görüşe sahip Waldron ise, seçimle gelmeyen çok az sayıdaki hâkime, anayasaya uygunluk kararı vermesi görevinin verilmesi siyasi iradesini ortaya koyan halkın hiçe sayılmasıdır.[16]

Anayasa, bir hukuk düzenindeki en üst düzeydeki hukuk kuralıdır ve diğer mevzuatın kaynağıdır. Anayasayı hangi şekilde tanımlarsak tanımlayalım, kavranılmak istenilen husus, anayasanın her zaman, hukuk düzeninin esası ve devletin temeli olduğudur.[17] Anayasanın hukuk sisteminin başlangıç noktasını oluşturduğu fikri, kelime anlamına bakarak da anlaşılabilir. Anayasa, kelime anlamıyla "*oluşum*" ve "*kuruluş*" anlamlarını içermekte olup, köken olarak Fransızca'da "*oluşturmak, meydana getirmek, kurmak, teşkil etmek*" gibi anlamlara gelen "*constitute*" fiilinden türemiştir.[18] İngilizce constitution ''*Bir ulusun, devletin veya siyasi yapının kendisine göre oluşturulduğu ve yönetildiği temel ilkeler sistemi veya bütünü.*" şeklinde tanımlanır.[19] Anayasa, siyasal sistemde bulunan tüm aktörlerin görev ve yetki dağılımını belirleyen, bu dağılımın sınırlarını çizen ve bağlayıcı üst normları içeren bir metindir. Bu sayede, bir yandan görev ve yetkiler açısından hukuki bir temel oluşturulurken diğer yandan devlet organları arasında hukuki bir belirlilik sağlanmış olur.

Bu çerçevede, yasama organı tarafından oluşturulan kanunların, bunun yanında yönetmelik, genelge gibi çıkarılacak tüm mevzuat düzenlemelerinin normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan anayasaya kesinlikle uygun olması gerekmektedir. Anayasanın üstünlüğünün güvence altına alınması ve etkisinin sağlanması, hukukun hakimiyeti ve hukuk devleti için kritik bir konudur. Bu bağlamda, anayasanın üstünlüğünün nasıl sağlanacağı ve anayasaya uygunluk

---

13 Berke Özenç, Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı, İletişim Yayınları, 2022, s.22

14 Güveyi, 2012, s.152.

15 Gözler, 2015, s.146.

16 Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", 2006, C.115, The Yale Law Journal, s.1361.

17 Hans Kelsen, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", Çev. Yasin Sönmez, Ankara, 2015, C.64, S.3, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 857-914.

18 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, Bursa, 2010, s.17.

19 https://www.oed.com/?tl=true (set: 10.4.2024)

denetiminin nasıl yapılacağı soruları tartışılagelmiştir. Gözler'e göre anayasa yargısının meşruluğu sorunu, kuralların anayasaya uygunluğunun tespit edilmesi gerekliliğine değil, bu ilkenin nasıl ve kim tarafından müeyyilendirileceği konusundadır.[20] Anayasaya aykırılıklar belirli yöntemlerle düzeltilmeli ve yaptırıma tabi tutulmalıdır.

Bu tartışmaların ışığı altında genel sorun, devletin kendi koyduğu kurallara uyup uymadığıdır. Bu husus, anayasanın temel prensiplerinin korunması ve uygulanması, anayasaya uygunluğun denetiminin gerçekleştirilmesini zorunlu kılar. Anayasaya uygunluğu sağlamak adına önümüze çıkan iki temel hukuki araç ise siyasal denetim ve yargı denetimidir.

A. SİYASAL (SİYASİ) DENETİM

Anayasaya uygunluğun tesis edilmesine yönelik yöntemlerden biri olan siyasi denetim, yasama organı tarafından üretilen bir kanunun oluşturulma aşamasında veya oluşturulduktan sonra belirli işlemleri içerir. Siyasi denetim kapsamında, meclis komisyonları tarafından yapılan kontrol ve devlet başkanı (Cumhurbaşkanı) tarafından gerçekleştirilen denetim bulunmaktadır.

Yasama faaliyetini gerçekleştiren meclis, kanun koyucu konumunda bulunmaktadır ve bu meclis bünyesinde kanun yapma sürecini yöneten çeşitli komisyonlar yer almaktadır. Bu komisyonlar aracılığıyla, henüz yasalaşmamış olan kanun teklifleri meclis içinde görüşülüp tartışılmaktadır. Bu süreç, kanun tekliflerinin konunun uzmanı kişiler tarafından detaylı bir inceleme ve tartışma sürecini içerir. Bu aşamada yapılan incelemelerden biri de ilgili kanun teklifinin anayasaya uygunluğunun araştırılması ve değerlendirilmesidir.

Kanun yapma ve yürürlüğe koyma süreçlerini tamamlayan mevzuat çerçevesinde, meclis tarafından kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanı'na yayımlanmak üzere gönderilir. Bu kanunlar hakkında, devlet başkanı onama yetkisine sahiptir. Ayrıca Cumhurbaşkanı hukuki geçerliliğini engelleme veya ertelemek amacıyla veto yetkisine de sahiptir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı bu kanunları anayasaya uygunluk açısından inceleyerek, onaylama veya veto etme yetkisini kullanır. Cumhurbaşkanı, ilgili kanun hükümlerinin anayasaya uygun olmadığını düşündüğünde, tespit ettiği uygunsuzlukları ve bunların hukuki nedenlerini belirterek, kanunu meclise geri gönderir. Cumhurbaşkanının, anayasal denetim konusunda önleyici ve uyarıcı bir işlevi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı anayasaya aykırılık nedeniyle veto ettiği hukuksal düzenlemeleri meclise geri gönderir. Meclis, Cumhurbaşkanının gerekçelerinde belirttiği aykırılığı haklı bulursa gerekli düzeltmeleri yapar. Bununla birlikte meclis eğer gerekçeleri haklı bulmazsa ilgili hukuki düzenlemeleri aynı şekilde kabul edip yasalaştırabilir.

B. YARGISAL DENETİM (ANAYASA YARGISI)

Siyasal denetimin yanı sıra, kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamak için başvurulan başka bir yöntem de yargısal denetimdir. Bu yargısal denetim için, anayasa yargısı terimi de kullanılabilir. Anayasa yargısı sayesinde, yasama organının kanun yapma işlemi, devletin diğer bir gücü olan yargı organı

[20] Gözler, 2015, s.147.

tarafından gözden geçirilmektedir. Yasama organının anayasaya aykırı yeni kurallar yaratabileceği ya da yarattığı zaman içinde tecrübe edildiğinden, siyasi denetimin yanında yargısal denetimin de olması gerektiği ortaya çıkmıştır

Anayasa yargısı dar anlamda, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal olarak denetlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır.[21] Geniş anlamda anayasa yargısı ise devlet işlemleri üzerinde gerçekleştirilen her türlü yargısal nitelikteki anayasa uygunluk denetimi olarak ifade edilmektedir.[22]

Anayasa Mahkemesi, yasaların ve diğer hukuki düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlerken iki temel yaklaşım kullanır: Soyut norm denetimi ve somut norm denetimi.[23] Bu iki denetim türü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148. maddesine dayanarak gerçekleştirilir ve Türk hukuk sisteminin temel prensiplerini yansıtır. Soyut ve somut norm denetimine ek olarak, 2010 anayasa değişikliği ile, anayasal yargıya dahil olacak bir başka yöntem de bireysel başvuru olmuştur. Bireysel başvuru, Anayasa ile AİHS ve buna ek protokollerin birlikte güvence altına aldıkları temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği ve kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine başvurulan bir hak arama yoludur. Yapılan başvuru üzerine Yüksek Mahkeme, detaylı bir inceleme yapar ve bireyin iddia ettiği hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda bir karar verir.[24]

1. Soyut Norm Denetimi (İptal Davası)

Soyut norm denetimi, belirli bir yasa veya hukuki düzenlemenin anayasa ile uyumlu olup olmadığını genel olarak değerlendiren bir denetim şeklidir. Türk Anayasa Yargısında iptal davası ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "*Dava Hakkı*" başlıklı 149. maddede iptal davası açabilecek olan kişi ve kurumları belirlemiştir.

Bu tür denetim, somut bir olaya veya duruma bağlı olmadan yasa veya düzenlemenin anayasa ile uyumlu olup olmadığını sorgular. Kaboğlu, soyut norm denetimini, *belirli bir yasa veya diğer hukuki düzenlemelerin anayasa ile çelişip çelişmediğini genel olarak değerlendirir* şeklinde tanımlar.[25] Bu denetim türü, hukukun üstünlüğünün korunması ve yasaların anayasa ile uyumlu olmasının sağlanması açısından kritik bir rol oynar. Soyut norm denetimden bahsedebilmek için sadece anayasal denetim yapmakla görevli bir organın kurulmuş olması şarttır. Somut norm denetimi uygulamaya dayandığı için yalnızca düzeltici olabilirken soyut norm denetimi önleyici olabildiği kadar düzeltici de olabilir.

---

21 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II), Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s.696.

22 Kaboğlu, 2011, s.1.

23 Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi", İstanbul, 2011, C.51 (1-4), Journal of Istanbul University Law Faculty, s.23-43.

24 Recai Akyel, "Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması", 2022, Sayı:68, Adalet Dergisi, s.65.

25 İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İmge Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 198.

2. Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)

Somut norm denetimi, belirli bir yasanın veya hukuki düzenlemenin anayasa ile çelişip çelişmediğini, bir olay veya durum bağlamında inceler. Bu tür denetim, belirli bir olayın anayasa ile uyumlu bir şekilde nasıl uygulanabileceğini veya uygulanamayacağını değerlendirir. Somut norm denetimi, Türkiye'de ilk kez 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin kurulması ile kabul edilmiş ve 1961 Anayasası'nın 151. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Somut norm denetimi, davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görmesi veya davanın taraflarından birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması üzerine Anayasa Mahkemesine başvurmasıyla gerçekleştirilir.[26] Görüldüğü gibi aykırılık iddiasını davaya bakmakta olan mahkemeler ya da davanın taraflarından biri ileri sürebilir.

Somut norm denetimi (itiraz yolu), kanunların Anayasa'ya uygunluğunu daha geniş bir katılım ve çeşitli perspektiflerle denetlenebilir kılmasından dolayı demokratikleşme açısından önemli bir yöntemdir. Bu yol ile hem davaya bakmakla yükümlü mahkeme hem de davanın tarafları yasanın Anayasa'ya aykırılığını öne sürebilmekte böylece, bu denetimin yalnızca belli bir grubun inisiyatifinde olmasını engellemektedir. Somut norm denetiminin bir diğer önemli özelliği ise, aykırılık iddiası ciddi bulunursa, mahkeme davaya bakmayı geri bırakır.

Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinde "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'ya aykırılık iddiasının kime ait olduğu, başvuru süresinde farklılık yaratır. Buna göre aykırılığın bizzat tespit edilmesi mahkemenin aykırılık kanısına varmış olmasını, taraflarca öne sürülmesi hâlinde de aykırılık iddiasının mahkemece ciddi bulunması gerekir.

3. Bireysel Başvuru

Ülkemizde bireysel başvuru 1982 Anayasası'nın ilk metninde yer almayıp, 5982 sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine 2010 yılında eklenen fıkra ile Türk anayasa yargısına girmiştir. Bireysel başvuru, bir norm denetimi yöntemi değildir. Diğer bir deyişle, bireysel başvurunun amacı, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek değildir.

Bireyin anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklarının korunması için benimsenen bireysel başvuru, sadece yasama işlemlerine değil, aynı zamanda idari ve yargısal işlemlere karşı da kullanılabilir. Bu yöntem, temel hak ihlali olduğuna inanılan her türlü kamusal işleme karşı başvurulabilir ve anayasa ya da yasada belirlenen yöntemle bireyin haklarını koruma amacını taşır.[27] Bireysel başvuru ile korunan temel hukuki değer, temelde anayasa ile

---

[26] Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul, 2015, s.245; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.398.

[27] Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.50.

güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerdir. Bu yolun kullanılabilmesi için, anayasa ile korunan bir temel hak ya da özgürlüğün ihlal edildiği iddiası olması gerekmektedir. Başvuru yolunun işletilebilmesi için, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında olan ve Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi gerekmekte ve bu ihlale karşı olağan kanun yollarının tükenmiş olması şartı aranmaktadır.

III. YASAMA FAALİYETLERİNİN ANAYASAL DENETİMİNDE İPTAL DAVASI

İptal davaları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148. maddesi çerçevesinde açılan ve belirli şartlara tabi olan hukuki davalardır. Temel amacı, yasaların veya Kanun Hükmünde Kararnamelerin anayasa ile uygun olup olmadığını sorgulamaktır. İptal davalarının amacı, Anayasa Mahkemesi'nin 1971 yılında verdiği bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasa, anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyimle, ayıklanması için *iptal davası* müessesesini kurmuştur."

Bu davalarda, anayasa ihlali nedeniyle ilgili yasa veya düzenlemenin geçersizliği talep edilir. Ancak bu talepler, yalnızca belirli kişiler ve kurumlar tarafından yapılabilmektedir. Anayasa'nın "*İptal davası*" başlıklı 150. maddesinde "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.*" hükmü yer almaktadır.

A. KONUSU

Bu hükme dayanarak iptal davalarının konusunu yasalar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve TBMM İçtüzüğü oluşturmaktadır. Yasalar, Anayasanın öngördüğü usullere uyularak yasama organı tarafından yaratılan herkesin uymak zorunda olduğu metinlerdir. Yasama organının ortaya koyduğu bu metinler, farklı usullerle oluşturulan bütçe ve af yasaları Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davalarının konusu olabilir. Bununla birlikte, 148. maddede anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil bakımından denetlenebileceği açıkça belirtilmiş olsa da 150. maddede bahsedilmez. Dolayısıyla anayasa değişiklikleri birer yasa niteliği taşıdığı için, bunlara karşı yalnızca şekil bakımından iptal davası açılır.

Daha önce 150. maddenin kapsamında yer alan kanun hükmünde kararnamelerin yerini, 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri almıştır. 16 Nisan 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği referandumu sonucunda, 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere ilişkin maddeler değiştirilmiştir. Parlamenter sitemde devlet başkanının yetkisizliği ve sorumsuzluğunu sağlamaya yönelik kullanılagelen karşı imza kuralı bu değişiklikler ile ortadan kalkmıştır. Yani daha önce tarafsız ve sorumsuz şekilde yürütmenin başı olan cumhurbaşkanı, yürütme organının tüm görev ve yetkilerini üstlenmiştir. Yetkilerin artmasıyla birlikte cumhurbaşkanı sorumsuz

statüden çıkmış ve bütün işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır.[28] Anayasanın 150. maddesi gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine havale edilmiştir. Kanunlar gibi etki doğuran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilir. Anılan maddenin metnine göre, bizzat Cumhurbaşkanı, kendi oluşturduğu CBK'lar için iptal davası açma yetkisine haizdir. Ancak pratikte, bu yol yerine, Cumhurbaşkanı çıkardığı CBK'da değişiklik yaparak aykırılığı giderebilecektir.[29] Olağanüstü hâl CBK için ise şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılık iddiası ile dava açılamaz. Bu kararnameler ancak meclisin siyasi denetimine tabi olabilir. Cumhurbaşkanlığı işlemlerinden yalnızca kararnameler anayasal yargıya konu olurken, diğer işlemleri ise Danıştay'ın konusuna girmektedir.[30]

TBMM İçtüzüğü parlamentonun yöntemsel bağımsızlığı ilkesinin bir sonucu olarak denetlenmemesi genel kabul gören bir alan ise de[31] Anayasa'nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi TBMM İçtüzüğünün anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi, içtüzük denetiminde *a posteriori* yani sonradan denetimi benimsemiştir. Yani, içtüzük değişiklikleri Resmî Gazetede yayınlanmasının ardından iptal davasının konusu olabilmektedir. Bunun yanında adı TBMM İçtüzüğü olmasa bile, bir meclis kararı TBMM İçtüzüğü niteliği taşıyorsa anayasa mahkemesi tarafından denetlenir. Bu husus, eylemli içtüzük olarak nitelendirilmektedir.[32]

Bununla birlikte 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 42. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar aleyhine şekil ve esas bakımından iptal davası açılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

B. DAVA AÇMA YETKİSİ

1982 Anayasası, 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, iptal davası açma yetkisine sahip olanları oldukça kısıtlamıştır. 1961 Anayasası'nın 149. maddesinde "*Cumhurbaşkanı; Yasama Meclislerindeki siyasi parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasi partiler; Yasama Meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri; kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal dâvası açabilirler*." hükmü ile oldukça geniş bir kesime iptal davası açma hakkı vermektedir. Bu madde, yüksek yargı ve üniversiteleri "*kendi görev alanı*" ile kısıtlarken, siyasi alana iptal davası açabilmek için bir konu ile

---

[28] Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul, 2017, C. 23, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.13-28.

[29] Yücel Özdemir, "Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi", 2021, C.29, S.4, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, s.3211-3257.

[30] Özdemir, 2021, s.3245.

[31] Abdulkadir Yıldız, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", Konya, 2017, C.25, S.1, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.73-114.

[32] Yıldız, 2017, s.85.

sınırlandırmamıştır. 1982 Anayasası ise, iptal davası açabilecek olanları "*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler*" şeklinde saymaktadır. Görüldüğü gibi 1982 Anayasası ile soyut norm denetimi genellikle siyasi bir otorite tarafından harekete geçirilir ve bu yönü ile siyasi yanı ağır basmaktadır.[33]

6771 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, 148. maddede iptal davası açabilecekler bakımından yeni bir düzenleme yoktur. Bunun yanında Anayasa'nın 148. maddesi ve 150. maddesi birlikte değerlendirildiğinde bir çelişki göze çarpmaktadır. Çelişki tam olarak iktidar ve ana muhalefet partileri meclis gruplarının, kanunların anayasaya şekil bakımından aykırılıkları iddiası ile iptal davası açıp açamayacakları noktasındadır.[34] 2017 Anayasa değişiklikleri öncesi, 148. maddeye göre kanunların şekil bakımından denetlenmesi Cumhurbaşkanı ya da TBMM üye tam sayısının beşte biri tarafından istenebilirken, 150. maddede kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve meclis içtüzüğünün şekil ve esas bakımlarından aykırılık iddiası Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet meclis grupları ve meclis üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekillerince ileri sürülebilir. Anayasa koyucunun, şekil ve esas yönünden bu yönde bir ayrım yapmış olmasının anlaşılabilir olmadığı görüşü hakimdir.[35] Soysal'a göre, bu çelişkili durumda uygulanması gereken 148. maddedeki özel hükümdür. Kanunların şekil bakımından anayasaya uygunluğunun denetiminde uygulanacak olan kural konusunda 148. maddedeki özel hüküm geçerli olacaktır.[36]

1. Cumhurbaşkanı

6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasasında köklü değişiklikler yapılmış, Cumhurbaşkanının yetkileri önemli ölçüde artırılmıştır. "*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*" olarak anılan bu sistemde, Cumhurbaşkanının sorumluluk ve sorumsuzluğunu belirleyen Anayasa'nın 105. maddesinde yer alan karşı imza kuralı yoktur.

Cumhurbaşkanı iptal davasının açılmasını gerekli görürse, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 'nün 44. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereği, başvuru dilekçesi Cumhurbaşkanının bu konuda yetkilendirdiği kişi tarafından Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği'ne teslim edilir.

2. Siyasi Parti Grupları

1982 Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden birisi de iptal davası açabilecek olan siyasi partilerin belirlenmesi noktasındadır. İktidar ve ana muhalefet partilerinin meclis gruplarınca iptal davası açılabileceğine dair olan düzenleme yerine, iptal davasının *Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu* tarafından açılabileceği belirtilmiştir. Pratikte, iktidar partisine meclis grubu en çok üyeye sahip meclis grubu olurken, ikinci en fazla üyeye sahip olan grup da genellikle ana muhalefet partisine ait olmaktadır. Böylece, söz konusu değişikliğin sonuçları ve uygulaması bakımından herhangi

---

[33] Kaboğlu, 2011, s.338.

[34] Hasan Dinç, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası Açma Yetkisi ve Organ Davası", Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.70.

[35] Özbudun, 2019, s.436.

[36] Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974, s.374.

bir fark yaratmayacağı söylenebilir.[37] 6771 sayılı Kanun ile getirilen hükümet sisteminin bir sonucu olarak artık mecliste iktidar ve ana muhalefet partileri de olmayacaktır.

3. Yasama Meclisi Üyeleri

1982 Anayasası'nın ilk halinde ve 6771 sayılı Kanun ile değiştirilmiş halinde TBMM üyelerinin beşte biri iptal davası açabilecekler arasında sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen 148. maddenin 2. fıkrasına ve iptal davasını düzenleyen 150. maddesine göre; meclis üyelerinin beşte biri; kanun, kanun hükmünde kararname (2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi) ve TBMM İçtüzüğe karşı anayasaya aykırılık iddiası ile hem şekil hem de esas yönlerinden dava açabilecekleri belirtilmektedir. Burada bahsi geçen milletvekilleri her patiden olabilir.[38]

1982 Anayasası'nın ilk halinde meclis üye tamsayısı 400 iken, 1987 yılında kabul edilen anayasa değişikliği ile 450'ye, 1995 yılında kabul edilen anayasa değişikliği ile 550'ye ve son olarak 2017 yılında kabul edilen anayasa değişikliği ile 600'e çıkarıldı. Zaman içinde meclis üye sayısında değişiklikler yaşanmıştır ancak iptal davası açabilecek oran üye tamsayısının beşte biri olarak kalmıştır. Son değişiklik ile 120 milletvekili soyut norm denetimi ile Yüksek Mahkeme'yi harekete geçirebilecektir.

Doktrinde iptal davası açabilmek için yeter sayısının yüksek olduğu, mecliste en yüksek üye sayısına sahip iktidar partisinin kendi iradesini yansıtan yasalara karşı iptal davası açmak istemeyeceği, diğer parti üyelerinin ise iptal davası açabilmek için yeter sayıya ulaşması için başka partilerin (iktidar partisinin de) desteğini almak zorunda kalabileceği ve tüm bu manzaranın demokratik bir sonuç doğurmayacağı tartışılmaktadır. Ülgen, TBMM üye tam sayısının 550 olduğu dönemde yaptığı çalışmasında, iktidar ve ana muhalefet partisi dışında kalan partilerin toplam milletvekili sayılarının 110 vekili aştığı dönemin yalnızca 20. yasama dönemi olduğunu belirtmiştir.[39]

C. SÜRELER

Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma süreleri, esas ve şekil bakımından yapıldığında farklılık göstermektedir. Anayasa'nın *Dava açma süresi* başlıklı 151. maddesine göre Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya içtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer. Bu maddede 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile "kanun hükmünde kararname" yerine "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ibaresi gelmiş, 60 günlük süre bakımından herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bunun yanında Anayasanın 148. maddesinde kanunların şekil bakımından anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin iptal davası açma süresi on gündür. Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak ayrıca bir hüküm yoktur ancak anayasa değişiklikleri kanun ile

---

37 Dinç, 2019., s.81.

38 Özbudun, 2019., s.435

39 Özen Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

yapılmalarından dolayı şekil bakımından iptal davası anayasa değişikliklerinde de on gün içerisinde açılmalıdır.[40]

IV. MEVZUATTA İPTAL DAVASI

İptal davasının anlamı, niteliği, kapsamı ile iptal davasının nasıl bir esasa sahip olduğu, hangi usullere tabi olduğu, takip edilecek süreç başta anayasa olmak üzere, kanun ve içtüzükte düzenlenmiş bulunmaktadır.

A. 1982 ANAYASASI

İptal davası, 1982 Anayasa'sının 150 ve 151. maddelerinde düzenlenmiştir. "İptal davası" başlıklı 150. madde, yukarıda da pek çok kez değinildiği gibi, "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.*" hükümlerini içermektedir. 151. madde ise iptal davasının süresini düzenlemektedir.

B. 6216 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USULLERİ HAKKINDA KANUN

Bu Kanunun İnceleme ve Yargı Usülleri başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümü iptal davalarına ayrılmıştır.

Kanun öncelikle 35. madde ile iptal davası açmaya doğrudan doğruya yetkili olanları maddeler haline sıralar:

a) Cumhurbaşkanı

b) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/209 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubundan her biri

c) Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri oranındaki üyeleri

(2) (Değişik: 2/7/2018 - KHK-703/209 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisindeki üye sayılarında eşitlik bulunması halinde, iptal davası açabilecek siyasi parti grupları, son milletvekili genel seçiminde alınan geçerli oy sayısına göre belirlenir.

(3) Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açmaya Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri yetkilidir.

Burada anayasanın saydıklarından farklı olarak meclis üye sayılarında eşitlik olması durumunda hangi siyasi partinin iptal davası açacağı sorunu, son milletvekili genel seçimlerine bakarak çözüleceğini belirtir.

İlgili Kanun'un 36 maddesinin (1) numaralı fıkrası, şekil bakımından denetimin sınırlarını ortaya koyar: "*Şekil bakımından denetim; Anayasa*

---

40 Özbudun, 2019, s.437.

değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı; kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususlarıyla sınırlıdır."

Maddenin devamında anayasa değişikliklerine karşı iptal davalarının yalnızca şekil bakımından açılabileceğini ve şekil bozukluğuna dayanan iptal davalarının öncelikle incelenerek karara bağlanacağını ifade eder.

Anılan Kanun'un 37., 38. ve 39. maddeleri iptal davası açma süreleri ve dava sürecinin nasıl işleyeceğini açıklamaya yöneliktir.

İptal davası açılmasında temsil ve uyulması gereken esaslar başlıklı 38. maddeye göre, dava, iptal istemli dilekçenin Yüksek Mahkeme'nin Genel Sekreterliği tarafından Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte açılmış sayılır. Dava dilekçesinde yer alması gereken unsurlar yine bu maddede belirtilmiştir.

Yine aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında "*Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur.*" ifadesi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi istemle bağlı olduğundan iptali istenen hukuk norm ya da normlarının hangileri olduğuna tereddüde mahal bırakmayacak şekilde yer verilmelidir.[41] Bu hususlara Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 'nün 45. maddesinde de değinilmiştir.

6216 Sayılı Kanun'un 39. maddesi iptal davalarının açılması aşamasında oluşabilecek eksikliklere yer verir. Buna göre dava dilekçesi, 38. maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığı yönünden kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenir. Başvuru dilekçesinde eksiklikler varsa kararla saptanarak on beş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması ilgililere tebliğ olunur. Eğer belirtilen süre içinde eksiklikler tamamlanmazsa, Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verilir. Mahkeme esasın incelenmesine karar verir ise, dava dilekçesi ile ekleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir.

C. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTÜZÜĞÜ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, genel olarak Mahkeme'nin iç düzenini ve çalışma usullerini belirler. Bu İçtüzük, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri, yetkileri, toplantıları, karar alma süreçleri, mahkeme içi ilişkiler ve benzeri konularla ilgili detaylı kuralları içerir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 44 ila 49. maddeleri arasında iptal ve itiraz davalarına ilişkin usullere ayrıntılı olarak yer vermektedir.

Başvuruların nasıl yapılacağına dair 44. maddeye göre *"İptal başvuruları, dava açma konusunda kendisine yetki verilen Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden en az birisi tarafından, dava dilekçesinin bizzat Genel Sekreterliğe sunulmasıyla yapılır. Cumhurbaşkanınca açılacak iptal davalarında ise başvuru dilekçesi, Cumhurbaşkanınca bu konuda yetkilendirilen kişi tarafından teslim edilir."* İptal davası dava dilekçelerinin Genel Sekreterlikçe Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte dava açılmış sayılır.

---

[41] Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açılması Usulü", Konya, 2000, C.8, S.1-2, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.161-169.

45. maddede iptal davası dilekçesinde bulunması gereken hususlar 3 kategoride listelenmiştir.

"*(1) İptal davası başvuru dilekçesinde şu hususlar yer alır:*

a) İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu,

b) Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi,

c) Yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğün durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması,

ç) Dava dilekçesinin elektronik ortamda kayıt örneği,

d) Dava dosyasında sunulan belgelerin tarih sırasına göre başlıklar hâlinde sıralandığı dizi pusulası.

(2) Dava, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri oranındaki milletvekilleri tarafından açılmakta ise dava dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir:

a) İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu,

b) Dava dilekçesindeki imzaların ilgililere ait olduğunu gösteren Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı ya da belirleyeceği bir görevlinin imzalı ve mühürlü onay belgesi,

c) Davayı açanların sıra numarasıyla adları ve soyadları ile seçildikleri bölgeler ve imzalarını içeren liste,

ç) Dava ile ilgili tebligatların yapılacağı milletvekili ya da milletvekillerinin adlarını gösteren belge.

(3) Dava, siyasi parti grupları tarafından açılmakta ise dava dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir:

a) Grup genel kurulu kararının onaylı örnekleri,

b) Dava dilekçesinde imzası olanların, grup başkanı veya vekili olduklarını belirleyen onaylı belge örnekleri."

Bu hususların, 6216 sayılı Kanun'a paralel olarak düzenlendiği görülmektedir.

İçtüzüğün 47. ve 48. maddelerinde dava dosyalarının Mahkeme içindeki sürecini anlatılır. Buna göre dava dosyaları, raportörlere uzmanlık alanlarına göre dağıtılır. Eğer gerekli görülürse bir dava dosyası için birden fazla raportör görevlendirilebilir. Başkan tarafından görevlendirilen raportör, ilk inceleme raporunu beş gün içinde hazırlar. Raporda dava dilekçesinin Kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı belirtilir. Raportör, raporunda işin esasına geçilmesine, başvurunun reddine, eksikliklerin giderilmesi için süre verilmesine, davanın açılmamış sayılmasına veya karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birinin verilmesi yönünde düşüncesini bildirir.

İçtüzüğün 49. maddesine göre yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse; eksikliğin giderilmesi için ilgililere on beş günden az olmamak üzere süre verilir. İlgililere yapılan tebliğde verilen bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde davanın açılmamış sayılacağı

hususu ihtar edilerek verilen süreye rağmen eksiklikler tamamlanmamış ise Genel Kurulca davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

V. İPTAL DAVASININ GÖRÜŞÜLMESİ

İptal davası başvurularını karara bağlamak Genel Kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Genel Kurul, Başkanın veya belirleyeceği Başkanvekilinin başkanlığında Başkan hariç en az on üye ile toplanır. Karar yeter sayısı, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile sağlanır. Eşitlik halinde, başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır. İptal davasının görüşülme usul ve esasları Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde izah edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu usul çerçevesinde iptal başvurularını sonuçlandırmaktadır.

Başvuruların alınması: İptal başvuruları, dava açma konusunda kendisine yetki verilen Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden en az birisi tarafından, dava dilekçesinin bizzat Genel Sekreterliğe sunulmasıyla yapılır. Cumhurbaşkanınca açılacak iptal davalarında ise başvuru dilekçesi, Cumhurbaşkanınca bu konuda yetkilendirilen kişi tarafından teslim edilir. Başvuru dilekçesini teslim eden kişiye başvurunun yapıldığına dair bir belge verilir. İptal başvurularına ilişkin dava dilekçelerinin Genel Sekreterlikçe Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte dava açılmış sayılır. Anayasa Mahkemesine intikal eden dava dosyaları, raportörlere uzmanlık alanları, ellerindeki iş sayısı ve dosyanın özelliği gözetilerek Başkan tarafından dağıtılır. Gerekli görüldüğü takdirde bir dava dosyası için birden fazla raportör görevlendirilebilir. Bu durumda, hazırlanan raporlar ilgili raportörler tarafından birlikte imzalanır.

İlk inceleme raporlarının hazırlanması: Başkan tarafından görevlendirilen raportör, ilk inceleme raporunu beş gün içinde hazırlar. Raporda dava dilekçesinin Kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı belirtilir ve alınması gerekli olduğu düşünülen karar türü ve gerekçeleri açıklanır. Raporda işin esasına geçilmesine, başvurunun reddine, eksikliklerin giderilmesi için süre verilmesine, davanın açılmamış sayılmasına veya karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birinin verilmesi yönünde düşünce bildirilir. Gerekli görüldüğünde Başkan tarafından raporun hazırlanması için ek süre verilebilir.

Başvurudaki eksiklikler: Mahkemece yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse; eksikliğin giderilmesi için ilgililere onbeş günden az olmamak üzere süre verilir. İlgililere yapılan tebliğde verilen bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde davanın açılmamış sayılacağı hususu ihtar edilerek verilen süreye rağmen eksiklikler tamamlanmamış ise Genel Kurulca davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Esas inceleme raporlarının hazırlanması: İlk incelemesi tamamlanıp Genel Kurulca işin esasına geçilmesine karar verilen başvurular, dosyanın esasına ilişkin raporun hazırlanması için raportörüne verilir. Raportörler esasa ilişkin incelemelerinin sonuçlarını, kendi düşüncelerini de içeren bir raporla Başkanlığa bildirirler. Esasa ilişkin raporun, esasın incelenmesine karar verildiği tarihten itibaren, ne kadar süre içinde hazırlanacağı raportörün de görüşü alınarak Başkanca belirlenir. Bu süre içinde esasa ilişkin raporunu hazırlayamayan raportör, gecikmenin nedenlerini ve incelemenin ne kadar süre içinde tamamlanabileceğini yazılı olarak Başkanlığa bildirir. Gerekiyorsa bu süre Başkan tarafından yeteri kadar uzatılabilir.

Esas inceleme raporunda aşağıdaki hususların bulunması gerekir: İlk incelemeye ilişkin süreç, Kuralın anlam ve kapsamı, Anayasa aykırılık iddialarının değerlendirilmesi. Raportör, raporunda bilimsel atıf kurallarına uyar. Raportör, işin niteliğinin karar taslağının yazılmasına elverişli olduğu durumlarda raporla birlikte karar taslağını da hazırlar. Raportör incelediği işin esasının görüşülmesinde hazır bulunarak gerekli açıklamaları yapar. Başvuruda Kanunun 43'üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilen nedenlerle bir kuralın iptali istenmesi durumunda, o kurala yönelik esas inceleme yapılmaz.

VI. İPTAL KARARI

İptal davası başvuru dilekçesinde; iptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususu; Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi hususları yer alır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, iptal davasını görüşürken, iptal davası başvuru dilekçesinde ileri sürülen iddiaları dikkate alarak ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olup olmadığının denetimini yapar. Anayasa Mahkemesi yaptığı anayasal denetim sonunda; Anayasaya aykırılığı nedeniyle ilgili düzenlemenin *iptaline* veya ilgili düzenlemenin anayasaya aykırılığı tespit edilemediğinden iptal başvurusunun *reddine* veya ilgili düzenleme ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birini verir.

Anayasa Mahkemesinin "*karar verilmesine yer olmadığına*" dair bir karar verebileceğine dair düzenleme Anayasada ve 6216 sayılı Kanunda bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi, adli ve idari yargı organlarının dava konusu ortadan kalktığında verdikleri benzer kararlardan esinlenerek her mahkemenin bu tür kararlar verebilme yetkisi olduğu sonucuna vararak iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi daha önce inceleyip Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği normlara ilişkin olarak yeniden iptal talebi söz konusu olduğunda, bu konuda karar verdiği ve başvurunun konusu kalmadığı gerekçesiyle *karar verilmesine yer olmadığı* kararları vermiştir[42].

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kanunların madde başlıklarının Anayasa'ya aykırılığı iddiaları karşısında, bunların tek başına bir anlamı olmadığından ve norm niteliği taşımadığından iptal davasına konu edilmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle söz konusu iptal talepleri hakkında *karar verilmesine yer olmadığı* kararları vermiştir[43].

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı gün hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmektedir. Yani, Anayasa Mahkemesi bir kanunu veya kuralı iptal ettiğinde, bu kararın geçerliliği, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı gün başlar ve iptal edilen kural o andan itibaren yürürlükten kalkar.

---

[42] Anayasa Mahkemesi, E.2023/82, K.2023/77, T.4/5/2023; E.2023/50, K.2023/157, T.28/9/2023.

[43] Anayasa Mahkemesi, E.2013/95, K.2014/176, T.13/11/2014; E.2014/146, K.2015/31, T.19/3/2015.

Ancak, aynı fıkranın devamında yer alan hükümler, Anayasa Mahkemesinin gereken bazı durumlarda iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebileceğini ifade etmektedir. Bu erteleme, Anayasa Mahkemesinin gerektiğinde, iptal kararının hemen değil, belirli bir tarihte yürürlüğe girmesini sağlayacak şekilde yapılabilir. Erteleme süresi ise bir yılı geçemez. Yani, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilir, ancak bu erteleme süresi en fazla bir yıl olabilir. Bu durum, belirli şartlar altında uygulamada esneklik sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir kuraldır.

Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebileceğini açıkça düzenlerken buna hangi durumlarda karar vereceğine dair açık bir düzenleme yapmamış, Anayasa Mahkemesinin bu kararı "gereken hallerde" verebileceği ifade edilmiştir. Anayasal düzenleme "*gereken haller*" demekle yetinmişse de gereken hallerin ne olduğu kanun veya Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde ayrıca belirtilmemiştir[44].

Anayasa Mahkemesi kararlarında "*bir boşluğun oluşacağı*", "*kamu hizmetinin aksamasına sebep olacağı*", "*kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek bir hukuksal boşluğun doğacağı*", "*doğacak hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğü*" ve "*kamu düzeniyle kamu yararını doğrudan etkileyecek nitelikte olacağı*" gibi hallerde hükmün yürürlük tarihinin ertelenmesi müessesesinin kullanıldığı anlaşılmaktadır[45].

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararları, belirli bir kanun veya kuralın iptal edilmesiyle birlikte, iptal edilen kanunun düzenlediği alanda bir "*hukuki boşluk*" yaratır. Bu hukuki boşluk, o kanunun yürürlükten kalkmasıyla, iptal edilen düzenlemenin yerine geçecek bir düzenleme olmadığı için uygulamada bir eksiklik ve belirsizlik ortaya çıkar. Hukuki boşluk ile yürürlükte bulunan bir kanunu açıkça ilga eden bir kanunun iptal edilmesi halinde yeni bir kanun çıkarılıncaya kadar geçecek sürede uygulanacak bir hukuk kuralının mevcut olmaması, bu şekilde bir kanuni düzenleme boşluğunun varlığı ifade edilmektedir. Örneğin, iptal edilen bir kanun, belirli kamu hizmetlerinin yürütülmesini düzenliyor olabilir; ancak bu kanun iptal edildiğinde, bu hizmetlerin devamını sağlamak için başka bir hukuki düzenleme olmadığı için hizmetlerin sürekliliği kesintiye uğrayabilir[46].

Bu bağlamda iptal kararlarının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi, kamu düzeni ve kamu yararını koruma amacını taşır. İptal kararının derhal yürürlüğe girmesi halinde ortaya çıkması muhtemel "*hukuki boşluğun*" kamu düzeni ve kamu yararı bakımından doğurabileceği tehlikeli sonuçların ve kamu hizmetlerinde gerçekleşmesi muhtemel aksamaların önlenmesi, yasama organına bu konuya ilişkin yeni düzenleme yapma imkanının verilmesi amaçlanmaktadır[47]. Bu aşamada yasama organından beklenen, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkması

---

[44] Taylan Barın/Muhammet Tayyib Uslu, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Kurumu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Görünümü", 2024, Yıl 15, S.59, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 60.

[45] Barın/Uslu, 2024, s.61

[46] Adnan Küçük, "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", 2013, S. 3, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 319.

[47] Küçük, 2013, s.320.

muhtemel hukuki boşlukları engellemek amacıyla kanuni düzenlemeler yapmasıdır.

VII. ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

İptal davası başvuru dilekçelerinde; iptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususuna yer verilmektedir. Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmektedir.

Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusu dilekçelerinde yer alan anayasaya aykırılık gerekçelerinden en yaygın olanları Anayasa'nın 2. maddesinde kapsamında hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık iddialarıdır. Bunun yanı sıra kanuni düzenlemelerin ilgili ve alakalı olduğu Anayasa maddelerinin her birine aykırılığı nedeniyle de iptal davası açılmaktadır.

Bu kapsamda başvurularda, iptali istenen normun hukuk devleti ilkesine ve bu ilke kapsamındaki güvencelere aykırı olduğu ve beraberinde normun düzenlediği konuya ilişkin temel ilkeleri ortaya koymadan, buna dair herhangi bir çerçeve çizmeden usul ve esasları belirleme yetkisini idareye devrettiği ve bu bağlamda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık taşıdığı sıklıkla dile getirilmektedir.

İptal davası başvuru dilekçelerinde yer alan anayasaya aykırılık gerekçelerinden en yaygın olan hukuk devleti ilkesi ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri hakkında Anayasa Mahkemesinin değerlendirmeleri ile bu konularda verilen kararlardan örnek kararlara yer verilmektedir.

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

1982 Anayasasının "*Cumhuriyetin nitelikleri*" başlıklı 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Hukuk devleti, en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır[48]. Hukuk devleti toplumun bir düzen içinde varlığını sürdürebilmesi için hukuk kurallarını uygulayan ve bu kurallara kendisi de uyan devlettir. Hukukun adalete bağlı, devletin de hukuka bağlı denetimden geçtikten sonra arta kalan sistem hukuk devletidir.[49]

Hukuk devleti beraberinde bazı şartların varlığını şart koşmaktadır. Bunun anlamı, söz konusu şartların varlığı halinde ancak gerçek anlamda bir hukuk devletinden söz edilebilmesinin mümkün olmasıdır. Bir devletin ve devlet idaresinin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için hangi şartların gerektiğini Kemal Gözler genel gerekler ve özel gerekler olarak ayrıma tabi tutarak ifade etmektedir.[50] Gözler, genel gerekleri yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlı olmaları; özel gerekleri ise idarenin yargısal denetime

---

48 Özbudun, 2019. s.124.

49 Sami Selçuk, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, 1. Baskı, İmge Kitapevi, Ankara, 2007, s.17

50 Gözler, 2011, s.82.

tabi olması, hakimlerin bağımsız ve teminat sahibi olması, idari faaliyetlerin önceden bilinebilir olması, hukuki güvenlik ilkesinin varlığı, idarenin mali sorumluluğu ve diğer gerekler olarak ifade etmektedir.[51] Benzer şekilde Ergun Özbudun hukuk devletinin şartlarını yürütme ve yasama organlarının denetimi, yargı bağımsızlığı, kanuni hâkim güvencesi, ceza sorumluluğunun ilkeleri ve hukukun genel ilkelerine bağlılık olarak ifade etmiştir.[52]

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş hukuk devleti tanımına göre; Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir[53].

Anayasa Mahkemesi bu genel yaklaşımıyla birlikte hukuk devletinin gereklerini doktrine benzer şekilde alt ilkelere ayırmış durumdadır. Bu ilkeler hukuk devletinin ayrılmaz bileşenleridir. Söz konusu ilkelerin Mahkemenin son dönem kararlarına yansıması aşağıda gösterilmeye çalışılmıştır.

1. Kanunların Geriye Yürümemesi

Hukuk devletinde güven ve istikrarın sağlanabilmesi için gerek özel gerekse kamu hukukunda kural olarak eğer kanunlar tersini öngörmüyorsa örneğin kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi durumlar söz konusu değilse kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara ve ilişkilere uygulanırlar[54]. Kanunların geriye yürümesi, getirilen yeni kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Yeni kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması ise kanunların geriye yürümesi olarak nitelendirilemez.

16/10/2020 tarihli ve 7254 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 9. maddesiyle 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen geçici 34. maddede yer alan "*...1/1/2020 tarihinden...*" ibaresi Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptal davasına konu edilmiştir.

4749 sayılı Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren geçici 34. maddesinde 2020 yılı için net borç kullanımı tutarının -1/1/2020 tarihinden geçerli olmak üzere- Hazine ve Maliye Bakanı ve Cumhurbaşkanı tarafından artırılan net borç kullanım tutarının iki katı olarak uygulanacağı öngörülmektedir. Dava konusu kuralı ise "*1/1/2020 tarihinden"* ibaresi oluşturmaktadır.

---

51 Gözler, 2011, s.83.

52 Özbudun, 2019, s.125-138.

53 Anayasa Mahkemesi, E.2001/406, K.2004/20, T. 17/2/2004.

54 M. Kerem Osmanoğlu, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", 2010, C. XIV, S. 3-4, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 89-116.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindendir[55]. Ancak kanun koyucunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak kanun yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur[56] (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 309).

4749 sayılı Kanun'un 5. maddesinde net borç kullanımı yetkisinin mali yıl içinde kullanılabileceği belirtilmiş, böylece bütçenin yıllık olması ilkesiyle uyumlu olarak borç kullanımında da bir yıllık dönemin dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanun'un 3. maddesine göre de net borç kullanımının, yıl içinde yapılan iç ve dış borçlanmalardan yıl içinde vadesi gelen anapara ödemelerinin düşülmesi ile elde edilen tutar olduğu gözetildiğinde mali yıl boyunca borçlanma ve anapara ödemesinin yapılabileceği ve yıl sonu itibarıyla 5. maddede ve ilave olarak geçici maddelerde belirtilen limitlerin aşılıp aşılmadığının değerlendirileceği açıktır. Böylelikle 4749 sayılı Kanun'un borçlanmada mali yılı esas alan bir sistem kurduğu ve verilen yetkiye limit itibarıyla sınır konulduğu, limite ilişkin değerlendirmelerin yıl sonunda yapılacağının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre dönem içinde anapara ödemesinin veya borçlanmanın önce yapılıp yapılmadığı dikkate alınmayacağı gibi parça parça yapılan borçlanmalar ve borç anapara ödemeleri de tek tek veya belirli tarihler itibarıyla toplam olarak dikkate alınmayacak, değerlendirme yıl sonundaki gerçekleşmeler üzerinden yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi dönemselliğin kabul edildiği ve hukuki durum, ilişki ve olayların dönem başında başlayarak dönem boyunca sürdüğü ve ancak dönem sonunda tamamlandığı hâllerde dönem içinde yapılan değişikliklerin dönem başından itibaren yürürlüğe konulması durumunda geriye yürüme söz konusu olmadığı değerlendirmesinde bulunarak dava konusu kuralla net borç kullanım limitinin artırılmasına ilişkin yetkinin kuralın kabul tarihinden geriye götürülerek mali yıl başı olan 1/1/2020 tarihinden itibaren kullanılacağının kabul edilmesini hukuk devleti ilkesine aykırı görmemiştir.

Konuya ilişkin bir diğer kararında Anayasa Mahkemesi, icra takibinin başlatılmasından sonra yürürlüğe giren, geriye etkili sonuç doğuran ve haciz yasağı öngören kurala ilişkin gerçekleştirdiği denetimde mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olan kuralın, alacağın tahsili sürecinin başlamasından sonra geçmişe etkili yasama tasarruflarıyla kararın uygulanma imkânını önemli oranda zorlaştırması yönüyle devlete olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmekte olduğunu belirtmiş ve Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar vermiştir[57].

---

55 Anayasa Mahkemesi, E.2018/103, K.2019/4, T.13/2/2019, § 15.

56 Anayasa Mahkemesi, E.2016/150, K.2017/179, T.28/12/2017, § 309.

57 Anayasa Mahkemesi, E.2018/108, K.2019/5, T. 13/2/2019.

2. Ceza Kanunlarının Geriye Yürümemesi

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"* denilerek *suçun kanuniliği*; üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek *cezanın kanuniliği* ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan *suçta ve cezada kanunilik* ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır[58].

Anayasa Mahkemesi 20/10/2016 tarihli ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış suçlar yönünden bu Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanmasına engel olan kurala ilişkin gerçekleştirdiği anayasallık denetiminde kuralın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görülmekte olan davalara Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngördüğünü, bu durumun ceza hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olduğunu, bu çerçevede kuralın 6750 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış bir suç yönünden ceza hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturduğunu belirtmiştir.

Diğer bir ifadeyle kural, mülga 1447 sayılı Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermemektedir. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır[59].

Anayasa Mahkemesi bu durumu Anayasa'nın 38. maddesi ile birlikte hukuk devleti ilkesine de aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha yakın tarihli bir kararında ise, ticari amaçla makaron veya yaprak sigara kâğıdı içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün, tütün harici herhangi bir madde doldurmanın, bu şekilde üretilen ürünleri satışa arz etmenin, satmanın, bulundurmanın veya nakletmenin yasak olduğuna ve ticari amaçla makaron veya yaprak sigara kâğıdını içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlara, satışa arz edenlere, bulunduranlara ve nakledenlere üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verileceğine ilişkin kuralın ticari amaçla makaron veya yaprak sigara kâğıdını içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlar, satışa arz edenler, bulunduran ve nakledenler yönünden 1/7/2020 tarihinde yürürlüğe gireceğini düzenleyen kuralı Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Anılan kararda Anayasa Mahkemesi hukuk devletinde ceza kanunlarının geriye yürütülemeyeceğini ilke olarak belirtmiş, ardından hukuk devletinin bir diğer temel ilkesi olan belirlilik ilkesi ile ilişki kurmuştur. Buna göre yasal

---

[58] Anayasa Mahkemesi, E.2019/9, K.2019/27, T. 11/4/2019, § 13.

[59] Anayasa Mahkemesi, E.2019/9, K.2019/27, T. 11/4/2019, § 27.

düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

Dava konusu kuralın hangi tarihte yürürlüğe gireceğini herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde hükme bağlayan kuralın belirlilik ilkesiyle çelişmediğini ve kanunların geriye yürümezliği ile suç ve cezada kanunilik ilkelerini ihlal etmediğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir[60].

3. Hukuki Güvenlik İlkesi

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının belirli, istikrarlı ve öngörülebilir olması, bireylerin bu kuralların kendilerine uygulanması sırasında idarece gerçekleştirilen tüm işlem ve eylemlerde devlete güven duymaları ve bu güvenin hukuk tarafından korunması olarak tanımlanabilir[61]. Bu bakımdan bireylerin güvenini sarsacak nitelikte düzenlemeler ve eylemler hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir.

Hukuki güvenlik demek, kişilerin hukuk kurallarını önceden bilebilmesi ve davranışlarını ona göre ayarlayabilmesi demektir. Başka bir ifadeyle kişiler, hangi davranışta bulunursalar hangi müeyyide ile karşılaşacaklarını önceden bilebilir durumda olmalıdırlar. Davranışta bulunulduğu zamanda hukuka uygun olan bir eylem, bir hukuk kuralı değişikliği ile hukuka aykırı hale getirilir ve eylemi gerçekleştiren kişiye müeyyide uygulanırsa, hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ihlal edilmiş olur[62].Bir hukuk devletinde, bireyler kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre ayarlayabilme imkanına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, bireyler kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmezler[63].

Anayasa Mahkemesi Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (SEDDK) karar organı olan kurulda, herhangi bir nedenle üye sayısının kurulun karar almasını imkânsız kılacak bir sayıya düşmesi hâlinde, toplantı nisabı sağlanacak şekilde ve bir ayı geçmemek üzere, kıdem sırasına göre başkan yardımcılarının üyeliğe vekâlet edeceğini düzenleyen kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri süren başvuruda hukuki güvenlik ilkesine yönelik değerlendirmelerde bulunmuştur.

Hukuk devletinin temel unsurları arasında yer alan hukuki güvenlik ilkesinin gereklerinden biri hukuki istikrarın sağlanması olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapının oluşturulmasının hukuki istikrara ve dolayısıyla hukuki güvenliğe hizmet edeceğini belirtmiş, hukuki istikrarın ise her şeyden önce hukuk normlarının birbirleriyle çelişki içinde olmamasına bağlı olduğunu ifade

---

60 Anayasa Mahkemesi, E.2020/68, K.2023/230, T. 28/12/2023, § 70.

61 Mehpare Çaptuğ, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", 2021, Yıl 9, S.17, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 141.

62 Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.103.

63 Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa,2015, s.87.

etmiştir. Bu açıdan devletin, hukuki güvenliği zedeleyici nitelikte, birbirleriyle çelişki oluşturan normatif düzenlemelerden kaçınması gerekir[64].

SEDDK'nın sigortacılık ve özel emeklilik sektörlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinde *bağımsız* şekilde faaliyet göstermek üzere kurulan bir Kurum olduğu, Kurumun karar organı olan Kurulu oluşturan başkan ve üyelerin görevlerini bağımsız ve tarafsız şekilde yerine getirmesi Kurumun var ediliş sebebinde, kuruluş amaç ve ilkelerinde esaslı bir unsur olarak öngörüldüğü ifade edilerek gerek Kurul üyelerinin gerekse üye sıfatını haiz olmamakla birlikte onların yerine vekâlet etmek suretiyle geçici de olsa karar alma mekanizmasına dâhil olacak kişilerin bağımsızlık ve tarafsızlığını zedeleyici ya da bunlar üzerinde kuşku oluşmasına sebebiyet verebilecek nitelikteki düzenlemeler Kurumun kuruluş amaç ve ilkeleriyle çelişki oluşturup varlık sebebiyle de bağdaşmayacağından bu alanda hukuki istikrarın, dolayısıyla hukuki güvenliğin sağlanamamasına yol açacağı belirtilmiştir[65].

Kurum başkanının aynı zamanda Kurulun da başkanı olduğu, dava konusu kuralda öngörülen düzenlemeyle Kurul başkanı ile onun atadığı ve hiyerarşik bakımdan astı konumunda olan personelin aynı heyet oluşumunda yer almasına ve oy kullanmasına ortam yaratıldığı, bu nitelikteki bir heyet oluşumunun, bu oluşum içinde vekil sıfatıyla karar verme görevini üstlenen kişilerin bilhassa Kurum içi etkilerden ve her türlü kaygı ve kuşkudan uzak bir şekilde karar verebilmeleri için gerekli koşulları sağladığından söz edilemeyeceği, ayrıca bu şekildeki bir oluşumun anılan kişilerin özellikle Kurulun başkanına karşı bağımsızlığı hususunda kamu vicdanında oluşacak kanaati olumsuz yönde etkilemesinin kaçınılmaz olduğu vurgulanan kararda kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır[66].

Anayasa Mahkemesi hâkimlik mesleğine giriş için gerekli olan yazılı sınavın yapıldığı ancak henüz sonuçların açıklanmadığı bir aşamada, mülakata çağrılacak adayların belirlenmesinde, yazılı sınavdan yetmiş puan alma koşulunun uygulanmamasını öngören kuralda ise hukuki güvenlik ilkesini hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değer olarak tanımlamış ve hukuki güvenlik ilkesi ile kanunların geriye yürümezliği ilkesi arasında ilişki kurmuştur. Hâkimlik mesleğine giriş için gerekli olan yazılı sınavın yapıldığı ancak henüz sonuçların açıklanmadığı bir aşamada mülakata çağrılacak adayların belirlenmesinde yazılı sınavdan yetmiş puan alma koşulunun uygulanmamasının öngörülmesi sebebiyle henüz taraflar arasında eski kural döneminde tamamlanmış, sona ermiş bir hukuksal durumdan ve bu bağlamda kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemden söz edilemeyeceğini belirten Anayasa Mahkemesi kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını belirterek iptal talebini reddetmiştir[67].

---

64 Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.5/4/2023, § 144.

65 Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.5/4/2023, §§ 144-146.

66 Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.5/4/2023, § 151.

67 Anayasa Mahkemesi, E.2018/91, K.2020/10, T.19/02/2020, §§ 25-36.

4. Hukuki Belirlilik ve Öngörülebilirlik İlkesi

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre hukuki belirlilik ilkesinde önemli olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Yasal düzenlemeye dayanılarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması koşuluyla yargısal içtihatlar ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Anayasa Mahkemesi hukuki belirliliğin yargısal içtihatlar ile de sağlanabileceğini ifade etmektedir. Kanun kurallarının genel olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacı gibi kanun yapma tekniğinden kaynaklanan bazı kısıtlar düzenlemenin belirsiz olduğu düşüncesi doğurabilmektedir. Bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi eğer normun düzenleme alanı yargısal içtihatlarla belirlilik sağlanabilecek nitelikte ise bunu dikkate almakta ve belirlilik bakımından sorun görmemektedir[68].

Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında yer alan *hukuki güvenlik* ilkesi kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlarken belirlilik ilkesi ise kanunların hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Belirlilik ilkesi; düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerekli kılar. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Buna karşılık söz konusu düzenlemelerin tamamının aynı kanunda yapılması zorunlu olmayıp incelenen kanun dışındaki kanunlarda ya da başka düzenlemelerde yapılmış olması da belirlilik ilkesi açısından yeterlidir.

Anayasa Mahkemesi faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması amacıyla ilgili Bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi (TMO) yönetim kurulunun görevlendirmesi ile TMO'nun ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımları ile buna ilişkin hizmet alımlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmadığını düzenleyen kurala ilişkin kararında hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine ilişkin değerlendirmelerde bulunarak anayasallık denetiminde önemli olanın TMO'nun hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağının, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağının ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığı hususları olduğunu belirttikten sonra incelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usulün düzenlenmediğini, dolayısıyla TMO'nun söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar

---

68 Anayasa Mahkemesi, E.2020/55, K.2023/228, T.28/12/2023, §§ 13-15.

çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı konusunda belirlilik bulunmadığını ifade etmiştir[69].

Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması bakımından kanunda düzenleme alanına ilişkin esaslı unsurların bulunmasını, başka bir ifadeyle genel çerçevenin çizilmiş olmasını yeterli görmekte, konuya ilişkin teknik ayrıntıların ikincil mevzuata bırakılmasının hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine aykırı bulmamaktadır.

Aday öğretmenliğe atanabilmek için yönetmelikle belirlenen yükseköğretim kurumlarından mezun olma şartı öngörülmesine ilişkin iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 3/2/2022 tarihli ve 7354 sayılı Öğretmenlik Meslek Kanunu'nun 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öğretmenlik mesleğine hazırlığın genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyon/öğretmenlik meslek bilgisi ile sağlanacağı, 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da öğretmen adaylarında genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyon/öğretmenlik meslek bilgisi bakımından aranacak niteliklerin Bakanlıkça tespit olunacağının hükme bağlandığını belirtmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca millî eğitim alanında ders verecek öğretmen adaylarında aranacak niteliklerin; genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyon/öğretmenlik meslek bilgisi ölçütleri çerçevesinde Bakanlık tarafından belirleneceği ve bu çerçeveye aykırı belirleme yapılamayacağı anlaşıldığını, bu yönüyle kuralla öğretmen adaylarında aranacak niteliklerin temel ilke ve esasları ile yasal çerçevenin kanunla belirlendiğini ancak belirlenen bu nitelikler çerçevesinde idare tekniği yönünden gelişen ve değişen şartlara göre belirleme yapılması gerekebileceği gözetilerek idareye düzenleme yetkisinin tanındığını dikkate alan Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun bu şekilde öğretmen adaylarında aranacak niteliklere ilişkin yasal çerçeveyi çizdikten sonra hangi dersin hangi niteliklere sahip öğretmen adayı tarafından okutulacağına yönelik düzenleme yetkisini idareye bırakmasında belirlilik ilkesine aykırı düşen bir yön bulunmadığına hükmetmiştir[70].

5. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi hukukun temel prensiplerinden biridir. Bu ilke, hukuk sisteminin güvenilirliğini sağlamak için önemlidir. Açık ve belirli bir şekilde düzenlenmiş kanunlar, bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini net bir şekilde anlamalarını sağlar. Ayrıca, kanunların geriye yürümemesi, bireylerin geçmişteki eylemlerinin mevcut kanunlarla cezalandırılmaması gerektiği anlamına gelir. Bu da hukukun öngörülebilirliğini artırır ve bireylerin hukuk önünde eşitliğini güvence altına alır.

Kanunilik ilkesi en önemli yansımasını ceza hukuku alanında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile gösterir. Ancak bu ilke, yalnızca ceza hukukuyla sınırlı kalmayıp, kamu hukukunun çeşitli alanlarında da önemli bir yere sahiptir. Kamu hukukunda devletin, bireyler üzerindeki etkisi daha belirgin olduğu için, kanunların belirleyici ve koruyucu bir rol üstlenmesi gereklidir. Bu bağlamda, vergi hukuku ve idare hukuku gibi alanlarda da kanunilik ilkesi, bireylerin haklarını güvence altına almak amacıyla uygulanır.

---

69 Anayasa Mahkemesi, E.2020/11, K.2023/98, T.18/05/2023, § 130.

70 Anayasa Mahkemesi, E.2022/47, K.2023/124, T.13/07/2023, §37.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi temel hakları sınırlayan düzenlemeler ile ilgili Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında gerçekleştirdiği kanunilik denetimini hukuk devleti ışığında gerçekleştirmektedir. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinin temel unsurlarından olan ***hukuki belirlilik*** ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.[71]

Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları sınırlayan düzenlemeler üzerindeki denetimi, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde kritik bir rol oynamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesi, temel hakların sınırlanmasının belirli koşullar altında ve belirli bir çerçevede yapılmasını öngörür. Bu bağlamda, kanunların yalnızca var olması yeterli değildir; aynı zamanda belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmaları gerekmektedir.

Hukuki belirlilik ilkesi, kanunların açık, net ve anlaşılır olmasını, ayrıca uygulayıcılar ve bireyler açısından herhangi bir tereddüte yol açmamasını sağlar. Bu, bireylerin yasal düzenlemelere güven duyabilmelerini ve devletin keyfi uygulamalarına karşı korunmalarını sağlar. Anayasa Mahkemesi, bu ilkeleri göz önünde bulundurarak, kanunların keyfiliğe yol açmadan ve temel hakları ihlal etmeden düzenlenmesini sağlamaya çalışır.

Bu noktada, hukuk devleti ilkesinin gereklilikleri, yalnızca kanunların varlığını değil, aynı zamanda bu kanunların nasıl uygulandığını ve bireylerin haklarını nasıl koruduğunu da kapsar. Hukuki güvenliğin sağlanması, bireylerin devletle olan ilişkilerinde güven duygusunun tesis edilmesi için esastır. Bu nedenle, kanunların belirlenen niteliklere sahip olması hem bireyler hem de kamu otoriteleri açısından büyük önem taşır.

Bu kapsamda gerçekleştirilen kanunilik incelemesi hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak görülebilir. Söz konusu ilke kapsamında gerçekleştirilen denetim, bir yandan kanunun kalitesini de gösteren ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biri olan hukuki belirlilik ilkesine temas ederken diğer yandan kanunun düzenlediği alanın genel çerçevesini belirleyip belirlemediği noktasında Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile kesişmektedir.

Anayasa Mahkemesi 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 11. maddesine 7416 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen (2) numaralı fıkranın birinci cümlesinin *"...bilirkişinin hak ve*

---

[71] Anayasa Mahkemesi, E.2015/41, K.2017/98, T.4/5/2017, §§ 153, 154; E.2019/106, K.2019/100, T.25/12/2019, §20; E.2020/15, K.2020/78, T.24/12/2020, § 10; E.2022/110, K.2023/115, T.22/6/2023, §17.

yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye..." bölümünün Anayasa'ya aykırılığını ileri süren başvuruda, bir kanunun kapsamına giren tüm hususların kanunda tek tek sayılmasının güçlüğü ve bu yöntemin bazı hususları eksik bırakabilme ihtimali söz konusu olduğunda kanun koyucunun temel kuralları saptayarak detayları daha alt düzeydeki düzenlemelere bırakmasının belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını belirtmiş, yasama organının temel ilkeleri ve çerçeveyi kanunla belirledikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasının, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını ifade etmiştir[72].

Anılan kararında Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesinin yukarıda temas ettiği ve kesiştiği belirtilen alanlara ilişkin birlikte bir inceleme gerçekleştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, 6563 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu Kanun'un amacının, elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olarak belirlenmiş olduğu; Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Ticaret Bakanlığı'nın, bu Kanun'un uygulanmasını ve elektronik ticaretin gelişimini sağlamaya, etkin ve adil rekabet ortamını korumaya, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının faaliyetlerine yönelik düzenleme yapmaya ve aracılık sözleşmesinde yer verilmesi zorunlu unsurları belirlemeye yetkili olduğu ve Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla denetim yapmaya yetkili kılındığı belirtilerek dava konusu fıkrada ayrıca Bakanlığın yapacağı bu denetim sırasında özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişi görevlendirme yetkisinin de bulunduğunun hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

Buna göre Ticaret Bakanlığı'nın, bu Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla yapacağı denetimler sırasında sadece elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların yazılımlarının ve algoritmalarının kontrolüne ihtiyaç duyulan özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişi görevlendirebileceğinin görülmekte olduğu, bu denetimler sırasında başka bir amaçla bilirkişi görevlendirilmesinin mümkün olmayacağı dikkate alındığında denetimler sırasında Bakanlığın hangi aşamada, hangi durumlarda ve hangi amaçla bilirkişi görevlendirebileceğinin açıkça düzenlendiği, bu bağlamda görevlendirilecek bilirkişilerin hak ve yükümlülükleri ile hangi uzmanlık alanları ve niteliklere sahip olmaları gerektiği hususuna ilişkin temel ilke ve esasların da belirlendiği dikkate alınarak kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı düşen bir yön olmadığı gibi hukuki belirlilik ilkesine de aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

6. Kamu Yararı Dışında Başka Bir Amacın Gözetilmemesi

Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kanunun kamu yararı dışında bir amaçla yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi kamu yararı konusundaki aykırılığın açık olması gerektiğini vurgulamış ve bu hâl dışında bir kanun hükmünün ülke

---

[72] Anayasa Mahkemesi, E.2023/177, K.2024/30, T.1/2/2024, §§ 56-62.

gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmayacağını yine kararlarında ifade etmiştir[73].

Bu itibarla Anayasa'ya uygunluk denetiminde kuralın öngörülmesindeki kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenir. Başka bir ifadeyle bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kuralın kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığının denetimiyle sınırlıdır.

Öğretmenlik mesleğinin aday öğretmenlik döneminden sonra Öğretmen, Uzman Öğretmen ve Başöğretmen olmak üzere üç kariyer basamağına ayrılacağına ilişkin kanuni düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi öğretmenlik mesleği için kariyer basamaklarının oluşturulmasının amacının, öğretmenlerin mesleklerinde kariyer ve liyakat esaslarına uygun olarak ilerlemeleri, mesleki gelişimlerini sağlamaları ve bunlara bağlı olarak özlük haklarının iyileştirilmesi olduğunun yasama belgelerinden anlaşıldığını, düzenleme ile öğretmenlik mesleğinin kariyer ve liyakat ilkelerine uygun olarak kariyer basamaklarına ayrıldığını ve bu itibarla kuralın kamu yararına yönelik olmadığının söylenemeyeceğini belirterek iptal talebinin reddine karar vermiştir[74].

7. Kanun Koyucunun Takdir Yetkisi ve Ölçülülük İlkesi

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi alkollü içkilerin, 22.00 ile 06.00 saatleri arasında perakende olarak satılamayacağı yasağına aykırı hareket edenlere, altmış beş bin Türk lirasından üç yüz yirmi bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilmesine ilişkin iptal davasını incelemiş ve idarelerin kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken alacağı kararların her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığını, bunun kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem olarak da kabul edilemeyeceğini belirterek idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunlu olduğunu ifade etmiştir. İdareye alt ve üst sınırlar arasında para cezasını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmasının, idarenin *keyfi* olarak hareket edebileceği anlamına gelmediğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi bu takdir yetkisinin somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile

---

73 Anayasa Mahkemesi, E.2018/99, K.2021/14, T.3/3/2021, § 102.

74 Anayasa Mahkemesi, E.2022/47, K.2023/124, T.13/7/2023, § 21.

tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, idarece cezanın alt sınırının üzerine çıkıldığında bunun nedenlerinin ortaya konulması ve gerekçelerinin açıklanmasının zorunlu olduğunu, bu hususların söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda yargı yerlerince gözetileceğini de belirterek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır[75].

Anayasa Mahkemesi birden fazla baronun bulunduğu illerde nüfus esasına göre hesaplanan adli yardım puanının yüzde kırkının barolar arasında eşit şekilde paylaştırılmasını düzenleyen kurala ilişkin 26/6/2023 tarihli kararında ise birden fazla baronun bulunduğu illerde baroların adli yardım hizmetine ilişkin cari giderlerinin karşılanabilmesine imkân tanıyan hükümlerin öngörülmesi kanun koyucunun takdirinde olduğunu kabul etmiş ancak bununla birlikte kanun koyucunun, takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça vurgulandığı üzere ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Söz konusu düzenlemenin üye sayısı az olan baroların adli yardım hizmetine ilişkin cari giderler bağlamında ödenek sorunu yaşamalarını engelleyeceği, bu itibarla kuralın baroların adli yardım hizmetine ilişkin cari giderlerinin karşılanması amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığının söylenemeyeceğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, orantılılık incelemesinde ise 1136 sayılı Kanun'un 180. maddesi uyarınca her baroya adli yardım ödeneğinin dağıtılmasına esas olmak üzere eşit şekilde beş temel puan verildikten sonra ilin nüfusuna göre hesaplanan puanın yüzde kırkı gibi yüksek orandaki bir bölümünün de eşit şekilde dağıtılması üye sayısı az olan baroların cari giderlerinin karşılanması amacını aşarak üye sayısı fazla olan baroların adli yardım hizmetini sunmada mali güçlükle karşılaşmasına yol açabilecek nitelikte olduğunu, buna göre birden fazla baronun bulunduğu illerde üye sayısı az olan barolarla üye sayısı fazla olan barolar arasında adli yardım ödeneğinin dağıtılması bakımından makul bir dengenin sağlanamadığını belirtilerek, kuralın orantılılık ve dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır[76].

8. Aynı Fiilden Dolayı Birden Fazla Yargılanmama veya Cezalandırılmama (Ne Bis İn İdem) İlkesi

Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında yer alan *aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)* ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz.

Anayasa Mahkemesi 12/7/2017 tarihli kararında, araçların yük taşımalarına ilişkin ölçü ve esasları belirleyen bir kuralın iptali istemini incelemiş ve öncelikle iptal istemine konu kuralın, araçlarının yük taşırken azami yüklü ağırlığı aşmaları

---

[75] Anayasa Mahkemesi, E.2020/103, K.2023/68, T.5/4/2023, § 13.

[76] Anayasa Mahkemesi, E.2022/100, K.2023/114, T.22/6/2023, § 59.

durumunda göndereni ve işleteni ayrı ayrı ve eşit miktarda idari para cezası ile sorumlu tuttuğunu, kuralda *işleten ile gönderenin aynı olması* durumunda aynı ihlal nedeniyle işleten ve gönderenin sorumlu olduğu miktarların toplamı kadar idari para cezası uygulanmasının öngörüldüğünü belirtmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, kuralın lafzı dikkate alındığında *gönderen* ve *işleten* için öngörülen ceza miktarlarının *toplamı*nın esas alınmasının, işleten ve gönderenin hukuka aykırı fiillerine bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanması ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırıma tabi tutulması sonucunu doğurduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, ne bis in idem ilkesine uygunluk yönünden kuralın yol açtığı söz konusu mükerrerliğin *aynı fiil*den kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun irdelenmesi gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, "işleten ile gönderenin aynı olması" halinde ortada bir gönderenin varlığından söz edilemeyeceğini, zira bu durumda kişinin kendi yükünü taşıdığını ifade etmiştir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın uygulanmasına neden olan hareketlerin, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün oluşturduğundan hukuki anlamda "*tek bir fiil*" olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış; bir kişinin (işleten) "*aynı fiil*" nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kuralın, ne bis in idem ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu tespit ederek söz konusu kuralı iptal etmiştir[77].

B. Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi

1982 Anayasası'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir ve bu yetki devredilemez.

Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, kanun adı altında veya bu adı taşımasa bile kanuna eş değerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin TBMM dışında başka bir organa veya makama devredilmemesidir[78].

Anayasa Mahkemesi çoğunlukla kararlarında yasama yetkisinin devri niteliğinde sayılmaması için idarenin düzenleme yetkisine ilişkin temel esasların kanunda belirtilmesini, idare tekniğine ilişkin ve uzmanlık gerektiren konuların düzenlenmesinin idareye bırakılabileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre yasa ile yetkilendirmeden Anayasanın öngördüğü biçimde kanun ile düzenleme anlaşılmamalı; kanun koyucu sınırlarını belirlemek koşuluyla kural koyma yetkisini idareye bırakmalıdır[79].

Anayasa Mahkemesi bir kararında yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin şunu ifade etmektedir: "Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk*

---

[77] Denizhan Horozgil, "AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Cezalarında "Non Bıs In Idem" İlkesi", 2021, C.34, S.157, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.279.

[78] Özbudun, 2019, s.212-213; Bayram Doğan, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", 2020, C. 28, S. 3, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.975.

[79] Elvin Evrim Dalkılıç, "Anayasa Mahkemesi'nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler", 2018, C.31, S.139, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.12.

Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin TBMM'ye ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede "*Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır"* denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilmezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir."[80]

Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilmezliğini şöyle ifade etmiştir: "*Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Ancak yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı düşmez."* [81]

Anayasa Mahkemesinin son dönemde vermiş olduğu kararlara bakıldığında ise yasama yetkisinin devredilmezliği konusunda düzenleme alanının, yani kuralın konusunun Anayasa'da kanunla düzenlenmesi emredilen konulardan olup olmadığı konusunda bir ayrıma gittiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu bağlamda Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konulara ilişkin daha katı bir çerçevenin varlığını aramakta, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme öngörülmeyen konularda ise genel ifadelerle yürütmenin yetkilendirilmesini yeterli bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu hususa dair şu ifadeleri kullanmaktadır: "*Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda da yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hâricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir.*"[82]

Anayasa Mahkemesi, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında bazı sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınav ve yerleştirilmesine ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceğini düzenleyen kurala ilişkin gerçekleştirdiği anayasallık denetiminde sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla belli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerden olduğunu, sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin devletin genel

---

[80] Anayasa Mahkemesi, E.2011/42, K.2013/60, T.9/5/2013.

[81] Anayasa Mahkemesi, E.2013/114 K.2014/184, T.4/12/2014.

[82] Anayasa Mahkemesi, E.2018/91, K.2020/10, T.19/2/2020, § 110.

idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğunu ve bu görevleri yerine getiren sözleşmeli personel Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan *diğer kamu görevlisi* kapsamında bulunduğunu tespit etmiştir. Bu tespitin bir sonucu olarak sözleşmeli sağlık personelinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerine yönelik temel ilkelerin kanunla belirlenmesi gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi kuralda sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığını belirterek kuralın yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkeyle bağdaşmadığını ifade etmiştir[83].

Fiyat İstikrarı Komitesinin ve sekretaryasının çalışma usul ve esaslarının üyesi bulunan kurum ve kuruluşların görüşü alınarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenmesini düzenleyen kural hakkında ise Anayasa Mahkemesi, 4059 sayılı Kanun'un kuralın da yer aldığı 1/A maddesinde Komitenin kuruluşu ve yapısının düzenlendiğini, görev ve yetkilerinin belirlendiğini, Sekretarya hizmetlerini yürütecek kurumun gösterildiğine dikkat çekerek kuralla idareye tanınan düzenleyici işlem yapma yetkisinin temel ilkelerinin belirlendiği ve genel çerçevenin çizildiği sonucuna ulaşmıştır[84].

VIII. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI

Anayasa'da ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da Anayasa Mahkemesi'nin kanunların yürürlüğünü durdurma yetkisine sahip olup olmadığına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 152. maddesi uyarınca, Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile başvurulan kanunları denetleme yetkisine sahiptir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan olarak bir kanunun yürürlüğünü durdurma yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesi, idari işlemlerin denetlenmesiyle ilgili önemli bir düzenleme yapmaktadır. Bu madde, idari işlemlerin yargı denetimine tabi olduğunu ve idari işlemlere karşı başvurulabilecek yargı yollarını belirler. Ayrıca, bu madde çerçevesinde, idari işlemlerin uygulanması sonucunda telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği belirtilmiştir.

Bu düzenleme, idari yargı alanında yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesini sağlayan bir çerçeve sunar. Yani, bir idari işlem, hukuk kurallarına açıkça aykırıysa ve bu işlemin uygulanması telafisi güç veya imkânsız zararlar doğuracaksa, yargı organları (idari yargı mercileri) bu işlemin uygulanmasının durdurulmasına karar verebilir. Bu kararın verilmesi için, hukuka aykırılık ve zarar şartlarının birlikte var olması gerekmektedir.

Öte yandan bu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisi vermemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılındığı hususlar yasama organı işlemlerinin denetimiyle ilgilidir. Burada belirtilen "*İdarî işlem*" kavramının yürütmenin içinde kalan idareyle ilgili olduğu açıktır. Bu sebeple Anayasa yargısındaki ismi "*Yürütmeyi durdurma*" olmamalıdır. Çünkü Anayasa

---

[83] Anayasa Mahkemesi, E.2018/73, K.2019/65, T.24/7/2019, § 203.

[84] Anayasa Mahkemesi, E.2023/22, K.2024/91, T.4/4/2024, § 28.

yargısında uygulanmasının durdurulması istenen norm yürütme organının değil yasama organının işlemidir[85].

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması konusunda içtihat oluşturduğu ilk kararı, 21/10/1993 tarihinde vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu tarihten önce verdiği kararlarında[86], kendisinin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir[87]. 21/10/1993 tarihli karar, 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile ilgili olarak verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu KHK'nin iptali için açılan davada verdiği karar, yürürlüğün durdurulması konusundaki yetkisini kullanmaya başladığı ve bu alanda bir içtihat oluşturduğu önemli bir dönüm noktasıdır[88]. Anayasa Mahkemesi, bu davada yürürlüğün durdurulmasına ilişkin ilk kararını vererek, gelecekteki benzer davalarda izlenecek bir yol haritası oluşturmuştur. Anılan kararda özetle; yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması gerektiği ve yargısal denetimin etkinliğinin artırıcı bir araç olarak yürürlüğün durdurulması kararının yargısal işlevi ve yargı yetkisi bulunan Anayasa Mahkemesince verilebileceği, mahkemelerce, yargılamanın niteliği gereği kullanılan yetkinin Anayasa Mahkemesince de kullanılabileceği, telafisi güç ve imkânsız zararların oluşmasını engellemek amacıyla bu tür kararın verilmesinin kamu yararı ve hukuk devleti ilkesine uygun olduğu, Anayasada bulunması gereken ancak bulunmayan yürürlüğün durdurulması kararı verebilme yetkisinin Anayasa tarafından açıkça yasaklanmamış olması nedeniyle bu konuda oluşan boşluğun Anayasa Mahkemesince takdir yetkisi kullanılmak suretiyle içtihat ile doldurabileceği ve iptal kararının niteliğinin yürürlüğün durdurulması kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceği gerekçelerine dayanılmıştır[89].

Söz konusu karar oyçokluğuyla alınmıştır. Bu bakımdan karara katılmayan üyelerin görüşleri de önemlidir. Karara üç üye katılmamıştır. Haşim Kılıç karşı oy yazısında, yürürlüğün durdurulması gibi önemli bir yetkinin, Anayasa'da ve kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade ederek bunun hukuki belirliliği sağlamak ve keyfi kararların önüne geçmek için gerekli olduğunu, Anayasa'da açık bir düzenleme olmadan böyle bir yetkinin kullanılması hem hukuki belirsizlik yaratacağını hem de mahkemenin etkinliğini zedeleyeceğini ifade etmiştir. A. Oğuz Akdoğanlı ise Anayasa değişikliği yapılmadan, yasa veya

---

85 Fatih Demircan, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği", 2015, C.28, S.120, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.133.

86 Anayasa Mahkemesi E.1972/13 K.1972/18, T.6/4/1972; E.1977/60 K.1977/81, T.24/5/1977; E.1985/659 K.1985/4, T.1/8/1985.

87 *"...Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesine ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin Mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini düzenleyen 44 sayılı Kanunda yer alması sonucuna varılacaktır. Anayasa Mahkemesine ne Anayasa ile ne de 44 sayılı Kanunla böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu ortadadır. Üstelik 152. maddenin eski metninde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kanun ve Yasama Meclisleri İçtüzükleri hükümlerinin karar tarihinde yürürlükten kalkması öngörülmüşken 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yürürlükten kalkmanın ancak gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günde gerçekleşmesi kuralı getirilmiştir. Anayasa Koyucunun iptal edilmiş bîr kanunun yürürlükten kalkması konusunda bile gösterdiği titizlik böylece daha belirginleşmiştir..."*

88 Anayasa Mahkemesi, E.1993/33, K.1933/40, T.21/10/1993.

89 İsmail Köküsarı, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 157-160.

yorum yoluyla uygulamayı durdurma yetkisinin tanınmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Anayasa'da hâkimin hukuk yaratmasıyla boşlukları dolduracağına dair bir hüküm bulunmadığını belirterek, iptal kararlarının gerekçe yazılmadan açıklanamaması ve geriye yürümezlik ilkelerinin yürürlüğü durdurma kararına engel teşkil ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yerleşmiş içtihatlarının bulunduğuna dikkat çekmiştir. Mustafa Bumin de karşı oy gerekçesinde, Anayasanın 6. maddesine atıfta bulunarak, devlet yetkilerinin yalnızca Anayasa'dan kaynaklanabileceğini yürürlüğün durdurulması kararına ilişkin ne Anayasada ne de Kanunda bir düzenleme bulunmadığını belirtmektedir. Bumin, Anayasada bir boşluk olmadığını, varsa bile içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma yetkisinin oluşturulmasının yeni sorunlar yaratacağını savunmuş ve böyle bir tedbirin gereksiz olduğunu ileri sürerek karşı oy kullanmıştır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, iptal davasını görüşürken, iptal davası başvuru dilekçesinde ileri sürülen iddiaları dikkate alarak ilgili düzenlemenin Anayasaya aykırı olup olmadığının denetimini yapar. Bu yüzden iptal davası başvuru dilekçesinin kaliteli düzenlenmesi gerekmektedir. İptal davası başvuru dilekçelerinde; İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu hususuna yer verilmelidir. Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmelidir. Ayrıca, yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğün durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması gerekmektedir. İptal davası başvuru dilekçelerinde, yukarıda sayılan hususlardaki uygulamaların yukarıda belirtilen kaliteyi çoğu zaman karşılamadığı gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, iptal davasını görüşürken, iptal davası başvuru dilekçesi ve ekleri, raportör tarafından hazırlanan rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların genel ve madde gerekçeleri, diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve gereği görüşülüp düşünüldükten sonra, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu karar vermektedir. Bu yüzden dolayı, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun ilgili yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı olup olmadığına dair isabetli bir karar verebilmesi için yukarıda sayılan belgelerin ve dokümanların yeterince doyurucu olması önemlidir.

Yasal düzenlemelerde, yazılması gereken genel gerekçe ile madde gerekçelerinin yeterince açıklayıcı ve doyurucu olduğunu söylemek her zaman mümkün olmamaktadır. Aynı şekilde, Meclis Komisyonları ve genel kurul oturum tutanakları gibi diğer yasama belgelerinin de ilgili yasal düzenleme hakkında yeterli ve doyurucu olduğunu söylemek her zaman kolay olmamıştır.

Yasaların Anayasaya aykırı olmayacak nitelikte olması arzulanır. Bu arzunun gerçekleşmesinin usulü belirlenmiştir. Yasama faaliyetini gerçekleştiren meclis, kanun koyucu konumunda bulunmaktadır ve bu meclis bünyesinde kanun yapma sürecini yöneten çeşitli komisyonlar yer almaktadır. Bu komisyonlar aracılığıyla, henüz yasalaşmamış olan kanun teklifleri meclis içinde görüşülüp tartışılmaktadır. Bu süreç, kanun tekliflerinin konunun uzmanı kişiler tarafından detaylı bir inceleme ve tartışma sürecini içerir. Bu aşamada yapılan incelemelerden biri de ilgili kanun teklifinin anayasaya uygunluğunun

araştırılması ve değerlendirilmesidir. Millet Meclisi İçtüzüğünün 39. maddesi "*Komisyonlar, kendilerine havale edilen tekliflerin ilk önce Anayasa'nın metin ve ruhuna aykırı olup olmadığını tetkik etmekle yükümlüdürler.*" demektedir. İçtüzük, komisyonlara tekliflerin öncelikle anayasaya uygunluğunun incelenmesi sorumluluğunu vermiştir. Yukarıda izah edilen sistemin ve bu normatif düzenlemelerin kaliteli ve etkin uygulanması ve gerçekleştirilmesi önemlidir.

Yasama faaliyetini gerçekleştiren, kanun koyucu konumunda bulunan TBMM, uzun süreli bir yasama faaliyetinde bulunma ve yasa çıkarma kültürüne ve geleneğine sahiptir. Bu geleneğin etkisi halen sürmektedir. TBMM, 23 Nisan 1920 tarihinde açıldığından itibaren yasama faaliyetini başlatmıştır, bu yasama faaliyeti hatta 1876 sonrası Meclisi Mebusanın geleneğinden etkilenmiş olarak sürdürülmüştür. TBMM yasama faaliyetleri ve yasa çıkarma yaklaşımı, anlayışı, niteliği ve şekli bu uzun süreli geleneğin ve kültürün etkisini hissettirmektedir. Yasaların genel ve kısa olması, idareye geniş yetki bırakma yaklaşımı eskiden süregelen bir yaklaşımdır. 23 Nisan 1920 sonrası çıkarılan yasaların oldukça genel ve kısa, ayrıca ilgili tüm düzenlemelerin idareye bırakıldığı anlaşılmaktadır. TBMM yasa yapma geleneği ve kültürü hususu göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyel R, "Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması", Adalet Dergisi, 2022.

Aliefendioğlu Y, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Ardıçoğlu M.A, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2017, C.75, S.3, ss.19-51.

Aslan V, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara, 2019, C. 36, S. 1, ss.139-161.

Atar Y, "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açılması Usulü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, ss. 161-169.

Barın T, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Barın T/ Uslu M.T, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Kurumu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Görünümü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2024, ss.51-90.

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Çaptuğ M, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2021, ss.133-160.

Dalkılıç E.E., "Anayasa Mahkemesi'nin Son Dönem Kararlarında Yasa ile Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, ss. 11-27.

Demircan F, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, ss.131-154.

Dinç H, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası Açma Yetkisi ve Organ Davası", Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

Doğan B, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, ss.965-1003.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, Bursa, 2010.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt II), Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

Gözler K, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara, 2015, C.61, S.3, ss.131-166.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2015.

Güveyi Ü, "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2012, C.16, S.3, ss.137-162.

Horozgil D, "AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Cezalarında "Non Bıs In Idem" İlkesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2021, ss.255-294.

Kaboğlu İ.Ö, Anayasa Yargısı, İmge Yayınevi, İstanbul, 2007.

Kaboğlu İ.Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar). İstanbul, Legal Kitabevi, 2011.

Kelsen H, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", Çev. Yasin Sönmez, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2015, ss. 857-914

Köküsarı İ, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Küçük A, "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, ss.311-357.

Osmanoğlu M.K, "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, ss.89-116.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Özdemir Y, "Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 2021, ss.3211-3256.

Özenç B, Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı, İletişim Yayınları, 2022.

Selçuk S, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, 1. Baskı, İmge Kitapevi, Ankara, 2007.

Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1974.

Teziç E, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi", Journal of Istanbul University Law Faculty, İstanbul, 2011, ss.23-43.

Teziç E, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul, 2015.

Turhan M, "Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasa'nın Ahlaksal Okunuşu", Çankaya University Journal of Law, Ankara, 2012, ss.1-42.

Turhan M, "Hans Kelsen'e göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2018, C. 3, S.1, ss. 203-226.

Ülgen Ö, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Yıldırım T, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2017, ss.13-28.

Yıldız A, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 2017, C.25, S.1, ss.73-114.

Waldron J, "The Core of the Case Against Judicial Review", The Yale Law Journal, 2006, C.115, ss.1346-1406.

Faydalanılan Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E.1972/13 K.1972/18, T.6/4/1972.

Anayasa Mahkemesi, E.1977/60 K.1977/81, T.24/5/1977.

Anayasa Mahkemesi, E.1985/659 K.1985/4, T.1/8/1985.

Anayasa Mahkemesi, E.1993/33, K.1933/40, T.21/10/1993.

Anayasa Mahkemesi, E.2001/406, K.2004/20, T.17/2/2004.

Anayasa Mahkemesi, E.2011/42, K.2013/60, T.9/5/2013.

Anayasa Mahkemesi, E.2013/95, K.2014/176, T. 13/11/2014.

Anayasa Mahkemesi, E.2013/114 K.2014/184, T.4/12/2014.

Anayasa Mahkemesi, E.2014/146, K.2015/31, T.19/3/2015.

Anayasa Mahkemesi, E.2015/41, K.2017/98, T.4/5/2017.

Anayasa Mahkemesi, E.2016/150, K.2017/179, T. 28/12/2017.

Anayasa Mahkemesi, E.2018/73, K.2019/65, T.24/7/2019.

Anayasa Mahkemesi, E.2018/91, K.2020/10, T. 19/2/2020.
Anayasa Mahkemesi, E.2018/99, K.2021/14, T.3/3/2021.
Anayasa Mahkemesi, E.2018/103, K.2019/4, T. 13/2/2019.
Anayasa Mahkemesi, E.2018/108, K.2019/5, T. 13/2/2019.
Anayasa Mahkemesi, E.2019/9, K.2019/27, T. 11/4/2019.
Anayasa Mahkemesi, E.2019/106, K.2019/100, T.25/12/2019.
Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T. 5/4/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2020/11, K.2023/98, T.18/5/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2020/15, K.2020/78, T.24/12/2020.
Anayasa Mahkemesi, E.2020/55, K.2023/228, T.28/12/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2020/68, K.2023/230, T. 28/12/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2020/103, K.2023/68, T.5/4/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2022/47, K.2023/124, T.13/7/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2022/100, K.2023/114, T.22/6/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2022/110, K.2023/115, T.22/6/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2023/22, K.2024/91, T.4/4/2024.
Anayasa Mahkemesi, E.2023/50, K.2023/157, T. 28/9/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2023/82, K.2023/77, T.4/5/2023.
Anayasa Mahkemesi, E.2023/177, K.2024/30, T.1/2/2024.

ISLAM, JUSTICE AND PREJUDICE: RETHINKING THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' APPROACH TO RELIGIOUS SYMBOLS

İslam, Adalet ve Önyargı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dini Sembol Yaklaşımını Yeniden Düşünmek

Doç. Dr. Hayrettin KURT*

Abstract: The European Court of Human Rights (ECtHR) has been criticized on the grounds that its approach to religious symbols is shaped not by fundamental rights and freedoms, but by subjective biases. Despite being bound by the European Convention on Human Rights (ECHR) and universal legal norms, it has been observed that in cases involving Islam, the ECtHR invokes abstract and culturally loaded concepts such as "European cultural heritage," "shared past and future vision," "active and passive object," and "fragility." As a result of this selective approach, religious symbols associated with Islam have been disproportionately restricted and a biased attitude has been exhibited by the Court. The analysis of relevant cases reveals a departure from the principle of proportionality in ECtHR judgments, along with a weakening of the principles of justice and impartiality. Through these controversial rulings, it is concluded that an approach potentially associated with Islamophobia has been adopted, and that the Court has been transformed into an institution shaped by cultural and societal prejudices, drifting away from universal legal standards.

Keywords: Religious symbols, freedoms, Islamophobia, ECtHR, Islam, Christianity.

Öz: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) dini sembollere yönelik yaklaşımı, temel haklar ve özgürlükler yerine öznel önyargılarla şekillendirildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ve evrensel hukuk normlarına bağlı olunmasına rağmen, İslam dinini içeren davalarda AİHM tarafından "Avrupa kültürel mirası", "ortak geçmiş ve gelecek tasavvuru", "aktif ve pasif nesne" ile "kırılganlık" gibi soyut ve kültürel değer yüklü kavramlara başvurulduğu görülmektedir. Bu seçici yaklaşım sonucunda, Mahkeme tarafından İslam'a ilişkin dini semboller orantısız biçimde kısıtlanmış ve önyargılı bir tutum sergilenmiştir. Örnek davaların analizinde, AİHM kararlarında orantılılık ilkesinden uzaklaşıldığı; adalet ve tarafsızlık ilkelerinin zayıflatıldığı tespit edilmektedir. Verilen tartışmalı kararlar aracılığıyla, İslamofobi ile ilişkilendirilebilecek bir yaklaşımın benimsendiği ve Mahkeme'nin, evrensel hukuk normlarından uzaklaşarak kültürel ve toplumsal önyargılarla şekillenen bir kurum hâline geldiği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dini semboller, özgürlükler, İslamfobi, AİHM, İslâm, Hıristiyanlık

* Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu II. Başkanı, Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu Üyesi, hayrettin.kurt@kgk.gov.tr

ORCID: 0000-0002-7941-7911 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676625

Makale Geliş Tarihi: 21.11.2024, Makale Kabul Tarihi: 21.03.2025

I. INTRODUCTION

Symbols are generally seen as an attempt to make sense of the objects or sounds found in one's environment. Although there is no universally agreed-upon definition, symbols can be broadly summarized as expressions of "transcendental reality," "linguistic" or "visual signs," and "experiences consisting of connotations surrounding a sign." A symbol is any concrete entity or sign that, through natural relationships, evokes something beyond the grasp of the senses. Gustav Menshing explains that "everything can be a symbol, but nothing can be a symbol by itself. A symbol is something established by a person or society. Every symbol has two elements: one is the material that is symbolized or accepted as a symbol, and the other is the spiritual truth that this material represents. The symbol that emerges from the cooperation of these two elements can belong to all areas of life"[1].

In daily life, language serves as a primary means of communication. Through this function, people find meaning and connection by communicating directly with one another. Occasionally, communication is achieved through indirect means, where symbolic expressions evoke meanings beyond the literal. These symbolic methods enrich understanding and create profound connections within human experiences. Symbols, as such, are not arbitrary associations; they are carriers of meaning that penetrate the essence of human existence.

However, in modern society, the interpretation and application of symbols are not always neutral. The politicization and cultural framing of symbols often reflect deeper societal issues, such as bias and prejudice. In this context, the phenomenon of **Islamophobia**—defined as the irrational fear, hatred, or prejudice against Islam and Muslims—has significantly influenced the perception of Islamic symbols. From the hijab to minarets, symbols associated with Islam are often subject to heightened scrutiny, restriction, or outright rejection in ways that do not apply to other religious or cultural symbols.

Islamophobia has transformed religious symbols into sites of contestation and cultural conflict, particularly in legal and political arenas. The European Court of Human Rights (ECtHR) has been a key battleground in this regard, where decisions involving Islamic symbols frequently highlight broader societal discomfort with Islam. These rulings often invoke abstract concepts such as "European Cultural Heritage" or "social cohesion," effectively framing Islamic symbols as threats rather than as expressions of religious freedom or identity. Such attitudes perpetuate a symbolic narrative that marginalizes Islam while privileging other religions, reinforcing Islamophobic tendencies in public and legal discourses.

In light of this, the role of symbols becomes not only a means of human expression but also a reflection of societal biases. As Martin Lings notes, while humans themselves are symbols of life's central truths, the symbols they create often reflect their cultural and ideological priorities. When these priorities are shaped by Islamophobia, symbols cease to be neutral expressions and become tools of exclusion and prejudice. This paper critically examines this dynamic, with a particular focus on the ECtHR's rulings on Islamic symbols, to explore

---

[1] Gustav Mensching, Structures and Patterns of Religion, Motilal Banarsidass, Michigan University, 1976, p. 220.

how Islamophobia has reshaped the perception and regulation of religious symbols in contemporary Europe.

A symbol is broadly understood as an attempt to attribute meaning to objects or sounds in one's environment[2]. While the concept lacks a universally agreed-upon definition, prevailing interpretations generally align around key ideas. Symbols are described as "transcendental realities[3]," "linguistic or visual signs," or "experiences consisting of connotations surrounding a sign."[4]. These experiences serve to signify meanings that extend beyond the tangible or immediately perceptible. The term "symbol," often synonymous with notions like sign, emblem, or representation, is defined as any concrete object[5] or sign that evokes or points to something that cannot be directly grasped through sensory perception. In this sense, "a symbol is the expression of the inexplicable"[6] and serves as "a communication tool capable of conveying multiple meanings." More specifically, "a symbol is an object, an action, or any human-made sign that directs attention to a reality beyond itself, represents something, or depicts it."[7] Gustav Menshing encapsulates the complexity of symbols by asserting that "everything can be a symbol, but nothing is inherently a symbol[8]." According to Menshing, a symbol arises from the collective attribution of meaning by an individual or a society. He identifies two essential elements in any symbol: the physical substance that is symbolized or designated as a symbol, and the spiritual or conceptual truth that this substance represents. Through the interplay of these two components, symbols transcend their materiality to acquire profound meaning, permeating all domains of human life[9].

In everyday life, language serves as a primary tool for communication, enabling individuals to connect and derive meaning from their interactions. Through direct communication, people share thoughts, ideas, and emotions, thereby making sense of the world around them. At times, however, communication is pursued through more indirect means, employing methods that invoke meanings extending beyond the literal. Such approaches, enriched by symbolic expressions, create a resonant and expansive effect, deepening the layers of understanding and interpretation[10]. Symbols are far from arbitrary associations; they are profound carriers of meaning that resonate with the core of

---

2 Hüsnü Aydeniz, "Religious Symbols, Loss of Meaning of the Symbol and A Traditionalist Approach to Its Effects (Renê Guênon Example), EKEV Academy Magazine, Issue 15, No. 48 (Summer 2011), p. 76; Martin Lings, Simge ve Kökenörnek: Oluşum Anlamı Üzerine, Trans . Süleyman Sahra, Ankara, Hece Publications, p. 10-11.

3 Ömer Faruk Yavuz, "The Symbolic Value of the Concepts of Sacred Space, Time and Things in the Quran", Milel and Nihal, Journal of Faith and Culture Mythology Research, No. 3, No. 1-2, December 2005-June 2006, p. 42.

4 Ibid, s. 42.

5 Rıza Kardaş, "Symbol", Turkish Encyclopedia (I-XXXIII), National Education Basımevi, Ankara, 1980, XXVIII/417, New Türk Encyclopedia (I-XII), Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1985, IX/3495, "Symbol" clause.

6 Sadık Kılıç, Symbolic Language in Islam, Istanbul, 1995, p. 56.

7 Benjamin Franklin Kimpel, The Symbols of Religious Faith, New York, 1954, p. 132.

8 Ibid, p. 56.

9 Annemarie Shchimmel, "What is the Function of Symbol in Religion?", AÜ Faculty of Theology Journal, Ankara 1954, Vol. III, pp. 3-4, p. 68.

10 Aydeniz, p. 15-17.

human existence. Through these meaningful connections, the language of communication breathes life into symbols, imbuing them with purpose and depth [11]. Symbols are far from arbitrary associations; they are profound carriers of meaning that resonate with the core of human existence.[12].

Symbols, with their inherently dynamic nature, are not universally understood. Their meaning often evolves in response to changes in the specific time or place to which they are tied. For instance, symbols associated with a particular era or location may transform as the context of that era or location shifts[13]. Symbols are closely tied to culture. Because the symbol contains all visible and invisible elements of culture. The connotation of the symbol aims for everyone to understand the same thing. In this regard, the use of a symbol evokes the religious beliefs, culture and historical values of the person using it[14]. Again, the symbol is also understood as another reality that exceeds its own reality or the object that depicts this reality [15]. Elements of symbolism cannot be ignored in any way. In this context, it also points to a universal "phenomenon"[16]. Attributing meaning to symbols is equivalent to human history[17].

It is known that in human history, every society, every belief, whether celestial or not, created a life form by attaching meaning to symbols. For example, beliefs such as idolatry and pagan culture have been accepted as a transcendent element that unites societies. However, it is also seen that the "religious symbols" related to the heavenly religions have a more clear and privileged quality. This quality is in such an intense form that, for example, the symbols in Judaism, which have remained unchanged for two thousand years, have gained a content that affects the geography of the Middle East in social, cultural and political terms today. Covenant, circumcision, rainbow, ark of the covenant, menorah - seven-branched candelabra, star of David - seal of David - shield of David, wailing wall, tablets, ten commandments, tabernacle - tent, Jerusalem temple - Temple of Solomon, Synagogue, worship - prayer, fasting, cross, sacrifice, manna and quail meat, Rosh Ha Shanah - New Year's Eve, Yom Kippur - Day of Atonement, Sukkoth - Feast of Tabernacles or Tabernacles, Pesach - Passover or Passover, Shauot - Pentecost or Feast of Weeks, Hanukkah - Feast of Instruction, Purim - Religious symbols such as the Feast of Esther,

---

[11] Kılıç, p. 76; A. N. Whitehead, “Uses of Symbolism ”, Daedalus , Vol . 87, No. 3, Symbolism in Religion oath Literature, pp. 109-123.

[12] Aydeniz, p. 76; Martin Lings, Simge ve Kökenörnek, Trans. Süleyman SAHRA, Ankara, Hece Publications, p. 10-11.

[13] Aydeniz, p. 76; Lester B. Rowntree/Margaret W. Conkey, “Symbolism oath Cultural Landscape ”, Annals of the Association of Americans Geographers , Vol . 70, No. 4, p. 462.

[14] Selçuk Kürşad Koca, “The Relationship between Culture and Symbol in General Lines”, SAU Journal of Science and Literature , 2010-II, p. 90.

[15] Galip Atasagun, Religious Symbols in Divine Religions (Judaism, Christianity and Islam) , Doctoral Thesis, Selçuk University Institute of Social Sciences, Deparatment of Philosophy and Religious Sciences, Deparatment of History of Religions, Konya 1996, p. 1, footnote 4, Kimpel, p. 132.

[16] Aydeniz, p. 88.

[17] Atasagun , p. 30 ; Kenan Has, Symbolism and the Cross, Ankara, Theology Publications, p. 30.

Shabbath-Sabbath or Saturday[18] are discussed in a way that unifies the Jewish society and even guides socio -political decision-making mechanisms.

On the other hand, trinity, church, bell, icon, fish, indulgence, excommunication, twelve apostles, rooster, rosary, original crime or original sin, problem of atonement and crucifix, crucifix, worship-prayer, fasting, crucifix, christmas or christmas, which are found in Christianity. Religious symbols such as tree, easter or easter, pentecost, baptism, repentance-confession of sin, oil of the sick or anointing with oil have created a Christian Culture and Civilization.

Religious symbols[19] related to the religion of Islam such as the Kaaba, mosque, adhan, qibla, prayer, fasting, cross, zakat, sacrifice and Eid al-Adha, Eid al-Fıtr, Reqaib night, Miraj night, Berat night, Qadir night and so on are [20]included in Islamic Culture and Civilization. Islamic symbols, while deeply significant on an individual level, have historically had less societal projection compared to those of Judaism and Christianity. The symbols of the latter two religions have been regarded as integral to shaping modern societal frameworks and cultural identities. In contrast, Islamic symbols have often been framed as representative of underdeveloped Eastern societies, perpetuating a narrative that marginalizes their contributions to broader cultural and civilizational discourse.

The negative perception of Islamic symbols in Europe is largely rooted in their prominent visibility in public spaces, which challenges established cultural norms. This perception has been further exacerbated by historical and political events, particularly the September 11 attacks, which became a turning point in shaping attitudes towards Islam. Additionally, the rise of global terrorist organizations like Al Qaeda and the escalating violence in parts of the Islamic world have reinforced stereotypes, contributing to a distorted view of Islamic symbols as markers of extremism rather than expressions of faith and identity. This dynamic underscores the need for greater efforts to foster understanding and dismantle biases in multicultural societies.

Certain symbols have attained profound significance and a unique symbolic language due to the extraordinary events associated with them. Examples include the Staff and Tablets of Moses and the Throne of Bilqis. Through divine intervention, Moses' Staff was miraculously transformed into a giant serpent, and the Tablets were bestowed from the heavens. These objects, transcending their physical forms, convey layered meanings and serve as conduits for deeper connotations[21]. Each time these symbols are referenced, they evoke distinct associations, ranging from sacredness in some communities to manifestations of identity in others. Their multifaceted nature allows them to carry profound spiritual and cultural resonance, making them enduring markers of collective memory and belief systems across diverse societies[22]. Similarly, the turban traditionally worn by Muslim men and the headscarf worn by Muslim women are recognized as significant symbols of Islam. In Christianity, the cross

---

18 Atasağun, p. 23 ff.

19 Husband, p. 97 ff.

20 Atasağun, p. 177 ff.

21 Ibid, s. 65.

22 Robert A. Orsi, Religious Studies, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 86 ; Laurent Berger , “Why Maurice Bloch's Work on 'Religion' Is “Nothing Special but Is Central”, Religion oath Society : Advances in Research , 1 (2010): 14–18, p. 16.

of Jesus stands as a powerful emblem of faith, while in Judaism, the kippah or skullcap is a visible representation of religious identity.

These symbols not only signify adherence to respective religious traditions but also hold profound spiritual and cultural importance. In Christianity, the Apostles' Creed, recited during baptism, is referred to as the "Symbol of the Apostles." This creed, proclaimed by an individual converting to Christianity, is regarded as a deeply meaningful affirmation of faith. It serves as a formal and authoritative declaration of the individual's acceptance of the Christian religion, embodying their commitment to its teachings and values[23].

In the Holy Quran[24], descriptions such as "the Hand of Allah" and "Allah has ascended to the throne" serve as religious symbols not intended to define the essence of Allah[25], but rather to aid human understanding of His divine nature through symbolic representation. Similarly, symbolic language is frequently employed in the depiction of paradise within the Quran. Expressions like "paradise with rivers flowing beneath,"[26] "paradise with mansions,"[27] and "paradise with flowing sherbet"[28] illustrate the use of symbols to convey spiritual concepts in a relatable manner. Symbols play a fundamental role in every belief system, carrying a deeply symbolic character that facilitates the interpretation of transcendent realities. Concepts such as turning towards God, obedience to the divine, reverence for supernatural entities, and relationships among beings are often communicated through symbols. In the Quran, this symbolic framework is evident in various elements, such as the mysterious letters known as *Hurûf-u Mukatta* found at the beginning of certain surahs. These letters, which have no direct linguistic equivalent in Arabic, are understood through Hadith narrations[29] to hold metaphorical meanings, serving as a spiritual code between Allah and His servants.

Ultimately, symbols, whether religious or secular, are inseparable from their cultural and societal contexts. They embody a collective expression of emotion, thought, belief, and feeling that evolves alongside societies. Attempts to alter, replace, or ban such symbols would undermine their inherent role as vital instruments of communication and identity[30].

---

23 Atasağun, p. 2.

24 Surah al-Fath, 11.

25 Purgatory Surah, 54 ff.

26 Repentance Surah, 72; ra'd Surah, 35 ff.

27 Surah Sajdah, 19.

28 Surah Muhammad, 15.

29 Abdullah Önder, "Hurûf-u Mukatta'a I", İslami İlimler Araştırmaları Dergisi, 2019/1, p. 98.

30 Atasağun, p. 20.

II. RELIGIOUS SYMBOLS IN EUROPE AND AMERICA: LEGAL AND SOCIAL DIMENSIONS

A. Generally

The regulation and role of religious symbols in Europe and America encapsulate a multifaceted interaction shaped by migration, cultural integration, and the evolution of legal frameworks. Migration, as a transformative social phenomenon, extends beyond the mere relocation of individuals; it encompasses the transfer of cultural and religious identities symbolized by tangible and intangible markers. These symbols, when introduced into new geographies, not only enrich the cultural mosaic of host societies but also provoke debates over their visibility and acceptability, particularly within the public sphere. The ensuing controversies highlight the divergent legal approaches adopted by nations, shaped by their unique historical trajectories, social dynamics, and constitutional principles. Such regulatory responses reveal an ongoing negotiation between the universal commitment to religious freedom and the localized concerns of public order, secularism, and social cohesion.

In Europe, religious symbols such as the headscarf, cross, and minaret have become central to debates about cultural identity, secularism, and religious freedom, with nations adopting varied regulatory approaches. In France, the headscarf became a contentious issue in 1989 when Muslim students sought to wear it in schools. While the French Council of State acknowledged the headscarf as part of religious freedom, it imposed conditions to prevent disruptions to education or coercion of others, leading to ongoing tensions under the banner of secularism (*laïcité*). Similarly, Germany addressed the matter in the 2003 *Feriştah Ludin* case, where the Constitutional Court ruled against outright bans on headscarves but allowed states to legislate. As a result, eight states enacted "Neutrality Acts," prohibiting religious symbols in public roles while permitting Christian symbols, exposing biases in secularist interpretations. In Switzerland, a 2009 referendum banned minarets, driven by Islamophobic propaganda that used polarizing imagery, such as veiled women and missile-like minarets, which undermined principles of pluralism, equality, and the rule of law, emphasizing the tension between majority rule and minority rights. The United Kingdom, in contrast, has no explicit prohibitions on religious symbols, yet societal attitudes—especially post-9/11—have marginalized certain symbols like the headscarf. Denmark adopts a more balanced approach, allowing public officials to wear religious symbols with specific exceptions, such as the burqa, reflecting a regulated inclusivity. Across the Atlantic, the United States Constitution and the Civil Rights Act of 1964 offer robust protections for religious expression in both public and private employment, permitting restrictions only when justified by compelling government interests, underscoring proportionality and minimal interference. These diverse legal responses illustrate the complex interplay between religious freedom, societal norms, and constitutional principles in addressing religious symbols.

The regulation of religious symbols centers on fundamental constitutional principles, particularly freedom of religion, equality, and non-discrimination. Article 9 of the European Convention on Human Rights (ECHR) guarantees the right to manifest one's religion, permitting limitations only when necessary in a democratic society, such as for public safety, order, or the protection of others' rights. Similarly, the United States Constitution protects religious expression under the First Amendment, while the Civil Rights Act provides safeguards in

public and private employment, balancing individual liberties against compelling government interests. Despite these legal protections, restrictions on religious symbols often expose implicit biases and discriminatory practices. For instance, headscarf bans in some European countries disproportionately target Muslim women, framing the headscarf as inherently oppressive while disregarding the agency of those who choose to wear it. In Switzerland, the minaret ban, enacted through a 2009 referendum, exemplifies majoritarian encroachments on minority rights, undermining principles of pluralism and the rule of law. Similarly, Germany's "Neutrality Acts," which prohibit religious symbols in public roles while allowing Christian symbols, reveal inconsistencies in the application of secularism, reflecting selective interpretations that privilege dominant cultural norms over genuine neutrality. These examples underscore the tension between universal human rights and the sociopolitical contexts that shape their enforcement.

Islamophobia, exacerbated by events like 9/11, has fueled negative perceptions of Islamic symbols across Europe. This has led to discriminatory visa policies, stricter identification requirements, and physical attacks on mosques and Muslim cemeteries. The burqa and minaret bans symbolize broader efforts to exclude Islamic visibility from public life. Paradoxically, this exclusion operates under the guise of pluralism, which ostensibly accommodates diversity while implicitly privileging certain cultural norms. The United States and Canada provide contrasting examples of inclusivity. For instance: In *Bhinder v. Canadian National Railway Company* (1985), the Supreme Court ruled that workplace safety could justify restrictions on religious symbols, provided such measures were proportional. However, courts recognize the sincerity of religious beliefs, as in cases allowing Sikhs to carry symbolic daggers if deemed indispensable to their faith. The regulation of religious symbols must balance individual rights with public interests. Key principles include: Proportionality: Restrictions must be narrowly tailored to achieve legitimate objectives, minimizing unnecessary infringements on fundamental rights. Equality and Non-Discrimination: Laws must apply uniformly, avoiding biases that privilege one religion over another. Pluralism: A democratic society thrives on accommodating diverse beliefs, ensuring minority rights are protected against majoritarian impositions. Rule of Law: Measures regulating religious symbols must be clear, predictable, and consistent with constitutional norms. The regulation of religious symbols reflects broader societal values and challenges. Countries like Switzerland and France demonstrate how legal measures can sometimes perpetuate exclusion, while the United States and Canada showcase frameworks that prioritize inclusivity. Future policies should emphasize proportionality, equality, and respect for pluralism, ensuring that religious freedom is preserved without undermining public order or democratic principles.

Religious symbols in Europe and America have taken on a multiple structure with the influence of migrations. Not only people moved to the places of migration, but also cultures, beliefs and symbols that were the projection of these beliefs. People, whether they had a belief or not, carried the symbols they valued to these new places of migration. For example, just as Muslims brought to Europe symbols considered sacred by the Islamic religion such as mosques, minarets, and in some places the call to prayer, turban, robe, chador, and headscarf, Buddhists brought symbols considered sacred by the religion of Islam,

such as[31] Dharmachakra, Naga, Lotus Flower, and monk clothes.However, the debates about religious symbols are mainly about symbols that are visible in the public sphere. Therefore, the headscarf, the cross and the minaret are the main symbols.

In this section, uses that are more visible than religious symbols and become evident in the official public sphere are examined through sample countries. There is no uniform regulation regarding the use of religious symbols in Europe. In this regard, while there are absolute legal restrictions on public employees in some cantons of Ukraine, Turkey and Switzerland, there is no ban on private sector employees. In France, Germany, the Netherlands and the Scandinavian countries, which we examine below, it is accepted that employers may impose restrictions on private sector employees. However, prohibitions regarding restrictions are not at the level of law. In European countries, the restrictions imposed by employers on private sector employees must also comply with principles such as proportionality, legitimate purpose and customer image [32].

The debate, which started in 1989 when three Muslim female students wanted to use headscarves in classes, divided France into two. When the school administration responded negatively to the headscarf request, a decision was made to suspend the students who did not comply with the decision. Lionel, who was the Minister of National Education at the time when Jospin's statements that the issue should be resolved by consensus, received harsh reactions, the issue was taken to the Council of State. The Council of State evaluated the use of headscarf in the context of "freedom of religion and conscience"; he stated that this right cannot be restricted as long as it is not used as a means of putting pressure on other students. Again, according to the Council of State, the use of headscarf cannot be understood as harming the normal functioning of education. Although this decision made by the French Council of State grants relative freedom to the headscarf, the limits of its use will be evaluated according to each concrete case, and whether the headscarf is used as "interference with the normal functioning of education" by evaluating the conditions of the concrete case may bring individual administrative bans to the agenda[33].

The 2003 Constitutional Court decision regarding the headscarf in Germany states that wearing a headscarf will not prevent the practice of a profession. The decision regarding the case brought before the Constitutional Court regarding the plaintiff Ferişţah Ludin not being allowed to teach has led to a new debate in terms of its legal consequences. Although the Constitutional Court decision states that the headscarf cannot be prevented, states can make legal regulations. Following this decision, 8 states enacted the "Neutrality Act" and this law prohibited the use of religious symbols in public. The law in question also allowed the use of some objects belonging to Christianity. The reason for the creation of the Neutrality Law is that wearing the headscarf is considered a serious and unacceptable situation against women's freedom. Again, according to this justification, women are isolated from the public sphere in Islam, and the

---

[31] http://www.buddhism.org/en/node/buddhism1, (Accessed March 24, 2025).

[32] http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf , (Accessed March 24, 2025).

[33] Tevfik Sönmez Küçük, “Use of Religious Symbols in the French Education System”, Ankara Bar Association Magazine, Year: 68, Issue: 2010/1, p. 102.

headscarf becomes a tool for this[34]. There is no regulation in the UK prohibiting the use of religious symbols. Despite this, prejudices against religious symbols, especially the headscarf, have been increasing after the September 11 attack[35]. There is no regulation prohibiting the use of religious symbols in Italy [36]. However, since the Catholic sect of Christianity is widespread, the sign of the cross is hung in classrooms in state education and training institutions[37]. The Netherlands attaches importance to keeping religious symbols alive in public spaces. There is no regulation banning religious symbols or even the headscarf[38].

In Switzerland, only Geneva has a regulation banning primary school teachers from wearing religious symbols. There is no such ban in other education and training institutions[39]. Again, the referendum against the minaret held in Switzerland on 29.11.2009 is important in terms of revealing the perception of religious symbols in this country. The minaret is considered a religious symbol[40]. After intense propaganda on the basis of anti-Islamism, the referendum results were 58%. As a result of the Islamophobic wave that exists throughout Europe, making the minaret, which is accepted as a symbol based on belief, culture and emotion, the subject of a referendum is dangerous as it shows that the minority will be subjected to a way of life based on majoritarian rule, not on the rules of law based on pluralism. Because, on the basis of intense campaigns carried out by far-right groups, a fundamental right and freedom (freedom of belief, and to practice one's belief) has been violated by mobilizing people's fears [41]. In Switzerland, other symbols were used to implement the minaret ban. These symbols are in the form of a veiled woman on the posters and a minaret resembling a gun on a black background. These symbols used on the promotional panels of the minaret ban, in addition to offending a minority, have also called into question the universal norms that form the basis of Europe, such as freedom, equality, pluralism, rule of law and respect for faith. Because,

---

34 https://perspektif.eu/2023/02/03/basortusu-yasagi-berlin-tarafsizlik-yasasini-acilen-degistirmeli. (Accessed March 24, 2025) ; Mustafa Özcan, Hijab Discussions in Europe, Köprü Magazine, Fall 2003, No. 84, p. one.

35 Ibid, p. 7.

36 Jeroen Temperman, Religious Symbols in The Public School, The lautsi Papers : Multidisciplinary Reflections on Religios Symbols in The In Public School Classroom (Edt : Jeroen Temperman), IDC Publishers oath Martinus Nijhoff Publishers , Netherlands , 2012, p. 143.

37 Mustafa Özcan, Hijab Discussions in Europe, p. 8.

38 Ibid, p. 8.

39 Ibid, s. 8.

40 "*Every nation has got architectural a character according to its understanding, it was built as various structures in different styles. The first minaret was built by the Egyptian Governor Maslama bin Mahled, on the orders of Muawiyah, in 58 Hijri. Minaret among Turks begins with the Seljuks. Tthe most harmonious andbeautiful Minarest have been shaped in the Ottoman period, in the sixteenth century, when architectural art reached its peak during the time of Sinan. It is the place where the muezzin comes out and calls the adhan to announce that the prayer time has come. The highest point of the minaret is the realm.. Minaret towers are the religious symbols of the Islamic world. Between the grips of some worlds in our country star is also available. "Our historical minarets are like pens that sign the title deed of our country."*

http://minare.nedir.com/#ixzz2vpbrNAdi (Accessed March 23, 2025).

41 Zeynep Songülen İnanç/Selvet Çetin, Europe's Self-Turning Weapon: Exclusionism and Discrimination, SDE Analysis, December, 2011, p. 13.

the desire to build a minaret, which is a current and legitimate demand, was rejected by harmonizing fears through another illegitimate, prohibitive and offensive symbol, and it also caused permanent damage among the communities[42].

In Denmark, it is mandatory for public officials to wear a specially marked headscarf. In fact, it has been stated that all kinds of religious symbols can be worn in the Danish army, except the "burka"[43]. There is no regulation prohibiting the use of religious symbols in Greece. In addition, there is no problem since even religious symbols such as headscarves resemble Orthodox clothing [44]. The United States Constitution and the Civil Rights Act of 1964 guarantee the right of public employees to wear religious symbols. Additionally, there is no regulation limiting the exercise of the right for private sector employees [45]. The 1982 Charter of Rights and Freedoms provides constitutional protection for the use of religious symbols. Exceptionally in Part 1 of this requirement, if a "compelling government interest" is necessary, the limitation may be made to a minimum. As can be seen, the use of religious symbols in Europe will be achieved through the limited areas defined by states, not through the understanding of pluralism that is claimed to form the basis of Europe. The damage caused by the Islamophobic perception in European nations, especially after September 11, has developed negative attitudes and codes of behavior towards minorities in general and Muslims in particular. These codes, as accepted at the official level (visa restrictions, strict requirements for identification), have even led to acts of harassment against religious symbols by the local population in private (attacks on mosques, destruction of Muslim cemeteries). The burqa-burka and minaret ban has brought to the agenda the need to take legal measures to ban Islamic symbols in public spaces. The use of religious symbols for Muslims in Europe has caused the following irony: Pluralism is allowed in the European public sphere, provided that one does not dress like a Muslim, does not build minarets, and places of worship are hidden[46].

In the case filed in the Canadian court on the right of a person belonging to the Sikh religion to carry a turban and dagger, the court focused on the nature of this right; *Bhinder v. In the case of Canadian National Railway Company* (1985) 2 SCR 561, it was decided that wearing a headscarf in the workplace would prevent the wearing of a helmet and that this was a sufficient condition for the restriction. In Canada, the courts accept a vague concept such as the sincerity of a religious symbol as a given and are trying to prove this situation. In other words, if wearing that symbol is a necessity or a "sine qua non" for the person's faith, it should be allowed. For example, the Sikh student's carrying of a dagger was evaluated in this context. Because, according to the court, carrying a dagger is an indispensable condition and a basic indicator of that belief[47].

---

42 Ibid, p. 15.

43 Özcan, p. 8.

44 Ibid, p. 9.

45 http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf. E.T. (Accessed March 24, 2025).

46 İnanç/Çetin, p. 27.

47 http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf. (Accessed March 23, 2025).

B. The European Court of Human Rights' Approach to Religious Symbols

The European Convention on Human Righst (ECHR) art. 9 includes four elements regarding the freedom of religion and conscience, and these are the freedom to believe or not to believe, to fulfill the requirements of religion, to inculcate and communicate religious belief to others, and the freedom to teach [48]. The Court interprets the right to "education" in Article 9 broadly and states that everyone has the right to convey their religion and belief to others [49]. From this point of view, the connotation made by religious symbols can be interpreted within the framework of the right to convey a religion or belief to others. Again, the ECHR accepts that religious symbols are included within the freedom of belief, albeit indirectly, by taking into account the principle of pluralism and respect for the rights of parents in the context of religious education and training[50].

1. Symbol or Threat? The Subjective Dimensions of the Leyla Şahin Case

In its 2004 *Leyla Şahin v. Turkey* decision, the European Court of Human Rights (ECtHR) upheld the prohibition on wearing headscarves in universities, ruling that it did not constitute a violation of the European Convention on Human Rights [51]. The Court reasoned that, in a country like Turkey, where concerns about radical religious influences exist, such restrictions could be justified under the Convention's provisions for maintaining public order and protecting the rights of others. It emphasized that national authorities possess a margin of appreciation in addressing complex issues like secularism and religious freedom, and thus their discretionary power in such matters is not subject to extensive judicial review[52]. As noted by Ulusoy, this approach raises critical concerns regarding the ECHR's consistency in applying its own principles and standards. The reliance on country-specific conditions introduces subjective assessments that could undermine the principle of legal certainty. Legal systems, especially those tasked with safeguarding fundamental rights, must strive for objectivity and uniformity to ensure predictable and equitable adjudication. A departure from these principles, as reflected in the ECHR's reliance on Turkey's specific sociopolitical context, risks eroding the universality of human rights protections and may lead to inconsistent jurisprudence that compromises legal security[53].

---

48 Adnan Küçük, "Legal Framework of Religious Education and Training in Some EU Member Countries, the USA and Turkey", Liberal Thought Magazine, Vol. 14, No. 55, Summer: 2009, p. 62, footnote. 1, Mustafa Erdoğan, Human Rights Theory and Law, Orion: Ankara, 2007, p. 161.

49 Ibid, p. 63.

50 Ibid, p. 64.

51 Ibid, p. 126. Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, KT. 10 November 2005, para 152-156; http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{"itemid":["001-70956"]}

52 Ibid, p. 128.

53 Ibid, p. 129. Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, para 157-162.

The Fourth Chamber of the ECtHR declared the application admissible on 2 July 2002. Following a trial, the Chamber dismissed the case on 29 June 2004, holding that while the applicant's freedom of religion had been restricted, the limitation was justified as a "reasonable measure"[54] in a country like Turkey, which faces challenges related to religious extremism. Dissatisfied with this outcome, the applicant appealed the decision to the Grand Chamber. On 10 December 2005, the Grand Chamber[55] upheld the Fourth Chamber's ruling, reiterating its reasoning and confirming the dismissal of the application[56].

The Leyla Şahin decision, the Court accepted that wearing the headscarf is a requirement of the Islamic religion and that this use is prohibited under ECHR. It is evaluated within the framework of freedom of religion in its article 9 sense. However, it is also stated that Government intervention regarding the headscarf is *legitimate* and *acceptable in a democratic society*. For this reason, the Court ruled that ECHR Art 9. It is of the opinion that 9 has not been violated. Dissenting from this aspect of the decision, Judges Rozakis and Vajic stated in their dissenting opinion that "*the main issue of the case is the state's right to wear a headscarf at the university and express its religious views, ECHR Art 9.* They stated that [57]*"it has been violated in the sense of 9".*

The decision states that the freedom to manifest religious belief is not absolute and unlimited and that this freedom is subject to the limitations set out in the Convention. It is stated that Article 9/2 of the ECHR outlines the right to manifest religious belief and five limitation criteria are introduced. These are *public safety, public order, health, morality* and *protection of the rights and freedoms of others*. These criteria were deemed by the Court to be legitimate purposes for limitation. In this context, the Government's action regarding *Leyla Şahin was found to be legitimate and acceptable in a democratic society.* In the continuation of the decision, it was emphasized that it was legitimate to ban the headscarf in universities in order to protect the rights and freedoms of others. In its decision, which is very clear to constitute a double standard, the court stated that *"freedom of religion is a founding element of a democratic society"* but that *"ECHR Art. 9 does not protect every act with religious motifs"*. It is also noteworthy that the decision makes a dual distinction between freedom of education and freedom of religion. Because the Court stated that " *The right to education is a human right and cannot be waived", "Higher education is a natural part of the right to education", "The state is responsible for ensuring effective access to educational institutions", and even "Leyla Şahin's reason for attending classes and exams with a* headscarf *"* It also includes the justification *that "preventing education means restricting the right to education."* On the other hand, by stating that the applicant *"has the right to go to the department he wants as a result of the university exam", the Court adopted an opinion that has no legal basis, as the Government provided the opporunity for choice in education.* Moreover, there is no dual education model as *secular* and *non-secular in educational institutions in Turkey*. In Turkey, education is provided *on the basis of secularism* in both state and private (foundation) universities. There is no legal accuracy in the court's opinion that the applicant *has the right to choose and that he can attend the educational institution he wishes.* The Court, which sees the applicant's right to

[54] Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, para 71.

[55] Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, para 73.

[56] Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, para 14-28.

[57] Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, Joint Concurring Opinion of Judges Rozakis oath Vajic, Dissenting Opinion of Judge Tulkens, para. 1-2.

choice as a democratic solution, appears to have adopted a coercive attitude regarding the applicant's ability to study at another educational institution[58].

By relying on the court decisions about the headscarf ban in Turkey, the court established a norm that the ban was foreseeable. This was incompatible with the democratic social order[59]. Because, even in universal legal norms, the principle of " *certainty of a legal norm"* or *"legal certainty"* is essential, not the predictability of a prohibition. In other words, the court developed jurisprudence by creating a norm *"against freedoms"* regarding the concepts of essential and exception, which would constitute a justification for the ban. The applicant is already bringing the prohibitive attitude in Turkey before the ECtHR and is waiting for a solution from the court. However, the court recommends that the applicant develop " *codes of attitude and behavior"* according to the prohibitive attitude in Turkey, as if it were not a *"court of freedoms"* or *a "court protecting freedoms"* . The ECHR is not a court of confirmation. The ECHR should prosecute not only government practices but also court decisions that are considered to be unlawful. However, this did not happen, and hypothetical claims were included, such as *"the attitude and behavior was not foreseen in accordance with the ban"* and that this situation would be contrary to the principle of *"legal certainty".*

The Grand Chamber took the issue further and referred to the decisions of the Turkish Constitutional Court and saw the principle of secularism as a principle that aims to protect the individual (the individual who, in the opinion of the Court, is uniquely worthy of benefiting from rights and freedoms) from extremist groups. [60]According to the Grand Chamber, the existence of extremist groups in Turkey was emphasized, the majority could put pressure on the minority in fulfilling Islamic rules, and the necessity of protecting the rights of groups that did not comply with these rules. Again, it is stated that *"Due to Turkey's unique conditions, the margin of appreciation cannot be interfered with* ".

The *Leyla Şahin* case is marked in the history of the European Court of Human Rights (ECHR) as a controversial decision characterized by several contentious elements: the application of "double standards," reliance on the argument that "extremist groups pose a potential threat to others," the Court's depiction of the "ideal individual" deemed worthy of enjoying rights and freedoms, and the assertion that disregarding prohibitory decisions constitutes a "violation of foreseeability." It further highlighted the Court's stance that "administrative and judicial bodies have a margin of appreciation in implementing bans" and that "there is no guaranteed right to attend a secular educational institution." When compared to the *Lautsi v. Italy* case, the *Leyla Şahin* decision stands out as "a political and dependent decision influenced by external pressures." In the *Leyla Şahin* case, no external intervention by states or non-governmental organizations representing the Islamic faith influenced the ruling, underscoring its isolation as a political judgment. Conversely, the *Lautsi* case became infamous as an instance where the Court succumbed to external religious and political pressure. This included intervention from the Vatican, Christian-majority states, and non-governmental organizations, leading to what has been described in legal history as the "inevitable consequence of external influence." This contrast underscores the inconsistencies in the Court's approach

---

58 Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no . 44774/98, para 98.

59 Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no . 44774/98, para 85.

60 Case of Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, para 115.

to religious freedoms, shaped significantly by the differing contexts of external advocacy and pressure.

As of today, the European Court of Human Rights cannot be regarded as an entirely independent decision-making body, a reality exemplified by the *Leyla Şahin* case. Regrettably, the Court has increasingly exhibited tendencies to issue rulings based on subjective, arbitrary, and politically influenced considerations rather than adhering to general and objective legal norms grounded in the principles of impartial justice. This shift reflects a susceptibility to the pressures of powerful political lobbies and interest groups, undermining the Court's credibility as a guardian of universal human rights. Such tendencies not only erode the legal predictability expected from a supranational judicial body but also raise concerns about the consistency and impartiality of its jurisprudence, particularly in cases involving contentious sociopolitical and religious dynamics.

2. Dahlab v. Switzerland: The Role of Negative Value Judgments in Shaping Justice

The applicant was born in Switzerland in 1965 and lives in Geneva. He also works as a primary school teacher. He was appointed as a primary school teacher by the Geneva Cantonal Government on 1 September 1990 and has been teaching since that date. After his spiritual quest, he abandoned the Catholic faith and embraced Islam in March 1991. He married an Algerian citizen on October 19, 1991 and had three children from this marriage[61].

The applicant began to wear an Islamic headscarf towards the end of the 1990-91 academic year, citing a rule depicted in the Quran that adult women must cover their faces with a veil in the presence of men. In May 1995, she was found by the school inspector to regularly wear the Islamic headscarf at school. On 27 June 1996, a meeting was held between the General Director of Primary Education and the applicant on the subject of wearing the headscarf. On 11 July 1996 the Director General also confirmed the applicant's position adopted at the meeting. The applicant was pointed out that he had not acted in accordance with Section 6 of the Public Education Act in the course of his professional duties. In a letter dated 21 August 1996, the applicant requested the Director General to issue a formal rule on the matter. On 23 August 1996, the General Director of Primary Education restated his initial decision. It ruled that the applicant was prohibited from using the headscarf during her professional duties, on the grounds of a practice contrary to Section 6 of the Public Education Law, and that "it is clear that there is a clear imposition of identity by the teacher on her students, especially in the public and secular education system." On 26 August 1996, the applicant formally objected to the decision issued by the Cantonal Government of Geneva. However, on 16 October 1996, the Cantonal Government rejected the appeal, providing the following rationale: "Teachers are required to adhere strictly to the principles of the state school system, comply with the obligations set by the educational authorities, and uphold the principle of class neutrality. Attire must not convey any religious message or serve any religious purpose beyond the personal sphere"[62].

---

[61] Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98.

[62] Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98. (The Circumstances of Case)

The applicant argued that the imposed restrictions violated their right to freely practice their religion, as guaranteed under Article 9 of the Convention. They contended that the Swiss courts erred in interpreting the headscarf as a threat to public order and security, emphasizing that for four years, the headscarf went unnoticed and caused no discomfort to anyone. Furthermore, the applicant claimed that the ban imposed by the Swiss authorities amounted to gender discrimination, as outlined in Article 14 of the Convention, in conjunction with Article 9[63]. The European Court of Human Rights concluded that the applicant's actions had the potential to influence students' religious beliefs, thereby violating the principle of class (sectarian) neutrality. Aligning with the Swiss Federal Court's decision on the ban, the ECHR emphasized that public school teachers are required to consider the nature of their profession and uphold impartiality within the state education system. This impartiality necessitates limiting the expression of religious freedom to safeguard legality and maintain the secular nature of education. The Court further held that while the applicant faced a difficult choice, such restrictions on religious freedom were tolerable within the framework of a democratic society. The Federal Court's reasoning was upheld as justified in its defense of students' rights and the necessity of maintaining class neutrality. The Court reiterated that the expression of religious beliefs must be balanced against the need to protect public order, public security, and the rights and freedoms of others in a democratic context[64].

In its justification of the decision, the court further states that it is difficult to evaluate the impact of religious symbols such as headscarves on very young students. The applicant's students are aged 4 and 8 and are impressionable. In this case, it is natural that a rule stated in the Quran seems to be imposed on women or that the headscarf is seen as a missionary act. In this regard, wearing the Islamic headscarf is difficult to reconcile with tolerance and respect for others. Because, first of all, teachers must convey the messages of equality and non-discrimination to their students in a democratic society. Therefore, although the applicant expresses his freedom to practice his religion, protecting the rights of students is a duty given to the state. The Geneva authorities did not exceed their discretion and the ban decision was therefore reasonable. As stated in the Federal Court decision of 12 November 1997, it is of the opinion that state principles and principles aimed at the protection of public order, public security and other rights and freedoms are admissible. The court considers that the measure banning the wearing of headscarves during education is also necessary for a democratic society[65].

The applicant claims that Article 9 of the Convention has been violated, as well as that he has been discriminated against on the basis of Article 14. He claims that a male Muslim can practice his belief without being subject to any prohibitions, whereas a female Muslim cannot practice her belief without doing the practice in question. The applicant states that Article 14 should be applied to him in this context[66]. The Court states that different treatment cannot be applied to individuals without an objective and reasonable justification, and that a violation of Article 14 may occur if there is no legitimate purpose or if there is no

---

63 Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98. (Complaints 1)

64 Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98.

65 Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98.

66 Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98, para 2.

proportionality between the means used and the aim[67]. Moreover, Contracting States maintain a margin of appreciation in assessing whether a different treatment is justified for similar situations, subject to exceptions[68]. The Court also reiterates that the overriding aim of the Member States of the Council of Europe today is to promote gender equality. This means that, for very important reasons, different codes of conduct on the basis of gender may be developed in line with the Convention[69]. In this context, the Court accepts that a woman may be prohibited from wearing a headscarf in accordance with her religious belief, based on the principle of state neutrality, and that the same prohibition may be applied if a man identifies himself as a member of a different faith in similar situations. Therefore, the Court is not of the opinion that there was discrimination on the basis of gender in the present case. For this reason, it found the application unacceptable[70].

The European Court of Human Rights in the current case justified its support for the prohibitory stance by invoking concepts such as state impartiality, public order, public security, proportionality, the margin of appreciation, and the protection of children. These principles, widely recognized in public and international law, were used to substantiate the restrictive measures. However, it appears that these concepts served more as abstract justifications rather than being applied to concrete, objective, and current circumstances. The reliance on these principles without adequately linking them to specific evidence risks undermining the legal validity of the decision. While the Court acknowledged the potential positive impact of wearing a headscarf on children, it also engaged in subjective reasoning, critiquing religious texts by asserting that the headscarf represents "imposing a rule stated in the Quran on women" and equating its use with "a missionary act." These value-laden judgments suggest a departure from an impartial evaluation of the issue and an inconsistency in applying the principles of state neutrality and class neutrality. Furthermore, the Court's interpretation of these principles appears rooted in its understanding of a "democratic social order," which it conceptualizes through an idealized vision of "ideal individuals." This perspective allowed the Court to defer to states' margin of appreciation, granting them discretionary authority to determine the balance between religious expression and broader societal values. Such reasoning underscores the tension between protecting individual freedoms and upholding perceived notions of secularism and democratic ideals

3. Discretion or Arbitrary? Islamophobia and Religious Symbolism in the Lautsi Case

The plaintiff contended that the display of a crucified Christ figure in the classrooms attended by his children at a public school represented a religious symbol that contravened the principle of secularism and should be removed.

---

67 Observer Oath Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, Series A no . 216, p. 35, § 73, and The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), p. 43, § 70.

68 Van Raalte v. the Netherlands, 21 February 1997, Reports of Judgments oath decisions 1997-I, p. 186, § 39.

69 Abdulaziz, Cabales oath Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, Series A no. 94, p. 38, § 78, and Schuler-Zgraggen v. Switzerland, 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21 -22, § 67.

70 Case of Lucia Dahlab v. Switzerland, Application no. 42398/98.

Following the rejection of his initial appeal to the school administration, he pursued legal action in the Administrative Court, asserting that the display breached constitutional provisions safeguarding secularism [71]. The Administrative Court referred the matter to the Constitutional Court, questioning the constitutionality of Articles 118 and 119 of the Royal Decree, which mandated the presence of a crucified Christ figure in classrooms. The referral was based on the assertion that these provisions violated the principle of secularism. However, the Constitutional Court dismissed the application, reasoning that the Royal Decree held the status of a regulation and, therefore, the challenge was inadmissible[72].

In its reconsideration of the case, the Administrative Court argued that although the crucified Christ figure is unequivocally a religious symbol, it also serves as a cultural and historical reference point for other beliefs, represents a value linked to identity, and reflects Europe's historical and cultural development. Relying on these justifications, the court dismissed the claim. On appeal, the Council of State affirmed the lower court's decision. The case was subsequently escalated to the European Court of Human Rights, with allegations that the figure's presence contravened Article 2 of Protocol No. 1 and Article 9 of the European Convention on Human Rights[73]. In its decision dated 3 November 2009, the Second Chamber of the European Court of Human Rights determined that the alleged violation fell under Article 9 of the European Convention on Human Rights, which protects freedom of thought, conscience, and religion, and Article 2 of Additional Protocol No. 1, concerning the right to education. The Court justified its decision with several points: "The state must refrain from imposing any belief, even indirectly," "the cross is a symbol of profound religious significance," "students who do not identify with Christianity may experience discomfort," "the negative right to freedom from religion requires specific protection," "the state has an obligation to maintain religious neutrality," "educational pluralism is incompatible with the presence of overt religious symbols," and "the imposition of religious symbols infringes upon parents' right to educate their children in accordance with their own religious or philosophical convictions[74].

The Second Chamber's decision of the European Court of Human Rights met with significant opposition from Catholic and Orthodox Christian communities, who feared it could establish a precedent affecting schools across other nations. In response, on 28 January 2010, the Italian Government contested the ruling, presenting a series of counter arguments. They asserted that "the cross is not solely a religious symbol but also represents values intrinsic to culture and identity," noting that "the cross is featured on the flags of several European countries." They argued further that "while the symbol holds religious significance, it is passive in nature," and emphasized that "the state does not actively influence or guide individual beliefs." The government also characterized the depiction of Jesus as "a reflection of national heritage," and dismissed concerns about the imposition of another religion as "ambiguous."

---

71 Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no . 30814/06, KT. March 18, 2011, para 10. http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=318

72 Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no . 30814/06, KT. 18 March 2011, para 16.

73 Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no . 30814/06, KT. 18 March 2011, para 29.

74 Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, KT. 18 March, 18, 2011, para 30-32.

Additionally, they pointed out that “members of minority religions are permitted to wear religious attire and display symbols within the school environment.” Based on these justifications, the Italian Government requested a review by the Grand Chamber of the ECtHR. The request was granted on 1 March 2010, with a hearing held on 30 June 2010.

The Second Chamber's decision of the European Court of Human Rights sparked considerable opposition from Christian-majority nations and various non-governmental organizations. In reaction, 33 members of the European Parliament and representatives from seven NGOs intervened in the case, submitting written and verbal arguments to governments in Armenia, Bulgaria, the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus, Russia, Greece, Lithuania, Malta, Monaco, Romania, and San Marino. These interventions sought to persuade the Grand Chamber to overturn the Second Chamber's ruling. Ultimately, these coordinated efforts succeeded, as the Grand Chamber reversed the earlier decision on 18 March 2011.

The Grand Chamber recognized the cross as an unequivocally religious symbol but found no evidence that its presence in classrooms positively impacted students. It acknowledged that the display could be viewed as a failure by the State to uphold children’s freedom of education, training, and religious belief. However, this was not sufficient to establish a violation of Article 2 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The Court emphasized that the role of religious or philosophical beliefs in education lies within the margin of appreciation granted to states, provided no direct indoctrination occurs.The absence of a European consensus on this issue further reinforced the discretion allowed to individual states. In the context of Italy, the Grand Chamber found no indication that the government was promoting or imposing a specific religious perspective on students. Referring to its earlier rulings, such as **Hasan and Eylem Zengin v. Turkey** (09.10.2007), the Court reiterated that prioritizing the majority religion in a nation’s curriculum does not inherently equate to indoctrination. Additionally, it maintained that the cross in classrooms, being a passive symbol, does not exert the same influence as active instruction or participation in religious practices, as clarified in **Folgero et al. v. Norway** (29.06.2007).

The European Court of Human Rights (ECHR) concluded that the presence of the cross in classrooms is unrelated to the compulsory religion course on Christianity and highlighted that Italian schools also provide instruction on other religions. The Court emphasized that students are free to display symbols representing their religious beliefs or philosophical views and that minorities are able to practice their beliefs without interference. Additionally, elective religion courses are offered, supporting the argument that no systemic discrimination against members of other religions is evident. The applicants did not report instances of religious propaganda involving the cross or teachers referencing it during educational activities. Based on this, the Grand Chamber determined that the applicant's religious beliefs or practices were not restricted during their children’s education. The Grand Chamber's rationale included several key points: recognizing the cross as a religious symbol but finding no evidence of its influence on students; affirming the discretion of states to ensure education reflects religious and philosophical diversity; emphasizing that discretion should be respected unless evidence of religious indoctrination exists; and noting the absence of a European consensus on religious symbols, requiring such issues to be evaluated within the specific national context. The decision underscored that the cross, as a passive symbol, should not be conflated

with active participation in religious activities. As a result, the Grand Chamber found no violation of Article 2 of Protocol No. 1 of the ECHR and concluded that further examination under Article 9 was unnecessary[75].

The decision was rendered with 15 votes in favor and two dissenting opinions from Judges Malinverni and Kalaydjieva. In their dissent, the judges raised significant concerns. First, they criticized the Royal Decree mandating the presence of the cross in Italian classrooms, arguing that it lacked democratic legitimacy as it was not enacted through a parliamentary decision. They pointed out that European Supreme and Constitutional Courts consistently emphasize the principle of impartiality, irrespective of sectarian or class distinctions, as a cornerstone of democratic governance. Second, the dissenting judges focused on the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights, which imposes a positive obligation on states to ensure that families can organize the education and training of their children in accordance with their religious and philosophical beliefs. They underscored that this obligation stems from the term "respect" within the article, as acknowledged by the Grand Chamber, which noted that states must adhere to both negative and positive obligations under the Convention. The dissent further argued that Article 9 of the Convention supports a broad interpretation of positive obligations, including the promotion of mutual respect and understanding among diverse religious and philosophical groups. They questioned the scope of state discretion in fulfilling these obligations, particularly when the beliefs of the majority might conflict with the rights of minority groups. Specifically, they asked where the limits of state discretion lie in balancing the majority's beliefs with its duty to protect the rights of minorities and ensure impartiality. The dissenting judges stressed that, according to established case law, state discretion in such matters is always subject to European supervision to ensure adherence to the principles of mutual respect, equality, and impartiality. They concluded that the failure to critically assess the decree in this context represented a significant departure from these foundational principles[76].

In a multicultural society, the state has an essential obligation to uphold neutrality, particularly in the sphere of education, to promote pluralism as a fundamental element of a democratic society. This neutrality safeguards core rights, such as freedom of religion and the right to education, ensuring that no individual or group is disadvantaged based on their beliefs. The Italian Constitutional Court has explicitly affirmed that genuine equality among citizens can only be realized when the state adopts an impartial stance, refraining from favoring any specific religion. Failure to maintain neutrality risks entrenching systemic discrimination and undermining social cohesion. The principle of state neutrality is further enshrined in Article 2 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights, which obliges states to ensure that educational content is delivered in an objective, critical, and pluralistic manner. Schools, as critical arenas for learning and personal development, must function as inclusive spaces where diverse religious and philosophical perspectives are represented and respected. They should facilitate an environment that enables students to

---

[75] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, KT, March 18, 2011, para 57-78.

[76] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06. Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva, para 1.

explore their own beliefs while fostering an appreciation for the beliefs and values of others, thereby cultivating mutual respect and peaceful coexistence in a diverse society[77].

These principles must extend beyond the structured curriculum to encompass the entire educational environment. Article 2 of Protocol No. 1 not only delineates the state's responsibilities in providing education but also emphasizes the necessity of "respect for parental rights" in ensuring that education aligns with the religious and philosophical beliefs of parents. Consequently, the principle of state neutrality, particularly regarding sectarian or class bias, must apply holistically to the education system. This includes the content, processes, and implementation of educational activities. The European Court of Human Rights reinforced this perspective in the *Folgero* case, where it clarified that the state's obligations under Article 2 of Protocol No. 1 extend to all dimensions of education. This encompasses not only the curriculum's procedural and substantive elements but also the broader implementation of educational practices. By addressing these obligations comprehensively, the Court underscored the importance of maintaining an inclusive and neutral educational environment that respects diversity and safeguards the rights of all stakeholders[78]. This perspective is consistent with the positions of other national and international institutions[79]. For instance, the United Nations Committee on the Rights of the Child, in its General Comment No. 1, emphasized that the right to education extends beyond the mere content of the curriculum—whether delivered at home, in schools, or through other means. It also encompasses the educational process, teaching methods, and the broader school environment. These aspects must embody principles of equality, tolerance, peace, mutual understanding, and freedom across all ethnic, national, and religious groups, as well as uphold gender equality. Similarly, the Supreme Court of Canada has recognized that the school environment is a vital element of equitable education. It ruled that for an educational setting to be truly non-discriminatory, it must ensure equal treatment and actively promote the full participation of all students. This holistic approach underscores the importance of inclusivity, fostering an educational system that respects and embraces the diverse beliefs, values, and identities of all participants.[80]. The Supreme Court of Canada has viewed the school environment as an integral part of education that is non-discriminatory: “for the educational environment to be non-discriminatory, the school environment must be based on equal treatment and the promotion of the full participation of all”[81].

Religious symbols are an inherent aspect of the school environment, but their presence may conflict with the state's duty of neutrality, potentially affecting students' rights to education and freedom of religion. Such symbols,

---

[77] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06. Dissenting Opinion Of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva, para 2.

[78] Folgerø oath Others v. Norway, 29 June 2007, § 84.

[79] Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1, of 4 April 2001, “The Aims of Education ”, para 8.

[80] Ibid, para 19.

[81] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, para. Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva para 3; Supreme Court Canada, Ross v. New Brunswick School District no. 15, para 100.

when displayed in educational settings, may be perceived as being imposed on students, even against their personal beliefs or preferences. In a notable ruling, the German Constitutional Court acknowledged the complexities of this issue, emphasizing that in a society that accommodates diverse religious beliefs, individuals cannot assert a right to act in complete isolation from other manifestations of belief, including religious symbols or forms of worship. This decision underscores the delicate balance required between accommodating religious expression and ensuring that state institutions maintain neutrality to protect the inclusive nature of the educational environment [82]. The Swiss Federal Court held that public schools offering compulsory education are obligated to uphold class (sectarian) neutrality. As the guarantor of this neutrality within the educational system, the state must neither favor a particular religion nor allow the majority to impose its dominance over minority groups. The Court emphasized that the constant visibility of a religious symbol associated with a specific faith could create a sense of pressure for individuals who do not share that belief, just as individuals may feel compelled by their own religious convictions. This principle underscores the importance of preserving an inclusive and neutral educational environment that respects the diverse beliefs of all students[83].

The cross is undeniably a religious symbol, yet the defendant government argues that within the school environment, this symbol—while rooted in religion—has evolved to carry a secular significance and should be approached with mutual respect and tolerance. Beyond its religious aspect, the government asserts that the cross serves a profoundly educational and symbolic function for students, representing the essence of an entire civilization and universal values. Its presence in classrooms transcends mere historical usage, embodying both cultural and educational dimensions. The Court highlights the traditional character of the cross, noting that similar symbols, such as those referenced in parliamentary oaths, are valued for their historical and societal significance rather than their religious implications. The Grand Chamber further underscores that the negative freedom of religion, which ensures freedom from coercive religious expressions, does not equate to the absence of educational or institutional expressions of belief. Instead, this negative right, deserving of special protection, broadens the scope of religious and philosophical expression. While it may be acknowledged that the cross carries multiple interpretations, its religious meaning remains the most dominant and significant. Within the context of public education, the cross is perceived as an integral element of the school environment and as a potent external symbol. Notably, even the Italian Supreme Court has dismissed the notion that the cross possesses an independent value detached from its specific religious connotations[84].

In conclusion, dissenting members of the Grand Chamber emphasized the necessity for states to maintain strict impartiality to effectively safeguard the rights guaranteed under Article 2 of Protocol No. 1 and Article 9 of the European

---

[82] German Constitutional Court, BVerfGE 93, I I BvR 1097/91 , judgment of 16 May 1995 § C (II) (1).

[83] Swiss Federal Court, ATF 116 Ia 252, *Commune di Cadro*, judgment of 26 September 1990, § 7; Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, para. Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva para 4.

[84] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, para. Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva para 5.

Convention on Human Rights. They argued that this impartiality must be upheld not only within the curriculum but also throughout the broader school environment. Specifically, in the context of compulsory primary and secondary education, the state must refrain from imposing religious symbols on students, particularly those symbols associated with a religion they do not follow or accept, as their removal may not always be feasible. Consequently, the dissenting opinion concluded that the respondent government had violated Article 8 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1[85].

The decision in the *Lautsi Case*, a landmark in the history of the European Court of Human Rights, reflects the influence of religious and political pressures on the Court's ruling. The principles of pluralism, tolerance, peace, mutual respect, and understanding—core elements of European values—and the rights enshrined in Article 9 of the European Convention on Human Rights and Article 2 of Protocol No. 1 were explicitly recognized in the Second Chamber's decision. However, these principles were notably altered in the Grand Chamber's judgment following interventions by religious groups and certain countries, concerned about the case setting a precedent. This shift undermines the legal objectivity of the Grand Chamber's decision. A critical examination of the decision highlights its reliance on the argument that the cross symbol has no adverse effect on students, framing it instead as a representation of the shared heritage of Christian culture and civilization. However, dissenting judges underscored key concerns: the duty of states to maintain neutrality toward religions and sects, parents' rights to ensure their children's education aligns with their religious and philosophical beliefs, and the cross's undeniable status as a religious symbol. They warned that its presence in schools offering compulsory education could be construed as an imposition of a particular religion, contradicting the principles of religious neutrality and equality.

The Grand Chamber deviated from the libertarian ethos of the European Convention on Human Rights by emphasizing the ambiguous and easily manipulated concept of the "margin of appreciation." This concept was invoked to justify avoiding external pressures, yet its abstract nature detracts from the consistency and predictability of the legal framework. The decision underscores a troubling lack of legal certainty, favoring subjective interpretations over the application of general and objective legal norms. The ruling itself, shaped by external pressures, demonstrates a deficiency in rigorous legal analysis and synthesis. The Italian practice in question further compounded this issue by shifting the burden of proof onto perceptions and sentiments of the majority, rather than safeguarding the rights of minority groups. A truly pluralistic perspective would have acknowledged the existence of individuals whose views diverge from those of the majority, emphasizing that legality alone cannot serve as the sole foundation for legitimacy. Legal legitimacy requires not only adherence to the law but also a profound respect for individual freedoms, which form a cornerstone of democratic societies.

---

[85] Case of Lautsi oath Others v. Italy, Applican no. 30814/06, para. Dissenting Opinion of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva para 8.

4. The Minaret Ban: A Democratic Dilemma in the Context of Rights and Freedoms

The European Court of Human Rights reviewed two applications concerning the minaret ban. The first was submitted by the former spokesperson of the Geneva Mosque, and the second by three associations and a foundation. On June 28, 2011, the Court deemed both applications inadmissible, reasoning that the applicants could not demonstrate victim status as required under the ECHR[86].

The European Court of Human Rights declared the first two applications regarding the minaret ban inadmissible, citing the applicants' inability to establish a direct causal link under the ECHR framework. In other words, the applicants were not deemed direct victims of the alleged violation. The remaining cases have yet to proceed to substantive examination. Should the merits of these cases be addressed, it is anticipated that the Court will evaluate them within the framework of Articles 9 and 14 of the Convention. This is because the minaret holds significant religious and cultural importance in Islam, serving as an indispensable structure for the "sacred call to prayer." For centuries, the call to prayer has symbolized a unifying tradition among Islamic nations, delivered from the highest point of the minaret. The minaret is not merely an auxiliary building or an architectural addition; it represents the central outbuilding of the mosque, the most sacred site in Muslim religious life.

One of the key criteria established by the European Court of Human Rights (ECHR) for assessing the use of religious symbols is that the symbol must be essential, consistent, and credible within the context of the religious belief it represents. The minaret undeniably meets these criteria, as it is an indispensable element of Islamic practice, reflecting necessity, coherence, and authenticity. This could even be empirically evaluated through tools such as a referendum, for instance, among the Muslim population in Switzerland. However, any decision by the ECHR will ultimately be based on the provisions of the European Convention on Human Rights, particularly Articles 9 and 14, ensuring a dual review: one focusing on legal compliance and the other on the protection of freedoms. The ECHR now faces a critical test of its role as a court of freedoms: whether it will prioritize the principles enshrined in the Convention or defer to the outcomes of a referendum, even when the latter is incompatible with human rights protections. It is expected that the ECHR will recognize the referendum result as a clear violation of Articles 9 and 14, as these provisions guarantee freedom of religion and protection against discrimination. Conversely, upholding a referendum result that undermines fundamental human rights and privileges majority decisions, even if conducted through democratic mechanisms, risks eroding the authority of the ECHR as a guardian of universal freedoms. Such an outcome would challenge the ontological foundation of the ECHR, undermining its status as an institution committed to protecting non-derogable norms of human rights.

---

[86] Association league des Musulmans de Suisse and Others v. Switzerland (66274/09) and Ouardiri v. Switzerland (65840/09); Baechler v. Switzerland (66270/09), Koella Naouali-Switzerland Case (1317/10), Al-Zarka-Switzerland Case (9113/10),

http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/din_ozgurlugu.pdf (Accessed March 24, 2025).

5. Analysis of Eweida and Others v. United Kingdom: A Critical Legal Perspective

The case *Eweida and Others v. United Kingdom*[87] *(2013)* represents a landmark decision by the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding the interplay between religious freedom and the rights of employers to maintain workplace policies. The judgment addressed four applications collectively, each raising questions about the scope of Article 9 (freedom of thought, conscience, and religion) of the European Convention on Human Rights (ECHR) in the context of employment disputes[88]. This case is pivotal in shaping the jurisprudence on balancing religious expression with other competing rights.

The applicants in the case were four individuals who claimed their rights under Article 9 were infringed by their employers in the United Kingdom. The claims can be grouped into two categories: *Nadia Eweida*, a British Airways employee was prohibited from wearing a visible Christian cross necklace, in contravention of the company's uniform policy. *Shirley Chaplin*, a nurse who was restricted from wearing a cross necklace due to health and safety concerns in a hospital setting. Religious beliefs in conflict with job duties, *Lillian Ladele*, a local authority registrar refused to conduct civil partnership ceremonies for same-sex couples due to her Christian beliefs. *Gary McFarlane*, a counselor dismissed for expressing reluctance to provide sexual counseling to same-sex couples due to his religious convictions. The ECtHR's decision considered whether the limitations imposed on the applicants' religious expressions were "necessary in a democratic society."

The judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) in *Eweida and Others v. United Kingdom*[89] reveal a nuanced approach to balancing religious freedoms with competing interests in a pluralistic society: The Court ruled in favor of Eweida, finding that British Airways failed to strike an equitable balance between her right to manifest her religion and the company's interest in maintaining a corporate image. The Court highlighted that Eweida's wearing of a cross did not interfere with the rights of others and warranted protection under Article 9 of the European Convention on Human Rights. Shirley Chaplin, the claim was rejected on the grounds that the hospital's restriction on necklaces, including religious symbols, was proportionate to the legitimate aim of safeguarding health and safety. Ladele's claim was dismissed. The Court reasoned that accommodating her refusal to officiate civil partnerships would undermine the employer's obligation to promote equality and non-discrimination, as well as infringe on the rights of same-sex couples. Similarly, McFarlane's claim was denied. The Court determined that his dismissal was justified to ensure equal access to services, a cornerstone of anti-discrimination principles. The ECtHR's judgments illustrate a pragmatic balancing of rights. While Article 9 protects individual religious freedoms, these rights are not absolute and can be restricted when they interfere with the rights of others or legitimate public interests. The Court's distinction between visible religious symbols and conduct conflicting

---

[87] Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, and 36516/10, European Court of Human Rights, Judgment of 15 January 2013.

[88] Legal Basis: European Convention on Human Rights, Articles 9 and 14, and Article 2 of Protocol No. 1.

[89] European Court of Human Rights, "Case of Eweida and Others v. the United Kingdom," HUDOC database. Available at: https://hudoc.echr.coe.int. (Accessed March 24, 2025).

with job duties underscores a hierarchical approach to weighing competing interests.

The concept of proportionality was central to the Court's reasoning. In Eweida's case, the restriction was deemed disproportionate because it lacked a compelling justification, whereas in Chaplin's case, health and safety concerns outweighed religious expression. This demonstrates the importance of context-specific evaluations in human rights adjudication. The decisions in Ladele and McFarlane highlight the ECtHR's commitment to upholding equality and non-discrimination as societal values. These rulings affirm that religious beliefs cannot be used as a basis for exempting individuals from duties that ensure equal treatment under the law, especially in roles with public service obligations.

The differing outcomes for Eweida and Chaplin raise questions about the consistency of the Court's approach to religious symbols. Critics argue that health and safety concerns in Chaplin's case were insufficiently scrutinized, potentially leading to an overly deferential stance toward employer policies. The judgments reflect limited engagement with the doctrine of reasonable accommodation, which some argue could offer a more balanced framework for resolving such disputes. By dismissing Ladele's and McFarlane's claims, the Court avoided deeper exploration of how workplace policies might be adapted to respect religious diversity while upholding equality. Although the case predominantly addressed Christian applicants, its implications extend to all religious groups. The judgments underscore the importance of developing workplace policies that are inclusive and sensitive to religious diversity, while also reaffirming the boundaries of religious accommodation in pluralistic societies.

Eweida and Others v. United Kingdom is a landmark case that encapsulates the challenges of reconciling religious freedom with competing rights and interests in modern democracies. The ECtHR's judgments underscore the importance of proportionality, context, and equality in adjudicating these complex disputes. However, the case also reveals areas for further legal development, particularly in refining the doctrine of reasonable accommodation and ensuring consistent protection for religious expression across varied contexts[90].

6. Legal Analysis and Critique of Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland

The *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland (2017)* decision by the European Court of Human Rights (ECtHR) addressed a contentious issue concerning the balance between religious freedom and a state's interest in promoting social integration through education. The case involved a Muslim couple, the applicants, who objected to their daughters attending mixed-gender swimming lessons in school, citing their religious beliefs. The ECtHR ultimately ruled against the applicants, finding that Switzerland had not violated Article 9 of the European Convention on Human Rights. However, the ruling invites critical examination, particularly concerning its reasoning on proportionality and the potential inconsistencies in the Court's approach to religious freedom.

[90] Mark Hill Qc. "Religious Freedom in European Employment Law: Eweida and Others v. United Kingdom," Ecclesiastical Law Journal, Volume 15, Issue 2, May 2013, p. 200 e.g.

The applicants, Turkish-Swiss nationals practicing Islam, argued that the mandatory attendance of their daughters in mixed-gender swimming lessons infringed upon their religious beliefs. They requested an exemption based on their faith, proposing alternative measures such as single-gender classes or the use of modest swimwear (e.g., burkinis). Swiss authorities denied the request, citing the importance of school activities in fostering social integration and gender equality. The ECtHR upheld Switzerland's decision, emphasizing that the educational authorities' aim to promote integration and equality was a legitimate and proportionate interference with the applicants' religious freedom. The Court concluded that the interference was proportionate to the legitimate aim of ensuring social integration and gender equality. While these aims are indeed compelling, the proportionality assessment raises concerns about whether the restriction imposed was necessary or whether alternative accommodations could have achieved the same goals with less infringement on religious freedom.

Critics argue that the Court gave undue deference to state policies without sufficiently considering the applicants' rights. For instance, the availability of modest swimwear or alternative classes might have allowed the children to participate without compromising their family's religious convictions. The judgment reflects a limited application of the principle of reasonable accommodation, a doctrine often employed to balance competing rights in pluralistic societies. By rejecting the applicants' proposals, the Court appeared to endorse a rigid application of state policies, potentially undermining the broader goals of inclusivity and respect for diversity. Unlike in cases such as *Eweida v. United Kingdom* (2013), where the Court sided with an individual's right to manifest religion, the *Osmanoğlu* decision signals a shift toward prioritizing state interests over individual religious expression. This inconsistency may erode the coherence of ECtHR jurisprudence on Article 9[91]. The Court's reasoning in *Osmanoğlu* contrasts with other cases that afforded greater weight to religious freedoms. For example, in *Lautsi v. Italy* (2011), the Court acknowledged a state's discretion in displaying religious symbols in schools but emphasized the importance of proportionality in assessing potential violations of religious neutrality. In *Osmanoğlu*, however, the proportionality analysis appears less rigorous, leading to concerns about a double standard in cases involving religious minorities.

The decision disproportionately affects Muslim families, who are more likely to seek exemptions from mixed-gender activities based on their faith. By endorsing a strict interpretation of integration, the Court risks marginalizing minority religious groups instead of fostering genuine inclusivity. This tension highlights the need for a more balanced approach that respects cultural and religious diversity while promoting shared societal values. The *Osmanoğlu* case presented an opportunity for the ECtHR to provide clearer guidance on the scope of reasonable accommodation in religious freedom cases. By failing to explore alternative measures, the Court reinforced a binary approach to conflicts between religious practices and public policies, leaving little room for constructive dialogue. The Court's strong emphasis on integration may inadvertently legitimize overly broad state measures that disproportionately burden religious minorities. Such an approach risks undermining the pluralistic values that the ECHR seeks to protect. While promoting integration and equality

[91] Edt. Kevin Boyle & Juliet Sheen, Freedom of Religion and Belief: A World Report, 1st Edition, Routledge, London 2013, para 335-336.

is laudable, the Court's ruling does not sufficiently safeguard the applicants' religious freedom. The lack of robust scrutiny of alternative solutions undermines the proportionality principle and risks setting a precedent for future cases where religious freedoms may be disproportionately restricted[92].

The *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* decision reflects the ECtHR's ongoing struggle to balance religious freedom with state interests. While the promotion of integration and equality are legitimate goals, the Court's reasoning in this case raises significant concerns about the proportionality of the measures imposed and the lack of accommodation for minority religious practices. This decision underscores the need for a more nuanced approach to Article 9 cases, one that rigorously evaluates alternative measures and ensures consistency in the protection of religious freedom. Future jurisprudence must address these concerns to maintain the Court's legitimacy as a guardian of pluralistic and democratic values under the ECHR[93].

CONCLUSION

The decisions of the European Court of Human Rights reveal a troubling reliance on subjective frameworks that prioritize European cultural narratives, civilization, and shared heritage over objective principles and universal legal norms. This interpretative approach allows socio-cultural constructs, such as necessity, consistency, and persuasiveness, to dominate judicial reasoning, often at the expense of impartiality. These subjective criteria, influenced by the sociology of religion, create room for inconsistent and context-dependent rulings, undermining the ECtHR's credibility as a guardian of human rights.

A particularly concerning trend is the Court's frequent invocation of abstract and indeterminate concepts like the "margin of appreciation," especially in cases involving religious freedoms under the pressures of conservative or Orthodox groups. While intended to balance national discretion with European standards, this concept often results in ambiguous and politically charged judgments.

The *Leyla Şahin* case, for instance, illustrates how contextual political considerations can overshadow the universal application of principles like proportionality, discretion, and state neutrality. These principles, while necessary for balancing competing rights, are selectively applied, exposing the underlying political dimensions of the Court's rulings.

The ECtHR's handling of Islamic religious symbols and practices further reveals stark double standards. Restrictions on Islamic symbols are frequently justified through appeals to concepts such as "democratic society" or "legitimate limitations," while Christian symbols are often framed as reflections of cultural heritage or public morality. Criteria like public safety, state neutrality, and the protection of others' rights are disproportionately employed in cases involving Islam, creating a perception of systemic bias. This approach fails to recognize rituals and symbols associated with Islam as inherent rights under the European

---

[92] Carolyn Evans, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, February 08, 2021, p. 180 e.g.

[93] European Court of Human Rights Annual Report (2013), Overview of Key Cases

Convention on Human Rights, disregarding the pluralistic values and cultural diversity the ECtHR purports to uphold.

The Grand Chamber has further entrenched this inequity by preserving established norms at the expense of fostering pluralism. While lower Chambers of the Court have occasionally extended protections to both Christian and Islamic principles when deemed necessary and consistent, the Grand Chamber frequently restricts these protections to Christianity. This discrepancy reinforces discriminatory practices and underscores the Eurocentric bias embedded in the ECtHR's jurisprudence. The selective treatment of Islamic symbols—contrasted with the Court's more accommodating stance on Christian symbols—betrays a broader failure to embrace a genuinely pluralistic judicial philosophy.

This bias cannot be divorced from the socio-political climate of Islamophobia that has increasingly shaped Europe, particularly in the aftermath of 9/11. The Court's reluctance to robustly protect Islamic symbols and practices reflects a broader Eurocentric skepticism, often framing Islam as incompatible with democratic values, public order, or secularism. This selective protection alienates Muslim communities and undermines the ECtHR's stated mission to uphold universal human rights and freedoms.

Ultimately, the ECtHR's selective application of principles like pluralism, neutrality, and proportionality has eroded its standing as a court of freedoms. By perpetuating discriminatory practices and failing to treat all religious expressions with equal regard, particularly in cases involving Islam, the Court has assumed a contested and increasingly polarizing role. Its decisions reveal a troubling dissonance between its foundational ideals and its practical jurisprudence, raising profound questions about its capacity to function as an impartial arbiter of justice in an increasingly diverse and pluralistic Europe.

BIBLIOGRAHPY

Atasagun G, Religious Symbols in Divine Religions (Judaism, Christianity and Islam), doctoral thesis, Selçuk University Institute of Social Sciences, Department of Philosophy and Religious Sciences, Department of History of Religions, Konya 1996.

Aydeniz H, "Religious Symbols, A Traditionalist Approach to the Symbol's Loss of Meaning and Its Effects (Renê Guênon Example), EKEV Akademi Magazine, No. 15, No. 48 (Summer 2011)

Lings M, Simge and Kökenörnek Oluşum Anlamı Üzerine, Trans. Süleyman SAHRA, Ankara, Hece Publications, Ankara, 2003.

Berger L, "Why Maurice Bloch's Work on 'Religion' Is Nothing Special but Is Central," Religion and Society: Advances in Research, 1 (2010).

Edt. Boyle K & Sheen J, Freedom of Religion and Belief: A World Report, 1st Edition, Routledge, London 2013.

Erdoğan M, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion: Ankara, 2007.

European Court of Human Rights, "Case of Eweida and Others v. the United Kingdom," HUDOC database. Available at: https://hudoc.echr.coe.int.

European Court of Human Rights Annual Report (2013), Overview of Key Cases.

Evans, C. (2014). Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights. Oxford University Press.

Hill M Q, "Religious Freedom in European Employment Law: Eweida and Others v. United Kingdom," Ecclesiastical Law Journal, Volume 15, Issue 2, May 2013.

İnanç S Z/Çetin S, "Avrupa'nın Kendine Dönen Silahı: Dışlayıcılık ve Ayrımcılık", SDE Analiz, Aralık, 2011.

Kardaş R, "Symbol", Turkish Encyclopedia (I-XXXIII), National Education Printing House, Ankara, 1980.

Kılıç S, Symbolic Language in Islam, İnsan Publications, Istanbul, 1995.

Kimpel B. F, The Symbols of Religious Faith, New York, 1954.

Koca S. K, "The Relationship between Culture and Symbol in General Lines", SAU Science and Literature Magazine, 2010-II.

Küçük T. S, "Fransız Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanılması", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1.

Küçük A, "AB Üyesi Bazı Ülkeler İle ABD ve Türkiye'de Din Eğitim ve Öğretiminin Hukukî Çerçevesi", Liberal Düşünce Dergisi, C. 14, S. 55, Yaz: 2009.

Legal Basis: European Convention on Human Rights, Articles 9 and 14, and Article 2 of Protocol No. 1.

Orsi R. A, Religious Studies, Cambridge University Press, New York, 2012.

Önder A, "Hurûf-u Mukatta'a I", İslami İlimler Araştırmaları Dergisi, 2019/1.

Özcan M, Avrupa'da Tesettür Tartışmaları, Köprü Dergisi, Güz 2003, S. 84.

Rowntree L. B./Conkey M. W, "Symbolism and Cultural Landscape," Annals of the Association of American Geographers, Vol. 70, No. 4.

Shchimmel A, “What is the Function of Symbol in Religion?”, AÜ Faculty of Theology Journal, Ankara 1954, Vol. III.

Temperman J, Religious Symbols in The Public School, The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religios Symbols in The PublicSchool Classroom (Edt: Jeroen Temperman), IDC Publishers and Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2012.

Yavuz Ö. F, “The Symbolic Value of the Concepts of Sacred Space, Time and Things in the Quran”, Milel and Nihal, Journal of Faith and Culture Mythology Research, Issue 3, No. 1-2, December 2005-June 2006.

The court decisions and internet sources

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, Series A no. 94 and Schuler-Zgraggen v. Switzerland, 24 June 1993, Series A no. 263.

https://perspektif.eu/2023/02/03/basortusu-yasagi-berlin-tarafsizlik-yasasini-acilen-degistirmeli.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf.

Joint Concurring Opinion of Judges Rozakis and Vajic; Dissenting Opinion of Judge Tulkens.

Case of Lucia DAHLAB v. Switzerland, Application no. 42398/98.

Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, Series A no. 216, p. 35, § 73, and The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1).

Van Raalte v. the Netherlands, 21 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997- I.

Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011.

http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=318.

Folgerø and Others v. Norway, 29 June 2007, § 84.

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1, of 4 April 2001, “The Aims of Education”.

Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06, par. Dissenting Opinion Of Judge Malinverni Joined By Judge Kalaydjieva.

Supreme Court of Canada, Ross v. New Brunswick School District no. 15.

German Constitutional Court, BVerfGE 93, I I BvR 1097/91, judgment of 16 May 1995, § C (II) (1).

Swiss Federal Court, ATF 116 Ia 252, Comune di Cadro, judgment of 26 September 1990, § 7; Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06, par. Dissenting Opinion Of Judge Malin- verni Joined By Judge Kalaydjieva.

Association Ligue des Musulmans de Suisse ve Diğerleri - İsviçre Davası (66274/09) ve Ouardiri - İsviçre Davası (65840/09); Baechler - İsviçre Davası (66270/09), Koella Naouali - İsviçre Davası (1317/10), Al-Zarka - İsviçre Davası (9113/10),

Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, and 36516/10), European Court of Human Rights, Judgment of 15 January 2013.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/din_ozgurlugu.pdf.

DİVAN-I MEZÂLİM'DEN KAMU DENETÇİLİĞİ (OMBUDSMANLIK) KURUMU'NA BİREYSEL ŞİKÂYET VE DİLEKÇE HAKKININ GELİŞİMİ

Evolution of Petition of Right in Public Administration from Divan-ı Mezalim to Ombudsman Institution of Turkiye

Doç. Dr. Tekin AVANER*
Dr. Bilge UZ**
Dr. Zeynep OKTAY***

Öz: Ombudsmanlık kurumları, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının kullanılması yoluyla kamu idarelerinin denetlenmesinde bağımsız ve tarafsız bir mekanizma olarak faaliyet göstermekte ve idari yapının doğru işleyişine hizmet etmek suretiyle, kamu yönetimi alanında şeffaflığın ve idari hesap verilebilirliğin artırılmasında rol oynamaktadır. Kamu yönetimi alanında, kötü yönetim hallerinin hukuka aykırılık hallerinden yaygın olduğu gözetildiğinde, ombudsmanlık kurumlarının yargı mercilerine nazaran daha esnek ve hızlı kararlar aldığı, birey ile idare arasında arabulucu olarak hareket ettikleri görülmektedir. Bu makale kapsamında, Türk idari geleneğinin bir parçası olan kurultay, Divan-ı Hümâyun, ahilik, kazasker, kadı-ül kudat gibi kurumların işleyişinin ombudsmanlık müessesesinin ortaya çıkışı ile bağlantısı incelenmektedir. Yanı sıra, modern ombudsmanlık müessesinin Divan-ı Mezâlim'in yürüttüğü işlevler ile bireysel başvuruların ayrım gözetilmeksizin kabul edilmesi, idarecilerin yolsuz ve hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin şikâyet konusu edilebilmesi, başvurulara dair adil ve hakkaniyete uygun kararların alınması yönlerinden benzerlikleri ele alınmaktadır. Modern hukuka İsveç tarafından hediye edilen, İsveç hukukuna ise Türk-Osmanlı devlet yönetimi geleneğinden intikal ettirilen ombudsmanlık müessesesinin temellerinin mezâlim müessesesi ile ilişkisi çalışma kapsamında değerlendirilmektedir.
Anahtar Kelimeler: Şikâyet Hakkı, Dilekçe Hakkı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Divan-ı Mezâlim.

Abstract: Ombudsman institutions audits public administrations as an impartial and independent mechanism via exercising of petition of right and serves for enhancement of transparency and accountability of the administrative bodies. Considering that the maladministration cases are much more widespread than the unlawful ones in the field of the public administration, compared to jurisdiction, it is accepted that ombudsman institutions adopts more flexible and rapid decisions by being an intermediary between individuals and the administration. In this respect this essay argue that, organizations that belong to the Turkish administrative tradition such as kurultai (council), Divan-ı Hümayun (imperial council), ahiism (ahi community), kadi'asker (cadilesker) and kadı-ul kudat provide inspiration to ombudsman institution which demonstrates similarity to Divan-i Mezalim (Council of Juridical Review) in aspects of exercising of individual petition of right unselectively, enabling to make individual complaints about unlawful or corrupted acts of the administrators and creating fair and equitable decisions. From these aspects, we can argue that, ombudsman that derived originally from Swedish law, rooted from Turkish-Ottoman administrative practices and mezalim institution.
Keywords: Right to Petition, Ombudsman Institution of Turkiye, Ombudsman institutions, Divan-i Mezalim (Council of Juridical Review).

* Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Dekan Yardımcısı, tekinavaner@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-4014-0131 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676661
** Kamu Denetçiliği Kurumu Hukuk Müşaviri, bilge.uz@ombudsman.gov.tr
ORCID: 0000-0002-9615-2417
*** Milli Eğitim Bakanlığı Arapça Uzmanı, zeynepoktay81@gmail.com
ORCID: 0000-0002-0561-8753
Makale Geliş Tarihi: 20.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 3.03.2025

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin rasyonel ve etkin bir biçimde yerine getirilmesinin sağlanması amacı, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Kamu yönetiminde, şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması yargısal ve idari denetim yolları ile mümkün olmaktadır. Bu anlamda, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkına hukuksal düzenlemelerde yer verilmesi ve güvence altına alınması, idari denetim mekanizmalarının işleyişinde ve etkinliğinin sağlanmasında önemli rol oynamaktadır. Kamu hizmetlerinin muhatabı olan ve bu nedenle idari işlem ve eylemlerden doğrudan etkilenen bireyin, kamu gücünü kullanan kurumların, idarecilerin ve kamu görevlilerinin hukuka uygun ve adil davranmalarını beklemesi ve haksızlığa uğradığında idari ihtilafların çözümlenmesi amacıyla başvuruda bulunma hakkına sahip olması idarenin hesap verebilirliğinin sağlanması yönünden önem arz etmektedir. 1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklik[1] neticesinde Anayasanın 74. maddesi gereğince çıkarılan 6328 sayılı Kanun[2] ile kurulan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına bağlı olarak yapılandırılan Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu'na (KDK) idarenin iş ve işleyişine ilişkin bireysel şikâyetler yapılabilmektedir. Bu anlamda KDK Türkiye'deki en önde gelen hak arama kurumlarındandır. 2013 yılında şikâyet kabul etmeye başlayan KDK, 6328 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlendirilmiştir. Kurum; hukukun üstünlüğünün sağlanması, iyi yönetim ilkelerinin yerleştirilmesi, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri temelinde idari bir denetim mekanizması olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Kurum işlevini yerine getirirken doğrudan şikâyetçi ile görüşme ve şikâyeti ilk ağızdan dinleme imkânına sahiptir. Bu anlamda, haksızlığa uğradığını iddia eden halkın avukatlığını yapan ve idarelere yol gösterici nitelikte kararlar yollayan KDK, idare ve bireyler arasında bir köprü oluşturmaktadır. Her ne kadar ombudsman[3] müessesesinin kökenlerini doğrudan doğruya İsveç'e bağlayan bazı çalışmalar[4] mevcut olsa da tarihsel süreçte en eski Türk Devletlerinden itibaren Türk kamu yönetiminde, bireysel şikâyetlerin devletin en üst kademesi

---

1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 7/5/2010, 5982.

2 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, RG: 29/6/2012, 28338.

3 İsveç dilinde delege, arabulucu, avukat, vekil anlamlarını taşıyan Ombudsman terimi; 'Ombuds' (aracı) ve 'man' (kişi) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Türkiye'de ombudsman karşılığı olarak 'kamu başdenetçisi' ve 'kamu denetçisi' terimleri kullanılmaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinde ombudsman; '*defensor del pueblo/halkın savunucusu*' (İspanya), '*volksanwalt/halkın avukatı*' (Avusturya), '*mé diateur de la ré publique/cumhuriyet arabulucusu*' (Fransa) olarak isimlendirilmektedir (Bkz: Mustafa Büyükavcı, "Ombusmanlık Kurumu", 2008, S.4, Ankara Barosu Dergisi, s.10-11).

4 Bkz: Domenico Carolei, "An International Ombudsman to make non-governmental organizations more accountable? Too good to be true", 2022, Leiden Journal of International Law, ss.1-20; Hans-Gunnar Axberger, "The Original Recipe: 200 Years of Swedish Experience, Back to Roots: Tracing the Swedish Origin of Ombudsman Institutions", 2009, ss.2-9; OECD, "The Role of Ombudsman Institutions in Open Government", 2018, Working Paper on Public Governance No. 29, ss.3-39; Kriebaum Ursula and Gabriele Kucsko Stadlmayer, Asian Ombudsman Institutions, A Comperative Legal Analysis, Verlag Österreich, Mörlenbach, 2016.

tarafından dinlenmesine ve karara bağlanmasına imkân veren idari mekanizmaların yapılandırıldığı görülmektedir. Bu yönden, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının Türk devlet anlayışında idarenin işleyişinin denetlenmesi ve idarecilerin hesap verebilirliğinin sağlanması amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. İslamiyet'in kabulü sonrasında bireysel şikâyetlerin dinlenmesine imkân sağlayan ve Abbasiler döneminde kurumsal bir yapıya dönüşen Divan-ı Mezalim[5]; Büyük Selçuklular ve Anadolu Selçuklu Devletleri başta olmak üzere, Türk-İslam Devletlerinde de bireylerin uğradığı haksızlıkların giderilmesini talep ettikleri ve idari hesap verebilirliğin sağlandığı bir mekanizma olarak devam ettirilmiştir. Ombudsmanlık kurumunun kökenlerine inildiğinde, Osmanlı Devletinin idari kurumlarının etkilerini de görmek mümkündür. Osmanlı Devleti döneminde Divan-ı Hümayun başta olmak üzere, ahilik, kazasker, hisbe, kadı-ül kudat gibi haksızlıkların giderilmesine yönelik yapılanmış olan bazı kurumlar, bireysel şikâyetlerin iletilmesine imkân veren mekanizmalar arasındadır. Tanzimat döneminden itibaren, Fransız kamu yönetimi modellenerek ve Fransız idare hukukunun etkisiyle Osmanlı idari yapılanmasında gerçekleştirilen idari reformların bir parçası olarak Şura-yı Devlet oluşturulmuş ve idare ile bireyler arasındaki ihtilafların çözümü bu mahkemeye tevdi edilmiştir. Cumhuriyet dönemi ile birlikte Şura-yı Devlet, Danıştay olarak yenilenmiş ve Danıştay, yeni yapılanmada idari uyuşmazlıkların yargısal denetimi faaliyetini sürdürmektedir. Bununla birlikte, idarenin yargısal yoldan denetimi 'hukuka uygunluk' denetimi ile sınırlı olup, yerindelik denetimi yapılamamaktadır. Özellikle idari takdir yetkisinin kullanımı, idarecilerin davranışları, iyi yönetim ilkelerine uyulup uyulmadığı konularındaki idari işlem ve eylemler, yargısal denetimin kapsamına doğrudan dâhil edilememektedir. Bu anlamda, hak arama ve uzlaşma kültürünün oluşturulması, idari şeffaflık, hesap verebilirliğin sağlanması, kamu hizmetlerinin kalitesinin artırılması, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının korunması gibi önemli işlevler idari denetim mekanizmaları aracılığıyla temin edilmektedir.

Bu çalışma kapsamında, idari teşkilatımıza 2010 yılındaki anayasa değişikliği ile dâhil edilmiş olan KDK'nın yapısı ve işleyişi mezâlim müessesesinin ortaya çıkışı bağlamında incelenmektedir. Çalışmada, günümüzde kamu idarelerinin denetlenmesinde bağımsız ve tarafsız bir mekanizma olarak faaliyet gösteren ombudsmanlık müessesesinin Divan-ı Mezâlim ile bireysel şikâyetlerin din, dil, ırk, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kabul edilmesi, somut olaya özgü esnek ve hızlı karar alınması, idarecilerin yolsuz eylem ve işlemlerinin şikâyet konusu edilebilmesi gibi benzerlik arz ettiği yönlerden dilekçe ve bireysel şikâyet hakkının gelişimine etkileri ele alınmaktadır.

I. DİVAN-I MEZÂLİM (- ديوان المظالم) MÜESSESESİ VE ETKİLERİ

Mezâlim, مظالم terimi, haksızlık, zulüm anlamlarına gelen Arapça kökenli mazlime, مظْلِمة kelimesinin çoğul hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Kavram olarak haksızlıklara karşı yapılan şikâyetler, bir hakka tecavüz sonucu kişinin kendisinden alındığından şikâyetçi olduğu şey veya mazlum hakkı gibi anlamlara karşılık gelmektedir[6]. Mezâlim terimi, şahsa ve malvarlığına yönelik haksızlıklar

---

[5] *Divân-ül Mezâlim, Mezâlim Divânı, Mezâlim Mahkemeleri, Haksızlıklar Divânı* şeklinde isimlendirilebilmektedir.

[6] Ahmet Duran, "İslâm Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme Olarak Velâyetü'l-Mezâlim (Mezâlim Mahkemeleri)", S.25, 2015, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, s.

için kullanılmakla birlikte, daha yaygın olarak gasp, hırsızlık gibi hukuka aykırı yollardan elde edilen gelirler, mükelleflerden haksız tahsil olunan vergiler, hukuka aykırı biçimde el atılan malvarlığı değerleri anlamında kullanılmaktadır. İdari ve hukuki bir müessese olarak ise mezâlim; "normal mahkemelerin karara bağlamakta zorlanacağı ceza ve hukuk davalarını karara bağlamak ve uygulamak, idarî şikâyetleri dinlemek üzere oluşturulmuş yüksek kurul" şeklinde tanımlanmaktadır[7].

Türk devletlerinde, devlet *kut*, *budun* ve *il* adı verilen üç öge üzerine inşa edilmiştir ve idare etme hakkının Tanrı tarafından Hakan'a *(Kağan, Yagbu, Kan)* verildiği inancı *(Tanrı Kut)* hâkimdir. İktidarın Tanrı tarafından belirlendiği inancı idare etme hakkının ilahi kökenli olduğunu ortaya koymaktadır[8]. Türk kamu hukukunda hükümranlığın tek bir şahısta toplandığı, hükümdarın yetkilerinin ise, devletin işleyişini düzenleyen kurallar bütününden oluşan 'töreler' ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu yönden, Tanrı tarafından idare yetkisi tanınan ve bazı üstün vasıflara sahip olduğuna inanılan Hakan'ın idare etme hakkı, sınırsız bir hâkimiyete karşılık gelmemektedir. Hakan'ın yönetsel yetkilerini kullanırken, topluma hizmet etmesi, toplumsal sorunlara çözüm üretmesi ve halkını korumasının esas olduğu, töre hükümlerine uygun olarak adaletle hükmetmesi gerektiği kabul edilmektedir. Orhun Yazıtları'nda, Bilge Kağan'ın *"Tanrı buyurduğu için, devletim kısmetim var olduğu için, ölecek milleti diriltip besledim. Çıplak milleti elbiseli kıldım. Fakir milleti zengin kıldım. Az milleti çok kıldım"* ifadeleri ile topluma hizmet ettiğini ve kamu refahını artırdığını bildirdiği görülmektedir. Hakanın görevleri, halkının refah ve mutluluğunu sağlamak amacıyla yasaları uygulamak, devlet yöneticilerini atamak, *toy*'u (kurultay)[9] toplantıya çağırmak, gerekiyorsa törede değişiklik teklifi getirmek ve *yargu* veya *yolak* adı verilen devletin en yüksek mahkemesine başkanlık etmektir. Örneğin, Göktürkler döneminde (552-744) Bilge Tonyukuk, adaletin yerine getirilmesini ve hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla yüksek mahkemede görev almış ve vezirlikten ayrıldıktan sonra hâkimlik yapmıştır. Ayrıca, diğer yüksek rütbeli devlet yöneticilerinin de adaletin tesisi ve korunması amacıyla çeşitli görevler aldığı bilinmektedir. Uygur Devleti'nin kuruluşu sırasında Alp İlteber'in annesi Uluğ Hatun, haksızlığa uğramış olan halkın şikâyetlerini dinlemek ve sorunlarını Hakan adına çözümlemek amacıyla görev yapmıştır[10]. Bu açıdan, Türk

---

252-253; Ayşe D. Kuşçu, "Eyyûbîler'de Mezâlim Mahkemeleri ve Dârü'l-Adl", S.26, 2009, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, s.209.

7 Celal Yeniçeri, Mezâlim, DİA, C.29, 2004, Diyanet İslam Ansiklopedisi, s.515.

8 Yılmaz Yurtseven, Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme, Ankara, 2019, s. 66.

9 Ulusal toplantı, kongre anlamlarına gelen Kurultay, Türk devletleri ile ilgili kaynaklarda kamu idaresinin temelini oluşturan bir devlet meclisi olarak geçmektedir. Kurultay kağanın seçilmesi, hükümdarlığının onaylanması, töre yapma yetkileriyle donatılmış bir yasama kurulu niteliğindedir. Oğuz destanında Kurultay "toy" olarak anılmaktadır. (Bkz: Bahaeddin Ögel, Türklerde Devlet Anlayışı, Ötüken Yayınları, İstanbul 2016, s.99-123; Ayrıca Bkz: Ahmet Taşağıl, "Kurultay", TDV İslam Ansiklopedisi, 2019; https://islamansiklopedisi.org.tr/kurultay (Erişim tarihi:26.02.2025).

10 Abdülkadir Donuk, "Eski Türklerde Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları" S.17, 1982, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, ss. 103, Mehmet Şeker, "Ortaçağ Türk-İslâm Devletlerinde Hükümdarın Adalet Sembolü: Dîvânü'l Mezâlim" 2017, 6(10), Humanitas, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, ss.79-80; Belkıs Konan, "Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişiminde Şura-yı Devletin Rolü", S. 62,63, 2017, Adalet Dergisi, ss.140; Tekin

devletlerinde Hakan'ın adaletin tesisinde doğrudan sorumlu olduğu ve adaletin yerine getirilmesinin, sosyal alanda olduğu kadar yönetim alanında da büyük önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Adil bir yönetim anlayışının sürdürülebilmesi idarecilerin verdikleri kararların yönetilenler nezdinde adil olarak kabul görmesi ile mümkün olmaktadır. Kutadgu Bilig'de, "*Hangi bey memlekette doğru (adil) bir kanun koymuşsa o memleketini tanzim etmiş ve gününü aydınlatmıştır*"; "*Zalim kişi uzun süre beyliğe sahip olamaz; zalimin zulmüne halk uzun süre dayanamaz*"; "*Bey mülkünü ve halkını kanun yolu ile nizam altında bulundurur*"; "*Ey Hâkim, memlekette uzun müddet hüküm sürmek istersen kanunu doğru yürütmeli ve halkı korumalısın. Kanun ile ülke genişler ve dünya düzene girer, zulüm ile ülke eksilir ve dünya bozulur*"[11] şeklindeki ifadelerle idarecilerin adil ve hukuka uygun davranmalarının öğütlendiği dikkati çekmektedir. Türk-İslam devletlerinde adaletli bir toplum düzeninin devam ettirilmesi, kamu düzeninin korunması ve idarecilerin haksızlığa yol açan davranışlarını önlenmesi hedefiyle adli yargıdan ayrı bir şekilde yürütülen yargılamalar, devletin yargı sistemindeki en üst mahkeme konumunda bulunan '*Divan-ı Mezâlim*' olarak adlandırılan yetkili mahkemelerde görülmektedir[12].

İslam hukuku kaynağını ilahi iradede bulmaktadır[13]. İslam hukukunda, '*adaletin ilahi kudretin asli cevheri olduğu*' düşüncesi temel alınarak, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, eşitlik, güvenlik hakkı, barınma-konut hakkı, ekonomik haklar, aile kurma hakkı, miras hakkı, hukuksal işlem yapma ehliyeti, adil ücret ve tazminat hakkı, yabancılara adil muamele, haksızlığı düzeltme gibi hakların hukuki ehliyeti haiz bireylere tanındığı ve siyasal sistemin devlet ile bireylerin arasındaki dengeyi koruyarak bireyin gereksinimlerine cevap vermesini sağlamaya yönelik olduğu kabul edilmektedir[14]. Divan-ı Mezâlim, İslam fetihlerinin genişleyip yayılması ve farklı köken, din ve kültürlerden unsurların İslam devletinin yönetimi altına girmesiyle oluşan zaruret halinde teşkil etmiş bir şikâyet kurulu olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam'ın ilk dönemlerinde inancın güçlü olması ve dini saikin insanları kontrol etmesi nedeniyle bu türden bir mahkemeye ihtiyaç duyulmamıştır. Bu dönemde, uyuşmazlık hallerinde hâkimin (kadı) kararına uyulmakta ve itiraz kabul edilmemektedir. Dört Halife

---

Avaner, "Devlet Bilimi Bakımından Köprülü'nün Ortaçağ Kamu Hukuku Kurumları Makalesi ve Türk Devletinin Varlığı", 16, 2018, Belgi, ss.995-999; Necdet Sevinç, Eski Türklerde Kadın ve Aile Hukuku. C.2, S.8, 1980-a, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, ss.19; Esra Yakut, "Eski Türklerde Hukuk", C.1, S.3, 2002, Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, ss.401-426.

11 Yusuf Has Hacib, Kutadgu Bilig, Çev. Reşit Ahmeti Arat, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2006, s.410-413.

12 Necdet Sevinç, "İslâm Öncesi Türk Hukuku", C. 1, S. 6, 1980-b, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, ss.167-174; Mehmet Şeker, Memlûklerde Dîvânü'l-Mezâlim 1250-1517, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2020, s.84; Halil İnalcık, Kutadgu Bilig'de Türk İdare Geleneği ve Adalet, Adalet Kitabı, Editörler: Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, Ankara, 2012-a, s.7; Tekin Avaner, Reformun Antropolojisi, Kamu Yönetiminde Bağımlılık Sorunu, 2.baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s.166-169; Kadir C. Doğan, "Türk-İslam Tarihinde Ombudsman Benzeri Kurumlar: Literatür Taraması", 2023, IJSS, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, ss.175.

13 Halil Cin, Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, C. I, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990, s. 103-104.

14 Refik A. Gür, Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014, s.19; Mehmet S. Gemalmaz, Devlet Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.394-396.

dönemi sonrasında, emirlerin (üst düzey devlet adamları) veya valilerin yaptığı haksızlık ve zulümlerden yana şikâyetlerin artması üzerine bunları incelemek için *Divan-ı Mezâlim* adıyla bağımsız bir yüksek mahkeme teşkil edilmiştir[15]. Araştırmacılara göre, İslam hukukunda korku ve hükümranlığın heybetine dayalı saygınlık ile karakterize edilen özel bir yargı kurumu olan Divan- Mezâlim'in başkanlığı bizzat halife tarafından üstlenilmiştir[16]. Divan-ı Mezâlim müessesesi ile adaletsizliğin en kötü türü sayılan valilerin ve üst düzey devlet görevlilerinin hukuksuz uygulamalarının izinin sürülmesi hedeflenmektedir. Zira, kadim kaynaklarda adaleti sağlamakla görevli olanların herkesten ziyade onurlu, saygın, itibarı yüksek, nefsini yenmiş, aç gözlü olmayan ve takva sahibi dindar kişiler olması gerektiği ifade edilmektedir[17]. Bu yönüyle incelendiğinde Divan-ı Mezâlim, halkın devlete olan güveninin zedelenmesini önlemekte ve toplumsal barışın tesisinde önemli bir rol üstlenmektedir.

Emevi hanedanlığı döneminde (661-750) mezâlim duruşmalarının kurumsallaşmaya başladığı görülmektedir. Emevi Halifesi *Abdülmelik bin Mervan* (685-705) mezâlim duruşmaları için bir gün belirleyerek kadı Ebu İdris el-Evdi'yi görevlendirmiştir[18]. Halife Mervan'ın, atadığı devlet görevlileri hakkında kendisine iletilen her bilgiyi dikkatle değerlendirdiği ve gereğini yapmaktan çekinmediği bilinmektedir. Keza bir defasında kâtiplerinden birinin yaptığı iş karşılığında hediye aldığını öğrenmesi ile onu derhal görevinden azlettiği nakledilmiştir.[19] Buna karşın Halife Mervan'ın, adaletsizliği ve zalimliği ile meşhur *Haccac bin Yusuf*'u Irak ve Hicaz valisi olarak atadığı bilinmekte olduğundan, bu dönemdeki mezâlim duruşmalarının ulema nezdinde göstermelik olduğu kanısı da yaygındır. Bu anlamda, mezâlim müessesesinin sadece Halife Mervan'ın önem verdiği konular hakkında etkin olduğu ve bu suretle yönetilenlere haklarının teslim edildiği görüntüsünün oluşturulduğuna inanılmaktadır. Devam eden dönemde halifeliğe mazhar olan *Ömer bin Abdülaziz* (717-720) Divan-ı Mezâlim'e kendisini başkan olarak atayan ilk Emevi halifesidir. Zira kendisinden önceki dönemde Emevi hanedanı mensupları ile ilgili şikâyetlerin artması nedeniyle şikâyetlerle bizatihi kendisi ilgilenmeyi uygun görmüştür. Halife Abdülaziz, ilk iş olarak halka mazlumun yanında olduğunu bildirerek, memurlardan şikâyeti olanların doğrudan kendisine başvurmalarını ilan etmiş ve Cuma günlerini Mezâlim duruşmalarına ayırmıştır. Diğer taraftan Halife Abdülaziz, Halife Mervan dönemine ait tüm Divan-ı Mezâlim kayıtlarını imha ettirmiştir[20]. Uygulamalarıyla Emevilerin saltanat görüntülerine son veren Halife Abdülaziz, halka zulmeden ve yolsuzluklara adı karışan valilerin yerine dindar ve dürüst devlet memurlarını atamıştır. Muaviye'den itibaren hukuksuz şekilde gasp edilen malları tespit ederek hak sahiplerine iade etmiştir. Bu yüzden Irak Beytülmalı'nın tükendiği, Şam Beytülmalı'ndan destek geldiği rivayet edilmiştir. Hanedanlıktan kendisine ve eşine geçen mirası ise meşru görmeyip hazineye devretmiştir[21]. Halife Abdülaziz dönemindeki Mezâlim

---

15 Abdu'lmenım H., Divânu'l-Mezâlim, Daru'ş-Şuruk, Beyrut, 1983, s.25.

16 Muhenna, 1972, s. 24.

17 Maverdî, 1966, s.73.

18 Ebi Abdullah Muhammed bin Abdus El-Cehşeyari, Kitabu'l Vuzera ve'l-Kitabu'l-Cehşeyari, Tahk. Mustafa es-Sekka, 1938, s.43-44.

19 El-Cehşeyari, s.43-44.

20 Ebu Ya'la, El-Ferrâ, El-Ahkâmu's-Sultaniyye, Neşreden M. Hamid El-Fıkî, 2. Baskı, 1966, s.75; Er-Râfıı, M. Et-Tanzimu'l-Kadâî fi Lübnan, Daru'l Beyda, Beyrut, 1969, s.97-98.

21 Bkz: İsmail Yiğit, "Ömer b.Abdülaziz", İstanbul, TDV İslam Ansiklopedisi, C.34, s.53-55.

duruşmalarından örneklenecek olursa; *"Bir gün Humus halkından gayri müslim bir adam gelir. Halifeye: Ey Mü'minlerin Emiri! Sen Allah'ın kitabına göre mi hükmediyorsun? Eğer öyleyse hakkımı şu adamdan al, arazimi benden gasbetti (eliyle oturmakta olan halife el-Velid'in oğlu Abbas'ı gösterir). Halife Ömer, Abbas'a döner ve sorar: Ne diyorsun bu adamın söylediklerine? Abbas: O araziyi bana babam Halife el-Velid b. Abdülmelik verdi ve kaydını adıma yazdırdı. Bunun üzerine tekrar adama dönerek ne diyorsun buna? Diye sorar. Adam, Senden Allah'ın kitabını istiyorum, der. Bunun üzerine Halife Ömer, Hiç şüphesiz Allah'ın kitabı Halife el-Velid'in yazdırdığından daha üstündür, arazi senindir, diyerek Abbas'a onu geri vermesini emreder"*[22]. Halife Abdülaziz, 'geciken adalet zulümdür' esasını düstur edinmiştir ve atadığı kamu idarecilerine hitaben yazdığı mektuplarda bu konuyu özellikle vurgulamaktadır. Vali seçiminde çok titiz davranan Halife Abdülaziz, valileri yönettikleri illerde bir haksızlık olduğunda ondan haberdar olmazlar ise o olayın faili gibi onları sorumlu tutacağını uyararak görev yerine yollamaktadır. Bununla da kalmayıp sürekli onları soruşturarak bir şikâyet olduğunda hemen görevlerinden azletmekte ve yeniden başka bir göreve atamamaktadır[23].

Divân-ı Mezâlim'e, *Nâzıru'l*[24]*-Mezâlim*'in *(Reisu'l-Mezâlim)* duruşmalara başkanlık ettiği görülmektedir. Araştırmacı Mustafa Râfiı tarafından Divan-ı Mezâlim'e Başkanlık edecek kişide olması gereken vasıfları şöyle aktarılmaktadır: *"(1) İffetli, tok gözlü, takva düzeyinde dindar ve bu özellikleri özüne yerleşik olmalı, (2) Fıkıh (hukuk) alanında geniş bilgi sahibi olmalı, deneyimi çok ve adaleti ile tanınmalı, (3) Kararı uygulamada güçlü, komutada etkili ve saygınlığı çok olmalı"*[25]. Şikâyetlerin incelenmesi, umumi velayete sahip halifeler veya halifeler tarafından kamusal meselelerle ilgilenmek üzere görevlendirilen bakanlar ve emirler gibi idarecilerin yetkisi dâhilindedir. Divân-ı Mezâlim'de, haksız arazi edinme, zorla vergi alınması gibi mali şikâyet konularının dışında ihtiyaç sahibi insanların taleplerini dile getirdiği, babasının elinden zorla askere alınan çocuğun annenin şikâyeti üzerine aileye geri verilmesi gibi sosyal konuların karara bağlandığı celseler görülmektedir[26]. Divân-ı Mezâlim kararları nihai olup, karara karşı itiraz yolu açık değildir. Duruşmaların çoğu tek celsede sonuçlanırken, nadiren de olsa ikinci güne uzayan davalar da bulunmaktadır[27].

Kuruluşu Emeviler döneminde olan Divan-ı Mezâlim'in, Abbasiler döneminde (750-1258) güçlendiği ve tam olarak kurumsallaşarak devlet yönetiminin ana unsurlardan biri haline geldiği görülmektedir. Abbasi Halifesi *Mühtedi Billah*'ın dönemine kadar Divan-ı Mezâlimlere halifeler başkanlık etmiştir. Sonrasında ise özel yetkilerle donatılmış valiler atanmış ve onlara "Sâhibu'l-Mezâlim" ya da "Nâziru'l-Mezâlim" denilmiştir. Bu dönemde mezâlim mahkemelerinin görev yaptığı müstakil binalar yaptırılmıştır. Halife *Ebu Cafer el-Mansur* dönemine kadar mezâlim duruşmalarında, Emevi dönemine ait usul takip edilmiştir. Bu dönemde, mezâlim celselerine halife bizzat başkanlık etmiş ve haftanın bir günü duruşmalara ayrılmıştır. Emevilerin aksine Abbasi dönemindeki Mezâlim duruşmaları için belirli bir gün tayin olunmadığı

---

22 Ahmed Zeki Sufût, Ömer bin Abdülaziz, İkra serisi, Daru'l-Mearif, Mısır, 1948, s.25.

23 Ali İ. Adevi, En-Nazmu'l-İslamiyyetu, Mektebetu'l Encelu, Kahire, 1972, s.213-214.

24 Nâzır ناظر, Arapçada "Müfettiş, Bakan, Yönetici, Denetmen, Gözetmen" anlamlarına gelmektedir. https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

25 Er-Râfiı, s.98.

26 Abdu'lmenım, s.88.

27 Hasan İbrahim, Tarihu'l-İslam, 2007, s.315.

görülmektedir. Örneğin Halife Me'mun pazar günleri[28] duruşmalara başkanlık ederken diğer halifeler de ihtiyaç hasıl olduğu herhangi bir günde katılmıştır[29]. Halife Mansur döneminden itibaren, *Erkânu'l-Melik* adı altında *dört* kişilik bir heyet halinde duruşmalara devam edilmiştir. Erkânu'l-Melik heyeti, halifenin yanı sıra, halife tarafından titizlikle seçilmiş olan bir güvenlik, bir hâkim, bir vergi memuru ve bir de duruşmaların raporlanması ile görevli bir istihbarat (haberci) görevlisinden oluşan devlet görevlilerinden müteşekkildir. Halife Mansur bu görevlileri; "*Bunlardan hâkim olan Allah için hüküm verir, diğerleri ise zayıfı güçlüye karşı koruyan polis müdürü, tebaya zulmetmeyen ama vergiyi de toplayan memur ve sonuncusu da bu görevliler hakkında doğru bilgileri yazandır*" şeklinde tarif etmiştir[30]. Mansur'dan sonra halifeliği devralan ve adil karakteriyle tanınan *El-Mehdi*, Abbasi halifeleri arasında Divân-ı Mezâlim'e bizatihi kendisi başkanlık eden ilk hanedan yöneticisidir. Onu halk arasında adaletiyle ünlü kılan şey ise kendisinden önceki dönemlerde yapılan haksızlıkları gidermesi ve hak sahiplerine zorla alınanları iade etmesidir[31]. Abbasi döneminde, Divân-ı Mezâlim celselerine halifenin başkanlık etmesi esas olsa da halifelerin kendileriyle ilgili şikâyet hallerinde celselere kadıların hâkimlik ettiği görülmektedir. Örneğin, Halife Mehdi'nin arazisini zorla gasp ettiğini iddia eden *El-Mesvar bin Masavir*'in şikâyetinin dinlendiği mezâlim duruşmasına Kadı Âfiye başkanlık etmiş, heyette ise Halife Mehdi, amcası Abbas bin Muhammed ve oğlu Alase bulunmuştur. mezâlim celsesinde Halife'ye araziyi hilafetinden önce mi sonra mı elde ettiği sorulmuş ve Halife Mehdi'nin *"Halife olduktan sonra edindim"* cevabı üzerine Kadı Afiye arazinin şikâyet sahibine geri verilmesine hükmetmiştir. Halife Mehdi bu hükme hiç itiraz etmeden araziyi iade etmiştir. Abbasi döneminde Mezâlim duruşmalarına önem veren bir diğer isim ise *Harun Reşid*'dir. Harun Reşid, mezâlim duruşmalarına başkanlık etmiş ve Kadı Ebu Yusuf'un vergi toplama konusunda kendisine verdiği dersleri Mezâlim duruşmalarında icra etmiştir. Halife Mu'tasım döneminde, haksız kazanç yoluyla servetlerinde artış olan devlet memurları hain olarak yargılanmıştır[32]. Halife Mansur döneminde ise, Mezâlim celselerinin mahallelere kadar indiği görülmektedir. Bağdat güvenlik emiri halkın şikâyetlerini dinlemek ve haksızlıkların giderilmesi için her mahalleye bir fakihin (hukukçu) görevlendirilmesini emretmiştir[33].

Mezâlim mahkemeleri, bireylerin birbirine karşı açtığı davaların yanı sıra, bireylerin devlet görevlilerine karşı açtığı davaların da görüldüğü bir yargı mercii özelliğindedir. Abbasiler döneminde, mezâlim mahkemeleri, *'mevki ve nüfuz sahibi kişilerin zulüm ve haksızlıklarına mani olmak'* amacıyla oluşturulan ve adli yargının usulüne göre yargılamakta güçlük çektiği veya yetersiz kaldığı nüfuzlu kişilerin yargılamalarının yapılmasıyla görevli mahkemelerdir.. Bu görevlerine karşın, mezâlim mahkemeleri, salt idari yargılama yapan bir yargı kolu gibi faaliyet göstermemektedir. Daha çok devlet görevlilerinin hukuka uygun davranmalarını sağlayan bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Mezâlim

---

28 Pazar günü, Arapçada " يوم الأحد– Birinci gün" demektir ve haftanın ilk iş günü olarak kabul edilir.

29 Abdu'lmenım, s.85-98.

30 El-Hudârî, Şeyh Ahmed Beg, Muhadarat fi Tarihi'l-Ümemi'l-İslamiyyeti. 4. Baskı, Kahire, 1934, s.82.

31 Abdu'lmenım, s.80.

32 El-Hudârî, s.94, 233.

33 El-Merîr, Sîdî Muhammed, El-Ebhâs'us-Sâmiye fi'l-Mehâkemi'l-İslamiyye, Çev. Ferid Bustanî, Daru'n-Neşr Mağribiyye, Tetuan, 1952, s.32.

mahkemelerinin başlıca yetki ve görev alanını, vali ve kamu idarecilerinin haksız ve hukuksuz uygulamaları, vergilendirme memurlarının kanunsuz iş ve işlemleri, gelir gider kayıt ve hesaplama memurlarının hatalı fiilleri, memur ve askerlerin maaşlarındaki aksama ve haksız ödemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, kamu idarecilerinin devlet hazinesi veya kendi adlarına işlemiş oldukları gasp ve haksız istimlâk davaları, vakıfların denetlenmesi, nüfuzlu kişiler hakkında kadılar tarafından infaz edilemeyeceği düşünülen davalar oluşturmaktadır. Mezâlim mahkemelerindeki yargılama esnasında şikâyetçinin delil sunması beklenmekte ve heyetin bu delilleri inceleyerek bir karara vardığı anlaşılmaktadır. Örneğin, "*kâdılkudâtının mallarını gasp ettiğini iddia eden bir tüccar, mahkemenin talebi üzerine delillerini sunmuş ve mahkeme bu delilleri kabul ederek kâdılkudâtı mahkûm etmiştir*"[34]. Mezâlim yargılaması neticesinde, 'görevden el çektirme', 'hapis' veya 'dövdürme'nin yaygın olarak uygulanan cezalardan olduğu ve hükmedilen bu cezaların hükümdar tarafından affedilebildiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda, mezâlim müessesesinin temel görevinin yargısal bir işlevi yerine getirmek olduğu söylenebilir. Ayrıca, idarî uyuşmazlıklar ve bazı kamu görevlilerinin idari yoldan denetimi, fiyat artışlarının önlenmesine amacıyla önlemlerin geliştirilmesi, azil ve tayin işleri de mezâlim mahkemelerinin görevleri arasındadır[35].

Mezâlim mahkemeleri, İslamiyet'in kabulü sonrasında Türk devletlerinde benzer isimler altında devam ettirilmiştir. Büyük Selçuklular döneminde (1037-1157), siyasi suçluların yargılamaları hükümdarın başkanlığında toplanan Divan-ı Mezâlim'de yapılmaktadır ve Mezâlim celseleri bu dönemde ayrı bir öneme sahip olmuştur. İbnu'l-Esir'in aktardığı bilgilere göre, Selçuklu sultanları adil olmalarıyla ünlenmişlerdir. *Meclisu'l-Hüküm* adı altındaki mahkemelerde Mezâlim duruşmalarına benzer usulle mazlumların şikâyetleri dinlenmekte ve uğradıkları haksızlıklar giderilmektedir. Örneğin, Sultan Melikşah, tüccarlardan bir kaç köle satın alır ve ücretlerin ödenmesi için tüccarları Huzistan valisine göndermiştir. Vali paranın bir kısmını ödemiş, kalan kısmının ise sonra ödeneceğini söyleyerek tüccarları yollamıştır. Mağdur tüccarlar ise Meclisu'l-Hüküm önünde validen şikâyetçi olmuştur. Adet olduğu üzere o meclisi Sultan Melikşah yönetmektedir ve tüccarları görünce derhal huzura çağırıp, kalan ücretin ödenmesine ve valinin de en şiddetli şekilde cezalandırılmasına hükmetmiştir[36]. Bu dönemde, Nizamülmülk, vezir sıfatıyla Divan-ı Mezâlim yargılamalarında görev almıştır. *Siyasetname* başlıklı eserinde mezâlim müessesesine "*...dünyanın efendisinin mazlumları ve adalet isteyenleri haftanın iki günü huzuruna çağırıp onları dinlediği haberinin ülkenin dört bir tarafına yayıldığında, zalimlerin korkup zulmü terk edeceklerini, cezalandırılma korkusuyla kimsenin zulme, el uzatmaya kalkışamayacağı...*"[37] ifadeleriyle yer vererek, mezâlim mahkemelerinin önemini vurgulamıştır. Siyasetname'de Mezâlim müessesine dair, "*(1) Hâkimin adil olması gerekir. Mazlumların şikâyetlerini dinlemek için her hafta iki duruşma (celse) tahsis etmelidir. Bu oturumlara bizzat kendisi iştirak etmeli, bir başkasını görevlendirmekten uzak durmalıdır. Böylece halk arasında emir ya da hâkimin*

---

[34] Mehmet F. Yalçın, "Memlük Sultanı Berkuk Döneminde Mezâlim Davaları" S.43, 2021, Eskiyeni, ss.301.

[35] Yeniçeri, s.517, Konan, s.140, Fatih B. Alodalı, Sefa Usta, "Türk Yönetim Geleneğinde Hesap Verebilirlik Mekanizmaları: Divan-ı Mezâlim ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Volume:3, Issue:6, 2017, Strategic Public Management Journal. ss.173, Yalçın, "s.302.

[36] İbrahim, s.384.

[37] Abdu'lmenım, s.95-96.

mağdurlarla görüşmesi yaygınlaşınca nüfuz ve otorite sahibi olanlar ceza korkusuyla haksızlıktan kaçınırlar. (2) Hâkimin meclisine fakihleri ve âlimleri haftada iki kere çağırması ve onların tefsir, Hz.Peygamber'in hadisleri, hulefai Raşidin'in icraatları hakkında yapacakları ilmi tartışmaları dinlemesi gerekir. (3) Yöneticinin vergi tahsildarlarını, hâkimlerin, ordu komutanlarının ve mülki idare amirlerinin halka yönelik davranışlarını araştırması gerekir. Doğru yoldan sapanları tespit edip hakettikleri cezayı vermelidir. (4) Yönetici ibadetlerine özen göstermeli, tüm işlerinde Cenab-ı Hakk'ın rızasını gözetmeli, fakih ve âlimlerden oluşan bir zümre de bunlara şahitlik etmelidir. Sultan bu kişilerin geçimlerini hazineden temin etmekle yükümlü olmalıdır. (5) Hükümdar, yabancıların şikâyetlerini kabul etmeli ve mümkün olan en kısa sürede yazılı olarak cevap vermelidir, onlara haklarını iade etmelidir ki nihaiyen zulüm kapısı kapansın"[38] hususları belirtilmekte ve adaletin önemi vurgulanmaktadır. Anadolu Selçukluları döneminde (1075-1308), mezâlim mahkemelerinin kurulduğu, hükümdarların Büyük Selçuklu idari geleneğini sürdürdüğü, haftada iki gün divanı toplamak suretiyle örf'i davalara bakıldığı ve şer'i davaların ise kadılara havale edildiği anlaşılmaktadır. Eyaletlerde vezir, vilayetlerde vali, nahiyelerde reis, ikta arazisinde ise ikta sahipleri hükümdarı temsilen mezâlim mahkemelerine başkanlık etmişlerdir[39].

Mezâlim mahkemelerinin yargılama yetkisi idarecileri ve kamu kurumlarını kapsamaktadır. İdarecilerin zulmü, valilerin veya kadıların yargılanması gibi alanlarda mezâlim mahkemeleri şer'i ve örf'i hukuku uygulayarak yargılama yapan mahkemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Mezâlim mahkemeleri, yüksek devlet memurlarının ve idarecilerin hüküm ve tasarruflarındaki zulüm ve haksızlık iddialarını inceleme yetkisine sahip olması bakımından adli mahkemelerden ayrışmaktadır. Bu anlamda, hem adli hem de idari yargılama alanına yetki sahibi olan mezâlim mahkemeleri, görev alanı itibariye diğer mahkemelere kıyasla oldukça geniş yetkileri haizdir. Mezâlim müessesesi, günümüz yüksek mahkemeleri ile benzerlik arz etmekte olup, mali denetim yönünden ise günümüz Sayıştay'ının ifa ettiği görevlerin bir kısmını yerine getirdiği kabul edilmektedir. Abbasiler'den sonra merkez divanların en gelişmiş örneği Osmanlılar döneminde Divan-ı Hümayun adı altında ortaya çıkmıştır. Mezâlim mahkemeleri, Osmanlı İmparatorluğu döneminde Divan-ı Hümâyun ile Tanzimat döneminde kurulan Nizamiye mahkemelerinin temelini oluşturmuştur. Diğer taraftan, devletin genel yönetimi, askeri, hukuki, siyasi faaliyetlerinden sorumlu Divan-ı Hümayun'un bu derece gelişmiş bir yapı olmasında Türk Devletlerinin kurultay geleneğinin önemli etkisinin olduğu kabul edilmektedir[40]. Divan-ı Hümâyun, hem devlet işlerinin görüşüldüğü bir meclis hem de devletin en yüksek mahkemesidir. Kadılar tarafından verilen kararların temyiz mercii olarak görev yapmaktadır. Ayrıca, nüfuzlarından çekinilen yerel yöneticilerin davaları doğrudan kadılar tarafından karara bağlanmamaktadır. Hazırlık tahkikatının yürütülmesi sonrasında, dava Divan-ı

---

38 Abdu'lmenım, s.95-96.

39 Sinan Tarifçi, "Büyük Selçuklular Devrinde Bir Adalet İsteme Âdeti ve Şikâyet Bildirme Tarzı Olarak Dilekçe Arz Etmek" S. 28, 2021, Gazi Türkiyat, ss.133, Duran, s.301.

40 M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım AŞ, İstanbul, 2014, s.134; Hasan T. Fendoğlu, İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996, s.280-285; Burak Coşkun, Hamza Günaydın, "Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü", S.3, 2015, Ombudsman Akademik Dergisi, ss.31.

Hümâyun'a sevk edilmekte, hüküm burada verilerek kararın infazı gerçekleştirilmektedir. Kadı, müderris, imam ve hatip gibi ilmiye sınıfına mensup kamu görevlilerinin yargılaması da yerel mahkemelerde değil yüksek mahkeme olan Divan-ı Hümâyun'da görülmektedir. İlaveten, din, dil, ırk ayrımı gözetilmeksizin Osmanlı tebaasından kişiler, şikâyetleri ile ilgili Divân-ı Hümâyûn'a başvuru yapma hakkına sahip kılınmıştır[41] Divân-ı Hümâyûn en üst yargı mercii olarak hem örfi hem de şer'i konularda karar alabilmektedir. Divan'da şikâyetler ve haksızlık iddiaları duruşmalı olarak görülebildiği gibi doğrudan yazılı belgeler üzerinden de incelenebilmektedir[42].Tanzimat döneminde, 1838 yılında kurulan Meclis-i Vâlâ, diğer görevlerinin yanı sıra devlet memurlarının yargılanması yetkisi ile donatılmış bir idare mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Tanzimat döneminde, idari yapılanmalar üzerinde Fransız etkisi görülmektedir. Bu etki nedeniyle, Osmanlı hukukunda idari yargı yapılanması Fransız sistemi örneklenerek oluşturulmuştur. Klasik dönemde idari ve adli yargı ayrımı gözetilmemiştir. Erken Tanzimat döneminde, merkez ve taşrada görev yapan meclisler gerek memurların yargılanması gerekse idare ve bireyler arasındaki davaların görülmesi ile yetkilendirilmişlerdir. 1864 yılından sonra Fransız modeline uygun olarak idari yargı sistemine geçilmiş ve Tanzimat dönemi yargı örgütü reformlarının ikili yapısını yansıtan *Nizamiye Mahkemeleri*[43] kurulmuştur. Yeni kanunlara göre işleyecek olan Nizamiye Mahkemeleri, 1870 yılından itibaren idare ve bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda faaliyet göstermiştir. Taşrada ise *Meclis-i İdareler* idari davalara bakmakla yetkilendirilmiştir. 1868 yılında merkezde oluşturulan *Şura-i Devlet Muhâkemat Dairesi* idari davalara bakan Meclis-i İdarelerin kararlarına karşı bir temyiz mercii olarak görev yapmıştır[44].

Osmanlı devlet düşüncesinin temel unsurlarını *'adalet ve hakkaniyet'* kavramlarının oluşturduğu kabul edilmektedir. Osmanlılarda, halkın genelini ilgilendiren hukuki konularda geçerli ilkeleri belirleyen *Kanun-i Esasi*'ye aykırı iş ve işlemler geçersiz olduğu kabul edilmiştir[45]. Otorite ve adalet kavramları arasındaki dengenin, padişahın güçlünün zayıfı ezmesine meydan vermemesi, tebaanın can ve mal güvenliğinin korunması ve halkın üzerinden zulmün giderilmesi ile mümkün olduğu anlayışı benimsenmektedir. Bu anlayış, halkın şikâyetlerini adalet ve himayesine sığınılacak en üst merci olarak görülen hükümdara sunulması ve Divan'da mezâlim dinlemesinin yapılması anlamına gelmektedir. Mezâlim, sadece halkın şikâyeti ile değil, bizzat hükümdarın halk arasında düzenlediği gezilerinde veya kılık değiştirerek yaptığı teftişlerle (*tebdil gezmek*) ya da eyaletlere gizli veya açık gönderdiği müfettişler eliyle de ortaya

---

41 Bkz: Ahmet Mumcu, "Divân-ı Hümâyun", C. 9, ss. 430-432, 1994, Diyanet Vakfı Yayınları, ss.431.

42 Ahmet Mumcu, Divân-ı Hümayun, Phoenix Yayınları, Ankara, 2017, s.69-75.

43 Bkz: Ahmet Akman, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler", 8 (1), ss.431-450, 2019, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss.434-438.

44 Ekrem B. Ekinci, Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017 s.378-579; Bernard Lewis, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Babür Turna, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 249; Halil İnalcık, Osmanlı ve Modern Türkiye, Timaş Yayınları, İstanbul, 2017, s.64, İlber Ortaylı, Avrupa ve Biz, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s.91.

45 Halil İnalcık, "Adaletnameler", Belgeler, C.II, S.3-4, ss.49-142, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1993, s.53-54.

çıkabilmektedir[46]. Bu anlamda, sadece şikâyet üzerine değil resen harekete geçen bir müessesenin varlığını kabul etmek gerekecektir. Osmanlılarda, Devlet ve yönetilenlerin ilişkileri 17. yüzyıldan itibaren merkezi idarenin keyfileşmesi, taşra teşkilatı üzerindeki merkezi idari denetimin zayıflaması, iltizam sistemine devam edilmesi, devlet örgütünün yozlaşması, kamu ücretlerinin yetersizliği gibi sebeplerle yerel idarecilerin halk üzerindeki baskısının artmasına yol açmış ve 'zulüm suçları' kavramının oluşmasına yol açmıştır[47]. Zulüm suçları, kanunsuz vergilendirme, zor kullanma, irtikâp, sahtecilik, eşkıya ile işbirliği yapmak gibi kamu görevlilerinin halka karşı işledikleri suçları kapsamaktadır[48]. Tanzimat döneminde danışma nitelikli meclisler, idaredeki etkinliklerini zaman içerisinde yitirerek uzman hukuk kurulları ve organları haline dönüşmüş ve 1868 yılında günümüz Yargıtay'ının temeli olan 'Divân-ı Ahkâm-ı Adliye' oluşturulmuştur. İdari nizamname ve kararnamelerin hazırlanması ve idari uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla ise 'Şura-yı Devlet' kurulmuştur. Şura-yı Devlet'in kuruluşu yönetsel alanda yapılan reformlarla yakından ilgilidir. Osmanlı vilayet teşkilatının yeniden düzenlenmesini içeren 1864 tarihli *Tuna Vilayeti Nizamnamesi*[49] ile eski eyalet sistemi kaldırılarak, nahiye, kaza ve sancaklardan oluşan 'vilayetler' oluşturulmuştur. Vilayetlerde valilerin, sancaklarda mutasarrıfların, kazalarda kaymakamların başında bulunduğu, idari ve adli yetkilerle donatılmış meclisler oluşturulmuş ve üyeleri arasından müslim ve gayrimüslimlerin seçimle göreve gelecek temsilcilerinin bulunması kararlaştırılmıştır. Ayrıca, vilayetlerde kurulan karma mahkemelerin üyelerinin de bu yolla belirlenmesi düzenlenmiştir. Nizamname uyarınca, yılda bir kez vilayet merkezlerinde diğer sancak ve kazalardan intikal edecek temsilcilerden oluşan Meclis-i Umumi toplanacak ve vilayeti ilgilendiren meseleler bu mecliste görüşülecektir. Taşra yönetiminde bu meclisler ve mahkemeler yoluyla adli ve idari işlerin ayrıştığı görülmektedir. Böylelikle merkezi yönetimden önce taşra yönetiminde adli ve idari işler ayrılığının temelinin atılması ve kademeli olarak merkezde yeni düzenlemelerin yapılması gündeme gelmiştir. Şura-yı Devlet'in kuruluşunda etkili olan temel hususlardan birinin bu değişimin olduğu kabul edilmektedir[50]. Şura-yı Devlet'in yapısı ve görevleri, *Şûra-i Devlet Nizamname-i Esâsi*[51] ile belirlenmiş olup, Nizamname hükümleri kapsamında, Şura-yı Devlet'in görevleri idari ve kazai[52] olmak üzere ikiye ayırılmıştır. Buna göre, kanun ve idari nizamnamelerin incelenmesi ve görüş oluşturulması ile ihtiyaç duyulan konularda istişari görüş verilmesi idari görevler arasında yer almaktadır. Şura-yı Devlet'in kazai görevleri arasında, idare ve bireyler arasındaki davaların görülmesi ile üst düzey memurların yargılanması bulunmaktadır[53].

---

46 Halil İnalcık, Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü, Adalet Kitabı, Editörler: Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, Ankara, 2012-b, s.144-147.

47 Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s.264.

48 Ahmet Mumcu, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.1, 13-21.

49 Yürürlük: 7 Kasım 1864 (7 Cemaziyelahir 1281).

50 Mehmet Seyitdanlıoğlu, Tanzimat Döneminde Yüksek Yargı, Adalet Kitabı, (Editörler: Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş), Kadim Yayınları, Ankara, 2012, s.263.

51 Yürürlük: 1 Nisan 1868 (8 Zilhicce 1284)

52 Yargısal.

53 Belkıs Konan, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013, s.43-44, 71; İlber Ortaylı, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı. Timaş Yayınları,

Fransa'da Napolyon döneminde (1769-1821) kurulan *Conseil d'Etat,*[54] Şura-yı Devlet'in kuruluşunda etkisi görülen ve modellenen yapılardandır. 1799 yılında kurulan Conseil d'Etat, yasama ve yüksek yargı yetkileri ile donatılmış bir konsey olup, idarenin yasal dayanak olmaksızın tesis ettiği işlemlerine karşı yapılan hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanması görevleri arasındadır. Conseil d'Etat'ın kararları devlet başkanının onayı sonrasında kesinleşerek yürürlük kazanmaktaydı. Conseil d'Etat'ın kurulması ile Fransa'da Napolyon'un yetkileri daraltılmış ve daha özgürlükçü bir yönetim kurulması çabaları artmıştır. Osmanlı yönetiminde müslim ve gayrimüslim tebaanın birlikte temsil edilebileceği bir meclis oluşturulması fikri üzerine Sultan Abdülaziz döneminde padişahın, "*... ziyade lüzumu olan ıslahatın biri dahi mesalih-i hukukiyyenin umur-ı mülkiye ve hükümet-i icraiyyeden tefriki hususu olub, bu madde-i mutenabihanın dahi bir an evvel yoluna koyulması*"[55] gerektiğini belirten ifadeleriyle Şura-yı Devlet kurulmuştur.[56] İdari yargı, denetim ve nizamnamelerin incelenmesi yetkilerini haiz yüksek mahkeme olarak oluşturulan Şura-yı Devlet, *'Umur-ı Mülkiye ve Harbiye*', '*Maliye ve Evkaf*', *'Adliye', 'Umur-ı Nafi'a*' ve *Ticaret ve Ziraat'* ile *'Maarif'* daireleri olmak üzere kendi içerisinde *beş* daireye ayrılmıştır. Şura-yı Devlet'in görev ve yetkileri arasında; kanun ve tüzük tasarılarının incelenip hazırlanması, padişah ve nazırların sordukları konularda görüş verilmesi, her türlü idari iş ve işlemler hakkında kendi yetkisi dâhilinde karar alınması, idari ve adli mahkemeler arasındaki görev ve yetki anlaşmazlıklarının giderilmesi, devlet memurlarının yargılanması ve idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların karara bağlanması bulunmaktadır. Şura-yı Devlet başkanı aynı zamanda kabinenin bir üyesidir ve memur yargılamaları da burada görülmektedir. 1913 yılında memurların görev suçları nedeniyle yapılan yargılamaları yeniden adli mahkemelere devredilmiş ve böylece adli-idari yargı ayrımı yeniden keskinliğini kaybetmiştir. Diğer taraftan, Şura-yı Devlet, bir idare mahkemesi olarak görev yapmakta ise de bağımsız bir mahkeme özelliğini taşımamaktadır. Bu yönüyle, kamu idaresinin iş ve işlemleri nedeniyle hakkını arayan birey doğrudan Şura-yı Devlet kararı ile hakkını elde edemezdi. Zira Şura-yı Devletin kazaî kararları, icrai nitelikli kararlar olmayıp, sadece istişari nitelikteki kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Şura-yı Devletin kazaî kararları ancak Sadrazam tarafından tasdik edilmesi veya Padişah onayı sonrasında yürürlük kazanmakta ve bireylere etki etmektedir. Bu anlamda, Fransa örneği üzerinden modellenen idari reformların bir parçası olarak tutuk adalet sistemi içinde çalışmış bir yapı olmasına rağmen, gelişimi Türk idare hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlamıştır. Cumhuriyet döneminde Şura-yı Devlet[57], *Danıştay* olarak görev yapmayı sürdürmüş ve böylece yeniden idari rejime dönülmüştür. Cumhuriyet dönemi idari yargı yapılanmasında da Fransız etkileri görülmeye devam etmiştir[58].

İstanbul, 2018, s.170; Şenlen, "Türkiye'de İdari yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", C. 49, S. 3-4, 1994, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss.404.

54 Devlet Şurası.

55 Mehmet Seyitdanlıoğlu, "İmparatorluktan Cumhuriyete Yargı", 2019/1-2, 62-63, Adalet Dergisi, ss.22.

56 II. Mahmut döneminde kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1837) temel alınmıştır.

57 Şura-yı Devlet, 669 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenerek 1927 yılında Danıştay olarak göreve başlamıştır.

58 Süheyp Derbil, S. "Danıştay'ın Rolü" C. 7, S.1, 1950, AÜHFD, ss.2; Lütfü, Duran, "Atatürk Döneminde Danıştay", S.3, 1981, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss.32; Orhan Özdeş,

Kamu hizmetlerini yürüten idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümlenmesi ve hükme bağlanmasıyla görevli adli ve idari makamların birbirinden ayrılması ilkesinin kabulü Şura-yı Devlet'in ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Şura-yı Devlet'in kurulması, Osmanlı Devleti'nde hukuk devleti ilkesinin yürürlüğe konulması çabalarının da bir göstergesi sayılmaktadır. Şura-yı Devlet, memur yargılaması, idare ve bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi gibi önemli görevlerinin yanı sıra, modern kamu idaresi ilkelerinin uygulanması ve idare hukukunun geliştirilmesi yönünde Türk idari yapılanmasında önemli bir yeri haiz olup, Cumhuriyet dönemi idari yapılanmasına etkileri görülmektedir. Cumhuriyet döneminde idari rejimin kabul edilmesi ile idare ve bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi, idari davaların görülmesi ve kamu hukuku kurallarının uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların yargı yoluyla karara bağlanması Danıştay'ın yetki alanına bırakılmıştır[59]. Ombudsmanlık kurumunun kökenlerine bakıldığında ise Osmanlı idari teşkilatının etkilerini görmek mümkündür. Osmanlı idari teşkilatı ise önemli ölçüde, eski Türk ve İslam devlet yapılanmalarının ve kurumlarının etkilerini taşımaktadır. Ombudsmanlık müessesesine temel teşkil edebilecek, ahilik, kadı-ül kudat, kazasker, Divan-ı Mezâlim, Divan-ı Hümayun gibi kurumlar eski Türk ve İslam devletlerinden intikal eden kurumlardandır. Ombudsmanlık müessesesi tarihsel süreçte demokratik hakların ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlamlaştırılması ile bağdaştırılmaktadır. Ombudsmanlık kurumları, salt hukuk mahkemesi gibi karar oluşturan yapılar olmayıp, daha çok idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amaçlı bir başvuru mercii olarak görülmektedir. Ombudsmanlık kurumları, bireysel başvurular aracılığı ile kamu idarelerinin denetlenmesinde bağımsız ve tarafsız bir mekanizma olarak işlev göstermektedirler. Bu yönüyle ombudsmanlık kurumlarının, yol gösterici vasfı ile idari yapının doğru işleyişine hizmet ettiği ve bu suretle, kamu yönetimi alanında şeffaflığın ve hesap verilebilirliğin artırılmasında rolü olduğu kabul edilmektedir. Kamu yönetimi alanında, hukuka aykırılık hallerine kıyasla kötü yönetim hallerinin daha yaygın olduğu gözetildiğinde, ombudsmanlık kurumlarının mahkemelere nazaran daha uzlaştırmacı, daha esnek ve hızlı kararlar aldığı ve bireylerin uğradıkları haksızlıkları gidererek kamu yönetimine olan güveninin perçinlenmesine katkı sundukları bilinmektedir. Bu anlamda, ombudsmanlık müessesesinin, idarenin denetimini sağlama işlevi yönünden Divan-ı Mezâlim'in yürüttüğü idari denetim yetkisi ile benzerlik arz etmekte olduğu söylenebilir[60].

Danıştay ve Tarihi Gelişimi, 150. Yıl Anısına Danıştay, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2019, s.72, İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2012, s.419; Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.45; Mehmet Canatar, M., Yaşar Baş, "Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", 9 (09), 1998, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, ss.117-136.

59 Erkan Tural, "II. Meşrutiyet Dönemi'nde Danıştay (Şura-yı Devlet)", V/13, 2006, Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, ss.88, Aral, s.85-101.

60 Nigel Vogiatzis, The European Ombudsman and Good Administration in the European Union, Palgrave Macmillan, London, 2018, s.59-95; Mehmet Yüce, Atanur Beyce, Kamu Denetçiliği Hukuku, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2013, s.28, Victor Pickl, "Ombudsman Sistemlerinin İslami Temelleri", II, 14, 1997, Yeni Türkiye Dergisi, ss.802;

Mehmet Aykanat, "Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri", Volume:14, Issue: 1, 2019, Turkish Studies, ss.97.

II. KAMU DENETÇİLİĞİ (OMBUDSMANLIK) KURUMU VE ETKİLERİ

Ombudsmanlık müessesesinin, anayasal bir denetim sistemi olarak 1809 yılında İsveç'te ortaya çıkmış olduğu kabul edilmektedir[61]. Öte yandan, ombudsmanlık müessesesinin oluşturulmasına Türk idari yapılanmasındaki kurultay, Divan-ı Mezâlim, Divan-ı Hümayun geleneğinin ve ahilik, kazasker, kadı-ül kudat gibi kurumların işleyişinin ilham kaynağı olduğu değerlendirilmektedir. TürkOsmanlı idari yapılanmasına ait bu kurum ve yapılar, modern anlamdaki ombudsmanlık müessesesi ile bireysel şikâyetlerin ayrım gözetilmeksizin kabul edilmesi, şikâyetlere dair adil ve hakkaniyete uygun kararların alınması, idarecilerin yolsuz ve hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin şikâyet konusu edilebilmesi, idari şeffaflığın ve hesap verebilirliğin temini yönlerinden benzerlik arz etmektedir. Ombudsmanlık kurumları, idarenin eylem ve işlemleri ile idari davranışlar üzerinde bir denetim mekanizması olarak işlev görmekte ve "güçlü" devlet anlayışı temelinde bir hakem olarak rol almaktadır. Bu bakımdan, bireyler arasındaki uyuşmazlıklar ile yasama ve yargı alanına giren işlemlerle ilgili olarak denetim yetkileri kural olarak mevcut değildir. Öte yandan, İsveç ve Finlandiya gibi bazı ülkelerde istisnai olarak ombudsmanlık kurumlarının yetkisinin sadece idarenin eylem ve işlemleri ile sınırlandırılmadığı ve yargı alanındaki işlemlere de şamil olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bu denetimin doğrudan yargı yetkisinin kullanımına dair olmadığı ve daha çok yargısal süreçlerin uzun sürmesi gibi daha dar alanda mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönden, modern ombudsmanlık kurumlarının temel görev ve yetki alanlarının idarenin eylem ve işlemleri ile idari davranışların denetlenmesi ve temel hedeflerinin ise, idarenin işleyişindeki toplam kalitenin artırılması olduğu kabul edilmektedir. Bu yönüyle, ombudsmanlık kurumlarının '*başkaları adına hareket eden*' ve '*bireyler için adalet arayan*' yapılar olduğu düşünülmektedir. Öte yandan, yargı bağımsızlığı ilkesi gereğince, yargının görev ve yetki alanına giren konuların ombudsmanlık kurumlarının sorumluluk alanı dışında tutulduğu ve bu suretle ombudsmanlık kurumlarının idari ihtilafların yargı yolu dışında çözümünü sağlayan bir uzlaştırma mekanizması olarak işlev gösterdiği söylenebilecektir[62].

Ombudsmanlık kurumları, haksızlığa uğrayan bireyin şikâyeti üzerine harekete geçen ve bireyin mahremiyetini korumak suretiyle, şikâyet konusu idareye eylem ve işlemleri ile ilgili düzeltici önlemler sunan ve tespit ettiği bulguları kamuoyuna duyuran yapılanmalardır. Bununla birlikte, ombudsmanlık kurumlarının bağlayıcı karar almadıkları; kamuoyu oluşturma veya ikna etme dışında zorlayıcı nitelikte bir karar alma veya yaptırım uygulama yetkilerinin

---

61 *XII. Charles (Demirbaş Şarl), 1709 yılında Rusya karşısındaki Paltova yenilgisi sonrasında, Osmanlı Devletine sığınmış ve üç yıl Bender'de, iki yıl kadar Dimetoka'da bulunduğu süre zarfında Osmanlı idari kurumlarını ve devlet örgütünü izleme fırsatı bulmuş ve ombudsman işlevine benzer kurumsal yapılardan esinlenerek çıkardığı buyruk ile kendisini temsilen ülkesine güvendiği bir kişiyi ombudsman olarak atamış ve siyasi otorite sahibi olmaksızın devlet kurumları üzerinde denetim yetkisi tanımıştır.*

62 Michele Bertran, "Judiciary Ombudsman: Solving Problems in the Courts". 2002, V.29 (5), Fordham Urban Law Journal, ss.2103; Marc Aymes, Benjamin Gourisse, Elise Massicard, Devlet Olma Zanaatı, Osmanlı'dan Bugüne Kamu İcraatı, Çev. Ali Berktay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.9; Mustafa Köksal, Ombudsman, Kamu Hakemi, Işık Eğitim Kültür Hizmetleri, Ankara, 2007, s.25, Müslüm Akıncı, İsveç İdare Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.153.

bulunmadığı izlenmektedir. Ombudsmanlık kurumlarının idari işlemleri iptal etme, idareye herhangi bir konuda emir verme veya tazminata hükmetme yetkileri de mevcut değildir. Buna rağmen, ombudsmanlık müessesesinin idari fonksiyonu yönüyle kamu yönetiminde hesap verebilirliğin ve şeffaflığın sağlanmasında önemli bir işlev üstlendiği kabul edilmektedir. Bu itibarla, ombudsmanlık müessesesinin önemli etkilerinden birinin idarenin denetimi suretiyle iyi yönetimin oluşmasına katkı sağlanması olduğu söylenebilir[63].

Kamu otoritesinin işlerlik kazandığı idari alanın bireyler tarafından rasyonel ve meşru olarak benimsenecek şekilde doğru düzenlenmesi önem taşımaktadır. Bu bakımdan, devletin ve idari mekanizmanın temelini oluşturan organ ve yapıların kurucu unsurunu teşkil eden 'doğru düzen' kavramı idari denetim yollarının varlığını zorunlu kılmaktadır. İdarenin tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla çeşitli idari denetim yolları öngörülmüştür. İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması demokratik toplumların bir gereği olup, bu bağlamda idari denetim mekanizmaları arasında en etkili olanı şüphesiz yargısal denetimdir. Öte yandan, idarenin yargı dışı denetim mekanizmaları aracılığıyla da denetlenmesi söz konusudur. Yargı dışı denetim mekanizmaları sadece hukuka uygunluk denetimi değil aynı zamanda yerindelik denetimi de yapabilmektedirler. Bu anlamda, idarenin davranışlarının hukuka uygun olmasının yanı sıra hızlı, etkin ve verimli olması da hedeflenmektedir[64].

Hak arama özgürlüğü hukuk düzeninin meşru saydığı yöntemlerle hakkın aranması özgürlüğünü ifade etmekte olup, bu özgürlüğün kullanılması, kanuni idare ilkesi ve idarenin denetimi ile yakından ilgilidir. Hak arama özgürlüğü mahkemeye başvurabilme hakkını da kapsamakla birlikte bundan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Devam eden bir ihlalin durdurulması veya uğranılan haksızlığın olumsuz etkilerinin kaldırılması için idari makamlara başvurabilme de hak arama özgürlüğü kapsamına dâhildir. Hak arama özgürlüğü bağımsız bir hak olmanın yanında, diğer bireysel haklarının korunmasını da sağlayan bir araçtır. Bu anlamda, bireylerin işlem ve eylemlerinden etkilendiği kamu idarelerinin hukuka uygun davranmalarını beklemeleri ve şikâyetleri doğrultusunda ve halk adına denetlenmelerinin sağlanması demokratik hukuk devletlerinin bir gereği sayılmaktadır. Ombudsmanlık müessesesini ortaya çıkaran temel nedenler arasında, klasik denetim yollarının etkinliğinin yetersizliği, bürokratik engeller veya takdir yetkisinin kullanımındaki hukuksuzluklar gibi gerekçelerle bireyin idare karşısında uğradığı haksızlıkların giderilmesine ilişkin korunma ihtiyacının artması düşünülebilir[65].

---

63 Bette A. Moskowitz, The Room at the End of the Hall: An Ombudsman's Notebook, Sense Publishers, Rotterdam, 2012, s.20; Zakir B. Avşar, Ombudsman (Kamu Hakemi): Türkiye İçin bir Model Önerisi. C.38., Hak-İş Eğitim Yayınları, 1998, s.62; Doğan Kestane, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)", S. 151, 2006, Maliye Dergisi, ss.109; İsmet Tayşi, "Ombudsman Kurumu ve Ülkemizde Uygulanabilirliği", S.23, 1997, Sayıştay Dergisi, ss.109.

64 Martin Loughlin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s.142; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s.600.

65 Ethem E. Atay, "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", S. 1, 2014, Ombudsman Akademik, ss.6-27.

İdarenin yargı dışı denetim mekanizmaları arasında bulunan KDK, 1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklik[66] ile oluşturulmuştur. KDK, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlendirilmiş anayasal bir kurumdur. Kurumun sorumluluk alanı, idare karşısında haksızlığa uğradığını ifade ederek şikâyetçi olan bireylere yardım etme ve seslerini idareye duyurma esasına dayalıdır. 6328 sayılı Kanun hükümleri gereğince, Kurumun yetki alanı oldukça geniş ve kapsamlı olarak belirlenmiş, idarenin işleyişi ile ilgili bir şikâyetin Kuruma iletilmesi kaydı ile kamu kurumlarının her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışlarının inceleme ve araştırma konusu yapılabileceği düzenlenmiştir. KDK tarafından verilen tüm kararlara karşı yargı yolu açıktır[67].

Kamu Denetçileri, TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon tarafından diğer adaylar arasından seçilerek göreve gelmekte ve TBMM'de yemin etmek suretiyle göreve başlamaktadırlar. Görev süreleri dört yıldır[68]. 6328 sayılı Kanunun 12. maddesi "*hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Başdenetçiye ve Denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz*" hükmünü içermektedir. Böylece, Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçilerinin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları güvence altına alınmaktadır.

Hukuksal zemin dikkate alındığında, KDK'ya tevdi edilen yasal inceleme ve araştırma yetkisinin salt kanuna veya hukuka aykırılık halleri ile sınırlandırılmadığı dikkati çekmektedir. Kurum kendisine tanınan sorumluluk alanı kapsamında, hukuka aykırılıkları, adaletsizlikleri veya hakkaniyete ters düşen durumları insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde tetkik etmek ve uyuşmazlığa dair çözümler sunmak yetkisine sahip kılınmıştır. Bu yönüyle KDK'ya tanınan sorumluluk alanının oldukça geniş ve kapsamlı olduğunu söylemek mümkündür. Kurum inceleme ve araştırmaları neticesinde idareye oldukça geniş bir alanda tavsiyelerde bulunma yetkisine kanunen sahip kılınmıştır. Öte yandan, ilgili kamu kurumlarına herhangi bir yaptırım uygulanması veya şikâyet konusu edilen idari işlemin iptal edilmesi gibi hususlar Kurumun yetki alanı dâhilinde yer almamaktadır. Bununla birlikte, Kurum

---

66 5982 sayılı Kanun Madde 8 –*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74 üncü maddesinin kenar başlığı "VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" şeklinde değiştirilmiş, maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tam sayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

67 Bilge Uz, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumuna Yapılan Başvuruların Dava Açma Süreleri Üzerindeki Etkisi", S.8, 2018, Ombudsman Akademik, ss.60-73.

68 6328 sayılı Kanun m.11-14.

tarafından tesis edilen çeşitli tavsiye kararlarının uygulamada sadece başvurucunun değil, başvurucu ile benzer konumda olan diğer bireylerin de hakkının korunmasına hizmet ettiği sıklıkla görülmektedir.

KDK'ya gerçek ve tüzel kişiler başvurabilmekte ve başvuru sahibinin talebi üzerine başvurular gizli tutulmaktadır. Hak arama özgürlüğü, bireyler arasındaki eşitliğin sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, bireylerin hak arama araçlarına erişiminin kolay ve ucuz olması gerektiği bilinmektedir. KDK'ya yapılan başvurular ücretsiz olup, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak yapılabilmektedir. Kuruma yapılan başvurulardan ücret alınmaması, başvuruların kolaylaştırılmış olması sosyal devlet ilkesi ve hak arama özgürlüğünün geliştirilmesi ile yakından ilgilidir[69]. KDK'ya, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla başvurulabilir. Yapılan başvurulardan belirli bir konuyu içermeyenler, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara dair olanlar, mevzuatta belirlenen şartları taşımayanlar, sebepleri, konusu ve tarafları aynı olan başvurular ile daha önce sonuçlandırılanlar incelenmez. KDK'ya başvuruda bulunmak için idari başvuru yollarının tüketilmiş olması şarttır. İdari Başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular şikâyet konusu kamu kurumuna gönderilir. Telafisi güç veya imkânsız zarar doğması muhtemel hallerde ise idari başvuru yollarının tüketilmiş olması şartı aranmaksızın, başvurular kabul edilebilmektedir[70].

Kamu kurumlarının faaliyet ve organlarının denetlenmesini sağlayan hukuk kuralları ağırlıklı olarak; kişiler ve mülkiyet üzerindeki idari güçleri ve idare ile bireyler arasındaki ilişkilere uygulanan kurallardan oluşan idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. İdarenin iyi ve doğru düzende işleyişi o devletin gelişmişlik düzeyini de temsil etmektedir. İdarenin bireylere sunduğu kamu hizmetleri çeşitlendikçe, kamu yararının sağlanması ve genel refahın artması amaçlarıyla, kamu kurumlarına yönelik kuralların çoğaldığı ve idari takdir yetkisinin arttığı, buna paralel olarak idarenin denetlenmesi ihtiyacının aynı ölçüde genişlediği görülmektedir[71]. Hukuk devleti ilkesi, idarenin hem hukuka uygun hareket etmesini hem de hukuka aykırı davranışlardan kaçınmasını içermektedir. İdarenin hukuka aykırı davranışlardan doğan zararları tazmin etmesi, hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasasının 125. maddesi, '*idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*' hükmünü getirmektedir. Anayasa'nın 74. maddesi ise, siyasal ve idari başvuruyu içermektedir. İdari yargının görev alanını tespit eden, kamu gücü, kamu hizmeti gibi kriterler çoğu kez muğlak ve idari yargının yetki alanını yasama organının takdirine bırakan ölçütlerdir[72]. Bununla birlikte, idari

---

69 Teoman Evren, "Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma", C. 1, S. 1,1988, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. ss.7; Bilge Uz, "Ombudsmanlık Kurumlarının Özellikleri ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarının Uygulamadaki Etkileri" S.19, 2023, Ombudsman Akademik, ss.88.

70 6328 sayılı Kanun m.17.

71 Muslihiddin Adil, Mukayeseli Hukuku İdare, Güneş Matbaası, İstanbul,1933, s.17; Freidrich A. Hayek, Hukuk Yasama ve Özgürlük, Kurallar ve Düzen, Çev. Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları İstanbul, 1996, s.205-207.

72 Metin Günday, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", C.14, 1997, Anayasa Yargısı Dergisi, ss.348.

yargı yerlerinin yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmıştır[73].

Bireysel yarar ile ortak fayda veya toplumsal yarar olarak tanımlanabilecek 'kamu yararı' arasında, birbirini besleyen ve birbiriyle bağlantılı bir ilişki mevcut olduğu kabul edilmektedir. Toplumdan doğan ve toplum faydası için olan bir kavrama karşılık gelen kamu yararı gözetilerek yapılmış olan düzenlemelerin temelinde bireylerin faydasını korumak yatmaktadır. Bu yönden, kamu yararının korunması bireylerin yararının korunmasını da gerektirmektedir. Bu koruma idarenin iş ve işleyişinin çeşitli mekanizmalar aracılığıyla denetlenmesi yoluyla mümkündür. Kamu yararının korunması öncelikle kamu gücünün kullanılmasını gerektireceğinden, devlet eliyle gerçekleştirilecek koruma ve denetim yöntemleri kamu yararının korunmasını sağlayan araçlar olarak kabul edilmektedir. Kamu yararının korunmasına hizmet eden mekanizmalar, başta yargısal denetim olmak üzere, idarenin işleyişinin denetimini sağlayan diğer idari başvuru yolları olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargı denetimi idarenin hukuka uygunluğunun denetimi yönünden etkin bir yöntemdir. Bununla birlikte, yerindelik denetimi yargı mercilerinin yetkileri dışında bırakılmıştır. Bu anlamda, idarenin takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen işlem ve eylemlerin hizmetin gerekleri ve kamu yararı ölçütlerine uygun, isabetli veya faydalı olup olmadığını yargı mercileri değerlendirememektedir[74]. Bu anlamda, salt hukuka uygunluk denetimi, özellikle idari takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen idari işlem ve eylemler yönünden haksızlıkların giderilmesine yeterli olamamaktadır. Bu noktada, hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra yerindelik denetimi de gerçekleştirebilecek kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır.

KDK idarenin denetlenmesi yoluyla sunulan kamu hizmetlerinin kalitesinin artmasını ve kamu yararının korunmasını sağlayan mekanizmalar arasındadır. Bu açıdan, idarenin iş ve işleyişinin yargısal denetim yollarına kıyasla daha geniş bir yetki alanında incelenebilmesi ve denetlenmesi amacıyla KDK'ya duyulan ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. KDK idarenin eylem ve işlemlerini salt hukuka uygunluk yönünden değil aynı zamanda, hakkaniyete uygunluk ve yerindelik yönünden de denetime tabi tutmaktadır[75]. KDK, idarenin işleyişini hakkaniyete uygunluk yönünden denetlerken iyi yönetimin sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Bu açıdan, yazılı hukuk kurallarına uygun olduğu halde, kamu vicdanını yaralayan, adalet duygusunu yeterince tatmin etmeyen uygulamaların önlenmesi ve birey ile idare arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi yönünde KDK'nın önemli bir rolü bulunmaktadır[76].

6328 sayılı Kanunun gerekçesi incelendiğinde, kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması ihtiyacının gün geçtikçe artması nedeniyle, kamu hizmetleriyle ilgili devlet görevlerinin yeniden değerlendirilmesi ve halkın idareden kaynaklanan şikâyetlerini en aza indirecek bir yönetim anlayışının

---

73 Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı. Turhan Kitapevi, Ankara, 1996, s.249.

74 Hulusi A. Dinçkol, "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", 2013, C. 19 S. 2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1573; Naci M. Çakmak, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.307-325.

75 Kemal Özden, Ombudsman, Kamu Denetçisi ve Türkiye'deki Tartışmalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.152.

76 Serdar Mutta, İdarenin Denetlenmesi ve Ombudsman Sistemi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, İstanbul, 2005, s.61.

yerleştirilmesinin zorunlu hale geldiğinden bahisle, KDK'nın oluşturulduğu ifade edilmektedir. Yasada idarenin her türlü eylem ve işlemi, tutum veya davranışı KDK'nın sorumluluk alanı dâhilinde kılınmaktadır. Öte yandan, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri ise Kurumun denetim alanı dışındadır. Yasal yetki yönünden bakıldığında Kurumun yetki alanının oldukça geniş ve kapsamlı olduğu ve yasa metninde belirtilen istisnalar dışındaki her türlü idari işleyişini kapsadığı değerlendirilebilir. KDK'nın, bireysel şikâyet üzerine harekete geçen ve idari ihtilafların mahkeme öncesinde çözülmesine olanak sağlayan bir uzlaştırma mekanizması olduğu gözetildiğinde, yargının yükünü hafifletici bir işlevinin bulunduğu da kabul edilmektedir[77]. Kuruma başvuruların ücretsiz olması ve başvuru usulünün kolaylaştırılmış olması bireysel başvuruları arttırabilecek özelliklerdendir. Kurumun başvuruları inceleme süresi altı ay olarak belirlenmiş olup, inceleme süreci açısından getirilen bu süre sınırı ile haksızlıkların sürüncemede kalmadan giderilmesi esası kabul edilmiştir. Bu açıdan, KDK'nın hak arama özgürlüğünün desteklenmesine ve iyi yönetim uygulamalarının geliştirilmesine katkı sunduğu ifade edilebilir.

III. KAMU YÖNETİMİNDE DİLEKÇE VE ŞİKÂYET HAKKININ GELİŞİMİ YÖNÜNDEN DİVAN-I MEZÂLİM VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Dilekçe ve şikâyet hakkı gerek yargı mercileri gerekse idari kurumlara başvurularak kullanılması suretiyle, bireyin adalete ulaşmasını önceleyen ve yönetsel işleyişin adil bir düzen üzerinden sürdürüldüğüne dair inancı pekiştiren bir temel hak olarak, gelişmiş idari yapılanmaya sahip tüm devletlerce önemsenmiş ve güvence altına alınagelmiştir. Türk yönetim hukuku yönünden bakıldığında, Türk devletlerinde, hükümdarların adil bir devlet düzeni sağlamaya büyük önem atfettiği ve yönetilenlerin adalet arama amacıyla şikâyetlerini bildirmesine olanak sağlayan idari mekanizmaların oluşturulduğu görülmektedir.

Büyük Selçuklular döneminde adalet arama geleneği oldukça gelişmiştir. Bu dönemde, bireylerin şikâyetlerini bildirme yöntemi olarak dilekçe arz ettikleri görülmektedir. Bireylerin, kendilerini ilgilendiren konulardaki şikâyetlerini içeren dilekçelerini haftada iki gün toplanan mezâlim mahkemelerinin divan oturumlarında arz edebildikleri gibi diğer zamanlarda bireysel veya toplu halde bildirdikleri anlaşılmaktadır. Bu suretle, bireylerin şikâyetlerini hükümdar başta olmak üzere doğrudan idarecilere ulaştırmaları imkânı mevcuttur. Bu açıdan Büyük Selçuklu döneminde, bireylerin mahkeme oturumlarında veya kendi inisiyatifleri ile dilekçe arz etme hakkının olduğu kabul edilmektedir. Dilekçelerin mahkeme oturumları haricinde arz edilmesi yetkililer (hacib, emir) eliyle olabildiği gibi bireysel olarak hükümdara ulaşmak suretiyle de olabilmektedir. *Siyasetname*'de yer verilen bir hikâyeye göre, "*...ordu komutanından zulüm gören yaşlı bir kadın durumunun düzeltilmesi amacıyla komutana defalarca müracaat ettiyse de bir netice elde edememiştir. Yaşlı kadın daha sonra meseleyi hükümdara iletmeleri için çok defa hâciblere müracaat etmiş, ancak hâcibler durumu hükümdara arz edeceklerini söylemelerine rağmen bunu yerine getirmemişlerdir. Kadın*

[77] Serdar Gülener "Ombudsman-Yargı İlişkileri ve Yargı Ombudsmanlığı Sistemi: Karşılaştırmalı Bir İnceleme", S.1, C. 8, 2013, Akademik İncelemeler Dergisi, ss.2.

umudunu yitirdiği anda bizzat padişahtan yardım istemeye karar vermiştir. Sarayın civarına geldiği gün, tesadüfen padişahın ava çıkacağı güne tekabül etmiş ve kadın padişahın nerede avlanacağını öğrenip, o avlağa gitmiştir. Kadın, yalnız kaldığı bir anda ortaya çıkarak padişahın yanına koşmuş ve dilekçe arz etmiştir. Yaşlı kadın, padişaha, -Ey padişah! Şu zayıf yaşlı kadının hakkını ver. Dilekçemi oku!- diye seslenmiştir. Padişah onu görünce hemen durmuş; dilekçesini almış ve okumuş; onun bütün sözlerini dinlemiştir. Sonuçta, yaşlı kadının hakkını vermiş, komutanı cezalandırmıştır[78]." Bu hikâyede yaşlı kadının, şikâyetini görmezden gelen yerel yöneticileri aşarak, devlet yönetiminin en üst kademesine doğrudan dilekçesini arz etmesi ve talebinin hükümdar tarafından değerlendirilerek gereğinin kısa sürede yerine getirilmesi bireysel adaletin tesisi yönünde dikkat çekicidir. Şikâyetlerin arzı önceleri sözlü olarak yapılmakta iken, kurumun giderek gelişmesi ve benimsenmesi üzerine yazılı usulün kullanılmasının hâkimiyet kazandığı görülmektedir. Nizamülmülk'ün naklettiğine göre; "*halktan dilek, istek ve şikâyetlerini saray katına bildirenlere bir cevap ve kararname verilirdi"*[79]. *'Misal'* adı altındaki bu kararnamelerde, şikâyet dilekçelerine verilen hükmün yazılı olarak ilgilisine -mezâlim oturumu esnasında veya haricen- bildirildiği anlaşılmaktadır. Selçuklular döneminde sadece yönetsel otoritenin toplandığı hükümdarın değil vezirlerin de şikâyet dilekçesi kabul ettiği; müştekilerin vezirin bulunduğu saraya bizzat gelerek doğrudan dilekçelerini arz ettiği veya yerel yetkililer aracılığıyla dolaylı olarak dilekçelerini ilettikleri bilinmektedir[80]. Bu anlamda, Büyük Selçuklular döneminde, bireylerin hükümdara ve idarecilere şikâyetlerini iletmesine imkân veren bir idari yapılanmanın olduğu, mezâlim mahkemesi oturumları başta olmak üzere çeşitli yöntemlerle dilekçe hakkının temini ile idare edilenlerin adalete kavuşmasının sağlandığı anlaşılmaktadır. Bu suretle, Büyük Selçuklular döneminde devletin adaletle hüküm sürdüğü inancı halk gözünde pekişmiş olmaktadır.

Dilekçe ve şikâyet hakkı Osmanlı idari yapılanmasında da önemli yere sahip olagelmiştir. Halkın şikâyetlerinin padişaha sunulması ve onun emriyle halkın uğradığı haksızlıkların giderilmesi Osmanlı devlet yönetiminde adaletin sağlanması açısından önemli görülmektedir. Osmanlılar döneminde, şikâyette bulunma hakkı "*her bireyin sahip olduğu ve herhangi bir şarta bağlanmamış sınırsız bir hak*" olarak tanımlanmaktadır[81]. *Şer'iyye Sicilleri'*nde[82] ve *Mühimme (Ahkam) Defterleri'*nde[83] yer alan kayıtlardan, bireysel şikâyet hakkının kuruluş dönemlerinden itibaren kullanılmakta olduğu anlaşılmaktadır. Osmanlılarda, o dönemdeki diğer devletlere göre oldukça gelişmiş bir hak arama mekanizması mevcuttur. Dilekçe hakkı, kadın, erkek, müslim, gayrimüslim, reaya, asker, esnaf, tüccar vb. her kesimden bireye tanınmış bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, kuruluş dönemlerinden itibaren kadınlara eşit şikâyet ve dilekçe hakkının tanınmış olması gelişmiş bir hak arama kültürünün varlığına işaret

---

78 Tarifçi, s.137-138.

79 Tarifçi, s.134.

80 Sencer Divitçioğlu, Oğuz'dan Selçuklu'ya Boy, Konat ve Devlet, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2005, s.128.

81 Veysel Gürhan, "Kadınların Divan-ı Hümayun'a Şikâyet Haklarını Kullanmaları Üzerine Bazı Değerlendirmeler" S. XXXII, 2017, Journal of History School, ss. 325, Halil İnalcık, "Şikâyet Hakkı: Arz-ı Hâl ve Arz-ı Mahzarlar", S.7-8, 1988, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, ss.33-37.

82 Osmanlı mahkeme kararlarının kayıtlarının tutulduğu defterler.

83 Divan-ı Hümâyûn hükümlerinin kayıtlarının tutulduğu defterler.

etmektedir. Kadınların arzuhal örneklerine baktığımızda; bir kadının Florine[84] Ayanının zulmünden şikâyetçi olduğu dilekçesine; "*Dilekçe Sahibi: Fatıma, Yeri: Florine, Konusu: Ayanın Zulmünden Şikâyet, Özeti: Florine Ayanı Hacı Veli'nin, uzun zamandan beri kendisine zulmettiği ve ayrıca oğlu Ahmed'i haksız yere katlettiği iddiasıyla, bu kişiyle davasının görülmesi talebini havi. Karar: Başka bir iş için oraya gönderilmiş olan mübaşir vasıtasıyla davanın görülmesi, mümkün olmazsa İstanbul'a gönderilmesi*[85]" şeklinde karar verildiği görülmektedir. Bu anlamda Osmanlı döneminde, her bireyin öncelikle yerel mahkemeye ve sonrasında Divân-ı Hümâyuna dilekçe arz ederek şikâyet hakkını kullanabildiği görülmektedir. Divân-ı Hümâyuna, yerel mahkemelerdeki kadılar aracılığıyla bireysel olarak dilekçe sunulabildiği gibi belirli bir meslek veya grup adına toplu halde başvuru yapılması da mümkündür. Merkezi yönetim, şikâyet ve dilekçe hakkını güvence altına almak amacıyla, yerel yönetimlere gönderdiği emirnameler ile *"ahalinin şikâyet hakkının engellenmemesi ve halkın bu konuda rencide edilmeyerek hassasiyet gösterilmesi"* gerekliliğini bildirmiştir[86]. Bu anlamda, Osmanlı idari yapılanmasında, yaş, din, dil, sosyal statü ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin her bireyin, herhangi bir devlet dairesine, padişaha ve en üst icra ve kaza organı olan Divân-ı Hümâyûn'a dilekçe sunma hakkının olduğu ve bu hakkın güvence altına alındığı kabul edilebilecektir.

Arzuhâl'ler, yönetim kademelerine dilek veya şikâyetlerin bildirilmesi amacıyla sunulan dilekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Herhangi bir konuda haksızlığa uğradığını veya zarar gördüğünü iddia eden, idarecilerin faaliyetlerinden veya vergi adaletsizliğinden yakınan yahut bir talebi olan tüm bireyler, mahalli kadıdan başlayarak Padişaha kadar yazılı veya sözlü arzuhal sunma hakkına sahip kılınmıştır. Bu hakkın kullanılması bireysel veya toplu halde olabilmektedir. İdarecilerin asli görevlerinden birisi de bu türden şikâyetlerin incelenmesi ve talepler gözetilerek gerekli işlemlerin yapılmasıdır. Osmanlı arşivlerindeki '*şikâyat defterleri*' bu kurumu işlevselleştiren önemli belgelerden sayılmakta olup, Osmanlı bürokrasisindeki ileri bir gelişme ve rasyonelleşme olarak yorumlanmaktadır. Şikâyat defterleri, halk tarafından yapılan şikâyetler üzerine yazılan padişah hükümlerini içermektedir. Bireyler arasındaki haksızlıkların ve Padişahın otoritesini temsil eden idarecilerin yetkisini kötüye kullanmalarından doğan hukuksuzlukların önlenmesini teminen şikâyet ve dilekçe hakkı mekanizmasından yararlanılmaktadır. Şikâyet konusu, mutlaka zarar gören tarafın uğradığı haksızlığı gidermek amaçlı olmaktadır. Şikâyet edilenler ise 'devlet otoritesini temsil eden kamu görevlileri' ve 'müslim ve gayrımüslim halkı temsil eden reaya' olmak üzere iki grupta toplanabilmektedir. Bunlardan, kamu görevlilerinin diğer gruba kıyasla daha çok şikâyet konusu edildiği görülmektedir. Zarar gören taraf, bir kişi olabileceği gibi bir grup veya bir kurum (vakıf vb.) da olabilmektedir. Haksızlık veya zarar, kamu görevlilerinin hatalı veya eksik davranışlarından veya bir mahkeme kararının yahut kanun hükmünün uygulanmamasından da kaynaklanabilmektedir. Bunlar arasından mahkeme kararına uyulmamasına ilişkin bir şikâyete dair verilen kararda, *"Kadının verdiği hükmü veya hücceti tanımıyan ve gereğini yerine getirmeyenlere karşı şikâyet:...Meselâ, Mısır'da "evlâda meşruta" olan Ahmed Bagdâdi'nin*

---

84 Florina: Yunanistan, Batı Makedonya

85 Ensar Köse, "Osmanlı Devleti'nde Kadınların Hak Arama Kültürü" 2016, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, ss.316.

86 Saliha Okur Gümrükçüoğlu, Osmanlı Devletinde Divan'a Gönderilen Şikâyetler, 2012, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ss.387.

vakıflarına başkaları karışıyormuş, evvelce Padişâh emrile mahkeme evlâdın hakkını tanımış, yine karışmışlar. Yeni hükümde deniyor ki : "Dâvâsına muvâfik fetvâ-yı şerîfesi olduğun bildirüp yedinde olan hüccet-i şer'iyye ve emr-i 'aliyye mucibince 'amel olunmak için' Mısır paşasına ve Mısır kadısına hükm yazılmıştır..." şeklinde idareye konuya dair mahkeme kararına uyulmasını emreden hüküm örneklenebilir[87]. Divan-ı Hümayun'a gönderilen şikâyetler arasında 'görevi kötüye kullanma' konulu şikâyetlerin çoğunlukta olduğu ve bunu 'ceza', 'alacak' ve 'vakıf' konularındaki şikâyetlerin takip ettiği dikkati çekmektedir. Padişah şikâyet üzerine durumun soruşturulmasını emredebilmekte veya kanuna aykırı işlemlerin önlenmesi yönünde hüküm verebilmektedir. Osmanlı merkezi yönetimince önemli görülsün veya görülmesin her müracaatın işleme konulduğu ve konuya ilişkin verilen karara göre yerel idarecilere emirler yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu konuda genellikle ayrıntıya girilmeksizin, "*Mahallinde şer'ile (kanun üzre) deyü buyuruldu"* veya *"Kapudan Paşa'ya hitâben şer'ile deyü buyuruldu*" gibi kısa ifadelerle konunun kanun hükmüne uygun olarak mahallinde çözümünün sağlanmasına dair kararlar verildiği görülmektedir. Bazı şikâyet konularına ilişkin olarak ise, "*Ta'yîn olunan mübâşir ma'rifetiyle mahallinde şer'ile görülüp ihkâk-ı hak ve eğer ihkâk-ı hak mümkün olmaz ise Âsitâne'ye ihzarları arz u i'lâm olunmak içün deyü buyuruldu*" veya "*Kadîmden zabt ve tasarruflarında olan tarla ve çayırlarına hilâf-ı kânun ve fuzuli ve bilâ emr-i hümâyun bir vechile dahl-u taarruz edilmeyüp men'u def'oluna deyü Divândan hükm buyuruldu*" gibi daha detaylı ve yol gösterici ifadelere kararlarda rastlanmaktadır[88]. Ayrıca, bir yöre halkının geçişe imkân vermeyen bir köprünün tamiri için başvurmaları, arazi uyuşmazlıkları, kanuna aykırı toplanan vergilerden dolayı yapılan şikâyetler de dilekçe arzına konu teşkil edebilmektedir. Şikâyet hakkının kullanılması esnasında, müştekiler önceden aldıkları müftü fetvası ile haklılıklarını destekleyebilirler. Kadı mektubu veya arzı ile bildirilmiş olan şikâyetler de kadının desteğini taşıdığı için müşteki lehine sonuçlanması muhtemel uyuşmazlıklardandır. Bu yönde, "*halkın, kanuna aykırı alınan vergilerden şikâyetleri*"nden bir örnek verilecek olursa; "*...Meselâ, Macaristan'da Yanova eyaletinde köylüler, kale ve palanka dizdarlarının, sözde tamirat gideri karşılığı kendilerinden -hilâf-i şer' ve kanûn- para toplamalarından şikâyet ederler. Bunun gibi, Vulçıtrın kadısının gönderdiği bir arza göre, Arnavutların saldırıları dolayısıyla halkı kaçmış olan toprakları, başka diyardan gelip işleyen köylüler, sipahinin iznile ekiyorlar; kânûna göre öşr karşılığı sipahilerine belli bir para ödüyorlar. Ayrıca yeni tahrirde üzerlerine cizye olarak toptan yirmi bin akça yazılmıştır. Bunu da ödüyorlar. Kanuna göre onların başka rüsûm ödememeleri gerekir. Fakat sipâhiler fazladan bunlardan –defterlü reâyâ-nın ödemesi gereken resimleri, yanı iki veya üç guruş İspence istiyorlar, bir takım angarya hizmetler -otluk biçdirmek gibi- yüklüyorlar. Sefer harcı veya imdâdiye adıyla para istiyorlar; "kadı arz etmeğin hilâf-i şer' ve kânûn ve defter ta'addi olunmamak için" hüküm yazılmıştır*"[89]. Bu örnekte, kadı tarafından şikâyet hakkını kullanan bireyleri destekler mahiyette mektup şeklinde bir arz yazıldığı ve bu suretle haklılıklarının ortaya konulduğu gösterilmektedir. Ayrıca, kadıların yerel halkın temsilcileri gibi hareket ettiği ve yönetilenlerin haklı isteklerinin desteklendiği anlaşılmaktadır. Burada dikkati çeken husus, söz konusu zararın bir kamu zararı olmayıp özel zarar kategorisinde bulunmasıdır. Bu anlamda şikâyet mekanizması nihai olarak, Padişahın yüksek idari otoritesi ile zarara uğrayan bireyler arasında doğrudan ilişki kurulmasını sağlayan bir

---

87 İnalcık, s.36.

88 Halil İnalcık, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul 2005, s.49-54.

89 İnalcık, s.36-37.

yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Merkezi idarede yer alan bürokratların Padişah adına verdikleri kararların keyfi veya yanlış olması, devletin temel aldığı adalet ve hukuk ilkesine aykırı düşecektir. Bu yönüyle, Osmanlı idari yapılanmasının uzmanlaşmış bürokratik işleyişinin bir uzantısı olarak kamu idarecileri idari otorite zinciri dâhilinde kanun ve nizamların adil ve hukuka uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ile sorumludur[90]. Bu yönden, şikâyet hakkının ve idarenin şikâyet edilen yönlerinin araştırılmasının Türk yönetim tarihinde köklü bir uygulama olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Dilekçe hakkı ilk kez, anayasal bir düzenleme olarak, 1876 tarihli Kanûn-i Esasi'nin "*Tebaai osmaniyeden bir veya birkaç kişinin gerek şahıslarına ve gerek umuma müteallik olan kavanin ve nizamata muhalif gördükleri bir maddeden dolayı işin merciine arzuhal verdikleri gibi meclisi umumiye dahi müddei sıfatile imzalı arzuhal vermeğe ve memurinin ef'alinden iştikâye salahiyetleri vardır*[91]" hükmünü içeren 14. maddesinde yer bulmuştur. Bu hükümle, Osmanlı tebaasından olan bireylere kendilerini veya toplumu ilgilendiren konularda kanuna aykırılık iddiasıyla işlemi tesis eden idareye veya Meclis-i Umumiye dilekçe ile başvuru hakkı tanınmıştır. 1921 Anayasası temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri içermemekte olup, dilekçe hakkına dair Kanun-i Esasi'nin 14. maddesi bu dönemde geçerli olmuştur. Cumhuriyet döneminde, Dilekçe hakkına ilk kez, "Esas Teşkilat Kanunu" başlığını taşıyan 1924 Anayasası'nın 82. maddesinde anayasal bir kurum olarak yer verilmiştir. 1961 Anayasasının 62. maddesi *"Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, tek başlarına veya topluca, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir"* hükmü ile dilekçe hakkını düzenlemektedir[92].

Dilekçe hakkı, 1982 Anayasasının kabulü ile 'siyasal hak ve ödevler' başlığı altında düzenlenen siyasal haklardan biri olarak, 'Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı' başlıklı 74. maddesinde yer almaktadır. Anayasanın 74. maddesi *"Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur. Bu maddede sayılan*

---

90 Halil İnalcık, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul 2005, s.49-54, Nuri Çevikel, "18. Yüzyıl Osmanlısında Kıbrıs Ortodoks Kilisesi Mensuplarının ve Gayrimüslimlerin İstanbul'a Gönderdikleri Arzuhâller ve Mahzarlar" C.4, 2006, Türk Tarih Kurumu, ss. 1520.

91 https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/

92 İlber Ortaylı, Türkiye'nin Yakın Tarihi, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011, s.31, Kürşat Akça, "Türkiye Büyük Millet Meclisine Dilekçe ile Başvurma Hakkı", S.49, 2004, Yasama Dergisi, ss.62; Gökhan Y. Duran, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", S.142, 2019, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.61,

https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/.

hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir" hükmünü içermektedir. Bu anlamda dilekçe hakkı, Kanun-ı Esasi'den günümüze bireylere tanınan ve anayasal güvence altına alınmış bir hak olarak Anayasalarımızda yerini bulmaktadır.

Ombudsmanlık müessesesinin temel amacı, demokrasinin güçlendirilmesi, birey ile idare arasındaki güç dengesizliği gözetilerek bireyin korunmasıdır. Bireylerin idare karşısında uğradıkları haksızlıkları veya kamu hizmetlerinin gerektiği gibi sunulmaması hallerindeki şikâyetlerin soruşturulması ombudsmanlık kurumlarının görev alanına girmektedir. Bu itibarla, ombudsmanlık kurumları kamu adına hareket eden idari denetim mekanizması olarak kabul edilmektedir. Ombudsmanlık müessesesi, ülkeden ülkeye bazı farklılıklar gösterse de, özü itibariyle idare ile birey arasında bağlantı kurarak mağduriyetlerin giderilmesini sağlamaktadır. Bu yönüyle, idari ihtilafların yargı yolu dışında çözümünü sağlayan yumuşak bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır[93]. Ombudsmanlık kurumları tarafından, bireysel şikâyetlerin soruşturulması neticesinde tesis edilen kararlar, yargı mercilerinden farklı olarak sadece hukuka uygunluğu değil aynı zamanda, somut bazında iyi yönetimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini de sağlamaktadır. Bu yönüyle, ombudsmanlık müessesesinin, mahkemelere kıyasla, idari ihtilafları daha geniş bir perspektifte inceleyen ve haksızlıkların giderilmesi bağlamında daha kapsamlı çözüm önerileri üreten yapılar olduğu düşünülebilir[94]. TBMM Başkanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren anayasal bir kurum olan KDK, hak arama ve uzlaşma kültürünün geliştirilmesi başta olmak üzere, insan haklarına dayalı adalet anlayışının güçlendirilmesi, hak ve özgürlüklerin korunması, kamu hizmetlerinin kalitesinin artırılması, idari şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması gibi önemli işlevlere sahiptir. Bireysel haksızlığın giderilmesi amacıyla idari işlemin geri alınmasının veya idari eylemden doğan zararların giderilmesinin temin edilmesi amacıyla aldığı kararlarıyla, idare ve birey arasındaki uyuşmazlıkların yargı yoluna gidilmeksizin çözümünü sağlamakta olup, hak arama ve uzlaşma kültürünün bir parçası olduğu kabul edilmektedir.

Kamu otoritesinin kullanıldığı idari işlem ve eylem alanında, hukuki ve meşru yöntemlerle hak arama, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının tanınması ve güvence altına alınması, kanuni idare ilkesinin gözetilmesi açısından önemlidir. Öte yandan, bireylerin güven, huzur ve özgürlük içinde yaşaması, kamu otoritesini kullanan devletin ve idari kurumların 'adil ve doğru düzen' içinde işlediğine dair inanca bağlıdır. Bu inancın sağlanması ve devam ettirilmesi idarenin hukukla bağlı kılınması ve denetlenmesi esasına dayalıdır. Bu anlamda,

---

[93] Ulaş Karan, Çiğdem D. Sever, Bir İnsan Hakları Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, ESHİD, İstanbul, 2016, s.59; Naomi Creutzfeldt, Nick O'Brien, Marek Nowicki, Ombudsmanlıklar Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu İçin Eylem Önerileri ve Ombudsmanlık ile Kamu İdarelerine Yönelik Rehber İlkeler, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Avrupa Konseyi 2021, s.18.

[94] Michal Krajewski, Relative Authority of Judicial and Extra-Judicial Review EU Courts, Boards of Appeal, Ombudsman, Oxford, Hart Publishing, 2012, s.139; Linda Reif, The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System. Springer, Leiden, 2004, s.3.

bireylerin hak arama hürriyetine sahip olması, şikâyetlerinin dinlenmesi ve çözüme kavuşturulması, dilekçe hakkının güvence altına alınması iyi işleyen bir idari yapının varlığı için önem arz etmektedir. Bireysel şikâyet ve dilekçe hakkı eski bir geçmişe sahiptir. Yönetilenlerin şikâyetlerinin dinlenilmesi suretiyle haksızlıkların giderilmesi ve bu yolla adil bir yönetimin sağlanması, Türk kamu yönetimi geleneğinin kadim bir parçasıdır. Tarihsel süreçte Türk devletlerinde, hükümdarların belirli aralıklarla halkın şikâyetlerini dinledikleri, bu şikâyetleri dikkate alarak verdikleri kararlar ile idari bir çözüm ürettikleri görülmektedir. Şikâyetlerin devletin en üst kademesi tarafından dinlenmesi geleneği ve bu amaçla kurulan divanların bir etkisi de birey ile idare arasında kurulan doğrudan irtibat ile devlet yönetiminin adalet ile tesis edildiği inancını yönetilenlerde pekiştirmektir. Bu gelenek Selçuklular döneminde mezâlim mahkemeleri; Osmanlı döneminde ile Divan-ı Hümayun, Şura-yı Devlet, şikâyât defterleri, arzuhaller ve adaletnameler ile devam ettirilmiştir. Bu anlamda, ombudsmanlık müessesesinin anayasal bir denetim sistemi olarak İsveç hukukunda ortaya çıkışı, bu müessesenin oluşturulmasında Türk kamu yönetimi kurumları olan kurultay, Divan-ı Mezâlim, Divan-ı Hümayun gibi bireysel şikâyet ve hak arama mekanizmalarının etkisinin olduğu kabul edilebilir. Modern hukuktaki yeriyle ombudsmanlık müessesesi, eski dönemlerdeki Divan-ı Mezâlim müessesesi gibi bir hak arama aracı olarak işlev göstererek; haksızlıkların giderilmesi amacıyla yapılan bireysel şikâyetlere dair 'adil ve doğru düzende işleyen' bir idare mekanizmasının oluşturulması ve hesap verebilirliğin sağlanması için önemlidir.

Tanzimat döneminden itibaren uygulanan idari reformlar kapsamında, Fransız yönetsel yapısından modellenen Conseil d'etat esas alınarak idari ihtilafların yargısal yoldan giderilmesi Şura-yı Devlet'e tevdi edilmiş ve bu yapı 1927 yılından itibaren Danıştay olarak varlığını devam ettirmiştir. KDK ise 2012 yılında yürürlüğe giren 6328 sayılı Kanun ile idari teşkilata eklenmiştir. Bu noktada, Türk yönetsel geleneğinde tarihsel süreçte yer bulan ve modern hukuktaki ombudsmanlık müessesesine ilham kaynağı olan mezâlim müessesesinin neden daha erken tarihlerde KDK'ya evrilmediği sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun tek bir cevabı olmamakla birlikte, özellikle Tanzimat döneminde başlayan Türk kamu yönetimi reformlarının Fransız etkisi ile yapıldığı ve modellenen Fransız sisteminde Danıştay görevini yapan ve önemli idari meselelerde mütalaasına başvurulan danışma makamı olan Conseil d'etat'ın, idareyi hem hukuksal hem de yerindelik denetimine tabi kılması nedeniyle "*en iyi ombudsmanın Conseil d'etat olduğu*" görüşünün hâkim olması nedeniyle, ombudsmanlık müessesesinin 'gereksiz' ve o dönemde bireysel şikâyetlerin 'tehlikeli' olarak görülmesi düşünülebilir[95]. Diğer taraftan bu dönemde, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi genişleme eğilimi göstermektedir. Bu anlamda, idare kendisine kanunlarla çizilen sınırları aşabilmekte veya hiçbir kanuna dayanmaksızın ikincil işlemler tesis edebilmektedir. Bu durum da idarenin hukuka uygunluğunun yargısal yolla denetimi ihtiyacını kuvvetli bir biçimde ortaya çıkarmaktadır.[96] Öte yandan, özellikle Conseil d'etat'ın kurulduğu

---

[95] Arı, "İsveç, İngiltere, Fransa ve Türkiye Ombudsmanlık Kurumları: Karşılaştırmalı Bir Analiz, Volume: 3, Issue:3, 2017, International Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies, ss.141. Selçuk Gişi, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", S. 2017/2, 2017, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.17.

[96] *Conseil d'etat* Fransız idare tarihinde, monarşi, cumhuriyet, başkanlık, parlamenter sistem, otokrasi ve demokrasi dönemlerinde idarenin hukuka uygunluk ve yerindelik

dönemde, merkezi otoritenin karşısında ombudsmanın bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyabilmesinin güçlüğü, diğer idarecilere karşı otoritesini kanıtlama zorunluluğu, bireysel şikâyetlerin çözümlenmesinde ortaya çıkarabilecek idari sorunlar, ombudsmanlık müessesesi tarafından sunulan çözümlerin yetersiz kalabileceği ve devlet yönetimi tarafından reddedilebileceği endişesinin mevcut olabileceğini de akla getirmektedir. Ayrıca, diğer Avrupa ülkelerine kıyasla Fransız idari yargıçları daha geniş yetkileri haizdir ve kamu yararını gözetmek şartıyla bireyin yararını koruyan nitelikte kararlar alabilmektedirler. Bu anlamda, Fransız idari yapılanmasında ombudsmanlık müessesesi yerine Conseil d'etat'ın kabulü ve idari ihtilafların yargısal yolla çözümünün en uygun yollardan olduğu kabul edilmiştir. Fransız ombudsmanlık kurumu ise *Le Médiateur*[97] adı altında, diğer Avrupa ülkelerine kıyasla daha geç bir tarih olan 1973 yılında oluşturulmuş ve 2011 yılında yeniden yapılandırılmıştır. Diğer taraftan 2011 yılında gerçekleştirilen anayasal değişikliğe kadar, Fransız ombudsmanlık müessesesi tek kişiden müteşekkildir ve şikâyetlerin kabul edilebilmesi için, başvuruların bir parlamenter aracılığıyla yapılması şartı aranmaktadır. Kararları ise idari kurumları bağlayıcı nitelikte değildir. Başvurularda bir parlamenterin aracılığının aranmasının gerekçesi, "haklı dayanağı olmayan gereksiz başvuruların parlamenterler aracılığıyla süzgeçten geçirilmesi ve zaman kaybının önlenmesi" olarak açıklansa da bireysel şikâyet hakkının önünde önemli bir kısıtlamanın, ombudsmana doğrudan şikâyet yapabilme hakkının tanındığı 2011 yılına kadar, Fransa'da mevcut olduğu anlaşılmaktadır[98].

Fransız idari yapılanmasında köklü bir geçmişe sahip güçlü bir Danıştay'ın olduğu, idari ihtilaflarda hukuka uygunluk ve yerindelik denetiminin bu yapı tarafından gerçekleştirildiği ve 2011 yılındaki yeniden yapılandırmaya kadar ombudsmanlık müessesesinin halkın şikâyetlerinin doğrudan dinlenmesine imkân veren bir mekanizma olarak işlemediği ve kararlarının bağlayıcı olmadığı gözetildiğinde, ombudsmanlık müessesesinin, özellikle bireysel haksızlıkların giderilmesinde daha ikincil planda kaldığı ve idarelerin işleyişine doğrudan etki edemediği söylenebilir. Bununla birlikte, doğrudan modelleme yoluyla yapılandırılan idari reformlar kapsamında Türk idari yapılanmasına alıntılanan Fransız modelinin uygulanması, idarenin yargısal denetiminin sağlanması yönünden oldukça önemli olmakla beraber, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkı bağlamında, hak arama kültürünün gelişimi, idari denetim, şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması yönünden, Türkiye'de ombudsmanlık kurumunun 2012 yılı gibi çok daha geç tarihlerde yürürlüğe girmesine neden olduğu ifade edilebilir. Bu anlamda, modern hukuka İsveç tarafından hediye edilen, İsveç hukukuna ise Türk-Osmanlı kamu yönetimi geleneğinden intikal ettirilen ombudsmanlık müessesesi, modern Türk hukukunda KDK adı altında yerini bulduğu ifade edilebilir.

---

yönünden denetimini sağlayan ve saygınlığını kaybetmeden en uzun süre ayakta kalabilen görece özerk kurumlardandır (Bkz: Ginsurg, 2010, s.122).

97 Arabulucu.

98 Pierre Landron, Ülkü Azrak "Fransız Devlet İdaresinde Kurulların Rolü" C. 4, S. 6, 1970, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (Mukayeseli Hukuk Dergisi), ss.135; Öztürk, s.39; Jean Massot, The Powers and Duties of the French Administrative Judge, Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2010, s.417-419.

SONUÇ

Eski Türk devletlerinde göçebe devlet geleneği nedeniyle bireysel şikâyet mekanizmaları her ne kadar erken dönemlerde yeterince kurumsallaşmamış olsa da devletin en üst kademesi ile birey arasında doğrudan bir iletişimin oluşturması ve böylece hakanın adil bir devlet yönetimini sağladığına dair bireysel inancın pekişmesi yönünden etkili olmuşlardır. Bu açıdan bakıldığında, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının Türk devlet anlayışında idari denetim, şeffaflık ve idarecilerin hesap verebilirliğinin sağlanması amaçlarına hizmet ettiği anlaşılmaktadır. Abbasiler döneminde kurumsallaşmış bir yapı olarak karşımıza çıkan Divan-ı Mezâlim Büyük Selçuklular ve Anadolu Selçuklu Devletleri döneminde, haksızlıkların giderilmesi amacıyla yapılan ve bireysel şikâyetlerin gözetilerek idari denetim ve hesap verebilirliğin sağlandığı bir mekanizma olarak varlığını sürdürmüştür. Osmanlı devlet geleneğinde mezâlim müessesesi, Divan-ı Hümayun, Şura-yı Devlet, şikâyât defterleri, arzuhaller ve adaletnameler gibi mekanizmalar aracılığıyla devam ettirilmiştir. Bu bakımdan ombudsmanlık müessesesinin, Türk-Osmanlı devlet yönetimi geleneğinde uzun süredir var olan bireysel şikâyet ve dilekçe hakkının etkisiyle oluşturulmuş ve Türk devlet felsefesinin temeli olan 'adalet ve hakkaniyet' kavramlarının yansıması olarak karşımıza çıktığı ve mezâlim müessesesine benzerlik gösterdiği söylenebilir. Diğer taraftan, mezâlim müessesesinin ve benzer amaçlara hizmet eden diğer mekanizmaların özellikle Tanzimat döneminden itibaren gerçekleştirilen idari reformların etkisi ile varlığını etkili şekilde devam ettiremediği izlenmektedir. Bu dönemdeki idari reformlar kapsamında Fransız etkisiyle modellenen Conseil d'etat esas alınarak, adli ve idari ihtilafların ayrıştırılması söz konusu olmuş ve idari uyuşmazlıkların yargısal yoldan çözümlenmesi Şura-yı Devlet'e bırakılmıştır. Şura-yı Devlet erken Cumhuriyet döneminde Danıştay olarak 1927 yılından itibaren varlığını sürdürmüştür. KDK 2010 yılındaki Anayasa değişikliği gereğince 2012 yılında idari teşkilatımıza ilave edilmiştir. Bu anlamda, modern hukuktaki ombudsmanlık müessesesine ilham kaynağı olan kadim bir geçmişe sahip mezâlim müessesesinin yakın tarihlerde KDK'ya dönüşmediği dikkati çekmektedir. Bu hususun temel sebeplerinden birinin, Tanzimat döneminden itibaren devam eden Türk kamu yönetimi reformlarının Fransız etkisi ile yapılması ve doğrudan alıntılanan Conseil d'etat gibi kurumların Fransız hukukunda, kamu idarelerinin işlem ve eylemlerini hukuksal ve yerindelik yönünden denetime tabi tutan mekanizmaların varlığı sonucunda ombudsmanlık müessesesinin 'gereksiz' ve 'tehlikeli' olarak görülmesi olduğu düşünülebilir. Ayrıca, özellikle devlet otoritesi karşısında ombudsmanın bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyabilmesinin zor olması, diğer kamu idarelerine otoritesini ve itibarını kanıtlamanın güçlüğü, bireysel şikâyetlerin gereği gibi çözümlenmesinde ortaya çıkarabilecek idari sorunlar nedeniyle ombudsman tarafından sunulan çözümlerin yetersiz kalması ve devlet otoritesi tarafından ombudsman kararlarının reddedilebileceği endişesinin varlığının etkileri akla gelebilir. Bu nedenle, Türk idari teşkilatlanmasında büyük etkileri görülen ve modellenen Fransız idare hukukunda ombudsman müessesesi yerine Conseil d'etat'ın idari denetim ve hesap verebilirliğin sağlanmasında daha etkili bir yol olduğu kabulü, mezâlim müessesesinin daha erken tarihlerde ombudsmanlık müessesesine dönüşmemesinde bir etken olarak kabul edilebilir. Bu yönden, politika transferi yoluyla gerçekleştirilen idari reformlar kapsamında Fransız modelinin uygulanmasının, adli ve idari yargı yollarının ayrıştırılması ile kamu idarelerinin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin sağlanması yönünden oldukça etkili bulunmakla birlikte, bireysel şikâyet ve dilekçe hakkı bağlamında, hak arama kültürünün gelişimi, idari denetim, şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması yönünden, ombudsmanlık kurumunun Türk hukukuna

daha geç tarihlerde kazandırılmasına yol açtığı değerlendirilebilir. Bu anlamda, modern hukuka İsveç tarafından hediye edilen, İsveç hukukuna ise Türk-Osmanlı devlet yönetimi geleneğinden intikal ettirilen ombudsmanlık müessesesinin temellerinin mezâlim müessesesine dayandığı ve Avrupa'ya kıyasla, modern Türk hukukunda daha geç tarihlerde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu adı altında yerini aldığı anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Abdu'lmenım H, Divânu'l-Mezâlim, Daru'ş-Şuruk, Beyrut, 1983.

Adevi İ A, En-Nazmu'l-İslamiyyetu, Mektebetu'l Encelu Kahire, 1972.

Adil M, Mukayeseli Hukuku İdare, Güneş Matbaası, İstanbul 1933.

Akça K, "Türkiye Büyük Millet Meclisine Dilekçe ile Başvurma Hakkı", S.49, 2024, Yasama Dergisi, ss.51-87.

Akıncı M, İsveç İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Akman A, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler", 8 (1), 2019, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss.431-450.

Alodalı M F B/ Usta, S, "Türk Yönetim Geleneğinde Hesap Verebilirlik Mekanizmaları: Divan-ı Mezalim ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Volume:3, Issue:6, 2017, Strategic Public Management Journal, ss.168-184.

Aral R, Danıştay'ın Tarihçesi Kuruluş ve Görevleri 150. Yıl Anısına Danıştay, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2019.

Arı S, "İsveç, İngiltere, Fransa ve Türkiye Ombudsmanlık Kurumları: Karşılaştırmalı Bir Analiz", Volume: 3, Issue:3, 2017, IDEA, International Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies, ss.135-151.

Atay E E, "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Sayı: 1, 2014 Ombudsman Akademik, ss.1-30.

Avaner T, "Devlet Bilimi Bakımından Köprülü'nün Ortaçağ Kamu Hukuku Kurumları Makalesi ve Türk Devletinin Varlığı" 16, 2018 Belgi, ss.992-1013.

Avaner T, Reformun Antropolojisi, Kamu Yönetiminde Bağımlılık Sorunu, 2.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

Avşar Z B, Ombudsman (Kamu Hakemi): Türkiye İçin bir Model Önerisi, C.38, Hak-İş Konfederasyonu, Hak-İş Eğitim Yayınları, 1998.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım AŞ, İstanbul, 2014.

Aykanat M, "Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri", Volume:14, Issue: 1, 2019, Turkish Studies, http://dx.doi.org/10.7827/TurkishStudies.14948, ss.91-110.

Aymes M/Gourisse B/Massicard E, Devlet Olma Zanaatı, Osmanlı'dan Bugüne Kamu İcraatı, Çev. Ali Berktay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

Bertran M, "Judiciary Ombudsman: Solving Problems in the Courts", Article 4, V.29 (5), 2002, Fordham Urban Law Journal, ss.2099-2116.

Büyükavcı M, "Ombudsmanlık Kurumu", S.4, 2008, Ankara Barosu Dergisi, ss. 10-13.

Canatar M/ Baş Y, "Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", S.9, 1998, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, ss.111-148,

Çakmak M N, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Çevikel N, "18. Yüzyıl Osmanlısında Kıbrıs Ortodoks Kilisesi Mensuplarının ve Gayrimüslimlerin İstanbul'a Gönderdikleri Arzuhâller ve Mahzarlar", C.4, 2006, XVth Congress of Turkish History, Türk Tarih Kurumu, ss. 1519-1557.

Cin H/ Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, C. I, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990.Coşkun B/Günaydın H, "Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü", S.3, 2015, Ombudsman Akademik Dergisi, ss.9-60.

Creutzfeldt N/ O'Brien N/ Nowicki M, Ombudsmanlıklar Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu İçin Eylem Önerileri ve Ombudsmanlık ile Kamu İdarelerine Yönelik Rehber İlkeler. İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, Avrupa Konseyi, 2021.

Derbil S, "Danıştay'ın Rolü", 1950, S.1, AÜHFD, ss.1-8.

Dinçkol H A, "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1567-1593.

Divitçioğlu S, Oğuz'dan Selçuklu'ya Boy, Konat ve Devlet, İmge Kitapevi, Ankara, 2005.

Doğan, K C, "Türk-İslam Tarihinde Ombudsman Benzeri Kurumlar: Literatür Taraması", 2023, IJSS, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, DOI 10.52096/usbd.7.32.12, ss.170-197.

Donuk A, "Eski Türklerde Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları", S.17, 1982, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, ss.103-152.

Duran L, "Atatürk Döneminde Danıştay. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi", S.3, 1982, Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Özel Sayı, ss.19- 39.

Duran A, İslâm Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme Olarak Velâyetü'l-Mezâlim (Mezâlim Mahkemeleri), S.25, 2015, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, ss. 251-273.

Duran G Y, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", S.142, 2019, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.59-92.

Ekinci E B, Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk. Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.

El-Cehşeyari, Kitabu'l Vuzera ve'l-Kitabu'l-Cehşeyari, Tahk. Mustafa es-Sekka, 1938

El-Hudârî Şeyh Ahmed Beg, Muhadarat fi Tarihi'l-Ümemi'l-İslamiyyeti, 4.Baskı, Kahire,1934.

El-Ferrâ Ebu Ya'la, El-Ahkâmu's-Sultaniyye, Neşreden. M. Hamid El-Fıkî, 2.Baskı, 1966.

El-Merîr Sîdî Muhammed, El-Ebhâs'us-Sâmiye fi'l-Mehâkemi'l-İslamiyye, Çev.Ferid Bustanî, Daru'n-Neşr Mağribiyye, Tetuan, 1952.

Er-Râfiı M, Et-Tanzimu'l-Kadâî fi Lübnan Min Nahiyeteyni'l-Kanuniyyeti Ve'ş-Şer'ıyyeti, Arapça Araştırma ve Çalışmalar Enstitüsü, Beyrut, 1969.

Evren T, "Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma", S.1, 1988, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.5-15.

Fendoğlu H T, "İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme", Beyan Yayınları, İstanbul, 1966.

Gemalmaz M S, Devlet Birey ve Özgürlük. Legal Yayıncılık AŞ, İstanbul, 2012.

Ginsburg T, "Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law", Edit.Susan Rose Ackerman, Peter L. Lindseth, Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Inc., Northampton MA, 2010., ss.117-127.

Gişi S, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", S.2, 2017, YBHD Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.1-42.

Gözübüyük Ş, Yönetsel Yargı. Turhan Kitapevi, Ankara, 1996.

Gülener S, "Ombudsman-Yargı İlişkileri ve Yargı Ombudsmanlığı Sistemi: Karşılaştırmalı Bir İnceleme" S.1, 2013, Akademik İncelemeler Dergisi, ss.1-27.

Günday M, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", C.14, 1997, Anayasa Yargısı Dergisi, ss.347-358.

Gür A R, Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014..

Gürhan V, "Kadınların Divan-ı Hümayun'a Şikâyet Haklarını Kullanmaları Üzerine Bazı Değerlendirmeler", S.(10)XXXII, 2017, Journal of History School, Tarih Okulu Dergisi, ss. 323-347.

Has Hacib Y, Kutadgu Bilig, Çev. Reşit Ahmeti Arat, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1996.

Hayek F A, Hukuk Yasama ve Özgürlük, Kurallar ve Düzen, Çev. Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul,1996.

İbrahim H, Tarihu'l-İslam, 2007, https://archive.org/details/tarekh-alaslam-alse/tarekh- (Erişim tarihi: 02.10.2024)

İnalcık H, Osmanlı ve Modern Türkiye, Timaş Yayınları, İstanbul, 2007.

İnalcık H, Kutadgu Bilig'de Türk İdare Geleneği ve Adalet, Adalet Kitabı, Edit. Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, Ankara, 2012-a.

İnalcık H, Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü, Adalet Kitabı, Edit. Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, Ankara, 2012-b.

İnalcık H, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2005.

İnalcık H, "Şikâyet Hakkı: Arz-ı Hâl ve Arz-ı Mahzarlar", S.7-8, 1988, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, ss.33-54.

İnalcık H, "Adaletnameler", Belgeler, C.II, S.3-4, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1993, ss.49-142.

Karan U/ Sever Ç D, Bir İnsan Hakları Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, ESHİD, İstanbul, 2016.

Kestane D, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık", S.151, 2006, Maliye Dergisi, ss.128-142.

Konan B, "Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişiminde Şura-yı Devletin Rolü", S.62,63, 2017, Adalet Dergisi, ss.135-159.

Konan B, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013.

Köksal M, Ombudsman, Kamu Hakemi, Işık Eğitim Kültür Hizmetleri, Ankara, 2007.

Köse E, "Osmanlı Devleti'nde Kadınların Hak Arama Kültürü", 2016, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, ss.291-321.

Krajewski M, Relative Authority of Judicial and Extra-Judicial Review EU Courts, Boards of Appeal, Ombudsman, Hart Publishing, Oxford, 2021.

Kriebaum U/Stadlmayer G K, Asian Ombudsman Institutions, A Comperative Legal Analysis, Verlag Österreich, Mörlenbach, 2016.

Kuşçu A D, "Eyyûbîler'de Mezâlim Mahkemeleri ve Dârü'l-Adl", S.26, 2009, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, ss.207-229.

Landron P/ Azrak Ü A, "Fransız Devlet İdaresinde Kurulların Rolü", S.6, 1970, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.133-153.

Lewis B, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Babür Turna, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017.

Loughlin M, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015.

Maverdi, El-Ahkâmu's-Sultaniyye, Neşreden Abdüllatif es-Sabi, Matbatu'l-Halebî, Kahire, 1966.

Muhena M Fuad, Mes'uliyyetu'l-İdareti Fi Teşrîâti'l-Biladi'l Arabiyye, Camiatu't-Düveli'l-Arabiyyeti, Kahire, 1972.

Massot J, The Powers and Duties of the French Administrative Judge, Edit. Susan Rose Ackerman, Peter L. Lindseth, Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2010.

Moskowitz B A, The Room at the End of the Hall: An Ombudsman's Notebook, Sense Publishers, Rotterdam, 2012.

Mumcu A, Divân-ı Hümayun, Phoenix Yayınları, Ankara, 2017.

Mumcu A, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

Mutta S, İdarenin Denetlenmesi ve Ombudsman Sistemi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş İstanbul, 2005.

Okur Gümrükçüoğlu S, Osmanlı Devletinde Divan'a Gönderilen Şikâyetler, 2012, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ss.385-409.

Ortaylı İ, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2018.

Ortaylı İ, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2012.

Ortaylı İ, Türkiye'nin Yakın Tarihi, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011.

Ortaylı İ, Avrupa ve Biz, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.

Ögel B, Türklerde Devlet Anlayışı, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2016.

Özden K, Ombudsman, Kamu Denetçisi ve Türkiye'deki Tartışmalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Özdeş O, Danıştay ve Tarihi Gelişimi, 150. Yıl Anısına Danıştay, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası Ankara, 2019.

Öztürk B, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı. Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Pickl V J, "Ombudsman ve Yönetimde Reform", Çev. Turgay Ergun, 19 (4), 1986, Amme İdaresi Dergisi, ss.37-46.

Reif L C, The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System. Springer Science Business Media, Leiden, 2004.

Sevinç N, "Eski Türklerde Kadın ve Aile Hukuku", S.8, 1980-a, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi", ss.17-74.

Sevinç N, "İslâm Öncesi Türk Hukuku", S.6, 1980-b, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, ss.161-184.

Şeker M, Memlûklerde Dîvânü'l-Mezâlim, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2020.

Şeker, M, "Ortaçağ Türk-İslâm Devletlerinde Hükümdarın Adalet Sembolü: Dîvânü'l Mezâlim", 6(10), 2017, Humanitas, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, ss.77-89.

Şenlen S, "Türkiye'de İdari yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", S.3-4, 1994, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss.401-413.

Seyitdanlıoğlu M, Tanzimat Döneminde Yüksek Yargı, Adalet Kitabı, Edit. Halil İnalcık, Bülent Sarı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, Ankara, 2012.

Seyitdanlıoğlu M, "İmparatorluktan Cumhuriyete Yargı", 2019, 1-2, 62-63, Adalet Dergisi, ss.15-32.

Sufût, Ahmed Zeki, Ömer bin Abdülaziz, İkra serisi, Daru'l-Mearif, Mısır,1948

Tan T, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi Ankara, 2014.

Tanör B, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları İstanbul, 2014.

Tarifçi S, "Büyük Selçuklular Devrinde Bir Adalet İsteme Âdeti ve Şikâyet Bildirme Tarzı Olarak Dilekçe Arz Etmek", S.28, 2021, Gazi Türkiyat, ss.129-144.

Tayşi İ, "Ombudsman Kurumu ve Ülkemizde Uygulanabilirliği", S.23, 1997, Sayıştay Dergisi, ss.106-123.

Tural E, "II. Meşrutiyet Dönemi'nde Danıştay (Şura-yı Devlet)", V/13, 2006, Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, ss.79-89.

Uz B, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumuna Yapılan Başvuruların Dava Açma Süreleri Üzerindeki Etkisi", S.8, 2018, Ombudsman Akademik, ss.60-73.

Uz B, "Ombudsmanlık Kurumlarının Özellikleri ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarının Uygulamadaki Etkileri", S.19, 2023, Ombudsman Akademik, ss.77-102.

Vogiatzis N, The European Ombudsman and Good Administration in the European Union. Palgrave Macmillan, London, 2018.

Yakut E, "Eski Türklerde Hukuk", S.3, 2002, Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, ss.401-426.

Yalçın M F, "Memlük Sultanı Berkuk Döneminde Mezâlim Davaları", S.43, 2021, Eskiyeni, ss.289-314.

Yeniçeri C, Mezâlim, C.29, 2004, Diyanet İslam Ansiklopedisi, ss.515-518.

Yurtseven, Y, Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme, Ankara, 2019.

Yüce M/ Beyce A, Kamu Denetçiliği Hukuku, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2013.

İSRAİL-GAZZE KRİZİ HAKKINDA HUKUKİ BİR ANALİZ: DEVLET EGEMENLİĞİNİN SINIRLAN(MA)MASI VE DEVLETLERİN SORUMLULUĞU

A Legal Analysis of the Israel-Gaza Crisis: (Non)Limitation of State Sovereignty and Responsibility of States

"Bir yerdeki adaletsizlik, her yerdeki adalete tehdittir." M. L. King

Dr. Öğr. Üyesi Hande Seher DEMİR*

Öz: II. Dünya Savaşı sonrasında, kamu gücü kullanan kişi ve organlara hâkim olan anlayışın, ulusal hukuk düzeni içinde polis devletinden hukuk devletine, uluslararası hukuk düzeni içinde modern devletten post modern devlete evriminin ortak bir amacı vardır: Devlet egemenliğini sınırlamak. Devlet egemenliğini sınırlayarak uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak amacıyla, devletlerin egemenlik tasarruflarına karşı insani müdahale mahiyetinde şiddet tekeliyle donatılan BM Güvenlik Konseyi'nin takdir alanı ise denetimsiz ve öngörülemezdir. BM organizasyonunda "uluslararası hukuki güvenliği" sağlamaya yönelik hukuk devleti mekanizmaları kurulmamış, BM Antlaşması normlarını uygulamayan yahut öngörülemez ölçüde esnek yorumlayan Güvenlik Konseyi üyelerinin sorumluluğunu tetikleyen kanun devleti mekanizmaları düzenlenmemiştir, BM organizasyona polis devletinin denetimsiz keyfiliği hâkim olmuştur. II. Dünya Savaşı'nda yapılan soykırımlarda, ulusal hukuk düzeninde kamu gücü kullananların kamu yararına yönelik karar ve uygulamalarının keyfiliği denetimsiz iken; günümüzde yapılan soykırımlarda uluslararası hukuk düzeninde uluslararası kamu gücü kullananların karar ve uygulamalarının keyfiliği etkili ve tutarlı bir denetimden yoksundur. *Jus cogens* niteliğe ve *erga omnes* etkiye sahip soykırım yasağı hakkında uluslararası hukukta güçlü ve etkili bir uzlaşı sağlanamamıştır. Bu bağlamda İsrail-Gazze krizi, uluslararası kamu hukuku için bir sınav, devlet egemenliğinin sınırlanması idealinin uluslararası hukuktaki izdüşümleri hakkında realist teorinin ileri sürdüğü "ütopya" eleştirisini zayıflatmak için bir fırsattır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Egemenliği, Egemenliğin Sınırlanması, İsrail-Gazze Krizi, Jus Cogens, Soykırım

Abstract: After World War II, the principles governing those using public force changed. The transformation from police state to rule of law within the domestic legal order, and from modern state to post-modern state within the international legal order, has a common purpose: Restricting state sovereignty. The uncontrolled and unpredictable nature of the discretion exercised by the UN Security Council, which is equipped with a monopoly on violence for humanitarian interventions that limit the sovereign exercise of states to ensure international peace and security, engender legitimacy debates. During the genocides committed in World War II, the arbitrariness of decisions and practices for the public good in the minds of people using public power in the national legal order was uncontrolled; in today's genocides, the arbitrariness of the decisions and practices of those who use international public power in the international legal order lacks effective and consistent control. In this context, the Israel-Gaza crisis is a test for public international law; it is an opportunity to weaken the "utopia" criticism put forward by realist theory about the projections of the ideal of limiting state sovereignty in international law.

Keywords: State Sovereignty, Restriction of Sovereignty, Israel-Gaza Crisis, Jus Cogens, Genocide

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF SBKY Bölümü, Anayasa Hukuku Bilim Dalı, hande.demir@hbv.edu.tr

ORCİD 0000-0001-7957-0521 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676668

Makale Geliş Tarihi: 18.09.2024, Makale Kabul Tarihi: 25.02.2025

GİRİŞ

Devlet egemenliğinin sınırlanması meselesi II. Dünya Savaşı sonrasında ulusal ve uluslararası hukukta kendine önemli bir yer bulmuştur. Egemenlik yetkisi kullanan kişi ve organlara hâkim anlayışın, ulusal hukuk düzeni içinde polis devletten hukuk devletine ve uluslararası hukuk düzeni içinde modern devletten post modern devlete evriminin[1] ortak bir amacı olduğu söylenebilir: Devlet egemenliğini sınırlamak.

Ulusal hukuk düzeni ve hukuk devleti muhayyilesi içinde, devletin iç egemenliğini sınırlamak, güçlü olan devlet karşısında zayıf olan kişileri koruyan denge ve denetim sistemleri geliştirmek, "kamu yararı" ile "keyfîlik" arasındaki ayrımı belirginleştirerek denetlemek, negatif statü haklarına müdahaleyi önlemek ve pozitif statü hakları tanıyarak kişileri "özgürleştiren" sosyal politikalar üretmek, kamu gücünden vaki hak ihlallerinin ulusal ve uluslararası düzeyde yargısal denetimini etkinleştirmek, kişileri uluslararası hukukun süjesi statüsüne kavuşturmak yönünde adımlar atılmıştır. Bu makalede, çoğulcu demokrasiyi ve çoğunluğun "sınırlı" egemenliğini sağlamak üzere özgürlükleri güçlendiren ve *iç egemenliği* sınırlayan uygulamalar bir yana bırakılarak; devletin *dış egemenliğini* sınırlayan düşünce ve uygulamaların ulaştığı nokta, "İsrail-Gazze Krizi" örneği üzerinden ele alınacaktır.

Uluslararası hukuk düzeninde modern devletin post modern devlete evrimi sürecinde, devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran uluslararası insancıl hukuk kurallarının *de jure* normatif, organik, fonksiyonel yönleriyle geliştiği; devletlerin çeşitli uluslararası ve uluslarüstü örgütler kurarak egemenliklerini sınırladığı görülmektedir[2]. Keza uluslararası örgütler -kural olarak egemen devletlerin rıza çemberi içinde de olsa- devletleri koordine etme, denetleme, izleme, yargılama, hukuki sorumluluğa ve adil tazmine karar verme fonksiyonları icra etmektedir.[3] Devletler arasındaki ikili ilişkiler döneminin, uluslararası ilişkilere dönüşmesinin ilk somut adımı olan[4] Milletler Cemiyeti'nin ve onun ardılı Birleşmiş Milletler[5]'in (BM) uluslararası hukukta klasik egemenliğe getirdiği kısıtlamaların "İsrail-Gazze Krizi" üzerindeki mevcut ve muhtemel görünümleri makalenin ana konusudur.

İsrail ile Filistin arasında 07.10.2023 tarihi itibarıyla yaşanagelen bunalım, BM tarafından "İsrail-Gazze Krizi (*Israel-Gaza Crisis*)"[6] olarak ifade edilmiştir. Makalede, BM'nin *kriz* nitelemesi takip edilmiş; "soykırım", "saldırı", "savaş suçu",

---

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Cooper, The Postmodern State and The World Order, Demos and the Foreign Policy Centre, London, 2000. Robert Cooper, The Breaking of Nations: Order and Chaos in the Twenty-First Century, Atlantic Books, London, 2003.

2 M. Aydoğan Özman, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", C. 21, S. 1, 1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 76.

3 Ramazan Gözen, Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 107-109.

4 Erdem Denk, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, 2. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2019, s. 22.

5 BM, uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla galip devletler tarafından 1945'te kurulmuştur.

6 BM, İsrail-Filistin bunalımını "kriz" terimiyle tanımlamıştı: United Nations, Israel-Gaza Crisis, (https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel s.e.t. 28.12.2023).

"insanlığa karşı suç" nitelemesi yapmaktan kaçınılmıştır. Zira anılan suçlara dair tespitler "yargısal" niteliktedir. Haksız fiilin hukuki nitelemesi yetkili bir mahkeme tarafından, eylemlerin maddi ve manevi unsurlarına yönelik kovuşturma neticesinde yapılır. Makalenin amacı "yargılama" yapmak değil, devletlerin dış egemenliğini sınırlamaya dönük uluslararası hukukun organik ve fonksiyonel yönleriyle ulaştığı son noktanın, başlangıç noktasındaki *ideali* sağlayıp sağlayamadığını İsrail-Gazze krizi üzerinden analiz etmektir. Bir başka ifadeyle post-modern devlet ve uluslararası insancıl hukuku doğuran idealist felsefenin klasik egemenlik anlayışını kısıtlayan somut görünümlerini, derinleşen İsrail-Gazze krizi örneği üzerinden, emsal kararlardan/uygulamalardan hareketle değerlendirmektir.

Makalede önce uluslararası insancıl hukuk ve insancıl hukuka aykırılıktan devletlerin sorumluluğunu düzenleyen normatif düzenlemeler ortaya konacak, konuyla temaslı emsal nitelikte uluslararası yargısal içtihatlar incelenecektir. Son olarak, işaret edilen *normlar* ve *içtihatlar*ın, İsrail-Gazze krizi *olgusu*ndaki muhtemel görünümü değerlendirilecektir. Bu kapsamda cevabı aranan sorular şunlardır:

- İsrail-Gazze krizinde, uluslararası insancıl hukuka aykırı haksız fiillerden doğan devletin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğuna karar verme yetkisi hangi uluslararası mahkemelerdedir ve bu mahkemelerin emsal kararları ne yöndedir? Anılan incelemede BM'nin siyasi organları olan Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin *siyasi* yaklaşımı değil BM'nin yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) *hukuki* yaklaşımı esas alınacaktır.

- Uluslararası mahkemelerin yanı sıra ulusal mahkemelerin, bir başka devletin haksız fiilleri hakkında yargılama yapma yetkisi var mıdır? İsrail-Gazze krizinde, ilgili devletlerin eylemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin yargılama, sorumluluğa, yaptırıma ve adil tazmine hükmetme yetkisi ve sonuçları, devletlerin yargı bağışıklığı ilkesi çerçevesinde tartışılacaktır.

Son tahlilde normatif düzenlemeler, emsal karar ve uygulamalardan hareketle, İsrail-Gazze krizinin, adil tazmin sağlayacak bir çözüme kavuşup kavuşmayacağı değerlendirilecektir.

Makalede, hukuk biliminin temel araştırma yöntemi kullanılacak; normlardan hareketle olgulara dair hukuki sonuçlara ulaşan tümdengelim metodu esas alınacaktır. Normlar, aynı nitelikte her olguya uygulanır, ulaşılan sonuçlar "tutarlı" olmalıdır[7]. İsrail-Gazze krizi olgusuna uygulanacak normların hukukî sonuçları ve dahası bu sonuçların emsalleriyle olan tutarlılığı, normları uygula(ma)yan kişi ve organların hukuki yahut keyfiliğinin turnusol kağıdıdır.

I. DEVLETLERİN DIŞ EGEMENLİĞİNİN SINIRLANMASI: ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN GELİŞİM SÜRECİ

Devletlerin dış egemenliğini sınırlandırmaya yönelik uluslararası insancıl hukuk kuralları, 19. yy'da silahlı çatışma hukuku alanındaki düzenlemelere dayanır[8]. Savaş hukukuna dair tarihî teamüllere[9] rastlanmakla birlikte, ilk

---

7 Hukuku "bilim" yapan şey, bu "tutarlılığın" kendisidir.

8 Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 10.

normatif düzenlemeler La Haye Sözleşmelerinde karşımıza çıkar[10]. 1899 II. La Haye Sözleşmesi'nde yer alan[11] "Martens Kaydı"[12], savaş hukuku düzenlemelerinin yetersiz kalması hâlinde uluslararası hukuk *teamüllerinin* uygulanacağını belirtmiştir[13]. La Haye Sözleşmelerinde işgal edilen bölgelerde yaşayan siviller korunmuş; insanlığa karşı suç, savaş ve soykırım suçu ise II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası pozitif hukuka girmiştir. II. Dünya Savaşı'nın galip devletleri tarafından kurulan komisyon, savaş ve insanlık yasalarının/teamüllerinin ihlali kapsamında yargılama yapılmasını tavsiye etmiş; bu doğrultuda uluslararası ceza hukukunun başlangıç noktası sayılan[14] Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi[15], ardından 19.01.1946 tarihli Kararname ile Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi[16] kurulmuştur. Statülerinde düzenlendiği üzere insanlığa karşı suç, savaş suçu ve barışa karşı suç işleyen gerçek kişileri yargılamak amacıyla kurulan[17] *ad hoc* nitelikteki bu mahkemelerin, esasen objektif adaleti değil kazananın adaletini sağladığı vurgulanmalıdır[18]. Devletlerin dış egemenlik faaliyetlerini denetleyecek ve objektif adaleti sağlayacak daimî bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını düzenleyen Roma Statüsü, 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe girerek UCM'nin kuruluşu tamamlanmış[19],

---

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Karma Nabulsi, Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law, Oxford University Press, New York, 2007.

10 La Haye Sözleşmeleri, Hollanda'nın Lahey kentinde 1889 ve 1907 yıllarında yapılan uluslararası konferanslarda kabul edilen, kara ve deniz savaşları hakkında bir dizi uluslararası antlaşmaya verilen ortak isimdir. Töner Şen, s. 10. 1907 La Haye Sözleşmeleri için bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 532.

11 Mete Erdem, "İnsancıl Hukukta Martens Kaydı", C. 6, S. 2, 2015, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 276.

12 Pazarcı, s. 535.

13 Töner Şen, s. 11.

Doğal hukuka içkin bu belirsiz ifadelerin, uluslararası hukukun rızaya dayanan karakteriyle örtüşmesi zordur. Erdem, s. 214.

14 Malcolm N. Shaw, International Law, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 400.

15 Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. United Nations General Assembly International Law Commission, The Charter and Judgment of The Nurnberg Tribunal History and Analysis (Memorandum Submitted by the Secretary-General), New York, 1949, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf s.e.t. 20.01.2024).

16 Tokyo Mahkemesi Statüsü için bkz. United Nations, International Military Tribunal for the Far East, (http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf s.e.t. 20.01.2024).

17 Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2003, s. 259-560.

18 Bahadır Bumin Özarslan, "Uluslararası Hukuk Açısından Sevk ve İskân Kanunu Uygulaması", 2015, II. Uluslararası Türk-Ermeni İlişkileri ve Büyük Güçler Sempozyumu, Cilt II, s. 1268.

19 Hakan Karakehya, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", C. 57, S. 2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135.

Mahkeme savaş suçu[20], insanlığa karşı suç[21], soykırım suçu hakkında yargılama yapma yetkisiyle donatılmıştır.

Bu makale, İsrail-Gazze krizi kapsamında soykırım (*genocide*)[22] suçuna odaklanmıştır. Uluslararası hukukta bir ırkı yok etmek maksadıyla icra edilen eylemlerin "soykırım suçu" ismiyle tanınarak, kişilerin ve devletin cezai/hukuki sorumluluğuna yol açması, BM Genel Kurulu tarafından 09.12.1948'de kabul edilen ve 12.01.1951'de yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi[23] (Soykırım Sözleşmesi) ile olmuştur[24]. Soykırım Sözleşmesi, soykırım suçunun unsurlarını ve soykırımdan sorumluluğu düzenlemiş; taraf devletlere soykırımı önleme yükümlülüğü getirmiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nin "Önleme ve Cezalandırma" başlıklı 1. maddesine göre *"Sözleşmeci Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder."*. Soykırım Sözleşmesi'nin "Cezalandırılacak eylemler" başlıklı

---

20 Savaş suçu, uluslararası pozitif hukukta Nürnberg Mahkemesi Statüsü m. 6/b'de düzenlemiş (Özarslan, s. 1270); buna göre işgal altındaki bölgedeki sivil nüfusun zorla yer değiştirilmesi, öldürülmesi, zorla çalıştırılması, kamusal veya özel mülklerin yağmalanması suretiyle savaş kural ve teamüllerinin ihlal edilmesi, savaş esirlerinin ve rehinelerin öldürülmesi, kötü muameleye uğramasına yönelik eylemler savaş suçu sayılmıştır (*Charter of the International Military Tribunal, Article 6/b - War crimes*); nihayet UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün "Savaş Suçları" başlıklı 8. maddesiyle son şeklini almıştır. Anılan madde "hacmi" sebebiyle dipnotta aktarılamamıştır, Bkz: The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of The International Criminal Court, 2021, (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf s.e.t. 28.12.2023).

21 Devletin "kendi vatandaşlarına" karşı haksız fiilleri savaş ve saldırı suçu kapsamına girmediğinden, Nazi eylemlerini kapsayacak mahiyette insanlığa karşı suç tipi düzenlenmiştir (Özarslan, s. 1268). 1945'ten önce ne uluslararası konvansiyonel hukukta ne de teamül hukukunda, bir devletin kendi ülke sınırları içinde kendi halkına karşı eylemlerinin uluslararası hukuk kapsamında suç oluşturması kabul edilmiştir (Mireille Delmas-Marty / Isabelle Fouchard / Emanuela Fronza / Laurent Neyret, İnsanlığa Karşı Suç, Çev. Berna Ekal, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 18-19.). İnsanlığa karşı suçun ilk hukuki tanımı Nürnberg Mahkemesi Statüsü m. 6/(c)'de *(Charter of the International Military Tribunal, Article 6/c - Crimes against humanity)* yapılmış (Delmas-Marty / Fouchard / Fronza/ Neyret, s. 16.); ardından insanlığa karşı suçlarla ilgili kriterler Yugoslavya, Ruanda, Sierra-Leone Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamalarda belirgin hâle gelmiş (Cengiz Başak, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 117) ve nihayet UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün "İnsanlığa karşı suç" başlıklı 7. maddesinde son şeklini almıştır (Şeref Ünal, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2011, s. 353.). Anılan madde "hacmi" sebebiyle dipnotta aktarılamamıştır, Bkz: The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf s.e.t. 28.12.2023).

22 Soykırım *(genocide)* ifadesi, Polonyalı hukukçu Raphael Lempkin'in 1944'te yayınladığı çalışmada ilk kez kullanılmıştır. Timuçin Köprülü, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 1.

23 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; bkz. TC Adalet Bakanlığı Resmî İnternet Sitesi, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf s.e.t. 20.01.2024).

24 Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Rıfat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 511.

3. maddesine göre, *"a) Soykırımda bulunmak; b) Soykırımda bulunulması için iş birliği yapmak; c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak; d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek; e) Soykırıma iştirak etmek cezalandırılacaktır."*

Soykırım Sözleşmesi'nin "Soykırım oluşturan eylemler" başlıklı 2. maddesi, soykırım suçunun unsurlarını düzenler. Keza UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün "Soykırım" başlıklı 6. maddesi[25] ile Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi[26] birebir aynıdır[27]. Buna göre, soykırım suçunun maddi unsuru (*actus reus*) Sözleşme m. 2'de düzenlenen eylemler; manevi unsuru (*mens rea*) ise bu eylemlerin hedef alınan ulusal, etnik, ırksal veya dinî grubun maddi varlığını kısmen veya tamamen yok etmek özel kastıyla icra edilmesidir[28]. Eylemin sebep, konu ve maksat unsurları arasında sıkı bir bağ, nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Suçun maddi sonucu ile failin zihinsel durumu arasında bağ kurularak suç vasıflandırılmaktadır[29]. Soykırım suçu, taksirle dikkatsizlik ve tedbirsizlikle işlenemez[30]; eylemler dinî, etnik, ırkçı nefretle değil başka saiklerle işlenmişse soykırım suçu oluşmaz[31]. Eylemlerin yöneldiği kişiler, anılan dört grubun mensubu oldukları için seçilmeli ve nihai amaç bu grubu tamamen veya kısmen yok etmek olmalıdır[32]. İsrail-Gazze krizi hakkında UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası suçun manevi unsurunun ispatıdır.

Devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran anılan uluslararası insancıl hukuk kurallarının İsrail-Gazze krizi örneği üzerindeki etkisine ve bu bağlamda devletlerin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğunu doğuran sonuçlarına

---

25 Article 6 Genocide Bkz. The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf s.e.t. 28.12.2023).

26 Article II Genocide Bkz: United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf s.e.t. 28.12.2023).

27 *"Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur: a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek."*

28 Töner Şen, s. 107,142-159.

29 *"Special intent is a well-known criminal law concept in the Roman-continental legal systems. It is required as a constituent element of certain offences and demands that the perpetrator have the clear intent to cause the offence charged. According to this meaning, special intent is the key element of an intentional offence, which offence is characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator."*

United Nations, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor / Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 09.09.1998, (http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf s.e.t. 01.08.2023).

30 Başak, s. 274.

31 Töner Şen, s. 148.

32 UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 187-189: Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024).

ulaşabilmek için İsrail-Gazze krizinin ampirik çıktılarına bakmak gerekir. Bu muhakemeden önce anılan sorumluluk hakkında hangi organların karar vermeye yetkili olduğunu ve bu organların emsal kararlarını ortaya koymak önemlidir.

II. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ KAPSAMINDA SOYKIRIM SUÇU HAKKINDA YARGISAL KARAR VERMEYE YETKİLİ KURULUŞLAR: UCM VE UAD

Bu başlıkta şu sorunun cevabı aranacaktır: İsrail-Gazze krizinde, uluslararası insancıl hukuka aykırı haksız fiillerden doğan devletin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğuna karar verme yetkisi hangi uluslararası mahkemelerdedir ve bu mahkemelerin emsal nitelikte kararları ne yöndedir? Uluslararası insancıl hukuk kuralları kapsamında "soykırım yasağı" kuralına odaklanmak gerekir zira anılan yasak -aşağıda daha ayrıntılı incelenecektir- *jus cogens* niteliğe ve *erga omnes* etkiye sahiptir ve doğrudan İsrail-Gazze krizi kapsamında UAD nezdinde incelenmektedir.

Soykırım hakkında karar vermeye yetkili kuruluşlar Soykırım Sözleşmesi'nde belirtilmiş; 6. madde, soykırım suçundan bireysel sorumluluk hakkında ceza yargılaması yapmaya yetkili makamları; 9. madde, soykırım suçundan devletin sorumluluğu hakkında hukuk yargılaması yapmaya yetkili makamları düzenlemiştir.

Sözleşme'ye göre *devletlerin hukuki sorumluluğu* hakkında UAD; *gerçek kişilerin cezai sorumluluğu* hakkında ise anılan suçları işleyen kişilerin vatandaşı olduğu devletin ulusal mahkemesi, sözleşmeci devletlerin yargı yetkisini kabul ettiği uluslararası bir ceza mahkemesi -UCM, karma statülü veya *ad hoc* bir mahkeme[33]- yargılama yapabilir. Keza Roma Statüsü m. 5/1'te soykırım suçu, savaş suçu, insanlığa karşı suç, saldırı suçu hakkında yargılama yapmak üzere kurulan UCM'nin yetkileri düzenlenmiştir.

Öyleyse ilgili suçlar kapsamındaki uluslararası yargısal kararlar, gerçek kişilerin bireysel cezai sorumluluğu hakkında UCM tarafından; devletlerin hukuki sorumluluğu hakkında UAD tarafından verilebilecektir.

A. BİREYSEL CEZAİ SORUMLULUK: UCM

Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü'ne göre, hakkında anılan suçlardan suç isnadı bulunan kimseler, kural olarak ilgili devletin ulusal mahkemeleri tarafından yargılanır. Keza sözleşmeci devletlerin yargı yetkisini kabul ettiği karma statülü veya *ad hoc* nitelikte bir mahkeme yahut UCM yargılama yapabilir.

Filistin, 02.01.2015 tarihinde Roma Statüsü'ne katılarak UCM'nin yargı yetkisini[34]; 02.04.2014 tarihinde ise Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir[35]. İsrail

---

[33] *Ad hoc* ve karma statülü mahkemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nimet Güller / Hamide Zafer, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Gustav-Stresemann-Institut European Academy, Bonn, 2006, s. 10, 15-17.

[34] The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (https://www.icc-cpi.int/palestine s.e.t. 29.12.2023).

[35] The ICRH's (International Committee of the Red Cross), Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December

09.03.1950 tarihinde Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir[36]; fakat Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini tanımamaktadır.

Uluslararası sözleşmeler, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarını bağlar ve sözleşmenin ilgili taraf için yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bağlayıcıdır. Zaman bakımından yetki, yargılamanın her safhasında resen dikkate alınan bir meseledir[37]. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları uyarınca, mahkemelerin zaman bakımından yetkisinin başladığı tarih, ilgili taraf bakımından Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihtir[38]; bu tarihten önceki eylemlerden taraf devletlerin sorumluluğu doğmaz[39].

UCM'nın, kişi (*ratione personae*)[40], konu (*ratione materiae*)[41], yer (*ratione loci*)[42] ve zaman bakımından (*ratione temporis*)[43] yetkisi Roma Statüsü'nde

---

1948, The ICRC's International Humanitarian Law Databases, (https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/genocide-conv-1948/state-parties?activeTab=undefined s.e.t. 05.01.2024).

36 The ICRH's (International Committee of the Red Cross), "Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948", The ICRC's International Humanitarian Law Databases.

37 AİHM [BD], Blečić / Hırvatistan, B. No. 59532/00, T. 08.03.2006, § 67.

38 AİHM [BD], Šilih / Slovenya, B. No. 71463/01, T. 09.04.2009, § 164.

39 *"In particular, the Court reiterates that the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention"* AİHM [BD], Kopecký / Slovakya, B. No. 44912/98, T. 28.09.2004, § 38.

Sözleşme'nin yürürlüğünden önce meydana gelen hak ihlallerinin etkisinin yürürlükten sonraya uzandığı kanaatine varılması hâlinde zaman bakımından yetki doğacaktır: AİHM [BD], Broniowski / Polonya, B. No: 31443/96, T. 19.12.2002, § 74.

40 Roma Statüsü m. 25, kişi bakımından yetkiyi düzenler; UCM sadece gerçek kişileri yargılayabilir.

41 Roma Statüsü m. 5, konu bakımından yetkiyi, UCM'nin yetki alanına giren suçları düzenler: Soykırım suçu, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları. Sayılan suçlar için zamanaşımı işlemez.

Roma Statüsü m. 5- 1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren çok ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu tüzüğe uygun olarak, aşağıdaki suçlarla ilgili yargı yetkisine sahiptir: (a) Soykırım suçu; (b) İnsanlığa karşı suçlar; (c) Savaş suçları; (d) Saldırı suçu.

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkemenin hangi durumlarda, bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.

Roma Statüsü m. 29- Mahkemenin yargı yetkisi içine giren suçlar, herhangi bir yasa sınırlamasına tabi değildir. Uluslararası hukuku ve insan haklarını ağır biçimde ihlal eden ve bu yönüyle uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarına zamanaşımı işlememesi olağandır. Tezcan, Erdem, Önok, s. 467.

42 Roma Statüsü'nde yer bakımında yetkiye ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna göre Mahkeme'nin yer bakımından yetkisi tüm dünyada işlenen ilgili suçları kapsamaktadır.

43 Roma Statüsü m. 11, zaman bakımından yetkiyi düzenler, buna göre Mahkeme, Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar hakkında yargılama yapabilir. Bunun yanında bir devletin Statü'ye, Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonraki bir

düzenlenmiştir. Bir eylemin uluslararası hukuk açısından suç sayılması, -kural olarak- egemen devletlerin bu suçu kendi iç süreçlerinden geçirerek yürürlüğe koyması ile mümkündür. *Jus cogens* nitelikte uluslararası hukukta kabul gören istisnalar saklıdır.

Jus cogens'in tanımı ilk kez 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53[44]'te yapılmış[45] ve bunun dışında uluslararası hukukta kabul görmüş başka bir resmî tanım bulunmamaktadır[46]. II. Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası kamu düzenini sağlamak amacıyla[47], uluslararası hukukun emredici kurallarından[48] söz edilmeye başlanmış[49], diğer hukuk normlarından üstün ve aksi kararlaştırılamayan emredici normlar *jus cogens* olarak tasnif edilmiştir[50]. Uluslararası bir hukuk normu, *jus cogens* niteliği kazanmak için iki temel şartı karşılamalıdır: *"Birincisi, böyle bir normun bir bütün olarak devletler toplumu tarafından kabul edilmiş olmasıdır. İkincisi ise, bir bütün olarak devletler toplumunun bu normu tanırken ondan hiçbir suretle sapılamayacağı kaydıyla onu kabul etmesi ve tanıması şartıdır."*[51]. Sözleşmede *jus cogens* normlar belirtilmemiş ve hâlen *jus cogens* normlar üzerinde mutabakat sağlanmamış[52] olsa da günümüzde soykırım yasağı, deniz haydutluğu, kölelik yasağı, uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yasağı *jus cogens* normlara örnek gösterilebilir[53]. UAD, 2006 tarihli

---

tarihte taraf olması hâlinde, Mahkeme'nin yargı yetkisi, Statü'nün o devlet için yürürlüğe girdiği tarihten sonraki eylemleri kapsar.

Roma Statüsü m. 11- 1. Mahkeme, bu tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini haizdir. 2. Şayet bir devlet, tüzük yürürlüğe girdikten sonra bu tüzüğe taraf olursa; 2. maddenin 3. paragrafına göre devlet tarafından bir bildirimde bulunulmadıkça, Mahkeme o devlet için yargı yetkisini sadece tüzüğe taraf olduktan sonra işlenen suçlar için kullanabilir.

44 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53- Bir antlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.

45 Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı", S. 113, 2014, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 102.

46 Arslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 29.

47 Deniz Kızılsümer Özer, "Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya-İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri", C. 5, S. 2, 2015, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

48 Hukuk kuralları, muhatapları üzerindeki etkisi bakımından ikiye ayrılır: Emredici ve yedek hukuk kuralları. Emredici hukuk kurallarının aksi kararlaştırılamazken, yedek hukuk kuralları esnek bir tabiata sahiptir. Emredici hukuk kurallarının uluslararası hukuktaki izdüşümü *jus cogens* kurallardır. Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 28-29.

49 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29.

50 Akkutay, s. 102.

51 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29.

52 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29. Akkutay, s. 103.

53 Kızılsümer Özer, s. 29.

kararında[54] ilk defa *jus cogens* normların varlığını kabul etmiş, soykırım yasağının *jus cogens* niteliğini belirtmiştir[55].

Jus cogens bir normun ihlali, UCM'ye başvurma yetkisini genişletmektedir. UCM Roma Statüsü'ne göre üç durumda **UCM'nin yargılama yetkisi doğar.** Roma Statüsü'nde düzenlenen suçlarla ilgili uluslararası sorumluluğu tespit etmek talebiyle UCM savcısına (1) Roma Statünün tarafı devletler başvurabilir[56], (2) BM Güvenlik Konseyi başvurabilir[57], (3) UCM savcısı ihbar olmaksızın, kendiliğinden soruşturma başlatabilir. *Jus cogens* bir normun ihlal edilmesi hâlinde ise her devlet UCM'ye başvurabilir[58]. *Jus cogens* bir norm olan soykırım yasağı kapsamında sadece zarar gören yahut Roma Satüsü'nün tarafı devletler değil uluslararası toplumun üyesi "her devlet" UCM'ye başvuruda bulunabilecektir[59].

UCM'nin yargılama yapabilmesi için ilgili devletin Mahkeme'nin yargı yetkisi kabul etmesi gerekir. Statü m. 12/3'e göre Statü'ye taraf olmayan bir devlet UCM'nin yetkisini tanıyabilir, kendi ülkesi üzerinde veya kendi vatandaşları tarafından işlenilen suçlar için Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Fakat hiçbir devlet, rızası dışında Mahkeme'nin yargı gücüne tabi olamaz.

İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı değildir, UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı olsaydı dahi, Roma Statüsü m. 1[60] uyarınca UCM'nin yargı yetkisinin tamamlayıcı/ikincil olduğunun[61] altı çizilmelidir. Bir başka ifadeyle ilgili suçlar hakkında yargı yetkisi birincil olarak İsrail Devleti'nin ulusal mahkemelerindedir; soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi öncelikle akit devletlerdedir.

---

54 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo / Rwanda), General List No. 126, 03.02.2006, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024).

55 Akkutay, s. 103.

56 UCM Roma Statü m. 12/2'ye göre, Statü'ye taraf devletin ülkesinde veya Statü'ye taraf devletin vatandaşı tarafından işlenen Statü'de düzenlenen suçlar hakkında UCM yargılama yapabilir. Bu durumda suç, taraf devletin ülkesinde yahut taraf ülkenin vatandaşı tarafından işlenmiş olmalıdır. Keza Statü m. 14/1'e göre Statü'ye taraf devletler, kendilerini doğrudan ilgilendirmeyen fakat mahkemenin yargı yetkisine giren suçları Savcılığa ihbar edebilir.

57 Güvenlik Konseyi, barışı tehlikeye düşüren bir suç iddiasını UCM savcısına iletir. Statü m. 13/b'ye göre, Statü'de düzenlenen suçların BM Güvenlik Konseyi tarafından tespit edilmesi ve durumun UCM'ye havale edilmesi hâlinde *(referral)*, BM üyesi devletlerin vatandaşları tarafından yahut üye devletlerin ülkesi üzerinde işlenen suçlar için UCM'nin yargı yetkisi doğacaktır. Bu karar Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletleri de bağlar, devletler ilgili kişi ülkelerinde ise yakalayarak UCM'ye teslim etmekle yükümlüdür.

58 Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 302-303.

59 Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 302-303.

60 Roma Statüsü Madde 1 – Uluslararası Ceza Mahkemesi (Mahkeme) bu tüzükle kurulmuştur. Mahkeme, daimî bir kurumdur ve bu tüzükte sözü edilen, uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde, yargı yetkisine sahiptir ve devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcıdır. Mahkemenin yargı yetkisi ve işlevleri bu tüzük hükümleri çerçevesinde belirlenir.

61 Tezcan, Erdem, Önok, s. 365.

Diğer yandan, Filistin hükümetinin 22.05.2018'de UCM'ye yaptığı başvurudan üç yıl kadar sonra, 05.02.2021 tarihinde UCM Ön Yargılama Dairesi, Roma Statüsü'ne taraf devlet olması nedeniyle Filistin topraklarında işlenen suçlarla ilgili UCM'nin yargılama yetkisinin olduğuna karar vermiştir. UCM'nin yargı yetkisinin bölgesel kapsamının Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Gazze ve Batı Şeria'yı kapsadığı yönündeki anılan kararın ardından, UCM Savcısı 03.03.2021'de Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin soruşturmanın açıldığını duyurmuştur. 17.11.2023'te Güney Afrika, Bangladeş, Bolivya, Komor Adaları ve Cibuti tarafından, Filistin Devleti'ndeki durum hakkında yapılan başvuru üzerine UCM Savcısı, Filistin Devleti topraklarında 07.10.2023 itibarıyla artan şiddet hakkında bir soruşturma yürüttüğünü açıklamış ve 20.05.2024'te Ön Yargılama Dairesi'ne tutuklama emri başvurusunda bulunmuştur[62]. UCM tarafından verilecek emir ve kararların, üye olmayan devletler üzerinde bir bağlayıcılığı yoktur; UCM, üye olmayan devletlere iş birliği çağrısında bulunsa de talebin üye olmayan devletler için zorlayıcı etkisi bulunmamaktadır.

İsrail-Gazze krizi kapsamındaki eylemlerin, ilgili suçların maddi ve manevi unsurlarını taşıyıp taşımadığı yönündeki kararlar yargısal bir soruşturma kovuşturma neticesinde verilecektir. Eylemlerin sebep ve amacıyla alakalı olarak, hükûmet edenlerin, idare edenlerin ve halkın eylemlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar farklı olacaktır. Halkın eylemleri bireysel hukuki ve cezai sorumluluk doğururken, idare edenlerin ve hükûmet edenlerin eylemleri bireysel hukuki, cezai, idari ve siyasi sorumluğun yanında *devletin* soykırım, savaş, insanlığa karşı suçtan hukuki sorumluluğunu doğurur.

B. DEVLETİN HUKUKİ SORUMLULUĞU: UAD

Ceza mahkemelerinin temel işlevi, suçların kovuşturması ve cezai sorumluluğun saptanması iken; hukuk mahkemelerinin temel işlevi, haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğun saptanmasıdır. UAD, bir hukuk mahkemesi olarak, şartların oluşması hâlinde devletlerin, cezai değil hukuki sorumluluğu hakkında karar vermektedir.

İlgili suçlarla bağlantılı olarak bir devletin sorumluluğunu tespit etmekle görevli tek tabii mahkeme UAD[63]'dir. BM Antlaşması m. 92'ye göre UAD, BM'nin *yargı organı*dır; bu yönüyle BM'nin siyasi organları olan Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'dan ayrılmaktadır. UAD'nin iki temel işlevi vardır: (1) UAD Statüsü m. 38[64] uyarınca *devletler arasındaki davalara bakmak*[65], bir başka ifadeyle devletler

---

[62] Yahya Sinwar, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif) ve Ismail Haniyeh ile ilgili olarak, 7 Ekim 2023 tarihinden itibaren İsrail topraklarında ve Filistin Devleti'nde (Gazze Şeridi'nde) işlendiği iddia edilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar; Benjamin Netanyahu ve Yoav Gallant'ın, Filistin Devleti topraklarında (Gazze Şeridi'nde) 8 Ekim 2023 tarihinden itibaren işlendiği iddia edilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla ilgili, tutuklama emirlerinin çıkarılması için gerekli standardın karşılanıp karşılanmadığına karar vermek artık Ön Yargılama Dairesi yargıçlarının yetkisindedir.

The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (https://www.icc-cpi.int/palestine s.e.t. 09.07.2024).

[63] UAD, Soykırım Sözleşmesi kapsamında iki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur: Bosna Hersek-Sırbistan Karadağ ile Hırvatistan – Sırbistan kararları.

[64] UAD Statüsü m. 38- 1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan: a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; b.

tarafından kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun barışçıl yolla çözmek; (2) uluslararası örgütlerin ve kurumların talepleri doğrultusunda *danışma görüşü sunmak*[66].

Kişilerin devlete bağlanabilen[67] haksız fiilleri, devletin cezai değil[68], hukukî sorumluluğunu doğurmaktadır[69]. Uluslararası antlaşmalar ve teamüllerden hareketle, uluslararası suçlar, bireysel cezai sorumluluk doğuracak mahiyette düzenlenmiştir[70]. Nürnberg Mahkemesi'nin, altı tüzel kişiyi yargılaması ve üç tüzel kişiyi "suçlu" bulması[71], tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hakkında tartışmalar başlatmış; keza uluslararası mahkemeler[72], haksız fiil veya ihmal sebebiyle devletin cezai değil hukukî sorumluluğu hakkında karar vermiştir[73].

Devletin cezai sorumluluğu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin sorumluluğu konusundaki kodifikasyon çalışmaları esnasında tartışılmış[74]; Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar" taslak maddeleri[75], bir tüzel kişi olarak devletlerin suç faili olamayacağı anlayışıyla oluşturulmuştur[76].

Devletlerin cezai sorumluluğu meselesi, UAD'nin Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ kararında tekrar gündeme gelmiştir. Kararda, uluslararası

---

hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını; c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini; d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular. 2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitce karar verme yetkisini zedelemez.

65 UAD'nin devletler arasındaki davalara bakmak işlevi, hukuki sorumluluğa karar vermekle sınırlıdır. Elif Uzun, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 128-129.

66 Yusuf Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 39.

67 Uluslararası hukukun yerleşik isnat kuralına göre, yasama yürütme yargı organlarının yanı sıra, devlet örgütlenmesi içinde merkezi ya da yerel idare kapsamındaki bütün devlet organlarında görev alan kişilerin eylem ve işlemleri devletin bir fiili olarak kabul edilir. Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 264.

68 Tezcan, Erdem, Önok, s. 446-450.

69 Uzun, s. 128-129.

70 Rıfat Murat Önok, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar", S. 5, 2005, Hukuk ve Adalet Dergisi, s. 177.

71 SS, Gestapo ve Nazi Partisi'nin yönetim kurulları.

72 Tokyo'da (1946), Eski Yugoslavya'da (1993) ve Ruanda'da (1994) kurulan uluslararası ceza mahkemeleri statüleri, tüzel kişilerin cezaî sorumluluğunu kapsamı dışında bırakmış. Ozan Değer, "Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek / Sırbistan-Karadağ Kararı", C. 6, S. 22, 2009, Uluslararası İlişkiler, s. 66.

73 Kızılsümer Özer.

74 Değer, s. 67.

75 "Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu" taslak maddelerinin yazımı sürecinde, önce devlet tarafından işlenen "haksız fiiller" (*delicts*) ve "suçlar" (*crimes*) ayrımına gidilmiş, ardından "suçlar" ifadesi metinden çıkarılmıştır. Alain Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", C. 10, S. 2, 1999, European Journal of International Law, s. 432-433. Değer, s. 67.

76 Pellet, s. 432-433. Değer, s. 67.

suçlar bakımından devletin cezai sorumluluğunun bulunmadığı; hukuki sorumluluğunun doğması için ise eylemlerin (1) devlet adına kamu gücü kullananlar, (2) *de jure* yetkili kılınanlar veya (3) *de facto* devlet tarafından kontrol edilen unsurlar tarafından işlenebileceği belirtilmiş; aksi hâlde sorumluluğun bireysel cezai sorumlulukla sınırlı kalacağı ifade edilmiştir[77].

UAD'nin devletlerarası uyuşmazlıkları çözme işlevi kapsamında, UAD Statüsü m. 34/1'e göre uyuşmazlığın tarafları "devlet" olmalıdır[78]. Günümüzde teorik olarak, dünyadaki devletlerin tamamının UAD'ye başvurma veya davaya taraf olma ehliyeti vardır: (1) BM Antlaşması'na taraf devletler[79]; (2) BM üyesi olmayan fakat UAD Statüsü'ne taraf devletler[80]; (3) BM Antlaşması ve UAD Statüsü'ne taraf olmayan devletler -Divan'ın yargı yetkisinden yararlanmanın şartlarının Güvenlik Konseyi tarafından düzenlenmesi kaydıyla- Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir[81].

İsrail, BM üyesidir. Filistin ise BM'ye üye olmayan gözlemci devlet statüsündedir, UAD'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. UAD Statüsü m. 35/2 uyarınca Divan, Statü'ye taraf olmayan diğer devletlere de açıktır. Bu tür durumlarda geçerli olan koşullar, Güvenlik Konseyi'nin 15.10.1946 tarihinde kabul ettiği ve Divan'a erişim hakkının sağlanmasını düzenleyen 9 (1946) sayılı Karar'da belirtilmektedir. Statü'ye taraf olmayan bir devlet, BM Antlaşması uyarınca, Statü ve Divan Kurallarının koşullarına tabi olarak, Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğine dair bir beyanı Divan Sicil Defterine sunmuş olmalıdır; Divan'ın kararlarına iyi niyetle uymayı ve BM Antlaşması m. 94 kapsamındaki tüm yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt etmelidir. 04.07.2018'de Filistin Devleti, UAD Kalemi'ne UAD'nin yargı yetkisini kabul ettiğine dair deklarasyonu tevdi ederek gerekli şartları yerine getirmiştir[82].

UAD Statüsü m. 36 uyarınca bir uyuşmazlık UAD önüne üç şekilde gelebilir: (1) Taraflar, uyuşmazlıklarının çözümü için aralarında özel bir anlaşma *(compromis)* yaparak UAD'ye başvurabilir. (2) Devletlerden birinin Divan'a tek taraflı başvurusu üzerine uyuşmazlığın diğer tarafı devlet, Divan'ın davetine icabet edip duruşmaya katılarak davaya örtülü rıza *(forum prorogatum)* gösterebilir. (3) Soykırım Sözleşmesi m. 9, Divan'a yetki (*jurisdictional clause*) verdiğinden, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf devletler Sözleşme'ye dair uyuşmazlıkları tek taraflı olarak Divan önüne getirebilir.

Soykırım Sözleşmesi m. 1'de soykırımı önleme yükümlülüğü düzenlenmiş; m. 3'te soykırım yapmak, soykırıma teşebbüs etmek, soykırım için kışkırtmak, soykırım için iş birliği yapmak, soykırıma iştirak etmek yasaklanmıştır. Anılan emir ve yasaklara aykırı eylemlerde bulunduğu iddiasıyla

---

77 Değer, s. 67.

78 Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 51.

79 BM Antlaşması'nın ayrılmaz bir parçası olan UAD Statüsü'ne de kendiliğinden taraftır; dolayısıyla BM üyesi devletler Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir, UAD önündeki bir davanın tarafı olabilir

80 Divan'ın yargı yetkisinden yararlanma şartlarının tespitine ilişkin BM Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi ve Genel Kurul'un kararıyla Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir.

81 Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 52.

82 The International Court of Justice, States not parties to the Statute to which the Court may be open, (https://www.icj-cij.org/states-not-parties s.e.t. 05.01.2023).

devletin hukuki sorumluluğuna karar verilmesi için m. 9 uyarınca UAD'ye başvurulabilir. Zira Soykırım Sözleşmesi m. 9'a göre Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'nin uygulanması, yorumlanması ve yerine getirilmesi hakkındaki bir uyuşmazlığı karara bağlaması için UAD'ye başvurabilir.

Soykırım yasağının *jus cogens* niteliğinin sonuçlarından biri, *jus cogens* hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* etkiye sahip olmasıdır. Bir başka ifadeyle bütün devletler *jus cogens* normlara uyma yükümlülüğü altındadır[83]. Bu kuralların ihlal edilmesi hâlinde, teorik olarak, yalnızca zarar gören yahut Sözleşme'ye taraf devletler değil, devletler topluluğunun her üyesinin harekete geçme yetkisi doğar[84]. Bütün devletler, uluslararası haksız fiile son verilmesini ve zarar gören devletin lehine telafi/onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini isteyebilir[85]. Keza Güney Afrika Cumhuriyeti bu kapsamda UAD'ye başvurmuştur.

Diğer yandan UAD, bir uyuşmazlıkta *erga omnes* etkili hak ve yükümlülüklerin bulunmasının UAD'ye doğrudan esas hakkında yargılama yapma yetkisi vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. UAD'ye göre bir normun "*jus cogens* niteliği, *erga omnes* etkisi" ile "yargılama için rıza şartı" birbirine karıştırılmamalıdır[86]. Uyuşmazlığın *jus cogens* karakterde bir norm olan soykırım yasağından kaynaklanması, doğrudan Divan'a yargı yetkisini vermez. Zira Divan Statüsü uyarınca esas hakkındaki yargılama, tarafların rızasına bağlıdır. Devletlerin egemenliği ve eşitliği prensiplerinin doğal sonucu olarak, uluslararası mahkemelerin yargı yetkisini, tarafların rızası belirler. İç hukuk düzenlerinin aksine uluslararası hukukta "zorunlu yargı mercii" yoktur, bir başka ifadeyle bir devlet, bir başka devleti uluslararası yargı mercii önünde yargılanmaya zorlayamaz[87].

Öyleyse, *jus cogens* nitelikte ve *erga omnes* etkiye sahip kurallar, uluslararası toplumun tümüne karşı sorumluluk doğurduğundan, herhangi bir devlet[88], Soykırım Sözleşmesi m. 1 ve m. 3'te belirtilen emir ve yasaklara aykırı eylemlerde bulunduğu iddiasıyla ilgili devletin hukuki sorumluluğunu tespit etmesi için UAD'ye başvurabilir. Filistin Devleti, âkit devlet sıfatıyla, Soykırım Sözleşmesi m. 9'a dayanarak, İsrail'in soykırımdan sorumluluğu iddiasıyla UAD'ye dava açabilecektir; tam tersi de mümkündür. Soykırım yasağının *jus cogens* niteliği ve *erga omnes* etkisi dolayısıyla Filistin Devleti dışındaki devletler de UAD'ye başvurabilir[89]. Bu hâlde Divan'ın başvuru hakkında esas hakkında

---

83 Akkutay, s. 102.

84 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29

85 Ceren Zeynep Pirim, "Rusya'nın Ukrayna Müdahalesi Işığında Uluslararası Haksız Fiil Kaynaklı Devlet Sorumluluğu ve Karşı Önlemler", Ed. Rıfat Murat Önok, Uluslararası Hukuk Kuralları Işığında Rusya-Ukrayna Krizi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi & KÜREMER (Koç Üniversitesi Küresel Kamu Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2022, s. 29-30.

86 *"the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things"* Case Concerning East Timor (Portugal / Australia), General List No. 84, 30.06.1995, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024).

87 Pirim, s. 23, 26. Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 52-53. Brownlie, s. 287. Tezcan, Erdem, Önok, s. 515.

88 Uzun, s. 133. Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 302.

89 Güney Afrika Cumhuriyeti'nin UAD'ye başvurusu bu nevidendir.

yargılama yapabilmesi için İsrail Devleti'nin, Divan tarafından yapılacak yargılamaya açık veya örtülü olarak *rıza göstermesi* gerekir.

Yargılamaya rıza gösterilmesi hâlinde UAD soykırımdan hukuki sorumluluğu saptamaya yönelik esasa ilişkin bir yargılama yapacaktır. Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, soykırıma hükmedebilmek için özel kastın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte ispatlanması gerektiğini vurgulamıştır[90]. UAD'ye göre Bosnalı Müslümanlar, toplama kamplarında sistematik şekilde kötü muameleye, tecavüze ve işkenceye maruz kalmış, ağır bedensel ve ruhsal zarara uğramıştır. Anılan eylemler savaş suçu veya insanlığa karşı suç oluşturmaktadır; fakat UAD'ye göre bu vahşetin, soykırım için aranan özel kasıtla *(dolus specialis*) -korunan grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi- işlendiği ispatlanmamıştır; sadece VRS örgüt üyelerinin eylemleri Soykırım Sözleşmesi m. 2/a-b uyarınca soykırım niteliğindedir[91].

AİHM'ye göre soykırımın önemi, mahkûmiyet kararı için aranan sıkı şartlarda kendini gösterir; bu sıkı şartlar -korunan grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı- soykırımdan kolayca mahkûm edilme riskine karşı koruma sağlamaktadır[92]. Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan "Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu" taslak maddeleri[93] m. 4[94]'e işaret etmiş; soykırım suçundan devletin sorumluluğuna hükmedebilmek için suçun, devlet organizasyonuyla bağlantılı kişiler tarafından işlenmesi gerektiğini belirtmiştir[95]. Soykırım Sözleşmesi m. 3'te sayılan eylemlerin devletle bağlantılı kişiler, organlar veya gruplar tarafından işlenmesi hâlinde, Soykırım Sözleşmesi m. 9

---

90 Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024), § 293:

"293. ... Mahkûmiyet cezası verilmeden önce uyulması/yerine getirilmesi gereken sıkı şartlar, soykırımın önemi yansıtır. Bu şartlar – grubun bütününü ya da önemli bir kısmını yok etmenin hedeflendiğini gösteren özel kasta yönelik delil – bu suçtan kolayca mahkûmiyet cezalarının verilmesi tehlikesine karşı koruyucu niteliktedir. Bununla beraber bu şartların karşılanması hâlinde, işlenen suçun kendine özgü adının konmasından çekinilmemelidir."

91 UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 319.

92 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, B. No. 35343/05, T. 20.10.2015, § 185.

Keza AİHM Büyük Daire, Gürcistan / Rusya kararında, Güney Osetya'daki ve "tampon bölge"deki Gürcü köylerindeki sivillerin, etnik bir grup olarak hedef alındığını, sivillerin öldürüldüğünü, yakıldığını, evlerin yağmalandığını, yaşanan ıstırap ve sıkıntı nedeniyle "insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele" olarak sınıflandırılabilecek ciddi ihlallerin yaşandığını ifade etmiştir. Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddeleri ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir ve bu ihlalden Rusya Federasyonu sorumludur. AİHM [BD], Gürcistan / Rusya, B. No. 38263/08, T. 21.01.2021, § 218-222.

93 United Nations, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, 2008, (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf s.e.t. 25.12.2023).

94 Madde 4 - *"1. Milletlerarası hukuka göre, yasama, yürütme veya yargı işlevlerinden hangisini yerine getirdiğine yahut Devlet örgütlenmesi içindeki konumuna yahut merkezî veya yerel idare örgütlenmesi içinde olmasına bakılmaksızın, bütün Devlet organlarının eylemleri Devletin eylemi olarak kabul edilir. 2. Devlet organı, iç hukuka göre bir statüye sahip her kişi veya birimi kapsar"*

95 UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 385.

kapsamında devletin sorumluluğunun doğacağını belirten[96] UAD, Srebrenitsa'da 13.06.1995 itibarıyla Bosnalı Müslüman grubu kısmen yok etmeyi amaçlayan *(dolus specialis/specific intent)* VRS örgütünün eylemlerinin soykırım niteliğinde olduğuna; ancak VRS örgütü üyelerinin eylemlerinin hukuken veya fiilen devlete bağlanamayacağına, dolayısıyla devletin soykırımdan sorumluluğunun doğmayacağına karar vermiştir[97]. Anılan emsal kararlardan hareketle, İsrail-Gazze krizi örneği özelinde UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası *dolus specialis/specific intent* olacaktır.

III. DEVLETLERİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Bu başlıkta şu sorunun cevabı aranacaktır: Uluslararası mahkemelerin yanı sıra ulusal mahkemelerin, bir başka devletin haksız fiilleri hakkında yargılama yapma yetkisi var mıdır? İsrail-Gazze krizinde, ilgili devletlerin eylemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin yargılama, sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi ve sonuçları, devletlerin yargı bağışıklığı ilkesi çerçevesinde tartışılmalıdır.

Devletlerin yargı bağışıklığı kuralına göre bir devlet, bir başka devleti yargılayamaz[98]. Bir devletin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin ulusal mahkemelerinin karar verme yetkisi -sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi- yoktur[99]. Bu kural, devletlerin egemen eşitliği[100], bağımsızlığı ve devlet olma onurunun bir sonucudur[101].

Devletlerin egemenliği ve eşitliği, Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 2'de düzenlenmiş[102], devletlerin karşılıklı ilişkilerinde eşit ve bağımsızlığını belirten *par in parem non habet juridictionem* (eşitin eşit üzerinde egemenliği olmaz)[103] ifadesiyle anılan temel bir prensiptir[104].

---

96 *"the Court has already held that it has jurisdiction under Article IX to find a State responsible if genocide or other acts enumerated in Article III are committed by its organs, or persons or groups whose acts are attributable to it."* UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 181: Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024).

Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzun, s. 131.

97 UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 390, 395.

98 William R., Fundamental Perspectives on International Law, 5. Baskı, Thomson Wadsworth, California, 2007, s. 92. Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 565.

99 Brownlie, s. 290-291. Gündüz, Arslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 25-26.

100 BM Antlaşması m. 2/1'ye göre devletlerin egemen eşitliği, uluslararası hukukta bütün devletlerin aynı hukuki statüye ve yetkilere sahip, aynı yükümlülüklere tabi olmasını gerektirir. Pazarcı, s. 150.

101 Slomanson, s. 92. Brownlie, s. 290.

102 Slomanson, s. 92.

103 Anılan ilke *"par in parem imperium non habet (an equal has no authority over an equal)"* olarak da anılır. Devletlerin yargı bağışıklığı ilkesi, kaynağını, iki bin yıl süresince kabul gören devlet başkanlarının yargı bağışıklığı kuralında *(iron-clad rule)* bulur. Slomanson, s. 93-95.

Devlet bağışıklığı hakkında iki uluslararası antlaşma yapılmıştır: (1) Avrupa Konseyi tarafından yapılan 1972 Devletin Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi[105] 1976'da yürürlüğe girmiştir, (2) BM tarafından yapılan 2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağışıklığı Sözleşmesi[106] ise henüz yürürlüğe girmemiştir[107].

2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağışıklığı Sözleşmesi m. 15'te devletin yargı bağışıklığına üç istisna getirilmiştir: (1) En temel istisna devletin rızasıdır. (2) İkinci istisna, devletin ticari işlemleridir. Devletin işlemleri *acta iure imperii* ve *acta iure gestionis* olmak üzere ikiye ayrılmış; devletin egemenlik tasarrufları -*acta iure imperii*- için yargısal bağışıklık öngörülmüştür, özel hukuk/ticari işlemleri ise -*acta iure gestionis*- yargısal bağışıklığa istisna tutulmuştur. (3) Son istisna ülkesel haksız fiillerdir; ancak uluslararası düzenlemeler ve devlet uygulamalarına göre silahlı kuvvetlerin *acta iure imperii* nitelikteki faaliyetleri yargı bağışıklığı korumasındadır. Bu bağışıklık, uluslararası hukuktan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacak; yargılama ulusal değil uluslararası mahkemeler tarafından yapılacaktır[108].

Devletin, *acta iure imperii* nitelikteki eylem ve işlemleriyle *jus cogens* normları ihlal etmesi hâlinde, yargı bağışıklığı korumasından yararlanıp yararlanmayacağı hususunda tartışmalar yaşanmıştır. *Jus cogens* normların korunması ve yargı bağışıklığı antinomisinde insan hakları merkezli yaklaşım, *jus cogens* normların ihlal edilmesi hâlinde yargı bağışıklığının dikkate alınmayacağını; devlet merkezli yaklaşım *jus cogens* normlar ihlal edilse de devletlerin yargı bağışıklığının korunacağını ileri sürmüştür.

Uluslararası hukuk öğretisinde bazı yazarlar, uluslararası barış ve adaletin temini, uluslararası kamu düzeninin korunması amacıyla, *jus cogens* normları ihlal eden devletlere yargı bağışıklığı tanınmamasını, zımni feragat teorisi[109], normlar

---

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığının varlık nedeni ise feodal düzenin "par in parem non habet juridictionem" (eşitin eşit üzerinde egemenliği olmaz) ilkesidir. Başlangıçta devlet başkanlarının *şahsı* için kabul edilmiş bu ilke, ardından devletlerin *hükmi şahsını* da kapsamış, 18. yy sonları itibarıyla devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği ilkelerine dayanmıştır. Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 372-373.

[104] Brownlie, s. 287.

[105] Counsil Of Europe, European Convention on State Immunity, European Treaty Series-No. 74, Basle, 16.05.1972, (https://rm.coe.int/16800730b1 s.e.t. 21.01.2024).

[106] United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf s.e.t. 21.01.2024).

Sözleşme'yi, 01.02.2012 itibarıyla yirmi sekiz devlet imzalamış ve on üç devlet onaylamıştır: Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), General List No. 143, 03.02.2012. (http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2012.02.03_Germany_v_Italy.pdf s.e.t. 21.01.2024), § 54.

[107] Kızılsümer Özer.

[108] Slomanson, s. 98-99.

[109] Bir devletin *jus cogens* normları ihlal etmesi, yargı bağışıklığını ortadan kaldırır; bkz. Akkutay, s. 104-106.

hiyerarşisi teorisi[110], ülkesellik ilkesi[111] ve menfaat dengesi[112] doktrinleriyle gerekçelendirmiştir[113]. Bunun aksine bazı yazarlar *jus cogens* normları ihlal eden devletlere yargı bağışıklığı tanınmasını, maddi hukuk-usul hukuku ayrımına[114] yahut ulusal hukuk-uluslararası hukuk[115] ayrımına dayanarak gerekçelendirmiştir.

Jus cogens normları ihlal eden devletlerin yargı bağışıklığı hakkında doktrinde uzun tartışmalar yaşansa da[116], uygulamada gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin gerek uluslararası mahkeme kararlarının yargı bağışıklığı tarafında yer aldığı konusunda bir tereddüt yoktur. UAD'nin ve AİHM'nin konuyla ilgili tavsiye ve kararları, anılan mahkemelerin konuya yaklaşımını ortaya koymaktadır.

A. UAD'NİN İÇTİHADİ YAKLAŞIMI

UAD, tavsiye görüşlerinde[117] medeni uluslar tarafından kabul edilen 1948 Sözleşmesi'nin temel ilkelerinin, *akdi bir yükümlülük olmasa dahi* tüm devletleri bağladığını ifade etmiş, devlet egemenliği ile insan hakları çatışmasında, ilkesel olarak insan hakları safında yer almıştır. Tavsiye görüşleri bu yönde olan UAD'nin, yargı kararları aksi yöndedir. UAD, devletlerin egemenlik tasarruflarının (*acta iure imperii*), yabancı devlet yargılamalarından bağışık olduğu yönünde kararlar vermiştir.

UAD'nin 03.02.2012 tarihli Almanya-İtalya kararı, *jus cogens* normların ihlali ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişki hakkındadır[118].

Davaya konu olayda bir grup İtalyan vatandaşı, II. Dünya Savaşı'nda Alman ordusu tarafından işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları hakkında, Almanya aleyhine İtalya mahkemelerinde dava açmış ve tazminata hak kazanmıştır[119].

---

110 *Jus cogens* normla, yargı bağışıklığı ilkesi çatıştığında, üst norm olan *jus cogens* norm uygulanır; bkz. Akkutay, s. 106-108.

111 Bir devletin ülke sınırları içindeki ölüm, yaralanma, mal varlığı zararlarına yönelik haksız fiiller hakkındaki uyuşmazlıklarda o devletin yargı organı yetkilidir; bkz. Akkutay, s. 108-111.

112 Devlet egemenliği ile insan hakları arasında denge sağlanmalı; çatışma halinde insan hakları korunarak yargı bağışıklığı ilkesi ihmal edilmelidir; bkz: Akkutay, s. 112-114.

113 Akkutay, s. 102, 104.

114 *Jus cogens* normlar maddi hukuka, yargı bağışıklığı usul hukukuna ait prensiplerdir; bkz: Akkutay, s. 116-117.

115 *Jus cogens* normlar, ulusal değil uluslararası hukukun üstün normları olarak kabul edilir; bkz. Akkutay, s. 117-119.

116 Kızılsümer Özer.

117 1951 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmeye Çekince Konması Hakkında Tavsiye Görüşü, UAD Raporları 1951, s. 23

118 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), General List No. 143, 03.02.2012, (http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2012.02.03_Germany_v_Italy.pdf s.e.t. 21.01.2024).

119 Davacılardan Luigi Ferrini, Ağustos 1944'te tutuklanarak Almanya'ya sürülmüş; II. Dünya Savaşı'nın bitimine kadar burada zorla çalıştırılmıştır. Ferrini, mezkûr

Davanın diğer ayağı, Yunanistan vatandaşlarının açtığı davalarla ilgilidir. 10.06.1944'te Yunanistan'ın Distomo Köyü'nde Nazi ordusu katliamlarında ölenlerin mirasçıları, Almanya aleyhine Yunanistan mahkemelerinde dava açmış ve tazminata hak kazanmış; ancak Yunanistan Dışişleri Bakanlığının kararıyla ilam icra edilememiştir[120]. Bunun üzerine mirasçılar, AİHS m. 6/1 ve P1-1'i ihlali iddiasıyla AİHM'ye başvurmuş; AİHM[121] yargı bağışıklığı ilkesinden hareketle başvuruyu reddetmiştir[122]. Ardından başvuranlar, Yunanistan mahkemeleri tarafından verilen kararın icrası için Alman mahkemelerinde dava açmış, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Almanya'nın yargı bağışıklığını işaret ederek davayı reddetmiştir[123]. Son olarak davacılar, Yunanistan mahkeme kararının tanıma ve tenfizi için İtalyan mahkemelerine başvurmuş, İtalyan mahkemeleri tarafından verilen tanıma ve tenfiz kararının icrası için İtalya'da bulunan Alman mülkü Villa Vigoni'ye icrai takibat başlamıştır. Almanya'nın UAD'ye başvurusu üzerine takip askıya alınmıştır[124].

Almanya'ya göre Villa Vigoni üzerine icra takibatı yapılması, Almanya'nın icra bağışıklığını ihlal etmektedir[125]. UAD, Alman ordusu eylemlerinin ilgili dönemdeki savaş hukuku normlarına aykırı olduğunu, keza Almanya'nın bunu açıkça kabul ettiğini belirtmiştir[126]. UAD'nin çözüme kavuşturacağı mesele, Alman ordusu eylemlerin hukuka uygunluğu değil; bu eylemler hakkında yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlarının Almanya'nın yargı-icra bağışıklığını ihlal edip etmediğidir[127].

Divan, yargılamaya konu tasarrufların *acta iure imperii* yahut *acta iure gestionis* nitelikte olmasına göre yargısal bağışıklık yaklaşımının değiştiğini belirtmiştir[128]. 1972 Devletin Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi m. 31'e göre, yabancı silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı devletin yargı bağışıklığı tamdır; ulusal mahkeme içtihatları da bu yöndedir[129]. Yargı bağışıklığı, BM Şartı m. 2/1'de düzenlenen devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Divan'a göre yargı bağışıklığı, bir nezaket (*comity*) kuralının ötesinde, uluslararası bir hukuk prensibidir[130]. UAD'ye göre İtalya, Almanya'nın yargı bağışıklığını

---

eylemlerin haksızlığından hareketle 23.09.1998 tarihinde Federal Alman Cumhuriyeti aleyhine İtalya Mahkemesi'nde dava açmış; İtalya Mahkemesi, Almanya'nın yargısal bağışıklığını işaret ederek davayı reddetmiştir. Uluslararası suç niteliğindeki dava konusu olaylar hakkında yargısal bağışıklığın ileri sürülemeyeceği yönündeki İtalya Yargıtayı'nın kararı doğrultusunda İtalya mahkemeleri karar vermiştir. Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 27-29.

120 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 30

121 AİHM, Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya, B. No. 59021/00, T. 12.12.2002.

122 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 31.

123 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 32.

124 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 33-35.

125 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 37.

126 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 52.

127 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 53.

128 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 59.

129 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 62-79.

130 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 53.

dikkate almadan yargılama yapmış[131] ve Almanya'nın icra bağışıklığını dikkate alınmadan ticari olmayan amaçlara özgülediği "Villa Vigoni" üzerine tedbir uygulamıştır[132].

Davanın en önemli noktası, soykırım gibi *jus cogens* nitelikte emredici hukuk kurallarına aykırı suçlar söz konusu olduğunda, yargı bağışıklığının ileri sürülemeyeceği yönündeki İtalya ve müdahil sıfatıyla Yunanistan'ın iddialarının, UAD nezdinde kabul görmemesidir[133]. Divan böylece, *jus cogens* normların ihlalinin, devletin yargı bağışıklığını etkilemeyeceği yönünde 14.02.2002 tarihinde verdiği Arrest Warrant[134] kararını tekrarlamıştır. Uluslararası toplumun, 2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağışıklığı BM Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesini sağlayacak ölçüde dahi iradesini ortaya koymamış olmasının, UAD'nin kararında etkili olduğu söylenebilir.

Anılan karardan hareketle İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde yapılacak olası bir yargılamanın, devletlerin yargı bağışıklığı engeline takılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

B. AİHM'NİN İÇTİHADİ YAKLAŞIMI

Kalogeropoulou kararında[135] AİHM, *jus cogens* bir normun ihlali hâlinde de devletlerin yargı bağışıklığına sahip olduğuna karar vermiştir. Başvuranlar, Almanya Devleti aleyhine, Yunanistan mahkemelerinde açtıkları tazminat davasını kazanmış, ancak Yunanistan Devleti, kararın icrasına izin vermemiştir. AİHM'ye göre kararın icra edilememesi, mahkemeye erişim hakkına müdahaledir, müdahalenin hukuka uygunluğu onun yasal meşru ve ölçülü olmasına[136] bağlıdır.

AİHM'ye göre, uluslararası hukukta *par in parem non habet imperium* kuralına dayanan devletlerin yargı bağışıklığı, uluslararası hukukun meşru amacı olan devletler arası iyi ilişkileri ve nezaketi korumaktadır. Ardından ölçülülük denetimi yapan AİHM, devletin yargı bağışıklığını koruyan tedbirlerin, m. 6/1'e

---

131 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 107.

132 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 120.

133 Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 92-97.

134 Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo / Belgium), General List No. 121, 14.02.2002. (http://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 21.01.2024), § 58, 78.

135 AİHM, Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya, B. No: 59021/00, T. 12.12.2002.

136 Aynı yönde bir başka AİHM kararı için bkz. AİHM [BD], Waite and Kennedy / Almanya, B. No: 26083/94, T. 18.02.1999, § 59: *"The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"*

orantısız bir müdahale getirmediği sonucuna varmıştır[137]. Başvuranlara göre, *jus cogens* kurallar, devletlerin yargı bağışıklığı prensibi de dâhil olmak üzere diğer tüm uluslararası hukuk kurallarından üstündür. AİHM ise *jus cogens* kuralların ihlali iddiasıyla, bir başka devlet mahkemesinde açılacak davaların, yargı bağışıklığına istisna tutulduğunu ortaya koyan yerleşik bir uluslararası hukuk kuralının bulunmadığını ifade etmiştir[138].

Bunun yanında AİHM, bu tespitin, uluslararası teamül hukukunda *gelecekte yaşanacak gelişmelerin bundan farklı bir noktaya evrilebilmesini engellemeyeceğini* de belirterek, başvuruyu AİHS m. 35/3-4 uyarınca açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve reddetmiştir[139]. AİHM'nin, insan hakları ve devlet egemenliği çatışmasında devlet egemenliği yanında yer aldığı fakat bulunduğu yerden memnun olmadığını örtülü bir ifadeyle belirttiği görülmektedir.

Anılan kararlardan hareketle İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda mağdur olduğu iddiası ve adil tazmin talebiyle AİHM'ye yapılacak olası bir başvurunun devletlerin yargı bağışıklığı engeline takılacağı görülmektedir.

IV. İSRAİL-GAZZE KRİZİNİN TELAFİSİ

Uluslararası statülerinden doğan yükümlülükler altında olan devletler[140], eylemleri veya ihmalleri sonucunda ortaya çıkan uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumludur[141]; aksi hâlde uluslararası hukuk alanında devletlerin egemen eşitliğinden bahsedilemez[142]. İsrail-Gazze krizinden doğan zararların nasıl telafi edileceği, konuya ilişkin kurallar ve emsal kararlardan hareketle incelenmelidir. Bu kapsamda önce İsrail-Gazze krizi hakkındaki ampirik veriler ortaya konacak, anılan verilerden hareketle devletlerin haksız fiillerinden doğan sorumluluğu değerlendirilecektir.

A. BM GÖZÜNDEN İSRAİL-GAZZE KRİZİ

BM tarafından yayınlanan "Israel-Gaza Crisis" başlığı ve "Background" alt başlığında İsrail-Gazze krizinde yaşanan şu olgulara işaret etmiştir:

"7 Ekim 2023'te Gazze'deki Filistinli silahlı gruplar İsrail'e doğru binlerce roket fırlattı ve Gazze'yi çevreleyen bariyerleri birden fazla yerden geçerek İsrail kasabalarına girdi ve İsrail güçlerini ve sivilleri öldürüp esir aldı. İsrail ordusu "savaş durumu alarmı" ilan etti ve Gazze Şeridi'ndeki konut binaları ve sağlık tesisleri de dahil olmak üzere

---

137 Aynı yönde bir başka AİHM kararı için bkz. AİHM [BD], Al-Adsani / Birleşik Krallık, B. No: 35763/97, T. 21.11.2001.

138 *"The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity."*

139 Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya.

140 Brownlie, s. 419.

141 Slomanson, s. 91.

142 Slomanson, s. 91.

hedefleri vurmaya başladı. O zamandan bu yana, Gazze'nin bazı kısımları enkaz hâline getirilirken binlerce insan öldürüldü ve bir milyondan fazla insan yerinden edildi."[143]

Birleşmiş Milletler İnsani Yardım Koordinasyon Ofisi (*The United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, OCHA*) tarafından 06.11.2023 tarihinde yayınlanan "İşgal altındaki Filistin Toprakları için Flaş Çağrı 2023" *(Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-)*[144] metninde şu hususlara işaret etmiştir:

"İsrailli yetkililer, 7 Ekim'deki saldırının İsrail'de onlarca yıldır gerçekleşen en ölümcül saldırı olduğunu doğruladı; kadınlar, çocuklar ve yaşlılar da dahil olmak üzere yaklaşık 1.200 İsrailli ve yabancı uyruklu, Filistinli silahlı grupların üyeleri tarafından İsrail'de öldürüldü. İsrail Sağlık Bakanlığı'na göre, büyük çoğunluğu 7 Ekim'de olmak üzere en az 5.400 kişi yaralandı. Basında çıkan haberlere göre aralarında kadın, 30 çocuk, yaşlı, yabancı uyruklu ve İsrail güçlerinin de bulunduğu 242 İsrailli Gazze'de rehin alındı ve esir tutuluyor.

... İsrail güçleri hava saldırılarıyla karşılık verdi ve 9 Ekim'de İsrail Hükümeti Gazze'nin su ve elektrik bağlantılarını keserek "topyekün kuşatma" emrini verdi. Gazze Sağlık Bakanlığı'na göre 8 Ekim ile 5 Kasım tarihleri arasında 3.900'ü çocuk ve 2.430'u kadın olmak üzere en az 9.488 Filistinli öldürüldü, 24.173 kişi de yaralandı[145]*. Gazze'de 1.250'si çocuk olmak üzere 2.000 kişinin kaybolduğu bildirildi. Çoğunun enkaz altında kaldığı tahmin ediliyor. ... Devam eden askeri operasyonlar sırasında İsrail'in, kuzey ve orta Gazze'yi Gazze'nin güneyindeki bölgelere tahliye etme emri, Gazze'nin tüm nüfusunun üçte ikisinden fazlasının yerinden edilmesiyle sonuçlandı. BM, Gazze'de yaklaşık yarısı kadın ve çocuk olmak üzere yaklaşık 1,5 milyon kişinin ülke içinde yerinden edildiğini tahmin ediyor. Bu yerinden edilmiş kişilerin yarısı, çoğu kapasitesinin neredeyse dört katı kapasiteye sahip olan 154 UNRWA tesisinde barınıyor. Diğerleri hastanelerde, camilerde, kiliselerde, okullarda ve kamu binalarında, geri kalanı ise ev sahibi ailelerin yanında kalıyor. ... İsrail Hükümeti insanları kuzeyden tahliye etmeleri konusunda uyarmaya devam ediyor ancak yeni gelenleri barındıracak hiçbir yer yok; hiçbir yer güvenli değil. Kuzeyde ve Gazze Şehri'nde, UNRWA artık bu bölgelerde hizmet sağlayamasa da tahmini 160.000 yerinden edilmiş kişi 57 UNRWA tesisinde barındırılıyor. İsrail'in 13 Ekim'deki ilk tahliye emrinden bu yana onların ihtiyaçları ve koşulları hakkında güncel ve doğru bilgi bulunmuyor. ... Hastaneler ve sağlık hizmetleri giderek daha fazla saldırıların hedefi hâline geldiğinden, sağlık tesisleri dolup taşıyor ve*

---

143 United Nations, Israel-Gaza Crisis: Background, (https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel s.e.t. 28.12.2023).

BM'nin resmî web sayfasında paylaşılan BM'ye bağlı örgütler tarafından atılan 'twit'lerden bazıları şöyledir: *"Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria'da öldürülen çocuk sayısı eşi benzeri görülmemiş seviyelere ulaştı."* UNICEF Orta Doğu ve Kuzey Afrika Bölge Direktörü Adele Khodr'un açıklaması: *"Number of children killed in the West Bank, including East Jerusalem, reaches unprecedented levels Statement by UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa, Adele Khodr"* 28.12.2023 tarihli twit: UNICEF MENA - يونيسف إفريقيا وشمال الأوسط الشرق: *UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa*, Adele Khodr 28.12.2023, (https://twitter.com/UNICEFmena/status/1740358092192104638 s.e.t. 29.12.2023).

144 OCHA, "Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-", 06.11.2023, (https://www.ochaopt.org/content/flash-appeal-occupied-palestinian-territory-2023 s.e.t. 28.12.2023).

145 Anılan sayılar gün geçtikçe artmaktadır.

tıbbi stoklar yetersiz kalıyor. DSÖ, sağlık hizmetlerine yönelik 102 saldırının 39 sağlık tesisine ve 31 ambulansa zarar verdiğini kayda alındı."

BM'nin anılan rapor ve verilerinde işaret edilen -makalenin hacmini fevkalade arttıracağından tamamını aktarmak mümkün değildir- ampirik çıktılar, İsrail-Gazze krizi örneğinde devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran uluslararası insancıl hukuk kurallarına aykırılığa işaret etmektedir; ihlalden kaynaklanan zararın telafisi gerekir.

B. İSRAİL-GAZZE KRİZİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TELAFİSİ

Devletlerin hukuki sorumluluğunu doğuran üç temel unsur vardır: (1) Bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlali, (2) devlete yüklenebilen bir eylem veya ihmal, (3) ihlalden doğan kayıp veya zarar[146]. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları henüz oluşum aşamasındadır[147]. Uluslararası Hukuk Komisyonu, üzerinde görüş birliği sağlanan uluslararası örf âdet kurallarını kodifiye ederek 1996 tarihinde Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu taslak maddelerini hazırlamış; anılan düzenlemeler, henüz devletleri bağlayıcı bir sözleşme niteliğine kavuşmamıştır.

Devletlerin haksız fiillerinden[148] kaynaklanan zararlar; eski hâle getirme, tazminat[149] ve manevi tatmin yollarıyla telafi edilmektedir[150]: (1) Eski hâle getirme, haksız fiilden önceki duruma getirme/zararın aynen tazmini yoluyla sağlanır. (2) Tazminat, eski hâle getirmek mümkün değilse maddi veya manevi zararın nakden ödenmesi yoluyla sağlanır. (3) Manevi tatmin, sorumlu devletin resmen özür dilemesi, sembolik bir ödeme yapması, benzer olayların yaşanmaması için gereken önlemleri almayı taahhüt etmesi veya uluslararası komisyon, hakem, mahkemenin hukuka aykırılığa dair karar vermesi yoluyla sağlanır[151]. Devletin sorumluluğuna ve/veya zararın telafisine, UAD tarafından yapılacak yargılama sonucunda karar verilebilir[152].

---

146 Attila Tanzi, "Is Damage a Distinct Condition for The Existence of an Internationally Wrongful Act?", Ed. Maria Spinedi / Bruno Simma, *United Nations Codification of State Responsibility,* Oceana Publications Inc., New York, 1987, s. 1-33.

Anılan üç unsur, yargı ve hakem kararlarıyla ortaya konmuştur. 1928 tarihli Uluslararası Daimî Adalet Divanı kararlarında da anılan unsurların izlerine rastlanmaktadır. Slomanson, s. 91.

147 İlyas Doğan, Devletler Hukuku ve Hukuka Aykırılıktan Sorumluluk", Ed. İlyas Doğan, Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 223.

148 Bir devletin, uluslararası yükümlülükleri ihlal eden uluslararası haksız fiillerinden, bir kısmı *uluslararası suç*u oluşturur; uluslararası suç teşkil etmeyen bir uluslararası haksız fiil, *uluslararası kusurlu eylem* kabul edilir. AZARKAN, Ezeli, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 12.

149 Brownlie, s. 421.

150 Yusuf Aksar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 157-162. Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 298-301. Uzun, s. 132.

151 Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 298-301. Uzun, s. 132.

152 Brownlie, s. 419.

Devletler, herhangi bir devletler hukuku kuralı tartışmasına girmeksizin, kendiliğinden de zararı telafi etme yoluna gidebilir[153]. Devletlerin, ilgili suçları tanıması hâlinde, sorumluluk kapsamında özür ve tazminat meseleleri gündeme gelecektir. II. Dünya Savaşı sonrasında Rusya Federasyonu, SSCB totaliter komünist rejimi mağdurlarına; ABD, tehcir mağduru Japonlara ve Afrika asıllı Amerikalılara; Avustralya, asimilasyon mağduru Aborjinlere; Almanya, Nazi eylemleri mağduru Yahudilere özürlerini sunmuş ve/veya tazminat ödemiştir[154].

UAD'nin soykırım kararından üç yıl sonra, Sırbistan Cumhuriyeti Ulusal Meclisi, 31.03.2010 tarihinde aldığı kararla[155] özür deklarasyonunda bulunmuştur. Kararda, Srebrenitsa'daki Boşnak nüfusa karşı işlenen suçlar kınanmış, mağdur ailelerine baş sağlığı ve özür dilenmiştir[156].

İsrail-Gazze çatışmalarından hareketle tazminata hükmedebilecek olan tek tabii yargı organı olan UAD'nin, Srebrenitsa'da Boşnak Müslümanlara yapılan soykırım için talep edilen tazminat hakkında verdiği karar dikkat çekicidir. Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, Srebrenitsa'da soykırım yapıldığına ve Sırbistan Karadağ'ın bu suçu engelleme ve suçluları cezalandırma konusundaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiş, fakat maddi tazminatın *(financial compensation)* uygun bir telafi olmayacağına, *soykırımın varlığı ve davalının soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal ettiği yönünde verdiği kararla, başvuranın tatmin (satisfaction) talebinin karşılandığına* karar vermiştir[157].

Srebrenitsa soykırımında yakınlarını kaybedenler ve soykırımında hayatta kalan kişiler, 04.06.2007 tarihinde, Hollanda Mahkemeleri'nde Hollanda ve BM aleyhine tazminat talebiyle[158] dava açmış[159] bir sonuç alamayarak AİHM'ye başvurmuştur. Başvuranlar, BM'ye tanınan yargı bağışıklığının ve Hollanda mahkemeleri tarafından verilen kararların, AİHS m. 6 ile korunan mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir[160]. AİHM, başvuruyu esasa girmeden kabul edilemez bulmuştur[161]. Özetle, Srebrenitsa'da Boşnak Müslümanlara yapılan soykırım UAD tarafından kabul edilmiş ve fakat ne UAD ne AİHM ne de ulusal devlet mahkemeleri soykırım mağdurları lehine maddi veya manevi bir tazminata hükmetmiştir. Anılan kararlardan hareketle, İsrail-Gazze krizi sonucunda mağdurların uğradıkları maddi ve manevi zararların adil tazminine karar verecek mahkemelerin, emsal karar karnesinin güçlü olmadığı görülmektedir.

---

153 Doğan, s. 256.

154 Michael J Sandel, Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 2. Baskı, BigBang Yayınları, Ankara, 2013, s. 243-246.

155 National Assembly of The Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, Belgrade, 31.03.2010, (http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/eng/pdf/2010/deklaracija%20o%20srebrenici%20ENG.pdf s.e.t. 20.01.2024).

156 National Assembly of The Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, § 1.

157 UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 462, 463.

158 AİHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, B. No. 65542/12, T. 11.06.2013, § 85.

159 AİHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 54.

160 AİHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 112.

161 AİHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 169-170.

SONUÇ

İsrail-Gazze krizinin boyutları, devletlerin dış egemenliklerini sınırlayacak, yozlaşma eğilimini[162] engelleyecek, küresel adaleti sağlayacak güçlü ve etkili bir uluslararası kamu hukuku düzenine duyulan ihtiyacı bir kez daha ortaya koymuştur. Bertrand Russell'ın *"Devletlerin yasalara uymayan zor kullanımlarına engel olmak için uluslararası polis gücü gerekecektir."*[163] tespiti üzerinden geçen bir asır sonunda günümüzde anılan kolluk işlevini *de jure* BM Güvenlik Konseyi yerine getirmekte[164]; fakat 1990'lı yıllardan bugüne kitlesel kıyımların yaşandığı kriz bölgelerine müdahalede -siyasi mülahazalarla- sessiz yahut geç kalan[165] BM Güvenlik Konseyi'nin denetimsiz ve öngörülemez takdir alanı[166] Konsey'in meşruiyetini zayıflatmaktadır.

BM'nin yürütme organı olan BM Güvenlik Konseyi'nin siyasi kararlar almasında yadırganacak bir şey yoktur. BM organizasyonunda, "uluslararası hukuki güvenliği" sağlamaya yönelik *hukuk devleti* mekanizmaları kurulmamış, BM Antlaşması normlarını uygulamayan yahut öngörülemez ölçüde esnek yorumlayan Güvenlik Konseyi üyelerinin idari, siyasi, hukuki, cezai sorumluluğunu tetikleyen *kanun devleti* mekanizmaları düzenlenmemiştir. BM organizasyonu içinde *polis devletinin* denetimsiz keyfiliğinin iz düşümlerine rastlanır. II. Dünya Savaşı'nda yapılan soykırımların "kamu düzeni" yaklaşımı ile günümüzde yapılan soykırımların "uluslararası kamu düzeni" yaklaşımı arasında benzerlikler vardır; birincisinde ulusal hukuk düzeninde kamu gücü kullanan

---

162 *Aktan*'ın ifadesiyle, *"Hukuk kurallarının olmadığı yerde keyfiyet, baskı ve zulüm vardır. Devletin gücünün hukuk kuralları ile sınırlandırılmadığı yerde zorbalık vardır."* Coşkun Can Aktan, "Hukuk Devleti Üzerine…", 2000, (http://www.canaktan.org/can-aktan-yasam-felsefesi/canaktan_personal/aktan-seyyah/hayat_hakikat/hukuk_devlet.html s.e.t. 19.01.2024).

163 Bertrand Russell, Siyasal İdealler, Çev. Mehmet Harmancı, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1996, s.113.

164 Hande Seher Demir, "Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell'ın 'Dünya Federal Devletleri' Düşüncesi", C. 12, S. 2, 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 501-519.

Uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak amacıyla BM Güvenlik Konseyi'ne "içişlerine müdahale" ve dahası "silah kullanma" yetkisi verilmektedir. Anılan yetkiler oy çokluğuyla kullanılır. Güvenlik Konseyi'nin beş daimî üyesi olan Çin, ABD, Fransa, Rusya, İngiltere veto yetkisine sahiptir. Belirli konularda on beş üyenin dokuzunun olumlu oyuyla karar alan Güvenlik Konseyi, beş daimî üyeden herhangi birinin olumsuz oy vermesi halinde -diğer on dört üye olumlu oy verse dahi- karar alamaz. Anılan karar alma yöntemi, genelde hukuk mantığı ve özelde "egemen eşitlik" "eşit oy" ilkeleriyle çelişir. Denk, s. 76, 186.

Anılan yetkiler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası şiddet tekeliyle donatıldığını gösterir. BM Güvenlik Konseyi'nin sahip olduğu "uluslararası şiddet tekeli" istisnası dışında uluslararası örgütlerin cebri icra yetkisi yoktur; keza AİHM, UAD gibi uluslararası mahkemelerin verdiği kararları zorla icra etme yetkisi *-adli kolluk sistemi-* bulunmaz. Clifford James Carrubba / Matthew Joseph Gabel, "Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law", C. 14, S. 2, 2013, Theoretical Inquiries in Law, s. 505-542.

165 Örnekler için bkz. Berdal Aral, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara, 2013, s. 18-19.

166 Kurucu Antlaşma'da Konsey'e uluslararası kriz durumlarında geniş takdir yetkisi verilmiştir, Konsey'i benzer durumda benzer tedbirler almaya zorlayacak emredici bir düzenleme yoktur.

kişilerin zihnindeki kamusal yarara yönelik karar ve uygulamaların keyfîliği denetimsiz iken, ikincisinde uluslararası hukuk düzeninde uluslararası kamu gücünü kullanan kişilerin karar ve uygulamalarının keyfîliği etkili ve tutarlı bir denetimden yoksundur. Zira uluslararası hukuk sistemine, ulusal hukuk sistemlerinden farklı olarak dikey değil yatay ilişki prensibi[167] hakimdir. Keza devletlerin denetimsiz ve keyfî siyasal iradelerinin tecellisiyle çalıştırılabilecek mekanizmalar sebebiyle uluslararası hukuk "mümkünler hukuku"[168] mahiyetindedir. Uluslararası hukukta bu mekanizmalar normatif ve potansiyel olarak uygulanmayı bekler bir biçimde mevcuttur, *"sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde"* çalıştırılması halinde uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkündür; bu sebeple uluslararası hukuk muhakkak değil fakat muhtemel bir hukuktur.[169]

BM Güvenlik Konseyi'nin mümkünler hukukuna siyasi yaklaşımı, hukuk biliminden ziyade uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi ve sair sosyal bilim dallarının inceleme konusudur. Bu makale, normatif ve içtihadî kurallara ve bu kurallardan hareketle hukukî uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak uluslararası ve ulusal mahkemelerin yetki alanına odaklanmıştır.

İsrail-Gazze krizi kapsamındaki eylemlerin, soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suçların maddi ve manevi unsurlarını taşıyıp taşımadığının incelenmesi yargısal bir inceleme, soruşturma, kovuşturma gerektirir. Eylemlerin sebep ve amacı sorgulanırken, hükûmet edenlerin, idare edenlerin ve halkın eylemlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar farklı olacaktır. Kamu gücü kullanmayan ve/veya kamu gücü tarafından desteklenmeyen kişilerin eylemleri bireysel cezai ve hukuki sorumluluk doğururken, idare edenlerin ve hükûmet edenlerin eylemleri bireysel idari, siyasi, cezai ve hukuki sorumluğun yanında *devletin* soykırım, savaş, insanlığa karşı suçtan hukuki sorumluluğunu doğurur. Anılan suçlarla ilgili uluslararası yargısal kararlar, gerçek kişilerin bireysel cezai sorumluluğu hakkında UCM tarafından; devletlerin hukuki sorumluluğu hakkında UAD tarafından verilir.

Anılan suçlara dair bireysel cezai sorumluluk hakkında yargılama yapma yetkisi Roma Statüsü uyarınca UCM'dedir[170]. Filistin, 02.01.2015 tarihinde Roma

---

167 *"Her devlet egemen ve süje olarak eşittir. Bu yatay bir hukuktur. O yüzden uluslararası hukuka "Ama uygulanmıyor ki" şerhinden kurtularak bakılmalıdır."* Hakkı Hakan Erkiner, "Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi", S. 13, 2023, TESAM Strateji, s. 20.

168 Hakkı Hakan Erkiner, "Filistin Topraklarında İsrail'in Fiillerinin Uluslararası Yargıya Yansıması ve Güncel Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Konuşma Dökümü, 6 Mart 2024, (https://www.academia.edu/116806835/Hakk%C4%B1_Hakan_Erkiner_Konu%C5%9Fma_D%C3%B6k%C3%BCm%C3%BC_Filistin_Topraklar%C4%B1nda_%C4%B0srailin_Fiillerin in_Uluslararas%C4%B1_Yarg%C4%B1ya_Yans%C4%B1mas%C4%B1_Ve_G%C3%BCncel_Sonu%C3%A7lar%C4%B1_%C4%B0stanbul_%C3%9Cniversitesi_Hukuk_Fak%C3%BCltesi_Ceza_Hukuku_Ve_Kriminoloji_Ara%C5%9Ft%C4%B1rma_Ve_Uygulama_Merkezi_6_Mart_2024, s.e.t. 01.07.2024), s. 4-5.

169 Hakkı Hakan Erkiner, "'Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku' ile 'Uluslararası Sorumluluk Hukuku' Arasındaki İlişki", C. 14, S. 2, 2024, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1349-50, 1366-67, 1380-81.

170 Roma Statüsü'ne göre UCM şu suçlar hakkında yargılama yapar: (1) Sivil yerleşim yerlerini, hastaneleri bombalamak; sivil halkı rehin almak, göçe zorlamak; sivil halkın yaşamlarını sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu elektrik, su, yakıt, gıda ve sair ihtiyaç malzemelerine ulaşmasını engellemek savaş suçu oluşturur; (2) Sivil halka karşı

Statüsü'ne katılarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmiş; 02.04.2014 tarihinde ise Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. İsrail 09.03.1950 tarihinde Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir; fakat Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. Uluslararası sözleşmeler, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarını bağlar ve sözleşmenin ilgili taraf için yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bağlayıcıdır. *Jus cogens* nitelikte uluslararası hukukta kabul gören "istisnalar" UCM'nin yargı yetkisini genişletmektedir. Diğer yandan, hiçbir devlet/vatandaşı, rızası dışında Mahkeme'nin yargı gücüne tabi olamaz. İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. İsrail, Roma Statüsü'nü onaylamış olsaydı dahi, UCM'nin yargı yetkisinin tamamlayıcı olduğunun, bir başka ifadeyle yargı yetkisinin birincil olarak İsrail Devleti'nin ulusal mahkemelerinde olduğunun altı çizilmelidir.

Ceza mahkemelerinin temel işlevi, suçların kovuşturması ve cezai sorumluluğun saptanması iken; hukuk mahkemelerinin temel işlevi, haksız fiilden kaynaklanan hukuki/tazminat/telafi sorumluluğunun saptanmasıdır. Günümüzde, ilgili suçlarla bağlantılı olarak bir devletin sorumluluğunu tespit etmekle görevli tek tabii mahkeme UAD[171]'dir. UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında soykırıma hükmedebilmek için özel kastın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde ispatlanması gerektiğini belirtmiştir[172]. Keza AİHM de soykırımın öneminin, mahkûmiyet kararı için aranan sıkı şartlarda kendini göstereceği görüşündedir[173]. UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası *dolus specialis/specific intent*in varlığının ampirik verilerle ispatı olacaktır.

Uluslararası mahkemeler bir yana bırakılırsa, ulusal mahkemelerin soykırım ve adil tazmin/telafi kararı vermesi mümkün müdür? Bir devletin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin mahkemelerinin karar verme, sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi - devletlerin yargı bağışıklığı kuralı gereğince- yoktur. Devletin, *acta iure imperii* nitelikteki karar ve uygulamalarıyla, *jus cogens* normları ihlal etmesi hâlinde, yargısal bağışıklık prensibinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda doktrinde uzun tartışmalar yaşansa da gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin gerek uluslararası mahkemelerin, UAD ve AİHM içtihatlarının yargısal bağışıklık ilkesi

---

eylemlerin yaygın ve sistematik bir hâl alması hâlinde, bu eylemler aynı zamanda insanlığa karşı suç oluşturur; (3) Sivil halka karşı eylemlerin özel amacı; ulusal, etnik, ırksal veya dinî bir grubun maddi varlığını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak ise, bu eylemler soykırım suçunu oluşturur. Bir tarafın savaşı başlatarak sivillerin ölümüne yol açması, diğer tarafın buna karşılık vermesi uluslararası ceza hukukunda sorumluluğu kaldırmaz.

171 UAD, bugüne kadar iki kez Soykırım Sözleşmesi kapsamında çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmuştur. Bunlar, Bosna Hersek-Sırbistan Karadağ ve Hırvatistan – Sırbistan başvurularıdır.

172 Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf s.e.t. 01.01.2024), § 293: *"293. ... Mahkûmiyet cezası verilmeden önce uyulması/yerine getirilmesi gereken sıkı şartlar, soykırımın önemi yansıtır. Bu şartlar – grubun bütününü ya da önemli bir kısmını yok etmenin hedeflendiğini gösteren özel kasta yönelik delil – bu suçtan kolayca mahkûmiyet cezalarının verilmesi tehlikesine karşı koruyucu niteliktedir. Bununla beraber bu şartların karşılanması hâlinde, işlenen suçun kendine özgü adının konmasından çekinilmemelidir."*

173 AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, B. No: 35343/05, T. 20.10.2015, § 185.

safında yer aldıkları konusunda bir tereddüt yoktur. İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde ve/veya AİHM nezdinde yapılacak olası bir yargılamanın, devletlerin yargı bağışıklığı engeline takılacağı açıktır.

Adil tazmin konusunda uluslararası toplumun karnesinin güçlü olduğunu söylemek zordur. İsrail-Gazze çatışmalarında zarar gören sivil halkın uğradığı zararın tazmin edilmesine karar verebilecek tek tabii yargı organı olan UAD'nın emsal kararları dikkat çekicidir. Hukuki düzeyde kabul edilmiş ilk ve tek soykırım olan Srebrenitsa soykırımında sağ kalanların ve ölen yakınlarının adil tazmin talepleri hakkındaki UAD kararı, keza ilgili ulusal mahkeme ve AİHM kararları birlikte tahlil edildiğinde, soykırım mağdurları lehine maddi veya manevi tazminat sonucuna ulaşamamış olan uluslararası hukukun bu konudaki etkisizliği görülür.

Uluslararası hukukun pek çok alanında, devlet egemenliği ile insan hakları prensiplerinin çatıştığı, *jus cogens* kurallar üzerinde güçlü bir uzlaşı sağlanamadığı, devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan tutumlarının, insan haklarının gelişimini yavaşlattığı ve zayıflattığı söylenebilir. Tüm bu tespitler bağlamında İsrail-Gazze krizi, uluslararası kamu hukuku için bir sınav; devlet egemenliğinin sınırlanması idealinin uluslararası hukuktaki izdüşümleri hakkında realist teorinin ileri sürdüğü "ütopya" eleştirisini zayıflatmak için bir fırsattır. Uluslararası insancıl hukukun korunmasına yönelik zayıf bir karneye sahip olan uluslararası toplumun vicdanını temsilen yargılama yapacak olan ulusal/uluslararası mahkemeler; "ideal" bir teknikle kaleme alınan normatif düzenlemeleri yorumlayarak, İsrail-Gazze krizi hakkında bir karara varacak; bu kararlar ya devlet otoritesini koruyacak yahut *jus cogens* nitelikteki kurallar için yeni ve güçlü bir milat doğuracaktır.

Soykırım yasağının *jus cogens* niteliğinden hareketle UAD'nin yahut UCM'nin esas hakkında yapacağı yargılama, uluslararası insancıl hukukun korunması özelinde uluslararası hukuk sistemini yataydan dikey bir düzleme taşıyacaktır. Fakat bu halde dahi anılan yargı organlarının kararlarını cebren uygulayacak bir polis gücü yoktur[174]. "Uluslararası hukuki güvenliği" sağlayacak güçlü, etkili, tutarlı bir uluslararası kamu hukuku düzeni, küresel adaletin ve barışın sağlanması için olmazsa olmaz nitelikte bir *ideal*dir.

[174] Ukrayna'nın Rusya'ya karşı 2022 yılında açtığı soykırım davasında UAD Rusya'nın işgali durdurmasına keza UCM Putin'in yakalamasına karar vermiş, ancak anılan kararlar icra edilememiştir.

KAYNAKÇA

Akkutay B L, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı", S. 113, 2014, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 99-125.

Aksar Y, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Aksar Y, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Aktan C C, "Hukuk Devleti Üzerine...", 2000, (http://www.canaktan.org/can-aktan-yasam-felsefesi/canaktan_personal/aktan-seyyah/hayat_hakikat/hukuk_devlet.html, s.e.t. 19.01.2024).

Aral B, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara, 2013.

Azarkan E, Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Başak C, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Brownlie I, Principles of Public International Law, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2003.

Carrubba C J / Gabel M J, "Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law", C. 14, S. 2, 2013, Theoretical Inquiries in Law, ss. 505-542.

Cooper R, The Postmodern State and The World Order, Demos and the Foreign Policy Centre, London, 2000.

Cooper R, The Breaking of Nations: Order and Chaos in the Twenty-First Century, Atlantic Books, London, 2003.

Counsil of Europe, European Convention on State Immunity, European Treaty Series-No. 74, Basle, 16.05.1972, (https://rm.coe.int/16800730b1 s.e.t. 21.01.2024).

Değer O, "Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek / Sırbistan-Karadağ Kararı", C. 6, S. 22, 2009, Uluslararası İlişkiler, ss. 61-95.

Delmas-Marty M / Fouchard I / Fronza E / Neyret L, İnsanlığa Karşı Suç, Çev. Berna Ekal, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.

Demir HS, "Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell'ın 'Dünya Federal Devletleri' Düşüncesi", C. 12, S. 2, 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 501-519.

Denk E, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, 2. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2019.

Doğan İ, "Devletler Hukuku ve Hukuka Aykırılıktan Sorumluluk", Ed. İlyas Doğan, Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana Yayınları, Ankara, 2016, ss. 233-264.

Erdem M, "İnsancıl Hukukta Martens Kaydı", C. 6, S. 2, 2015, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 211-286.

Erkiner H H, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Erkiner H H, "Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi", S. 13, 2023, TESAM Strateji, ss. 18-24.

Erkiner H H, "Filistin Topraklarında İsrail'in Fiillerinin Uluslararası Yargıya Yansıması ve Güncel Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Konuşma Dökümü, 6 Mart 2024, (https://www.academia.edu/116806835/Hakk%C4%B1_Hakan_Erkiner_Konu%C5%9Fma_D%C3%B6k%C3%BCm%C3%BC_Filistin_Topraklar%C4%B1nda_%C4%B0srailin_Fiillerinin_Uluslararas%C4%B1_Yarg%C4%B1ya_Yans%C4%B1mas%C4%B1_Ve_G%C3%BCncel_Sonu%C3%A7lar%C4%B1_%C4%B0stanbul_%C3%9Cniversitesi_Hukuk_Fak%C3%BCltesi_Ceza_Hukuku_Ve_Kriminoloji_Ara%C5%9Ft%C4%B1rma_Ve_Uygulama_Merkezi_6_Mart_2024, s.e.t. 01.07.2024)

Erkiner H H, "'Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku' ile 'Uluslararası Sorumluluk Hukuku' Arasındaki İlişki", C. 14, S. 2, 2024, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1349-1384.

Gözen R, Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

Güller N / Zafer H, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Gustav-Stresemann-Institut European Academy, Bonn, 2006.

Gündüz A, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.

Gündüz A, Milletlerarası Hukuk, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Karakehya H, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", C. 57, S. 2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 133-163.

Kızılsümer Özer D, "Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya-İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri", C. 5, S. 2, 2015, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 195-216.

Köprülü T, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Nabulsi K, Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law, Oxford University Press, New York, 2007.

National Assembly of the Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, Belgrade, 31.03.2010, (http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/eng/pdf/2010/deklaracija%20o%20srebrenici%20ENG.pdf s.e.t. 20.01.2024).

OCHA, "Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-", 06.11.2023, (https://www.ochaopt.org/content/flash-appeal-occupied-palestinian-territory-2023 s.e.t. 28.12.2023).

Önok R M, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar", S. 5, 2005, Hukuk ve Adalet Dergisi, ss. 176-219.

Özarslan B B, "Uluslararası Hukuk Açısından Sevk ve İskân Kanunu Uygulaması", II. Uluslararası Türk-Ermeni İlişkileri ve Büyük Güçler Sempozyumu, Cilt II, 2015, ss. 1263-1280.

Özman M A, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", C. 21, S. 1, 1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 53-121.

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Pellet A, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", C. 10, S. 2, 1999, European Journal of International Law, ss. 425-434.

Pirim C Z, "Rusya'nın Ukrayna Müdahalesi Işığında Uluslararası Haksız Fiil Kaynaklı Devlet Sorumluluğu ve Karşı Önlemler", Ed. Rıfat Murat Önok, Uluslararası Hukuk Kuralları Işığında Rusya-Ukrayna Krizi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi & KÜREMER (Koç Üniversitesi Küresel Kamu Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2022, ss. 20-33.

Russell B, Siyasal İdealler, Çev. Mehmet Harmancı, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1996.

Sandel M J, Adalet, Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 2. Baskı, BigBang Yayınları, Ankara, 2013.

Shaw M N, International Law, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008.

Slomanson W R, Fundamental Perspectives on International Law, 5. Baskı, Thomson Wadsworth, California, 2007.

Tanzi A, "Is Damage a Distinct Condition for The Existence of an Internationally Wrongful Act?", Ed. Maria Spinedi / Bruno Simma, *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana Publications Inc., New York, 1987, ss. 1-33.

Tezcan D / Erdem MR / Önok RM, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

The ICRH's (International Committee of the Red Cross), Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, The ICRC's International Humanitarian Law Databases, (https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/genocide-conv-1948/state-parties?activeTab=undefined s.e.t. 05.01.2024).

The International Court of Justice, States not parties to the Statute to which the Court may be open, (https://www.icj-cij.org/states-not-parties s.e.t. 05.01.2023).

The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf s.e.t. 28.12.2023).

The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (https://www.icc-cpi.int/palestine s.e.t. 29.12.2023).

Toluner S, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

Töner Şen S, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Unicef Mena - إفريقيا وشمال الأوسط الشرق يونيسف, UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa, Adele Khodr 28.12.2023, (https://twitter.com/UNICEFmena/status/1740358092192104638 s.e.t. 29.12.2023).

United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, 2008,

(http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf s.e.t. 25.12.2023).

United Nations, International Military Tribunal for the Far East, (http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf s.e.t. 20.01.2024).

United Nations, Israel-Gaza Crisis, (https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, Israel-Gaza Crisis: Background, (https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf s.e.t. 21.01.2024).

United Nations, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor / Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 09.09.1998, (http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf s.e.t. 01.08.2023).

United Nations General Assembly International Law Commission, The Charter and Judgment of The Nurnberg Tribunal History and Analysis (Memorandum Submitted by the Secretary-General), New York, 1949, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf s.e.t. 20.01.2024).

Uzun E, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Ünal Ş, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2011.

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNDEN KAYNAKLI İNSAN HAKLARI İHLALLERİ NEDENİYLE DEVLETİN YARGILAMA YETKİSİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI ORGANLARINCA VERİLEN KARARLARIN ANALİZİ

Analysis of Decisions of International Human Rights Bodies on the Jurisdiction of the State for Human Rights Violations Arising From Climate Change

Dr. Hacı Ali AÇIKGÜL*

Öz: İklim değişikliği küresel bir olgu olup tüm dünyamızı, insan ve canlı yaşamı ile hayat kalitemizi ciddi bir şekilde etkilemektedir. Uluslararası toplum iklim değişikliğinin azaltılması ve iklim değişikliği ile mücadele bağlamında çeşitli sözleşmeler yapmış ve bu kapsamda çok sayıda çalışma yürütülmektedir. Bunun yanı sıra son yıllarda uluslararası insan hakları sözleşmelerinin denetim organı olan bazı mahkeme ya da komitelere taraf devletlerin iklim değişikliğine sebep olan sera gazı emisyonunun azaltılmasına yönelik alınması gereken tedbirleri almadığı ya da ihmal ettiği gerekçesiyle sınırları dışındaki kişilerin insan hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği yönünde başvurular yapılmıştır. Söz konusu başvurularda dünyadaki tüm devletlerin katkısının bir sonucu olan ve küresel bir olgu olan iklim değişikliğinin insan haklarına etkisi bağlamında belli bir sözleşmeye taraf olan devletin sınıraşan yargı yetkisi olup olmadığı öncelikle çözümlenmesi gereken bir kabul edilebilirlik sorunu olarak gündeme gelmiştir. Bu kapsamda Amerikalılararası İnsan hakları Mahkemesi bir istişari görüş, BM Çocuk Hakları Komitesi bireysel bildirimler kapsamında çeşitli görüşler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bireysel başvurular kapsamında çeşitli kararlar vermiştir. Çalışmamızda söz konusu görüş ve kararlar uluslararası kamu hukuku ilkeleri de dikkate alınmak suretiyle devletin sınıraşan yargı yetkisi bağlamında analiz edilmiştir.
Anahtar Kelimeler: İklim değişikliği, sera gazı emisyonu, yargı yetkisi, ülkesellik ilkesi, etki doktrini.

Abstract: Climate change is a global phenomenon and seriously affects our whole world, human life and life on earth and it's quality. The international community has made various agreements and works and efforts have been carried out in the context of mitigating climate change and combating climate change. In addition, in recent years, applications have been made to some courts or committees, which are the monitoring bodies of international human rights conventions, on the grounds that the state parties have violated their obligations under the protection of human rights and freedoms of persons outside their borders on the grounds that they have not taken or neglected the measures to be taken to reduce greenhouse gas emissions that cause climate change. In the context of the impact of climate change, which is a global phenomenon and the result of the contribution of all states in the world, on human rights, the question of whether a state party to a particular convention has extraterritorial jurisdiction has come to the fore as a question of admissibility that must be resolved first. In this context, the Inter-American Court of Human Rights issued an advisory opinion, the UN Committee on the Rights of the Child issued various opinions within the scope of individual communications and the European Court of Human Rights issued some decisions and a judgment within the scope of individual applications. In this study, these opinions and rulings are analyzed in the context of the state's ektraterritorial jurisdiction, taking into account the principles of public international law.
Keywords: Climate change, greenhouse gas emissions, jurisdiction, territoriality principle, effect doctrine.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri, hacikgul@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-5634-1416
DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676712
Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 20.03.2025

GİRİŞ

İklim değişikliği, sıcaklık ve hava hareketlerindeki uzun vadeli değişimleri ifade eder. Bu tür değişimler, insanlık tarihi boyunca güneşin aktivitesindeki değişiklikler veya büyük volkanik patlamalar sonucu doğal nedenlerle meydana gelmiştir. 1800'lerden itibaren ise insan faaliyetleri, özellikle kömür, petrol ve gaz gibi fosil yakıtların yoğun bir şekilde yakılması dünyanın etrafını saran bir battaniye gibi hareket ederek güneşin ısısını hapseden ve sıcaklıkları yükselten sera gazı emisyonları üretmekte ve iklim değişikliğinin temel sebebi olmaktadır.[1]

İklim bilimciler son 200 yıldaki küresel ısınmanın neredeyse tamamından insanların sorumlu olduğunu, insan faaliyetlerinin dünyayı son iki bin yılda hiç olmadığı kadar hızlı ısıtan sera gazlarına neden olduğunu,[2] karbondioksitin (CO2) diğer sera gazları ve hava kirleticilerine nazaran iklim değişikliğinin ana itici gücü olduğuna dair kanıtların açık olduğunu belirtmektedirler.[3] Günümüzde dünya yüzeyinin ortalama sıcaklığı sanayi devriminden önceki zaman dilimi olan 1800'lerin sonlarına göre yaklaşık 1,2°C daha yüksek ve son 100.000 yıldaki herhangi bir zamandan da daha sıcaktır.[4]

İklim değişikliği deyince akla öncelikle yüksek sıcaklıklar gelse de iklim değişikliğinin sonuçları arasında yoğun kuraklıklar, su kıtlığı, şiddetli yangınlar, yükselen deniz seviyeleri, sel baskınları, kutuplardaki buzların erimesi, yıkıcı fırtınalar ve biyolojik çeşitliliğin azalması gibi insan ve canlı yaşamını etkileyen faktörler yer almaktadır. İklim değişikliği insan sağlığını, gıda tedarikini, barınma, güvenlik ve iş hayatı gibi yaşamımızın her alanını etkilemektedir.[5]

Birleşmiş Milletler (BM) raporlarında bilim insanları ve hükümet temsilcileri küresel sıcaklık artışının 1,5°C'den fazla olmayacak şekilde sınırlandırılmasının, en kötü iklim etkilerinden kaçınmamıza ve yaşanabilir bir iklimi sürdürmemize yardımcı olacağı konusunda hemfikir olmasına rağmen, mevcut politikalar devam ettiği takdirde yüzyılın sonuna kadar 3,1°C ısınmaya ulaşılacağı tahmin edilmektedir. İklim değişikliğine neden olan emisyonlar dünyanın her yerinden kaynaklanmakta ve her yerini etkilemektedir. 2023 bulgularına göre iklim değişikliğine neden olan küresel sera gazı emisyonlarının %63'ü Çin, Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan, Avrupa Birliği, Rusya

---

1 UN Environment Programme, https://www.unep.org/interactive/sectoral-solution-climate-change/ Erişim 25 Ocak 2025.

2 Intergovernmental Panel on Climate Change, Climate Change 2021: Summary for All, 3 - 12 December 2022, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/outreach/IPCC_AR6_WGI_SummaryForAll.pdf Erişim 25 Ocak 2025, s.7.

3 IPCC Working Group I Report, *Climate Change 2021: the Physical Science Basis*, https://www.ipcc.ch/2021/08/09/ar6-wg1-20210809-pr/ Erişim 26 Ocak 2025.

4 Climate change indicators reached record levels in 2023: WMO, https://wmo.int/news/media-centre/climate-change-indicators-reached-record-levels-2023-wmo, Erişim 26 Ocak 2025.

5 IPCC Sixth Assessment Report, 2022/08/PR, 28 February 2022, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/resources/press/press-release/ Erişim 26 Ocak 2025.

Federasyonu ve Brezilya kaynaklı iken, sadece %3'ü en az gelişmiş 47 ülkeden kaynaklanmaktadır.[6]

İklim değişikliği ile mücadele ve etkilerinin azaltılmasında başta soruna daha çok sebep olan devlet ve kişiler olmak üzere herkesin sorumlulukları vardır. Günümüzde BM başta olmak üzere iklim eylemi uluslararası kuruluşlar ve devletlerin öncelikli politika alanlarından birisi haline gelmiştir.[7]

BM tarafından geliştirilen Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri,[8] BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (UNFCCC),[9] Kyoto Protokolü[10] ve Paris Anlaşması[11] gibi uluslararası belgeler sürece rehberlik eden küresel çerçeve ve sözleşmelerdir. Söz konusu belgelerde öngörülen temel üç kapsamlı eylem kategorisi genel olarak emisyonların azaltması, iklim etkilerine uyum sağlanması ve gerekli ayarlamaların finanse edilmesi şeklinde tasnif edilebilir. Bu kapsamda tüm devletler için çeşitli sorumluluklar belirlenmiş ve giderek artan sayıda devlet 2050 yılına kadar net sıfır emisyon taahhüdünde bulunurken, ısınmayı 1,5°C'nin altında tutmak için emisyonların 2030 yılına kadar yarı yarıya azaltılmasına yönelik çalışmalar da yürütülmektedir.[12] Bununla birlikte küresel sera gazı emisyonunun %11'inden tek başına sorumlu olan Amerika Birleşik Devletleri Paris Anlaşması'ndan çekilmiştir.[13]

Öte yandan iklim değişikliği yaşam hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, yeterli gıda hakkı, barınma hakkı, sağlık hakkı, su hakkı, self determinasyon ve kültürel haklar başta olmak üzere temel insan hakları sözleşmeleri ile korunan

---

6 United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2024, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/46443/EGR2024_ESEN.pdf?sequence=20 Erişim 26 Ocak 2025, s. V.

7 BM'nin çalışmaları günümüzde uluslararası barış ve güvenliğin korunması, insan haklarının korunması, insani yardım sağlanması, sürdürülebilir kalkınma ve iklim eyleminin desteklenmesi ile uluslararası hukukun desteklenmesi olmak üzere beş ana alanı kapsamaktadır. Bkz, What We Do, https://www.un.org/en/our-work Erişim 26 Ocak 2025. İklim değişikliği kapsamında BM çalışmaları için bkz. Climate Action, https://www.un.org/en/climatechange, ülkemizdeki çalışmalar için bkz. İklim Değişikliği Başkanlığı, https://iklim.gov.tr/ Erişim 26 Ocak 2025.

8 17 Goals to Transform Our World, https://www.un.org/en/climatechange/17-goals-to-transform-our-world Erişim 27 Ocak 2025.

9 United Nations Framework Convention on Climate Change, https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

10 Kyoto Protocol, https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/cop3/l07a01.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

11 Paris Agreement, https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

12 İkilim değişikliğine ilişkin BM, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği diğer uluslararası organizasyonlar nezdinde bugüne kadar kabul edilen uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk dokümanları için bkz. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, (GC), no. 53600/20, (ECtHR 9 April 2024), § 133-272.

13 Executive Order, January 20, 2025, https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/putting-america-first-in-international-environmental-agreements/ Erişim 26 Ocak 2025.

hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından önemli riskler oluşturmaktadır.[14] Uluslararası ve ulusal düzeyde kabul edilen ve yukarıda belirtilen belge ve sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yanı sıra, devletlerin iklim değişikliğinin öngörülebilir olumsuz etkilerini önlemek için tedbir almaları, bu zarara katkıda bulunan faaliyetleri düzenlemeleri ve bundan etkilenenlerin, özellikle de hassas durumdakilerin, insan onuruna yakışır bir yaşam sürmeleri için etkili başvuru yollarına ve uyum araçlarına erişimlerini sağlama konusunda insan hakları yükümlülükleri de gündeme gelmektedir.

Şüphesiz bu konuda ulusal ve uluslararası düzeyde çok kapsamlı çalışmalar yapılmaktadır. Genel politika geliştirme ve uygulama çalışmalarının yanı sıra çeşitli uluslararası insan hakları organlarına iklim değişikliğinin insan haklarına etkisi bağlamında ilgili sözleşmelerde korunan temel hak ve özgürlüklerden bir kısmının ihlal edildiğine ilişkin başvurular da yapılmaktadır. Bu kapsamda devletin yargı yetkisinin bulunması başvuruların kabul edilebilirliği açısından öncelikle çözümlenmesi gereken temel ve usuli bir kriterdir. Ülke sınırları içinde yaşayan kişilerin ilgili devletin yargı yetkisi bulunduğu konusunda bir sorun bulunmamakla birlikte, sınırları dışında yaşayan ve iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarından mağdur olduğunu iddia eden kişilerin ilgili devletin yargılama yetkisinde bulunup bulunmadığı hususu öncelikli bir sorun olarak gündeme gelmektedir.

Bu kapsamda çalışmamızda iklim değişikliğinin insan haklarına olumsuz etkileri nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlali iddiasına ilişkin devletlerin sınır aşan yargı yetkisine ilişkin Amerikalılararası İnsan hakları Mahkemesi istişari görüşü ile BM Çocuk Hakları Komitesi tarafından bireysel bildirim kapsamında verilen görüşler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bireysel başvuru kapsamında verilen kararlar devletin yargısal yetkisi bakımından incelenecek ve uluslararası kamu hukuku ilkeleri de dikkate alınarak analiz edilecektir. Çalışmamız iklim değişikliğinin insan haklarına etkisi bakımından devletlerin sınır ötesi yargı yetkisine odaklanmış olup, konunun diğer unsurları bakımından gerektiği yerlerde genel bilgiler verilmiş, ayrıntılı analiz yapılmamıştır.

I. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN İSTİŞARİ GÖRÜŞÜ

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (I/A Court H.R.)[15] 17 Kasım 2017 tarihinde verdiği istişari görüş[16] ile büyük altyapı projelerinin çevreye verdiği zararların diğer ülkelerde yaşayan kişilerin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığına etkileri bakımından devletin yargı yetkisinin belirlenmesi konusunu ele almıştır. Söz konusu istişari görüş iklim değişikliğine ilişkin olmasa

---

[14] İklim değişikliğinin insan haklarının kullanılmasına etkileri hakkında BM Genel Sekreteri ve İnsan Hakları Yüksek Komiserliği başta olmak üzere ilgili BM organları tarafından hazırlanan son raporlar için bkz. https://www.ohchr.org/en/climate-change Erişim 27 Ocak 2025.

[15] Inter-American Court of Human Rights, https://www.corteidh.or.cr/index.cfm?lang=en Erişim 28 Ocak 2025.

[16] Advisory Opinion OC-23/17. I/A Court H.R., 15 November 2017, https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/search/jurisdiction:EA+categoriaCorte:r06r9jvh0djje9e+tipoDeDocumento:r06r9jyx5a802uh/* Erişim 28 Ocak 2025.

da insan hakları hukuku kapsamında çevreyi etkileyen faaliyetlerden kaynaklı sınıraşan yargı yetkisinin belirlenmesi bakımından uluslararası bir mahkeme tarafından yapılan bir değerlendirme olması nedeniyle önemlidir.

A. BAŞVURUYA KONU OLAYLAR

Başvuru Karayip Denizi kıyısındaki büyük yeni altyapı projeleri inşası ve işletilmesinde devletlerin eylem ya da ihmalleri sonucu Karayip Bölgesi'nde deniz ve insan çevresinin ciddi şekilde bozulması nedeniyle yaşam ve kişisel bütünlük haklarının korunması ve garanti altına alınması bağlamında çevreyle ilgili devlet yükümlülüklerine ilişkindir. Kolombiya Hükümeti, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nden, diğer taleplerinin yanısıra Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin[17] 4. ve 5. maddelerinde belirtilen yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığının korunması bağlamında çevrenin statüsüne ilişkin bir istişari görüş talebinde bulunmuştur. Hükümet Mahkeme'den sözleşmenin 1 (1) ve 2. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisi teriminin çevre hukukuna uyum bağlamında içeriği ve kapsamını özellikle bir devletin sınır dışı eylemleri veya ulusal topraklarındaki eylemlerinin sınır ötesindeki etkileri ile ilgili olarak değerlendirmesini talep etmiştir.[18]

B. MAHKEME'NİN DEĞERLENDİRMESİ

Sözleşme'nin 1(1) maddesi uyarınca taraf devletler Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve kendi yargı yetkileri altında bulunan herkesin belirtilen hak ve özgürlüklerden serbestçe ve tam olarak yararlanmasını sağlamayı taahhüt etmişlerdir. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında 1. madde metni "…kendi topraklarında bulunan ve kendi yargı yetkilerine tabi olan…" şeklinde öngörülmüşken, nihai metinde "kendi topraklarında bulunan" kısmı metinden çıkarılmıştır. [19]

Bu kapsamda Mahkeme yargı yetkisinin kullanılmasının, bir devletin Sözleşme kapsamındaki haklardan herhangi birini ihlal ettiği iddia edilen ve kendisine atfedilebilecek herhangi bir davranıştan dolayı sorumluluk üstlenmesi için gerekli bir ön koşul olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlerin, kendi yargı yetkilerine tabi olan herkes için bu belgede tanınan haklara saygı gösterme ve bunları güvence altına alma yükümlülüğü olduğunu belirtmiş ve "yargı yetkisi" teriminin bir devletin topraklarından daha geniş olduğuna ve toprak sınırlarının ötesindeki durumları da içerdiğine ve dolayısıyla devletlerin, kendi toprakları içinde olmasalar bile, yargı yetkilerine tabi olan herkesin insan haklarına saygı göstermesi ve bunları güvence altına alması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre yargı yetkisinin kullanılması, bir devletin kendi toprakları içinde veya dışında bir birey veya bireyler üzerinde etkin yetki veya kontrol uyguladığı her durumu kapsamakta, ancak ülkesi dışında yargı yetkisinin kullanılması her bir özel dava ile sınırlı olarak incelenmesi gereken istisnai bir durum teşkil etmektedir. Devletlerin sınır ötesi zarara yol açmayı önleme yükümlülüğü bulunmakta olup, bu bağlamda bir kişiye yönelik

---

[17] American Convention on Human Rights, https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf Erişim 28 Ocak 2025.

[18] Advisory Opinion OC-23/17, p. 1-3.

[19] Advisory Opinion OC-23/17, p. 77.

olarak kendi topraklarında meydana gelen olay ile kendi toprakları dışındaki kişilerin insan haklarının ihlali arasında nedensellik bağı olduğu hallerde menşe devletin yargı yetkisinin söz konusu olacağını değerlendirmiştir. Mahkeme yargı yetkisinin kullanılmasının, menşe devletin zarara ve bunun sonucunda insan haklarının ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde etkili bir kontrol uyguladığı zaman ortaya çıkacağını belirtmiştir.[20] Bu kapsamda Mahkeme'nin vardığı sonuçlar şu şekildedir:

- Sözleşme'ye taraf devletler, bu belgede tanınan haklara kendi yargı yetkilerine tabi olan herkes için saygı göstermek ve bunları güvence altına almakla yükümlüdürler,
- Bir devletin yargı yetkisini kullanması, kendisine atfedilebilecek ve Sözleşme'de tanınan hakları ihlal ettiği iddia edilen eylemlerden sorumlu olmasını gerektirir.
- Sözleşme kapsamındaki insan haklarının korunmasıyla ilgili olarak devletlerin yargı yetkisi, ülkesel alanlarıyla sınırlı değildir. Sözleşme'deki "yargı yetkisi" kelimesi, bir devletin topraklarından daha kapsamlıdır ve toprak sınırlarının ötesindeki durumları da içerir. Devletler, kendi toprakları içinde olmasalar bile, yargı yetkilerine tabi olan tüm kişilerin insan haklarına saygı göstermek ve bu hakları güvence altına almakla yükümlüdürler.
- Sözleşmesi'nin 1(1) maddesi uyarınca yargı yetkisinin bir devletin ülkesi dışında kullanılması, her bir özel koşulda ve sınırlı olarak incelenmesi gereken istisnai bir durumdur.
- Sözleşme'nin 1(1) maddesi kapsamındaki yargı yetkisi kavramı, bir devletin kendi ülkesi içinde veya dışında bir kişi veya kişiler üzerinde etkin kontrol veya yetki kullandığı her durumu kapsar.
- Devletler, kendi topraklarının diğer devletlerin veya kendi topraklarının sınırları dışındaki alanların çevresine önemli zararlar verecek şekilde kullanılmamasını sağlamalıdır. Sonuç olarak, devletlerin sınır ötesi hasar veya zarara yol açmaktan kaçınma yükümlülüğü vardır.
- Devletler, kendi topraklarında veya kontrolleri altında yürütülen faaliyetlerin kendi toprakları içindeki veya dışındaki kişilerin haklarını etkilemesini önlemek için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.
- Sınır ötesi zarar veya hasar meydana geldiğinde kişi, kendi topraklarında meydana gelen eylem ile kendi toprakları dışındaki kişilerin insan hakları üzerindeki olumsuz etki arasında nedensellik bağı varsa, menşe devletin yargı yetkisi altındadır. Yargılama yetkisinin kullanılması, menşe devletin zarara ve bunun sonucunda ortaya çıkan insan hakları ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde etkili bir kontrol uyguladığı zaman ortaya çıkar.[21]

II. BM ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ KARARLARI

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin[22] denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesi'ne[23] (Komite) iklim değişikliğinin sonuçlarının önlenemediği ve

---

[20] Advisory Opinion OC-23/17, p. 72-103.

[21] Advisory Opinion OC-23/17, p. 104.

[22] Convention on the Rights of the Child, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child Erişim 29 Ocak 2025.

[23] The Committee on the Rights of the Child (CRC), https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc Erişim 28 Ocak 2025.

hafifletilemediği iddialarıyla Sözleşme'ye taraf ve bireysel bildirim hakkını tanıyan Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye aleyhine bireysel bildirim yoluyla başvuruda bulunulmuştur. Komite yapılan bildirimleri değerlendirerek her taraf devlete ilişkin olarak 22 Eylül 2021 tarihinde ayrı bir karar vermiş ve kararlarında öncelikle iklim değişikliğinin önlenmesi ve etkilerinin hafifletilmesi tedbirlerini almadıkları iddia edilen devletlerin sınırları dışında meydana geldiği belirtilen hak ihlallerine ilişkin yargısal yetkilerinin olup olmadığını değerlendirmiştir.[24] Komite yargısal bir organ olmasa da uluslararası bir sözleşmenin denetim organı olarak yargı yargısal bir faaliyet çerçevesinde iklim değişikliğinin insan haklarına etkisi dolayısıyla yargı yetkisine ilişkin verdiği kararlar, konunun anlaşılabilmesi açısından son derece önemlidir.

A. BAŞVURUYA KONU OLAYLAR

Başvuru tarihi itibariyle tamamı 18 yaşın altında olan ve Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya, Nijerya, Palau, Marşal Adaları, Güney Afrika, İsveç, Tunus ve Amerika Birleşik Devletleri, vatandaşları olan başvuranlar davalı devletlerin iklim değişikliğinin sonuçlarını önleyememeleri ve hafifletememeleri nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesi delaletiyle 6, 24 ve 30. maddeleri kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar iklim krizinin bir çocuk hakları krizi olduğunu belirterek soyut bir gelecek tehdidi olmadığını, küresel ortalama sıcaklıktaki 1,1°C'lik artışın yıkıcı sıcak hava dalgalarına, orman yangınlarına, sellere ve deniz seviyesinin yükselmesine neden olduğu ve bulaşıcı hastalıkların yayılmasını sağlayarak küresel düzeyde milyonlarca kişinin insan haklarını ihlal ettiğini belirtmişler, çocukların fizyolojik ve zihinsel olarak yaşamı tehdit eden bu etkilere karşı en savunmasızlar arasında yer aldığını vurgulamışlardır.[25]

Başvuranlar taraf devletlerin çocukların yaşam hakkına saygı göstermek, bu hakkı korumak ve yerine getirmekle yükümlü olduklarını, iklim değişikliğinin azaltılmasının bir insan hakları zorunluluğu olduğunu belirtmişlerdir. İklim krizi bağlamında, uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin, uluslararası çevre hukukunun kural ve ilkeleri ile detaylandırıldığını belirten başvuranlar, taraf devletlerin Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini, bu bağlamda iklim değişikliğinden kaynaklanan öngörülebilir yerel ve ülke dışı insan hakları ihlallerini önleme; küresel iklim acil durumu karşısında uluslararası işbirliği yapma; belirsizlik karşısında yaşamı korumak için ihtiyatlılık ilkesini uygulama ve çocuklar ve gelecek nesiller için nesillerarası adaleti sağlama yükümlülüklerini yerine getirmediklerini ve ihlal ettiklerini ileri sürmüşlerdir.[26]

---

[24] Sacchi and others v. Argentina, CRC/C/88/D/104/2019, 23 September 2021; Sacchi and others v. Brasil, CRC/C/88/D/105/2019, 23 September 2021; Sacchi and others v. France, CRC/C/88/D/106/2019, 23 September 2021; Sacchi and others v. Germany, CRC/C/88/D/107/2019, 23 September 2021; Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, 23 September 2021, https://juris.ohchr.org/SearchResult Erişim 29 Ocak 2025. Yargı yetkisine ilişkin değerlendirme tüm kararlarda aynı hukuki gerekçe ile yapıldığından çalışmada konu analiz edilirken sadece Türkiye hakkında verilen Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019 karara atıf yapılacaktır.

[25] Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p, 1.1-2.

[26] Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p. 3.1-3.8.

Taraf devlet başvuranlardan hiçbirinin ülkesinde ikamet etmemesi ve hiçbir hukuki veya fiili ilişkilerinin bulunmaması nedeniyle şikâyetin yer yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranlar ise taraf devletin iklim değişikliğine sınırları içinde ve dışındaki katkılarının öngörülebilir sonuçları ile taraf devletin kendi topraklarından bilerek yaydığı, izin verdiği veya teşvik ettiği karbon kirliliğinin mağdurları olduklarını ve yargı yetkisi içerisinde bulunduklarını ileri sürmüşlerdir. Başvurunlar ayrıca taraf devletin iklim krizini sürdüren eylem ve ihmallerinin kendilerini çocuklukları boyunca insanların neden olduğu iklim değişikliğinin öngörülebilir, yaşamı tehdit eden risklerine maruz bıraktığını iddia etmişlerdir.[27]

B. KOMİTE'NİN DEĞERLENDİRMESİ

Çocuk hakları Sözleşmesi 2/1. maddesinde yargı yetkisine ilişkin olarak "…taraf devletlerin yargı yetkisinde bulunan her çocuğun…" tabiri yer almaktadır. İhtiyari Protokol'ün 5/1. maddesinde de benzeri bir hüküm yer almaktadır.

Bu kapsamda Komite, Sözleşme ve ihtiyari protokolün yargı yetkisinin uygulanmasında "toprak" (territory) terimine herhangi bir atıfta bulunmadığını, bu nedenle de sınır dışına ilişkin yargı yetkisinin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Komite bu kapsamda BM İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ülke dışı yargı yetkisine atıfta bulunan bazı kararlarını not etmiş,[28] ancak söz konusu içtihatların farklı olaylar ve durumlar için geliştirilmiş ve uygulandığını, mevcut başvurunun iklim değişikliğiyle ilgili sınır aşan zararlara ilişkin yeni yargı yetkisi sorunu gündeme getirdiğini belirtmiştir. Komite yukarıda belirtilen Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin istişari görüşünü analiz etmiş ve mevcut başvuruda yargı yetkisinin tespit ederken en uygun testin istişari görüşte belirtilen kriterler olduğunu belirtmiştir. Komite ayrıca yargı yetkisi tespit edilirken mağdurların uğradığı iddia edilen zararın, taraf devletin eylemleri veya ihmalleri sırasında makul ölçüde öngörülebilir olması gerektiğini de belirtmiştir.[29]

Komite yukarıda belirlediği genel prensipleri somut başvuruya uygularken;[30]

- Sözleşme'de belirtilen hakların ihlalinin nedeninin karbon emisyonu sonucu iklim değişikliğinin kötüleşmesi olduğu ve taraf devlet kaynaklı karbon emisyonlarının kötüleşmeye katkıda bulunduğu,
- İklim değişikliğinin taraf devletin hem topraklarında hem de sınırları dışında yaşayan bireylerin haklardan yararlanmasını olumsuz bir şekilde etkilediğinin genel olarak kabul edildiği ve bilimsel kanıtlarla desteklendiği,[31]

---

27 Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p. 9.2.

28 Komitenin not ettiği kararlar şunlardır: Human Rights Committee, general comments No. 31 (2004), p. 10, No. 36 (2018), p. 63; Munaf v. Irak and Romania (CCPR/C/96/D/1539/2006), p. 14.2; A.S. and others. v. Malta, (CCPR/C/128/D/3043/2017), p. 6.3–6.5; A.S. and others. v. Italy, (CCPR/C/130/D/3042/2017), p. 7.3–7.5; Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 16 (2013), p. 39; CRC/C/NOR/CO/5-6, p. 27; Andreou v. Turkey, No. 45653/99, (ECtHR 27 October 2009), p. 25; Georgia v. Russia (II), No. 38263/08, (ECtHR 21 January 2021) p. 81.

29 Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p. 9.3-9.5, 9.7.

30 Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p. 9.8- 9.14.

- İklim değişikliği tüm dünya devletlerinin kollektif katkısı sonucu meydana gelse de Paris Anlaşması'nda belirtilen ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesinin, kendi topraklarından kaynaklanan emisyonların, sınırları içindeki veya dışındaki çocuklara verebileceği zarardan kaynaklanabilecek bireysel sorumluluktan taraf devleti muaf tutmadığı,

- Taraf devletin sınırları içerisindeki emisyonların kaynağı olan faaliyetleri düzenleme ve bu düzenlemeleri uygulama kabiliyeti bulunduğundan, emisyonlar üzerinde etkili bir kontrole sahip olduğu,

- Kendi topraklarından kaynaklanan karbon emisyonlarına ilişkin eylemlerinin veya ihmallerinin potansiyel zararının taraf devlet için makul ölçüde öngörülebilir olduğu,

- Sınıraşan zarar vakalarında zarar ile eylem ya da ihmal arasında illiyet bağının kurulabilmesi için Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin istişari görüşünde de belirtildiği gibi yargı yetkisinin varlığının somut olayın özel koşullarına göre gerekçelendirilmesi ve zararın "önemli" olması gerektiğini; Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun[32] da tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınır aşan zararların önlenmesi kapsamında yalnızca önemli sınır aşan zararlar içerebilecek faaliyetler olması gerektiğini ve buradaki "önemli" ifadesinin de "tespit edilebilir" ifadesinden öte bir anlam taşıdığını ancak "ciddi" veya "esaslı/azımsanmayacak miktar" seviyesinde olması da gerekmediğini belirttiğini; zararın diğer devletlerdeki insan sağlığı, sanayi, mülkiyet, çevre veya tarım gibi konularda gerçek bir zararlı etkiye yol açması ve bu tür zararlı etkilerin olgusal ve nesnel standartlarla ölçülebilir olması gerektiğini,

- Somut başvurunun özel koşullarında orman yangınları ve sıcaklığa bağlı kirlilikten kaynaklanan dumanın bazı başvuranların astımlarının kötüleşmesine ve hastaneye yatmalarına neden olduğunu; vektör kaynaklı hastalıkların yayılması ve yoğunlaşmasının başvuranları da etkilediğini ve bazılarının yılda birkaç kez sıtma veya dang ya da chikungunya hastalığına yakalanmalarına neden olduğunu; başvuranların aşırı sıcak dalgalarına maruz kaldığını ve bunun birçoğunun sağlığını ciddi şekilde tehdit ettiğini; kuraklığın bazı başvuranlar için su güvenliğini tehdit ettiğini; bazı başvuranların aşırı fırtınalara ve sellere maruz kaldığını; yerli başvuranlar için geçimlik düzeyde yaşamın risk altında olduğunu; yükselen deniz seviyesi nedeniyle Marshall Adaları ve Palau'nun on yıllar içinde yaşanmaz hale gelme riski altında olduğunu ve iklim değişikliğinin, iklim kaygısından muzdarip olduğunu iddia eden bazı başvuranların ruh sağlığını etkilediğini,

- Çocuk olarak başvuranların iklim değişikliğinin etkilerinden hem etkilerini deneyimleme biçimleri hem de iklim değişikliğinin, özellikle acil önlem alınmadığı takdirde, yaşamları boyunca kendilerini etkileme potansiyeli açısından özellikle etkilendiklerini,

---

[31] Komite bu kapsamda dört sözleşme organı tarafından yapılan ortak açıklamada Uluslararası İklim Değişikliği Paneli'nin raporuna atıf yapıldığını belirtmiştir. Söz konusu raporda iklim değişikliğinin sözleşmede korunan yaşam hakkı başta olmak üzere bazı haklardan yararlanmada risk oluşturduğunun belirtildiğine işaret etmiştir. Ortak açıklama için bkz. https://docs.un.org/en/HRI/2019/1 Erişim 29 Ocak 2025.

[32] Belirtilen Uluslararası Hukuk Komisyonu kararı için bkz. *Prevention of transboundary harm from hazardous activities*, prepared by the International Law Commission and annexed to UN General Assembly Resolution 62/68 of December 6, 2007, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n07/467/85/pdf/n0746785.pdf Erişim 28 Ocak 2025.

- Çocuklar üzerindeki özel etki ve taraf devletlerin çocukların uygun yasal koruma da dahil olmak üzere özel güvencelere hakkı olduğunu kabul etmeleri nedeniyle, devletlerin çocukları öngörülebilir zararlardan koruma yükümlülüklerini arttırdığını belirtmiştir.

Tüm bu faktörleri göz önünde bulunduran Komite, taraf devletin kendi topraklarından kaynaklanan karbon emisyonlarına ilişkin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle yargı yetkisinin bulunduğuna karar vermiştir. Komite ayrıca, başvuranların kişisel olarak gerçek ve önemli bir zarara uğradıklarını *prima facie* ortaya koydukları sonucuna varmış ve mağdur sıfatlarının bulunduğunu belirterek bireysel bildirimi değerlendirmeye yetkili olduğunu belirtmiştir. Böylelikle Komite başvuranların şikayetlerinin taraf devletin yargı yetkisi içerisinde kaldığını belirterek yargı yetkisinin bulunduğu sonucuna varmış, başvuruyu ise olağan iç hukuk yolları tüketilmediğinden dolayı kabul edilemez bularak reddetmiştir.[33]

III. AİHM KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM ya da Mahkeme) başvuranların vatandaşı oldukları ve yaşadıkları Portekiz ile diğer 32 devletin[34] iklim değişikliğinin mevcut ve gelecekteki ciddi etkilerine sebep oldukları ve gerekli tedbirleri almamaları nedeniyle Sözleşme kapsamında korunan birtakım haklarının ihlal edildiğinden bahisle 7 Eylül 2020 tarihinde bireysel başvuru yapılmıştır.[35] Başvurunun tahsis edildiği AİHM 4. Dairesi, taraf devletlerden başvurunun kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin görüşlerini sunmalarını istemiş, taraf devletlerin Sözleşme'nin 29 ve AİHM İçtüzüğü'nün 54/A maddesi uyarınca başvurunun kabul edilebilirliğinin öncelikle değerlendirilmesi gerektiğine yönelik ortak taleplerini reddetmiştir. Daire daha sonra 30 Haziran 2022 tarihinde de davadan Büyük Daire lehine çekilmiş, Büyük Daire 27 Eylül 2023 tarihinde tüm tarafların katılımıyla duruşma gerçekleştirmiş ve kararını 9 Nisan 2024 tarihinde açıklamıştır.[36]

AİHM'e ayrıca küresel ısınmanın yaşam koşulları ve sağlıkları üzerindeki etkilerinden endişe duyan bir grup yaşlı kadından oluşan İsviçreli bir dernek ve üyeleri tarafından İsviçre makamlarının iklim değişikliğini azaltmak için yeterince harekete geçmediği yönündeki şikayetleriyle ilgili bir başvuru[37] ile Fransa'nın küresel ısınmayı önlemek için yetersiz adımlar attığını ve bu başarısızlığın yaşam hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açtığını ileri süren bir Fransız vatandaşı tarafından da başka bir başvuru[38]

---

33 Sacchi and others v. Turkey, CRC/C/88/D/108/2019, p. 9.15-20, 10.

34 Avusturya, Belçika, Bulgaristan, İsviçre, Güney Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Danimarka, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Birleşik Krallık, Yunanistan, Hırvatistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Letonya, Malta, Hollanda, Norveç, Polonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, İsveç, Türkiye ve Ukrayna.

35 Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, (GC), no. 39371/20, (ECtHR 9 April 2024).

36 Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 3-10.

37 Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, (GC), no. 53600/20, (ECtHR 9 April 2024).

38 Carême v. France, (GC), no. 7189/21, (ECtHR 9 April 2024).

yapılmıştır. Her iki başvuruda yine Büyük Daire tarafından ele alınmış ve kararlar 9 Nisan 2024 tarihinde açıklanmıştır.

AİHM söz konusu kararlarda iklim değişikliğine sebep olan faktörlerin insan haklarına etkileri bakımından devletlerin sınırları içinde ve sınıraşan yargısal sorumluluğu ve yargısal yetkilerinin kapsamını ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir.

A. DUARTE AGOSTİNHO VE DİĞERLERİ – PORTEKİZ VE DİĞER 32 DEVLET KARARI

1. Başvuruya Konu Olaylar

Başvuru tarihi itibariyle 8 ve 21 yaşları arasında olan başvuranlar, Uluslararası İklim Değişikliği Paneli'nin (IPCC) raporları ile diğer bazı bilimsel raporlara[39] dayanarak, iklim değişikliğinin geldiği seviyenin güvenli olmadığı ve üzerinde anlaşılan 1,5°C sıcaklık artışı sınırına ulaşmak için 2030 yılına kadar hızlı ve yoğun emisyon azaltımına ihtiyaç duyulduğunu belirtmişlerdir. Başvuranlar davalı devletlerin;

- Sınırları içinde ve "üzerinde yargı yetkisine sahip oldukları" açık deniz alanlarında emisyonların serbest bırakılması,

- Topraklarında çıkarılan fosil yakıtların ihracatı,

- Üretimi atmosfere emisyon salınımını içeren malların ithalatı,

- Yetki alanları dahilindeki kuruluşların, yurtdışında fosil yakıtların çıkarılması veya bu tür çıkarmaların finanse edilmesi yoluyla sınırları dışında emisyon salınımına katkıda bulunmaları nedeniyle iklim değişikliğinin gerçekleşmesinden sorumlu olduklarını ileri sürmüşlerdir.

Başvuranlara göre davalı devletler, 1992 tarihli BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Paris Anlaşması'nın kabul edilmesinden itibaren iklim değişikliğinin tehlikelerinin farkında olduklarından dolayı her bir davalı devlet tarafından harekete geçilmesi gerekmektedir. Portekiz'in iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden en çok etkilenecek Avrupa ülkelerinden biri olduğunu ve küresel ısınmanın etkilerine uyum sağlama kabiliyetinde "katı sınırlarla" karşı karşıya olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, davalı devletlerin gerekli tedbirleri almamaları nedeniyle gerçekleşen iklim değişikliğinin mevcut ve gelecekteki ciddi etkileri olduğunu, özellikle de yaşamları, refahları, ruh sağlıkları ve evlerinin konforunu etkileyen sıcak hava dalgaları, orman yangınları ve orman yangınlarından kaynaklanan dumanlara sebep olduğunu belirtmişlerdir. Başvuranlar ayrıca spesifik bazı vakıalar da ileri sürerek mağdur sıfatları bulunduğunu belirtmişlerdir. Başvuranlar bu gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında korunan yaşam hakkı (madde 2), insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı (madde 3), özel ve aile hayatına saygı hakkı (madde 8)

[39] The 2018 Special report "1.5°C global warming" of the Intergovernmental Panel on Climate Change; Climate Analytics, "Climate Impacts in Portugal", last updated 31 July 2020; UN Environment Programme, "Emissions Gap Report 2019" and Report "Lessons from a decade of emissions gap assessments", 2019; OECD, IEA *World Energy Balances* 2019.

ve ayrımcılık yasağının (madde 14) davalı devletler tarafından ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.[40]

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca taraflar devletler yargı yetki alanında (juristiction) bulunan herkesin, hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Bu kapsamda Mahkeme başvuranların yaşadıkları ülke olması nedeniyle davalı devletlerden Portekiz'in Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca ülkesel yargı yetkisi bulunduğunu ve ihlal iddialarını cevaplaması gerektiğini öncelikle belirtmiştir.[41] Diğer davalı devletlerin iklim değişikliğinden kaynaklanan olumsuz etkilerle ilgili ise sınır ötesi yargı yetkileri bulunup bulunmadığına ilişkin genel ilkelerini hatırlatmış, daha sonra da söz konusu genel ilkeleri somut olaya uygulamak suretiyle diğer davalı devletlerin yargısal yetkilerini değerlendirmiştir.

a. Yargı Yetkisine İlişkin Genel İlkeler

Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında (travaux préparatoires) madde metninde yer alan "kendi topraklarında ikamet eden" ibaresi "yargı yetki alanında bulunan" olarak değiştirildiği için, yargı yetki alanı ülke sınırlarından daha geniş olarak yorumlanmaktadır.[42] Sınır ötesi yargı yetkisini Mahkeme genel olarak Banković and Others v. Belgium and Others,[43] M.N. and Others v. Belgium[44] (dec.) [GC], no. 3599/18, 5 May 2020 ve Georgia v. Russia (II)[45] kararları ile ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve genel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre;

Bir devletin yargı yetkisi esasen ülkeseldir ve yargı yetkisine ilişkin diğer ilkeler istisnai olup, her davanın somut koşullarına göre gerekçelendirilir.[46] Bu kapsamda ülkesel yetkinin istisnası olarak devletlerin kendi toprakları dışında gerçekleştirdikleri veya etki doğuran eylemler de yargı yetkisi kapsamına girebilir. Buna göre aşağıdaki durumların gerçekleştiği hallerde bir devletin yargı yetkisine ilişkin temel kural olan ülkesellik prensibinin istisnaları gündeme gelecektir;

- Hukuka uygun veya uygun olmayan bir askeri operasyon sonucu ülke sınırları dışında etkin kontrol uygulandığı durumlar,
- Toprakları dışında faaliyet gösteren devlet yetkililerinin kişiler üzerinde etkili kontrol sağladığı durumlar,[47]
- Diplomatik veya konsolosluk görevlilerinin, resmi sıfatlarıyla vatandaşları veya malları ile ilgili yurtdışında kullandıkları yetkilerine ilişkin eylem veya ihmalleri ile ilgili durumlar,

---

40 Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 12-30.

41 Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 178.

42 Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, (ECtHR 12 December 2001), § 19.

43 Banković and Others v. Belgium and Others, § 54-82.

44 M.N. and Others v. Belgium (dec.) [GC], no. 3599/18, (ECtHR 5 May 2020), § 96-109.

45 Georgia v. Russia (II), § 77-84.

46 Banković and Others v. Belgium and Others, § 61, 67, 71.

47 Al-Skeini and others v. UK (GC), no. 55721/07, (ECtHR 2 7 July 2011) § 133.

- İlgili devletin rızası veya daveti üzerine görevlileri ya da onların emri ve talimatı altındakiler tarafından normalde davet eden devlet tarafından kullanılması gereken kamusal yetkilerin kullanıldığı durumlar,

- Bazı durumlarda bir devletin kendi toprakları dışında faaliyet gösteren yetkileri tarafından güç kullanıldığı haller; örneğin mağdur veya mülk üzerinde fiziksel güç ve kontrol kullanılması ya da yakınlık unsuru içeren münferit ve spesifik şiddet eylemleri,

- Devletin yargı yetkisi dışında meydana gelen bir ölümle ilgili olarak ulusal hukuk uyarınca ceza soruşturması veya yargılama başlatılması nedeniyle yaşam hakkına ilişkin usulî yükümlülüklerin yargı yetkisini gündeme getirdiği durumlar,[48]

- Vatandaşların sınır dışı edilmesinin yasaklanması (Ek 4 No.lu Protokol m. 3/2) hükmünün özel niteliği kapsamında yargı yetkisinin gündeme geldiği durumlar.[49]

Bununla birlikte işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. madde kapsamındaki şikayetlerin somut davaların koşullarında devletin yargı yetkisine girmediği belirtilmiştir.[50]

b. Genel İlkelerin Somut Başvuruya Uygulanması

Mahkeme başvuranların ileri sürdüğü olayların gerçekleştiği bölgede 32 ülkenin herhangi birisinin etkin kontrol uygulamadığını, devlet görevlilerinin etkin kontrol kriterine ilişkin olarak da herhangi bir devletin başvuranlar üzerinde etkin kontrol uygulamadığını, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüklerden kaynaklı bir yargı yetkisinin de gündeme gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca ulusal düzeyde alınan bir kararın sınırları dışındaki bir kişinin durumu üzerinde etkisi olmasının tek başına ilgili devletin kişi üzerinde yargı yetkisini tesis edebileceği fikrini sürekli olarak reddettiğini yinelemiştir.[51] Bununla birlikte Mahkeme iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri ve başvuran tarafından ileri sürülen bir dizi istisnai durum ve spesifik özelliği dikkate alarak ülke dışı yargı yetkisine ilişkin mevcut içtihadını geliştirmeye ihtiyaç bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir.

Bu kapsamda Mahkeme devletlerin topraklarındaki sera gazı emisyonu üreten kamu ve özel sektör faaliyetleri üzerinde nihai kontrole sahip olduklarını, Paris Anlaşması kapsamında ulusal katkılarına ilişkin bazı taahhütler üstlendiklerini, karmaşık bir durum da olsa bir devletin topraklarında sera gazı emisyonu üreten kamu ve özel faaliyetler ile sınırları dışında yaşayan insanların hakları ve refahı üzerindeki olumsuz etkiler arasında belirli bir nedensellik bağının var olduğunu ve iklim değişikliği sorununun diğer neden-sonuç ilişkilerinden farklı bir şekilde insanlık için varoluşsal bir nitelik taşımakta olduğunu belirtmiş; ancak tüm bu hususların yargısal yorum yoluyla sınır ötesi yargı yetkisi için yeni bir zemin oluşturmanın veya mevcut içtihadı

---

48 M.N. and Others v. Belgium, § 96-109; Ukraine and the Netherlands v. Russia (dec.) [GC], no. 8019/16 and ... (ECtHR 30 November 2022), § 547-550, 555, 559-560, 565-575).

49 H.F. and Others v. France [GC], no. 24384/19 and 44234/20, (ECtHR 14 September 2022), § 84-216.

50 Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin içtihatlarındaki gelişim için bkz. Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 168-176.

51 Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 181-184.

genişletmenin gerekçesi olamayacağını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca başvuranların iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisinin ciddiyeti dikkate alınarak devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sınır ötesi yargı yetkisi olduğuna ilişkin olarak ise Sözleşme'nin içeriğinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin söz konusu olabilmesi için öncelikle 1. madde kapsamında yargı yetkisinin gündeme gelmesi gerektiğini bu nedenle de pozitif yükümlülüklerin devletin kendi toprakları dışında veya kendi yetki ve kontrolü dışındaki bireyler üzerinde yargı yetkisini gündeme getirebilecek yeterli bir gerekçe olamayacağını belirtmiştir. Yine Mahkeme başvuranların aynı zamanda Avrupa Birliği vatandaşı olmalarının Birlik üyesi diğer 26 davalı devlet arasında yargı yetkisine ilişkin bir bağ kuramayacağını belirtmiştir.[52]

Başvuranların iklim değişikliğiyle ilgili daha kapsamlı davaların açılmasını kolaylaştırmak ve her devlete karşı başvuru yapılmasını beklemek yerine Mahkeme'nin kendisinin harekete geçmesini sağlamak için ülke dışı yargı yetkisi tesis edilmesi gerektiği talebine ilişkin Mahkeme, Sözleşme'nin çevrenin genel olarak korunmasını sağlamak için tasarlanmadığını, bu konuya ilişkin diğer özel uluslararası belgeler ve ulusal mevzuatlar bulunduğunu, böyle bir argümanın kabul edilmesinin temelde bölgesel yargı yetkisi ve ikincillik ilkelerine dayanan Sözleşme koruma sisteminden radikal bir sapmayı gerektireceğini belirtmiştir. Portekiz'e karşı tek başına dava açmanın sınırlı bir etkisi olacağı argümanına ilişkin olarak da yargı yetkisinin sorumluluktan ayırt edilmesi gerektiğini, sorumluluğun şikâyetin esasına ilişkin olarak incelenecek ayrı bir mesele olduğunu, iklim değişikliğinin küresel bir olgu olduğunu ve devletler tarafından küresel düzeyde ele alınması gerektiğini ancak her devletin iklim değişikliğiyle mücadele için önlemler alma konusunda kendi payına düşen sorumlulukları olduğunu ve bu önlemlerin alınmasının diğer bir devletin belirli bir eylemi veya ihmaline göre belirlenemeyeceğini belirtmiştir.[53]

Son olarak, kişilerin Sözleşme'deki menfaatleri üzerindeki kontrol kriterine dayanılması gerektiği argümanına ilişkin olarak ise Mahkeme, yerleşik içtihadı uyarınca ülke dışı yargı yetkisinin kişinin menfaatlerinden ziyade kişinin kendisi üzerindeki kontrolü gerektirdiğini, bu kapsamda kişinin menfaatleri üzerindeki kontrolünü kriter olarak kabul etmenin belirsizliğe yol açacağını ve öngörülebilirlik sorununu gündeme getireceğini, dünyanın hemen her yerindeki insanlara karşı devletlerin yargı yetkisini sınırsız bir şekilde genişletilmesini gerektireceği ve bu sonucun da Sözleşme'yi küresel bir iklim değişikliği sözleşmesine dönüştüreceğini, halbuki Sözleşme'nin kapsamında bu yönde genişletilmesini gerektiren destek bulunmadığı sonucuna varmıştır.[54]

Mahkeme ayrıca Amerikalılararası İnsan hakları Mahkemesi ve Çocuk Hakları Komitesi tarafından yargı yetkisinin belirlenmesine ilişkin kabul edilen etki kriterinin kendi içtihatlarında tarafından istikrarlı bir şekilde yargı yetkisinin belirlenmesinde dikkate alınmadığını açıkça belirtmiştir. Zira aksi bir yorum dünyanın neresinde işlenmiş olursa olsun, bir taraf devlete isnat edilebilecek bir fiilden olumsuz etkilenen veya bu fiilin sonuçlarını hisseden herkesin, 1. maddenin amacı bakımından bu devletin yargı yetkisine girdiği anlamına geleceği ve 1. maddedeki yargı yetkisini gereksiz ve herhangi bir amaçtan yoksun

---

[52] Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 191-200.

[53] Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 201-203.

[54] Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 204-214.

kılacağının altını çizmiştir.[55] Yine Mahkeme sadece ulusal düzeyde alınan kararların sınır ötesinde ikamet eden kişilerin durumu üzerinde bir etkiye sahip olmasının ilgili devletin kendi toprakları dışındaki bu kişiler üzerinde yargı yetkisini tesis edecek nitelikte olmadığını belirttiğini hatırlatmıştır.[56]

Ulusal ve uluslararası düzeydeki gelişmeleri, iklim değişikliğine yönelik küresel tepkileri, iklim değişikliği ve bunun bireyler üzerindeki etkileri hakkında giderek artan bilimsel bilgileri dikkate almış ve davalı devletlerin ülkesel yargı yetkisinin başvuranların talep ettiği şekilde yargısal yorum yoluyla genişletilmesi için herhangi bir gerekçe bulunmadığı sonucuna varmış ve Portekiz dışındaki devletler açısından başvuruyu yer bakımından yetkisizlik, Portekiz açısından ise olağan iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

B. VEREIN KLIMASENIORINNEN SCHWEIZ VE DİĞERLERİ – İSVİÇRE KARARI

Başvuran Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre yasalarına göre kurulmuş, 2.000'den fazla yaşlı kadından (üçte biri 75 yaşın üzerindedir) oluşan üyeleri adına etkili iklim korumasını teşvik eden ve uygulayan bir dernek olup, diğer başvuranlar ise sıcak hava dalgaları sırasında şiddetlenen ve yaşamlarını, yaşam koşullarını ve refahlarını önemli ölçüde etkileyen sağlık sorunlarından şikâyet eden, hepsi dernek üyesi ve 80 yaşın üzerinde olan dört kadındır.[57]

Başvuranlar 25 Kasım 2016 tarihinde idari usule ilişkin Federal Kanun uyarınca Federal Konsey ile çevre ve enerji ile ilgili diğer kurumlara verdikleri dilekçe ile iklim koruma alanındaki başarısızlıklara işaret etmişler ve alınması gereken önlemler konusunda bir karar verilmesini istemişler, ayrıca Paris Anlaşması ile belirlenen 2030 hedefine ulaşmak için gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmişlerdir. Başvuranların talebi genel-kamusal menfaate ilişkin olduğu ve kişisel haklarının doğrudan etkilenmediğinden mağdur olarak kabul edilemeyecekleri, talebin genel amacının dünya çapında CO2 emisyonlarında bir azalma sağlamak olduğu belirtilerek reddedilmiş, sonraki yargısal süreçlerden de bir sonuç alamamışlardır.[58]

Başvuranlar, yaşamlarını, yaşam koşullarını ve sağlıklarını olumsuz etkilediğini iddia ettikleri iklim değişikliğinin etkilerini ve özellikle de küresel ısınmanın etkilerini hafifletmek için İsviçre makamlarının gerekli önlemleri almadıklarını; devletin uluslararası taahhütleri doğrultusunda, iklim değişikliği ile mücadele hedeflerine ulaşmak için uygun mevzuatı yürürlüğe koymadığı, uygun ve yeterli önlemleri almadığından bahisle yaşam hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile mahkemeye erişim bağlamında adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinden bahisle AİHM'ye başvurmuşlardır.

Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında bir yargı yetkisi sorunu ortaya çıkarmadığını, tüm başvuranların İsviçre'de ikamet ettiklerini ve dolayısıyla İsviçre'nin ülkesel yargı yetkisi altında bulunduklarını belirtmiş, dolayısıyla da İsviçre'nin başvuranlar bakımından Sözleşme ile

---

55 Georgia v. Russia (II), § 124; Banković, § 75; Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, § 212.

56 M.N. and Others v. Belgium, § 112.

57 Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, § 1.

58 Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, § 10-63.

korunan hak ve özgürlüklerin kendisine atfedilebilecek her türlü ihlaline cevap vermesi gerektiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme başvuranların emisyonlara ilişkin şikâyeti, her ne kadar ülke dışı bir boyut içerse de başvuranlar bakımından İsviçre'nin yargı yetkisine ilişkin bir sorunu değil, emisyonların başvuranların Sözleşme hakları üzerindeki iddia edilen etkilerine ilişkin davalı devletin sorumluluğuna ilişkin bir sorunu gündeme getirdiğini, bunun da şikâyetin esasına ilişkin olarak incelenecek ayrı bir konu olduğunu belirtmiş ve İsviçre hükümetinin yargı yetkisi bulunduğu sonucuna varmıştır.[59]

C. CARÊME – FRANSA KARARI

Başvuran Fransa'nın bir şehri olan Grande-Synthe belediyesinin eski sakini ve belediye başkanı olup, Fransa'nın iklim değişikliğini önlemek için yeterli adımlar atmadığı ve bu başarısızlığın yaşam hakkı ile özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal ettiğinden bahisle 19 Kasım 2018 tarihinde Mahkeme'ye başvuru yapmıştır. Başvuran 2019 yılında Avrupa Parlamentosu milletvekili seçilmesi üzerine Brüksel'e taşınmış ve Grande-Synthe şehri ile bir irtibatı kalmamıştır.

Başvuru Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında bir yargısal yetki sorunu gündeme getirmediğinden Mahkeme bu yönde bir değerlendirme yapmamıştır. Mahkeme başvuranın Grande-Synthe şehri ile ilgili hiçbir bağı kalmadığını, halihazırda Fransa'da da yaşamadığını dikkate alarak 2. maddenin (yaşam hakkı) veya 8. maddenin (özel ve aile hayat saygı hakkı) herhangi bir yönü açısından 34. madde uyarınca mağdur statüsüne sahip olamayacağını belirtmiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.[60]

IV. ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA DEVLETLERİN YARGI YETKİSİ

Hukuki bir kavram olarak yargı yetkisi, farklı anlamları olan bir kelime olmakla birlikte ilk anlamlarından birisi bir devletin kendi sınırları içindeki tüm kişiler, nesneler ve olaylar üzerinde yetki kullanabilmesi anlamına gelir.[61] Uluslararası kamu hukukunda yargı yetkisi hukuksal güç veya yeterlilikle yakından bağlantılı olup[62] normatiftir ve esas olarak bu yetkiye tabi olanların hukuki ilişkilerini hukuk normları oluşturmak ve uygulamak suretiyle düzenleme ve kontrol etme yetkisiyle ilgilidir.[63] Yargı yetkisi devletin yargılama faaliyetlerinden daha geniş bir anlama sahip olup, bir devletin hukuk kuralları

---

59 Mahkeme sonuç olarak dört başvuranın mağdur sıfatının bulunmadığına, başvuran dernek açısından ise Sözleşmenin 8 ve 6. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland.

60 Carême v. France.

61 Bryan A. Garner, (Edt), Black's Law Dictionary, 9th Edition, West, Dallas 2004.

62 Patrick Capps / Malcolm Evans / Stratos Konstadinidis, Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives, Oxford: Hart Publishing, 2003, s. xix; Şeref Ünal, Uluslararası Hukuk, Yetkin, Ankara 2005, s. 237; Yücel Acer / İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 170.

63 Stephen Allen / Daniel Costelloe / Malgosia Fitzmaurıce / Paul Gragl / Edward Guntrip, The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, 2019, s. 4.

koyma ve bunlara uyulmasını sağlama yeteneği olarak tanımlanan hükümet etme gücünü dolayısıyla da devletin yasama, yargılama ve yürütme faaliyetlerini içeren tüm yetkilerini kapsar.[64]

Devletin yargı yetkisi belirlenirken ülkesellik, uyrukluk, koruma ve evrensellik gibi kriterler esas alınmaktadır.[65] Bununla birlikte yargı yetkisinin devlet egemenliğinin ya da ülkeselliğinin bir unsuru olduğu yönünde asgari bir uzlaşı vardır. Zira devletin iç hukuku kural olarak devletin egemenlik alanı ile sınırlıdır ve yasalar normal olarak, belirli bir devletin egemenlik sınırları dışındaki kişiler, olaylar veya davranışlar için geçerli değildir.[66] Bu ilke devletlerin egemen eşitliğinden kaynaklanır ve eşit egemen devletlerden oluşan bir dünyada her devletin kendi egemenlik sınırları içinde yasalar kabul ederek egemenliğini şekillendirme hakkına sahip olduğu sonucunu doğurur ve aynı zamanda devletleri diğer devletlerin egemenliğine tecavüz etmekten alıkoyar.[67] Günümüzde küresel iletişim, internet kullanımı vb. gelişmeler nedeniyle devletin rolü kısıtlanmışsa ve siber uzay ya da küresel iklim değişikliği gibi sınırların giderek yapay hale geldiği durumlarda dahi ülkesellik yargı yetkisinin merkezinde kalmaya devam etmektedir.[68]

Bununla birlikte uluslararası hukuk bir devletin sınır ötesi yargı yetkisini belirlerken vatandaşlık, bayrak, diplomatik ve konsolosluk ilişkileri, etki, koruma, pasif uyrukluk ve evrensellik gibi kriterlerin uygulanmasını da dışlamamaktadır. Söz konusu kriterler genel bir kural olarak, diğer ilgili devletlerin egemen ülkesellik hakları kapsamında sınırlandırılır.[69] Öte yandan uluslararası hukuk günümüzde devletlerin birlikte var olma ilkesinden işbirliği hukukuna evrilmekte ve savaş ve insanlığa karşı suçlar ya da terör suçları gibi hallerde sınır ötesi yargı yetkisi uygulama zorunluluğu dahi getirmektedir.[70] Bununla birlikte bir devlet diğerinin rızası, daveti ya da muvafakati olmaksızın diğer devletin toprakları üzerinde fiilen yargı yetkisi kullanamaz. Başka bir devletin topraklarını işgal ettiği durumlarda ise söz konusu topraklarda en azından belirli açılardan yargı yetkisi kullandığı kabul edilir.[71]

Yargı yetkisine ilişkin temel kural olan ülkesellik ilkesi uygulamada bazı zorlukları da beraberinde getirebilmektedir. Örneğin bir devlette gerçekleştirilen hukuka aykırı bir eylemin başka bir devlette zarara yol açması halinde hangi devletin yargı yetkisinden söz edilecektir? Bu gibi durumlarda, her iki devletin de eylemin sadece bir kısmı için ülkesellik kriterine dayanarak yargı yetkisinin

---

64 Carlo Focarelli, International Law, Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2019, s. 284.

65 Focarelli, s. 283.

66 Frederick Aleksander Mann, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 20; Focarelli, s. 284.

67 Allen/Costelloe/Fitzmaurıce/Gragl/Guntrip, s. 5.

68 Cedric Ryngaert, *The Concept of Jurisdiction in International Law* in Alexander Orakhelashvili, (Edt), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, Elgar Online, 30 October 2015, https://doi.org/10.4337/9781783472185 Erişim 30 Ocak 2025, s. 52.

69 Allen/Costelloe/Fitzmaurıce/Gragl/Guntrip, s. 6; Ünal 238-241; Acer/Kaya, s. 177-179.

70 Ryngaert, s. 53-54.

71 Pierre-MarieDupuy, Droit International Public, 4th Edition, Editions Dalloz 1998, s. 64-65; Focarelli, s. 286-287.

makul olarak gündeme geleceği kabul edilmekte ve bu tür bir yetkinin uluslararası teamül hukukuna da uygun olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda eylemin başladığı devlet açısından sübjektif ülkesellik, zararın meydana geldiği devlet açısından objektif ülkesellik ilkesi söz konusu olmaktadır.[72]

Ülkesellik kriteri Amerika Birleşik Devletleri tarafından başlatılan bir uygulama ile istisnai olarak genişletilmiştir. Özellikle sınırları dışında gerçekleşen cezai veya anti tröst uygulamaların kendi toprakları, vatandaşları veya piyasaları üzerinde doğrudan ve yasadışı etkiler veya sonuçlar doğurduğu hallerde kendi hukukunu uygulamaya başlamıştır. Örneğin sınırları içindeki tüketicilerin zararına fiyatları yükselten yurtdışındaki rekabete aykırı uygulamaları caydırmak amacıyla çeşitli yaptırım tedbirleri almıştır. Bu tür durumlarda eylem tamamen sınırları dışında gerçekleştirilmiş olsa bile, genel menfaati korumak amacıyla yargı yetkisinin ülkesel olduğu varsayılmaktadır. Etki doktrini olarak adlandırılan bu uygulama somut olayın niteliğine göre zaman zaman yargı makamlarınca da kabul görmüşse de hukuki emperyalizmin (legal colonialism) bir tezahürü olduğundan bahisle şiddetle eleştirilmiştir. Günümüzde ise söz konusu doktrinin uluslararası hukuk tarafından desteklendiği ölçüde onaylama eğilimi olduğu görülmektedir.[73] Bu kapsamda doktrinin gerçek bağlantı genel şartı kapsamında yani yurtdışında gerçekleştirilen eylemin zarar verici etkisinin objektif ülkesel kriteri karşıladığı ölçüde uluslararası teamül hukukuna uygun olacağı belirtilmektedir.[74] Bununla birlikte söz konusu doktrinin milli menfaatleri aleyhine sınırları dışında suç işleyen veya eylem gerçekleştiren kişileri yargılama ya da sorumlu tutma iradesinin gerekçesini oluşturmak amacıyla geliştirildiğinin de dikkate alınması gerekir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Devletin yargı yetkisi, bir başvuruyu inceleyecek olan uluslararası insan hakları makamının öncelikle çözümlemesi gereken usule ilişkin temel bir kabul edilebilirlik kriteridir. İddia edilen ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği, ya da gerçekleşmiş olsa bile söz konusu ihlalin gerçekleşmesinden davalı devletin sorumlu olup olmadığına ilişkin yapılacak inceleme ve değerlendirmeler yargı yetkisi sorunu çözümlendikten sonra gündeme gelebilecektir. Yapılan bir başvuru kapsamında davalı devletin yargı yetkisinin bulunduğunun tespit edilmesi ihlal iddiasından veya sonuç olarak meydana gelen zarardan da devletin sorumlu olduğu sonucunu otomatik olarak doğurmamakta, söz konusu hususlar başvurunun esastan incelenmesi sırasında değerlendirilmektedir.

Devletin iklim değişikliği veya benzeri bir konuda alması gereken maddi yükümlülükler yargı yetkisinin belirlenmesinde kriter olarak kullanılamaz. Zira yargı yetkisi, sorumluluk açısından gerekli bir ön koşuldur ve iddia konusu eylem ya da ihmalin davalı devlete atfedilebilirliğine ilişkin değerlendirme yapılabilmesine imkân sağlar. Dolayısıyla genel olarak kabul edildiği gibi yargı yetkisinin bir devletin maddi yükümlülüklerine ilişkin her türlü soru ya da

---

72 Focarelli, s. 287.

73 Devletler de Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın Lotus kararı (PCIJ, The Case of the SS Lotus (France v. Turkey), 7 September 1927, PCIJ Series A No. 10) doğrultusunda genellikle davayla bölgesel olarak bağlantılı tüm devletlerin kısmen de olsa yasama ve yargı yetkisini kabul etmektedirler. Focarelli, s. 287.

74 Focarelli, s. 287-289.

sorundan farklı ve mantıksal olarak öncelikli olduğu kabul edilir. Bu kapsamda maddi bir yükümlülük olan "önleme ya da zarar vermeme ilkesi", uluslararası hukuktaki statüsü ne olursa olsun, yargı yetkisi ile ilgili olmayan bir ilkedir.

Belirtmek gerekir ki iklim değişikliği tüm insanlık ve dünyamız açısından acil ve ciddi zorluklar ortaya çıkarmaktadır. İklim değişikliğinin etkisinin azaltılması ve iklim değişikliği ile mücadele edilmesi bağlamında başta Paris Anlaşması olmak üzere diğer uluslararası sözleşmeler devletlere çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Devletler Paris Anlaşması kapsamında belirlenen ulusal katkılarına ilişkin olarak sera gazı emisyonu üreten kamu ve özel sektör faaliyetleriyle ilgili geliştirilen belirli uluslararası taahhütler üstlenmişlerdir. Uluslararası sözleşmeler kapsamında devletlerin çeşitli pozitif yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır. Ayrıca devletin topraklarındaki sera gazı emisyonu ile sınırları dışındaki insanların hakları ve refahı üzerindeki olumsuz etkiler arasında belirli bir nedensellik ilişkisi de ortaya çıkabilir. Ancak iklim değişikliği sorunu, diğer neden-sonuç ilişkilerinden farklı bir şekilde, insanlık için varoluşsal bir nitelik ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle iklim değişikliği küresel bir olgudur ve her devletin iklim değişikliğinin meydana getirdiği küresel sorunlara ilişkin kendi payına düşen bir sorumluluğu bulunmakta olup, sorunlara uygun çözümlerin bulunmasında rol oynaması gerekmektedir. Bu kapsamda devletin yargı yetkisi de kural olarak ülkesellik ilkesi temelinde belirlenir. Bununla birlikte iklim değişikliğinin belirtilen etkilerinin ülkesellik temel prensibi çerçevesinde geliştirilen uluslararası hukuk ilkelerini geniş bir şekilde yorumlayarak, devletin sınır aşan yargısal yetkisine yeni bir zemin oluşturamayacağı düşünülmektedir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin istişari görüşü belirli bir bölgedeki büyük alt yapı yatırımlarının o bölgede yaşayan kişilerin insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin olması nedeniyle son derece önemlidir. Bununla birlikte öncelikle belirtmek gerekir ki istişari görüş iklim değişikliğinin insan haklarına etkisine ilişkin olmayıp, çevreye zarar veren faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğa ilişkindir. Başka bir deyişle geniş bir coğrafyadaki alt yapı yatırımlarının çevreye verdiği zararlardan o bölgede yaşayan insanların haklarının etkilenmesiyle ilgilidir. İstişari görüş yargı yetkisinin bir devletin faaliyetler üzerindeki etkin kontrolü veya yetkisine başka bir deyişle etki doktrinine dayanmaktadır ki uluslararası hukukun sınır aşan zararı önleme yükümlülüğü ile yargı yetkisi sorununun birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Zira devletin maddi sorumlulukları doğrudan yargı yetkisini belirlememektedir. Yargı yetkisi tespit edildikten sonra devletin sorumluluklarını yerine getirip getirmediği ve böylece bir ihlale sebep olup olmadığı değerlendirilmektedir. Öte yandan istişari görüş somut bir insan hakkı ihlaline ilişkin bir başvuru kapsamında verilmemiş olup, başvuruya konu olay ve olgular da bu kapsamda incelenmemiş ve değerlendirilmemiştir.

BM Çocuk Hakları Komitesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin istişari görüşündeki bulguları esas aldığını belirtmiş ve bu kapsamda yargı yetkisini tespit ederken ülkesellik kriteri yerine etki doktrinine dayanmıştır. Bununla birlikte Komite ülkesellik kriterinin neden uygulanmaması gerektiğine dair yeterli bir açıklama yapmamış sadece Sözleşmede toprak (territory) kelimesinin geçmemesi nedeniyle sınıraşan yargının gündeme geleceğini belirtmiş ve istişari görüşün gerekçelerine atıf yapmakla yetinmiştir. Komite bu kapsamda istişari görüşün iklim değişikliğine ilişkin bir talep üzerine verilmediğini, çevreye zarar veren bir faaliyetten sorumluluğa ilişkin olduğu gerçeğini gözardı etmiştir. Halbuki iklim değişikliği diğer birçok nedenin yanı sıra çevreye verilen zararların da yol açtığı küresel bir olgu olup, ortaya çıkan bu

yeni olgunun haklar ve özgürlüklere etkisinden kaynaklı yargı yetkisinin nevi şahsına münhasır olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Komite iklim değişikliğinin tüm dünya devletlerinin kollektif katkısı sonucu meydana geldiğini kabul etmekle birlikte Paris Anlaşması'nda belirtilen ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi kapsamında her bir taraf devletin bireysel sorumluluktan muaf olmadığını belirtmiştir. Halbuki uluslararası hukukta devletin sorumluluğu şikâyetin esasına ilişkin bir husus olup, öncelikle başvurunun kabul edilebilirlik kriteri olarak yargı yetkisinin belirlenmesi gerekmektedir. Yargı yetkisi belirlenirken şikâyetin esasına ilişkin devletin sorumluluğuna atıf yapılması temel ilkelerin karıştırılması sonucunu doğurmuştur.

Komite iklim değişikliğine davalı devletlerin topraklarında gerçekleşen emisyonların da katkıda bulunduğunu belirtmekle birlikte küresel emisyon içerisinde söz konusu devletlerin emisyon oranları dikkate alındığında zararın oluşumunda ne kadar katkıları olduğuna dair herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Sadece Paris Anlaşması'nda yer alan ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi gereğince davalı devletlerin bireysel sorumluluğu bulunduğunu belirtmekle yetinmiştir.

Komitenin görüşünü dayandırdığı istişari görüş, yargı yetkisinin ancak bir eylem ile insan haklarının ihlali arasında "illiyet bağı" olması halinde gündeme geleceğini belirtmiştir. Komite görüşünde ise iklim değişikliğine neden olan sera gazı salınımından kaynaklı sınır dışı yargı yetkisine ilişkin illiyet bağını kurabilmek için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun tehlikeli faaliyetlerden (hazardous activities) kaynaklanan sınır aşan zararların önlenmesine ilişkin ilkelere atıf yapmıştır.

Komite uluslararararası hukukta geçerli olan sınırları dışındaki belli bir toprak parçası ya da kişiler üzerindeki etkin kontrol ilkesine, sınırları içerisindeki emisyonların kaynağı olan faaliyetler üzerinde etkin kontrole sahip olmak şeklinde yeni ve belirsiz bir yorum getirmiş ve böylelikle sorumluluğun öngörülemez sonuçlar doğurmasına yol açacak bir değerlendirme yapmıştır.

Karmaşık bir küresel olgu olarak iklim değişikliğinin kendine has özellikleri, Komite görüşüne göre kapsam ve erişimde olağanüstü bir genişleme meydana getirmektedir. Buna göre, dünyanın herhangi bir yerindeki herhangi bir kişi, ilgili insan hakları sözleşmesine taraf bir devletin yargı yetkisi içinde olduğunu iddia edebilecek ve herhangi bir bölgesel bağlantıya bakılmaksızın bir taraf devlet aleyhine bir başvuru yapabilecektir. Bu sonuç, devletlerarası ilişkilerin temelini ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğundan uluslararası hukukun temel ilkeleri ve hukukun üstünlüğü kapsamında doğurabileceği öngörülemez sonuçları dikkatlice değerlendirilmelidir.

Komite görüşünde belirtilen ve bilimsel olarak farklı nedenlerden de kaynaklanabilecek olan başvuranların ileri sürdüğü sıtma ve benzeri bazı hastalıklardan muzdarip olma, birtakım ruhsal sıkıntılar yaşama gibi uğranılan zarara ilişkin özel durumların doğrudan davalı devletlerin topraklarındaki sera gazı emisyonlarının bir sonucu olarak meydana geldiğine ilişkin herhangi bir bilimsel bulgu veya tıbbi raporun değerlendirildiğine ilişkin bir bilgi paylaşılmamış, genel itibariyle başvuranların bu konudaki genel beyanlarına itibar edilerek illiyet bağının bulunduğu varsayılmıştır.

Komite böylelikle Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan ve Komiteye bireysel başvuru hakkını tanımak suretiyle sözleşmenin etkin bir şekilde

uygulanmasına katkıda bulunmak isteyen az sayıdaki devleti küresel sera gazı emisyonlarının tamamının zararlı sonuçlarından sorumlu tutulması gibi bir sonuçla karşı karşıya getirmiştir. Böylelikle küresel emisyonların neredeyse tamamına sebep olduğu halde Sözleşme'ye taraf olmayan ya da Komite'ye bireysel bildirim hakkını tanımayan devletlerin sorumluluğunu bir nevi az sayıdaki devlete yüklemiştir. Halbuki küresel sera gazı emisyonunun yaklaşık %95'inden fazlasına sebep olan devletler Çocuk Hakları Sözleşmesine taraf olmadıkları ya da Komite'ye bireysel bildirim hakkını tanımamaları nedeniyle başvurunun muhatabı olmamışlardır.[75] Komite tarafından yapılan bu yorum, başka devletlerin eylem veya ihmallerinden az sayıda devletin sorumlu tutulması ya da muhatap alınması gibi bir sonuca götürmüştür.

Komite bir devletin milli menfaatlerini sınırları dışındaki eylem veya fiilleri ile zarar verenleri sorumlu tutmak ve bunlara ilişkin gerekli yaptırımları uygulayabilmek amacıyla uluslararası hukukta geliştirilen ve başlangıçta hukuki emperyalizm olarak eleştirilen etki doktrininin, bağlamını dikkate almaksızın iklim değişikliğinden meydana gelen zararlardan dolayı yargı yetkisinin belirlenmesine ilişkin olarak da uygulanabileceğini değerlendirmiştir.

Özet olarak Komite tarafından verilen görüş her ne kadar yarı yargısal nitelikte ise de, bir Sözleşme denetim organının sözleşme hükümlerinin uygulanması bağlamında ilgili uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri ile uyumlu hukuki bir görüş olmaktan ziyade, belirli bir siyasi, sosyal ya da benzeri bir perspektiften serdedilen temenni veya talepler niteliğinde olduğu düşünülmektedir. Zira yukarıda ayrıntılı belirtilen gerekçeler dikkate alındığında görüşün hukukun temel ilkeleri ve uluslararası hukuk ilkeleriyle uyumlu olmadığı gibi, belli bir sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla taraf olan ve iyi niyetle bireysel başvuru imkanını tanıyan devletler aleyhine küresel iklim değişikliğinden kaynaklı tüm sorumluluğu yüklemek gibi orantısız bir külfet dağılımı sonucunu doğurduğu görülmektedir.

AİHM kararlarına gelince, Mahkeme'nin sınıraşan yargı yetkisine ilişkin olarak uluslararası kamu hukuku prensipleri doğrultusunda yerleşik içtihatlarını dikkate aldığı ve iklim değişikliği perspektinden ayrıntılı bir şekilde konuyu analiz ederek somut olaya uyguladığı görülmektedir. İklim değişikliği sorununun küresel bir sorun olmasına ve her bir devlete çeşitli nitelikte sorumluluklar getirmesine rağmen, Mahkeme devletin sorumluluğu ile yargı yetkisinin farklı kavramlar olduğunun altını çizmiş ve sonuç olarak iklim değişikliğinin insan hak ve özgürlüklerine etkisi nedeniyle devletlerin ülkesellik kriteri temelinde belirlenen yargı yetkisinde bulunan kişiler bakımından yargı yetkisi olduğu ve sınıraşan yargı yetkisi bulunmadığı sonucuna varmıştır. AİHM'in bulgularının uluslararası kamu hukuku ilkeleri ile uyumlu ve küresel bir olgu alan iklim değişikliğinin etki ve sonuçlarından muhataplık bakımından da adil olduğu değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte Mahkeme'nin söz konusu sonuca ulaşabilmesi için yargılama sürecini yaklaşık dört yıl kadar sürdürmemesi gerektiği düşünülmektedir. Zira davalı 33 devlet başvurunun öncelikle kabul edilebilirlik sorununa dair bir karar verilmesini talep etmelerine rağmen, Mahkeme bu ortak talebi reddetmiş ve davalı devletlerden hem kabul edilebilirlik hem de

[75] Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne 196 devlet taraf olduğu halde, ihtiyari porotokol uyarınca bireysel Komite'ye bireysel bildirim hakkını sadece 52 devlet tanımıştır. Bkz. Status of Ratification Interactive Dashboard, https://indicators.ohchr.org/ Erişim 30 Ocak 2025.

başvurunun esasına ilişkin görüşlerini talep etmiştir. Ayrıca davayı sonuçlandıran Büyük Daire 27 Eylül 2023 tarihinde bir de duruşma gerçekleştirmiştir. Halbuki Mahkeme davalı devletlerin ortak talepleri doğrultusunda öncelikle kabul edilebilirlik konusunda bir değerlendirme yapmak suretiyle başvuruyu daha kısa bir sürede ve daha az bir emekle sonuçlandırabilirdi.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Acer Y / Kaya İ. Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin, 9. Baskı, Ankara 2018.

Allen S / Costelloe D / Fitzmaurıce M / Gragl P / Guntrip E, The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, 2019.

Capps P / Evans M / Konstadinidis S, Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives, Oxford: Hart Publishing, 2003. J

Dupuy P M, Droit International Public, 4th Edition, Editions Dalloz 1998.

Focarelli C, International Law, Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2019.

Garner B A, (Edt), Black's Law Dictionary, 9th Edition, West, Dallas 2004.

Mann F A, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Ryngaert C, *The concept of jurisdiction in international law* in Orakhelashvili, A. (Edt), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, Elgar Online, 30 October 2015, https://doi.org/10.4337/9781783472185 Erişim 30 Ocak 2025, s. 50-75.

Ünal Ş, Uluslararası Hukuk, Yetkin, Ankara 2005.

Kararlar

A.S. and others. v. Italy, (CCPR/C/130/D/3042/2017), https://docs.un.org/en/CCPR/C/130/D/3042/2017 Erişim 25 Ocak 2025.

A.S. and others. v. Malta, (CCPR/C/128/D/3043/2017), https://docs.un.org/en/ch/CCPR/C/%20128/D/3043/2017 Erişim 25 Ocak 2025.

Advisory Opinion OC-23/17. (I/A Court H.R.) 15 November 2017, https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/search/jurisdiction:EA+categoriaCorte:r06r9jvh0djje9e+tipoDeDocumento:r06r9jyx5a802uh/* Erişim 28 Ocak 2025.

Al-Skeini and others v. UK (GC), no. 55721/07, (ECtHR 7 July 2011).

Andreou v. Turkey, No. 45653/99, (ECtHR 27 October 2009).

Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, (ECtHR 12 December 2001).

Carême v. France, (GC), no. 7189/21, (ECtHR 9 April 2024).

Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others, (GC), no. 39371/20, (ECtHR 9 April 2024).

Georgia v. Russia (II) [GC], no. 38263/08, (ECtHR 21 January 2021).

H.F. and Others v. France [GC], no. 24384/19 and 44234/20, (ECtHR 14 September 2022).

M.N. and Others v. Belgium ((dec.) [GC], no. 3599/18, (ECtHR 5 May 2020).

Munaf v. Irak and Romania (CCPR/C/96/D/1539/2006), https://juris.ohchr.org/casedetails/1517/en-US Erişim 26 Ocak 2025

Sacchi and others v. Turkey, (CRC/C/88/D/108/2019), 23 September 2021, https://docs.un.org/en/CRC/C/88/D/108/2019 Erişim 25 Ocak 2025.

Ukraine and the Netherlands v. Russia (dec.) [GC], no. 8019/16 and ... (ECtHR 30 November 2022).

Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, (GC), no. 53600/20, (ECtHR 9 April 2024).

İnternet Kaynakları

17 Goals to Transform Our World, https://www.un.org/en/climatechange/17-goals-to-transform-our-world Erişim 27 Ocak 2025.

American Convention on Human Rights, https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf Erişim 28 Ocak 2025.

Climate Action, https://www.un.org/en/climatechange, Erişim 26 Ocak 2025.

Climate change indicators reached record levels in 2023: WMO, https://wmo.int/news/media-centre/climate-change-indicators-reached-record-levels-2023-wmo, Erişim 26 Ocak 2025.

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 16 (2013).

CRC/C/NOR/CO/5-6.

Convention on the Rights of the Child, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child Erişim 29.01.2025.

Executive Order, January 20, 2025, https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/putting-america-first-in-international-environmental-agreements/ Erişim 26 Ocak 2025.

https://www.ohchr.org/en/climate-change Erişim 27 Ocak 2025.

https://docs.un.org/en/HRI/2019/1 Erişim 29 Ocak 2025.

https://juris.ohchr.org/SearchResult Erişim 29 Ocak 2025.

Human Rights Committee, General Comments No. 31 (2004), p. 10, No. 36 (2018).

İklim Değişikliği Başkanlığı, https://iklim.gov.tr/ Erişim 26 Ocak 2025.

Inter-American Court of Human Rights, https://www.corteidh.or.cr/index.cfm?lang=en Erişim 28 Ocak 2025.

Intergovernmental Panel on Climate Change, Climate Change 2021: Summary for All, 3- 12 December 2022, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/outreach/IPCC_AR6_WGI_SummaryForAll.pdf Erişim 25 Ocak 2025.

IPCC Sixth Assessment Report, 2022/08/PR, 28 February 2022, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/resources/press/press-release/ Erişim 26 Ocak 2025.

IPCC Working Group I Report, Climate Change 2021: the Physical Science Basis, https://www.ipcc.ch/2021/08/09/ar6-wg1-20210809-pr/ Erişim 26 Ocak 2025.

Kyoto Protocol, https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/cop3/l07a01.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

Paris Agreement,

https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

Prevention of transboundary harm from hazardous activities, prepared by the International Law Commission and annexed to UN General Assembly Resolution 62/68 of December 6, 2007, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n07/467/85/pdf/n0746785.pdf Erişim 28 Ocak 2025.

Status of Ratification Interactive Dashboard, https://indicators.ohchr.org/ Erişim 30 Ocak 2025

The Committee on the Rights of the Child (CRC), https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc Erişim 10.01.2025.

UN Environment Programme, https://www.unep.org/interactive/sectoral-solution-climate-change/ Erişim 25 Ocak 2025.

United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2024, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/46443/EGR2024_ESEN.pdf?sequence=20 Erişim 26 Ocak 2025.

United Nations Framework Convention on Climate Change, https://unfccc.int/sites/default/files/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf Erişim 27 Ocak 2025.

What We Do, https://www.un.org/en/our-work Erişim 26 Ocak 2025.

CEZA MUHAKEMESİNDE ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE SINANMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Thoughts on Testing Alternative Solutions in Criminal Procedure Law with the Right to a Fair Trial

Dr. Süleyman ÖZAR*

"Duruşmalar hayatta kalacak mı? Yoksa ceza muhakemesinin dinozorları haline gelip, suç ve cezanın dramatik bir şekilde sunulmasından ziyade etkin suç kontrolünü hedefleyen bir ortama artık uymadıkları için sonunda yok mu olacaklar?"[1]

Öz: Ceza muhakemesinde alternatif çözüm yöntemlerinin tüm dünyada yükselen bir ilgiye mazhar olduğu bilinen bir gerçektir. Gerek onarıcı adalet politikalarının gerekse yargıdaki iş yükünü azaltma yaklaşımının bir sonucu olarak bu yöntemlerin hem türünü hem de miktarını artırmaya yönelik arayışlar ülkemizde de hız kesmeden devam etmektedir. Bu çalışmada söz konusu arayışların adil yargılanma hakkı zemininde gerçekleşmesini önermiş bulunmaktayız. İlk bakışta, yargılamadan feragat edilen bir ortamda artık adil yargılanma hakkının da kapsam dışı olabileceği düşünülebilir ise de yargılamadan feragat edilmesinin adalet ve hakkaniyetten ve buna bağlı teminatlardan feragat edilmesi anlamına gelmeyeceğine dikkat çektik. Esasen bu dikkatin kaynağını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıklıkla görmek mümkündür. Zira hakkaniyeti yalnızca hâkim nezdinde yürütülen yargılama süreçlerinde uyulması gereken bir ilke olarak görmek, amaçsal açıdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, kovuşturmadan ayrılma yöntemlerinin normatif bir boşlukta işlediğini düşünmüyoruz. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının izini sürerek yapılan bu inceleme bize bu noktada normatif bir boşluk olmadığını da göstermiştir.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Çözüm Yolları, Adil Yargılanma Hakkı, Hakkaniyet, Katılımcı Model, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract: It is a known fact that alternative resolution methods in criminal procedure are attracting increasing interest all over the world. As a result of both restorative justice policies and the approach of reducing the workload in the judiciary, the pursuit of increasing both the varieties and quantity of these methods continues unabated in our country as well. In this study, it was suggested that this trend should be carried out on the basis of the right to a fair trial. Although it might seem that in a position where trial is sacrificed, the right to a fair trial may no longer be within its scope at first glance, we have noted that waiving trial does not mean waiving justice and equity and the guarantees attached to them. In fact, it is possible to see the source of this point in the judgements of the European Court of Human Rights (ECHR). Because admitting fairness as a principle that must be complied with only in the trial processes conducted before the judge is incompatible with the European Convention on Human Rights in terms of purposeful perspective. We do not therefore consider that methods of diversion in criminal procedure improves in a normative gap. As a matter of fact, this review, which was carried out by following the ECHR judgements, it has been stated that there is no normative gap at this point.

Key Words: Alternative Dispute Resolution Methods, The Right to a Fair Trial, Fairness, Participatory Model, European Court of Human Rights.

* Ankara Batı C. Başsavcı Vekili, ozarsuleyman@gmail.com

ORCID: 0000-0003-0934-9594 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676722

1 Weigend, T. Turner, "Why Have A Trial When You Can Have A Bargain?", The Trial On Trial Vol. 2: Judgment and Calling to Account içinde, editörler: Duff A, Farmer L, Marshall S, Tadros V, Hart Publishing, Oxford, 2006, s. 208.

Makale Geliş Tarihi: 09.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 13.03.2025

GİRİŞ

Günümüz hukuk sistemlerinde yargılama, sanığın suçluluğunun belirlenmesi için yegâne bağlam olarak görülmemektedir. Artık yargılama, ceza adaleti sistemi içinde mevcut seçeneklerden yalnızca biridir. Hatta, yakın gelecekte geleneksel yargılama usulünün önemini büyük ölçüde kaybedeceğini söylemek pek de iddialı bir yaklaşım olmayacaktır.[2] Çalışmamızda bu gerçeği kabullenirken, kişinin adil yargılanma hakkının nasıl korunacağı (daha doğrusu korunup korunamayacağı) hususuna dikkat çekmeyi amaçlıyoruz.

Klasik ceza muhakemesi, hem doğru şekilde vakıa tespiti *(fact-finding)* yapmayı amaçlayan 'epistemolojik araç' hem de sanığın adil yargılanma haklarını kullanabileceği en elverişli vasıtadır.[3] Epistemolojik bağlam önemli olmakla birlikte, verimli bir analiz için yeterli değildir. Bu durum, kovuşturmadan ayrılma mekanizmasının *(diversion)* veya ispata yönelik hızlandırılmış usulün *(shortcut to proof)*, mahkemenin vakıa tespiti bağlamındaki görevlerini ihlal edip etmediğini belirlememize olanak tanıyan nesnel bir doğruluk standardı gerektirecektir. Ancak böyle bir araç ve imkân mevcut olmadığı için kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarının doğru vakıa tespiti ışığında değerlendirilmesi uygun olmayacaktır. Bununla birlikte, delillere itiraz edilebilen ve karşı savların ileri sürülebildiği bir sürece tabi tutulması halinde hakikatin tespiti imkanının büyük ölçüde arttığı ileri sürülmektedir.[4] Bu anlamda, doğru vakıa tespiti ile ceza yargılamasının hakkaniyeti arasında bir ilişki vardır. Bu yanlış anlaşılmamalıdır: Sanığın adil bir şekilde yargılanmasını sağlamak, mutlaka doğru delil tespitini beraberinde getirmez; sadece varılan nihai sonucun gerçeğe uygun olma olasılığını artırır.

O halde, ceza yargılamasına başvurulma sıklığındaki düşüş hem epistemolojik açıdan hem de hakkaniyet açısından endişe vericidir. Çalışmamızda bu endişeyi gidermeye yönelik olarak adil yargılanma ilkesinin kapsamını ve misyonunu öne süreceğiz. Böylelikle adalete ulaşmanın klasik biçiminden herhangi bir şekilde feragat edilmesinin adaletten feragat anlamına gelmeyeceğini ortaya koymaya çalışacağız.

Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesi doğrultusunda adil yargılanma hakkını yorumlamaktadır. Bu noktada hakkaniyet kavramının her şeyden önce yargılama bağlamıyla ilişkilendirilmesi şaşırtıcı değildir. Ancak, ceza hukukunun uygulanması açısından yaşanan gelişmeler ve kovuşturmaya alternatif mekanizmaların yükselişi bir paradoksa yol açmıştır; adil yargılanma hakkı çok detaylı bir şekilde yorumlanıp tartışılırken yargılamanın önemi giderek azalmıştır. İşte bu makalede cevabı aranan soru, dosyayı kovuşturma evresine taşımamak ya da yargılamayı hızlandırmak için bir alternatif mekanizma

---

2 Weigend, s. 222.

3 Larry Laudan, Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press, New York, 2006, s. 2.

4 Bkz. AİHM (BD), *Al-Khawaya ve Tahery/Birleşik Krallık*, 15 Aralık 2011, no. 26766/05 ve 22228/06, § 118.

Aynı doğrultuda AİHM (BD), *Schatschaschwili/Almanya,* 15 Aralık 2015, no. 9154/10. (Çalışmada ayrı bir kaynak belirtmediğimiz AİHM kararları hudoc.echr.coe.int sitesinden alınmıştır,)

kullanıldığında sanığın adil yargılanma hakkının da tüketilmiş olup olmayacağı sorusudur.

Bu düşüncelerden hareketle makalemizde, alternatif çözüm yöntemleri olarak da ifade edilen yargılamadan feragat yöntemlerinin adil yargılanma üzerindeki etkilerine odaklanılmıştır. Çalışmamızın temel ilgi alanı klasik ceza yargılamasından feragat edilmesinin hakkaniyet açısından sonuçlarını irdelemektir. Birinci bölümde ceza muhakemesinde alternatif çözüm yöntemlerinin genel bir tanıtımını yapacak, kavram kargaşasının önüne geçmeye çalışacağız. İkinci bölümde bu yöntemler uygulanırken adil yargılanma hakkının devre dışı kalmaması gerektiğini AİHM kararları ışığında tartışacağız. Bu bağlamda, ceza yargılamalarına sanığın katılım hakkının içini dolduran ilkelerin alternatif çözüm süreçlerine uygunluğunu da yoklayacağız.

I. ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. KOVUŞTURMADAN AYRILMA MEKANİZMALARI

Esasen klasik ceza muhakemesi, davanın mahkeme huzurunda görüldüğü ve tüm delillerin sanığın etkin şekilde katılımını sağlamak amacıyla sunulup tartışıldığı bir süreçtir. Böylece sanık, aleyhinde ileri sürülen delillere itiraz edebilme ve bu konudaki savlarını mahkeme huzurunda dile getirme imkânını haizdir. Sanığın ileri sürdüğü savların mahkeme tarafından nasıl değerlendirildiğini ortaya koymak adına mahkemenin vereceği hükümde kararın gerekçeleri açıklanır.

Kovuşturmadan ayrılma ise -kısaca söylersek- savcının kovuşturmadan feragat etmesidir.[5] Bu feragat tek taraflı işlemle ya da müzakere/pazarlık usulleriyle olmak üzere iki türlüdür. Savcının kovuşturmadan tek taraflı feragati; şüpheliye isnat olunan suçun unsurlarının gerçekleştiğine kanaat getirilmesine ve kovuşturma yapılmasına yetecek ölçüde şüpheye ulaşılmasına rağmen soruşturma işlemlerinin koşulsuz olarak veya belli şartlar altında sona erdirilmesi anlamına gelmektedir.[6]

Kovuşturmadan ayrılmanın ikinci yolu ise çift taraflı (mağdur/fail ya da şüpheli/savcı arasındaki) iradeye dayanır. Bunlardan şüpheli ile savcı arasındaki müzakereye dayanan usuller, yargısız ceza olmaz *(nulla poena sine iudicio)* ilkesini ihlal edebilen alternatif mekanizmalardır.[7] Söz konusu ilke, cezanın ancak tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından, gerekli yargılama süreci gerçekleştirildikten sonra verilebilmesini gerektirir. Oysa suçlamanın kabul edilmesi *(guilty pleas)* ve iddia pazarlığı *(plea bargaining)* gibi müzakere yöntemleri, suç iddiasının mahkemeye taşınmasına gerek bırakmayan mekanizmalardır.[8]

---

5 Feragat kavramsallaştırmasının tarihsel ve mukayeseli köklerine ilişkin analiz için bkz. Hakan A. Yavuz, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, 2. Baskı, Adalet Y., Ankara, 2021, s. 134-143.

6 Yavuz, s. 134.

7 Koen Vriend, Avoiding a Full Criminal Trial, Asser Press International Criminal Justice Series Volume 8, Amsterdam, 2016, s. 225.

8 Vriend, s. 226.

Türk ceza muhakemesi sisteminde kovuşturmadan tek taraflı feragat; savcının takdiren kovuşturmaması (CMK m. 171/1) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/2) olarak ifade edilebilir. Kovuşturmadan çift taraflı feragat ise uzlaştırma (CMK m. 253), önödeme (TCK m. 75) ve seri muhakemedir (CMK m. 250).

Kovuşturmadan ayrılmanın usulü ve şartları ayrı bir çalışma konusudur. Şimdilik, iddia pazarlığı ile seri muhakeme arasında bir karşılaştırma yapmakla yetinmek istiyoruz. İddia pazarlığı, savcı ile şüpheli ya da sanık arasında yapılan pazarlık sonucunda yargılama hakkından feragat karşılığı yaptırımın hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması ile sonuçlanabilen bir usuldür.[9] Seri muhakeme usulü ise kanunda yazılı belli suçlar söz konusu olduğunda şüpheli hakkında iddianame düzenlemeye yeterli şüphe oluşturacak delil elde edinilmesi ile yetinilerek, savcının teklif edeceği usulü kabul etmesi şartıyla şüpheliye indirimli bir ceza hükmü verilmesidir.[10] Şüpheliye kovuşturma yapılmadan mahkumiyet verilmesi, şüphelinin suçu değilse de usulü kabulüne önem verilmesi gibi özellikleri bakımından iddia pazarlığı ile benzerlikleri göz önünde bulundurulduğunda, seri muhakemenin bazı suçlar bakımından rutin muhakemenin dışında bir çeşit alternatif çözüm yöntemi olduğu sonucuna varılabilir. Dolayısıyla bu usul için de iddia pazarlığındaki gibi *sui generis* bir hukuki niteliğin varlığından bahsetmek mümkündür.[11]

Bu çerçevede, çalışmamızda AİHM kararlarında iddia pazarlığının adil yargılama hakkı kapsamındaki durumuna ilişkin tespitler benzerlik ve uygunluğu ölçüsünde seri muhakeme için de geçerli kabul edilmelidir.

B. İSPATA YÖNELİK HIZLANDIRILMIŞ USULLER

İspata yönelik hızlandırılmış usuller *(shortcuts),* delillerin yargılama makamına olması gerekenden daha süratli ve kestirme bir şekilde sunulmasını ve tartışılmasını sağlar.[12] Kovuşturmadan feragat edilmediği için hızlandırılmış yöntemler "yargısız ceza olmaz" ilkesine uygundur, ancak delillerin mahkeme nezdinde olağan şekilde sunulmasına ve tartışılmasına imkân tanımaz. Bu bakımdan, şekli anlamda "delillerin doğrudanlığı" ilkesine, yani tüm delillerin yargılama makamının huzurunda tam olarak sunulması anlayışına aykırılık söz konusudur.[13] Söz konusu ilke, mahkemenin delillerle doğrudan doğruya temasa geçmesini ve delillerin aracı olmaksızın, duruşmada ortaya konularak hâkimin doğrudan öğrenmesini ifade eder.[14] Türk hukukunda CMK'nın 217/1. maddesinde düzenlenen bu ilke, hükme esas teşkil eden delillerin, hakim tarafından

---

9 M. Nureddin Bozalan, "İddia Pazarlığı (Plea Bargaining) ile Seri Muhakeme Usulü Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1, Haziran 2023, 165-188., s. 170.

10 Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Y., Ankara, 2021, s. 478.

11 Bozalan, s. 173.

12 Vriend, s. 225.

13 Mirjan Damaška, The Faces of Justice And State Authority: A Comparative Approach To The Legal Process, Yale University Press, New Haven, 1986, s. 446-448.

14 Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Y., Ankara, 2020, s. 338.

duruşmada bizzat öğrenilmiş olmasını kurala bağlar.[15] Bu açıdan bakıldığında hızlandırılmış usullerde yargılamadan kısmen feragat edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Türk ceza muhakemesi sisteminde ispata yönelik hızlandırılmış usul, 17.10.2019 tarihli 7188 sayılı Kanunla CMK'nın 251. maddesinde düzenlenen basit yargılama usulüdür. Asliye ceza mahkemelerinin iş yükünü azaltmak ve yargılamaların hızlandırılmasını sağlamak amacıyla getirilen bu usulde delillerin tartışıldığı bir duruşma yapılmamaktadır.[16] Anayasa Mahkemesi bu konuda, basit yargılama usulünün uygulanması noktasında hâkime verilen geniş takdir yetkisini çare olarak öne sürmüştür. Mahkemeye göre, *"Söz konusu takdir yetkisinin soruşturma aşamasında toplanan delillerin vicdani kanaate ulaşmak için yeterli olup olmadığı, başka bir ifadeyle dosyanın mevcut delillere göre duruşma yapılmadan hüküm kurmaya elverişli nitelikte olup olmadığı hususuna yönelik olduğu açıktır."*[17]

II. ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDE ADİL YARGILANMA HAKKININ KURAMSAL ZEMİNİ

A. ADİL YARGILANMANIN HAKKANİYETLİ YARGILANMAYI GARANTİ EDİP ETMEYECEĞİ SORUNU

Şüphesiz ceza yargılaması, doğru olgusal sonuçları garanti etmese de delillerin tartışılması için en iyi koşulları sağlar. Çelişmeli süreci teşvik eden bir usul bağlamı, maddi gerçek söz konusu olduğunda elzemdir. Bu bağlamdan kaçınmanın, davanın adil bir şekilde ele alınması açısından da olumsuz sonuçları vardır. Zira yargılama, sadece olay ve olguların tespit edilmesi için değil, aynı zamanda davanın adil ve hakkaniyetli bir şekilde görülmesini sağlamak için de en uygun zemini sağlar. Dolayısıyla bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yürütülen ceza yargılaması, sanığın adil yargılanma haklarına riayet edilmesinin en güçlü garantisidir.

Öte yandan ceza yargılaması, kusurlu usul adaletinin klasik bir örneğidir; yani tüm delil kurallarına ve adil yargılama güvencelerine riayet edilmiş olsa bile, yargılamanın sonucu adil olmayabilir (yani yargılama sonunda olay ve olgular temelinde yanlış bir sonuca varılabilir).[18] Bu nedenle, hakkaniyet standartlarını olgusal doğruluğa uygulamak veya yargılamanın sonucuna atıfta bulunarak yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek yanlış bir yaklaşımdır. Bu durum, delil hukukunun adil yargılama standartları tarafından şekillendirildiği ve bu standartlardan derinden etkilendiği fikriyle çelişiyor gibi görünmektedir. Delil hukukunu, hükmün olgusal doğruluğunu teşvik eden kurallar kategorisi olarak görürsek, adil yargılama standartlarını kullanarak delil hukukunu değerlendirmek anlamsız olacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar sonuç herhangi bir adil yargılanma standardı kapsamına girmese de sonuca

---

15 Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Y., Ankara, 2020, s. 772.

16 Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 883.

17 Anayasa Mahkemesi, E.2020/79, K.2023/113, 22/06/2023, § 77. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/113 (s.e.t. 23.12.2024)

18 John Rawls, A Theory of Justice, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 74.

ulaşma şeklinin adil yargılanmaya ilişkin mülahazalardan derinden etkilendiği ileri sürülmektedir.[19]

Bu bağlamda AİHM, çok ayrıntılı ve kapsamlı bir hakkaniyet kavramı oluşturmuş durumdadır.[20] Mahkeme, meşhur *Schenk* davasında, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin değerlendirmenin *"öncelikli olarak ulusal hukuk kapsamında düzenlenmesi gereken bir husus"* olduğunu belirtmiştir.[21] Sözleşme'nin 6. maddesi, mevcut haliyle, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir kural içermemektedir. Mahkemenin yargılamanın hakkaniyetine ilişkin bütüncül yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, bu durum şaşırtıcı değildir. Belirli ispat araçlarının kabul edilebilirliğine ilişkin ayrıntılı kurallar, yargılamanın hakkaniyetine ilişkin genel tespitle uyumlu olmayacaktır. O yüzden ulusal hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, yargılamanın doğrudan hakkaniyetine halel getirmeyecektir: Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması yargılamanın adil niteliğine olumsuz etki etmez.[22]

AİHM, sadece delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin genel kurallar belirlemekten kaçınmakla kalmamakta, aynı zamanda ulusal mahkemeler önünde sunulan delillere ilişkin değerlendirme yapmaktan da kaçınmaktadır. Dördüncü derece mahkeme olmamasına ilişkin doktrini göz önünde bulundurulduğunda AİHM, Sözleşme kapsamında korunan bir hakkı ihlal etmediği sürece, ulusal yargılamalar kapsamında sunulan delilleri değerlendirecek ve ilgili davaya uygunluğuna karar verecek konumda değildir: *"AİHM; delillerin kabul edilebilirliğinin öncelikli olarak ulusal hukuk kapsamında düzenlemeye tabi bir konu olduğunu ve genel kural olarak taraflarca ibraz edilen delilleri değerlendirmeye yetkili merciin ulusal mahkemeler olduğunu belirtir. Bu bağlamda, Sözleşme kapsamında AİHM'e düşen görev ise delillerin ele alınma yöntemi de dâhil olmak üzere bir bütün olarak ilgili yargılamanın adil olup olmadığını tespit etmektir."*[23]

AİHM, bir yargılamanın adil olup olmadığının ancak yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesiyle belirlenebileceğini vurgulamıştır.[24] Şu halde, AİHM'nin içtihadı belirli bir hak perspektifinden analiz edilmemelidir. Belli haklara (kural düzeyi veya mikro perspektif) veya hakkaniyet kavramına (ilkesel düzey veya makro perspektif) bakmak yerine, hakkaniyet kavramını oluşturan ayrıntılı içtihat hukuku unsurları ayrıştırılmaya çalışılmalıdır.

---

19 Rawls, s. 75.

20 Robert Roth-Françoise Tulkens, "The Influence of The European Court of Human Rights", Journal of International Criminal Justice, 2011/9, s. 571–575. (https://www.researchgate.net/publication/274474809_The_Influence_of_the_European_Court_of_Human_Rights'_Case_Law_on_International_Criminal_Law_of_Torture_and_Inhuman_or_Degrading_Treatment s.e.t. 25.12.2024)

21 AİHM, *Schenk/İsviçre,* 12 Temmuz 1988, 10862/84, § 46.

22 AİHM (BD), *Gäfgen/Almanya,* 1 Haziran 2010, no. 22978/05, §163. Bu karar özelinde ayrıntılı bir çalışma için bkz. Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", TBB Dergisi (111), 2014, ss. 325-414.

23 AİHM (BD), *Elsholz/Almanya,* 13 Temmuz 2000, no. 25735/94, § 66; AİHM (BD), *Garcia Ruiz/İspanya,* 21 Ocak 1999, no. 30544/96, § 28. Dördüncü derece doktrininin "makul ve tutarlı olmadığı" yönündeki görüş için bkz. Ryann Goss, Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of The European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 42-58.

24 *Al-Khawaya ve Tahery/Birleşik Krallık,* § 118.

Sonuç olarak adil yargılanma hakkı, davanın olgusal bağlamda doğru bir şekilde sonuçlanmasını temin etmez, bu hak sadece 'usul açısından' adaletin sağlandığını garanti eder.[25] Bu durum bizi 'sonuç odaklı adalet' konseptine yöneltir, yani önemli olan doğru usulün sonucudur. Bu görüşün karşısındaki az sayıdaki kişiden biri olan AİHM eski yargıcı *Loucaides*, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının adil bir sonuca ulaşma hakkını da kapsadığını savunmuştur.[26] *Loucaides*, kendisi adil olan ancak hakkaniyetli şekilde sonuçlanmayan yargılamalara itiraz edilememesinin Sözleşme'nin 6. maddesinin amacına aykırı olacağını ileri sürmüş, bariz şekilde adil olmayan kararların hakkaniyete aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[27]

B. HAKKANİYETİN TEMİNATI OLARAK "KATILIMCI MODEL"

Önceki başlık altında ifade edildiği üzere, AİHM içtihatlarını kural düzeyinde incelemek, hakkaniyet kavramına dayalı normatif bir çerçeveyi tanımlamada çok yardımcı olmamaktadır. Bu bağlamda, ceza yargılamalarında hakkaniyetin tamamlanması için sanığın katılımının sağlanması fikrini gündeme getireceğiz. AİHM'e göre yargılamalar, ancak ve ancak sanığın yargılamaya etkin bir şekilde katılabilmesi halinde adil olabilir.[28] Bu durumu klasik katılımcı modelin sonucu olarak da görebiliriz.

Katılımcı modelin kovuşturmadan ayrılma yöntemleri ile nasıl bir ilişkisi olduğu sorusu hala askıda beklemektedir. Görünüşe bakılırsa, bu modelin klasik ceza muhakemesinin yürütülmesi gerekliliğini ortadan kaldıran kovuşturmadan ayrılma yöntemleri için geçerli olduğu açık değildir.[29]

Katılım kavramı oldukça basit ve yalın görünmektedir, ayrıca adalet duygumuza da içten içe hizmet eder. Fakat daha yakından incelendiğinde katılım kavramı karmaşıktır ve detaylı şekilde ele alınması gerekir. Örneğin *"Usul Adaleti"* başlıklı makalesinde *Solum,* katılım ilkesinin iki temel haktan oluştuğunu ileri sürmüştür: sanığın hakkındaki suçlamayı öğrenme hakkı ve savunma yapma

---

[25] Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 83.

[26] Loukis G. Loucaides, "Questions of Fair Trial Under The European Convention on Human Rights",

Human Rights Law Review, 3:27–51, 2003, s. 31. (https://resolver.scholarsportal.info/resolve/14617781/v03i0001/27_qoftutecohr.xml s.e.t. 25.12.2024)

[27] AİHM, *Göktan/Fransa,* 2 Temmuz 2002, no. 33402/96, Yargıç Loucaides'in Kısmi Muhalif Görüşü, s. 15.

[28] Bkz. AİHM'nin Stanford davasındaki değerlendirmesi: *"[...] 6. Madde, bir bütün olarak ele alındığında, sanığın ceza yargılamasına etkin bir şekilde katılma hakkını güvence altına almaktadır".* (*Stanford/Birleşik Krallık*, 23 Şubat 1994, no. 16757/90, § 26.)

[29] AİHS'ye taraf devletlerin çoğunda kovuşturmadan ayrılma mekanizmaları kullanılmaktadır. Bu durum, ceza hukukunun önemli ölçüde klasik mahkeme ortamı dışında uygulanmasını gerektirmektedir. AİHM'nin 6. maddeye ilişkin içtihadı, tipik mahkeme ortamı göz önünde bulundurulduğunda, üye devletlerde ceza hukukunun uygulanmasını tam olarak yansıtmamaktadır. Ayrıca bkz. itiraf anlaşması prosedürlerine daha fazla yargı müdahalesini savunan Turner'ın görüşleri için: Jenia I. Turner, "Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View", Am J Comp Law, 2006, ss. 501–570.

hakkı.[30] İlk hak, sanığın kendisine yöneltilen suçlamalardan usulüne uygun olarak haberdar edilmesini garanti ederken, ikinci hak sanığın mahkemede hazır bulunmasını ve kendisine yöneltilen suçlamalara ve toplanan delillere itiraz edebilmesini güvence altına alır.[31] Yazar, *"katılımcı meşruiyet tezi"* olarak adlandırdığı bu hakkın sonucun meşruiyeti için elzem olduğunu savunmuş, olay ve olguların doğru tespiti veya kişinin onuruna ve özerkliğine saygı gösterilmesi gibi uygulamaların katılım ilkesinin normatif temelini oluşturmaya yetmeyeceğini ileri sürmüştür.[32]

Solum'un argümanlarının değeri, ağırlıklı olarak sürece katılım sağlamanın yargılamayı meşrulaştırdığı gözleminde yatmaktadır. Bu, sonuç odaklı herhangi bir yaklaşımın yeterli olmayacağı anlamına gelir; ancak müştekinin veya sanığın sürece hiç katılmamasının, katılım sağladığı duruma göre daha az doğru bir sonuca götürdüğünü iddia etmek, olayın tam da anlaşılmadığı anlamına gelir. Kişinin hakkındaki suçlamayı öğrenme hakkı ve savunma yapma hakkı gerçekten de herhangi bir katılımcı modelin çok önemli yönleridir, ancak tutarlı bir normatif katılımcı çerçeve olarak yetersizdir.

Bu bağlamda, mahkûmiyet kararı ile sonuçlanan ceza yargılamalarının, ancak hükme "etkileşimli katılım" *(communicative participation)* ile ulaşılmışsa meşru kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.[33] Bu görüşler öncelikle İngiltere ve Galler'in teamül hukuku geleneğindeki ceza yargılaması kavramına odaklanmış olsa da, etkileşimli katılım modellerinin çekişmeli ve engizisyonel sistemler için de (gerekli değişikliklerle) uygulanabilir olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.[34] Etkileşimli katılım modeli, duruşmanın tüm katılımcılarının aktif bir tutum sergilemesini gerektirmektedir; sadece sanık sürece aktif olarak katılmaya teşvik edilmekle (ancak zorlanmamakla) kalmayıp, aynı durum iddia makamı, tanıklar, mağdurlar ve mahkeme heyeti için de geçerlidir.[35] Bu modelin

---

30 Lawrence B. Solum, "Procedural justice", South Californian Law Review, 78:181–321, 2004, s. 308.

(Procedural Justice - Article by Lawrence B. Solum – Southern California Law Review s.e.t. 25.12.2024)

31 *Solum* yalnızca ABD mahkemelerine atıfta bulunmuştur. Ancak yazarın gözlemleri ABD medeni usul hukukunun özelliklerini aşmaktadır. Nitekim *"Ceza yargılamasında sanığın kendisini suçlayanlarla yüzleştirilmesi gerektiği genel hukukun uzun süredir yerleşmiş bir ilkesidir."* Ian Dennis, "The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights", Criminal Law Review, 4:255–274, 2010, s. 255.

(https://www.researchgate.net/publication/294620993_The_Right_to_Confront_Witnesses_Meanings_Myths_and_Human_Rights s.e.t. 26.12.2024)

32 *"Yargısal süreçlerin meşru bir otorite kaynağı olarak hizmet verebilmesi için bu süreçlerin tarafı olan kişilere katılım hakkı tanınması gerektiğinden, katılımın değeri katılımın sonuçlar üzerindeki etkisinin bir fonksiyonuna indirgenemez; katılımın değeri öznel bir tercihe veya tatmin duygusuna da indirgenemez."* Solum, s. 275.

33 A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, V. Tadros, The Trial On Trial Vol. 3: Towards A Normative Theory of The Criminal Trial, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 119.

34 Duff ve diğerleri, s. 200.

35 *"İdari tarzda bir 'sorgulayıcı' soruşturma potansiyel olarak yargılama için daha geniş bir bilgi tabanı sunar çünkü soruşturmacının delilleri toplarken acele etmemesini sağlar ve en az güvenilir ve en değişken delil türüne, yani tanık ifadesine daha az önem verir. Hukuki dinlenilme hakkı, delil sunma hakkı ve aleyhte tanıklarla yüzleşme hakkı da dâhil olmak üzere tarafların katılım haklarına, soruşturma ve yargılama dışı bir değerlendirme sürecinde dahi elbette titizlikle riayet edilmesi gerekecektir."* Weigend, s. 220.

amacı normatif bilgiye ulaşmaktır. Katılımın sağlandığı yargılamalardan sonra mahkeme, sanığa isnat edilen fiil hakkındaki gerçeği açıklar. Her ne kadar katılımcının delillere itiraz etme olasılığı daha doğru vakıa tespiti ile sonuçlanabilse de yargılamaya katılıma ilişkin haklar öncelikle hakkaniyet ilkesinin unsurları olarak görülmelidir.[36]

Bu noktada, ceza yargılamalarında çelişmeli usulün *(procédure contradictoire)* önemine değinmek gerekmektedir. Çelişmeli yargılama, gerçeğin doğru bir şekilde tespit edilmesini sağlar ve daha da önemlisi devlet ile sanığın çatışan menfaatlerini kurumsallaştırır.[37] Bu da sanığın, iddianın etkin bir şekilde ele alınması için çaba gösteren iddia makamına karşı korunduğu anlamına gelir. Kaldı ki, kolektif hüküm vermenin veya enikonu muhakeme yapmanın en sağlıklı yöntemi, bütün süjelerin düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır.[38] Ayrıca çelişmeli yargılama, sanığın adil yargılanma haklarını en geniş ölçüde kullanmasına olanak tanır ve aynı zamanda sanığın ceza adaleti sistemine katılımını sağlar. Devletin ve sanığın çıkarları temel anlamda farklıdır ve bu da sanığın Devletin suçlamalarına itiraz edebileceği çelişmeli bir usul ortamını gerekli kılar. Öte yandan, bürokratikleşmiş ceza adaleti sistemlerinde sanığın yargılamaya katılma ve yargılamanın sonucunu etkileme kabiliyetinin tehlikeye girebildiğini de ilave etmek gerekir.[39]

Jackson ve Summers ise ceza davalarına katılımın daha spesifik yönlerini ortaya koymuş, AİHM tarafından geliştirilen katılımcı modeli oluşturan dört unsuru birbirinden ayırmışlardır. Yazarlar, AİHM'nin sorgulayıcı ve çelişmeli unsurlara verdiği önem de dâhil olmak üzere, medeni hukuk ve genel hukuk geleneklerinin eski ikilemini aşan normatif bir çerçeve oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.[40] Bu çerçevenin ilk yönü zorlama olmamasıdır; sanık kendisi hakkında yürütülen yargılamaya katılma konusunda zorlanamaz. Bu kavram, belirli usule dair haklardan feragat etme olasılığı ile yakından ilgilidir. İkinci husus, sanığın usule dair hakları hakkında yeterince bilgilendirilmesini gerektirir. Üçüncü olarak, sanığın yargılama sürecine etkin bir şekilde katılabilmesi için aleyhinde toplanan delillere itiraz edebilmesi gerekir. Son olarak, sanık, hakkında gerektiğinde itiraz edebileceği gerekçeli bir karar verilmesini isteme hakkını haizdir.[41]

C. ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDE HAKKANİYET İMKÂNI

1. Adil Yargılanma Hakkının Başlangıç Anı *(Engel kriterleri)*

AİHS 6. madde bakımından ele alındığında, adil yargılanma hakkının sağladığı güvence "suç isnadı" ile devreye girer. Kişinin bir suç isnadıyla karşı

---

36 Duff ve diğerleri, s. 218.

37 Vriend, s. 20.

38 Yenisey/ Nuhoğlu, s. 758.

39 Vriend, s.20.

40 John D. Jackson/ Sarah J. Summers, "Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal Evidence", Criminal Law Review 60 (2), 2013, s. 115. (https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20201007037769 s.e.t. 27.12.2024)

41 Jackson/ Summers, s. 103–106.

karşıya kaldığı ilk anda, 6. madde kapsamındaki haklara saygı gösterilmesi gerekmektedir. AİHM, meşhur *Engel ve Diğerleri/Hollanda* içtihadında, *Engel kriterleri* olarak öğretiye yerleşen tasnifiyle suç isnadı kavramının özerk yorumunun üç unsurdan oluştuğunu belirtmiştir: suçun ulusal hukuk kapsamındaki sınıflandırması, suçun temel niteliği ile verilen cezanın niteliği ve ağırlığı.[42] Daha spesifik olarak açıklamak gerekirse, AİHM'e göre suç isnadı, *"bir kişiye suç işlediği iddiasıyla yetkili makam tarafından yapılan resmi bildirim"* olarak anlaşılmalıdır.[43] Böyle bir bildirimin yanı sıra, AİHM ayrıca, şüphelinin durumu önemli ölçüde etkilendiğinde, 6. madde hükümlerinin devreye gireceğini belirtmiştir.[44] Buradan, herhangi bir savcının konu bakımından yetkisi göz önünde bulundurulduğunda, savcı tarafından gönderilen bir bildirimin, ilgili kişinin belirli bir suç işlediği varsayımına dayandığı sonucu çıkmaktadır.

Engel kriterlerinin ilki gereğince bir fiilin ulusal hukukta ceza alanına girmesi halinde AİHS 6. maddedeki güvenceler uygulanabilir hale gelecektir.[45] Dolayısıyla, savcının şartlarına göre önödeme, uzlaştırma veya seri muhakeme teklifinde bulunabildiği hallerin özünde ilgili kişinin ceza gerektiren bir suç işlediğine ikna olması bulunduğundan şüphelinin adil yargılanma hakkı bu aşamada da tümüyle hayata geçmelidir. Bu durumda, savcı tarafından kişiye herhangi bir kovuşturmadan ayrılma mekanizmasının teklif edilmesi, aynı zamanda "bir kişiye, suç işlediğine dair bir iddianın yetkili makam tarafından resmi olarak bildirilmesi" demektir.[46] Böylece ilgilinin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkından geçerli bir şekilde feragat edip etmediği sorusu da ortaya çıkmaktadır. Kişinin açıkça veya zımnen feragat etmesine ilişkin güvenceler bir yana, AİHS 6. madde kapsamındaki usule dair güvenceler bu mekanizmalar için tamamen geçerlidir.

Belirtmek gerekir ki AİHM'nin, ceza isnadını özerk olarak yorumlaması, iç hukuktaki hukuk sistemlerine müdahale etmek için değil, iç hukukların sınıflandırmasıyla AİHS'nin teminat altına aldığı hakların etkisiz hale getirilmesinin önüne geçmek içindir.[47]

O halde, bir kişiye hakkındaki ceza isnadı bildirildiği anda, kişi adil yargılanma hakkı kapsamındaki bazı haklarından, özellikle de bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkından feragat etmeyi seçebilir.

---

42 AİHM, *Engel ve Diğerleri/Hollanda,* 8 Haziran 1976, no. 5100/71, § 82. Kıstaslar, kümülatif nitelikte değildir. Bir Taraf Devlet bir suçun cezai nitelikte olduğuna karar verdiğinde, 6. maddenin güvenceleri hemen devreye girer. Aynı doğrultuda AİHM (BD), *Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık,* 9 Ekim 2003, no. 39665/98 ve 40086/98, § 86. Bu konuda ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2014. www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides s.e.t. 26.12.2024)

43 AİHM, *Deweer/Belçika,* 27 Şubat 1980, no. 6903/75, § 46.

44 *Deweer* davasında da durum böyleydi. Başvurucu bir kasaptır, ekonomik düzenlemelere aykırı olarak et fiyatlarını yükseltmiştir. Belçika savcısı kararname gereğince önödeme teklif etmiş, ödenmezse işyeri kapatma cezası uygulanacağını ihtar etmiştir. (Bkz. Yalçın Şahinkaya, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin Y., Ankara, 2008, s. 59) Benzer bir karar için bkz. AİHM, *Eckle/Almanya,* 15 Temmuz 1982, no. 8130/78, § 73.

45 *Engel ve Diğerleri v. Hollanda,* § 46.

46 *Deweer/Belçika,* § 46.

47 Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41.

Başka bir ifadeyle, şüpheli tam ceza yargılamasından feragat etmeyi ve savcı veya mağdur ile bir tür yargı dışı (hukuk dışı değil) uzlaşmaya varmayı tercih edebilir. Elbette savcı sanığa kovuşturmadan ayrılma mekanizmasından yararlanma olanağı sunduktan sonra, sanığın seçimini sürecin sonuçlarından tamamen farkında olarak yapmasını sağlamak zorunludur.

2. Hakkaniyetten Ayrılmaksızın Kovuşturmadan Ayrılma İmkânı

Hakkaniyeti yalnızca hâkim nezdinde yürütülen yargılama süreçlerinde uyulması gereken bir ilke olarak görmek, AİHS'nin sunduğu güvencelerin amaç ve hedeflerine aykırıdır. Kovuşturmadan ayrılma yöntemlerinin normatif bir boşlukta işlemesi kabul edilemez. Böyle bir durum devletlerin kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarına geniş ölçüde başvurmak suretiyle hakkaniyetle ilgili gerekliliklerden kaçınmasına yol açacaktır. AİHM'nin de belirttiği gibi, adi suçları suç olmaktan çıkararak bu tür mekanizmaların kullanılması, hakkaniyet ilkesinin devre dışı bırakılmasına neden olmamalıdır.[48] Ancak bu, AİHS 6. madde kapsamında öngörülen tüm güvencelerinin kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarına uygulanabileceği anlamına gelmez. Çünkü zaten bu tür mekanizmalar, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından aleni şekilde yargılanma hakkından vazgeçildiği varsayımına dayanır.

Sanık, kovuşturmadan ayrılma sürecine etkin bir şekilde katılabilmiş olması koşuluyla, adil yargılanmaya ilişkin belirli güvencelerden feragat edebilir. Bu, kanunsuz ceza olmaz (*nulla poena sine iudicio*) ilkesiyle ilgilidir. Bu ilke katı bir şekilde (yargı kararı olmadan yaptırım uygulanamaz şeklinde) uygulanabileceği gibi, daha esnek bir yaklaşımla da (yargı denetimine ya da onayına açık olması yeterlidir şeklinde) yorumlanabilir. İlkenin esnek yorumu, yukarıda açıklanan katılımcı modele ve AİHM'nin bu hakkın içeriğine ilişkin benimsediği tutuma uygundur.[49]

AİHM, bir iddia pazarlığının Sözleşme kapsamında geçerli olabilmesi için belli şartların yerine getirilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Natsvlishvili ve Togonidze/Gürcistan* kararından[50] anlaşılan *bu şartlardan ilki,* sanığın davayı oluşturan olay ve olgulardan (tartışmalı bir şekilde buna aleyhindeki deliller de dahildir) ve pazarlık yapmanın hukuki sonuçlarından (en önemlisi, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkından feragat etmek) tümüyle haberdar edilmesidir. *İkinci olarak,* böyle bir pazarlık "gerçekten gönüllü" olarak kabul edilmelidir. *Üçüncüsü,* pazarlığın mahiyetinin ve taraflar arasında yapılma şeklinin adil olup olmadığının yeterli biçimde yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir.[51] Bu, tarafların tam yargılama sürecinin gölgesinde hareket ederken, müzakereler esnasında hakkaniyete saygı gösterildiğinden emin olmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Tarafların farklı

---

48 AİHM, *Öztürk/Almanya,* 21 Şubat1984, no. 8544/79, § 49.

49 *"Verilen bir cezanın cezai nitelikte olması halinde, hafif suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasının esasen idari makamlara ait bir mesele olması Sözleşmeye aykırı olmasa da 6 § 1 maddesinin gerekliliklerini karşılayan bir mahkeme tarafından inceleme imkânı bulunmalıdır."* AİHM, *Julius Kloiber Schlachthof GmbH ve Diğerleri/Avusturya,* 4 Nisan 2013, no. 21565/07; 21572/07; 21575/07 ve 21580/07.

50 AİHM, *Natsvlishvili ve Togonidze/Gürcistan,* 29 Nisan 2014, no. 9043/05, § 92.

51 *Natsvlishvili ve Togonidze /Gürcistan,* § 92.

hukuki ve kurumsal konumları göz önüne alındığında, bu gereklilik öncelikle savcıya yöneliktir.

AİHM'nin bu bağlamdaki yaklaşımı, hakkaniyet kavramının sadece kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarına uygulanabilir olduğunu değil, aynı zamanda hakkaniyete ilişkin herhangi bir hususun yargı denetimini gerekli kılması gerektiğini de içermektedir. Başka bir ifadeyle, sanığın gönüllü ve bilinçli olarak bir uzlaşmaya varıp varmadığı ve uzlaşma için yeterli olgusal temelin mevcut olup olmadığına yönelik değerlendirme yeterli değildir: Uzlaşmaya varma şekli de yargısal denetimin bir parçası olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi de seri muhakeme usulüne ilişkin düzenlemenin ilk halinde bulunan, hâkimin *talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurma* zorunluluğunu öncelikle masumiyet karinesine aykırı bularak iptal etmiştir.[52] Usulün zaman yönünden uygulanmasına yönelik ikinci iptal kararında ise Mahkeme, seri muhakemeyi *yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler* arasında kabul etmiş, fakat *bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin ve öngörülen çarelerin yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması* gerekliliğine de vurgu yapmıştır.[53]

Hakkaniyetin kovuşturmadan ayrılma mekanizmaları için de geçerli olduğu fikrine yalnızca Sözleşme'nin kendi perspektifinden ulaşılmamalıdır. Hukukun üstünlüğü perspektifinden bakıldığında da kamu makamlarının, özellikle de kişinin şu ya da bu özgürlüğünden mahrum bırakılmasıyla sonuçlanan bir süreçte, herhangi bir normatif çerçevenin dışında hareket edebilecekleri düşünülemez. Kanunilik ilkesi, kamu makamlarının yetkilerini yalnızca yasalar çerçevesinde kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Hem Anayasamız hem de Türk Ceza Kanunu, ceza yargılamalarının yasalara dayanması gerektiğini öngörmektedir. Savcı yetkilerini sadece bir suçun işlendiğine ikna olduğunda kullanabilir; aksini yapmak yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelir. Sanığı bu tür bir suiistimalden etkili bir şekilde korumak için, savcı bir kovuşturmadan ayrılma mekanizmasını tercih ettiğinde belirli normlara uymalıdır. Gerek kovuşturma öncesi eleme araçlarında gerekse kovuşturmada uygulanan alternatif usullerde ortada bir suç isnadı bulunduğu ve bu nedenle AİHS 6. maddedeki güvencelerin mutlaka işletilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

III. KLASİK KATILIMCI MODELİN GÜVENCELERİ

Bu bölümde ele alınan asıl soru, ceza muhakemesinde kovuşturmadan feragat edildiği durumlarda sanığın sürece etkin bir şekilde katılıp katılamayacağıdır. Dolayısıyla her bir kovuşturmadan ayrılma veya hızlandırılmış usul, katılımcı modelin yukarıda belirtilen şu dört unsur

---

[52] AYM, 2020/35 E., 2021/26 K., 31/3/2021, § 48-54.

(https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2021-26-nrm.pdf s.e.t. 26.12.2024)

[53] AYM, 2020/87 E., 2022/44 K., 21/4/2022, § 31.

(https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-44-nrm.pdf s.e.t. 26.12.2024) Anayasa Mahkemesinin seri muhakeme usulüne ilişkin iki ayrı iptal kararı üzerine değerlendirme için bkz. Hakan A. Yavuz, "Seri Muhakeme Usulü ve Anayasa Mahkemesinin 31.03.2021 ve 21.04.2022 Tarihli İptal Kararlarına İlişkin Düşünceler", Ankara Batı Adalet Dergisi, Ocak 2023, s. 12-17.

kılavuzluğunda analiz edilecektir: zorlama olmaması, bilgilendirilmiş katılım, sonuca itiraz edebilme ve gerekçeli karar unsuru.[54]

Katılımcı modelin bazı unsurları, tek başına ele alındığında, belirli kovuşturmadan ayrılma veya hızlandırılmış usullere kolayca uymamaktadır (veya hiç uymamaktadır). Örneğin, gerekçeli karar unsuru, kararın mahkeme tarafından verilmediği hızlandırılmış usullere tam olarak uymamaktadır. Benzer şekilde, zorlama olmamasını gerektiren unsur, herkesçe bilinen olguların kullanımını incelerken uygun bir bakış açısı gibi görünmemektedir; mahkemenin bu tür olguları resen tanımlaması, zorlamama unsurunu hiçbir şekilde ihlal etmemektedir. Tam da bu koşullarda, genel olarak katılım faktörü esastır: Belirli unsurlar uygulanmayabilir veya ihlal edilebilir, ancak genel olarak sanığın sürece etkin bir şekilde katılabilmesi hayati önem taşımaktadır.[55]

AİHM, katılımcı modelin farklı unsurlarına esnek bir yaklaşım sergilemektedir.[56] Vurgulayarak tekrar ediyoruz ki bu durum, yargılamanın adil olup olmadığının belirlenmesinde AİHM'nin bütüncül yaklaşımını ortaya koymaktadır. Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemek için yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmektedir.[57]

Mahkeme dışı çözümlerin sayısı artmakta olduğundan, kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarının hakkaniyetini ihmal etmemek de önem kazanmaktadır. Adalet Bakanlığı verilerine göre[58] 2023 yılında ceza muhakemesinde uzlaşma bürosuna gönderilen dosya sayısı yaklaşık 590 bin olup, bunların yarıya yakını uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Özel hukukta ise rakamlar çok daha yüksektir. Aynı yıl arabuluculuğa sevk edilen dosya sayısı yaklaşık 1,3 milyon olup, bunların 857.289 adedinde anlaşma sağlanmıştır. Bu trend sadece Türkiye'de değil, çağcıl hukuk sistemlerinin tümünde gözlenebilir.[59] İlk bakışta AİHM içtihadını, özellikle de Mahkeme'nin 6. madde yorumunu, normatif çerçeve olarak kabul etmek tuhaf görünmektedir. Zira bu madde adil yargılanma hakkını güvence altına almakta, adil bir mahkeme dışı çözüm hakkını içermemektedir. Ancak günümüzde ceza hukuku çok önemli ölçüde geleneksel yargılama bağlamının dışında uygulanmaktadır. Hukukun üstünlüğünü savunan

---

[54] Vriend, s 214.

[55] Jackson/ Summers, s. 104.

[56] *"6. maddenin 3. fıkrasında yer alan güvenceler, 6/1. maddede belirtilen adil yargılanma hakkının belirli yönleridir ve bu değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Bunların özünde yatan amaç, ceza yargılamasının bir bütün olarak adil olmasını sağlamaya katkıda bulunmaktır. Ancak bunlar kendi başlarına bir amaç değildir; adil yargılamanın gerekliliklerine uygunluk, her davada, belirli bir hususun veya olayın münferit olarak değerlendirilmesi temelinde değil, yargılamanın bir bütün olarak gelişimi göz önünde bulundurularak incelenmelidir."* AİHM, *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık,* 16 Aralık 2014, no. 50541/08; 50571/08; 50573/08 ve 40351/09, § 191.

[57] *"AİHM, 6. maddenin 3(d) fıkrasındaki güvencelerin, bu hükmün 1. fıkrada belirtilen hakkaniyete uygun yargılanma hakkının belirli yönleri olduğunu ve yargılamanın hakkaniyetine ilişkin her türlü değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini hatırlatır. (...) AİHM, 6 § 3 maddesini her zaman yargılamanın hakkaniyetine ilişkin etraflı bir inceleme bağlamında yorumlamıştır." (Al-Khawaya ve Tahery/Birleşik Krallık,* § 118 ve 143)

[58] Adalet Bakanlığı 2023 istatistikleri; https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf s.e.t. 27.12.2024

[59] *"Yargılama, ceza adaletinin düzgün idaresinde şans eseri bir uygulama haline gelmiştir".* (Weigend, s. 2)

bir devlette, büyük bir alanı kaplayan kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarının normatif bir boşlukta işlemesi kabul edilemez.

Kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarına ilişkin hangi usule dair güvencelerin mevcut olduğu sorusu önemlidir. Eğer devlet cezalandırma yetkisini *(ius puniendi)* kullanmak istiyorsa, sanık temel hakkaniyet kavramı bağlamında çeşitli güvenceleri haiz olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, AİHM'nin geçtiğimiz on yıllar boyunca adil yargılanma kavramını geliştirme biçimi, taraf devletlerde ceza hukukunun uygulanmasına ilişkin gerçekte ne olduğunu sadece kısmen yansıtmaktadır. [60] Daha açık bir ifadeyle, hakkaniyet kavramının sağladığı koruma, ceza adaleti sisteminin önemli bir bölümü için geçerli değildir. Sağlam bir normatif çerçeve, kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarının şeffaflık ve kamu denetimi açısından zafiyeti nedeniyle elzemdir. Bu tür mekanizmaları katılım modelini kullanarak değerlendirebilir ve analoji yoluyla uygulayabiliriz. Yani artık sanığın yargılama evresine ne ölçüde katılabildiğini sormak yerine, kovuşturmadan ayrılmayla sonuçlanan sürece ne kadar etkili bir şekilde katılabildiğini sormalıyız. [61]

Şu hâlde, kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarının uygulanması, AİHM'nin mahkemeye erişim hakkından ve diğer adil yargılanma haklarından feragat edilmesine ilişkin içtihadına uygun olmak zorunda olsa da normatif bir çerçeve olarak yeterli değildir. Mahkemeye erişim hakkından feragat etmek, hem savcının hem de sanığın yargılama sürecinin gölgesinde hareket ettiği bir sürecin en üst noktasıdır. Yalnızca tarafların varacağı nihai uzlaşmaya odaklanmak, bundan önceki süreci göz ardı eder. Sürece katılım gerekli normatif çerçeveyi sağlar; çünkü usule ilişkin tek bir aşamaya odaklanmak yerine sürece bir bütün olarak bakmamızı sağlar.

SONUÇ

Çalışmamızda, ceza yargılamasında hakkaniyet kavramını, klasik ceza yargılamasını aşan özerk bir kavram olarak ele almış bulunmaktayız. Dolayısıyla, ceza yargılamasına başvurulma sıklığındaki düşüşün, adil yargılanma veya hakkaniyet bağlamında benzer bir gerilemeyle sonuçlanmak zorunda olmadığını öne sürdük. Hakkaniyet kavramı ceza hukukunun uygulanmasının temelinde yatan bir ilke olarak görüldüğünde, kovuşturmaya alternatif mekanizmalarının kullanımını da düzenler ve sınırlar. Dahası, bir ceza dosyası kovuşturmadan ayrılma mekanizması veya basitleştirilmiş usulle ele alındığında da gerekli olan meşruiyeti sağlar.

Ceza muhakemesinde hakkaniyetle ilgili olarak yargılama evresine odaklanılması, günümüz ceza adaleti sistemlerinde ceza hukukunun

---

[60] Pauline Jacobs/ Petra Van Kampen, "Dutch ZSM Settlements in the face of procedural justice: the sooner the better?", Utrecht Law Review 10, 2014, s. 73.

https://utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.291 (s.e.t. 27.12.2024)

[61] AİHM, *Golder/Birleşik Krallık,* 21 Şubat 1975, no. 4451/70 kararında ilk kez 6/1. madde bağlamında mahkemeye erişim hakkını tanımıştır. Mahkeme, kararın 36. paragrafında şu hususu belirtmiştir: *"(...) erişim hakkının 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hakkın doğasında bulunan bir unsur olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu, Sözleşmeci Devletlere yeni yükümlülükler yükleyen kapsamlı bir yorum değildir: 6. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinin kendi bağlamı ışığında ve kanun koyucu bir antlaşma olan Sözleşme'nin amacı ve hedefi ile hukukun genel ilkeleri göz önünde bulundurularak yapılan yoruma dayanmaktadır."*

uygulanmasının önemli ölçüde arketipik yargılama bağlamının dışında yürütüldüğü gerçeğini gizlemektedir. Mahkeme dışı uzlaşmalar düzenli olarak gerçekleşmekte ve etkin bir ceza hukuku uygulaması için gerekli bir araç olarak görülmektedir. Bu çalışmada ele alınan kovuşturmadan ayrılma mekanizmaları bu eğilimi örneklemekte ve ceza yargılamasına alternatif yöntemlerin kullanıldığı suçların türü veya kategorisinin önemsiz olduğunu göstermektedir. Kovuşturmadan ayrılma mekanizmalarına hem hafif suçlar hem de uluslararası ceza hukukunun en ciddi ihlalleri bağlamında başvurulmaktadır. Dava bir mahkeme tarafından görüldüğünde, yargılama sürecini hızlandırmayı amaçlayan ispata yönelik hızlandırılmış usulleri ortaya çıkabilir. Bu hızlandırılmış usuller büyük çeşitlilik gösterir. Ortak noktaları, sanığın suçlayıcı delillere etkili bir şekilde itiraz edebilmesini sağlamak için delillerin sunulduğu ceza yargılamasını az ya da çok ölçüde ihlal etmeleridir.

Ceza yargılamasından feragat edildiğinde, alternatif sürece sanığın uygun şekilde katılabilmesi önemli bir husustur. Aslında, ceza yargılamasından feragat edilmesi, ancak şüphelinin bunu etkili bir şekilde yapabildiği veya yapmasına olanak sağlandığı zaman meşrudur. Bu da şüphelinin feragat etmeye zorlanmamasını, kovuşturmadan ayrılma mekanizmasının veya ispata yönelik hızlandırılmış usulün usule dair görünümü hakkında uygun şekilde bilgilendirilmesini, aleyhine sunulan delillere itiraz edebilmesini ve hakkında itiraz edebileceği gerekçeli bir karar veya hüküm verilmesini gerektirir.

Kovuşturmaya alternatif mekanizmalarının ortak noktası, şüphelinin kendi çıkarlarını gözetebilmesinin ve usule dair hakları konusunda gayretli olmasının ve hakkını savunmasının beklenmesidir. Müdafi ile temsil edilmeyen şüpheliler için bunun külfetli bir görev olabileceği açıktır. Bu tür hallerde, kovuşturmadan ayrılma durumunda savcı veya ispata yönelik hızlandırılmış usuller durumunda mahkeme, kişinin usule dair çıkarlarını dikkatle değerlendirmelidir.

Ceza yargılamalarının rakipler arasında bir savaş olmadığını vurgulamak gerekir. Şüpheli veya sanık, devletin ceza uygulayıcısı ile karşı karşıyadır. Sanık usule ilişkin haklarını etkili bir şekilde kullanamıyorsa, bu durum mahkeme veya savcı için gerçek bir endişe kaynağı olmalıdır.

Savcı, hangi alternatif yöntemi kullanırsa kullansın, şüphelinin belirli bir kovuşturmadan ayrılma mekanizması ile sonuçlanan sürece mümkün olduğunca etkin bir şekilde katılmasını sağlamalıdır. Çalışmamızda belirtildiği üzere, bir davayı delillerin uygun şekilde sunulduğu ve bunlara itiraz edildiği klasik ceza yargılamasından saptırmanın bir bedeli vardır. Sanığa, davasının bu şekilde alternatif mekanizmalarla çözümlenmesine rıza gösterip göstermeyeceğine özgürce karar verebileceği uygun ve adil bir mahkeme dışı usul sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Bozalan M N, "İddia Pazarlığı (Plea Bargaining) İle Seri Muhakeme Usulü Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", , 13/1, Haziran 2023, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi.

Damaška M, The Faces of Justice And State Authority: A Comparative Approach To The Legal Process, Yale University Press, New Haven, 1986.

Dennis I, "The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights", Criminal Law Review, 4:255–274, 2010.

Duff A/ Farmer L/ Marshall S/ Tadros V, The Trial On Trial Vol. 3: Towards A Normative Theory of The Criminal Trial, Hart Publishing, Oxford, 2007.

Dülger M V, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", TBB Dergisi (111), 2014.

Goss R, Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of The European Convention on Human Rights, Hart Publishing, Oxford, 2014.

Jackson J D/ Summers S J, "Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal Evidence", Criminal Law Review 60 (2), 2013.

Jacobs P/ Van Kampen P, "Dutch ZSM Settlements in the face of procedural justice: the sooner the better?", Utrecht Law Review 10, 2014.

Loucaides L G, "Questions of Fair Trial Under The European Convention on Human Rights", Human Rights Law Review, 3:27–51, 2003.

Laudan L, Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press, New York, 2006.

Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Y., Ankara 2021.

Rawls J, A Theory of Justice, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Roth R/ Tulkens F, "The Influence of The European Court of Human Rights", Journal of International Criminal Justice, 2011/9.

Solum L B, "Procedural justice", South Californian Law Review, 78:181–321, 2004.

Şahinkaya Y, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin Y., Ankara 2008.

Taner F G, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Trechsel S, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Toroslu N/ Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Y., Ankara 2020.

Turner J I, "Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View", Am J Comp Law, 2006.

Turner W T, "Why Have A Trial When You Can Have A Bargain?", The Trial On Trial Vol. 2: Judgment and Calling to Account içinde, editörler: Duff A, Farmer L, Marshall S, Tadros V, Hart Publishing, Oxford, 2006.

Vriend K, Avoiding a Full Criminal Trial, Asser Press International Criminal Justice Series Volume 8, Amsterdam, 2016.

Yenisey F/ Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Y., Ankara, 2020.

Yavuz H A, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, 2. Baskı, Adalet Y., Ankara, 2021.

Yavuz H A, "Seri Muhakeme Usulü ve Anayasa Mahkemesinin 31.03.2021 ve 21.04.2022 Tarihli İptal Kararlarına İlişkin Düşünceler", Ocak 2023, Ankara Batı Adalet Dergisi.

Adalet Bakanlığı 2023 istatistikleri

https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf

Anayasa Mahkemesi Kararları

2020/35 E., 2021/26 K., 31/3/2021.

2020/87 E., 2022/44 K., 21/4/2022.

2020/79, K.2023/113, 22/06/2023.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Al-Khawaya ve Tahery/Birleşik Krallık, 26766/05 ve 22228/06, 15 Aralık 2011.

Schatschaschwili/Almanya, 9154/10, 15 Aralık 2015.

Schenk/İsviçre, 10862/84, 12 Temmuz 1988.

Gäfgen/Almanya, 22978/051, Haziran 2010.

Elsholz/Almanya, 25735/94, 13 Temmuz 2000.

Garcia Ruiz/İspanya, 30544/96, 21 Ocak 1999.

Göktan/Fransa, 33402/96, 2 Temmuz 2002.

Stanford/Birleşik Krallık, 16757/90, 23 Şubat 1994.

Engel ve Diğerleri/Hollanda, 5100/71, 8 Haziran 1976.

Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık, 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003.

Deweer/Belçika, 6903/75, 27 Şubat 1980.

Eckle/Almanya, 8130/78, 15 Temmuz 1982.

Öztürk/Almanya, 8544/79, 21 Şubat1984.

Julius Kloiber Schlachthof GmbH ve Diğerleri/Avusturya, 21565/07; 21572/07; 21575/07 ve 21580/07, 4 Nisan 2013.

Natsvlishvili ve Togonidze/Gürcistan, 9043/05, 29 Nisan 2014.

İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 50541/08; 50571/08; 50573/08 ve 40351/09, 16 Aralık 2014.

Golder/Birleşik Krallık, 4451/70, 21 Şubat 1975.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2014. www.echr.coe.int (Case-Law-Case Law Analysis-Case-Law Guides)

VAKIFLAR KANUNUNUN 30. MADDESİNDEKİ VAKIF YOLUYLA MEYDANA GELME ŞARTININ AŞAR VE RÜSUMU KONU EDİNEN GAYRİSAHİH VAKIFLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

The Evaluation of the Condition of Formation through the Waqf in Article 30 of Waqfs Law in Terms of Gayrisahih Waqfs Regarding Tithe (Aşar) and Taxes (Rusum)

Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad KALIPÇI**

Öz: Bu makalenin merkezinde, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesinde yer alan vakıf yoluyla meydana gelme şartı bakımından vakıf türü ve niteliğinin arz ettiği önem bulunmaktadır. Bir taşınmazın vakfiyetinin (vakıflığının) nevi ve niteliğine göre arzı ve üzerindeki yapıların nevi, mahiyeti ve aidiyeti farklılık arz edebilmektedir. Bu bağlamda, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği türden gayrisahih vakıflarda gerek arz ve gerekse üzerindeki yapıların vakıf ile aynî bir bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür vakıfla ilişkili bir taşınmazın, aslı ve aynı vakıf olmayacağından, vakıf yoluyla meydana geldiğini söylemek mümkün değildir. Ne var ki bazı yargı kararlarında bu hususa riayet olunmadığı, taşınmazın yalnızca vakıf şerhi taşımasının Vakıflar Kanununun 30. maddesindeki vakıf yoluyla meydana gelme şartının uygulanması bakımından yeterli sayıldığı dikkati çekmektedir. İşte bu makalede, eski hukukun vakfın türü ve niteliğine bağlı temel esaslarına dikkat çekilerek, özellikle mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar bakımından bazı yargı kararlarında gözlemlenen 30. maddede yer alan vakıf yoluyla meydana gelme şartına ilişkin sorunlu bakış ele alınacaktır. Bu yapılırken, diğer vakıf türlerinin durumuna da değinilecektir. Böylelikle artık ayrı bir uzmanlık sahası olarak görülen eski vakıf hukuku uygulamasının iyileştirilmesine katkı sunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eski vakıflar, sahih vakıf, gayrisahih (tahsisat kabilinden/irsadi) vakıf, icareteyn, mukataa, vakıf yoluyla meydana gelme, Vakıflar Kanunu 30. madde.

Abstract: At the center of this article is the importance of the type and nature of the waqf in terms of the condition of formation through the waqf in Article 30 of the Waqfs Law No. 5737. Depending on the type and nature of the waqf, the type, nature, and belonging of an immovable property's ground and the structures of on it may differ. In this context, in the gayrisahih type of waqfs in which the tax revenues of state-owned miri land are devoted, the waqf does not have a right in rem over both the land and the structures on it. Therefore, it is impossible to say that an immovable property associated with such a waqf was formed through a waqf. However, some judicial decisions do not comply with this issue, and the mere fact that the immovable property has a waqf restriction is deemed sufficient to apply the condition of formation through waqf in Article 30 of the Law on Foundations. In this article, by drawing attention to the basic principles of old law regarding the type and nature of the waqf, the problematic approach about the condition of formation through the waqf in Article 30 observed in some judicial decisions, especially with regard to the gayrisahih type of waqfs in which the tax revenues of the state-owned miri land are devoted, will be addressed. In doing so, the situation of other types of waqfs will also be analyzed. Thus, it is aimed to contribute to the improvement of the old waqf law practice, which is now seen as a separate field of specialization.

Keywords: Old waqfs, sahih waqf, gayrisahih (tahsisat kabilinden/irsadi) waqf, icareteyn, mukataa, Article 30 of Waqfs Law No. 5737.

---

* Bu yazı, vakıf kültür varlığı iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil davaları hakkında hazırlamış olduğum bilirkişi raporlarındaki görüşlerin düzenlenerek yeni bilgi ve kaynakların ilavesiyle bir makale şeklinde yazımı neticesinde ortaya çıkmıştır. Yazıyı okuyup tashih ve görüşlerini ilettikleri için Prof. Dr. Fethi Gedikli, Prof. Dr. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver, Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem Yörük, Dr. Öğr. Üyesi Yasin Yılmaz, Arş. Gör. Ercan Karaismailoğlu, Arş. Gör. İbrahim Enes Onat ve Arş. Gör. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş'a teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kalipci@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7531-9436 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676763

Makale Geliş Tarihi: 09.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 13.03.2025

GİRİŞ

Vakıflar Kanununun 30. maddesinde, vakıf yoluyla meydana gelip de bir şekilde Hazine, belediyeler, il özel idareleri ve köy tüzel kişiliklerinin mülkiyetine geçmiş olan vakıf kültür varlıklarının mazbut vakıflarına iade olunacakları öngörülmüştür. Bu kapsamda, vakfına iadesi tartışılacak bir taşınmaz açısından en başta tetkiki gereken hususlardan biri, taşınmazın geçmişte vakıf ile aynî bir bağı bulunup bulunmadığı hususunun tespiti olmalıdır. Yani taşınmazın geçmişte, gerçek anlamda vakıf nevili ve nitelikli olup olmadığının araştırılmasıdır. Zira madde hükmü, mülkiyeti vakfa ait iken, belirtilen yerlere geçmiş olan kültür varlıklarının tekrar vakıflarına iade edilmesi amacına matuftur. Burada kullandığımız "mülkiyeti vakfa ait olma" ifadesi özellikle vurgulanmalıdır. Çünkü eski vakıflar hakkındaki ayrımlara göre, vakıf ve onunla ilişkili taşınmazlar arasında aynî bir bağ bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı değişebilmektedir. Mesela, icareteynli bir vakıfta hem arz hem de üzerindeki yapılar vakfa ait, yani vakıf nevinden iken; mukataalı bir vakıfta arz vakfa ait olmakla birlikte üzerindeki yapılar mutasarrıfa ait olup mülk nevindendir. Mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği çeşit gayrisahih vakıflarda ise arz, mîrî arazi rejimine tâbi olan arazi-i emiriyye-i mevkûfe ve üzerindeki yapılar Arazi Kanunnamesi hükümlerine göre mülk nevilidir. Dolayısıyla eski vakıflar açısından, vakıf ile ilişkili bir taşınmazın aslının her zaman vakıf ve mülkiyetinin vakfa ait olduğunu söylemek mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, eski vakıflarla ilişkili taşınmazlar hakkındaki aynî taleplerin değerlendirilmesi bakımından, vakfın türü ve niteliği hususu büyük bir önem arz etmektedir. Vakıflar Kanununun 30. maddesi de taşınmazın vakfa iadesini düzenlediğinden, ayna ilişkin olması itibarıyla, uygulamasında vakfın türü ve niteliğinin göz önünde bulundurulması zaruridir. Ne var ki bazı yargı kararlarında, bu esasa riayet olunmadan hüküm kurulduğu dikkati çekmektedir. İşte bu yazıda söz konusu sorun, vakıf yoluyla meydana gelme şartı merkeze alınarak incelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle Vakıflar Kanununun 30. maddesi ve ilgili mevzuat hakkında bilgi aktarılmıştır. Ardından, madde hükmünde yer alan vakıf yoluyla meydana gelme şartı bağlamında vakfın türü ve niteliğinin önemi ortaya konmuştur. Bu kapsamda, sahih vakıf ve gayrisahih vakıf üst ayrımı hareket noktası kabul edilmiş; bu ayrımlar altında ise icareteyn ve mukataa usulleri ile işletilen taşınmazlar ve özellikle de mîrî arazinin aşar ve rüsumunu konu edinen gayrisahih vakıflarla ilişkili taşınmazlar bakımından vakıf yoluyla meydana gelme şartı incelenmiştir. Son olarak, yargı kararlarından örnekler üzerinden, meseleye dair uygulamadaki sorunlu bakış -bunun sebepleri ve çözüm yolları tartışılmak suretiyle- ele alınmıştır.[1]

---

[1] Öğretide, doğrudan Vakıflar Kanununun 30. maddesine ilişkin olarak yazılmış iki makale vardır. Ancak bunlarda, vakıf yoluyla meydana gelme şartının anlamı vakıf türü ve niteliği meselesi merkeze alınarak irdelenmemiştir. Örneğin: Harun Demirbaş, "Vakıf Kültür Varlıklarının Mazbut Vakfına İadesi (Vakıflar Kanunu m. 30'un Uygulanma Şartları)", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 119-120, Yıl: 2014, s. 117-130. (Yazıda, vakıf kültür varlıklarının mazbut vakıflarına iadesi için gerekli kanuni şartlar özellikle 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu çerçevesinde, medeni hukuk cephesinden ele alınmıştır.) Yakup Emre Çoruhlu, Osman Demir, Okan Yıldız, Hülya Yılmaz, "Kültür Varlığı Tescilli Taşınmazların, Kurucu Vakıfları Adına Tescili: Vakıflar Kanunu 30. Madde Uygulaması", İstanbul Barosu Dergisi, C. XC, S. 1, 2016, s. 35-58. (Yazı, harita mühendisliği bölümü öğretim elemanlarınca hazırlanmış olup, 30. madde kapsamında vakıf kültür

I. VAKIFLAR KANUNUNUN 30. MADDESİ VE İLGİLİ MEVZUAT

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesinden önce, mülga 10.09.1957 tarihli ve 7044 sayılı Aslında Vakıf Olan Tarihi ve Mimari Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğüne Devrine Dair Kanundan bahsetmek gerekir. Zira Vakıflar Kanununun 30. maddesi, 7044 sayılı Kanunun devamı mahiyetindedir. Altı maddeden oluşan 7044 sayılı Kanunun temelini oluşturan birinci maddesi şöyledir:

> *"Aslında vakıf yoluyla vücuda gelip de muhtelif kanunlar veya sair suretlerle Hazine, belediyeler veya hususi idarelerin mülkiyetine geçmiş bulunan muhafazası gerekli tarihi veya mimari kıymeti haiz eski eserlerin mülkiyeti tekrar Vakıflar Umum Müdürlüğüne devrolunmuştur."*

Söz konusu kanunla tarihi ve mimari kıymeti haiz vakıf eski eserlerin, bu konuda uzmanlaşmış bir kurumun gözetimi altına alınarak ihyaları ve muhafazaları sağlanmak istenmiştir.[2] Kabulünden altı sene kadar sonra

---

varlıklarının vakfı adına tescili sürecini, uygulamaya dair iş akış şemaları ve örnek uygulamalar üzerinden somutlaştırarak aktarmaya yönelmiştir.) Eski vakıflara ilişkin bazı kitaplarda da vakıf kültür varlıklarının vakıflarına iadesi konusunun incelendiği, ancak bunlarda da vakıf yoluyla meydana gelme şartı bakımından vakıf türünün önem arz ettiğine vurgu yapılmadığı görülmektedir. Örneğin: M. Serhat Yener, Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 71-76; Meryem Solmaz Bilici, Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Mazbut Vakıflar (Örnek Mazbut Vakıf İncelemeli), 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 75-77. Yakın zamanda, 30. maddenin uygulama şartları hakkında bir bildiri sunulmuştur. Söz konusu bildiri özetinde, vakıf yoluyla meydana gelme şartı ve vakıf türü arasındaki ilişki incelenmemiştir. Ancak, bildirinin tam metni henüz neşredilmemiştir. Özet için bkz. Arzu Genç Arıdemir, Tülay Aydın Ünver, "Vakıflar Kanunu m. 30 Hükmünün Uygulanma Şartları ve Yargıtay Uygulaması", Uluslararası Süleymaniye Sempozyumu 2: Kapalıçarşı-Bildiri Özeti Kitabı, İstanbul, KOCAV Yayınları, 2024, s. 34-37.

2 Kanunun *Esbab-ı Mucibe Layihası*nın başlangıç kısmı şöyledir: "Memleketimizdeki ecdat yadigârı tarihî ve mimari kıymeti haiz eski eserlerden pek çoğu aslında vakıf yoluyla meydana gelmiş oldukları halde bugün gerek hususi kanunlarına tevfikan ve gerek sair yollarla vakfın elinden çıkarak Hazinenin, belediyelerin veya hususi idarelerin mülkiyetine geçmiş bulunmaktadırlar. Ancak, esefle arz etmek lâzımdır ki, bahis konusu eserler lâyıkıyla bakılıp tamirleri yapılamamakta ve perişan bir duruma düşmüş bulunmaktadırlar. Bu eserlerin asli hüviyetlerini kaybetmeden ayakta durabilmeleri için zaruri olan bu bakım ve tamir işinin yapılamamasında en mühim âmil, mâlik mevkiindeki bâzı idarelerin tamamen bir ihtisas işi olan eski eser tamiriyle iştigal eden müesseselerden olmamalarıdır. Diğer taraftan yukarıda da işaret edildiği veçhile eski eser tamiri muayyen prensiplere dayanması gereken çok cepheli bir ihtisas işidir. Tamire muhtaç bu gayrimenkullerin çeşitli ellerde bulunması ise tamir işinin lâyıkıyla yürütülmesine mâni olmaktadır. Zira bu işle iştigal eden bir idarenin elde edeceği uzun etüd ve tecrübeler neticelerinden bütün belediye, hususi idare ve müesseselerin de istifadelerine imkân yoktur. Kaldı ki birçok idarelerin imkânları mahdud olup bu işi lâyıkıyla başarmaya kâfi de değildir. Bu itibarla memleket serveti bu eserlerden hiç olmazsa vakıf yoluyla meydana getirilmiş bulunanlarını bu konuda ihtisas sahibi olan eski maliki Vakıflar Umum Müdürlüğünün mülkiyetinde toplamakta fayda mülâhaza olunduğu cihetle işbu kanun lâyihası sevk edilmiştir." (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/ TBMM/d10/c020/tbmm10020090.pdf, s.e.t. 16 Eylül 2024). Kanuna ilişkin, esbab-ı mucibe layihasının ve diğer maddelerinin de aktarıldığı kısa bir değerlendirme için bkz. H. Ragıp Uğural, "Aslında Vakıf Olan Tarihî ve Mimarî Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğü'ne

19.12.1963'te 6/2514 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla çıkarılan bir tüzükle uygulama şekli gösterilen 7044 sayılı Kanun, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan hükümleri düzenleyen 80. madde hükmü gereğince ilga edilmiştir.[3] Bunun neticesinde meriyet kazanan, yazımızın odak noktasındaki "vakıf kültür varlıklarının devri" başlıklı 30. madde hükmü ise şöyledir:

> *"Vakıf yoluyla meydana gelip de her ne suretle olursa olsun Hazine, belediye, özel idarelerin veya köy tüzel kişiliğinin mülkiyetine geçmiş vakıf kültür varlıkları mazbut vakfına devrolunur.*[4]*"*

Dikkat edilirse düzenleme, 7044 sayılı Kanundan farklı olarak vakıf kültür varlıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğüne değil, ilgili bulunduğu mazbut vakfına devrini öngörmektedir.[5] Kanunla, başlangıçta ebediyete uzanan bir tasavvurla vakfa konu edildiği halde, bir şekilde vakfın elinden çıkan, aslı vakıf olan kültür varlıklarının vâkıflarının (vakfedenlerinin) iradeleri doğrultusunda, vakfiyelerinde belirtilen amaçlarını gerçekleştirmek üzere geri kazanılarak ihya ve muhafaza edilmeleri amaçlanmıştır.[6]

Madde kapsamında gerçekleşecek bir devirden bahsedebilmek için şu üç şartın varlığı aranmaktadır:

1. Bir "kültür varlığı" olmalıdır.

2. Bu kültür varlığı, vakıf yoluyla meydana gelmiş, yani madde başlığındaki ifadeyle "vakıf kültür varlığı" mahiyetinde olmalıdır.

Devrine Dair 7044 Sayılı Kanun", VII. Vakıf Haftası, Ankara, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 1990, s.137-141.

[3] 7044 sayılı Kanundan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesine uzanan süreç bazı yargı kararlarında da özetlenmektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2010/6486, K: 2010/7299, T. 21.6.2010. (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1hd-2010-6486.htm, s.e.t. 21 Eylül 2024).

[4] Kanun, söz konusu madde hükmünün uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi içermese de Vakıflar Yönetmeliği, 178-180. maddelerinde, vakıf kültür varlıklarının devri, tahliyesi, korunması ve imar uygulamalarının bildirilmesi başlıkları altında ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Ayrıca, 3. maddesinde vakıf kültür varlığının tanımı yapılmıştır. Bunlardan konumuzla alakalı olanlara, ilerleyen başlıklar altında yeri geldikçe değinilecektir.

[5] 7044 sayılı Kanun zamanında, devri öngörülen malların aslında ait oldukları vakfa değil de Vakıflar Umum Müdürlüğüne devrolunması hususuna dair -eski malik Vakıflar Umum Müdürlüğü olmadığı halde tüm malların buraya devrinin haksızlık oluşturduğu, düzenlemenin mülhak vakıfları da kapsamına aldığı hususu dile getirilerek- yapılan bir eleştiri için bkz. Uğural, s. 138. (Uğural'ın konuşmasının ardından yapılan tartışmada Nazif Öztürk, bu konuda şunları söylemiştir: "Her şeye rağmen, bu kanunun çıkış tarihine kadar, yasama organından geçen kanunlar içerisinde -sayın konuşmacının söylediği aksaklıkları da kabul ediyorum buna rağmen- vakıfların lehine tek kanundur. En büyük aksayan yönü, gerçekten vakıf malının devlet malı olmadığı gerçeği -ki artık öyle kabul ediliyor- öyle olursa, sadece mülhak konusunda değil, mazbut vakfın malının da yine o mazbut vakfın adına tapulanmış olması gerekir. Bu 2762 sayılı Kanunun 14'üncü maddesine de uygun olacaktır." Aynı yazı, s. 140.)

[6] Gerekçe için bkz. Vakıflar Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile Adalet Komisyonları Raporları (1/1054), s. 7, (Çevrimiçi)

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c133/tbmm22133013ss1239.pdf, Erişim tarihi: 15 Eylül 2024.

3. Söz konusu vakıf kültür varlığı, herhangi bir şekilde Hazine, belediye, özel idareler veya köy tüzel kişiliğinin mülkiyetine geçmiş olmalıdır.

Madde metninin sonundaki mazbut vakfa devri öngören ifade nedeniyle üstteki şartlara taşınmazın ilgili bulunduğu vakfın mazbut bir vakıf olması gerektiği kaydı ilave olunabilir.[7]

Yazının merkezinde vakıf yoluyla meydana gelme şartı bulunduğundan, diğer şartlarla ilgilenilmeyecektir. Ayrıca, belirtilen bağlamda dikkat çekilmek istenen temel sorun taşınmazlar hakkında olduğundan, madde hükmü her ne kadar taşınır, taşınmaz fark etmeksizin tüm kültür varlıklarını kapsamına alsa da meselenin yalnızca taşınmaz kültür varlıkları ile ilgili yönü ele alınacaktır.[8]

II. VAKIF YOLUYLA MEYDANA GELME ŞARTI VE VAKIF TÜRLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. ŞARTI, LAFZI ÜZERİNDEN ANLAMLANDIRMA

Vakıf yoluyla meydana gelme şartı, lafzî bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda, taşınmazın aslı itibarıyla vakıf olması şeklinde anlamlandırılabilir. Nitekim hükmün selefi konumundaki 7044 sayılı Kanunun metni, 30. maddede olduğu gibi, "vakıf yoluyla vücuda gelme" şartını içerirken, adında bu kısmın "aslında vakıf olma" şeklinde ifade olunduğu dikkat çekmektedir.[9] Nitekim 30. maddenin başlığında ve metninde yer alan "vakıf kültür varlıkları" tabirinin de

---

[7] Düzenleme mazbut vakıfları konu edinmekte, mülhak vakıfları kapsamına almamaktadır. Mülga 7044 sayılı Kanun ise mülhak ve mazbut vakıf ayrımı yapmaksızın taşınmazların Vakıflar Genel Müdürlüğüne devrini öngörmekteydi. Uğural, Beşiktaş'ta bulunan Yahya Efendi Dergâhının bu yolla, önce Vakıflar Genel Müdürlüğüne, ardından da vakıf idaresince açılan dava sonucunda tapu tashihi sağlanarak mülhak vakfına devredildiğini aktarmaktadır. (Uğural, s. 138, 140.) Bugün uygulamada, mülhak vakıf nitelikli taşınmazların 30. madde kapsamında vakfı adına tesciline yönelik talepler, hükümde mazbut vakıf olma şartının varlığına atıfta bulunularak reddedilmektedir. Örneğin, Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescilli bir taşınmaz hakkında mütevelli tarafından açılan bir dava "*5737 sayılı Yasanın 30. maddesinde mazbut vakıfların vakfına döneceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda vakfın mülhak vakıf ve taşınmazların da eski eser olmaları nedeniyle Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edilmesinde bir isabetsizlik yoktur.*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay 1. HD, E: 2012/9479, K: 2012/12771, T. 12.11.2012. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2012-9479-k-2012-12771-t-12-11-2012, s.e.t. 30.01.2025). Benzer başka kararlar da mevcuttur. Bu yöndeki talepler karşısında, düzenlemenin mülhak vakıfları da kapsamına almasının, ihdasında varlığına dayanılan aslı vakıf olan malların ait oldukları vakfa iadesi düşüncesini daha görünür kılacağı savunulabilir. Bu konudaki bir işaret için bkz. Çoruhlu vd., s. *55*.

[8] Hem diğer iki şart hem de meselenin taşınır kültür varlıkları hakkındaki uygulanma ciheti hakkında bilgi için bkz. Demirbaş, "Vakıf Kültür Varlıklarının Mazbut Vakfına İadesi (Vakıflar Kanunu m.30'un Uygulanma Şartları)", s. 122-129.

[9] Bazı yargı kararlarında 30. madde bağlamında taşınmazın "aslının vakıf olması" hususuna atıf yapıldığı da dikkat çekmektedir. Örneğin: "Davalı, çekişmeye konu taşınmazın... yoluyla meydana gelmediğini bildirip davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, taşınmazın aslının vakıf olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir." Yargıtay 1. HD, E: 2012/10396, K: 2012/15163, T. 13.12.2012 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2012-10396-k-2012-15163-t-13-12-2012, s.e.t. 30.01.2025).

içerdiği "vakıf" sıfatı ile vakıf oluşu betimlediği görülmektedir. Bunu daha teknik bir şekilde, taşınmazın 30. maddede sayılan cihetlere geçmeden evvel vakfın mülkiyeti altında bulunması olarak ifade etmek mümkündür.[10] Nitekim Vakıflar Yönetmeliğinin 3. maddesinde "vakıf kültür varlığı", vakfa aidiyet esasına atıfla şöyle tanımlanmıştır:

> *"21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 3'üncü maddesinde kültür varlıkları olarak tanımlanan varlıklardan Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği vakıflara ait olanları ifade eder."*

Şu durumda, 30. madde kapsamında vakıf yoluyla meydana gelme şartının tespitinde, "vakfa aidiyet" ölçütü üzerinden yol almak mümkündür. Ancak, burada şöyle bir soru sorulmalıdır: Acaba, vakıf yoluyla meydana gelmek; yani aslı/aslında vakıf olmak, vakfın mülkiyeti altında bulunmak, vakfa ait olmak tam olarak ne demektir; vakıf ile bir şekilde ilişkisi olan her taşınmaz bu kapsamda değerlendirilebilir mi?

30. madde bu konuda sükût etmekte, vakıf yoluyla meydana gelmenin ne anlama geldiği hakkında herhangi bir hüküm veya bilgi içermemektedir. Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesinin birinci fıkrası da 30. maddeyi tekrar etmektedir. Bununla beraber ikinci fıkrası, vakıf yoluyla meydana gelen kültür varlıklarının ne surette tespit olunacağı hakkında şu ilave düzenlemeyi içermektedir:

> *"Vakıf yolu ile meydana gelen kültür varlıklarının tespiti; vakfiyeler, vakıf veya tapu kütüklerindeki kayıtlar, kadastro tespit evrakı, fermanlar, beratlar, atik senetler, yoklama kayıtları, kitabeler, tarihi kayıtlar, müze kayıtları, tescil kayıtları ile mülkname, temessük, tefviz, hazine-i hassa, mütevelli, mültezim, sipahi senetleri gibi belgelerden biri veya birkaçı ile yapılır."*

Hal böyle olunca, vakıf yoluyla meydana gelme şartının tespitinde köprü vazifesi görebilecek yasal düzenleme olan bu hükümde tadadi olarak sayılan belgelerden herhangi biri üzerindeki -örneğin bir tapu veya kadastro belgesindeki- bir vakıf kaydına müracaatla taşınmazın 30. madde kapsamında vakıf yoluyla meydana geldiği, uygulamada ileri sürülebilmektedir. Oysa eski vakıfların karakteristik özellikleri dikkate alındığında, bu şekildeki bir belgede geçen bir vakıf kaydının her zaman vakıf yoluyla meydana gelmeyi ispat etmeyeceği bir gerçektir. İşte tam bu noktada, eski vakıflar hakkında, vakfedilen şeyin niteliği merkeze alınarak yapılan tasniflerin önemi vurgulanmalıdır. Zira bu konu hakkındaki bilgilerden hareketle, vakfın ilişkili olduğu taşınmaz üzerinde, mülkiyet gibi ayna taalluk eden bir hakkı haiz olup olmadığı hususunda söz söylemek mümkün olabilmektedir.

---

[10] Önceden vakfın mülkiyetinde bulunma gerekliliğine dair bir vurgu için bkz. Demirbaş, "Vakıf Kültür Varlıklarının Mazbut Vakfına İadesi (Vakıflar Kanunu m. 30'un Uygulanma Şartları)", s. 124. (Aynı yerde, vakıf yoluyla meydana gelme şartının gerçekleşmesi için taşınmazın vakfolunduğu tarihteki durumunu aynen korumasına lüzum olmadığı, yeniden inşası gibi faaliyetlerin şartın varlığına halel getirmeyeceği de belirtilmektedir.)

B. ŞARTI, VAKIF TÜRLERİ BİLGİSİ ÜZERİNDEN ANLAMLANDIRMA

Eski vakıfların sınıflandırılmasında, farklı bazı tasnifler mevcut olmakla birlikte, konumuz bakımından, vakfedilen şeyin niteliğine göre yapılan "sahih" ve "gayrisahih (tahsisat kabilinden/irsadî)" vakıf şeklindeki ayrım ile vakfedilen şeyin işletilme usulüne göre yapılan "icareteynli" ve "mukataalı" vakıf ayrımları önem arz etmektedir.[11]

Sahih vakıf, gayrisahih vakıf ayrımının temelinde, vakfedilenin mülkiyetinin vakıfta olup olmaması esası yatmaktadır.[12] Buna göre sahih vakıflar, mülk nevili malların vakfedilmesi yoluyla kurulan vakıflardır. Gayrisahih vakıflar ise mîrî arazinin menfaatlerinin, tasarruf hakkının ya da her ikisinin padişah veya onun izin verdiği bir kişi tarafından, devletin yerine getirmesi gereken hayrî bir cihete tahsis edilmesi suretiyle kurulan vakıflardır. Bunlar için tahsisat kabilinden vakıf, irsadî vakıf adlandırmaları da caridir.[13]

Rakabenin (ayn mülkiyeti/kuru mülkiyet/çıplak mülkiyet) ve tasarruf hakkının (menfaat mülkiyeti) aslen vakfa ait bulunduğu sahih vakıflar, gerçek anlamda vakıf kabul edilirler.[14] Bu bakımdan, mülkiyetin tamamen vakıfta olduğu sahih vakıf nevili bir taşınmazın vakıf yoluyla meydana gelmesi tabiidir. Belirtilen bağlamda meselenin ayrıntılarına inildiğinde ise mülkiyetin vakfa aidiyetinin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken birtakım hususiyetler dikkat çekmekte ve bu noktada vakfın gayesine özgülenen taşınmazlar hakkında yapılan "aynı ile intifa olunan" ve "aynı ile intifa olunmayan" şeklindeki ayrım önem arz etmektedir. Buna göre, vakfın gayesinin gerçekleşmesi yolunda bizzat

---

11 Vakıf türleri hakkında genel bilgi için bkz. Halil Cin, Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 477; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza, Konya, 2012, s. 259-262; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 18. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 154-156; M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 21. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2025, s. 255-262.

12 "Vakıfların, mülkiyetin vakıf idaresine ait olup olmaması bakımından çeşitleri" başlığı altında, vakıfların sahih ve gayrisahih diye ikiye ayrıldığı yönünde bkz. Şakir Berki, "Türkiye'de İmparatorluk ve Cumhuriyet Döneminde Vakıf Çeşitleri", Vakıflar Dergisi, sy. IX, 2006 (tıpkı basım), s. 3.

13 Ali Himmet Berki, Vakıflar, 2. bs., Aydınlık Basımevi, İstanbul, 1946, s. 17-19, 131-135; Ebü'lûlâ Mardin, Toprak Hukuku Dersleri, Stad Matbaası, İstanbul, 1947, s. 19-24; Hüseyin Hâtemî, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 112-115; Lütfü Dalamanlı, Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 26-27; s. 477; Cin, Akgündüz, s. 477; Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. Fethi Gedikli, İbrahim Enes Onat, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 252.

14 Sahih vakıf nevili araziler *Arazi Kanunnamesi*nin 4. maddesinin başında şu şekilde tarif edilmiştir: "Arazi-i mevkûfe iki kısımdır. Kısm-ı evvel sahîhan arazi-i memlûkeden iken şer'-i şerîfe tevfîkan vakfolunmuş olan arazidir ki bu makûle arazi-i mevkûfenin rakabesi ve bi'l-cümle hukuk-ı tasarrufiyesi cânib-i vakfa ait olarak bunlarda muamelat-ı kanuniye cereyan etmeyip ancak şart-ı vâkıf her ne ise olvechile amel olunmak lazım geldiği cihetle arazi-i mevkûfenin bu kısmından işbu kanunnamede bahsolunmayacaktır." Hüseyin Hüsnü, Arazi Kanunnamesi Şerhi, 2. bs., Kanaat Kitaphanesi, Dersaadet, 1324, s. 24. Latin harfli çevirisi için bkz. Abdullah Sivridağ vd., Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, T.C. Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü-Osmanlı Arşivi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 104.

aynından yararlanılan, "müessesât-ı hayriye" olarak adlandırılan cami, medrese, mektep, hastane, imaret, kervansaray, çeşme gibi hayrat niteliğindeki taşınmazların öz ve asıl itibarıyla vakıf oldukları pek açıktır. Diğer bir deyişle, bir vakfın gayesine bizzat hizmet eden hayrât nitelikli bir taşınmazın vakıf yoluyla meydana geldiğini tespitte müşkül yoktur.[15] Fakat meseleye, aynından değil de gelirinden istifade olunan, vakfa gelir getiren, "müstegallât-ı vakfiye" olarak adlandırılan taşınmazlar cihetinden yaklaşıldığında, bunların işletilme tarzlarından olan "icareteyn" ve "mukataa" usullerinin farklılık arz eden mahiyetlerini göz önünde bulundurmak icap etmektedir.[16] Osmanlı hukukunda, teoride zarureten kabul edilse de kurumsallaşmış olan bu iki usul, başlangıçta ödenen peşin bir kira ve her yıl ödenecek belirli bir bedel karşılığında süresiz olarak kurulan kira ilişkisinin belirli şartlarla mirasçılara geçişini sağlamakla birlikte, özellikle arz üzerindeki muhdesâtın -yani bina ve ağaçların[17]- aidiyeti noktasında birbirinden ayrılmaktadır. Şöyle ki icareteynli vakıflarda hem arazinin hem de arazi üzerindeki muhdesâtın mülkiyeti vakfa aittir. Mukataalı vakıflarda ise arz vakfa ait olmakla birlikte, üzerindeki muhdesât mutasarrıfın

---

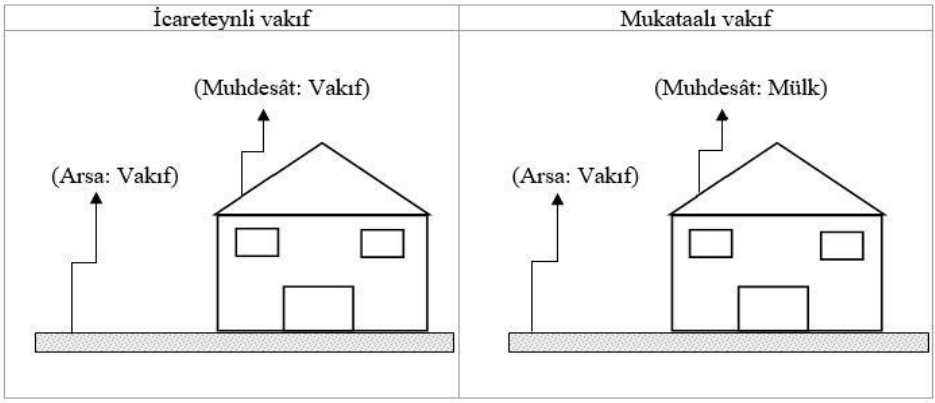
15 Nitekim hayrat niteliğindeki taşınmazların vakfa aidiyetlerinin ve vakfiyetlerinin güçlü karakterini, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun "Hayrat taşınmazların nitelikleri ve değerlendirilmesi" başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez." şeklindeki hüküm de teyit etmektedir. Benzer bir hüküm 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 8. maddesinde de mevcuttur. Hayrat taşınmazların -zilyetlikle kazanılamayacakları, özel mülkiyete konu edilemeyecekleri gibi- niteliklerine vurgu içeren yargı kararlarından örnekler için bkz. Dalamanlı, s. 225-228; Eraslan Özkaya, Eski Vakıf Hukuku, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 348. Konumuzla alakalı olarak, 7044 sayılı kanunun uygulamasına ilişkin kervansaray nitelikli bir taşınmazın "özde vakıf malı" olarak tanımlandığı bir karar örneği için bkz. Yener, 2015, s. 73. Yine 30. madde bağlamında üzerinde hamam bulunan bir taşınmazın vakıf yoluyla meydana gelmediğinin tespiti için açılan davanın "dava konusu taşınmazın kökeninde vakıf şerhi olduğu ve üzerinde ... Hamamı bulunduğu gerekçesiyle reddine" ilişkin kararın Yargıtay tarafından onandığı bilgisinin aktarıldığı bir karar için bkz. Yargıtay 5. HD, E: 2022/10336, K: 2023/832, T. 25.1.2023.

(https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=5hd-2022-10336.htm, s.e.t. 30.01.2025).

16 Vakfa gelir getirici taşınmazların işletilme usulleri arasında icare-i vahide ve icare-i vahide-i kadime usulleri de mevcut olmakla birlikte, uygulama ve konumuz bakımından icareteyn ve mukataa usulleri daha fazla önem arz etmektedir. Müessesât-ı hayriye ve müstegallât-ı vakfiye ayrımı ve bunlar hakkında genel bilgi için bkz. Berki, 1946, s. 32-34.

17 Muhdesât, sözlükte "sonradan vücuda gelmiş, kadim olmayan, mahluk, yeni, nev-zuhur, eski olmayan" gibi manalara gelen "muhdes" sözcüğünün çoğuludur. (Şemseddin Sami, Kamûs-i Türkî, İkdam Matbaası, Dersaadet, 1317, s. 1298.) Istılahî olarak ise arazi üzerine sonradan yapılmış veya dikilmiş bina, ağaç gibi şeyleri ifade etmektedir. (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 10. bs., Yetkin Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2011, s. 950.) Kadastro Kanununun "Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait *muhdesât* mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir" şeklindeki 19. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde, muhdesât tabiri "geçici olmayan bina ve ağaç gibi şeylerdir" diye tanımlanmış ve devamında "bilindiği üzere eski hukukta, taşınmaz malların zemini ve muhdesâtının ayrı ayrı özel mülkiyete konu olabileceği kabul edilmiş ve böylece ayrı ayrı tapu kayıtları tesis olunmuştur." denilerek eski hukuktaki arz ile muhdesâtın ayrı hukuki durumlarına atıfta bulunulmuştur. (Selahattin Canbolat, Bedrettin Canbolat, 21.6.1987 Tarih ve 3402 Sayılı Kadastro Kanunu ve Yönetmelikleri, Yetkin Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 1987, s. 59.)

mülküdür.[18] Muhdesâtın aidiyetine ilişkin bu fark, tapu kayıtlarında da gözlemlenir. Mukataalı taşınmazların tapu kayıtları, nevi itibarıyla muhdesâtın mülk, zeminin vakıf oluşunu yansıtır.[19] Mülk olması nedeniyle mukataalı vakıf arsa üzerindeki muhdesâtın alım-satım, hibe gibi işlemlere tabi tutulması mümkündür ve bunların mirasçılara geçişinde -vakıf akarların intikaline ilişkin adi (örfî) intikal kuralları değil- diğer sırf mülklerde geçerli olan şer'î intikal (feraiz) kuralları geçerlidir.[20] Söz konusu hukuki yapıyı, aşağıdaki şekil yardımıyla somutlaştırmak meseleyi daha anlaşılır kılacaktır:



(Şekil 1)

Dolayısıyla icareteynli vakıflarda gerek arsa gerekse üzerindeki yapıların vakıflığı tamdır; bu tür taşınmazların hem arsa hem de muhdesât itibarıyla vakıf asıllı oldukları; 30. madde bağlamında vakıf yoluyla meydana geldikleri açıktır.

---

18 Hüseyin Hüsnü, Ahkâm-ı Evkâf, Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgâhı, İstanbul, 1313, s. 43; Mardin, 1947, s. 57, 59-70; Bülent Köprülü, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar," C. XVII, S. 3-4, 1951, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 707-712; Bülent Köprülü, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar," C. XVIII, S. 1-2, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 215; Cevat Abdürrahim Gücün, Nazari ve Amelî Hukuk Davaları-Gayrimenkuller Hakkında, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1944, C. I, s. 394-395, 397-399.

19 Örneğin böyle taşınmazın nevi için "Eşcâr ve binası mülk ve zemini … vakfından" şeklinde bir kayıt örnek verilebilir. (Ali Himmet Berki, "İcarei Vahideli, Mukataalı, İcareteyinli Vakıflar ve Bunlara Ait Tapu Şekilleri", S. 12, 1971, Adalet Dergisi, s. 747.)

20 İcareteynli vakıflarda, vakfeden tarafından aksi belirtilmedikçe adi intikal kuralları uygulanırdı. Ancak, vakfeden tasarruf hakkının intikalinde uygulanacak bir usul öngörmüşse, o zaman bu geçerli olurdu. Mukataalı vakıflarda ise arsa üzerinde bina ve ağaçlar varsa bunlar mutasarrıfın mülkü sayıldığından bunların intikalinde şer'î miras hukuku (feraiz) kuralları uygulanır; vakıf arsa da bunlara tabi olarak intikale girerdi. Ancak mukataalı vakıf arsa boş kaldığında, bunun intikalinde adi intikal kaideleri geçerli olurdu. Bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y., C. V, s. 20-21, 396-397, 404-405; Berki, 1946, s. 147-148; Ali Himmet Berki, Miras ve Tatbikat, 3. bs., Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1968, s. 18; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 328-329; Ekrem Buğra Ekinci, Türk Hukuk Tarihi, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 259, 292.

Mukataalı vakıflarda ise vakıf olan arsadır; üzerindeki muhdesâtın sırf mülk nevili oluşu dikkate alındığında -ayrı bir vakıf muamelesine konu edilmediği sürece[21]- vakıf nevili olması söz konusu değildir.[22] Diğer bir deyişle, bir taşınmaz ile bu tür bir vakıf arasındaki ilişki zemin ile sınırlıdır; üzerindeki yapıya taalluk etmemektedir.[23]

Gayrisahih vakıflar ise gerçek anlamda vakıf sayılmazlar. Bu kabul, gayrisahih vakıfların eski vakıf hukukunun önemli kurumları olduğu gerçeğinin inkârı manasına gelmeyip teknik anlamda rakabenin vakfa ait olmaması,

---

[21] Mukataalı bir vakıf arsa üzerindeki mülk ebniyenin (binaların) sonradan vakfedilmesi iddiasının tartışıldığı 15 Şaban 1256/12 Ekim 1840 tarihli bir mahkeme kararı için bkz. Salih Kahriman, Mümin Yıldıztaş, İstanbul Kadı Sicilleri-Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/ M. 1835-1841), Proje Yön. M. Âkif Aydın, Ed. Coşkun Yılmaz, Kültür A.Ş., İstanbul, 2019, C. XCIV, s. 112, 350.

[22] Temyiz Mahkemesinin 1938 senesine ait şu kararında, mukataalı bir vakıf üzerindeki yapının vakıf değil mülk olduğu hususu dikkate alınmadan, tapudaki "mukataalı" kaydına rağmen binanın vakfiyeti yönünde hüküm kurulmasının yanlışlığı şu şekilde ifade edilmektedir: "Mukataalı vakıf, zemini vakfolan ve üzerine canib-i vakfa senevî muayyen bir zemin icaresi vermek ve sahibinin mülkü olmak üzere mütevellinin izni ve hakimin reyi ile inşa ve ihdas edilmiş olan binayı ve eşcarı ihtiva eden gayrimenkullere ıtlâk olunmasına ve mukataalı vakıf gayrimenkullerin, vakfolan zemini, emr-i tasarruf ve tevarüste üzerindeki mülke tâbi bulunmasına mebni hâdisede Evkaf İdaresi tarafından binanın vakfiyeti hakkında serdedilen def'i, davacının gösterdiği tapu senedindeki 'mukataalı' tabiriyle mündefi olup Evkaf İdaresi müddeabihin icare-i vahideli vakıf olduğuna dair bir vesika-yı tahririye irae etmemiş ve dinlenen şahitlerin şehadetleri binanın vakfiyetini müsbit bulunmamış olmasına mebni müddeabih fırına Evkaf İdaresinin müdahalesinin men'ine hüküm verilmek iktiza ederken mahkemece mukataalı vakfın ne demek olduğu teemmül edilmeyerek mukataalı tabirinden müddeabih fırının vakıf olduğu anlaşıldığından ve şehadetten bahsile davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif görülmüştür." Temyiz 1. HD'nin 29.03.1938 tarihli kararı. (Gücün, s. 395-396.)

[23] Yasa koyucu tarafından icareteyn ve mukataa arasındaki bu farka, eskiden, kanun yazımında dikkat edilirken, sonraki düzenlemelerde bu hususa riayet olunmadığı gözlemlenmektedir. Örneğin, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun icareteynli ve mukataalı vakıf mallarının taviz bedeli karşılığında tasfiyesi hakkındaki 27. maddesinin ilk halinin başlangıcı "*mevcut mukataalı toprakların veya icareteynli gayrimenkullerin mülkiyetleri*" şeklinde idi. Ancak söz konusu kısım, 2001'de 4690 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*vakfın türüne göre ayırım yapılmaksızın üzerinde taviz şerhi bulunan mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz malların mülkiyetleri*" şeklini aldı. 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesinde ise "*tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar*" şeklinde yazıldı. Yine aynı kanunun mahlûliyeti düzenleyen 17. maddesinde de "*tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir*" denilerek mukataalı vakıfların zemini ve muhdesâtı konusunda ayrım yapılmaksızın vakıflarına rücu edeceklerini öngörülmüştür. (Eski hukukta, mukataalı vakıfların mahlûliyet durumunda, üzerinde mülk muhdesât bulunup bulunmamasına göre farklı hususiyetler arz ettiği konusunda bkz. Mahmud Esad Kalıpçı, "Vakıflar Kanununun Mahlûliyete İlişkin 17. Maddesinin Mîrî Arazinin Aşar ve Rüsumunun Vakfedildiği Gayrisahih Vakıflarda Uygulanması Sorunu", S. 73, 2024/2, Adalet Dergisi, s. 490-491.)

Bununla beraber, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun tanımlar başlıklı 3. maddesinde, icareteynli vakıfların "*değerine yakın peşin ücret ve ayrıca yıllık kira alınmak suretiyle süresiz olarak kiralanan vakıf taşınmazları*" ve mukataalı vakıfların "*zemini vakfa, üzerindeki yapı ve ağaçlar tasarruf edene ait olan ve kirası yıllık olarak alınan vakıf taşınmazlarını*" ifade ettiği belirtilerek, yukarıda ele alınan farklı yapıya işaret olunduğu görülmektedir.

vakfiyetin bir tahsisten ibaret olması ile alakalıdır.[24] Yoksa meseleye gaye penceresinden bakıldığında, devletin yerine getirmesi gereken birçok hayrî hizmetin gayrisahih vakıflar eliyle yürütüldüğü bir gerçektir.[25]

Gayrisahih vakıf araziler Arazi Kanunnamesinin 4. maddesinde düzenlenmiş olup üç çeşittir[26]: Birincisi, gerek rakabesi ve gerekse tasarruf hakkı beytülmale (hazineye) ait olup yalnızca aşar ve rüsumu bir cihete tahsis edilmiş olan arazilerdir. Türkiye'deki vakıf arazilerin çoğu, menşei itibarıyla bu sınıftandır. Bu tür bir arazinin yalnızca aşarı ile ferağ harcı, intikal harcı ve mahlûlât bedeli gibi mali kalemleri vakfa aittir. Bunlar mîrî arazi rejimine, dolayısıyla Arazi Kanunnamesi hükümlerine tâbidir. Bu durumları gereği, sırf mîrî araziler gibi beytülmal tarafından tapu ile mutasarrıflarına tefviz ve ihale olunurlar. İkincisi, rakabe ile aşar ve rüsumu beytülmale ait olup yalnızca tasarruf hakkı bir cihete tahsis edilmiş arazilerdir. Üçüncüsü de rakabesi beytülmale ait olup tasarruf hakkı ile aşar ve rüsumu hayrî bir cihete tahsis olunmuş arazilerdir. Son iki tür arazi, Arazi Kanunnamesi hükümlerine göre

---

24 Berki, 1946, s. 134.

25 Nitekim gayrisahih vakıflarda tahsisin sahih olması, tahsisin -yoksulların, hastane, medrese gibi müesseselerin ihtiyaçlarının karşılanması gibi- devlet hazinesi tarafından karşılanması gereken hayrî bir cihete yönelmesi şartına bağlanmıştır. Bu tür tahsislerde vakıf gayrisahih olmakla birlikte, tashih sahihtir. Böyle olmayan tahsisler ise sahih addedilmemiş; devlet tarafından her zaman iptal edilebilecekleri öngörülmüştür. (Ömer Hilmi, Ahkâmü'l-Evkâf, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307, s. 59. Bununla birlikte sahih tahsisin de gerekli görüldüğünde iptal edilebileceğinin sonradan kabul edildiği ve Maliye Nezaretinin eskiden beri bu görüşü savunduğu hakkında bkz. Mardin, 1947, s. 23.) Osmanlı Devletinde kamu hizmetlerinin önemli bir kısmının sahih tahsis içeren gayrisahih vakıflar vasıtasıyla görüldüğü hakkında bkz. İsmet Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, C. II, s. 203.

26 Arazi Kanunnamesinin 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "Kısm-ı sânî, arazi-i emiriyyeden bi'l-ifrâz selâtîn-i izâm hazerâtının bizzat veyahut izn-i sultanî ile âharlarının vakfeylemiş olduğu arazidir ki bu misillü arazinin vakfiyeti yalnız arazi-i emiriyyeden bir kıt'a-i müfrezenin aşar ve rüsumatı misillü menâfi'-i emiriyyesi taraf-ı saltanat-ı seniyeden bir cihete tahsis demek olduğundan, bu makûle arazi-i mevkûfe evkaf-ı sahîhadan değildir. Memâlik-i mahrûsada kâin arazi-i mevkûfenin ekserîsi bu kabîldendir ve böyle tahsisat kabilinden olan arazi-i mevkûfenin arazi-i emiriyye-i sırfa gibi rakabesi beytülmale ait olmasıyla bunlar hakkında bundan sonra zikr ve tafsil olunacak muamelat-ı kanuniye tamamıyla cari olur. Fakat resm-i ferağ ve intikal ve bedel-i mahlûlât arazi-i emiriyye-i sırfada cânib-i mîrîye ait olduğu gibi bu makûle arazi-i mevkûfede dahi vakfı tarafına ait olur. Zîrde bast ve beyan olunacak arazi-i emiriyye ahkâmı bu makûle arazi-i mevkûfede dahi cari olacağından işbu kanunnamede her ne zaman arazi-i mevkûfe tabir ve irad olunur ise işte böyle tahsisat kabilinden olan arazi-i mevkûfe murad olunur. Fakat bu makûle arazi-i mevkûfenin bir nev'i dahi vardır ki rakabesi beytülmale ait olduğu gibi aşar ve rüsumatı cânib-i mîrîye ait olduğu halde yalnız hukuk-ı tasarrufiyesi veyahut rakabesi beytülmale ait olarak aşar ve rüsumatıyla beraber hukuk-ı tasarrufiyesi bir cihete tahsis kılınmıştır. Bu nev' arazi-i mevkûfede ferağ ve intikal misillü ahkâm ve muamelat-ı kanuniye cari olmayıp ancak taraf-ı vakıftan gerek bizzat ve gerek ala-tarîki'l-icar ziraat ve tasarruf ettirilerek menâfi'-i hâsılası vakfın meşrutun-lehine sarf olunur." Hüseyin Hüsnü, 1324, s. 25-27. Ayrıca bkz. Sivridağ vd. 2004, s. 104. Yalnız bu son kaynakta, ilgili kısımda geçen "arazi-i emiriyye" ifadeleri sehven "arazi-i mîriye" ve "bast" sözcüğü "bahs" şeklinde okunmuştur.

değil, vakfiyelerindeki hükümlere göre yönetilir.[27] Bunlar, ya bizzat vakıf tarafından işletilir veya bir başkasına kiraya verilir.[28]

Görüldüğü üzere, sahih vakıflardaki durumun tersine, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun hayrî bir cihete tahsisi mahiyetindeki araziler ile vakıf arasında ayna taalluk eden bir ilişki yoktur. Arazi üzerine düşen aşar ve rüsum merkezli bir ilişki söz konusudur.[29] Şayet arazi, ziraate elverişli değilse veya üzerine bina yapıldıysa bu ilişki, alınamayan aşara/öşüre karşılık olarak vakfa tahsis olunan "mukataa"[30] merkezli olarak devam etmektedir.[31] Dahası, Arazi Kanunnamesi

---

27 Ömer Hilmi, s. 58-59; Bilmen, s. 6.

28 Kural olarak sahih vakıflarda görülen -yukarıda incelediğimiz- icareteyn ve mukataa usulleri ile ilgili olarak Berki, mîrî arazinin tasarruf hakkının veya tasarruf hakkı ile beraber menfaatlerinin vakfa konu edildiği gayrisahih (tahsisat kabilinden) evkaftan olan araziler hakkında, vakıf tarafından icareteyn ve mukataa usullerinin işletilebileceğini; fakat yalnızca aşar ve rüsumun vakfa konu edildiği gayrisahih vakıf arazilerin bu usullerle işletilmesinin söz konusu olamayacağını belirtiyor. (Ali Himmet Berki, "İslâmda Vakıf, Sahih ve Gayrisahih Nevileri II", C. VII, S. 1, 1958, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 3; Ali Himmet Berki, "İslamda Vakıf: Zağanus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyeleri", S. 4, 1958, Vakıflar Dergisi, s. 25.) Bununla beraber, aralarında Ebulula Mardin, İsmet Sungurbey, Bülent Köprülü gibi isimlerin de yer aldığı birçok yazar, icareteyn ve mukataa usullerini sahih vakıflarla ilişkili olarak ele almaktadır. Bu konuda öğretideki genel durumu yansıtan bir inceleme için bkz. Kalıpçı, s. 488 n. 17. Neticede, uygulamada Berki'nin aktarımı doğrultusunda, tasarruf hakkının vakfa konu edildiği gayrisahih evkaftan olup icareteyn veya mukataaya bağlı olan bir vakıf açısından 30. madde bağlamında inceleme yapılacak olunduğunda, böyle bir değerlendirme açısından yukarıda icareteyn ve mukataa bahislerinde zikredilen hususiyetlerin bilinmesi ve dikkate alınması önem arz edecektir.

29 Aşar ve rüsum vakfına konu edilmiş mîrî arazilerden yapılan tahsislerin Cumhuriyet döneminde aşarın ilgası ile içi boşalmıştır. 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi ve ilgili mevzuatın öngördüğü yeni mülkiyet rejimi karşısında, bunların sırf mülk statüsüne tabi oldukları kabul edilmiştir. (Hüseyin Hâtemî, Medenî Hukuk Tüzelkişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 706-707; İsmet Sungurbey, Eski Vakıfların Yeni Sorunları, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 181-182, 183/n., 238, s. 574, 575/n.; Özkaya, s. 143, 153-154.) Bununla birlikte, özü ve esası itibarıyla içinin boşalmış olmasına rağmen tahsisin, vakfın mahlûlât bedelindeki hakkı -hazinece satışı yapılan bu türden mahlûl arazilerin satış bedeli- üzerinden Cumhuriyet döneminde de devam edeceği yönünde bkz. Sungurbey, 2001, s. 40, 216, 294; Necla Giritlioğlu, "Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli", Eski Vakıfların Günümüze Ulaşan Uygulamaları Sorunları ve Çözümleri Semineri 7-8 Aralık 1999, Ed. Suat Ballar, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 28-29.

30 Kelime anlamı itibarıyla "kesişme" manasına gelen mukataa, Osmanlı hukukunda farklı ıstılahî anlamları olan bir kavramdır. (Mehmet Genç, "Mukataa", DİA, Ankara, TDV, 2020, C. XXXI, s. 129.) Vakıf hukuku bakımından da birden fazla manası vardır. Mîrî arazinin aşar ve rüsumun vakfedildiği araziler açısından söz konusu olan mukataa, zeminin vakfa ait olduğu sahih vakıflarda görülen -bu tür vakıflardan yukarıda bahsolundu- mukataadan farklı olup; alınamayan öşürden kaynaklanan zararın telafisi içindir ve mîrî arazi rejiminin geçerli olmasının bir gereğidir. Bu çeşit mukataa için mukataa sözcüğünün dışında, "bedel-i öşür", "bedel-i öşür mukataası", "öşre muadil icâre-i zemin", "öşre muadil senevî mukataa-i zemin", "icâre-i maktua", "icâre-i zemin", "mukataa-i zemin", "icare-i müeccele" gibi tabirler de kullanılmaktadır. (Ali Himmet Berki, Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen Istılah ve Tâbirler, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyâtı, 1966, s. 38; Sungurbey, 2001, s. 184, 254-255; İhsan Özmen, Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1986, s. 1442, 1457.)

hükümleri gereğince, bu tür bir arazi üzerine dikilmiş ağaç veya inşa edilmiş olan bina gibi bir muhdesât da mülk nevili olup vakfiyeti söz konusu değildir.[32] Bunların diğer sırf mülkler gibi alım, satım, hibe gibi tasarruflara konu edilmesi mümkündür ve mirasçılara geçişlerinde -mîrî arazi ya da vakıf akarlara ilişkin adi (örfi) intikal kuralları değil- diğer sırf mülkler gibi feraiz kuralları geçerlidir.[33]

---

[31] Örneğin, Büyükada'da, "Mabeyn-i hümayun-ı cenâb-ı mülûkâne etıbbasından Doktor Miralay Celaleddin Muhtar" Bey'in mutasarrıf olduğu, nevi "*Şehzade Sultan Mehmed Han Hazretleri Vakfından*", muhassası "*öşürlü*" olarak kayıtlı olan bir tarlanın "*taşlıktan ibaret ve kuvve-i inbâtiyeden mahrum olmasıyla kâbil-i ziraat olmadığından suret-i âharla imar ve istifade edilmek üzere usul ve nizamı dairesinde ifa-yı muktezasıyla arsa haline ifrâğına müsaade*" olunması talebi ve söz konusu tarlanın mukataaya rapt olunarak arsaya tahvili ve yapılaşmaya açılmasına izin verilmesi sürecini görmek için bkz. Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, ŞD., 64/1, 29 Muharrem 1325/14 Mart 1907; Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, DH.MKT., 1177/24, 5 Rebiülahir 1325/18 Mayıs 1907. (Belgede geçen "muhassas" tabiri, taşınmaz üzerinden vakfa tahsis edilen şeyi ifade etmek için kullanılmıştır.)

[32] M. Macit Kenanoğlu, "Miri Arazi", DİA, TDV, Ankara, 2020, C. XXX, s. 158. Ali Haydar Efendi, Arazi Kanunnamesinin 32. maddesini şerh ederken, ziraate müteallik çiftlik binası, değirmen, ağıl gibi yerler için memur izninin gerekeceğini ve 31. maddeye göre söz konusu izin olmadan yapılan binanın yıktırılabileceğini; memurunun izni ile yapılabilecek binalar için de araziden alınamayacak olan öşre bedel icare-i zemin/mukataa takdir edileceğini; bununla birlikte, üzerinde herhangi bir yapı olmayan ham arazi üzerine sükna olmak üzere bir mahalle veya köy teşkili için irade-i seniye gerekeceğini belirtmekte ve son durum ile ilgili olarak, mîrî arazinin üzerine "sırf mülk olarak ebniye inşa ve eşcâr gars olunmak üzere usulen mukataa-i zemine rabtı" hakkındaki bir Şura-yı Devlet kararını aktarmaktadır. (Hoca Emin Efendizade Ali Haydar, Şerh-i Cedîd li-Kanuni'l-Arazi, tab'-ı cedîd, A. Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1321, s. 174-180.) 30 Mart 1329/12 Nisan 1913 tarihli Emval-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkatin 5. maddesinin getirdiği değişiklikle mahalle veya köy teşkiline yol açmayacak olan dükkan, imalathane, ziraate ilişkin yapılar gibi binaların mutasarrıf tarafından izinsiz yapılabileceğinin kabul edildiği, bunun da mutasarrıfın tasarruf hakkını genişlettiği yönünde bkz. Halil Cin, Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, 3. bs. Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, 2005, s. 119.

[33] Söz konusu esas Arazi Kanunnamesinin 81. maddesinde de düzenlenmiştir. Madde metni için bkz. Sivridağ vd., 2004, s. 119. Bu tür muhdesâtın arazisi, intikalde üzerindekilere tâbidir. Bu usule hakir usulü denir. Bununla birlikte, 30 Mart 1329/12 Nisan 1913 tarihli Emval-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkatin 5. maddesi ile hakir usulü ilga edilmiştir. Tam tersi bir düzenlemeye gidilerek, kanundan sonrasına ait muhdesâtın tasarruf ve intikalde araziye tabi olması, dolayısıyla intikalde mîrî arazi açısından geçerli olan adi (örfî) intikal kurallarının uygulanması esası getirilmiştir. (Berki, 1968, s. 18, 133.) Sungurbey, belirtilen değişikliğin intikale ilişkin olduğunu, arazi üzerindeki muhdesâtın mülk niteliğinin değişmediğini belirtiyor. Bunu belirtirken de söz konusu değişiklikle mütemmim cüz esasının kabul edildiğini bildiren Bülent Köprülü'nün görüşüne atıfla, bunun ancak mîrî arazideki tasarruf hakkının yeni hukuk açısından mülkiyet hakkı, devletin icare-i müeccele hakkının da taşınmaz yükümü sayılması durumunda kabul edilebileceğini; aksi halde Köprülü'nün öğretideki baskın görüşe uyarak mîrî arazide mülkiyet devlette olduğundan, söz konusu kanunla mîrî arazide mütemmim cüz prensibi getirildiğini söylemesinin, arazi üzerindeki muhdesâtın da devletin mülkiyetine girdiği manasına geleceğini, ancak böyle bir sonucun kabul edilemeyeceğini ekliyor. (İsmet Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971, C. III, s. 107-108.) Cin de, muhdesâtın tasarruf ve intikalde araziye tâbi olmasına ilişkin değişikliğin mîrî arazinin mülkleşmesini engelleme amacıyla yapılmış olsa da kanunun mutasarrıfa mâlik yetkileri tanıyan diğer maddeleri incelendiğinde, aslında mîrî arazinin mülkleşmesini kolaylaştırdığını ve muhdesâtın mütemmim cüz veya teferruat kabul edilmesinin

Bu bakımdan, aşar ve rüsumun vakfa konu edildiği mîrî arazi üzerindeki muhdesâtın durumu, -yukarıda anlatılan- mukataalı vakıf arsalar üzerindeki muhdesâtın durumu ile benzerlik arz etmektedir.[34] Böyle bir taşınmaza ilişkin olarak eski tapu ve kadastro belgelerinde rastlanan muhdesâtın mülk nevili; vakıf ile ayna müteallik olmayan, aşar ve rüsum (ve sonradan buna bedel takdir olunan mukataa) konulu ilişkinin de zemin merkezli oluşunu bildiren tanımlamalar, belirtilen hukuki durumun bir yansımasıdır.[35] Bu hukuki yapı, aşağıdaki şekil vasıtasıyla daha anlaşılır kılınabilir:

(Şekil 2)

---

bugünkü mülk arazi hükümlerine uygun bir durum olduğunu belirtiyor. (Cin, 302-305.) Tartışılan 5. madde hükmünde "ve tarla ve sair arazisini *rakabesi beytülmale ait olmak üzere* kürum ve eşcâr-ı müsmire dikerek bağ ve koru ve bostan ve bağçe haline ifrâğ eder ve arazisi üzerinde karye ve mahalle haline getirilmemek şartıyla hane veya dükkan veya her nev' imalathane veya ziraate müteallik ebniye ihdas ve inşa ve bir kısmını tefrik ile harman yeri ittihaz edebilir... arazi-i emiriyye ve mevkûfe üzerinde bu suretle gars ve ihdas olunacak kürum ve eşcâr ve ebniye ve müştemilât ve teferruatı *emr-i tasarruf ve intikalde* araziye tabi olur" hükümleri mevcuttur. (Serkis Karakoç, Emval-i Gayrimenkule Kanunları-Tahşiyeli, Cihan Matbaası, İstanbul, 1342, s. 485. Alıntıdaki vurgu tarafımızdan yapılmıştır.) Bu noktada, Sungurbey'in eleştirdiği, değişiklikle muhdesâtın da arza tebaan devletin mülkiyetine girdiği şeklindeki görüşün kabul edildiği durumda dahi -arzın rakabesi beytülmale ait olduğuna göre- yine arzın ve de muhdesâtın vakıf olmayacağının, dolayısıyla vakıf yoluyla meydana gelme şartını gerçekleştirmeyeceğinin altı çizilmelidir.

34 Söz konusu benzerlik, mukataa usulünün mîrî topraklardaki hakir usulüne benzetilerek icat edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Berki, 1946, s. 146; Mardin, 1947, s. 68. (Bir önceki dipnotta anlatılan mîrî arazideki hakir usulünün ilgasına ilişkin düzenlemenin, sahih vakıflardan mukataalı olanları kapsamadığı hakkında bkz. İrem Karakoç, "Osmanlı Devleti'nde Sahih ve Gayrisahih Vakıflardaki ve Mîrî Arazideki Tasarruf Hakkı Arasındaki Farkın, Hakir ve İntikale İlişkin Hükümler Bağlamında Değerlendirilmesi", S. 17, 2014 Bahar, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 51-52. Ancak, uygulamada söz konusu değişiklik mukataalı vakıflara da teşmil edilmiştir. Ebulula Mardin'in bu sorunu eleştirdiği bir yazısının neşri ve değerlendirmesi için bkz. İrem Karakoç, "Ebü'l-Ulâ Mardin'in Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların İntikal Şekli Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi", S. 23, 2017 Bahar, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 5-36.)

35 Örneğin, Büyükada'da bulunan, zemini Şehzade Mehmed Vakfına mukataalı olan bir taşınmazın "maa bağçe bir bab hane ve dekâkinin mülk ebniyesi" şeklinde tanımlandığı sened-i hakanî sureti için bkz. Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, ŞD., 2722/22: 1, 25 Zilkade 1303/25 Ağustos 1886.

Netice olarak, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfa konu edildiği gayrisahih vakıf ile ilişkili bir taşınmazda ne arzın ne de üzerindeki muhdesâtın aslı vakıftır. Bu bakımdan, vakfedilenin, taşınmazın aynı ya da tasarruf hakkı olmayıp arzına terettüp eden aşar ve rüsum olduğu; taşınmaz üzerindeki muhdesâtın da Arazi Kanunnamesi hükümlerine göre mülk nevili olup vakfiyetinin hiçbir şekilde söz konusu olmadığı bu çeşit bir ilişkide, vakıf yoluyla meydana gelen bir taşınmazın varlığından söz etmek, hukuk tekniği açısından mümkün olmayacaktır.[36]

III. YARGI KARARLARINDAKİ SORUNLU BAKIŞ

Vakıf yoluyla meydana gelme şartını değerlendiren bazı yargı kararlarındaki sorunlu bakışın temelinde, eski vakıflar hakkında yapılan ayrımlara ilişkin bilgilerin dikkate alınmaması yatmaktadır. Ayrıca, 30. madde metninde -mahlûliyet ile taviz bedeli meselelerini düzenleyen 17. ve 18. maddelerden farklı olarak- hükmün kapsamına giren ya da girmeyen vakıf türleri ile ilgili bir hükme yer verilmemiş olması, probleme yol açıcı bir etken olarak gözükmektedir.[37]

İncelediğimiz birçok yargı kararında, bir taşınmazın vakıf yoluyla meydana gelip gelmediğini tespitte, kanunun ve yönetmeliğin lafzından hareketle sathî bir değerlendirme yapıldığı gözlemlenmiştir. Aşağıda, bu kapsamda kararlardan not ettiğimiz, vakıf yoluyla meydana gelme şartının tespiti bakımından önem atfedildiği anlaşılan esaslara değinilecektir.

Vakıflar Kanununun 30. maddesi uyarınca açılmış olan tapu iptali ve tescil davaları sonucu verilen hüküm ve kararların temyiz mercii, Yargıtay 1. Hukuk Dairesidir.[38] Söz konusu daire kararları incelendiğinde, 30. maddede yer alan vakıf yoluyla meydana gelme şartının tespiti noktasındaki temel ölçütün -açıkça zikredilsin veya zikredilmesin- Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesinin ikinci fıkrası olduğu görülmektedir. Bu tavır, olağandır; zira söz konusu hüküm, vakıf yoluyla meydana gelme şartını tetkik konusunda ayrıntı içeren tek yasal düzenlemedir ve burada bahse konu şartın varlığını ispat edici belgeler örnek kabilinden sayılmıştır. Ancak, vakıflarla ilişkili diğer meselelerde olduğu gibi, bu

---

36 Bununla birlikte, mülk nevili bir muhdesâtın sonradan sahih bir şekilde bir cihete ayrıca vakfedilmesi mümkündür. Ancak bu, zemine ilişkin aşar ve rüsum vakfından ayrı bir vakıf muamelesi olacaktır. Bir yerde sahih vakıf ile gayrisahih vakfın içtima edebileceği hakkında bkz. Bilmen, s. 6. Ayrıca, 30 Mart 1329/12 Nisan 1913 tarihli Emval-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkatin 5. maddesi ile gelen değişikliğin muhdesâtın niteliğine etkisi olup olmadığı hakkında 33. dipnota müracaat ediniz.

37 5737 sayılı Vakıflar Kanununun mahlûliyeti düzenleyen 17. maddesi ile taviz bedelini düzenleyen 18. maddesi, icareteynli ve mukataalı taşınmazları kapsamına aldıklarını açıkça bildirmişlerdir. 18. maddede ilaveten "miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen" taşınmazların tavize tabi olmadıkları da düzenlenmiştir.

38 Bu konudaki mevcut düzenleme, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18/01/2024 tarih ve 1 sayılı kararıdır. Kararda, ihtisas alanı gayrimenkul hukuku olan dairenin görevleri arasında "Vakıfların, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 17 ve 30. maddeleri uyarınca açmış oldukları tapu iptali ve tescil davaları sonucu verilen hüküm ve kararlar" da sayılmıştır. (https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek-1706165589.pdf, s.e.t. 30.01.2025. Ayrıca bkz. Ahmet Cemal Ruhi, Adli Yargıda İstinaf ve Temyiz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 113.)

hükmün uygulamasında da eski vakıflara dair temel özelliklerin ve ayrımların göz önünde bulundurulması zaruridir. Bununla beraber, birçok içtihatta, Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesinde sayılan belgelerden bir veya birkaçına müracaatla vakıf ile bir şekilde ilişkisi olduğu anlaşılan taşınmazların, söz konusu ilişkinin mahiyeti kararda tartışılmadan ve karara yansıtılmadan vakıflığına ve vakıf yoluyla meydana gelmiş olduğuna hükmedildiği dikkat çekmektedir.[39] Hatta bu tür kararlardan bazısında, taraflardan birinin, 30. madde hükmünün uygulanması için vakıf şerhinin tek başına yeterli olmayacağı; vakfın türünün -bu bağlamda sahih mi gayrisahih mi olduğunun- araştırılması gerekeceği; taşınmazın aşar ve rüsum tahsisinden ibaret gayrisahih evkaftan olduğu ve benzeri tarzdaki beyanları aktarıldığı halde, meselenin bu yönü tartışılmadan hüküm kurulduğuna şahit olunmaktadır.[40] Böylece yargı kararlarının ekserisinde,

---

[39] Örneğin: Vakıflar Kanununun 30. maddesine atıf yapıldıktan sonra, Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesi alıntılanarak vakıf yoluyla meydana gelme hususunu ispat için örnek kabilinden sayılan belgelerin önemine değinen ve olayda "*1956 yılına ait tesis kadastrosu tespit tutanağında taşınmazın vasfının 'bahçeli ahşap ev' olarak belirlendiği ve Abdulhamit[-i] Evvel Vakfı'na ait olduğu hususunun şerh düşüldüğü, bu haliyle vakfa iade işleminde yasaya aykırılık bulunmadığı*" yargısını içeren; ancak söz konusu şerhin gerçekten vakfa aidiyeti ispatlayıcı nitelikte olup olmadığı tartışmasını içermeyen bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2022/5509, K: 2023/1859, T. 29.3.2023. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-5509-k-2023-1859-t-29-3-2023, s.e.t. 30.01.2025). Mülga 7044 sayılı Kanun ile halefi Vakıflar Kanununun 30. madde düzenlemesine yapılan atfın ardından "*öyleyse, anılan koruma kurul kararları ve kadastro tespiti sırasında beyanlar hanesine düşülen vakıf şerhi gözetildiğinde, çekişmeli taşınmaz 7044 Sayılı Kanun ve 5737 Sayılı Kanunun 30. maddesi kapsamında kalan taşınmazlardan olduğu sabittir*" hükmünü, söz konusu şerhin manasına temas etmeden bildiren bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2012/4197, K: 2012/10071, T. 25.9.2012, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2012-4197-k-2012-10071-t-25-9-2012, s.e.t. 30.01.2025). Taşınmazın vakıf yoluyla meydana geldiğini tespitte "*kadastro tespitine dayanak 18.11.1953 tarihli istinsah varakasında ve Mart 338 tarihli Osmanlıca Tapu Zabıt Defteri kaydında vakıf şerhinin bulunduğu*" bilgisine atıfta bulunan bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2022/52, K: 2024/236, T. 15.1.2024. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-52-k-2024-236-t-15-1-2024, s.e.t. 30.01.2025).

[40] Örneğin: Davalının ilk derece mahkemesinde yürütülen davada "*vakıf şerhinin tek başına intikal için yeterli olmadığını, vakfın niteliğinin sahih olup olmadığının araştırılması gerektiğini*" dile getirdiğinin aktarıldığı, ancak bu mesele ayrıca tartışılmadan 30. madde şartlarının olayda oluştuğu yönündeki hükmün onandığı bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2016/17767, K: 2017/381, T. 23.01.2017. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2016-17767-k-2017-381-t-23-1-2017, s.e.t. 30.01.2025). Tapu ve kadastro belgelerine göre, "*Sultan Beyazıt Veli Vakfından*" şerhi bulunan "*Ziraat Mektebi ebniyesini havi tarla*" vasıflı, üzerindeki binası kültür varlığı olan taşınmaz hakkında, davalının temyiz başvurusu sırasında "*taşınmazın cinsi kısmında yer alan şerh yeterli görülürse İstanbul'un tamamının Sultan Beyazıt Veli Vakfına ait olacağını, oysa mahkemenin arazinin mülk arazi mi vakıf arazi mi olduğunu, arazinin kendisinin mi yoksa sadece gelirinin mi vakfedildiğini ve bu vakıfların sahih mi gayri sahih mi olduğunun tespit edilmesi gerektiği*" şeklindeki iddiası nakledilmekle birlikte; tapulama tutanaklarında "*Ziraat Mektebinin ebniyesini havi tarla Sultan Beyazıt Veli Vakfından*" şerhinin varlığı, binanın kültür varlığı olarak tescilli oluşu ve taşınmazın vakfiye kapsamında olması hususları gözetilerek verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararının; 5737 sayılı Kanunun 30. maddesi ile Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesine atıfla onandığı bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2021/9536, K: 2022/1920, T. 9.3.2022. (https://www.lexpera.com.tr/ ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-9536-k-2022-1920-t-9-3-2022, s.e.t. 30.01.2025). Davacının istinaf başvurusunda, "*taşınmazın tapu kaydında tek başına vakıf şerhinin bulunmasının, taşınmazı vakıf taşınmazı haline getirmeyeceğini*" belirttiği, ancak bu talebin "*taşınmazın kadastro tespitine dayanak eski kayıt ve belgelerden kayıt maliki vakıf tarafından meydana getirildiği, adı*

bir şekilde tapu-kadastro vb. belgelerde vakıf şerhi taşıyan ve teknik olarak vakfiye sınırları kapsamında kaldığı anlaşılan her taşınmazın 30. madde bağlamında vakıf yoluyla meydana geldiği yargısına varılabildiği görülmektedir. Oysa çalışmamızın ikinci bölümünde incelendiği üzere, her vakıf şerhi, vakıf ile taşınmaz arasında ayna taalluk eden bir ilişkinin ve vakfa aidiyetin varlığını yansıtıcı nitelikte değildir.

Üstte değerlendirilen içtihatlara nazaran daha sorunlu tespitler içeren kararlar da vardır. Bu kapsamda, zemini üzerinde vakıf şerhi bulunan, aşar ve rüsum tahsisi konulu gayrisahih evkaftan olduğu düşüncesiyle madde kapsamına girmeyeceği iddia olunan bir taşınmaz hakkındaki istinaf kararında tesadüf ettiğimiz şu ifadeler, eleştiriye konu sorunlu bakışın çok daha ağır ve açık bir ifadesi hükmündedir:

> *"Vakıflar Kanununun 30. maddesi gereğince devir için yasada üç şart öngörülmüştür. Bunlar taşınmazın vakıf yoluyla meydana gelmesi, kültür varlığı niteliği taşıması ve her ne suretle olursa olsun Hazinenin mülkiyetine geçmiş olması koşullarıdır. Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu maddenin uygulanmasında icareteynli veya mukataalı taşınmaz olması veya tahsisat kabilinden arazi olmasının sonuca etkisi yoktur.*[41]*"*

Görüldüğü üzere, eski vakıflar hakkında yapılan ayrımların vakıf ile taşınmaz arasındaki ilişkinin mahiyetini belirlemede aslî rolü olduğunun takdir edilemeyişinin bir örneği olan bu kararda, sahih-gayrisahih vakıf; icareteyn-mukataa; zemin-muhdesât gibi eski vakıf ve gayrimenkul hukukuna ait temel kavramların arasındaki ilişki ve farklar göz ardı edilmiştir. Şayet olay

---

geçen vakfın mazbut vakıflardan olduğu, vakıf medresesi olarak kullanıldığı, taşınmazın vakıf yoluyla meydana geldiği ve tescilli korunması gerekli kültür varlığı olduğu sabit olduğundan" reddedildiği aktarıldıktan sonra, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesine binaen bahse konu istinaf kararının -vakıf şerhi ve türünün anlamına ilişkin herhangi bir tartışma yansıtılmadan- tasdik edildiği bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2022/8249, K: 2023/646, T. 8.2.2023. (https://www.lexpera.com.tr/ ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-8249-k-2023-646-t-8-2-2023, s.e.t. 30.01.2025). Davacının istinaf başvurusunda "*gayri sahih vakıflardan olup davaya konu taşınmazın 5737 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesi kapsamında bulunmadığını*" öne sürdüğü, ancak istinaf başvurusunun mahkemece reddolunduğu hususları aktarıldıktan sonra, 3 Haziran 311 tarihli tapu senedinde yer alan sonradan terkin edilmiş vakıf şerhi ile tapu kaydındaki kültür varlığı şerhi vurgulanarak "*5737 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesi uyarınca vakfı adına tescil koşullarının bulunduğu*" yönündeki istinaf kararının -vakfın türüne ilişkin iddia hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadan- onandığı bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2022/8149, K: 2024/44, T. 08.01.2024. (https://karararama.yargitay.gov.tr/, s.e.t. 30.01.2025). Davacının vakfın türünün araştırılması yönündeki talebinin, davalı tarafça "*taşınmazın sahih ve gayri sahih olup olmadığının araştırılması talebinin de işbu davada hiçbir hukuki geçerliliğinin bulunmadığı*" gerekçesiyle reddinin talep edildiği aktarıldıktan sonra, taşınmazın kültür varlığı olduğu, kadastro tutanaklarında vakıf şerhi bulunduğu ve mazbut bir vakıf olduğu yönündeki tespitler üzerine bina edilen ilk derece mahkemesine ait red kararının -meseleye ilişkin mevzuat aktarıldıktan sonra, taşınmazın vakfiyetinin nevi ve mahiyeti hakkında herhangi bir tartışmaya girilmeden- isabetli bulunduğu bir karar için bkz. İstanbul BAM, 2. HD, E: 2018/1933, K: 2019/148, T. 05.02.2019. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam2-hd-e-2018-1933-k-2019-148-t-5-2-2019, s.e.t. 30.01.2025).

[41] Şahsi arşivimizde bulunan kararın künyesi şöyledir: İstanbul BAM 2. HD, E: 2021/2199, K: 2022/1509, T. 27.09.2022.

incelenirken bu yönde az da olsa bir hassasiyet gözetilseydi, en azından kararda aktarılan vakıf şerhinin taşınmazın zemini hakkında oluşu sorgulanır; bu kapsamda taşınmazın vakıf ile ilişkisinin ayna taalluk edip etmediği, zeminin ve muhdesâtın nevinin farklılık gösterip göstermediği hususları tartışılırdı. Böylece, vakıf ile bir şekilde ilişkisi olan her taşınmazın türü gözetilmeksizin hem zemin hem de üzerindeki yapı itibarıyla vakıf oldukları şeklindeki hatalı değerlendirmeden sakınılırdı.

Son olarak, tüm olumsuz tabloya rağmen, incelememiz sırasında vakfın türü ve niteliğinin tespit edilmesi konusunda vurgu içeren bir bakışı da not ettiğimizi belirtmeliyiz. Bu kapsamda, faal olduğu dönemde ihtisas alanı kadastro hukuku olan mülga Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin, 30. madde ile ilgili olarak önüne gelen bir dava hakkında izlenmesi gereken yolu çizerken "taşınmazın vakfiye kapsamında olduğunun saptanması halinde, bu kez vakfın türünün ve niteliğinin ne olduğu" hususunun da irdelenmesi gerektiğini zikretmesi önemlidir. Karardaki bu vurgu, her ne kadar vakfın türü ve niteliğine ilişkin araştırmanın neticesinin değerlendirmeyi ne şekilde etkileyeceğine dair ayrıntı bir bilgi içermese de 30. maddeye dayalı benzer davalar açısından rehber olabilecek bir hassasiyetin varlığını yansıtmaktadır.[42] Esasında uygulayıcılarda var olan ve taşınmazın serbest tasarrufa terki, zilyetlikle kazanılması gibi farklı konulu, ayna müteallik davalarda gözlemlenebilen, vakıfların türlerine göre arz ettikleri hususiyetlere ilişkin farkındalığı, 30. madde bağlamında da daha çok kararda görebilmek, tatbikatın sıhhatli bir şekilde seyrine katkı sağlayacaktır.[43]

---

[42] "Hal böyle olunca; doğru sonuca ulaşılabilmesi için Mahkemece öncelikle, dava konusu taşınmaza uygulanan tapu kaydı tesisinden itibaren tüm tedavülleriyle birlikte Tapu Müdürlüğü ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Arşiv Dairesi Başkanlığından sorularak getirtilmeli, ilgili vakıfname ve vakfa ilişkin tüm evraklar dosya arasına alınmalı ve dosya bu şekilde ikmal edildikten sonra mahallinde, yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek 3 kişilik yerel bilirkişi kurulu, taraf tanıkları, tabiat ve kültür varlıkları ile muhafazası gerekli tarihi veya mimari kıymeti haiz eski eserlerden ve özellikle vakıf mevzuatından anlayan, aralarında sanat tarihçisi veya arkeolog niteliğini haiz kişilerin de bulunduğu 3 kişilik bilirkişi kurulu ve teknik bilirkişinin katılımıyla yeniden keşif yapılmalı ve yapılacak bu keşifte, dava konusu taşınmaza uygulanan tapu kaydı ve vakıfname, yerel bilirkişiler ve taraf tanıkları yardımı ile uygulanarak kapsamları tam olarak belirlenmeli, teknik bilirkişiden keşfi takibe imkan verir, taşınmaza uygulanan tapu kaydının ve vakıfnamenin kapsamını gösterir krokili rapor alınmalı, taşınmazın vakfiye kapsamında olduğunun saptanması halinde, bu kez *vakfın türünün ve niteliğinin ne olduğu, taşınmazın vakıf kültür varlığı niteliğinde olup olmadığı, 5737 sayılı Yasa'nın 30. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği* hususlarında 3 kişilik uzman bilirkişi heyetinden, dosyada bulunan önceki bilirkişi raporunu da irdeler şekilde ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmalı, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir." Yargıtay 16. HD, E: 2017/5462, K: 2020/4809, T. 27.10.2020. (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-hukuk-dairesi-e-2017-5462-k-2020-4809-t-27-10-2020, s.e.t. 30.01.2025).

[43] Vakıf türlerine göre farklılık arz eden hususiyetlere ilişkin, mahkemeler nezdinde bir farkındalığın esasında varlığını yansıtıcı iki örnek aktaralım. Zilyetlikle kazanımın tartışıldığı bir kararının ilgili kısmı şöyledir: "Kuşkusuz, mülkiyeti Hazineye ait olan arazi (miri arazi)nin tasarrufu ya da gelirleri için oluşturulan 'tahsisat nevinden vakıf' türleri üzerinde, vakfın haklarının (dava hakkı dahil) değerlendirilmesi ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile mülk edinilmesi şartlarının tartışılması gerekecektir. Özellikle öşür ve rüsumatı vakfedilmek suretiyle oluşturulan gayrisahih vakıflardan dolayı vakfın bir istekte bulunmasına, hukuk ve kanun bakımından imkan kalmamıştır. Hazine hakkı olan öşür almak usulü, kanunla kaldırıldığına göre, vakfın da hak talep edemeyeceği

SONUÇ

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesinde yer alan "vakıf yoluyla meydana gelme" şartı bakımından -mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıfları öne çıkarak- vakfın türü ve niteliği konusunun önemine dikkat çeken bu çalışmada, şu hususlar tespit olunmuştur:

1. 30. madde düzenlemesi, mülga 7044 sayılı Aslında Vakıf Olan Tarihi ve Mimari Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğüne Devrine Dair Kanunun devamı mahiyetinde olup vakıf nitelikli kültür varlıklarının mazbut vakıflarına devrini öngörmektedir.

2. Gerek mülga 7044 sayılı Kanun ve gerekse yürürlükteki 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 30. maddesi hükmü birlikte değerlendirildiğinde, vakıf yoluyla meydana gelen ifadesiyle önceden vakfa ait, vakıf nitelikli olan malların kastedildiği anlaşılmaktadır. Vakıflar Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 3. maddesinde de "vakıf kültür varlığı" vakfa aidiyet esası üzerinden tanımlanmıştır.

Bununla birlikte, 30. maddenin metninde -mahlûliyet, taviz bedeli gibi hususlardaki düzenlemelerin aksine- açıkça bir vakıf türü vurgusu yoktur. Şartın tespitine ilişkin düzenleme olan Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesinin ikinci fıkrasında da yalnızca vakıf yoluyla meydana gelme şartını tespit için başvurulacak belge örnekleri sayılmakla yetinilmiştir.

3. Eski vakıfların temel özelliklerine, bunlar hakkında yapılan ayrımlara göre vakıf ve onunla ilişkili taşınmazlar arasında aynî bir bağ bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı değişebilmektedir. Bu kapsamda, vakfedilen şeyin mülk olduğu, vakfiyetin ayna taalluk ettiği sahih vakıf nevili bir taşınmazın vakfa aidiyeti esastır. Dolayısıyla böyle bir taşınmazın vakıf yoluyla meydana geldiği söylenebilecektir. Ancak, bu çeşit taşınmazlar açısından dahi ayrıntıya inildiğinde -örneğin zeminin vakıf, üzerindeki yapının mülk olduğu mukataalı

---

tabiidir. Ancak, mülk arazi üzerinde kurulan sahih vakıflar için, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ilgilisine bir hak bahşedemez. Esasen, MK'nın 903 sayılı Kanunla değişik 81/B maddesi hükmü vakıf malları üzerinde zilyetlik yolu ile mülk edinilemeyeceği kuralını da getirmiştir. Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkelere cevap verecek şekilde araştırma yapılması, özellikle Vakıflar Genel Müdürlüğünden ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünden ayrıntılı bilgi alınması, böylece vakıfnamenin muteberiyetine ve vakfın türüne tam bir açıklık getirilmesi ve ondan sonra bir hüküm kurulması gerekirken, noksan soruşturma ve değerlendirme ile yetinilerek yazılı olduğu üzere davanın reddedilmesi doğru değildir." Yargıtay 1. HD, E: 1992/14571, K: 1993/1963, T. 18.2.1993. (https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-1992-14571.htm, s.e.t. 30.01.2025). Yine, aşar ve rüsumu vakfedildiği gerekçesiyle taşınmaz üzerindeki vakıf şerhinin taviz bedeli ödenmeksizin terkinine karar verildiği bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin "*bilirkişilerin taşınmazı keşfen yerinde inceleyerek rapor düzenledikleri, rapora göre taşınmazda vakfın ayni bir hakkının kalmadığının belirlendiği, ayrıca Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 26.03.1986 tarihli ve 384/3473 sayılı ilamıyla ... Vakfı'nın tahsisat türünden olup sahih vakıflardan olmadığının ve bu yerler üzerinde Vakıflar İdaresinin ayni bir hakkının bulunmadığının tespit edildiği, Yargıtay içtihatlarının da bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmış olduğu, açıklanan nedenlerle İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun bulunduğu*" şeklindeki gerekçeleri içeren istinaf kararının temyizen onandığı bir karar için bkz. (Yargıtay 7. HD, E: 2021/7685, K: 2023/227, T. 17.1.2023.

(https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2021-7685.htm, s.e.t. 30.01.2025).

bir vakıftaki durum gibi- taşınmazın bir bütün olarak vakıf nevili bir görünüm sergilemeyebileceği unutulmamalıdır.

Münhasıran mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflarda ise tahsis taşınmazın zeminine isabet eden aşar ve rüsumdan ibaret olduğundan, vakıf ile taşınmaz arasındaki ilişki aynî bir nitelik arz etmemektedir.[44] Ayrıca, taşınmazın zemini üzerinde bulunan muhdesât niteliğindeki yapılar da Arazi Kanunnamesi hükümleri gereğince mülk nevilidir; bunların hiçbir şekilde vakfiyeti söz konusu değildir.[45] Dolayısıyla mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar açısından ne taşınmazın arzının ne de üzerindeki muhdesâtın vakfa ait olmayacağı, vakıf yoluyla meydana gelmeyeceği açıktır.[46]

4. Hal böyle iken, uygulamada Vakıflar Yönetmeliğinin 178. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan belgeler veya benzerleri üzerinden -örneğin tapu belgelerinde şimdi ya da önceden vakıf şerhi bulunması gibi bir bilgiye atıfla- bir şekilde vakıf ile irtibatlı olduğu anlaşılan taşınmazların vakıf yoluyla meydana geldiğinin kabul edildiği görülmektedir. Taşınmaz ile vakıf arasındaki bir ilişkinin varlığını yeterli sayan, söz konusu ilişkinin nevini ve mahiyetini irdelemeden, taşınmazın vakfa devrini öngören kararlar, eski vakıf hukukunun bugün de gözetilmesi gereken temel esaslarının yanında, vakıf yoluyla meydana gelmeyi vakfa aidiyet esası üzerine kurgulayan kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Böylece, aslında vakıf olmayan bir taşınmaz, ait olmadığı bir vakfın malları arasına katılabilmektedir.

5. Sahih ve gayrisahih vakıf; icareteyn ve mukataa; zemin ve muhdesât gibi eski vakıf ve gayrimenkul hukukuna ait temel kavramlar arasındaki ilişki ve farklar ile bunların taşıdıkları hususiyetleri göz ardı edici bu sorunlu yaklaşımın görünürdeki sebebi, yasa koyucunun 30. madde metninde açıkça bir vakıf türü vurgusu yapmamış olmasıdır.

Bununla birlikte, aslında, eski vakıfların temel özellikleri ve türlerine dayalı malumatın uygulayıcılar nezdinde, müsellemât mesabesindeki bilgiler olarak her daim göz önünde bulundurulması gereği ortadadır. Zira sorun, neyin vakıf olduğu, neyin olmadığı gibi temel bir mesele hakkındadır. Dolayısıyla eleştiriye konu tablonun arkasında, vakıf türlerine ilişkin ayrımların taşınmaz ile vakıf arasındaki ilişkinin özünü, mahiyetini belirlemede aslî rolü olduğu esasının takdir edilemeyişinin yattığı düşünülebilir. Gerçi farklı konulu davalara ait bazı kararlarda, söz konusu bilgilerin bilinirliğini yansıtıcı tahlillerin bulunması; rastladığımız bir kararda, ayrıntıya girilmese de 30. madde bağlamında vakıf

---

[44] Burada, Cumhuriyet döneminde aşarın ilgası ile söz konusu tahsisin -mahlulat bedeli hariç- içinin boşaldığı ve bu çeşit arazilerin 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi ve ilgili mevzuatın öngördüğü yeni mülkiyet rejimi karşısında, sırf mülk statüsüne tabi olduklarının altı tekrar çizilmelidir. Bkz. 29. dipnot.

[45] 30 Mart 1329/12 Nisan 1913 tarihli Emval-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkatin 5. maddesi ile yapılan değişikliğin muhdesâtın mülk niteliğine etkisi olup olmadığı hakkındaki tartışma, her halükârda böyle bir değişikliğin muhdesâta vakıflık kazandırmayacağı bilgisi vurgulanarak 33. dipnotta tartışılmıştı.

[46] Gayrisahih vakıfların diğer iki türü olan, mîrî arazinin tasarruf hakkını veya tasarruf hakkı ile birlikte aşar ve rüsumunu konu edinen evkafta ise işin içerisinde tasarruf hakkı bulunduğundan, icareteyn ve mukataa usullerinin görülebileceği vurgulanarak, buna göre 30. madde bağlamında yapılacak değerlendirmenin farklılık arz edebileceğine 28. dipnotta işaret olunmuştu.

türü ve niteliğinin araştırılması gerekliliğine vurgu yapılması; belirtilen temel esasların tamamen bilinmediği ya da dikkate alınmadığı bir halin söz konusu olmadığını yansıtması itibarıyla olumludur. Fakat uygulamanın genel seyri, üstte belirtilen olumsuz tabloyu yansıtır ve üzerinde düşünmeyi gerekli kılar niteliktedir.

Bu bakımdan, yasa koyucunun 30. madde metnini, eski vakıfların nevi ve mahiyetine ilişkin farklılıkları içeren ayrımları göz önünde bulundurarak daha açık bir şekilde düzenlemesi, uygulamadaki sorunlu bakışı ıslah edici bir adım olacaktır. Bunun yanı sıra uygulayıcılar için eski vakıfların temel özellikleri, mahiyetleri ve türleri ile bunlara bağlı ahkâm konusunda bilgi ve dikkat düzeyini arttırıcı çalışmalar yapılmasının, doğru uygulama yolunda daha esaslı katkılar sunacağı muhakkaktır.

6. Şayet yargı kararlarında gözlemlenen incelediğimiz sorunlu yaklaşım, vakıflar lehine gözetildiği düşünülen bir politika kapsamında meşru görülüyor ise böyle bir fikrin, eski vakıfların temel özelliklerini göz önünde bulunduran ve hukuk tekniği bakımından sorunlu olmayan makul bir zeminde hayata geçirilmesi gerekmektedir. Aksi halde mevcut uygulama, aslında vakıf olmayan bir taşınmaza vakıf kisvesi giydirilerek ait olmadığı bir vakfın malı kılınması ve Vakıflar İdaresinin yönetimine katılması gibi hukuka aykırılıklara ve yeni uyuşmazlıkların doğmasına sebebiyet verebilecektir.

7. Dolayısıyla, eski vakıfların temel özellikleri konusunda, bilgi ve dikkat eksikliği veya gözetilen politika kaynaklı olması fark etmeksizin hukuki açıdan sorunlu bir yaklaşımın uygulamada yaygınlaşması ve olağanlaşmasının, uzun vadede umumi tablo açısından ata yadigârı vakıflar lehine değil, aleyhine sonuçlar doğuracağının altı çizilmelidir. Zira ısrarlı yanlış uygulama, zamanla yanlışın doğru telakki edilmesine ve doğru bilgi ve bakıştan uzaklaşmaya yol açacağından, bu sefer vakıflara ilişkin basit ve haklı talepler hakkında dahi uygulamada umulmaz olumsuzlukların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

1. Arşiv Belgeleri

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, DH.MKT., 1177/24, 5 Rebiülahir 1327/18 Mayıs 1907.

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, ŞD., 2722/22: 1, 25 Zilkade 1303/25 Ağustos 1886.

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, ŞD., 64/1, 29 Muharrem 1325/14 Mart 1907.

2. Mahkeme Kararları

İstanbul BAM 2. HD, E: 2021/2199, K: 2022/1509, T. 27.09.2022.

İstanbul BAM, 2. HD, E: 2018/1933, K: 2019/148, T. 05.02.2019.

Temyiz 1. HD, 29.03.1938 tarihli karar.

Yargıtay 1. HD:

E: 1992/14571, K: 1993/1963, T. 18.2.1993; E: 2010/6486, K: 2010/7299, T. 21.6.2010; E: 2012/4197, K: 2012/10071, T. 25.9.2012; E: 2012/9479, K: 2012/12771, T. 12.11.2012; E: 2012/10396 K: 2012/15163 T. 13.12.2012; E: 2016/17767, K: 2017/381, T. 23.01.2017; E: 2021/9536 K: 2022/1920 T. 9.3.2022; E: 2022/8249, K: 2023/646, T. 8.2.2023; E: 2022/5509, K: 2023/1859, T. 29.3.2023; E: 2022/8149, K: 2024/44, T. 08.01.2024; E: 2022/52, K: 2024/236, T. 15.1.2024.

Yargıtay 16. HD, E: 2017/5462, K: 2020/4809, T. 27.10.2020.

Yargıtay 5. HD E: 2022/10336, K: 2023/832, T. 25.1.2023.

Yargıtay 7. HD, E: 2021/7685, K: 2023/227, T. 17.1.2023.

3. Ansiklopedi Maddesi, Bildiri, Makale ve Kitaplar

Ahmet C R, Adli Yargıda İstinaf ve Temyiz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza, Konya, 2012.

Aydın M Â, Türk Hukuk Tarihi, 21. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2025.

Berki A H, Vakıflar, 2. bs., Aydınlık Basımevi, İstanbul, 1946.

Berki A H, "İslâmda Vakıf, Sahih ve Gayrisahih Nevileri II", C. VII, S. 1, 1958, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 1-10.

Berki A H, "İslamda Vakıf: Zağanus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyeleri", Vakıflar Dergisi, S. 4, 1958, s. 19-37.

Berki A H, Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye Ve Benzeri Vesikalarda Geçen Istılah ve Tâbirler, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyâtı, 1966.

Berki A H, Miras ve Tatbikat, 3. bs., Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1968.

Berki A H, "İcarei Vahideli, Mukataalı, İcareteyinli Vakıflar ve Bunlara Ait Tapu Şekilleri", S. 12, 1971, Adalet Dergisi, s. 745-759.

Berki Ş, "Türkiye'de İmparatorluk ve Cumhuriyet Döneminde Vakıf Çeşitleri", Vakıflar Dergisi, sy. IX, 2006 (tıpkı basım), s. 1-12.

Bilmen Ö N, Hukukı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamus, C. V, Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y.

Canbolat S, Canbolat B, 21.6.1987 Tarih ve 3402 Sayılı Kadastro Kanunu ve Yönetmelikleri, Yetkin Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 1987.

Cin H, Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, 3. bs. Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, 2005.

Cin H, Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.

Çoruhlu Y E, Demir O, Yıldız O, Yılmaz H, "Kültür Varlığı Tescilli Taşınmazların, Kurucu Vakıfları Adına Tescili: Vakıflar Kanunu 30. Madde Uygulaması", C. XC, S. 1, 2016, İstanbul Barosu Dergisi, s. 35-58.

Dalamanlı L, Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.

Demirbaş H, "Vakıf Kültür Varlıklarının Mazbut Vakfına İadesi (Vakıflar Kanunu m. 30'un Uygulanma Şartları)", C. IX, S. 119-120, Yıl: 2014, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 117-130.

Ekinci E B, Türk Hukuk Tarihi, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2024.

Genç Arıdemir A, Aydın Ünver T, "Vakıflar Kanunu m. 30 Hükmünün Uygulanma Şartları ve Yargıtay Uygulaması", Uluslararası Süleymaniye Sempozyumu 2: Kapalıçarşı-Bildiri Özeti Kitabı, İstanbul, KOCAV Yayınları, 2024, s. 34-37.

Genç M, "Mukataa", DİA, Ankara, TDV, 2020, C. XXXI, s. 129.

Giritlioğlu N, "Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli", Eski Vakıfların Günümüze Ulaşan Uygulamaları Sorunları ve Çözümleri Semineri 7-8 Aralık 1999, Ed. Suat Ballar, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2001.

Gücün C A, Nazari ve Amelî Hukuk Davaları-Gayrimenkuller Hakkında, C. I, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1944.

Hâtemî H, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.

Hâtemî H, Medenî Hukuk Tüzelkişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.

Hoca Emin Efendizade A H, Şerh-i Cedîd li-Kanuni'l-Arazi, tab'-ı cedîd, A. Asoduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1321.

Hüseyin H, Ahkâm-ı Evkâf, Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgâhı, İstanbul, 1313.

Hüseyin H, Arazi Kanunnamesi Şerhi, 2. bs., Kanaat Kitaphanesi, Dersaadet, 1324.

Kahriman S, Yıldıztaş M, İstanbul Kadı Sicilleri-Anadolu Sadâreti Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 1251-1257/M. 1835-1841), C. XCIV, Proje Yön. M. Âkif Aydın, Ed. Coşkun Yılmaz, Kültür A.Ş., İstanbul, 2019.

Kalıpçı M E, "Vakıflar Kanununun Mahlûliyete İlişkin 17. Maddesinin Mîrî Arazinin Aşar ve Rüsumunun Vakfedildiği Gayrisahih Vakıflarda Uygulanması Sorunu", S. 73, 2024/2, Adalet Dergisi, s. 481-507.

Karakoç İ, "Osmanlı Devleti'nde Sahih ve Gayrisahih Vakıflardaki ve Mîrî Arazideki Tasarruf Hakkı Arasındaki Farkın, Hakir ve İntikale İlişkin Hükümler Bağlamında Değerlendirilmesi", S. 17, 2014 Bahar, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 5-60.

Karakoç İ, "Ebü'l-Ulâ Mardin'in Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların İntikal Şekli Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi", S. 23, 2017 Bahar, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 5-36.

Karakoç S, Emval-i Gayrimenkule Kanunları-Tahşiyeli, Cihan Matbaası, İstanbul, 1342.

Kenanoğlu M M, "Miri Arazi", DİA, TDV, Ankara, 2020, C. XXX, s. 157-160.

Köprülü B, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar," C. XVII, S. 3-4, 1951, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 685-717.

Köprülü B, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar," C. XVIII, S. 1-2, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 215-257.

Mardin E, Toprak Hukuku Dersleri, Stad Matbaası, İstanbul, 1947.

Ömer H, Ahkâmü'l-Evkâf, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307.

Özkaya E, Eski Vakıf Hukuku, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Özmen İ, Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1986.

Sivridağ A, Yekeler N, Kırca E, Köse R, Atik V, Karaca Y, Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, T.C. Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü-Osmanlı Arşivi Yayınları, İstanbul, 2004.

Solmaz Bilici M, Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Mazbut Vakıflar (Örnek Mazbut Vakıf İncelemeli), 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Sungurbey İ, Medenî Hukuk Eleştirileri, C. II, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.

Sungurbey İ, Medenî Hukuk Eleştirileri, C. III, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971.

Sungurbey İ, Eski Vakıfların Yeni Sorunları, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.

Şemseddin S, Kamûs-i Türkî, İkdam Matbaası, Dersaadet, 1317.

Türkzâde H M Z E, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. Fethi Gedikli, İbrahim Enes Onat, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Uğural H R, "Aslında Vakıf Olan Tarihî ve Mimarî Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğü'ne Devrine Dair 7044 Sayılı Kanun", VII. Vakıf Haftası, Ankara, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, s.137-141.

Üçok C, Mumcu A, Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi, 18. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Yener M S, Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, 10. bs., Yetkin Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2011.

4. Çevrimiçi Kaynaklar

https://lib.kazanci.com.tr

https://lugatim.com

https://www.lexpera.com.tr

https://www.yargitay.gov.tr

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar

17. YÜZYILDA AYNTAB ŞER'İYYE MAHKEMESİNDE TAPU BELGELERİNİN DÜZENLENMESİ VE KULLANILMASI

The Issue and Usage of the Title Deed Documents in the 17th-Century Ayntab Sharia Court[*]

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül KARAGÖZ[**]

Öz: Bu çalışma Osmanlı arazi hukukunda tapu temessükünün işlevini, 17. yüzyılda Ayntab (Gaziantep) şer'i mahkemesinden örnekler üzerinden değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nda tapu temessükü farklı amaçlarla düzenlenmiştir. Tarım arazileri üzerinde uygulanan miri sistemde, toprak üzerindeki kullanım hakkı üretici/köylü/raiyyete sâhib-i arz tarafından devredilmekte, tefvîz olarak bilinen bu işlem karşılığında toprak tasarrufu için bir tapu temessükü düzenlenmektedir. Çalışma kapsamında, 17. yüzyılda Ayntab mahkemesinde görülen olaylar üzerinden, miri arazi için hazırlanan temessük niteliğindeki belgelerin hukukî niteliği incelenmiştir. Çalışmanın birinci amacı, temessükün hazırlanmasına dair bazı soruları kapsamakta, bu belgenin kim tarafından, hangi tip araziler için düzenlendiği ve belgeyle verilen yetkinin kapsamı gibi soruları cevaplanmaktır. İkinci olarak temessük tipi belgenin mahkemede delil olarak kullanıldığı olaylarda, ıspat bakımından işlevi değerlendirilmiştir. Bu belge her zaman tek başına delil teşkil etmese de kâdı huzurunda ibraz edilmesi toprağı tasarruf edenler açısından bir tür güvence sağlamaktadır. Ancak, bazı davalarda temessük, karşı tarafın ikrarıyla birlikte delil kabul edilirken bazılarında temessükün içeriğinin İslam hukukuna uygun biçimde, iki şahitle kanıtlandığı dikkati çekmiştir. Bazı kayıtlarda ise elinde bir temessük bulunduran raiyyet mahkemeden ayrıca hüccet talep etmiştir. Bu durum, temessükün önemli bir delil teşkil ettiğini, ancak İslam hukuku kuralları çerçevesinde ancak şahit veya ikrar ile birlikte hak ispatı sonucunu doğurduğunu göstermektedir.

Anahtar kelimeler: Osmanlı hukuku, miri arazi, tapu, ferağ, sâhib-i arz, temessük, Ayntab (Gaziantep)

Abstract: This study aims to analyse the function of the title deed document in the Ottoman land law with the examples from the 17th-century Ayntab (Gaziantep) sharia court records. The title deed document was issued in the Ottoman Empire for different purposes. In the miri regime which was applied in arable lands, the usufruct rights of the land were ceased to land-producing peasants (*raiyyet/reaya*) by the administrator of the land. During this process, known as delegation, a title deed document was issued for the usufruct rights of the land. In this study, the legal characteristic of the title deed documents issued for miri lands is analysed through the cases in the court of 17th-century Ayntab. The first aim of the article is to answer questions about the preparation of this document by answering questions such as who prepared it, for which lands it was issued, and the limits of the rights that it gave. Secondly, through the cases in which the title deed document was used as an evidence, its influence in the *kadi* court as a proof is evaluated. While this single document was not always considered as a final proof, its presentation to the kadi would be a security for those who were using the land. In some cases, the existence of the document was accepted as a valid proof with the defendant's confession, whereas in many cases, two male witnesses had to approve the contents of the document in accordance with Islamic procedure law. In some cases, peasants/producers asked for a notarial document issued by the kadi in some cases. This demonstrates that the title deed document was indeed an important proof, but it could only prove the existence of usufruct right by witnesses or by confession, within the principles of the Islamic law.

Keywords: Ottoman law, *miri* land, title deed, transfer, the administrator of the land, *temessük*, Ayntab (Gaziantep).

---

[*] Çalışmada çeviriyazısı yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış eserlerden istifade edilmiş, ancak bu eserlerin her birinin kendine özgü olabilen sistemi yeknesak hale getirilmiştir. Uzun sesler şapka ile, ayın harfi ters kesme işareti ile gösterilmiştir. Tezlerde hatalı, eksik yazılan bazı kelimeler dipnotta belirtilmiş ve asıl belgeye atıf verilmiştir. Devlet Arşivleri'nde bazı sicil defterleri varaka usulü iki sayfaya tek sayı gelecek şekilde, bazı defterler ise sayfa usulü numaralandırılmıştır. Bu nedenle çalışmada varaka usulü numaralandırılan belgelere "vr. (numarası)/1-2" şeklinde, sayfa usulü numaralandırılan belgelere ise "vr. (sayfa numarası)" şeklinde atıf yapılmıştır.

[**] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fgkaragoz@gsu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3389-4752 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676777

Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 17.03.2025

GİRİŞ

29 Eylül 1846 (H. 8 Şevval 1262) tarihinde yürürlüğe giren "Tapu Hakkında İcra Olunacak Nizâmât"ın (ki 19. yüzyılın ikinci yarısı boyunca miri arazi hakkında düzenlemeler devam edecektir) ilk birkaç satırında, Osmanlı İmparatorluğu'nun miri arazi sistemine dair bazı uygulamaların değişeceği kaleme alınmıştır. Metinde önceki uygulamada arazi hakkındaki belgelerin, eskiden "*bayağı kâğıda ve şimdilerde bazen varaka-i sahîhaya*"[1] yazıldığı ancak mezkûr arazinin, "*cânib-i Devlet-i Aliyye'den tefvîz buyurulmakda olmasına nazaran senedâtının dahi daha itibar ve itinalıca olması*"[2] gerektiği belirtilmiş ve yeni sistemde üzeri tuğralı, matbu bir senedin hazırlanıp kayıtların Defterhâne-i Âmire Kalemi tarafından tutulması gerektiği ifade edilmiştir.[3] Sırf bu metin üzerinden miri arazinin eski dönemdeki kayıt biçimine ait genel bir fikir edinmek mümkündür: Tefvîz[4] sonrası hazırlanan belge "bayağı kağıda" yazılırken nizâmâtın yürürlüğünden itibaren, bu senetlerin daha modern ve bürokratik bir şekilde düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise arazi devlet tarafından tefvîz edildiği için, kaydının da daha düzenli olması gerektiği ifadesidir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda hububat tarımı yapılan araziler üzerinde uygulanan miri sistemde, arazinin rakabesi devlete aitken tasarruf hakkı toprağı işleyen raiyyete yani köylüye[5] bırakılmıştır.[6] Arazi üzerinde topladığı vergi gelirleri karşılığında devlete asker sağlamakla yükümlü olan grup ise Osmanlı Devleti'nde "Klasik Dönem" boyunca sipahiler olmuştur.[7] *Sâhib-i arz* olarak da bilinen bu grubun bazı sorumlulukları arasında, boş kalan miri arazinin tasarruf hakkının toprağı işleyebilecek köylülere dağıtılması da mevcuttur.[8] Bu yapı, aynı

---

1 Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, Abdullah Sivridağ vd. (haz.) İstanbul, 2014, s. 37.

2 Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, s. 37.

3 Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, s. 37.

4 Miri arazinin tasarrufunun tevzi edilmesi. Detay için bkz. I. Bölüm.

5 Osmanlı İmparatorluğu'nda toplum, askerî ve reaya olarak iki ana gruba ayrılırdır. Askerî grubu, sadece savaşmakla yükümlü olan askerleri değil, "kamu hizmeti" ile meşgul olan tüm grupları (bürokratlar yani kalemiye, din ve eğitim işleriyle uğraşanlar yani ulema ve savaşanlar yani örfiyye) kapsamaktadır. Raiyyet ve onun çoğulu olan reaya kelimeleri, Osmanlı İmparatorluğu'nda farklı anlamlarda kullanılmıştır. İslam dünyasında yönetici olmayan, vergi ödemekle yükümlü halk raiyyettir. Bu bağlamda raiyyet/reaya kelimesi geniş anlamda vergi veren (köylü, konar-göçer ve şehirli) halk, dar anlamda ise vergi veren ve tarımla uğraşan köylü demektir. 19. yüzyılda ise reaya, vergi veren gayrimüslim nüfus için kullanılmıştır. Bu çalışmada kelime, dar anlamda köylüler içib kullanılmıştır. bkz. Mehmet Öz, "Reaya", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (TDV İA), C. 34, 2007, s. 490; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 369; Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s. 191-192, s. 199.

6 Halil Cin, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1992, s. 73; Halil İnalcık, "Köy, Köylü, İmparatorluk", Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, 2. Baskı, Eren Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 3-4.

7 Cin, 1992, s. 74.

8 Aydın, 2012, s. 369; Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 690; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 641.

zamanda tımar sisteminin de belkemiğini oluşturmuştur. Nizâmât ise tımar sisteminin kaldırıldığı, vergi toplama yükümlülüğünün sâhib-i arzın elinden alındığı, devletin bizatihi maaşlı memurları tarafından sürdürüleceği bir dönemde yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmanın amacı, 19. yüzyıldaki bu hukukî değişimin öncesine giderek nizâmâttaki ifadenin "mefhum-u muhalifi" üzerinden "daha az itibarlı ve itinalı" olduğu düşünülebilecek eski sistemde miri arazinin tefvîzine dair kayıt tutma biçimlerini şer'iyye mahkemesine yansıdığı ölçüde incelemektir. Modernleşme öncesinde miri arazinin tasarrufuna dair belgelerin, mahkemede ne şekilde kullanıldıkları, kim tarafından düzenlendikleri, düzenlemenin sürekli bir biçimde yapılıp yapılmadığı gibi sorular çalışmada dikkate alınmıştır. Osmanlı İmparatorluğu gibi geniş bir coğrafyada bu araştırmanın sınırlanması gerekeceği için çalışmada 1600'lerin başından (son incelenen sicilin kapsamı gereği) 1700 yılının dahil olduğu bir süreçte Ayntab'da (Gaziantep) tapu tezkeresi ve tapu temessükü kavramlarının izi sürülmüştür.[9]

Osmanlı İmparatorluğu'nda arazi hukuku ve arazi tasarrufu konusunda gerek hukuk gerek tarih alanında geniş bir literatür mevcuttur. Bu eserlerin tamamını burada zikretmek mümkün değildir. Ancak arazi hukuku hakkında araştırmaları, inceledikleri dönem bakımından üç gruba ayırmak mümkündür. Bu çalışmaların önemli bir kısmı, imparatorluğun askerî alanda fetihlerle sınırlarını sürekli genişlettiği, bir yandan da bürokratik alanda kendine özgü kurumları yerleştirdiği ve Halil İnalcık tarafından "Klasik Çağ" olarak zikredilen 1300-1600 yıllarında mevcut olan düzeni dikkate almıştır.[10] İkinci bir grup araştırma, hukukun modernleştiği dönemde, özellikle 1858 *Kanunname-i Arazi*si etrafında şekillenen ve bu kanunun eski sistemi ne şekilde değiştirip uygulamayı ne ölçüde etkilediğine yönelik çalışmalardır.[11] Son olarak, bu iki dönemin arasında kalan geçiş sürecindeki olguları tartışan, "miri arazi düzeninin bozulması", "büyük çiftliklerin ortaya çıkışı" ve "ayanların yükselişi"ne dair bir tartışmadan bahsedilebilir.[12]

---

9 Ayntab'da 17. yüzyıl boyunca tapu temessükü ayrıca vakıf arazileri için de düzenlenmiş ve mahkemeye ibraz edilmiş, buna dair örnekler sicillerde tespit edilmiştir. Ancak, bu belgeler hakkında ayrı bir çalışma yapmak mümkündür. Bu nedenle şimdilik bu konunun zikredilmesi yeterli görülmüştür.

10 Bu konuda bu çalışmada sık sık başvurulan Ömer Lütfi Barkan'ın ve Halil İnalcık'ın eserlerinden başka birkaç örnek için bkz. Vera P. Moutafchieva, Agrarian Relations in the Ottoman Empire in the 15th and 16th Centuries, Columbia University Press, New York, 1988; Bayram Pehlivan, Sultan, Reaya ve Hukuk: Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Tarım Topraklarının Mülkiyeti Sorunu, İlahiyat, İstanbul, 2023, s. 225. (Bundan sonra 2023/a)

11 Bazı temel örnekler için bkz. Mustafa Macit Kenanoğlu, "1858 Arazi Kanunnamesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerine Etkileri", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002; Martha Mundy/Richard Saumarez Smith, Modern Devlete Giden Yolda Mülk Siyaseti Osmanlı Suriyesi'nde Yönetim ve Üretim, Çev. Süleyman Kızıltoprak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2013.; E. Attila Aytekin, "Agrarian Relations, Property and Law: An Analysis of the Land Code of 1858 in the Ottoman Empire", Middle Eastern Studies, C. 45, S. 6, 2009, ss. 935-951.

12 Halil Cin, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1992; Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım, Çağlar Keyder (ed.) / Faruk Tabak (ed.), Çev. Zeynep Altok, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998; Malissa Taylor, Land and Legal Texts in the Early Modern Ottoman

Yukarıda zikredilen çalışmalarda, dikkate alınan bazı sorunsallar, tımar sisteminin feodalizmle ilişkisi ve feodalizmden farkı, miri arazinin "bozulma" sürecine bağlı olarak toprağın özel mülke dönüşüp dönüşmediği meselesi, toprak üzerindeki üretim biçiminin değişimi ve bu durumun sosyo-ekonomik etkileri şeklinde özetlenebilir. Arazi, özellikle miri araziyi konu edinen bu eserlerin bir kısmında tapu temessükü kavramı doğrudan veya dolaylı olarak değerlendirilmiştir.[13] Bu çalışmada, tapu temessükü belgesinin düzenlenmesi ve kullanımına dair daha önce dikkate alınmamış Ayntab mahkemesinden örnekler değerlendirilerek literatüre bir katkıda bulunmak amaçlanmıştır. Çalışmanın bir önemli amacı, hukukî modernleşme süreci öncesinde temessükün delil olarak işlevini tartışmaktır.

Ayntab Osmanlı egemenliğine girdiğinde öncelikle Arap vilayetine, akabinde Zülkadriye (Dulkadir/Maraş) eyaletine bağlanmış ve bu idari yapı 1818 yılına kadar sürmüştür.[14] 16. yüzyılda Ayntab, Telbaşar ve Nehrülcevaz nahiyelerinden oluşan bir kaza niteliğini haiz şehrin[15] 17. yüzyıldaki sosyo-ekonomik durumu ise karışıktır; yüzyıl başında "Celalî" isyanları, özellikle de Canbolatoğlu'nun varlığı, yüzyıl ortasında ise (1658) Abaza Mehmed Paşa isyanları şehri etkilemiş; yine yüzyılın ortalarında köylülerin toprağı terk etmesi bilinen bir olgu haline gelmiştir.[16] Buna rağmen yüzyıl boyunca şehir refahını belli ölçüde korumuştur denebilir. Yüzyıl ortasından itibaren, şehirli nüfusun tarımsal üretime daha fazla yatırım yaptığı bilinmektedir.[17] Buğday, arpa gibi tahılların yanı sıra şehirde asıl ekonomik değerin üzüm bağları olduğu anlaşılmaktadır.[18] Nitekim sicillerden de bağcılığa yönelik toprak edinmenin yaygın olduğu görülmektedir. Ayntab'ın tarihinin 17. yüzyıldaki siyasi, sosyal ve ekonomik iniş ve çıkışları yansıtmasına karşın bölgedeki tarım faaliyetlerinin süregitmesi, miri arazi hakkında bir inceleme için uygun bir örnek teşkil ettiğini göstermektedir. Bölgede 17. yüzyıl boyunca *plantasyon* tipi büyük çiftliklerin de ortaya çıktığı ve tapu yoluyla kazanıldığı anlaşılmaktadır.[19]

Çalışmanın ilk bölümünde Osmanlı hukukunda arazi sistemi ve tapu kavramına dair bazı genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde ise 17. yüzyıl boyunca Ayntab mahkemesi tutanaklarında tasarrufun elde ediliş biçimi ve arazi üzerindeki hakları gösteren tapu belgelerini düzenleyen görevlilerin kimliğindeki (varsa) değişimler tartışılmıştır. Ayntab'da arazi tasarrufunun çeşitli devir yollarıyla kazanımı ve bu süreçte gerçekleşen temessük ve hüccet düzenlenmesine dair örnekler değerlendirilmiş ve bu belgeleri kimlerin

---

Empire: Harmonization, Property Rights and Sovereignty, Bloomsbury Publishing, Londra, 2023. Sonuncu eser, 16.-19. yüzyıllar arası genel bir çerçeve çizmektedir.

13 Örneğin, Pehlivan 2023a, Anton Minkov, "Ottoman tapu title deeds in the eighteenth and nineteenth centuries: origin, typology and diplomatics", C. 7, S. 1, 2000, Islamic Law and Society, ss. 1-29.

14 Hüseyin Özdeğer, "Gaziantep", TDV İA, C. 13, 1996, s. 468; Hülya Canbakal, Society and Politics in an Ottoman Town, Ayntab in the 17th Century, Brill, Leiden, 2007, s. 48

15 Yüksel Babanınoğlu, Mahbesten Hapishaneye Osmanlı'da Ayntab Hapishanesi, Aktif Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 40.

16 Canbakal, 2007, s. 29.

17 Canbakal, 2007, s. 39.

18 Canbakal, 2007, s. 38.

19 Canbakal, 2007, s. 104-105.

hazırladığı, belgeyi talep edenlerin hangi hukukî gerekçeyle tasarrufu kazandığı dikkate alınmıştır. Üçüncü bölümde ise tapu temessükü ve tapu tezkeresinin mahkemedeki işlevi değerlendirilmiştir. Tasarruf yoluyla kullanılan arazilere dair dair çekişmeli vakalar dikkate alınarak ve temessük veya tanık yoluyla kanıtlanabilen vakaların niteliği üzerinde durulmuştur. Bu şekilde modernleşme dönemi öncesinde miri arazi rejiminin değişim geçirdiği bilinen bir dönemde bu değişimin mahkemedeki uygulamayı ne derece etkilediği de tartışılmıştır.

I. OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA MİRİ ARAZİ HUKUKU VE TAPU SİSTEMİ

Miri arazi sistemini düzenleyen kuralların kümülatif bir sürecin sonucunda yerleştiği söylenebilir. Osmanlı İmparatorluğu gibi geniş sınırlara yayılan ve farklı iklim koşullarına, iktisadî sistemlere alışkın toplumları bir araya getiren bir devletin tarım arazilerinin yönetimi konusunda benimsediği politika, yerel tarımsal üretimden alınacak verginin niteliği gibi unsurlar arazi hukukunun sistematikleştirilmesi sırasında etkili olmuştur. Ömer Lütfi Barkan, fetih sonrası devletin benimsediği vergi politikasını yerli halkın alışık olduğu vergileri benimsemek ve Osmanlı iktisadî düzenine uyarlamak şeklinde özetlemiştir.[20] Bu ilke, İslam'ın ilk ortaya çıkıp devletleşmeye başladığı dönemden itibaren uygulanmıştır denebilir. Böylece yeni bir fetihten sonra bölgenin iktisadî durumunu *tahrir* adı verilen sayımla araştıran Osmanlı bürokrasisi, bu sürecinde akabinde o bölgede yürürlükte olacak bir sancak kanunnamesi hazırlamıştır. Bu kanunnamelerin önemli bir kısmında eski dönemden kalma bazı vergilerin korunacağı, bazılarının ise bidat kabul edildiği ve artık uygulanmayacağına dair kurallar mevcuttur. Bu bağlamda arazi ve vergi hukukunda *kadîmden beri* süregiden uygulamalara sık sık başvurulduğu söylenebilir.[21]

Kanunnamelerdeki bu farklı terimler, miri arazi hakkında herhangi bir uyuşmazlığı çözmekle yükümlü, medrese tedrisatından geçmiş ve fıkıh eğitimi almış kâdıların karar verme ve belge düzenleme aşamasında bir sorun teşkil etmiştir.[22] Bu sorunu Ebussuûd Efendi'nin Üsküp ve Selanik Kanunnamesi'nden anlamak mümkündür: Reaya ve hatta kâdılar, reayanın elinde tuttuğu toprağın hukukî statüsünü tam olarak bilememekte ve bazen hukuka aykırı işlemler yapmaktadırlar.[23] Ebussuûd (ö. 1574) –ve ondan evvel bir ölçüde İbn Kemal (ö. 1547)- bu sorunu arazi ve vergi düzenini İslam hukuku terimleriyle açıklayarak çözmüştürler. Nitekim Halil İnalcık'ın "*Islamization of Ottoman Land and Tax*

---

[20] Ömer Lütfi Barkan, XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları, Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943, s. LXV. Benzer bir görüş ve farklı örnekler için ayrıca bkz. Mehmet Akif Aydın, Osmanlı Hukukuna Giriş: Klasik Dönem, İsam Yayınları, İstanbul, 2023, s. 61-62.

[21] Örnek olarak: "*Mesela vilayet-i Lipve reayasının kanun-ı kadîmleri her senede ki kasım günüdir türkçe koç katımı dimekle meşhurdır haneden haneye kırallarına birer Macar filorisin ki yüzer penezdir viregeldikleri ecilden yine öyle vireler*." Barkan, 1943, s. 322.

[22] Barkan, 1943, s. LI.

[23] "*...tasarruf idenlerin mülkleri midir değil midir keşif ve beyan olunmaduğı sebebden reaya ellerinde olan yerleri öşriye sanub sekizde bir virmede nizâ idüb ve kendilerin mülkleri sanub sâir mülkleri gibi biribirine bey' ve şirâ idüb bazı dahi zuümlarınca vakf idüb vülât ve hukkâm dahi hakikat-ı hâle vâkıf olmayub...*" Barkan, 1943, s. 297.

Law/Osmanlı Arazi ve Vergi Hukuku'nun İslamlaşması" başlıklı makalesi de[24], ideolojik bir İslamlaşmadan ziyade, yeknesaklaşma ve standart bir uygulamanın yerleştirilmesi üzerinden değerlendirilmelidir.

Osmanlı miri arazi hukuku 16. yüzyılda bir yandan İbn Kemal ve Ebussuûd gibi iki büyük şeyhülislamın katkılarıyla diğer yandan ise *örf-i sultanî* ile yerleşmiştir.[25] Örf-i sultanî "padişahın irade ve fermanlarıyla oluşan"[26] hukuk şeklinde tanımlanabilir. Esasen İslam hukukunda devlet başkanının (ya da *ulü'l-emr*in) kanun düzenleyebileceği ve bu yetkinin şer'î hukukun sınırları çerçevesinde kullanılabileceği kabul edilmiştir.[27] Ortaya çıkışı Osmanlı İmparatorluğu'nun öncesine dayanan *örf-i sultanî*, *siyâset-i sultanî*, *yasağ-ı padişahî* gibi terimlerle aynı anlamda kullanılmıştır.[28] Osmanlı Devleti'nde *örf-i sultanî* ile ortaya çıkan hukuk kuralları, kanunlar ve kanun derlemeleri yani kanunnamelerle halka duyurulmuştur.[29] Miri arazilerin tâbi olduğu rejimi belirleyen en temel kaynağın, kanunnameler olduğu söylenebilir.[30]

Miri statüdeki araziler, asıl olarak tarımsal üretim yapılan ve ekilebilir arazilerdir.[31] Miri arazi köylünün özel mülkü olmadığı için kural olarak köylü tarafından satılamaz, ancak tasarrufu *ferağ* yoluyla devredilebilir.[32] Miri arazi üzerinde vakıf kurulması veya araziden elde edilen gelirlerin vakfa bağlanması sultanın bu konuda izin vermesine bağlıdır; aksi takdirde vakıf geçerli olmaz.[33] Bu tip araziler ayrıca terekeye dahil edilmez ve feraiz usulüne göre paylaşılmaz, ancak özel bir miras sistemine göre tek bir kişiye bölünmeden intikâl eder. Bu işleme *intikâl-i adi* denir.[34] Miri arazi rehin gibi işlemlere de konu olamaz. Arazi üzerinde sâhib-i arz izniyle dikilen bağ, bahçe, ağaç veya izinle inşa edilen anbar vb. binalar, reayanın özel mülkü olarak kabul edilmekte ve satım yoluyla el

---

24 Halil İnalcık, "Islamization of Ottoman Laws on Land and Tax", Essays in Ottoman History, Eren Yayınevi, 1998, İstanbul, ss. 155-169. Ayrıca bkz. Mustafa Macit Kenanoğlu, "Miri Arazi", TDV İA, C. 30, 2020, s. 158.

25 Halil Cin/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2009, s. 413; Cin, 1992, s. 60-61.

26 Aydın, 2012, s. 66; Avcı, 2023, s. 133.

27 Halil Cin/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2009, s. 85-86.

28 Örneğin Memlûklerde siyâset kavramının yasa ile bağlantısı üzerinde durulmuştur. Bkz.Aydın, 2012, s. 66; Aydın, 2023, s. 35.

29 Aydın, 2012, s. 69-71.

30 Halil Cin/Gül Akyılmaz, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1995, s. 257.

31 Halil İnalcık bu konuda 1528 yılı için %87 gibi bir oran belirtmiştir. Halil İnalcık, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ 1300-1600, çev. Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 114; Aydın, 2012, s. 369.

32 İnalcık, 1996, s. 13.

33 Ayntab'da bir vakıf davası nedeniyle şer'iyye sicillerinde bu konuda fetva da yer almaktadır. "*Zeyd tapu mukaatası ile tasarrufunda olub arz-ı miri olan arazisini taraf-ı sultaniyeden kendiye temlik-i sahih ile temlik olunmadan ber hüccet vakf eylese sahih olur mı? Olmaz.*" Büşra Canpolat, "27 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1076-1077/1666-1667)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021, s. 204, krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4831 vr. 209.

34 Ömer Lütfi Barkan, Türk Toprak Hukukuna Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi, Türkiye'de Toprak Meselesi, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, s. 311.

değiştirmesinde ya da miras bırakılmasında herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır.[35] Ancak miri arazi üzerindeki bu tip özel mülk yapılar bozulduğu ve özellikle belli bir süre arazi işlenmediği takdirde, tasarruf hakkının tekrar tefvîz edilmesi gündeme gelmektedir. Nitekim köylü araziyi sebepsiz yere üç yıl üstüste terk eder veya boş (*boz ve hâli*) bırakırsa sâhib-i arz araziyi başka bir kişiye tefvîz edebilir.[36] Tefvîz sırasında alınan bedel *resm-i tapu* veya *tapu* olarak bilinir.[37]

Arazinin ölüme bağlı olarak devri konusunda, başlangıçta yalnız erkek bir raiyyetin erkek evlatları (birden çok erkek evlat varsa hepsine ortak olarak) herhangi bir bedel ödemeden babalarından kalma arazinin tasarruf hakkını alabilmekteyken 1567 yılında bu kural erkek evlat kalmadığı takdirde kız evlat lehine genişletilmiştir.[38] Ancak bu düzenlemeye göre, kız evlat erkekten farklı olarak, sâhib-i arza yine *resm-i tapu* olarak bilinen bir bedeli ödemek durumundadır. Ek olarak toprak babanın ölümünden sonra başkasına devredildiyse, erkek evlat için buluğa erdikten sonra on yıllık bir talep hakkı mevcutken kız evlat için bu süre küçük veya bâliğa fark etmeksizin babanın ölümünden hemen sonra başlamaktadır.[39]

Osmanlı İmparatorluğu'nun, 16. yüzyılın sonundan 17. yüzyılın ortalarına kadar yaşadığı iktisadî, siyasî ve sosyal sorunlar, arazi sistemini de doğrudan ve dolaylı olarak etkilenmiştir. Özellikle Celali olarak bilinen ve asker, suhte (medrese öğrencisi) ve eşkıya gibi farklı gruplardan oluşan mütegallibenin baskısıyla köylüler göç etmek durumunda kalmış ve pek çok tarım arazisi boş kalmıştır.[40] Bu durum, tarımdan alınan vergi gelirlerinin eskisi gibi toplanamamasına sebep olmuştur. Vergi gelirlerinin sürekliliğini korumak öteden beri uygulanan bir politika olduğu için devlet, bu süreçte toprağın derhal tekrar işlenmesini kolaylaştıracak bazı özel önlemler alarak cevap vermiştir. 17. yüzyılın başında, erkek raiyyetin ölümü hâlinde oğlu, kızı ve erkek kardeşi kalmadığı takdirde önce aynı toprakta, sonra aynı köyde yaşayan kızkardeşlerin *resm-i tapu* ödeyerek toprağı devralabileceği bir fermanla düzenlenmiştir.

---

35 "*Zeyd sâkin olduğu şehrin kurbunda bir kıta yeri koruyub içinde sâhib-i arz marifetiyle eşcar gars ve bina ihdâs idüb davarın yürüdüb tasarruf ider iken fevt olsa ol yerde olan emlâk sair emlakı gibi evladına intikâl ider mi? El-cevab: Yer kendülere verâset tarikiyle intikâl itmez. Üzerinde olan bina ve eşcar-ı mağrûse evladına intikâl ider. Ketebe el-fakir Pir Mehmed*". Fatma Gül Karagöz, "The Evolution of Kanunname Writing in the 16th and 17th-Century Ottoman Empire: A Comparison of Kanun-i Osmanî of Bayezid II and Kanunname-i Cedid", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomik ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Ankara, 2010, s. 271.

36 Bu kural II. Bayezid Kanunnamesi'nde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Ve bir raiyyet ziraata kâbil yerin üç yıl boz komak sipahiye zarardır. Ol zarar def'i içün üç yıl boz kalan yeri sâhibinin elinden alub gayrı kimesneye tapuya vermek örfen câizdir.*" Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 2, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 66.

37 Cin/Akyılmaz, 1995, s. 281.

38 Barkan, 1980, s. 312

39 "*Sagir oğlan badi'l-büluğ on seneye değin babası yerlerin alur. Kız gerek sagire ve gerek kebire olsun babasının fevt gününden on yıla değin alur. Kezalık baba bir karındaşı gerek sagîr ve gerek kebîr olsun bilâ veled müteveffâ karındaşı yerleri bir tarîkile ahara virilmiş olsa vefâtından on yıla değin tapu ile alur, fermân olunmuştur. Sonra alınmaz, kanun-ı muteberdir*." Karagöz, 2010, s.256.

40 bkz. Mustafa Akdağ, Türk Halkının Dirlik Düzenlik Kavgası Celali İsyanları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2009, ss. 423-463

Kızkardeşi de yoksa bu sefer önce sağ olduğu takdirde babanın, sonra da annenin toprağı tapu ile devralabileceği 1609 (H. 15 Zilkade 1017) tarihinde yürürlüğe giren bir fermanla kabul edilmiştir.[41]

Tüm bu işlemlerde bahsi geçen tefvîz, ferağ, resm-i tapu, tapu temessükü gibi kavramların hukukî olarak ne ifade ettiği üzerinde durmak gerekir. Tefvîz, sâhib-i arz ve raiyyet arasında yapılan[42] ve rakabesi devlette kalan toprağın tasarrufunu bir tür kira bedeli karşılığı kazandıran tevzi işlemidir.[43] Tefvîzin İbn Kemal tarafından *tasarruf hakkının satımı* olarak açıklandığını belirten Bayram Pehlivan, bu şekilde tefvîz sözleşmesinin bir tür kira olarak yorumlandığını ifade etmiştir. Pehlivan ayrıca, Hanefi hukukunda kiranın, menfaatin bir yarar karşılığı satılması olarak tanımlandığını vurgulamıştır, yazara göre İbn Kemal de menfaat ile toprak tasarrufunun devri için kullanılan *hakk-ı karar* ve *hakk-ı tasarruf* kelimeleri eş anlamlı kabul etmiştir.[44] Ebussuûd bu durumu şu şekilde özetlemiştir: *"...Amma reaya ellerinde olan arazi ne öşriyyedir ne harâciyyedir. Belki arz-ı memleketdir ki arz-ı miri demekle meşhurdur. Rakabesi beytülmâlindir; reayaya tasarrufu tefvîz olunmuştur*."[45]

Ferağ ise bir hakkın kullanımını bedelli veya bedelsiz terk etmek anlamındadır.[46] Osmanlı toprak hukukunda bu terim, tasarruf hakkının izin alınmak suretiyle "satımı" için kullanılmıştır[47]; miri arazi satılmaz, ancak miri arazinin tasarruf hakkı ferağ edilebilir.[48] Şer'iyye sicillerinde iki raiyyet arasındaki arazinin tasarrufunun devri için ferağ, ferağ ve tefvîz bazen de sâhib-i arz izniyle *bey' u şira* yani satım gibi terimler kullanılmıştır.[49] Reayanın sâhib-i arz izniyle bey' u şira ile devrettiği toprakların mevcut olması, 16. yüzyıl boyunca karışıklık yaratan unsurlardan biri kabul edilebilir, nitekim Ebussuûd fetvasında bu durum ön plana çıkarılmıştır. Pehlivan'a göre bu terim sorunu, Ebussuûd'un ferağ ve tefvîz terimlerini daha sık kullanmasıyla bir ölçüde çözülmüştür.[50]

Tapu kelimesi hem toprak tasarrufunu gösteren belge hem de arazinin "kirası" karşılığı sâhib-i arza ödenen bedel, yani *resm-i tapu* veya tapu bedeli anlamında kullanılmıştır.[51] Bir diğer önemli terim, *tapu misli* veya *misil tapu*dur. Bu son terim de rayiç bir tapu bedeli anlamında kullanılmıştır.[52] Ebussuûd

---

41 Karagöz, s. 133-134.

42 Bu noktada bir duruma dikkat çekmek gerekir; tefviz işlemini devlet adına sâhib-i arz yapmaktadır. Halil Cin ve Gül Akyılmaz bu nedenle tefvizin taraflarını devlet ve köylü olarak tanımlamış, sipahi veya sâhib-i arzın aradaki bağlantıyı sağladığı ve devleti temsil ettiği üzerinde durmuşlardır. Bkz. Cin, 1992, s. 97; Cin/Akyılmaz, 2009, s. 436.

43 Halil Cin, "Arazi", TDV İA, C. 3, 1991, s. 345; Cin/Akgündüz, 2011, s. 690; Cin/Akyılmaz, 2009, s. 421.

44 Bayram Pehlivan, Sultan, Reaya ve Hukuk: Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Tarım Topraklarının Mülkiyeti Sorunu, İstanbul, İlahiyat, 2023, s. 225. (Bundan sonra 2023/a)

45 Ahmet Akgündüz, Şeyhülislam Ebussuûd Efendi Fetvaları, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2018 s. 909.

46 Cin, 1991, s. 345; Cin/Akgündüz, 2011, s. 693.

47 Cin, 1992, s. 166.

48 Cin/Akyılmaz, 2009, s. 443.

49 Bkz.aş. II.A.

50 Pehlivan, 2023a, s. 297.

51 Aydın, 2012, s. 328; Cin/Akyılmaz, 2009, s. 428; Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, 2024, s. 245.

52 Aydın, 2012, s. 343.

fetvalarında resm-i tapu, *ücret-i muaccele* yani önden ödenmiş kira olarak kabul edilmiştir.[53] Bu bedel, bir arazinin tefvîzinde yani köylü tasarrufu ilk elde edildiğinde yine sipahiye ödenmiştir. Barkan tapu bedelini bir yandan da "peşin kira"dan ziyade bir tür satın alma bedeli olarak tanımlamış, ancak bu paranın mülkiyeti satın almak için gerekenden düşük olduğunu eklemiştir.[54] Anton Minkov, Bulgaristan Arşivi'ndeki örneklere dayanarak 18. ve 19. yüzyılda tesis edilmiş tapuları değerlendiren çalışmasında, tapunun miri, vakıf ve hatta mülk toprak için dahi çıkarıldığını söylemektedir.[55]

Tapu sözleşmesinin, belgelerde farklı şekillerde ifade edildiğine dikkat çeken Pehlivan Üskübi, Boyabadi gibi müftülerin fetva mecmuaları ve *Kanunname-i Cedid*[56] üzerinden, bu sözleşme için *hakk-ı karar*, *izin akçesi*, *tapu akçesi*, *tapu-yu zemin* gibi kelimelerin; tapu hakkını gösteren belge içinse *tapu tezkeresi*, *tapu temessükü*, *tapuname*, *tapu* gibi kelimelerin kullanıldığı sonucuna ulaşmıştır.[57] Minkov'a göre tapu belgeleri resm-i tapu bedelinin ve toprak devri kaydının bir araya gelmesiyle oluşmuş; bu birliktelik 16. yüzyıl ortasında başlayıp 17. yüzyıl ortasında son şeklini almıştır.[58] Esasen 16. yüzyılda reaya arasındaki devrin ikili bir işleme dayandığı yine Ebussuûd tarafından açıklanmıştır: "*Sual: Vilayet-i Rumeli'nde, reaya ellerinde olan arazinin bey' ü şirâsının vedia ve i'aresinin ve şüfa ve istibdâlinin sihhatinde, anda olan kudât-i müslimîn ki hüccet verip ve sicillerine kayd ederler, şer'-i şerife muvafık mıdır? Cevap: Muhaliftir, hemen itibar sipahilerinin tapuya vermesidir. Kudât bey' ü şira yazmak hatadır. Zeyd tasarrufunda olan tarlalarının tasarrufunu Amr'a tefvîz edip mukabelesinde şu miktar akçe alıp feragat ettikde sipahisi olan Bekir dahi şu miktar tapu resmi alıp Amr'a verdi deyü yazmak gerektir.*"[59]

Böylece ferağ işleminde ikili bir ödeme söz konusudur; önceki mutasarrıfa ödenen arazinin tasarruf hakkının ferağ bedeli ve sâhib-i arza ödenen resm-i tapu. Tefvîz bedeli de dahil olmak üzere bu bedellerin neye göre tespit edileceği konusunda kuşkusuz öncelikle arazinin verimi, örneğin senede kaç defa ürün verdiği gibi ölçütler dikkate alınmıştır. Pehlivan'ın önemli bir tespiti, 16. yüzyıl İstanbul şer'iyye sicillerinde sâhib-i arzın izniyle yapılan resm-i tapu olarak ferağ bedelinin 1/10 oranında bir bedel ödenmesinin neredeyse standart hale gelmesidir.[60] Buna karşın, incelenen Ayntab şer'iyye sicillerinde taraflar arasındaki ferağ sırasında sâhib-i arza ödenen bedelin ne olduğu konusunda

---

53 Minkov, 2000, s. 6; Aydın, 2012, s. 370; Üçok/Mumcu/Bozkurt/, 2024, s. 245.

54 Barkan, 1980, s. 305.

55 Minkov, 2000, s. 4.

56 Miri arazi rejimine dair 16.-17. yüzyıllarda hazırlanmış çeşitli kanun, fetva ve fermanları bir araya getiren bu kanunname derlemesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Karagöz, 2010, s. 90-122; Bünyamin Punar, "Kanun and Sharia: Ottoman Land Law in Şeyhülislam Fatwas from Kanunname of Budin to the Kanunname-i Cedid", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Bölümü, İstanbul, 2015, Malissa Taylor, Land and Legal Texts in the Early Modern Ottoman Empire : Harmonization, Property Rights and Sovereignty, Bloomsbury Publishing, Londra, 2023.

57 Pehlivan, 2023a, s. 144.

58 Minkov, 2000, s. 1.

59 Mehmet Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislam Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Yüzyıl Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 167; Pehlivan, 2023a, s. 214.

60 Pehlivan, 2023a, s. 206.

herhangi bir kayıt dikkati çekmemiştir. Bu eksikliğin çeşitli gerekçeleri olabilir, ancak bu bedelin Ayntab'da sicile kaydedilmemiş olması sâhib-i arzın arazi ferağı üzerinden böyle bir bedel tahsil etmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu durum her şeyden önce sâhib-i arz açısından bir gelir kaybı yaratacaktır ve böyle bir vazgeçme ihtimal dahilinde gözükmemektedir.

Tapu temessükü, miri arazinin tasarrufunun tefvîzi sonrasında, sâhib-i arz tarafından düzenlenen ve hak sahibine verilen ve "tasarruf vesikası"[61] olarak tanımlanabilecek bir belgedir. Tımar sahiplerinin, kendilerine ödenen vergi karşılığı dağıttığı arazinin bir tür tasarruf senedi olan bu belgeler için *zaim senedi* teriminin kullanıldığı, Cin ve Akgündüz tarafından zikredilmiştir.[62] Mehmet Zeki Pakalın da *sipahi senedi* teriminin aynı anlamda kullanıldığına dikkat çekmiştir.[63] Temessük kelimesi Osmanlı hukuk dilinde senet anlamında kullanılmıştır; genelde iki kişi arasında bir bedelin ödenmesi, bir malın teslimi gibi durumlarda karşı tarafa verilen bir belgedir.[64] Sâhib-i arzdan alınan bu belgenin, hak sahibinin herhangi bir anlaşmazlık sırasında mahkemeye sunabileceği delillerden biri olduğu düşünülebilir. Ancak, İslam hukukuna göre, usulüne uygun olarak ve dürüst, güvenilir kişiler tarafından yapılan şahitlik, kanıtların (*beyyine*) arasında en önemlisi ve güvenilir olanı sayılmakta[65] ve "kesin delil" kabul edilmektedir.[66] Bu bağlamda, şahitlerin doğru söz söyleyen, güvenilir, adil kişiler olmaları önem arzetmektedir.[67] Davalı tarafın, şahitlerin dürüst olmadıklarına dair iddiaları mevcutsa, kâdı bunu araştırıp ortaya çıkarmakla yükümlüdür.[68] Belgelerde, şahitlerin dürüst ve adil olduğu, haklarında kullanılan "*udûl-i müsliminden*" kelimelerinden anlaşılabilir. Sicillerde, şahitlerin niteliği konusunda araştırma sürecine dair bir ifade yer almaz. Ancak, kullanılan mezkûr sıfat ile, şahitlerin adil kişiler oldukları vurgulanmıştır.[69] Şahitler hakkında yapılan denetim ise "*ba'de't-tadîli'ş-şer'î ve't-tezkiyyeti'ş-şer'iyye*"[70] ifadesiyle kayda geçmiştir. Tanığın adil, dürüst bir kişi olduğunun neye göre ölçüleceği konusunda çeşitli yorumların mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin zina yapmamış olmak, günahtan kaçınmak, iffetli davranmak gibi özellikler dikkate alınmıştır.[71]

---

61 Mehmet Zeki Pakalın, Osmanlı Tarih Terimleri ve Deyimleri Sözlüğü C. 3, 2. Baskı, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1972, s. 453.

62 Cin/Akgündüz, s. 690.

63 Pakalın, 1972, s. 400.

64 Mübahat Kütükoğlu, "Temessük", TDV İA, C. 40, 2011, 413.

65 Wael B. Hallaq, Sharī'a: Theory, Practice, Transformations, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 348.

66 Yılmaz Yurtseven, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), C. 2, 2018, s. 88.

67 Yasemin Kurtoğlu, Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 51-55.

68 Ekrem Buğra Ekinci, Türk Hukuk Tarihi, Arı Sanat, İstanbul, 2024, s. 241.

69 İsmail E. Erünsal, "Osmanlı Mahkemelerinde Şahitler: Şuhûdü'l-udûlden Şuhûdü'l-hâle Geçiş", Osmanlı Araştırmaları, C. 54, 2018, s. 312-313.

70 Erünsal, 2018, s. 313.

71 Melikşah Aydın, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 120-121.

İslam-Osmanlı hukukunda yazılı belgenin etkisi ve güvenilirliği, şahitler ve ikrardan[72] sonra gelmektedir.[73] İkrar, bazı fakihlere göre kişinin kendi aleyhinde yaptığı şahitliktir.[74] İkrarın geçerli olabilmesi için de kişinin bu konuda tehdit edilmemiş olması, görünür ve bariz olan duruma aykırı ikrarda bulunmaması gibi bazı şartlar aranmıştır.[75] Bu bilgiler çerçevesinde anlaşılabileceği üzere, İslam hukukunda yazılı belgenin delil olarak kabul edilebilmesi için, içeriğinin doğrulanmış olması gerekmektedir. Bu durumun miri arazi rejimine de yansıdığı fetva literatürü üzerinden görülebilir; tapuname içeriklerinin de şahitle kanıtlanması gerekmektedir.[76] Çalışmada incelenen dönemde miri arazi tasarruf eden köylülerin bazen sipahiden alınan belgeye ek olarak kâdıdan hüccet talep ettikleri dikkati çekmiştir.[77] Miri arazinin tasarrufunun kazanımı sırasında bu belgelerin ne şekilde hazırlandığı bir sonraki bölümde incelenmiştir. Usul ve ıspat kurallarının Ayntab'daki uygulamaya ne şekilde yansıdığı ise bu çalışmada kısmen yanıtlanabilen bir sorudur.[78]

II. AYNTAB'DA MİRİ ARAZİ TASARRUFUNUN KAZANILMASI

A. MİRİ ARAZİ ÜZERİNDE FERAĞ VE TEFVÎZ

Ayntab'da miri arazi tasarrufunun sâhib-i arzdan tefvîz, intikâl veya önceki mutasarrıftan ferağ yoluyla kazanıldığı örnekler şer'iyye sicillerinde kayda geçmiştir. Bu hususta dikkati çeken bir diğer belge tipi, henüz arazinin yeni mutasarrıfa devredilmediği ancak eski yahut hâli hazırdaki mutasarrıfın arazi üzerindeki haklarından vazgeçme beyanına dayanan belgelerdir.

İncelenen en erken tarihli defterde, miri arazinin üzerinde *tiyek* veya bağ kütüğü bulunan yerler için temessük talep edilmesine dair birkaç belge dikkati

---

72 İslam-Osmanlı hukukunda *beyyine* şahitlik, yazılı delil ve kesin karineyi içine alan geniş bir kavramdır. İkrarın ise çekişmeyi kendiliğinden sona erdirdiği, ancak beyyineden farklı nitelikte olduğu söylenebilir. Hadi Sofuoğlu, Osmanlı Yargılama Hukukunda Beyyine/Delil Hiyerarşisi, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 25-27 Ekim 2021, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2021, s. 1135-1136.

73 Ali Bardakoğlu, "İspat", TDV İA, C. 22, 2000, s. 492-493; Yurtseven, 2018, s. 91.

74 Kurtoğlu, 2023, s. 31.

75 Kurtoğlu, 2023, s. 33-34.

76 "*Arâzî-i emîriyeye müteallik davada mazmunu sâbit olmayan sâhib-i arz temessükü mamûl bih olur mu? Cevab: Olmaz*." Pehlivan, 2023a, s. 217. Bu konuda genel kuralı gösteren bir fetva şu şekilde düzenlenmiştir: "Müddeî yedinde olup mazmunu sabit olmayan temessük ile amel olur mu? El-cevab: Olunmaz." Bkz. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behçetü'l-Fetava, Süleyman Kaya vd. (haz.), Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 438.

77 Hüccet kâdı tarafından hazırlanan, hükme dayanmasa da başka bir ilama temel teşkil edebilecek bir tür senettir. İlam ise kâdı tarafından verilen kararı içeren belgedir. Ahmet Akgündüz, "İlâm", TDV İA, C. 22, 2000, ss. 72-73; Mustafa Oğuz/Ahmet Akgündüz, "Hüccet", TDV İA, C. 18, 1998, ss. 446-450; Mübahat Kütükoğlu, Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik), Kubbealtı Akademisi Kültür ve Sanat Vakfı, İstanbul, 1994, s. 345, s. 350.

78 Boğaç Ergene 17.-18. yüzyıllarda Kastamonu ve Çankırı sicilleri üzerinden yaptığı araştırmasında mahkemede ağırlıklı olarak tanık dinleten tarafın davayı kazandığı yönünde veri elde etmiştir. Bkz. Boğaç Ergene, "Evidence in Ottoman Courts: Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law," Journal of the American Oriental Society, C. 124, S.3, 2006, s. 473-474.

çekmiştir. Bu durum aynı dönemde sürdürülen iktisadî faaliyetlerin niteliği açısından da değerlidir. İlk örnekte Kastel Mahallesi'nden[79] Derviş Ali isimli birine aynı mahallede "*iki yüz elli kütük alur*" yerin "*kanun üzere tapuya verildiği*" kayda geçmiştir. Belgede Ali için kullanılan "*eline tezkere verildi ki vakt-i hâcette temessük edine*"[80] ifadesi en azından bu örnekte tezkere ve temessükün farklı algılandığını düşündürmektedir.[81] Bir ihtimal burada temessük, hüccet ile aynı anlamda kullanılmış olabilir. Hemen bu belgenin akabindeki örnekte ise Koyunhanı yakınından Ali'nin "*iki yüz kütük alur bağ yeri hâli*" olduğu yani boş kaldığı ve arazinin ziraat için Hamza'ya tapuya verildiği ve temessükün düzenlendiği kayda geçmiştir. Bu belge de Ayntab Mirliva'sının ağzından kaleme alınan ve kâdıya gönderilen bir mektup gibidir. İlk belge 13-22 Haziran 1595 (H. Evail Zilhicce 1003), ikinci belge ise Eylül Ekim 1612 (H. Şaban 1021) tarihlidir. İkinci belgeye eklenmiş "*yedine temessük verildi ki aherden kimesne mâni olmaya*" ifadesi de dikkate değerdir; bu ifadeyle ileride olası çekişmelerin de dolaylı olarak işaret edildiği düşünülebilir. Belgelerde bedelden bahsedilmemiş ancak ikinci belgenin altına bir tür tuğra çekilmiştir. Bu iki örnekten ilkinin erken tarihli olması, başka bir hata mevcut değilse mektubun tarihiyle sicile kayıt tarihinin farklı olabileceğini düşündürmektedir. Aynı defterde benzer son bir örnekse Divan-ı Hümayun kâtibi Hasan Çavuş'un ismini taşıyan 1619 tarihli bir mektuptur. Bu mektupta, Şumla isimli bir köye yakın bin kütüklük bir arazinin on yılı aşkın süredir boş ve harap olduğu ve bu nedenle de "*tapuya müstehak*" olduğu belirtilmiştir. Mektuba göre Bekir isimli bir kişi resm-i tapusunu kanun üzere ödemiş ve dolayısıyla arazi kendisine tapuya verilmiştir.[82]

Ayntab sicillerinde miri toprağın tasarrufunun el değiştirmesi için yapılan işlem için ferağ terimi kullanılmış ancak bazı örneklerde sâhib-i arzın da müdahil olduğu satım işlemiyle devir söz konusu olmuştur. Bu tarz çelişkili kullanımlar bazen aynı sicil defterinde dahi mevcuttur. Yüzyıl başından birkaç örnek vermek gerekirse, ilk vakada Dülük Köyü'nden bazı kişiler, Şam yeniçerilerinden olduğu belirtilen Abdülgani Beşe'nin vekili Halil Beşe'ye, köydeki yerlerinin tasarrufunu ve hakk-ı kararını ferağı ve "*mukabele-i tefvîz*"i karşılığında otuz üç *sikke-i hasene* ile *atmış guruş* aldıklarını beyan etmiştir.[83] Aynı defterde Revan nahiyesinde Gökviran Mezrası'ndan Süleyman Bin Mehmed'in Memi Ağa'ya çiftlik yerlerinin tasarruf ve hakk-ı kararını "*sâhib-i arz marifetiyle*" satmıştır (*bey*').[84] Bu olay özelinde çiftlik yerleriyle birlikte *"üç beyt ve bir havlu"* da satılmıştır. Bu üç kalem özel mülktür, ancak mezrada yer alan çiftliğin zemini miridir, dolayısıyla sâhib-i arz devreye girmiştir. Aynı defterde bir diğer çiftlik

---

79 Tezde "*Kasutlu"* yazılmıştır. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4816 vr 164/2; Özoğlu, 2021, s. 133.

80 Sevil Özoğlu, "12 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 303-397)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021, s. 56.

81 Bkz. aş.

82 Özoğlu, 2021, s. 99-100. BOA, MŞH.ŞSC.d 4816, vr. 357

83 Ayten Belk, "10 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H. 1012-1014/M1603-1605) (S. 3-101)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Kilis, 2021, s. 150-151.

84 *Marifet* kelimesi tezde "*mukırrıfetle*" olarak okunmuştur. krş. Belk, 2021, s. 171-172; BOA.MŞH.ŞSC.d. 4814 vr 40/2.

devrinde ise ferağ ve tefvîz terimleri kullanılmıştır. [85] Bir diğer defterde ise *hakk-ı kararın ve tasarrufun bey'i* ifadesi kullanılmıştır. Bu son işlem Ayntab siciline kaydedilen ancak Konya'da Gürsünlü köyüne yakın bir çiftlik ve bir göz değirmen üzerinde gerçekleşmiştir. Vekil aracılığıyla devredilen bu mal belli ki yine arazisi miri, arazi üzerindeki yapıların mülk olduğu bir bütündür.[86] Sâhib-i arzın devreye girdiği bu satım işlemlerinin de temelde ferağ niteliğinde olduğunu düşünmek gerekir. Bu iki olay özelinde kullanılan çiftlik kelimesinin miri arazi ve üzerindeki mülk eşyayı kapsayan bir birim olduğu ancak, Osmanlı İmparatorluğu'nda 17. yüzyıldan sonra, özellikle Balkanlar'da giderek sayısı arttığı bilinen büyük, köylünün ücretli işçi olarak çalıştığı, plantasyon tipi çiftlikten farklı olduğu düşünülebilir.[87]

Yüzyıl sonunda el değiştirme konusunda halen *ferağ ve tefvîz* kelimeleri kullanılmaktadır. Örneğin Satı bint Mustafa, kendisine babasından intikal eden tarlanın tasarruf hakkını, babasının borçlu olduğu Mustafa'ya on beş esedî guruşa ve sâhib-i arz izni ile ferağ ve tefvîz etmiştir. Bu olay 16 Ocak 1698 (H. 4 Receb 1109) tarihinde kayda geçmiştir.[88] Aynı dönemde Osman Ağa bin Hasan'ın ölümünden sonra sahip olduğu gayrimenkullerin akıbetini içeren belgede, bu sefer dolaylı olarak bir devirden bahsedilmiştir. Osman'ın üç mirasçısı vardır, bunlar sırayla eşi Zeliha bint Abdullah, erkek kardeşi Hüseyin ve kız kardeşi Fatıma'dır. Bu koşullar altında hatırlanacak olursa arazinin tasarrufunun Hüseyin'e intikal etmesi icap ederdi. Nitekim belgede Hüseyin'in ağzından kaleme alınan *intikâl-i adi* ifadesi yer almıştır. Buna göre, Hüseyin, kendine geçen iki kıta tarlanın ¼ hissesinin tapusunu Fatıma'nın oğlu ve vekili olarak huzurda bulunan Mehmed Çelebi'ye, bir diğer hissesini ise Zeliha'ya sâhib-i arz izniyle atmış üç guruşa ferağ ve tefvîz ettiğini beyan etmiştir. Belgenin bundan sonraki kısmında Mehmed Çelebi ve Zeliha'nın paylarına düşen arazinin tespitine dair bilgi verilmiştir. (*hisselerini tayin ve tahsise rağıban*) Bu belge de 24 Şubat 1698 (H. 13 Şaban 1109) tarihinde kayda geçmiştir.[89]

Aynı defterde yaklaşık bir ay sonra bir diğer el değiştirme örneği yer almaktadır. Bu sefer Hayık-Müslüman Mahallesi'nde oturan Fatıma bint Abdülkadir, Mehmed Ağa bin Osman'a Gülek Köyü'nde yer alan tarla tasarrufunu ve bağları devretmiştir. Fatıma'nın ağzından çıkan ifadeye göre bu tarlalardan biri kendisine erkek kardeşi Seyyid Mehmed'in ölümünden sonra geçmiştir ve Fatıma bu *intikâl-i adi*yle devredilen tarlayı tapuyla alıp zabt etmiştir. 11 Mart 1698 (H. 28 Şaban 1109) tarihinde kaydedilen bu belgenin amacı

---

85 Belk, 2021, s. 350.

86 Zeynep Söylemez, "24 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve değerlendirmesi (1064-1605)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021, s. 101.

87 Halil Cin, Osmanlı İmparatorluğu'nda 17. yüzyıl başındaki iktisadî ve sosyal krizlerin akabinde sermaye sahibi mütegallibenin köylünün elinden aldığı araziyi köylüye kiraya vermesini miri arazinin fiili anlamda mülk hâline gelme şekillerinden biri olarak yorumlamaktadır. Cin, 1992, s. 329. Ayrıca bkz. Cin/Akyılmaz, 1995, s. 359-364.

88 Mehmet Akif Demirci, "47 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensitütüsü, Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2017, s. 119-120

89 Betül Çiftçi, "49 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensitütüsü, Tarih Anabilim Dalı, Kahramanmaraş, 2017, s.79-80.

beş farklı tarlanın tasarrufunun, sâhib-i arz izniyle Mehmed Ağa'ya ferağ edilmesi ve bağların da *ahz ü kabzı*dır.[90] Bu dönemden son örnekte ise Ayntab Kalesi neferatından İbrahim Beşe bin Ali isimli kişi Osman bin İsa'ya toplam dört tarlanın tasarrufunu sâhib-i arz izniyle devretmiştir.[91] İbrahim Beşe kendisinin de tarlaları "*marifet-i sâhib-i arzla*" tasarruf ettiğini ve halen sefere memur olduğu için devredeceğini zikretmiş, daha doğrusu kâtip meseleyi böyle yazmıştır. Bu durum şunu da işaret ediyor olabilir: Büyük bir ihtimalle İbrahim Beşe bu arazileri boşken sâhib-i arzdan almıştır. Ancak sefere gideceği için araziyi devretmek istemektedir. Zira arazi kendi hakimiyeti altında üç yıl boyunca boş kalırsa bu sefer belli bir sürenin sonunda sipahi tarafından el konabilecektir. Bu nedenle de tarlaları sâhib-i arz izniyle ferağ ve tefvîz etmiş, karşılığında atmış üç kuruş almıştır. Bu belge de 2-10 Mayıs 1698 (Evahir-i Şevval 1109) tarihinde kaydedilmiştir.[92] Bu örnekte İbrahim Beşe'nin seferden önce böyle bir girişimde bulunması, toprağı boş bıraktığı takdirde kaybedebileceği bilgisini haiz olduğunu düşündürmektedir.

Çalışmanın bu kısmında dikkate alınması gereken ikinci belge tipi, önceki mutasarrıfın haklarından feragat ettiği mallardır. İlk örnekte, Mamure isimli bir kadının tasarrufundaki bağın harabe olduğu kaleme alınmıştır. Kadının ifadesine göre, "*Kal'a'dan Ahmed bin Şaban*" kendisinden hak talep etmektedir. Mamure'nin, bağı Ahmed'in tefviz edebileceğini kabul ettiği ve kendi haklarından vazgeçtiği "*her kime tapuya verirse versin*" ifadesiyle kaydedilmiştir.[93] Bu örnekte Ahmed hakkında "*kal'a'dan"* kelimesinin kayda geçmesi iki şekilde yorumlanabilir. İlk ihtimalde kale çevresindeki mahallelerden birine yerleşik olmak kastedilmiş olabilir. İkinci ihtimalde ise Ahmed'in Ayntab kalesinde askerî gruba mensup olması mümkündür. Ayntab sicillerinde kelimenin her iki anlamda da kullanıldığı örnekler görülmüştür.[94]

Belge bir ihtimal bir sonraki bölümde de örnekleri incelenen "tecdid-i temessük" benzeri niteliktedir; bağ harap olsa da sâhib-i arz, önce hâli hazırdaki mutasarrıfın resm-i tapuyu ödeyip ödeyemeceğini dikkate almaktadır.[95] Başka bir örnekte Karayörük Köyü'nden Himmet bin Kara Ali, Abdülkerim Bey'e aynı köydeki çiftliğini devretmiştir. Himmet'in ağzından kaleme alınan ifadeye göre kendisinin çiftliği ziraat ve hıraset etmeğe "*iktidarı yoktur*" ve çiftlik üç yıldan

---

90 Çiftçi, 2017, s. 105-106.

91 "*Neferat*" kelimesi tezde eksiktir. Krş. Çiftçi, 2017, s. 159-160. BOA, MŞH.ŞSC.d.4853 vr. 94.

92 Tezde "*evahir-i Şevval*" yerine buna tekabül eden "*21-29 Şevval*" kelimeleri kullanılmıştır. Krş. Çiftçi, 2017, s. 159-160; BOA, MŞH.ŞSC.d.4853 vr. 94.

93 Asıl belgede hak kelimesi muhtemelen sehven kef ile yazılmıştır. Ayrıca "*her kime*" kelimesi tezde "*her kim*" olarak yazılmıştır. Krş. BOA.MŞH.ŞSC.d. 4814, vr. 96/1; Belk, 2021 s. 385-386.

94 Örneğin, "*...kasaba-i Ayntab kal'asından Hacı Mustafa bin Hızır Efendi...*"; "*nefs-i kal'ada sâkin etbâ-yı sipahiyândan el-Hac Mehmed*". Bkz. Elif Kılıç "12 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 205-304)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2022, s. 124; Melahat Arıkan, "12 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 105-204)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2017, s. 91.

95 Bkz. III.B.

uzun süredir boş durmaktadır. Bu nedenle de köyün sipahisi[96] Mehmed Bey, çiftliği Abdülkerim'e tapuya vermiştir ve resm-i tapu alınmış ve temessük düzenlenmiştir. Himmet bin Kara Ali bu duruma kendisinin razı olduğunu ve dava açmayacağını belirtmiştir. Bu olay 13-23 Eylül 1654 (H. Evail Zilkade 1064) tarihinde kayda geçmiştir.[97]

Bu belgelerde zikredilen işlemleri birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Himmet bin Kara Ali ile Abdülkerim Bey arasındaki işlemi tipik bir ferağdan ayıran, toprağın üç yılı aşkın süredir boş durmasıdır. Mamure'nin durumunda ise yeni bir alıcı yoktur. Kıyaslamak gerekirse sefere gittiği için tarlasını devreden İbrahim Beşe'nin durumu hatırlanabilir. Mamure ve Himmet'in herhangi bir ferağ bedeli aldıklarına dair bilgi belgelerde yer almamıştır. Dolayısıyla incelenen son iki belgede asıl önemli unsur, eski mutasarrıfların haktan feragat etmelerini kayda geçirmek olabilir.

B. AYNTAB'DA TAPU BELGELERİNİ DÜZENLEYEN KİŞİLER

Osmanlı modernleşmesi öncesinde sipahi, sâhib-i arz sıfatıyla tapu belgesini düzenleyebilen kişilerden yalnız biriydi. Nitekim 1858 tarihli *Kanunname-i Arazi*'nin Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanan şerhinde sâhib-i arz kavramının sipahiyi aşkın bir anlamı mevuttur. Yeni bir bürokratik düzen başlamıştır; ancak kanunun şerhinde bu yeni dönemde de miri arazinin üzerinde kurulacak ferağ ve ferağ bi'l-vefa sözleşmesine izin verecek kişinin sâhib-i arz olduğu açıkça zikredilmektedir.[98] 19. yüzyılda bu kişi artık devletin maaşlı memurudur. Acaba 17. yüzyıl boyunca Ayntab'da boş toprağı kim tefvîz etmekte, tapu temessükü düzenlemektedir? Bir başka deyişle modernleşme öncesinde ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun Klasik Çağı olarak bilinen 1300-1600 yılları sonrasında, hangi gruba mensup kişiler sâhib-i arzdır? Ayntab'da bu görevi yapan kişi halen sipahi midir yoksa sicile başka grupların sâhib-i arz olduğu örnekler yansımış mıdır? Bu noktada öncelikle 17. yüzyılın ikinci yarısında Ayntab'daki belgelerde terim olarak sancak beyinin yerini giderek vekili olan mütesellimin[99] aldığını belirtmek gerekir. Bu vekillik bazen "satış" yoluyla devralınmaktadır; örneğin 1684 yılında Süleyman Paşa'nın kendi görevini El-Hac Mehmed isimli birine bir yıllığına *füruht* ettiği yani sattığı kayda geçmiştir.[100]

Bu kısımda incelenecek ilk örnek çekişmeli bir vakadır. Akyol Mahallesi'nden Ahmet Bey'in Mehmed bin Mustafa'yla olan davasına dair belgede, tapu temessükünün Ayntab'da mirliva olan Mahmud Bey tarafından düzenlendiğine dair bilginin verildiği görülmektedir.[101] Bu olayda Ahmed Bey

---

96 Tezde bu kelime seyyahısı okunmuştur. krş. BOA.MŞH.ŞSC.d. 4828 vr 15 11/2; Söylemez, 2021, s. 67.

97 Söylemez, 2021, s. 67.

98 "*Metn-i kanundan müstefad olduğu vechle ferağ bi'l-vefada dahi izn-i sâhib-i arz şart olub....*". bkz. Ali Haydar Efendi, Şerh-i Cedid li Kanun-ı Arazi, A. Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, H. 1321, 1903/1904, s. 504.

99 Mütesellim, bey henüz eyalete gitmediyse veya sefere çıktıysa onun yerine eyaleti yönetmiştir. Bkz. Üçok/Mumcu/Bozkurt, 2024, s. 255.

100 Canbakal, 2007, s. 52.

101 Bedia Güvenç, "45 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin 101.-200. Sayfalarının Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1107-1108/M. 1696/1697)", yayımlanmamış

"*köy viranesi*"[102] olduğu söylenen bir tarlanın 40-50 yıldır *boz ve hâli* kaldığını ve kendisinin 1695-1696 (H. 1107) yılında tarlanın resm-i tapusunu Mahmud Bey'e ödediğini ve ondan tapu temessükünü aldığını beyan etmiştir. Araziyi edindikten sonra üzerine bağ dikerek ihya eden Ahmed bu bağı satmak istemektedir. Mehmed'in kendisini bu konuda engellediğini ifade eden Ahmed'in bu iddiaları Mehmed'e sorulmuş, o da Ahmed'in haklarını ikrar etmiştir. Bu davayla ilgili bilgi, 30 Ağustos 1696 (H. Gurre-i Safer 1108) tarihinde kayda geçmiştir. Olayda belge ibraz edilmeden davalı Mehmed'in karşı tarafın haklarını ikrar ettiği dikkate alınmalıdır, dolayısıyla Mehmed'in ikna edilmesi için bazı etkenlerin mevcut olması gerekir. Belgede sâhib-i arz mirliva yani sancak beyi olan Mahmud Bey'dir. Dolayısıyla klasik anlamda miri sisteme uygun bir tefvîz gerçekleşmiştir. Ancak, Canbakal yüzyıl sonunda mirliva olarak kayda geçen kişilerin aslında vekil olabileceği uyarısını yapmaktadır.[103]

Bu belgede Mahmud Bey'in yalnız ismi zikredilmiştir. Bazı çekişmeli vakalardaysa tapuyu hazırlayan kişinin bizatihi mahkemede gözüktüğü kayda geçmiştir. Bu örneklerden biri, Fatıma Hatun ve Monla Ahmed bin Ekşi Ali'nin davasıdır.[104] Fatıma Hatun'un iddiasına göre, Ayntab'ın köylerinde birkaç adet tarla, babasına aittir, ancak babasının ölümünden sonra köyün zabiti ve belgeye göre huzurda olan Ali Bey tarlaları kendisine "*kanun üzere tapuya vermiş*" ayrıca adına "*hat ve hatemini havi tapu temessükü*" düzenlemişken Monla Ahmed tarlaları zabt etmektedir.[105] Fatıma tapu temessükünü de mahkemeye sunmuştur. Durum Monla Ahmed'e sorulduğunda, cevap olarak tarlaların Fatıma'nın babası Ömer bin Ömer'e ait olduğunu kabul etmiş, ancak babası öldüğü zaman, huzurda olan zabitin tarlayı Fatıma'ya teklif ettiğini ve *tapuyu misli* ile arz ettiğini buna karşın Fatıma'nın tarlaları istemediğini (*ibâ ve imtina*[106]) belirtmiştir. Monla Ahmed'in iddiasına göre bundan sonra kendisi tarlaları zabitten almıştır. Buna dair kendisine kanıt sorulunca Monla Ahmed kanıt gösterememiştir. Bunun üzerine mahkeme *kasr-i yedine* yani feragatine karar vermiş, bu mesele 31 Mart-10 Nisan 1700 (H. Evasıt-ı Şevval 1111) tarihleri arasında kayda geçmiştir.

Bu olayda temessükü düzenleyen Ali Bey "karye zabiti"dir. Zabit kelimesi Osmanlı İmparatorluğu'nda modernleşme öncesinde birkaç anlama gelmektedir. Belli bir işi yapmakla, kontrol etmekle görevli olan zabit kelimesi bazen vergiyi toplayan kişi için kullanılmış; örneğin Farsça tahsildar kelimesinin muadilinin *zabit-i mahsul* olduğu dikkati çekmiştir. Bu kelime bazı sancak kanunnamelerinde de vergi toplayan veya amil anlamındadır; örneğin Taşoz Kanunnamesi'nde bu

---

yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabili Dalı, Kahramanmaraş, 2015, s. 132.

102 Bu kelime tezde "kuyu viranesi" olarak yazılmıştır. Krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4849 vr 187, Güvenç, 2021, s. 132.

103 Canbakal, 2007, s. 52. Yazar bu sonuca 1687 tarihinde mirliva unvanını haiz Süleyman Paşa'nın başka belgelerde mütesellim olarak geçmesi üzerinden ulaşmıştır.

104 Özkan Atasoy, "50 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1110-1111/M. 1698-1700), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensitütüsü, Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2022, s. 511-512

105 "*Hat*" kelimesi tezde "zabt" olarak; "ibraz" kelimesi tezde "ibra" olarak yazılmıştır. Krş. Atasoy, 2022, 511-512; BOA.MŞH.ŞSC.d.4854 vr 262 vr 263.

106 *İba* kelimesi tezde eksiktir. Krş. Atasoy, 2022, 511-512; BOA.MŞH.ŞSC.d.4854 vr 262 vr. 263.

kelimenin amil ile eşanlamlı kullanıldığı zikredilmiştir.[107] Diğer bazı sancak kanunnamelerine bakıldığında, zabitlerin öşür[108], dönüm resmi[109] gibi vergileri tahsil ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin Barkan'ın neşrettiği 1716 (H. 1129) tarihli Mora Kanunnamesi'nde *karye zabiti*nin öşür ve resimleri topladığı kayda geçmiştir.[110] Bu kanunnamenin başında Mora arazisi miri olarak kayda geçmiş olup buradan yola çıkarak karye zabiti olduğu belirtilen kişilerin miri sistemde sâhib-i arz benzeri bir işlevleri olduğu söylenebilir.

Her halükârda Ali Bey'in huzurdaki varlığını açıklamak gerekir. Acaba Ali Bey Fatıma'nın ibraz ettiği tapunun doğrulanması için mi mahkemededir, gerektiği takdirde tanık olarak mı dinlenmesi düşünülmüştür? Kendisini kâdı mı yoksa Fatıma mı (tanık olması için) huzura çağırmıştır? Belgede Ali Bey'in ağzından çıkan herhangi bir ifade kayda geçmemiştir. Bu durum basit bir ihmale mi dayanmaktadır. Fatıma'nın iddiasını kanıtlaması ayrıca tanık göstermesi icap etmemiştir, zira Monla Ahmed, Ali Bey huzurdayken açıkça karye zabitinden tarlayı kendisinin aldığını iddia etmiştir (*zabit-i mezbur bana tevzi etti*). Bu yeni iddiası nedeniyle ispat yükümlülüğü doğmuş[111], ancak o şahit getirememiştir. Dolayısıyla kasr-i yedine sebep olan gerekçe, Monla Ahmed'in iddiayı ispat edememesidir.

Bazı örneklerde arazinin tapu temessükünü alan birkaç kişi kâdı huzuruna çıkarak hüccet de talep etmiştirler. 7 Şubat 1684 (H. 20 Safer 1095) kayda geçen olayda Dimos-u Ayntab Mukataası'na bağlı Beğni Köyü'nde bir tarlanın üç yıl boyunca boş ve hâli kaldığı iddiasıyla köy zabiti El-Hac Ahmed Ağa'dan tapu temessükü aldığını belirten Mehmed bin El-Hac Hasan ve Bor bin Mehmed bu konuda adlarına bir de hüccet düzenlenmesini istemişler ve mahkemeye belgeleri ibraz etmiştirler.[112] Aynı defterde bir diğer tapu talebi Şehreküstü Mahallesi'nde sakin Şeyh Ramazan Efendi bin El-Hac Osman tarafından harabe ve tapuya mülhak/müstehak olduğu belirtilen bir arazi için yapılmıştır. Ayntab mütesellimi Mehmed Ağa'dan tapuya talip olduğunu beyan eden Ramazan Efendi eline tapuname aldığını, ancak bunu hüccetle bağlamak istediğini belirtmiş ve tapu tezkeresini mahkemeye ibraz etmiştir.[113] Bir diğer belge tapu tezkeresinin araştırılmasını emreden bir fermandır. Ayntab kâdısına gönderilmiş bu ferman, divana arzda bulunan Mehmed'e verilmiştir. Mehmed arzuhalinde Dimos-ı Ayntab'dan Tilbaşar'a tâbi Kürd Osman Köyü'nde bazı yerlerin on yıldır ziraat olunmadığı, boz kaldığı ve tapuya müstehak oldukları gerekçesiyle bu yerlerin sâhib-i arzdan tapu tezkeresini aldığı ve buna uygun olarak toprağı zabt etmek istediği dile getirilmiştir. Fermanın emir kısmında kâdıya tapu tezkeresini incelemesi, üç yıl kuralı da hatırlatılarak yerlerin ne kadar süre boş kaldığını

---

107 Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri Cilt 3, Fey Vakfı Yayınlaır, İstanbul, 1991, s. 404.

108 Barkan, 1943, s. 314,

109 Barkan, 1943, s. 326

110 Barkan, 1943, s. 330.

111 Bkz. III. Bölüm.

112 Gülcan Baş, "35 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/1682-1683) (s. 146-288)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018, s. 77-78.

113 Baş, 2018, s. 107

araştırması, tezkerenin verilmiş olup olmadığını soruşturması emredilmiş, ayrıca, şer'e, kanuna ve tezkereye uygun davranılması gerektiği hatırlatılmıştır.[114]

Tapu temessükünün kâdıya ibrazıyla hüccet talebine dair örnekler başka defterlerde de görülmüştür. Hayık-Müslüman Mahallesi'nden Ahmed Bey, Battal Öyük mezrasında Kafirviranı olarak bilinen miri arazi statüsünde bir tarlanın kırk-elli yıldır boş kaldığını ve tapuya müstehak olduğunu, kendisinin araziye bağ dikmek için[115] Mahmud Bey'den tapu temessükü aldığını belirterek, temessükü kâdıya ibraz etmiş ve buna ek olarak bazı şahitlein de ifadesinden yararlanıp hüccet talep etmiştir. Mevzubahis arazi valilerin havassındandır, nitekim tapuyu düzenleyen Mahmud Bey de Ayntab valisidir. Şahitlerin temessükü doğruladığı 14-24 Şubat 1696 (H. Evasıt Recep 1107) tarihinde kayda geçmiştir.[116] Aynı defterde 15-25 Mart 1696 tarihinde (H. evasıt şaban 1107) kayda geçen bir diğer belgede ise Hacer Köyü'nden bir arazinin yirmi yıl boş kaldığı ve bu durumun sâhib-i arza zarar verdiği, arazinin müstehakk-ı tapu olduğu zikredilmiştir.[117] Huzura çıkan Yahni Mahallesi'nden El-Hac İsmail, köyün zabiti Hüseyin Ağa'dan temessük almış ve kâdıdan hüccet talep etmektedir. Bu örnekte şahit gösterilmemiştir; ancak İsmail için hüccet düzenleneceği belirtilmiştir. Tüm bu örneklerde temessükün yanı sıra bir tür tasdik edici belge olarak hüccetin de talep edilmesi dikkate değerdir.

Bazı taleplerde önceki hukukî işlemin çok daha detaylı bir biçimde dile getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Tarla'yı Atik Mahallesi'nden Derviş Bey öldükten sonra yaşı küçük olan oğlu Zekeriya'nın vasiliğini sürdüren Mehmed Çelebi, mahkemeden, sorumlu olduğu küçüğün lehine bir hüccet talep etmiştir.[118] Mehmed'in ağzından kaleme alınan talebe göre, Derviş Bey, Dimos-ı Ayntab'a bağlı Oğrice Mezrası'nda Kara Ahmed Arazisi olarak bilinen ve toplam kırk beş keyl tohum alabilecek on iki adet[119] tarlanın hakk-ı kararını ve tasarrufunu oğlu Zekeriya'ya ferağ ve tefvîz etmiş; bundan sonra Mehmed Çelebi'yi oğluna vasi tayin etmiştir. Mehmed Çelebi, Dimos zabiti El-Hac Hasan Ağa'nın "*feragat-i mezkûru müşir mümzâ ve mahtûm tezkere*"[120] yazıp verdiğini belirtmiş ve mahkemeden hüccet talep etmiştir. Bu "tezkere" de mahkemeye sunulmuş ve buna uygun hüccet düzenlenmesi 18 Nisan 1683 tarihinde (H. 20 Rebiyülahir 1094) kabul edilmiştir. Bu olay özelinde tezkere ile temessük arasında fark var mıdır düşünülebilir. Yine sâhib-i arzın imzasını ve onayını taşıdığı söylenen bir

---

114 Baş, 2018, s. 302-303.

115 Tezde "*bağı gurs etmek"* ifadesi "*bağı arsa etmek"* olarak yazılmıştır. krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4849 vr 15; Ahmet Yarşı, "45 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin İk Yüz Sayfası Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1107/M. 1696), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, 2014, Kilis, s. 60-61.

116 Yarşı, "2014, s. 60-61.

117 "*Sâhib-i arza bir nesne hasıl*" ifadesi tezde "*bir sene hasıl*" olarak yazılmıştır. krş.; BOA, MŞH.ŞSC.d. 4849 vr 67; Yarşı, 2014, s. 172.

118 Perihan Aksoy, "35 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/1682-1683) (s. 1-145)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018, s. 239.

119 "*On iki kıta*", tezde "*on iki musattaha*" okunmuştur. krş.BOA, MŞH.ŞSC.d 4839 vr 75; Aksoy, 2018, s. 239.

120 Aksoy, 2018, s. 239.

belgeden bahsedilmektedir. Ancak bu belgenin yanı sıra mahkeme hüccetinin sağlayacağı ek koruma da talep edilmektedir. Aynı araziyle ilgili aynı defterde bir diğer belgede bu sefer Tayyibe bint Ahmed Çelebi, vekili aracılığıyla Mehmed Çelebi ve dolayısıyla Zekeriya'dan talepte bulunmaktadır.[121] İddiaya göre Tayyibe ile Zekeriya kardeş çocuğudur ve mevzubahis araziler ikisinin babası tarafından müşterek olarak tasarruf edilmektedir. Tayyibe'nin vekili Hüseyin – eğer ifade kendi ağzından çıktı ise- Tayyibe'nin babası ve Zekeriya'nın amcası Ahmed'in on altı önce vefat ettiğini ve bu sırada küçük olan kızın araziden yararlanamadığını belirtmiştir. Ancak, kanuna göre, kız çocukları babalarının arazisini talep ederken buluğ tarihine göre değil ölüm tarihine göre on yıllık bir süre mevcuttur. Nitekim mahkeme kararında doğrudan kanuna uygun olmayan bu durum dikkate alınmış; belge, bir önceki belgeye göre daha geç tarihli (5-15 Temmuz 1683/Evasıt-ı Receb 1094) olmasına karşın tezkere veya hüccet ibraz edilmemiştir. On altı yıllık süre geçtiği için buna ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Tayyibe'nin vekili Hüseyin, Mehmed Çelebi'nin savunmasında söylediklerini kabul etmiş, mahkeme de "*babası fevtinden on sene mürûr etdikden sonra kanunen arazi-i mezkûreden tasarruf intikâl etmeyüp davası hilaf-ı kanun olduğu musarrah olmağın*"[122] kuralıyla bağlı kalarak karar vermiştir. Metinde Mehmed Çelebi'nin ağzından arazinin tasarrufuyla ilgili mukataa-yı merkume emininden alınan temessükten bahsedilmiştir. Bu kullanım, bir önceki metindeki tezkere ve temessükün aynı anlamda olduğunu düşündürmektedir.

Aynı defterden bir diğer örnekte, bu sefer erkek çocuk benzer bir durum ile karşı karşıyadır.[123] Mehmed bin Taşdemir isimli bir genç (metinde *şâb*/delikanlı kelimesi kullanılmıştır) El-Hac Abdullah'ı, Çapalu Köyü'nde babasının tasarruf ettiği ve babasının adına hüccet düzenlenmiş bir tarlaya el koymakla suçlamaktadır. Mehmed'in iddiasına göre, babasının ölümüyle tarla kendisine intikâl etmiştir; ancak o dönem yaşı küçük olduğu için tarlayı kullanamamış ve bu nedenle arazi hâli kalmıştır. El-Hac Abullah ise tarlanın babadan oğula intikâlinden, hatta mevzubahis hüccetten[124] haberdar olduğunu, ancak tarlanın on yıldır boş kalması üzerine kendisinin tarlayı köyün sipahisi Ahmed Bey'den tapu ile aldığı cevabını vermiştir (*yedime mümza ve mahtum tapuname...*)[125]. Ancak mahkeme, kanuna göre tarlanın babadan oğluna geçmesi gerektiğini dikkate almış; Mehmed'in bulûğa ulaşmasından sonra on yıllık sürenin henüz sona ermediğini gözeten bir karar vermiş ve 24 Mart 1683 (H. 25 Rebiyülahir 1094) tarihinde Abdullah'ın kasr-i yeddine dair karar kaydedilmiştir.

Bu kısımda incelenen belgelerin bir kısmı ilk defa istenmiş, bir kısmı ise bir çekişmede kullanılmıştır. Belgeyi düzenleyen ister sipahi ister mukataa emini olsun, bu metinlerin daha ileride çıkabilecek olası çekişmelerde çözüme dayanak olması mümkündür, ancak bu kısımda ve bir sonraki bölümde ifade edildiği üzere temessükün varlığı tek başına bir delil teşkil etmemektedir. Sâhib-i arzın huzurda olduğu davalarda, belgede "hat ve hatem"lerini tasdiki için bir tür "bilirkişi" veya tanık olarak bulunmuş olabilirler fakat bu konuda net bir ifade yoktur. Osmanlı hukukunda modernleşme dönemi öncesi davalarda

---

121 Aksoy, 2018, s. 408-409.

122 Aksoy, 2018, s. 409.

123 Aksoy, 2018, s. 248-249.

124 "*Hüccet*" kelimesi tezde "*hacb*" olarak okunmuştur. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4839 vr 78; Aksoy, 2018, s. 249.

125 Aksoy, 2018, s. 249.

bilirkişi/ehl-i hibreye başvurulmuştur. Ahmet Kılınç, bilirkişilik kurumuna dair çalışmasında, arazi hukuku ile ilgili olarak daha ziyade toprağın sınırının veya arazinin hukukî niteliğinin tespiti için bu konuda köyden ehl-i hibrenin görüşüne başvurulduğunu belirtmiştir.[126] Yazarın sipahi mührünün kontrolü ile ilgili verdiği bir örnek, vergi toplamak için sipahiden temessük ile yetki almış bir kişinin elindeki belgenin sıhhatine dairdir. Kılınç'ın verdiği bu örnekte, söz konusu incelemenin Çavuşbaşı ve *vukûf-ı tammı olan müslimin* şeklinde tanımlanan bilirkişi tarafından yapıldığı açıkça kayda geçmiştir.[127] Bu çalışma kapsamında, Ayntab'da incelenen olaylarda, sâhib-i arz belgeyi kontrol etmiş veya doğrulamış olduğuna dair, Kılınç'ın verdiğine benzeyen, şüpheye yer vermeyen bir örnek görülmemiştir.

III. TAPU BELGELERİNİN İŞLEVİ

Yetkili bir kişi tarafından hazırlanan tapu temessükü, belge sahibine nasıl bir koruma sağlamaktadır? Bir başka deyişle mahkeme sırf tapu temessükü veya tapu tezkeresinin varlığı üzerinden bir davayı kabul veya reddedebilir mi? Yukarıda zikredilen İslam-Osmanlı usul hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde bu sorunun cevabı netleşmektedir: Belgenin içeriğinin kâdı tarafından kontrol edilmesi gereklidir. Ayntab mahkemesinde de bu belgelerin ibraz edildiği ancak her zaman tek başlarına yeterli delil teşkil etmedikleri anlaşılmaktadır. Bazı davalarda iddia şahitlerin beyanıyla desteklenmiştir. Bilindiği üzere, İslam hukukunda davacı iddiasını ispat ile yükümlüdür. Buna karşın yemin etme yükümlülüğü davalınındır. Yemin, davacı davasını ispat edemediği takdirde, davalıya teklif edilir ve davalı yemin ettiği takdirde, bu durum lehine delil teşkil etmiş olur.[128] Ancak suçlanan taraf yeni bir şey söylerse ispat etmekle yükümlüdür. Bu durum, hadis üzerinden, "Delil iddia edene, yemin ise davalıya aittir (*el-beyyine ale'l-müddei ve'l-yemin 'ala men inkar*)" ilkesiyle kurala bağlanmıştır.[129] Dolayısıyla tapu belgelerinin delil olarak işlev görmesi değerlendirilirken bu kuralın da hatırlanması gerekmektedir. Bazı çekişmesiz örneklerde ise elinde temessük olan kişi mahkemeden konuyla ilgili hüccet talep edebilmektedir.

A. ŞAHİT VE İKRAR İLE KANITLANAN TASARRUF HAKKI

Bu bölümde değerlendirilen iddiaların önemli bir kısmında, bir erkek raiyyet öldükten sonra, sağlığında tasarruf ettiği miri arazinin üzerindeki haklar çekişme konusu olmuştur. Taraflardan biri, bu arazinin tasarruf hakkını intikâl-i adi ile devraldığını iddia etmiştir. Bu iddianın her zaman haklı olduğu veya en azından kanıtlanabildiği söylenemez. Örneğin Şuhme Köyü'nden Huri, Osman ve Ebubekir isimli iki kişiyi benzer bir gerekçeyle dava etmiştir. Huri'nin iddiasına göre, babasının amcasının torunu İbrahim'in "ormandan çıkma mülkü" mevcuttur ve bu arazi kendisine intikal etmiştir. Ancak Osman ve Ebubekir bu

---

126 Ahmet Kılınç, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 47, 245-248.

127 Kılınç, 2022, s. 241.

128 Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2012, s. 385-386.

129 Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, 363; Luqman Zakariyah, Legal maxims in Islamic criminal law: Theory and application, Brill, Leiden, Boston, 2015, s. 117.

araziye haksız bir biçimde bağ ekmişlerdir. Osman ile Ebubekir ise bu iddialara cevap olarak arazinin yirmi yıldır boş olduğunu ve kendilerinin araziyi köyün ağasından tapuya alıp bağ ektiklerini belirtmişlerdir. Bunun üzerine Huri, bağın yirmi yıldan fazla boş kaldığını kabul etmiş ve karar Osman ve Ebubekir lehine verilmiştir.[130] İkrara[131] ikna edilme süreciyse mahkemeye yansımamıştır. Aynı defterde 26 Mayıs 1618 (H. 11 Cemaziyülahir 1028) tarihinde kayda geçmiş bir diğer davada, yine babadan kalan yerin habersiz satılması iddia edilmiştir. [132] Çağdığın Köyü'nden davacı Ahmed, Kara Mehmed isimli davalıyı, babası Ahmed'in mülkü olan araziye kendisinden izinsiz bağ ekmekle itham etmiştir. Kara Mehmed ise toprağın *hâli ve harabe* olduğunu, eşi Huri'ye vefat eden babası Hasan'dan intikâl ettiğini ve bu konuda Ayntab müftüsünden alınmış bir fetvasının olduğunu belirtmiştir. Belgenin iddia kısmında açıkça zikredilmese de Hasan, *hâli ve harabe* olan araziyi tapu ile alıp bağ dikmiştir. Ahmed bu cevap üzerine araziye Kara Mehmed'in kaynı Hasan tarafından bağ dikildiğini kabul etmiş ve mahkeme Ahmed'in davasını reddetmiştir. Hemen akabinde mezkûr fetva sicile eklenmiştir: "*Bu mesele beyanında: Bir mikdar arz-ı emiriye on seneden ziyâde muatttal kalub Zeyd arz-ı mezbûreyi ağasından tapuya alub bağ diküb on sene mikdarı tasarruf idüb öşrün ağasına viregelür iken Amr-ı mezbûr 'Arz benim babamdan kalma yerimdir ben alurum' dimek şer'an kâdir olur mu beyân oluna. El-Cevab: Kâdir olmaz bağ diküb bi'l-fiil mutasarrıf olanındır, min tasarruf fi'l-arzü'l-emiriye 'öşr-i sinin sebete lehu hakkü'l-karâr fe la yehud mezidehu. Ketebe el-Fakir Emrullah El-Müftiyü'l-Ayntab.*"[133] Burada on yıldan fazla boş ve işlenmemiş bir arazi tapuyla alınıp kullanıldığı takdirde yetişkin erkek evladın buna itiraz hakkı yoktur kuralı uygulanmış[134], ayrıca devralan tarafın sâhib-i arza düzenli vergi ödemesi de eklenerek meşruiyet vurgulanmıştır. Ancak herhangi bir tapu belgesi mahkemeye ibraz edilmemiştir.

---

130 Arıkan, 2017, s. 125-126.

131 Abdülaziz Bayındır, ikrarın bir ispat aracı olmadığını, ispata lüzum bırakmayan bir kabul olduğunu belirtirlen Baber Johansen ikrarın kâdının karar vermesine gerek olmadan sonuç doğuran bir kanıt olduğunu vurgulamıştır. Krş. Abdülaziz Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması, İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul, 1986, s. 142; Baber Johansen, "Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite," Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh, E.J. Brill, Leiden ve Boston, 1999, s. 436.

132 Kılıç, 2022, s. 152-153.

133 Tezde bazı kelimeler eksiktir. krş.BOA, MŞH.ŞSC.d.4816 vr. 285; Kılıç, 2022, s. 153.

134 Benzer bir kural, Kanunname-i Cedid'de ve Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö. 1692) fetva mecmuasında yer almaktadır. Ancak fetvada on yıllık süreçten bahsedilmemiş, sadece bağ kütüğünün (kürum) tamamen kuruduğu ve arazinin çıplak kaldığı bilgisi verilmiştir. Dolayısıyla kanun metni Ayntab sicilindeki fetvaya daha uygun bir örnektir: Krş: "*Kanun: Sıgarın babalarından müntakil yerlerin zabt ve ziraate kudretleri olmayub bir tarîkile aharden zabt olsa veya ahara virilmiş olsa bâliğ olduklarından on seneye değin gerüye alurlar. Yani babaları fevti zamanında mahsûb olmayub belki kendiler bâliğ oldukları zamandan mahsûb olub on seneye değin badi'l-bülûğ hakk-ı tapuları vardır, taleb ve ahz ve zabt iderler. Amma badi'l-bülûğ sükût idüb on yıl mürûr idüb taleb itmezler ise sâkıt olurlar.*"; "*Zeyd'in yeri arz-ı miri ve kürumu mülk olan bağının kürumu kuruyub arsa-i sırfa kaldıktan sonra yeri izn-i sâhib-i arzla Zeyd'in tasarrufunda olmamağla sâhib-i arz ol yeri tapu ile Amr'a tefviz idüb Amr dahi kürum gars idüb bağ itdikden sonra Zeyd fevt olsa Zeyd'in oğlu Bekir mücerred ol bağ yeri mukaddema babamın tasarrufunda idi deyu bağa müdâhaleye kadir olur mu? El-cevab: Olmaz.* Bkz. Karagöz, 2010, s. 245; Necati Demirtaş, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetâva-yı Ali Efendi, Cilt-i Sani, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 559.

15 Şubat 1651 (H. 23 Safer 1061) tarihinde Kanalıcı Mahallesi'nde Mehmed Beşe, Emine ve Ayşe isimli iki kadını bir bağın yerini zabt etmekle suçlamıştır.[135] Mehmed'in ifadesine göre bağ, babasının mülkü olup kendisine *ırs-i şer'le* intikâl etmiştir. Ancak Emine ve Ayşe'nin eşleri araziye bağ dikmiştirler. Bunun üzerine Ayşe ve Emine'ye sorulmuş onlar da otuz iki yıl önce kocalarının bağı harabe olduğu için Hüseyin isimli kişiden tapuyla aldıklarını ve on beş yıl önce de arazinin kendilerine kocalarından intikâl ettiğini belirtmişlerdir. Bunun üzerine tekrar Mehmed Beşe'ye cevabı sorulmuş[136], o da kadınların bahsettiği üzere eşlerinin araziyi tasarruf ettiğini ikrar etmiş ve karar aleyhine çıkmıştır. Bu olayda miri arazi üzerine bağ ekildiği için yeri miri üzerindeki bağ mülk olan bir eşya söz konusudur.

Bir diğer belgede ise davalı yine köy zabitinden temessük aldığı yönünde bir def'i ileri sürmüş ancak neticede karar davacının intikâl-i adi iddiasını ispat edememesi ve davalının yemin teklifini kabul etmesi üzerine verilmiştir.[137] Satı bint Şehbandar, Mehmed bin Ahmed'i dava edip bir adet harap olmuş bağın[138] kendisine babasından geçtiğini, ancak bağda kütük dikili olmasına rağmen Mehmed'in bağı zabt ettiğini iddia etmiştir. Mehmed ise cevabında arazinin on beş yıldan beri boş kalıp *müstehakk-ı tapu* olduğu ve kendisinin köyün (adı zikredilmemiş) zabitinden kanun üzere *tapulayub tapu temessükü aldığı* şeklinde cevap vermiştir. Mehmed ayrıca kendisi temessük aldığı zaman, arazi üzerinde dikili bağ kütüğü bulunmadığını da beyan etmiştir[139]. Bunun üzerine Satı'ya delil sorulmuş ancak o delil veya şahit getiremeyince Mehmed'e yemin teklif edilmiş o da yemin etmiştir. Satı'nın muarazadan menedildiği, 4 Haziran 1669 (H. 4 Muharrem 1080) tarihinde kayda geçirilmiştir.

20 Aralık-30 Aralık 1683 (H. Evahir-i Zilhicce 1093) tarihli belgede bu sefer davalı taraf, şahit yoluyla intikâlin gerçekleşmediğini kanıtlamıştır. İddia yine benzer niteliktedir; Osman Ebubekir, davalı Hamis bin Mehmed'i babasından intikâl-i adi ile kendisine kalan bir tarlayı on yıldan beri işgal etmekle suçlamıştır.[140] Hamis ise cevabında tarlayı on beş yıl önce köyün sipahisinden aldığı yönünde cevap vermiş ve de öşrünü de sipahiye ödediğini beyan etmiştir. Hamis'in beyanını doğrulayan iki şahidin şahitliklerini kabul edildiği kayda geçmiş ve Osman muarazadan men edilmiştir. Bu olayda, Ahmed ve Kara Mehmed'in davasında olduğu gibi, arazinin öşrünün ödendiğine dair ifade verilmiş olması yine dikkat çekicidir.[141]

---

135 Mine Kartal, "20 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 137-270) H. 1060-1061/M. 1650-1651)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2014, s. 273.

136 Bu kısımda (*mersum Mehmed Beşe istintak olundukda*) tezde kelime sehven "*Mahmud Beşe*" yazılmıştır.

137 Güvenç, 2015, s. 108

138 Tezde "*harabe müşterek*" yazılan kelime "*haraba müşerref*"tir. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4849 vr 170; Güvenç, 2015, s. 108.

139 Tezde "zabtından" yazılan kelime "zabitinden", "olduğu canibde" yazılan ifade "olduğu hinde" olarak düzeltilmelidir. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4849 vr 171; Güvenç, 2015, s. 108.

140 Aksoy, 2018, s. 33-34.

141 Her iki olayda da, Osmanlı İmparatorluğu'nda aşar olarak bilinen ve toprak ürünlerinden senelik olarak alınan, oranı mahalli uygulamaya göre değişen vergi için kullanılmıştır. Bkz. Ahmet Tabakoğlu, "Öşür", TDV İA, C. 34, 2007, s. 101.

Davalı tarafın cevaben temessükü olduğunu iddia ettiği, buna karşın davacı tarafın iddiasını tanıkla ispat ettiği bir örnekte, 17. yüzyıl sonunda üç kardeş, Şamlık Köyünden Mehmed ve Ali ve Ebubekir, bir diğer Mehmed'i kendilerine babaları Veli'den intikâl-i adi ile kalan bir tarlaya el koymakla itham ederler.[142] İddialarına göre köyün ahalisi *cevr-i zalemeden perakende ve perişan* olmuştur. Metinde bu zalimlerin kim olduğu, ne yaptıkları belirtilmez, muhtemelen eşkıya saldırısı (veya onunla mücadele eden mütegallibenin baskısı) söz konusu olmuştur. Yine bu olayın ne kadar önce gerçekleştiği hakkında bir bilgi yer almaz, ancak bir yıl boyunca arazinin kullanılamadığı zikredilmiştir. Mehmed ise cevabında söz konusu arazinin "*hâli ve muattal*"[143] olduğu ve kendisinin sâhib-i arzdan tapu temessükü ile arsayı aldığı yönünde cevap vermiş, Mehmed, Ali ve Ebubekir'in intikâl-i adi ile araziyi babalarından devraldığını bilmediğini söylemiştir. Bunun üzerine kardeşlerden delil sorulmuş, onlar da "*udûl-i müsliminden*" olduğu zikredilen iki şahit göstermiştir. Şahitler köyün ahalisinin köyü terk ettiğini, bu nedenle bir yıl boyunca arazinin boş kaldığını ve Mehmed'in araziyi haksız olarak elinde tuttuğuna dair şahitlik etmiş, bu ifadeleri kabul edilmiştir. Belgenin sonunda "*bu vechle müstehakk-ı tapu olmayub*"[144] ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeyle bir yandan da arazinin olağanüstü koşullar nedeniyle boş bırakıldığı ve bu nedenle sâhib-i arzın onu tapuyla dağıtamayacağı vurgulanmıştır. Bu kural Kanunname-i Cedid'de de mevcuttur.[145] Dolayısıyla 28 Temmuz 1696 (H. 27 Zilhicce 1107) tarihinde kayda geçen bu örnekte tefvîz var mıdır yok mudur soruşturulmasına da gerek kalmamıştır.

Kürt Köyü'nden Döndü'nün Cuma ile davasında ise, Döndü'nün vekili ve eşi Şaban'ın ifadesi üzerinden Döndü aleyhine karar alınmıştır.[146] Dava konusu Döndü'nün eski kocası Mehmed Ali'den küçük oğlu Emrullah'a intikâl eden, Emrullah öldükten sonra ise Cuma tarafından sâhib-i arz izniyle alınan tarladır.[147] Döndü bu tarladan veraset gerekçesiyle hisse talep etmektedir ancak kararda Cuma'ya soru yöneltilmediği dikkati çekmiştir. Belgede Döndü'nün vekili Şaban'ın söyledikleri üzerinden zaten Cuma'nın tapusu ve tasarrufunun geçerli olduğu, dolayısıyla 7-16 Mayıs 1692 (H. Evahir-i Şabat 1103) tarihinde davanın reddedildiği kaydedilmiştir.[148] Bu olay, vekil tarafından hatalı bir iddiada bulunulduğu için doğrudan reddedilen bir vaka izlenimini uyandırmaktadır.

Mustafa bin Mehmed ile Hüseyin Çelebi ibn Mehmed Ağa'nın davasında ise arazinin boz kaldığı ve zabitten alındığı iddiası da haklı bulunmamıştır.[149]

---

142 Güvenç, 2015, s. 101.

143 Tezde "*hâli ve mutad*" yazılmıştır. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4849 vr 166; Güvenç, 2015, s. 101.

144 Tezde "*ber vechle*" yazılmıştır. Krş. BOA, MŞH.ŞSC.d 4849 vr 166; Güvenç, 2015, s. 101.

145 "*Öte yakaya eşkıya müstevli olmağla reaya ve berayâ kadîmî yerlerinde karara mecalleri olmayub bi'z-zarûrî firar eyleyüb…*" Karagöz, 2010, s. 288.

146 Makbule Demir Kutval, "41 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1102-1104/M. 1690/1693)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018, s. 127.

147 "*sâhib-i arzdan tapulayub*" ifadesi tezde "*…arzdan toplayub*" şeklinde yazılmıştır. krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4845 vr 56; Kutval, 2018, s. 127.

148 "*mezbûr Cuma'ya sual teveccüh itmeyüb vekil-i mezbûrun takriri üzere mutasarrıf-ı mezbûrun tapusu ve tasarrufu muteber olmağla vekil-i mezbûr Şaban bi vech muarazadan men-i birle…*" krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4845 vr 56; Kutval, 2018, s. 127.

149 Atasoy, 2022, s. 39-40

Davanın konusu Tahtemur Köyü'nde bir tarladır. Mustafa'nın iddiasına göre tarla üç yıldır boz ve hâli kalmış, kendisi ve müteveffa kardeşi Abdülkadir 1670/1671 (H. 1081) yılında köyün zabiti Es-Seyyid Abdullah Ağa'dan "*kanun üzere tapuya alub âle'l-iştirak üzerine bağ gars etmiş*"lerdir.[150] Ancak kardeşi Abdülkadir öldükten sonra, Hüseyin Çelebi araziyi zabt etmiştir. Hüseyin Çelebi'nin cevabı ise hayli farklıdır; buna göre arazi, dedesi El-Hac Hüseyin Ağa'nın "*bâ temessük-i sâhib-i arz taht-ı tasarrufunda*" iken, mezkûr Hüseyin Ağa, Mustafa ve Abdulkadir'i bağ ekimi için çalıştırmaktadır. Cevaba göre iki yıl boyunca Mustafa ve Abdülkadir, araziyi "*tımar ve terbiye*" etmiş, ancak Hüseyin Ağa'nın ölümüyle arazi, oğlu Mehmed Ağa'ya, ondan da Hüseyin Çelebi'ye ve erkek kardeşi Ömer'e ırsen intikâl etmiştir. Bundan sonra Mustafa ve Abdülkadir kendisinden çalıştıkları süre için ücret (*kıymet-i giras ecr-i misil*) talep ve dava etmiş, ancak sonunda olay sulh ile çözülmüştür. Durum soruşturulup cevap alınamayınca Hüseyin Çelebi'den delil sorulmuştur. *"Udûl-ı müsliminden*" şahitler, Mustafa ve Hüseyin arasında ücret nedeniyle dava açıldığına, ancak sulh olunduğuna dair tanıklık etmiştirler. Şahitlerin ifadeleri kabul edilmiş ve Mustafa muarazadan men edilmiştir. Bu olay da 5 Haziran 1699 (H. 7 Zilhicce 1110) tarihinde kayda geçmiştir. Bu durum bazen hüccetin varlığına rağmen şikâyette bulunup bir fayda elde etmeyi deneyen kişilerin mevcut olduğunu düşündürmektedir. Bu olayda da yine miri arazi üzerinde bağ dikilmiş olduğu görülebilir.

Aynı defterden bir diğer davada Kenayık Köyü'nden Mehmed bin Ebûdderdâ, babasının yirmi senedir tasarruf ettiği ve ölümünden sonra *intikâl-i adi* ile kendisine geçen tarlanın yine aynı köyden El-Hac Ali bin Mehmed tarafından zabt edildiğini iddia etmiştir. Durum Ali'ye sorulduğunda, o tarlanın Mehmed'e babasından geçtiğini, ancak babanın ölümünden sonraki dört yıl içinde Mehmed'in tarlayla uğraşmadığını (*ziraata râgıb olmayub*) ve bunun üzerine *boz ve hâli* kalan tarlayı, köyün zabiti Osman Ağa'dan tapuya aldığını ve sekiz yıldır kullandığını belirterek zabt iddiasını reddetmiştir. Durum Mehmed'e sorulduğunda inkâr etmiş, bunun üzerine El-Hac Ali'den delil sorulmuştur. O da *udûl-ı müsliminden* iki şahidi huzura çıkarmış ve şahitler olayın Ali'nin anlattığı şekilde cereyan ettiğine dair beyanda bulunmuşlardır. Mahkeme şahitleri kabul etmiş ve Mehmed'in muarazadan menine karar vermiştir. Bu belge 23 Şubat 1700 (H. 4 Ramazan 1111) tarihinde kayda geçmiştir.[151]

Miras ve/veya intikâl haricinde belgelerde karşılaşılan ikinci bir mesele, ferağ yoluyla yapılan devrin davacı veya davalı tarafından bilinmediği/bilmezden gelindiği örneklerdir. Yüzyıl başından bir belgede Sam Mezrası'nda bir arazinin kime ait olduğu[152] değerlendirilmiştir. Davacı Hacı İsa, Hacı Şaban'ı, Mustafa'dan ferağ yoluyla aldığı, karşılığında Ayntab'da Boyacı Mahallesi'nden evini verdiği üç adet arazinin kullanımına engel olmakla suçlamaktadır. Hacı İsa'nın ağzından kaleme alınan iddiaya göre, bahsi geçen araziler Musa isimli birinden oğlu Şeyh Himmet Dede'ye intikâl etmiş ancak o da ölünce araziyi İsa oğlu Mustafa "tapuyla" almıştır. Hacı Şaban cevabında, arazileri Mustafa'nın tapuladığını bildiğini, ancak Hacı İsa'nın aldığına dair bilgisinin olmadığını ifade etmiştir. Hacı İsa'nın iddiasını udûlden olduğu belirtilen üç şahit

---

150 Tezde "*boz*" kelimesi "*yoz*", "*bağ*" kelimesi "*bana*" şeklinde yazılmıştır. Bkz. BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 10-11; Atasoy, 2022, s. 39-40.

151 Atasoy, 2022, s. 443-444.

152 Belgenin kendi kayıt tarihi yoktur, ancak üzerinde 28 Ocak 1604 (H. 25 Şaban 1012) tarihi atılmıştır. Taşdemir, 2021, s. 274.

doğrulamıştır.[153] Burada kanıtlanması gereken ferağ sözleşmesinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu sözleşmenin ikili ayağı gereği Mustafa'nın araziyi sâhib-i arzdan tefvîz etmiş olması beklenir ancak bu mesele mahkemede tartışılmamıştır.

Bir diğer benzer örnekte, Ammu Mahallesi'nden El-Hac Mahmud bin Pircân Molla Abdullah bin Mehmed ve Molla Mustafa bin Murad'a dava açmıştır. 27 Mart 1698 (H. 15 Ramazan 1109) tarihinde kayda geçen bu davanın konusu miri bir arazinin 1/3 hissesine dairdir.[154] Bu tarlanın 1/3'ü Mahmud'un ifadesine göre Ali Ağa'nın diğer bir hissesi kızkardeşi Emine Hatun'undur. Ali Ağa beş yıl önce hissesini Mehmed Beşe ibn Mustafa'ya ferağ ve tefvîz etmiş, diğer bir 1/3 payı da Mahmud'a devretmiştir. Ancak Mahmud köye dönünce davacı olduğu iki kişinin araziyi işgal ettiğini görmüştür. Abdullah ve Mustafa ise hissenin Ali Ağa'ya ait olduğunu bildiklerini, ancak Mahmud'un durumundan haberdar olmadıklarına dair cevap vermişlerdir. Bunun üzerine Mahmud'dan delil sorulmuş o da udûl-i müsliminden iki şahit göstermiştir. Şahitler Mahmud'un ifadesini doğrulamış, mahkeme de Molla Abdullah ve Molla Mustafa'nın müdahalesine son vermiştir. Bu olayın ilginç bir tarafı daha mevcuttur: Mahmud'un kendi hissesini bu iki kişiye yirmi guruşa sâhib-i arz izniyle devretmiş olduğu da kararın sonunda aynı belgede kayda geçmiştir.[155] Buradan, Mahmud'un kendi payından yararlanmak yerine, onu hâli hazırda malın hisselerini devralmış kişilere devretmeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Olayın sulhle çözülmemesine rağmen sonrasında tarafların böyle bir "alışveriş" yapmaları ilgi çekicidir; belki de dava sırasında Mahmud ikna edilmiş olabilir.

Bu örnekler üzerinden birkaç ön sonuca ulaşmak gerekirse, yüzyıl boyunca boş kalıp işletilemeyen arazilerin sâhib-i arz tarafından tefvîzine bağlı sorunların sürdüğü söylenebilir. Bu durumda davacı taraf, ya arazinin üzerinde hiçbir hakkı olmadığı, ya da bu hakkı zamanında kullanmadığı için davasını kaybetmiştir. Belgelerin hiçbirinde mahkemeye temessük ibraz edilmemiştir. Bu eksiklik bu olaylar özelinde herhangi bir temessük belgesinin de alınmamış olduğu şeklinde yorumlanabilir mi? Böyle bir belge mevcut olsaydı davacı veya davalı taraf en azından bunu ibraz etmeyi düşünebilirdi. Bu durum haksız zabt/itham kadar belgenin kaybolmasına veya zarar görmesine dayanabilir. Pek çok örnekte uzun süredir tasarruf edilen arazi hakkında dava açıldığı da dikkati çeker. Öte yandan Huri ve Ahmed'in davasında olduğu gibi, "usulden red" verilen pek çok davanın da varlığı, temessük ibrazına mahal bırakmamaktadır.

B. TEMESSÜKÜN KARARLARA ETKİSİ

Bu bölümdeki belgelerde taraflardan biri mahkemeye temessük ibraz etmiştir. Kâdının verdiği kararı ise yalnız temessüke dayanarak değil, taraf yemini veya belgenin içeriğinin ikrar ya da iki şahitle doğrulanması gibi üç temel delile dayanarak alınmıştır. Dolayısıyla, İslam-Osmanlı hukukunda en önemli ve şüpheye yer bırakmayan ispat aracı olarak şahitlerin ve ikrarın geçerli olduğu kuralı, bu davalarda da takip edilmiştir denebilir.

---

153 Taşdemir, 2021, s. 274.

154 Çiftçi, 2017, s. 108-110

155 Çiftçi, 2017, s. 108-110

Alineccar Mahallesi'nden El-Hac Mansur ile Hamza arasında büyük bir ihtimalle 5 Mayıs 1619 (H. 20 Cemaziyelevvel 1028) tarihinde kayda geçen olayda ise El-Hac Mansur, Emin Dede yakınındaki toprağın kendi mülkü olduğunu ancak içinde ceviz ağaçlarını Hamza'nın kestiğini ve arazisini zabt ettiğini belirtmiştir. Hamza ise cevabında arazinin kendi tapuya alınmış mülkü olduğunu ve yirmi senedir araziyi kullandığını belirtmiş; buna dair eski Ayntab Sancak Beyi Mehmet Bey'in mührünü taşıyan tapu tezkeresini ibraz etmiştir. Kâdı 27 Eylül-6 Ekim 1612 (H. Evail-i Şaban 1021) tarihli bu belgenin içeriğini kontrol ettikten sona Mansur'a delil sormuş ancak o delil gösterememiştir. Bunun üzerine Hamza'ya yemin teklif edilmiş ve mesele bu şekilde kayda geçmiştir.[156] Bu örnekte de El-Hac Mansur hakkında açık bir men kararı verilmemiştir; ancak yemin, yukarıda zikredildiği üzere İslam hukukunda ispat şartlarından biri olduğu için, Hamza'nın yemin etmesiyle mesele muhtemelen Mansur aleyhine kapanmıştır.

Toprağın belli bir süre boş kalması, yüzyıl sonunda halen dolaylı da olsa çekişmeye sebep olmaktadır. El-Hac Mehmed bin İbrahim ile Ebubekir bin Mustafa'nın 9-19 Kasım 1684 (Evail-i Zilhicce 1095) tarihinde kayda geçen davasında yine boş kalan bir arazinin tapuya verildiği görülmektedir.[157] Mehmed'in iddiasına göre dava konusu tarla bir zamanlar Osman'ın elindeyken on beş yıl boyunca işlenmemiş, kendisi de Osman'dan araziyi köyün zabitinin iznini alarak ferağ etmiştir, ancak Ebubekir tarlaya tohum ekmeye devam etmektedir. Mezkûr Osman huzurdadır; ayrıca Mehmed iddiasına göre zabit Mehmed Ağa'dan bir temessük almıştır. Ebubekir ise tarlanın yirmi beş yıldır kendi tasarrufunda olduğuu ve Osman'ın ariyet yoluyla toprağı işlediğini, ancak on beş yıldır Osman'ın bu işi artık gücü yetmediği için üstlenemediğini, buna nedenle o yıl kendisinin tohum ektiğini beyan etmiştir. Davada kâdı Mehmed'in temessükünden ziyade yine on beş yıllık süre nedeniyle Ebubekir'in bu iddiasını dinlenemeyeceğine karar almış ve Ebubekir "*kasr-ı yed*" edilmiştir.[158] Osman'ın mahkemedeki varlığı yine ilgi çekicidir, kendisi tanık olarak dinlenmemiştir ancak kayıtta yazmasa dahi Osman'a bu konuda soru sorulmuş olabilir.

Süre meselesi bir diğer davada daha etkili olmuştur. Hayık-Müslüman Mahallesi'nden Ebubekir bin Mehmed ile Ahmed bin Mehmed arasındaki davada konu, Lohan Köyü'nde boş bırakılmış bir bağ arsası hakkında çekişmedir.[159] Ebubekir'in iddiasına göre köyde üzerinde bağ kütüğü dikili arsasını Ahmed işgal etmiştir. Ahmed ise söz konusu arsanın on yılı aşkın süredir boz kaldığını, bu nedenle köyün sipahisine bir faydası olmadığını[160] ve sipahi Halil Ağa tarafından tapuya verildiğini belirtmiştir. Sipahi Ahmed'den resm-i tapuyu almış ve Ahmed'e temessük vermiştir. Altı yıldır Ahmed araziyi kullanmaktadır. Ahmed ayrıca temessükü mahkemeye ibraz etmiştir. Bunun üzerine tekrar Ebubekir'e sorulmuş o da bağın harap olduğunu ve Ahmed'in zabt ettiğini kabul etmiştir.

---

156 Kılıç, 2022, s. 129.

157 Aksoy, 2018, s. 95-96.

158 "*müddeî mezbûr el-Hâc Mehmed'in yedinde olan tapu temessükü ile zikr olunan tarlaya müstahak olup on beş sene mürûrundan sonra mezbûr Ebubekir'in müddeâsı lağv-i mahz olmağın zikr olunan tarladan merkûm Ebubekir'in kasr-ı yedine*", Çiftçi, s. 96.

159 Güvenç, 2015, s. 109-110.

160 Tezde yazan "*mahdud-ı mezkûrın benden*" ifadesi "*mahdud-ı mezkûr on yıldır*", "*sipahisinden bir hibe*" ifadesi "*sipahisinden bir habbe*" şeklinde düzeltilmelidir. Krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4849 vr 172; Güvenç, 2015, s. 109-110.

Ebubekir'in itirafından sonra "*bila özr-i şer'iyye on [yıl] mürur iden arazi davasının istimaı memnû*"dur[161] kuralı tekrar edilmiş ve karar bu şekilde alınmıştır. 7 Ağustos 1696 (H. 8 Muharrem 1080) tarihinde kayda geçen bu olayda büyük bir ihtimalle temessükün ibraz edilmesi Ebubekir'in itirafında etkili olmuştur.

Yine yüzyıl sonunda Küçük Arab Köyü'nden Hasan bin Halil ile Halil bin Himmet'in arasındaki davada ise aynı köyde bir tarla dava konusu olmuştur. [162] Hasan'ın ağzından yazılan iddiaya göre tarla Süleyman ile ortak tasarrufundadır (*meşaen ve müşterek zabt ve tasarrufumda iken*). Ancak Halil, Hasan'ın payını zabt etmektedir. İddialara karşı Halil, tarlanın Hasan ve Süleyman'ın ortak malı olduğunu bildiğini ancak üç yılı aşkın zamandır tarlayı boz ve hâli bıraktıklarını zikretmiştir. Cevabın devamında Halil, bu nedenle karye zabiti Mehmed Bey'in durumu Hasan ve Süleyman'a bildirdiğini, ancak Süleyman kabul ve *tecdid-i temessük*[163] ederken Hasan'ın bunu yapmadığı belirtmiştir. Bunun üzerine Mehmed Bey Hasan'ın hissesini kanun üzere Halil'e tapuya vermiş[164] ve ayrıca Halil'e temessük vermiştir. Bu şekilde iddiaları def eden Halil'in ifadesinden sonra mesele karşı tarafa sorulmuş ve akabinde (*gıbbe'l-istintak*[165]) Hasan tarlanın üç yıl boş kaldığını, Mehmet Bey'in bunu kendisine bildirdiğini ancak kendisinin kabul etmediğini itiraf etmiş, böylece 4-12 Mart 1698 (Evahir-i Şaban 1109) tarihinde kayda geçen belgede açık bir biçimde Hasan'ın muarazadan men edilmesine karar verilmiştir.[166] Bu belgede temessük metnine bakıldığı özel olarak zikredilmemiştir, ayrıca tanık da çağrılmamıştır. Tarafların beyanı üzerinden Hasan'ın itirafa ikna edilmesi gerekmiş olabilir. Ayrıca boş kalan araziyi zabitin –ki burada kendisi sâhib-i arzdır- öncelikle eski sahiplere teklif ettiği anlaşılmaktadır; bu eski hak sahiplerinden "*tecdid-i temessük*" yolu ile sâhib-i arz tekrar tapu bedeli almıştır.

Bazı davalarda ise temessükün varlığından bahsedilmiş, ancak belge mahkemeye ibraz edilmemiş ya da en azından buna dair bir ifade kayda geçmemiştir. Bu tip davalarda şahitler hak talebinde bulunan veya savunma yapan kişinin bir temessük aldığına dair şahitlik etmiştir. Es-Seyyid Mustafa bin Osman ile Seyyid Hüseyin bin Mustafa arasındaki davada bir tarlanın kime ait olduğu sorun teşkil etmiştir. Mustafa bin Osman'ın iddiasına göre tarla beş yıl boş kalmış ve kendisi tarlayı köyün mültezimi[167] El-Hac İmam Hüseyin'den 1694/1695 (H. 1106) yılında kanuna göre tapu ile almış *yedime hat ve hatemini hâvi temessük virmekle* tarlayı iki yıl kullanmıştır. Ancak Seyyid Hüseyin, tarlanın kendisine babasından kaldığı iddiasıyla Seyyid Mustafa'nın araziyi kullanmasına engel olmaktadır. Mustafa bu konuda bir fetva ibraz etmiştir: "*...mazmun-ı münifinde Zeyd taht-ı tasarrufunda olan arz-ı emiriyeyi üç seneden ziyade hâli ve*

---

161 Bu ifade tezde "*ona mürur iden araziden ovasını*" şeklindedir. Asıl belgede "*yıl*" kelimesinin kullanılmamış olması muhtemelen karışıklık yaratmıştır. krş. BOA.MŞH.ŞSC.d 4849 vr 172; Güvenç, 2015, s. 109-110.

162 Çiftçi, 2017, s. 105

163 "*tecdid*" kelimesi tezde atlanmıştır. krş. BOA, MŞH.ŞSC.d.4853 vr. 51; Çiftçi, 2017, s. 105.

164 Kelime tezde eksiktir. krş. BOA, MŞH.ŞSC.d.4853 vr. 51, Çiftçi, 2017, s. 105.

165 Tezde "*gıbbe't-tasdik*" yazılmıştır. krş. BOA, MŞH.ŞSC.d.4853 vr. 51, Çiftçi, 2017, s. 105.

166 Çiftçi, 2017, s. 105

167 Mültezim, iltizam uygulamasıyla, yani tür açık arttırma ile vergi kaynaklarını bir ila üç yıl arası devletten devralmaktadır. Bu usul, 17. yüzyıldan önce mevcuttur, ancak aslen 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Osmanlı Devleti'nin yaşadığı malî sorunlar sebebiyle giderek yaygınlaşmıştır. Cin/Akyılmaz, 1995, s. 340-341.

muattal idüb tapuya müstehak olıcak Amr sâhib-i arzdan tapu ile alub tasarruf iderken Zeyd 'Mukaddemâ ben tasarruf iderdim' deyû Amr'ın yedinden almak kadir olur mı cevab ba savabında olmaz..."[168] Mesele Seyyid Hüseyin sorulmuş, o da iddiasını tekrar etmiştir. Buna karşın iki şahit Seyyid Mustafa'nın El-Hac İmam Hüseyin'den tapuyla araziyi ve arazinin temessükünü aldığına dair beyan vermiştir. Böylece Hüseyin'in müdahalesine son verilmiştir.[169] Bu örnek özelinde sâhib-i arz artık mültezimdir. Bu kişinin aynı zamanda imam unvanını haiz olması da mültezimlerin sosyo-ekonomik kökenleri bakımından önem ihtiva etmektedir.

Karşı tarafın ikrarıyla sonuçlanan bir diğer örnek, İncesu Köyü'nden El-Hac Ali bin Mehmed ile Mustafa bin Mehmed arasındaki davadır.[170] Davaya konu olan arazi aynı köyden vefat ettiği anlaşılan Solak Mehmed'in tasarruf ettiği on adet tarladır. Ali bin Mehmed, Solak Mehmed'den sâhib-i arz aracılığıyla mevzubahis araziyi tefvîz ve tefevvüz ettiğini belirtmiş ancak Mustafa'nın araziyi haksız işgal ettiğini ve durumun soruşturulmasını talep etmiştir. Mustafa cevabında, Solak Mehmed'in araziyi Ali bin Mehmed'den tefvîz ettiğini bildiği yönünde ifade vermiştir. Ancak belgede Mustafa'nın ağzından kaleme alınan "*tefvîz ve tefevvüz marifet-i sâhib-i arz ile olduğundan ma'ada*" ifadesi, Ali'nin bu işleminin izinsiz olduğunu belirtecek şekilde kaleme alınmıştır. Buna ek olarak Mustafa, Solak Mehmed'in çocuksuz vefat ettiğini ve bu nedenle köyün sipahisi Kasım Ağa'nın 1698-1699 (H. 1110) tarihinde araziyi kendisine kanuna uygun biçimde tefvîz ettiğini ve temessük de verdiğini[171], araziyi buna dayanarak zabt ettiğini belirtmiş, temessükü mahkemeye ibraz etmiştir. Mahkemede temessükün okunduğu ve içeriğinin açıklamalara uygun olduğu (*bi'l-muvâcehe kıraat oldukdan sonra mazmunı min külli'l-vücuh takrir-i meşrûhesine mutabık bulundukda*) kayda geçmiştir. Tüm bunların üzerine El-Hac Ali kendi yaptığı tefvîz ve tefevvüz işleminde sâhib-i arz iznini almadığını ve Kasım Ağa'nın araziyi *kanun-ı sultani üzere* tapuya verdiğini itiraf etmiş, 15 Aralık 1699 (22 Cemaziyülahire 1111) kayda geçen belgede muarazadan menine yönelik bir karar düzenlenmiştir.[172]

Benzer bir şekilde temessükün kâdıya ibraz edilmesi yine ikrar ve itiraf ile sonuçlanmıştır. Bu sefer Nurvane Köyü'nden Ali Kaya bin Hüseyin aynı köyden El-Hac Ali bin Abdulkadir'i babasından kendisine intikâl-i adi ile intikâl etmesi gereken *bir kıta deştî bağ arsas*ını işgal edip bağ dikmekle suçlamaktadır.[173] Buna karşın Ali söz konusu arsanın otuz yılı aşkın süredir boz ve hâli kaldığını[174] ve tapuya müstehak olduğunu, kendisinin de 1693/1694 (H. 1105) yılında köyün zabitleri olan Okçuzade Mustafa Ağa ve Yusuf Ağa'dan *kanun üzere* tapuya aldığını ve zabitlerin ona "*hat ve hatemlerini havi tapu temessükü*" verdiğini ifade etmiş, sonrasında da bağ diktiğini kabul etmiştir. Ali ayrıca temessükü de mahkemeye ibraz etmiştir. Bunun üzerine Ali Kaya'ya durum sorulmuş o da meselenin aslen bu şekilde gerçekleştiğini itiraf etmiştir. Arazi otuz yıl boz

---

168 Demirci, 2017, s. 219.

169 Demirci, 2017, s. 219.

170 Atasoy, 2022, s. 317-318.

171 Bu belgede de bazı kelimeler eksiktir; örneğin "*tefvîz ve tefevvüz"* yerine "*tefvîz ve tefviz"*, "*müstehakk-ı tapu*" yerine "*müstehakk-ı tayi (?)*" yazmaktadır. Krş.BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 155; Atasoy, 2022, s. 317-318.

172 Tezde 21 olarak geçmektedir. Krş.BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 155; Atasoy, 2022, s. 317-318.

173 Atasoy, 2022, s. 424-425.

174 Tezde "*yoz*" okunmuştur. BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 212; Atasoy, 2022, s. 424-425.

kalmış, Ali Kaya *ziraata ragıbe* olmadığı için tapuya verilmiştir. Böylece muarazadan men kararı 10 Şubat 1700 (H. 20 Şaban 1111) tarihinde kayda geçmiştir.

Temessükün ibrazına karşın, içeriğin tanık ile kanıtlandığı vakalardan birinde, bu sefer hayli büyük bir arazinin tefvîzi çekişme konusu olmuştur. Dört davacı, Memi, Ebubekir, Mustafa ve Maksud, Hüseyin Ağa'yı Burç Nahiyesi'ne bağlı Sandul köyünün tamamını kullanmak ve kendi tasarruflarına engel olmakla itham etmiştirler.[175] Hüseyin Ağa cevabında bahsi geçen köyün reaya tarafından terk edildiğini ve on yıldır boş kaldığını; köyden tahsil edilmesi gereken avarız ve nüzul gibi vergilerin de şehre yansıtıldığını (*hanesi vilayete tahmil*) ifade ederek, kardeşi Mehmed Bey'in beş yıl önce köyün toprağını sipahiler[176] olan Mehmed Çavuş, Ahmed Ağa ve Abdi Bey'den tapu ödeyerek aldığını ve kendisine üç adet temessük verildiğini ifade etmiştir. Bahsi geçen belgeler mahkemeye ibraz edilip içerikleri kontrol edilmiş, ek olarak köyden şahit de getirilmiştir Buun üzerine davacıların müdahalesi men edilmiştir. 28 Ocak-7 Şubat 1655 (H. Evahir Rebiyülevvel 1065) tarihli bu belgedeki dikkate çekici taraflardan ilki, köyün tamamının tefvîz edilmesi, ikincisi ise bu konuda üç sipahiden üç temessük alınmasıdır.[177] Hüseyin Bey'in erkek kardeşinin sağ olduğu ve onu temsilen mahkemede bulunduğu düşünülebilir, zira Mehmed Bey hakkında müteveffa ifadesi kullanılmamıştır. Ancak Hüseyin Bey'in vekaleten huzurda bulunduğuna dair de özel bir ifade yoktur. Muhtemelen kardeşiyle birlikte köyü ihya etmişler yani yeniden reayanın yerleşmesini sağlamış olmalıdırlar. Bu olayda köyün daha büyük bir çiftliğin bir parçası haline gelmiş olması ihtimali de düşünülebilir. Köyün avarız hanesi olması, boşaldığı için oradan alınacak vergilerin şehre yansıtılmasına sebep olmuştur. Bilindiği üzere avarız vergisi, Osmanlı İmparatorluğu'nda düzensiz vergilerden biri olup birden fazla hanenin birleşmesiyle tek bir avarız hanesi oluşturulmuştur. Bu nedenle avarız hanesi içindeki hane sayısının düşmesi, vergi yükünü çoğaltmaktadır.[178]

Bir sonraki belgenin kendi bağımsız tarihi atılmamıştır.[179] Ancak önceki ve sonraki belgelerin tarihinden 1700 yılının Mart ayı içinde düzenlendiği tahmin edilebilir.[180] Bu olayda davalı taraf suçlamalar üzerine temessük ibraz etmiş ve ayrıca cevabının doğru olduğuna dair şahit de göstermiştir. Saylıca Köyü'nden Mehmed ve Hüseyin isimli iki kardeş, köyde babalarından kalma "*beş keyl bezir [tohum, yazarın notu] istiab eder*" bir tarlayı davacı oldukları Hüseyin bin Hızır ile birlikte *hasılında şeriki olmak üzere* tasarruf ettiklerini[181] ancak, Hüseyin'in bu tarlanın *üç kile bezir istiab ider* kısmını kendine ait zannederek zabt ettiğini iddia etmişlerdir. Hüseyin ise cevabında tarlanın Mehmed ve Hüseyin'e intikâl ettiğini kabul etmiş, ancak kardeşlerin tarlayı beş yıldır boş bıraktıklarını ve tarlanın

---

175 . "*...çift koyub cümle toprağını ziraat ve hıraset edip bizim tasarrufumuza mani olur*" Söylemez, 2021, s. 202.

176 Tezde bostancı olarak yazılmıştır. Krş. BOA.MŞH.ŞSC.d.4828 vr 88.

177 Söylemez, 2021, s. 202.

178 Mustafa Öztürk, "Osmanlı Döneminde Antep'in İktisadî Vaziyeti", Gaziantep Üniversitesi Ayıntâb Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 1, 2022, s. 16-17.

179 Atasoy, 2022, s. 466-467.

180 Önceki belge Evahir-i Ramazan 1111, sonraki belge ise 20 Ramazan 1111 tarihlidir. BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 235; BOA, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 237.

181 Tezde *iştiraka raiyet itmeyüb* şeklinde yazılmış kısım, *iştirakla ziraat etmiştik* olmalıdır. Bkz. Krş, MŞH.ŞSC.d. 4854 vr 231; Atasoy, 2022, s. 466-467.

müstehakk-ı tapu olduğunu, kendisinin de *tahminen üç keyl tohum alır tarlayı* huzurda bulunan köy zabiti Mehmed Ağa'dan aldığını ve zabitin kendi adına temessük düzenlendiğini belirtmiş, temessükü mahkemeye ibraz etmiştir. Bunun üzerine durum karşı tarafa sorulmuş, onlar inkâr edince Hüseyin'den delil talep edilmiştir. Hüseyin de *udûl-ı müsliminden* iki şahidini dinletmiş, şahitler anlatıldığı üzere tarlaların beş yıl boş kaldığını ve Hüseyin'in Mehmed Ağa'dan üç keyl kısım karşılığında temessük aldığını doğrulamıştır.[182] Bu örnekte davacılar arada hasılat ortaklığı olduğunu iddia eder ve tarlanın kapasitesini (eğer kâtip hata yapmadıysa) "*beş keyl tohum*" olarak söylerken davalı Hüseyin ortaklık konusunda herhangi bir şey söylememiş ve tarlanın kapasitesinin "*üç keyl*" olduğunu belirtmiştir. Ancak bu tarla, sicilde verilen bilgiye göre, Mehmed ve Hüseyin'in ortak başka bir tarlasıyla sınır komşusudur. Belgede verilen önemli bir bilgi, temessükü düzenleyen Mehmed Ağa'nın huzurda olmasıdır. Ancak temessükün kanıtlanması için sözlü tanık aranmıştır ve Mehmed Ağa'nın tanık olarak dinlenmesi söz konusu değildir.

Bazı belgelerde ise iki farklı temessük (iddiası) söz konusudur. İlk örnekte Ali bin İskender ile Halil Bin Yakub arasındaki meselede Halil, babasına ait arazinin Ali tarafından hukuka aykırı olarak tutulduğunu iddia etmektedir. Ali'ye durum sorulduğunda Ali, bir zamanlar Halil'in babası Yakub'a ait bu arazilerin Yakub'un ölümünden sonra dört yıl hâli ve harabe olduğunu, kendisinin araziyi köyün zabiti El-Hac Süleyman'dan 26 Nisan-10 Mayıs 1618 (H. Evail Cemaziyülevvel 1027) tarihinde tapu tezkeresi ile aldığını belirtmiştir. Tezkere ibraz edilince üzerinde El-Hac Süleyman'ın mührü olduğu görülmüş, bunun üzerine Halil toprağı kendisinin de tapuyla aldığını ve tezkeresi olduğunu, kendisine süre verilmesini talep etmiştir. Ancak süre içinde tezkere getiremediği için Ali'nin tezkeresine göre karar verilmiş ve Halil'in talepleri reddedilmiştir.[183] Diğer iki örnekten farklı olarak, burada ispat edilemeyen ikinci bir tezkere iddiası vardır.

İkinci örnekte Güllüce[184] Köyü'nden Mirza bin Cafer ile Ahmed Bey bin Bektaş arasındaki davada, köye yakın Dimos-ı Ayntab Mukataası'na bağlı Avuncuk Mezrası'nda bir tarlanın tasarrufuna dair çekişme mevcuttur. Mirza bin Cafer, bir süredir tarlayı ihya ettiğini belirtmiştir. Tarlanın tapu ile dağıtılacağı zamana kadar bu araziyle ilgilendiğini (*tapuya müstehak olduğu zaman da tatil etmediği*) iddia eden Mirza, bu fiiline dayanarak, mukataa zabiti Hacı Hasan Ağa'dan tapu tezkeresi aldığını ve araziyi ziraat etmeyi sürdürdüğünü, ancak Ahmed Bey'in işine karıştığını iddia etmiştir. Mirza fetva ve tapunameyi de mahkemeye sunmuştur. Fetva ve tapunamenin okunduğu kayda geçip Ahmed Bey'e durum sorulmuştur. O da arazinin Mirza'nın tasarrufunda olduğunu kabul etmiş; ancak daha önce iki sene boş kaldığı için kendisinin mukataa emini olan Mustafa Ağa'dan tapu tezkeresi aldığını fakat henüz tarlaya el atmadığı için Hasan Ağa tarafından hazırlanmış daha geç tarihli tezkerenin de Mirza'ya verildiğini söylemiştir. Kendi tezkeresi daha erken tarihlidir. Neticede Ahmed Bey'in iddiasının *bî vech* olduğu gerekçesiyle muarazadan menine karar verildiği 9 Nisan 1683 (H. 11 Rebiyülahir 1094) tarihinde kaydedilmiştir.[185] Önceki tarihli

---

182 Atasoy, 2022, s. 466-467.

183 Arıkan, 2017, s. 118-119.

184 Tezde Güllü krş. BOA.MŞH.ŞSC.d. 4839 vr 69; Aksoy, 2018, s. 219-220.

185 Aksoy, 2018, s. 219-220.

tezkerenin sonrakine üstün olması bir kuraldır.[186] Bu örnek özelinde Ahmed Bey toprak ile ilgilenmediği için yeni bir tezkere düzenlenmiş olmalıdır. Ancak, Ahmed'in ne kadar bir süre toprağa el atmadığının bilgisi yer almamaktadır. Ahmed tezkereyi almadan önce Mirza'nın toprağı kullandığını da kabul etmiştir.

Uygulamada her zaman temessük alınmamış olabileceğini gösteren bir örnek, Beylerbeyi Köyü'nde El-Hac Cuma bin Ali ile aynı köyden Mustafa bin Musa Bereketsiz isimli iki kişinin bir mezradaki tarlanın hakk-ı kararı ve tasarrufu üzerindeki davalarıdır. Bu davanın ilginç tarafı, bizatihi izinsiz devri gerçekleştiren mutasarrıfın şikâyetçi olmasıdır. Araziyi kardeşi El-Hac Ahmed ile iştirak üzere tasarruf ettiğini iddia eden Cuma, Mustafa'ya sipahiden izinsz 50 kuruşa tarlayı ferağ ve tefvîz ettiğini Mustafa'nın da tarlayı Es-Seyyid Mikdat Çelebi'ye ferağ ve tefvîz ettiğini ancak tefvîzin geçerli olmadığını iddia etmektedir. Mustafa ve Mikdat Çelebi cevaplarında tefvîzin gerçekleştiğini ancak sâhib-i arzın izninin mevcut olmadığını ve henüz tapu temessükü almadıklarını itiraf edince, kâdı kanuna göre "*arazide izn-i sipahi olmadıkca tefvîz ve tefevvüz sahih olmamağın*" kuralını dikkate alarak Mikdad ve Mustafa'nın kasr-i yeddine karar vermiş, bu belge 2-12 Eylül 1683 (H. Evasıt-ı Ramazan 1094) tarihinde kayda geçmiştir.[187] Devir ve onay arasında ne kadar vakit geçtiği belirsizdir; ancak Mustafa'nın da tarlayı başkasına ferağ etmiş olması en azından birkaç günlük süre olması gerektiğini düşündürmektedir. Cuma'nın vazgeçme sebebi de aynı derecede belirsizdir, belki sonradan bedeli az bulmuş ve bu hukukî gerekçeyi belirtmiş olabilir.

Bu örnekler üzerinden, Ayntab'da temessükün veya tezkerenin mahkemeye ibraz edildiği arazi davalarında, belgenin içeriğinin İslam usul hukukuna uygun bir biçimde şahitle veya karşı tarafın ikrarıyla onaylandıktan sonra kararın verildiği söylenebilir. Temessükün varlığı belki davalı tarafın ikrar etmesini kolaylaştırmış bir etken olabilir. Ancak, kâdının yalnız temessüke dayanarak karar verdiği bir örnek, bu çalışmada incelenen sicillerde görülmemiştir.

SONUÇ

Bu çalışmada incelenen olaylara benzer örneklerle, Osmanlı İmparatorluğu'nun farklı coğrafyalarında karşılaşılması mümkündür. O yüzden Ayntab şer'iyye sicilindeki örneklerin tamamen yerel olduğunu iddia etmek pek uygun olmaz. Öte yandan, tek bir şehir ve tek bir yüzyıla dair siciller üzerinden Osmanlı miri toprak rejimine dair genelleme yapmak da eşit derecede hatalı olur. Araştırmaya farklı belge tiplerinin (mühime, şikâyet defteri vb.) eklenmesiyle sonuçların farklı bir boyut kazanma ihtimalini de azımsamamak gerekir.

17. yüzyıl boyunca Ayntab'da, miri arazinin çeşitli sebeplerle boş kaldığı, akabinde tekrar üretime açıldığı ve bu konuda süregiden bir uygulamanın mevcut olduğu çalışmada incelenen olaylar üzerinde söylenebilir. Bu süreçte ortaya çıkabilecek sorunlar konusunda tapu temessükünün hak sahipleri

---

186 "*Mesele: Zeyd fevt oldukda yerlerin tapu ile virmek lâzım geldikde sâhib-i arzın vekili olan Amr-ı subaşı tapu ile Halid'e virüb Bikr bir gün sonra sâhib-i arzın kendinden tapulasa kangisine itibar olunur? El-cevab: Vekil asıl gibidir, çün kü Halid mukaddem tapulamışdır, Halid'in tapu namına itibar olunur, ketebe Pir Mehmed.*" Karagöz, 2010, s. 316.

187 Aksoy, 2018, s. 391-392

açısından önemli bir araç olduğu kesin olmakla beraber, bu konudaki tek araç olmadığı da açıktır. Nitekim, kâdı huzurunda temessük sahibi olan kişilerin, bu konuda ayrıca bir hüccet talep etmeleri, temessükün sınırlı bir etkisinin olduğunu gösteren unsurlardandır. Bu düşünceyi kuvvetli kılan ikinci bir unsur, arazinin tasarrufunu sâhib-i arzdan aldığını iddia eden kişilerin, buna dair her seferinde temessük ibraz etmemiş olmalarıdır. Arazi üzerindeki hakların sâhib-i arzdan tefviz yoluyla kazanımı, şahitlerin ifadesiyle doğrulanıp kayda geçirilmiştir. Bu durumun sebebi konusunda net bir sonuca ulaşmak mümkün olmasa da, belge kaybı/itlâfı, sâhib-i arzın iznini alıp belgeyi almamak ve haksız iddia gibi üç faktör öne çıkmaktadır.

Temessük, kâdı huzurunda bir delil olarak kullanılmış ancak içeriği bazı örneklerde tanık ile doğrulanmış, bazı örneklerde ise karşı taraf, büyük olasılıkla temessükün varlığı sayesinde meseleyi ikrar etmiş, böylece men kararı alınmıştır. Bu durum, aslında meselenin yine ikrar veya şahitle kanıtlanması anlamına gelir. Dolayısıyla, ikrar ve şahit gibi delillerin İslam-Osmanlı hukukundaki önemi, miri araziye dair bu davalarda bir kere daha açıkça görükmektedir. 17. yüzyıldaki hâliyle, tapu temessükünün karar açısından bağlayıcı olduğu tam anlamıyla söylenemez; bunun gerçekleşmesi için, belgenin içeriğinin çeşitli şekillerde kontrol edilmesi gerekmektedir. 19. yüzyılda yeknesaklaşan tapu belgelerinin benzeri davalarda nasıl bir kontrolden geçtiğini görmek, bu dönemde tasarrufun ispatı konusunda eski sistemin kalıntılarının olup olmadığı sorusuyla birlikte ayrı bir çalışmaya konu edilebilir.

Yüzyıl boyunca Ayntab'da tapu temessükünü düzenleyen sâhib-i arz, sipahi, bazen de yine tımar sisteminin bir parçası gibi gözüken köy zabitidir. Mültezimin ve mukataa emininin sâhib-i arz olduğu örnekler de mevcuttur. Aynı bölgede aynı dönemde mültezim, mütesellim, zabit ve sipahinin sâhib-i arz olabilmesi sırf Ayntab'a özgü olmamakla beraber, tımar sisteminden iltizam sistemine uzanan geçişin uzun bir sürece yayıldığına dair önemli bir göstergedir. Toprağı işleyen reayanın tefvîz, intikâl ve ferağ yoluyla el değiştirme sırasında kime başvurmaları gerektiği de bu süreçte önemli bir bilgi haline gelmektedir. Belgelerin bir kısmında sâhib-i arz statüsündeki kişiler kâdı huzurunda bulunmuşlardır. Buna karşın, doğrudan şahitlik etmedikleri veya ifadelerinin metinde geçmediği dikkati çekmektedir. Büyük bir ihtimalle, belgedeki imzanın kendilerine ait olduğu konusunda kayda geçmemiş, arka planda mevcut bir soruşturma, araştırma yapılmıştır. Son olarak sâhib-i arzın kimliği konusunda Tanzimat'a kadar süregiden bu çoklu yapının, tapu temessükü belgesinin düzenlenmesi sürecinde, bir kısmı mahkemeye aksettirilen bazı karışıklıklıklara sebep olması mümkündür.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivleri (BOA)

Gaziantep şer'iyye sicil defterleri

BOA.MŞH.ŞSC.d. 4814
BOA.MŞH.ŞSC.d. 4816
BOA.MŞH.ŞSC.d. 4828
BOA.MŞH.ŞSC.d. 4831
BOA.MŞH.ŞSC.d 4839
BOA.MŞH.ŞSC.d 4845
BOA.MŞH.ŞSC.d 4849
BOA.MŞH.ŞSC.d.4853
BOA.MŞH.ŞSC.d. 4854

Basılı Kaynaklar

Akgündüz A, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 2, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990.

Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri C. 3, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991.

"İlâm", TDV İA, C. 22, 2000, ss. 72-73.

Şeyhülislam Ebussuûd Efendi Fetvaları, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2018.

Aksoy P, "35 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/1682-1683) (s. 1-145)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018.

Ali Haydar Efendi, Şerh-i Cedid li Kanun-ı Arazi, A. Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, (H. 1321) 1903/1904.

Arıkan M, "12 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 105-204)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2017.

Atasoy Ö, "50 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1110-1111/M. 1698-1700), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2022.

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Aydın M, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Osmanlı Hukukuna Giriş Klasik Dönem, İsam Yayınları, İstanbul, 2023.

Aytekin E A, "Agrarian Relations, Property and Law: An Analysis of the Land Code of 1858 in the Ottoman Empire", Middle Eastern Studies, C. 45, S. 6, 2009, ss. 935-951.

Babanınoğlu Y, Mahbesten Hapishaneye Osmanlı'da Ayntab Hapishanesi, Aktif Yayınevi, İstanbul, 2021.

Bardakoğlu A, "İspat", TDV İA, C. 22, 2000, ss. 492-495.

Barkan Ö L, XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları, Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.

Türk Toprak Hukukuna Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi, Türkiye'de Toprak Meselesi, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, ss. 291-375.

Baş G, "35 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/1682-1683) (s. 146-288)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018.

Bayındır A, İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması, İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul, 1986.

Belk A, "10 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H. 1012-1014/M1603-1605) (S. 3-101)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Kilis, 2021.

Canbakal H, Society and Politics in an Ottoman Town, Ayntab in the 17th Century, Brill, Leiden, 2007.

Canpolat B, "27 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1076-1077/1666-1667)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021.

Cin H, "Arazi", TDV İA, C. 3, 1991, ss. 342-346.

Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1992.

Cin H /Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.

Cin H /Akyılmaz G, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1995.

Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2009.

Çiftçi B, "49 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Ensitütüsü Tarih Anabilim Dalı, Kahramanmaraş, 2017.

Demirci M A, "47 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Ensitütüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2017.

Demirtaş N, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Fetâva-yı Ali Efendi, Cilt-i Sani, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, 2014.

Düzdağ M E, Şeyhülislam Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Yüzyıl Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1983.

Ekinci E B, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2012, s. 385-386.

Türk Hukuk Tarihi, Arı Sanat, İstanbul, 2024.

Ergene B, "Evidence in Ottoman Courts: Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law," Journal of the American Oriental Society, C. 124, S. 3, 2006, ss. 471-92.

Erünsal İ E, "Osmanlı Mahkemelerinde Şahitler: Şuhûdü'l-udûlden Şuhûdü'l-hâle Geçiş", Osmanlı Araştırmaları, C. 54, 2018, s. 303-352.

Fendoğlu H T, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

Güvenç B, 45 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin 101.-200. Sayfalarının Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1107-1108/M. 1696/1697)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Kahramanmaraş, 2015.

Hallaq W B, Sharī'a: Theory, Practice, Transformations, Cambridge University Press, New York, 2009.

İnalcık H, "Köy, Köylü, İmparatorluk", Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, 2. Baskı, İstanbul, Eren Yayınevi, 1996, ss. 1-14.

"Islamization of Ottoman Laws on Land and Tax", Essays in Ottoman History, İstanbul, Eren Yayınevi, 1998, ss. 155-169.

Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ 1300-1600, çev. Ruşen Sezer, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2003.

Johansen B, "Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite," Contingency in a Sacred Law Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh, E.J. Brill, Leiden/Boston, 1999, ss. 435-445.

Karagöz F G, "The Evolution of Kanunname Writing in the 16th and 17th-Century Ottoman Empire: A Comparison of Kanun-i Osmanî of Bayezid II and Kanunname-i Cedid", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomik ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Ankara, 2010.

Kartal M, "20 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 137-270) H. 1060-1061/M. 1650-1651)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2014.

Kenanoğlu M M, 1858 Arazi Kanunnamesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerine Etkileri, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

"Miri Arazi", TDV İA, C. 30, 2020, ss. 157-160.

Kılıç E, 12 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 205-304)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2022,

Kılınç A, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Kurtoğlu Y, Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Kutval M D, “41 Numaralı Ayntab Şer‘iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1102-1104/M. 1690/1693)”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2018.

Kütükoğlu M, Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik), Kubbealtı Akademisi Kültür ve Sanat Vakfı, İstanbul, 1994.

“Temessük”, TDV İA, C. 40, 2011, ss. 413-414.

Minkov A, “Ottoman tapu title deeds in the eighteenth and nineteenth centuries: origin, typology and diplomatics”, Islamic Law and Society, C. 7, S. 1, 2000, ss. 1-29.

Moutafchieva V P, Agrarian Relations in the Ottoman Empire in the 15th and 16th Centuries, Columbia University Press, New York, 1988.

Mundy M / Smith R S, Modern Devlete Giden Yolda Mülk Siyaseti Osmanlı Suriyesi’nde Yönetim ve Üretim, Çev. Süleyman Kızıltoprak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2013.

Özdeğer H, Onaltıncı Asırda Ayntab Livası Cilt 1, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1988.

“Gaziantep”, TDV İA, C. 13, 1996, ss. 466-469.

Oğuz M / Akgündüz A, “Hüccet”, TDV İA, C. 18, 1998, ss. 446-450.

Osmanlı’da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım, Çağlar Keyder (ed.) / Faruk Tabak (ed.), Çev. Zeynep Altok, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998.

Öz M, “Reaya”, TDV İA, C. 34, 2007, ss. 490-493.

Özoğlu S, “12 Numaralı Ayntab Şer‘iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1027-1028/M. 1618-1619 s. 303-397)”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021.

Öztürk M, “Osmanlı Döneminde Antep’in İktisadî Vaziyeti”, C. 5, S. 1, 2022, Gaziantep Üniversitesi Ayıntâb Araştırmaları Dergisi, ss. 1-45.

Pakalın M Z, Osmanlı Tarih Terimleri ve Deyimleri Sözlüğü C. 3, 2. Baskı, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1972.

Pehlivan B, “Law and Change: A Study of the Cultivation of Wasteland in the 16th-17th Century Ottoman Empire”, C. 14, S. 2, 2023, ss. 351-393.

Sultan, Reaya ve Hukuk: Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Tarım Topraklarının Mülkiyeti Sorunu”, İlahiyat, İstanbul, 2023.

Punar B, “Kanun and Sharia: Ottoman Land Law in Şeyhülislam Fatwas from Kanunname of Budin to the Kanunname-i Cedid”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, İstanbul, 2015.

Sofuoğlu H, “Osmanlı Yargılama Hukukunda Beyyine/Delil Hiyerarşisi”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 25-27 Ekim 2021, Ankara, 2021, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 1135-1146.

Söylemez Z, “24 Numaralı Ayntab Şer‘iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve değerlendirmesi (1064-1605)”, Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Gaziantep, 2021.

Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behçetü'l-Fetava, Süleyman Kaya vd. (haz.), Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011.

Tabakoğlu A, "Öşür", TDV İA, C. 34, 2007, ss. 101-103.

Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, Abdullah Sivridağ vd. (haz.), İstanbul, 2014.

Taşdemir T, "10 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1012-1014/M. 1603-1605) (101-203)", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Kilis, 2021.

Taylor M, Land and Legal Texts in the Early Modern Ottoman Empire: Harmonization, Property Rights and Sovereignty, Bloomsbury Publishing, Londra, 2023.

Üçok C /Mumcu A/ Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024.

Yarşı A, "45 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin İlk Yüz Sayfası Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1107/M. 1696), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Kilis, 2014, s. 60-61.

Yurtseven Y, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", C. 2, 2018, YBHD, ss. 85-140.

Zakariyah L, Legal maxims in Islamic criminal law: Theory and application, Brill, Leiden/Boston, 2015.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARINDA AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞININ SOSYAL HAKLAR BAĞLAMINDA DEĞİŞEN ROLÜ

The Changing Role of the European Union Citizenship Within the Context of Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice

Dr. Öğr. Üyesi Uğur KARA*

Öz: Avrupa Birliği vatandaşlığı kavramı 1992 yılında Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht) ile resmi olarak tanınmıştır. Birlik vatandaşlığı, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihadıyla işlevsel bir içerik kazanmıştır. Başlangıçta Divan, önüne gelen davaları Avrupa Birliği vatandaşlığı çerçevesinde ele alma konusunda isteksiz görünmüştür. Ancak, Adalet Divanı Hukuk Sözcülerinin güçlü görüşlerinin ardından Divan, tutumunu değiştirmiş ve yeni bir hat benimsemiştir. Böylece, Avrupa Birliği vatandaşlığı işlevsel bir içerik kazanmış ve bazı sosyal hakları da kapsar hale gelmiştir. Divan bazı kararlarında bir denge oluşturarak kavramın kapsamının genişlemesini engellemeye çalışsa da Avrupa Birliği vatandaşlığını güçlendirme eğilimi devam etmiştir. Bununla birlikte, Divan, 2014 yılından itibaren, bu genişleme eğilimini durdurarak primsiz sosyal yardımlara kolay erişimi engellemek amacıyla daha belirgin bir tutum benimsemiştir. Bu makalenin amacı, Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadında Avrupa Birliği vatandaşlığının hukuki evrimini ve Avrupa Birliği vatandaşlığının sosyal refah yardımları üzerindeki değişen etkilerini ortaya koymak ve analiz etmektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği vatandaşlığı, Avrupa Birliği Adalet Divanı, serbest dolaşım ve yerleşme hakkı, sosyal refah yardımları

Abstract: The concept of citizenship of the European Union was given formal recognition by the Treaty on European Union (Maastricht) in 1992. The concept gained a functional content through the case-law of the Court of Justice of the European Union. In the beginning, the Court appeared to be reluctant to handle the cases within the framework of the citizenship of the European Union. However, after the forceful opinions of its advocate generals the Court changed its position and adopted a new attitude. Since then, citizenship of the European Union has gained a functional content and later tended to cover some social rights. Even though the Court tried to stop broadening the scope of the concept by creating a balance in some of its judgments, the tendency of strengthening citizenship of the European Union remained. However, since 2014, the Court has adopted a more obvious attitude in order to prevent easy access to non-contributory social welfare benefits by stopping this expansionary tendency. The aim of this article is to demonstrate and analyse the legal evolution of the citizenship of the European Union in the case-law of the Court of Justice of the European Union and the changing effects of the European Union citizenship on social welfare benefits.

Keywords: Citizenship of the European Union, Court of Justice of the European Union, right to move freely and reside, social welfare benefits

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ugurkara@anadolu.edu.tr
ORCID: 0009-0002-7943-7901 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676781
Makale Geliş Tarihi: 27.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 13.03.2025

GİRİŞ

Temel sütunları 18 Nisan 1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşması ve aynı tarihli Avrupa Atom Topluluğu Antlaşması ile şekillenen Avrupa Toplulukları, 1987'de yürürlüğe giren ve ekonomi dışı alanları da kapsayan Avrupa Tek Senedi ve nihayet 1993'te yürürlüğe giren 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği'ne dönüşmüştür.[1] Avrupa Birliği'nin ana sütununu oluşturan Avrupa Ekonomik Topluluğu, ortak gümrük siyaseti, sermayenin ve işgücünün serbest dolaşımı, ortak tarım ve ulaştırma politikaları uygulamak gibi ekonomik hedefleri öncelemiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu yapılanması ve bu yapılanma bünyesinde öne çıkan ekonomik öncelikler, kapitalizmin Avrupa'da II. Dünya Savaşı sonrasında başlayan görkemli genişleme dalgasıyla uyum arz etmiştir. Maastricht Antlaşması, Avrupa Toplulukları'nı oluşturan ilk üç sözleşmenin yanı sıra, ortak dış politika ve savunma politikası ve adalet ve içişlerinde iş birliği ile üç ayaklı bir yapı kurmuş, aynı antlaşmayla Avrupa Birliği (AB) vatandaşlığı getirilmiştir.[2]

AB vatandaşlığı, vatandaşlığı bir ulusa mensubiyet olarak ele alan egemen vatandaşlık anlayışından farklı olarak, vatandaşlık için "yeni bir post-ulusal model" olarak tanımlanmış,[3] özellikle getirdiği siyasal haklar düşünüldüğünde, halkın yabancı unsurlara karşı ayrılmaz bir bütün oluşturduğu savına dayanan halk / ulus anlayışı bakımından önemli bir yenilik, hatta bir tehdit olarak değerlendirilmiştir.[4] Öte yandan, 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nın vatandaşlık maddesine getirdiği "Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığı tamamlar ve onu ikame etmez" ek cümlesi, AB'nin ulus altı, ulusal ve ulus ötesi olmak üzere farklı yönetim düzeylerini buluşturan esnek karakterinin vatandaşlık alanında da yansıtılması olarak görülmüş, AB vatandaşlığının, ulusal vatandaşlığı ilga etmediğine dikkat çekilmiştir.[5] Ulusal vatandaşlığı ortadan kaldırmadığı veya geri plana atmadığı açık olmakla birlikte, AB vatandaşlığının birey-devlet ilişkileri bakımından ve bireyin uluslararası hukukta hak sahibi bir özne olması hususu itibariyle önemli bir yeniliği ifade ettiği de kuşkusuzdur.

AB vatandaşlığının sembolik bir konumdan kurtulup gerçek bir işleve kavuşmasını sağlayanın Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) olduğunu söylemek mümkündür.[6] Başlangıçta AB vatandaşlığı kurumunu ele almakta isteksiz davranan Divan, özellikle hukuk sözcülerinin konuya dair değişen ve istikrar

---

1 "Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)", *AnaBritannica*, C. 3, (İstanbul: Ana Yayıncılık, 1994, ss. 409-411), s. 409-410.

2 Ece Göztepe, "Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve "Göçmen Forumu" Örnekleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* C. 52, Sayı: 4: 229-248 (2003), s. 239-240.

3 Jo Shaw, "The Interpretation of European Union Citizenship", *The Modern Law Review,* Vol.: 61, No: 3: 293-317 (May 1998), s. 310.

4 Göztepe, 2003, s. 241.

5 Richard Bellamy ve Alex Warleigh, "From an Ethichs of Integration to an Ethichs of Participation: Citizenship and the Future of the European Union", *Journal of International Studies,* Vol. 27, No: 3: 447-470 (1998), s. 456.

6 İsabetli olarak, ABAD, Birlik vatandaşlığının kurucusu, Birlik vatandaşlığını düzenleyen AB mevzuatını içtihadıyla "anlamlı" hale getiren özne olarak tasvir edilmiştir: Dimitry Kochenov, "The European Citizenship Concept and Enlargement of the Union", *Romanian Journal of Political Science,* Vol.:3, No: 2: 71-97 (2003), s. 90.

kazanan tutumunu takiben tedrici bir şekilde farklı bir çizgiyi benimsemiştir. Bu çalışma, ABAD hukuk sözcülerinin mütalaalarına ve ABAD'ın kararlarına odaklanarak önce bu farklı çizginin doğuşu ile gelişimini ve sonra sosyo-ekonomik koşullarda ve AB mevzuatındaki değişiklikleri takiben yerini daha farklı bir çizgiye bırakmasını göstermeyi ve tahlil etmeyi amaçlamaktadır.

Türkiye akademik sahasında AB vatandaşlığına, bu vatandaşlığın kapsadığı haklara, ayrımcılık, eşit muamele görme sorunsalı temelinde AB vatandaşlığının bazı ABAD kararlarındaki akislerine yer veren çalışmalar mevcuttur.[7] Bu çalışma ise, ABAD kararlarında AB vatandaşlığı kurumunun seyrini gösterirken, işlevsel hale gelme, sosyal haklar alanında güçlenerek genişleme, bilahare duraksama ve gerileme şeklindeki eğilimlere odaklanmış, bunu bilhassa genişleme evresinde ABAD hukuk sözcülerinin ABAD içtihadının yönünü belirleyen önemli mütalaalarına, keza, genişleme, denge ve daralma evrelerinde tayin edici ABAD kararlarına ve içtihadın yönünün değiştiğini teyit eden tamamlayıcı ABAD kararlarına genişçe yer verip tahlil ederek yapmaya çalışmıştır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞININ DOĞUŞU

Avrupa Birliği (AB) vatandaşlığı 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması) ile getirilmiş, bu antlaşmanın adını Avrupa Topluluğu Antlaşması olarak değiştirdiği 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'na eklenen hükümlerle bu belgenin 8-8e maddeleri arasında düzenlenmiştir. Maddeleri yeniden numaralandıran 2 Ekim 1997 (1 Mayıs 1999 yürürlük) tarihli Amsterdam Antlaşması'ndan sonra vatandaşlık maddeleri 17-22 numaralarını almıştır. 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanıp 1 Ocak 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın adını Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) olarak değiştirmiş ve belgeyi yeniden tanzim etmiştir. Vatandaşlık, revize edildiği haliyle söz konusu belgenin 20. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

"1. Bu belge ile Birlik vatandaşlığı tesis edilmiştir. Bir Üye Devletin uyrukluğunu taşıyan herkes Birliğin vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığı tamamlar ve onu ikame etmez.

2. Birlik vatandaşları bu Antlaşma ile sağlanan hakları kullanır ve yükümlülüklere tabidir. Onlar, diğer hakların yanı sıra, şunlara da sahiptir:

(a) Üye Devletlerin topraklarında serbest dolaşma ve ikamet etme hakkı

(b) İkamet ettikleri Üye Devlette, Avrupa Parlamentosu seçimleri ve yerel seçimler için, o devletin vatandaşlarıyla aynı koşullar altında, oy kullanma ve aday olma hakkı

(c) Uyruğu oldukları Üye Devletin temsil edilmediği üçüncü ülke topraklarında, herhangi bir Üye Devletin diplomatik ve konsolosluk makamlarınca, o devletin uyruklarıyla aynı koşullarla, korunma hakkı

---

[7] Örneğin bkz. Kerem Batır, "Antlaşmalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Avrupa Birliği Vatandaşlığı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 25, Sayı:1: 133-159 (2017); Ulaş Gündüzler, "AB Vatandaşlığının Avrupa Bütünleşmesindeki Yeri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", C. 32, Sayı: 2: 39-72 (2013); Gül Büyükkılıç, "Discrimination in the European Union: A Problem Aimed to Be Resolved or Just an Instrument to Serve the Economic Targets?"Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, Sayı: 1-2: 437-469 (2011).

(d) Avrupa Parlamentosu'na dilekçe verme, Avrupa Ombudsmanı'na başvurma ve Birliğin kurumlarına ve danışma organlarına Antlaşma dillerinden herhangi birinde hitap etme ve aynı dilde cevap alma hakkı

Bu haklar, Antlaşmalar ve bu Antlaşmalar altında kabul edilmiş düzenlemeler tarafından tanımlanmış koşullar ve sınırlamalara uygun biçimde kullanılır."

Maddenin açık lafzından anlaşıldığı gibi, AB vatandaşlarına, üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşma ve yerleşme hakkı, yerleşilen üye devlette yerel seçimlerde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı, AB üyesi olmayan ve vatandaşın kendi üye devletinin temsil edilmediği bir ülkede herhangi bir diğer üye devlet temsilcilikleri tarafından korunma ve Avrupa Parlamentosu'na dilekçe verme ve Avrupa Ombudsmanına başvurma ve vatandaşın kendi dilinde cevap alma hakları tanınmıştır.

Bu haklardan serbest dolaşım ve yerleşme (ikamet etme) hakkı, AB vatandaşlarının yaşamlarını, yaşam planlarını doğrudan etkileyen, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın vatandaşlık kurumuyla ilgili içtihadının da odağını oluşturduğu bir hak olmuştur. İsabetli olarak, serbest dolaşım kavramının AB vatandaşlığının çekirdeğini oluşturduğuna dikkat çekilmiştir.[8] Vatandaşlık kurumu bağlamında anılması öncesinde, serbest dolaşım ve ikamet hakkı, ekonomik bir faaliyet, öğrencilik, emeklilik gibi durumlara hasredilmiştir. ABİHA m. 20/2 tanınan hakları, antlaşma ve antlaşmalara işlerlik kazandıracak düzenlemelerce getirilen koşul ve sınırlamalara tabi kılmıştır. Öğrencilerin serbest dolaşımını düzenleyen 93/96 sayılı Direktif, çalışmaya ara vermiş, fakat başka bir üye devlete gitmemiş işçileri konu alan 90/265 sayılı Direktif, AB hukuku kapsamında yerleşme hakkına sahip olmayan herkesi kapsayan 90/364 sayılı Direktif'e bakıldığında, serbest dolaşım ve yerleşme hakkını kullanacak kişilerin ilgili üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük olmamaları için yeterli malî kaynaklara sahip olması, keza, sağlık sigortalarının da bulunması istenmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar serbest dolaşım ve ikamet hakkı ekonomik bir etkinlikten bağımsız ele alınmışsa da bu hakkın kullanımının, ABİHA m. 20/2'nin kayıtlama getiren hükmü mucibince, maddî açıdan yeterliliğe bağlandığı görülmektedir.[9]

II. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHADINDA AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞINA YAKLAŞIM: GENİŞLETME DENGE DARALTMA

A. DİVAN'IN AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞI KURUMU İLE İLK TEMASLARI

Divan'ın Avrupa Birliği vatandaşlığı hakkındaki içtihat hukukunun oluştuğu mecra, ön karar usulü (preliminary references; preliminary rulings) olarak anılan mekanizma olmuştur. Ön karar usulü, [Avrupa Birliği Resmi Gazetesi 30.03.2010 tarihli C serisi 83 sayılı nüshada yayımlanan güncellenmiş metinlerde] Avrupa Birliği Antlaşması (ABA)'nın 19. maddesi 3. fıkrası b bendi ile

---

8 Shaw, 1998, s. 302.

9 James Hanlon, European Community Law (Third Edition. London: Sweet and Maxwell, 2003), s. 214.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)'nın 267. maddesinde düzenlenmiştir. ABA'nın söz konusu hükmü şöyledir:

"Avrupa Birliği Adalet Divanı, Antlaşmalar'a uygun olarak;

[...] b) üye devlet mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında ön karar verir, [...]"

ABİHA'nın anılan hükmü ise şu şekildedir:

"Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmalar'ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuk itibariyle kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer."

Belirtmek gerekir ki, Divan, 'mahkeme' kavramını yargısal bir işlev yerine getiren makamlar olarak ele alarak, ön karar usulüne başvurabilecekleri geniş tutmuştur. Buna göre, yasal haklar ve yükümlülükler hakkında bağlayıcı kararlar alabilen, dolayısıyla, hukuk tarafından kurulmuş, sürekliliği olan, yargı yetkisinin zorunlu ve uyguladığı usulün *inter partes* olduğu, hukuk kurallarını uygulaması ve bağımsız olması gereken organlar, adlarına bakılmaksızın bu kapsamda görülecektir.[10] Divan'ın ön karar usulünü harekete geçirebilecek makamları geniş tutmasının neticesi olarak, aşağıda incelenen kararlarda da görülebileceği gibi, şekilsel olarak mahkeme sıfatı taşımayan makamlar da söz konusu yolu işletebilmiştir. Öte yandan, ön karar usulü, esas davada konunun bekletici sorun yapılması, Adalet Divan'ın kararından sonra ise, esas davanın kaldığı yerden devam etmesi, başka bir ifadeyle Divan'ın önüne gelen konuya temel oluşturan esas konunun ulusal mahkemede çözüme kavuşturulması esasına dayanır. Ulusal mahkeme Topluluk [AB] hukukunu uygulamaya zorlanamaz, konuyu farklı temelde de ele alabilir; fakat Topluluk hukuku temelinde olayı çözüme bağlayacaksa, konuyu Adalet Divan'ın kararı doğrultusunda sonuca bağlamak zorundadır.[11]

Vatandaşlığı düzenleyen maddenin (ilk metinde 8. madde) Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından yorumlanmasının istendiği ilk girişim, konusu Yunan makamlarınca verilmiş sürücü belgesiyle Almanya'da motorlu taşıt kullanan

---

[10] T. C. Hartley, The Foundations of European Community Law (Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2003), s. 278-279.

[11] Hartley, 2003 s. 302-303

Yunan vatandaşı çiftin cezalandırılmasının istendiği ceza davasının AB hukukuna uygunluğunun sorulduğu dava (*Skanavi ve Chryssanthakopoulos* C-193/94) olmuştur. Bu davada hukuk sözcüsü (*advocate general*) vatandaşlığı düzenleyen maddenin davaya uygulanabilir olmadığı şeklinde görüş beyan etmiştir.[12] Divan da, konuyu düzenleyen özel bir madde (işletme hakkını düzenleyen -ilk metinde- 52. madde) bulunduğu gerekçesiyle 8. maddeyi uygulanabilir görmemiştir.[13] Üye devlet vatandaşı işçinin üye devlet vatandaşı olmayan eşinin işçilerin serbest dolaşım özgürlüğünden yararlanıp yararlanamayacağının sorulduğu birleştirilmiş davalarda (*Uecker ve Jacquet* C-64/96 ve C-65/96), Divan, üye devlet vatandaşı işçilerin vatandaşı oldukları Almanya'da yaşayıp orada çalıştıkları ve Almanya dışına çıkmadıkları ve dolayısıyla işçilerin Topluluk sahasında serbest dolaşım hakkını hiçbir zaman kullanmadıkları için söz konusu kuralın eşleri için uygulanamayacağına hükmetmiş[14] vatandaşlığı düzenleyen maddenin (ilk metin m. 8) ise Topluluk hukukuyla ilişkisi olmayan yerel durumları kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini karar altına almıştır.[15] Başka bir ifadeyle, *Skanavi ve Chryssanthakopoulos*'ta özel kural bulunduğu için vatandaşlık maddesini denklem dışı tutan Divan, *Uecker ve Jacquet*'te ise vatandaşlık maddesinin kapsamını içtihatla genişletme yoluna gitme konusunda isteksiz bir görüntü vermiştir.

Üye olmayan bir devletin ülkesinde başka bir üye devlet elçiliğinde çalışan bir üye devlet vatandaşının, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı kuralından yararlanıp yararlanamayacağının sorulduğu *Boukhalfa* davasında *hukuk sözcüsünün* görüşünde farklı bir çizginin ilk işaretleri belirmiştir. Her Birlik vatandaşının, devletinin temsilciliğinin bulunmadığı üçüncü ülke topraklarında üye devletlerin diplomatik himayesinden yararlanacağına hükmeden –eski metin- madde 8/C'yi de anımsatan[16] hukuk sözcüsü, Divan'ın henüz 'yeni' bir kavram olan Avrupa Birliği vatandaşlığı konusunda bir hüküm verme fırsatı bulamadığını, lakin, "büyük sembolik değeri olan ve muhtemelen, Avrupa'nın inşasındaki ilerlemelerden biri olan" Birlik vatandaşlığı kavramında "içkin olan bütün sonuçlar ele alınacak olursa, Birliğin her vatandaşının, her ne tabiiyette olursa olsun, tam olarak aynı haklardan yararlanması ve aynı yükümlülüklere tabi olması gerekir" diyecektir.[17] Bilahare İrlanda vatandaşlığını kazanan İran uyruklu bay Radiom'un ulusal güvenlik gerekçesiyle Britanya'dan sınır dışı edilmek istenmesine itirazı ile Hindistan uyruklu ve aynı zamanda Fransız vatandaşı bay Shingara'nın Britanya'ya girişinin güvenlik nedeniyle engellenmesini konu alan dava süreçlerinde Yüksek Mahkeme'nin Divan'a başvurularında, hukuk sözcüsü, "Birlik vatandaşlığının yaratılması […] şu hususta ileriye doğru çarpıcı bir nitel adımı temsil etmektedir ki, Komisyon'un da haklı olarak işaret ettiği gibi, o bu

---

12 C-193/94, Hukuk Sözcüsü LÉGER'in Mütalaası, Sofia Skanavi & Konstantin Chryssanthakopoulos, [1995] ECLI:EU:C:1995:331, par. 20.

13 C-193/94, Sofia Skanavi & Konstantin Chryssanthakopoulos, [1996] ECR I-00929, Divan'ın Kararı, par. 22.

14 C-64/96 ve C-65/96, Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker ve Vera Jacquet v. Land Nordrhein-Westfalen, [1997] ECR I-03171, Divan'ın Kararı, par. 19.

15 C-64/96 ve C-65/96, Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker ve Vera Jacquet v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-03171, Divan'ın Kararı, par. 23.

16 C-214/94, Hukuk Sözcüsü LÉGER'in Mütalaası, Boukhalfa v. Bundesrepublic Deutscland, [1995] ECLI:EU:C:1995:381, par. 29.

17 C-214/94, Hukuk Sözcüsü LÉGER'in Mütalaası, Boukhalfa v. Bundesrepublic Deutscland, [1995] ECLI:EU:C:1995:381 par. 63.

özgürlüğü [serbest dolaşım özgürlüğü] onun işlevsel ve araçsal unsurlarından ayırmış (bir ekonomik faaliyet veya iç pazara ulaşma ile olan bağ) ve onu Birlik vatandaşlarının siyasal statüsünde içkin gerçekten bağımsız bir hak mertebesine yükseltmiştir" şeklinde saptamalarda bulunmuştur.[18] Belirtilen iki davada, hukuk sözcülerinin davaların AB vatandaşlığı açısından da değerlendirilmesi şeklindeki arzusu Divan'da karşılık bulmamış ve davalar AB vatandaşlığı tartışmasına girilmeksizin sonuçlandırılmıştır.

B. DİVAN'IN AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞI STATÜSÜNÜ DESTEK NORM OLARAK KULLANMAYA BAŞLAMASI

Martínez Sala davası, Birlik vatandaşlığının Divan'ın hukuk sözcülerinin mütalaalarında yankılanmaya devam ettiği çizgide yer alan, ayrıca Divan'ın Birlik vatandaşlığını sınırlı da olsa dikkate aldığı bir vaka olmuştur. 1968'den beri Almanya'da yaşayan İspanyol vatandaşı Sala, uzunca bir süredir işsiz ve de davaya konu başvuruyu yaptığında da Alman hukukuna göre geçerli bir oturma izninden yoksundur. Prime dayalı olmayan bir sosyal yardım türü olan ve hak sahibi olmanın Almanya vatandaşı olmayı veya oturma iznine sahip olmayı gerektirdiği çocuk yardımı için yaptığı başvuru reddedilen Sala'nın durumunun Topluluk hukuku kapsamında bir sorun olabileceği ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmiş ve konu Divan'a taşınmıştır.[19] Hukuk sözcüsü ve Divan, Sala'nın AB hukuku kapsamında işçi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin yeterli verinin konuyu Divan'a taşıyan ulusal mahkeme tarafından sunulmadığı kanaatinde olmuştur.[20] Bu yüzden mesele AB hukuku zemininde işçi hakları çerçevesinde ele alınamayacaktır. Geriye konunun Birlik vatandaşlığı çerçevesinde tartışılması kalmaktadır. Hukuk sözcüsü, vatandaş olmayanlara oturma izni şartı getirerek, Almanya'nın söz konusu yardımın muhtemel yararlanıcıları bakımından vatandaşlık temelinde farklı muamele yaptığını, dolayısıyla Almanya vatandaşları ile *diğer üye devletlerin* vatandaşları arasında ayrımcı bir uygulamaya sebebiyet verdiğini kaydetmiştir. Sözcü, davacının işçi olmadığı varsayıldığında, 'Birlik hukuku kapsamında hangi statü, böyle bir ayrımcılığı önleyebilir' diye sormakta ve sorusunun cevabını AB vatandaşlarına serbest dolaşma ve yerleşme hakkını veren maddeye (eski metinde m. 8/a) işaret etmek suretiyle vermektedir.[21] Vatandaşlık kurumunun AB Antlaşması'nda düzenlenmesinden sonra yerleşme hakkının artık AB Direktifleri çerçevesinde değil Antlaşma'nın 8/a maddesi çerçevesinde ele alınmak zorunda olduğuna dikkat çeken hukuk sözcüsü, "Madde 8a, diğer dolaşım özgürlüklerinin özünü sunar -her Üye Devlette sadece dolaşma değil, aynı zamanda yerleşme hakkı şeklinde karakterize olmuş halde bulduğumuz özgürlük: bu hakkın Birlik

---

18 C-65/95 ve C-111/95, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, The Queen v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Shingara and Radiom, [1996] ECLI:EU:C:1996:451, par. 34.

19 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 10, 13, 16, 17, 18 ve 19.

20 C-85/96, Hukuk Sözcüsü LA PERGOLA'nın Mütalaası, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1997] ECLI:EU:C:1997:335, par. 11-12;

C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 45.

21 C-85/96, Hukuk Sözcüsü LA PERGOLA'nın Mütalaası, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1997] ECLI:EU:C:1997:335, par. 14 ve 16.

vatandaşlığına izafe edilen haklardan ilki olarak belirmesi anlamında birincil bir hak. [...] Bu basitçe türevsel bir hak değil, Birlik vatandaşlığından ayrılamayacak bir haktır [...]"[22] diyecektir.

Konuyu AB vatandaşlığı çerçevesinde ele almak konusundaki isteksizliğini bütünüyle terk etmeyen Divan, sorunu, bir üye devletin kendi vatandaşları ile diğer üye devlet vatandaşları arasında [ulusal] vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapmasını yasaklayan kurala (eski metin m. 6) giderek çözme yolunu tercih etmiştir.[23] Divan'a göre, konuyu, Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkını düzenleyen (eski metin m. 8/a) kurala giderek irdelemek "gerekli değil"dir.[24] Bununla birlikte, bir üye devletin vatandaşı olarak bir diğer üye devletin ülkesinde hukuka uygun biçimde ikamet eden kişi, Antlaşma'nın Avrupa vatandaşlığına ilişkin hükümlerinin kişi bakımından (*ratione personae*) kapsamına [zaten] girmektedir.[25] Antlaşma'nın [eski metin] 8/2 maddesi, Birlik vatandaşlığı statüsüne, Antlaşma'da yer alan hakları ve görevleri iliştirmiştir; bunlara vatandaşlık (uyrukluk) temelinde ayrımcılık yapmayı yasaklayan [eski metin] 6. madde de dâhildir.[26] Şu durumda, temel davadaki başvurucu gibi başka bir üye devlet ülkesinde hukuka uygun biçimde ikamet eden bir Avrupa Birliği vatandaşı, Topluluk hukukunun konu bakımından (*ratione materiae*) kapsamına giren her durumda [eski metin] 6. maddeye dayanabilecektir, buna, sosyal yardım ödemesi için kendi vatandaşlarından talep etmediği bir oturum izin kâğıdının bir Birlik vatandaşından istenmesi dâhildir.[27] *Sala* davası, Divan'ın, hukuk sözcülerinin ısrarlı tutumları karşısında, 'serbest dolaşım ve yerleşme hakkı' düzeyinde ayrıntıya girmese ve de Birlik vatandaşlığını düzenleyen maddeyi sorunu çözüme bağladığı temel norm olarak ele almasa da, AB vatandaşlığını yorumlamaya başladığı ilk vaka olması bakımından önem arz etmektedir. *Sala* kararı Divan'ın ekonomik bir faaliyet zorunluluğu ile yerleşme hakkı arasındaki "bağı patlatmaya" hazırlandığı şeklinde yorumlanmıştır.[28]

Bickel ve Franz, Divan'ın *Sala* kararında olduğu gibi, AB vatandaşlığını bir *destek norm* olarak kullanma çizgisini sürdürdüğü bir dava olmuştur. Bay Bickel, alkollü araç sürmekten soruşturmaya muhatap olan Avusturyalı bir kamyon sürücüsüdür. Alman uyruklu bay Franz ise, Alto Adige'yi turist olarak ziyaretinde yasak bıçak bulundurmaktan soruşturulmaktadır. Adlî süreç, Almanca konuşan büyük bir Alman azınlığının bulunduğu ve Almancanın İtalyanca ile aynı statüde olduğu (Trentino-Alto Adige bölgesinde yer alan) Bolzano'da cereyan etmektedir. Bolzano vilayetinin Almanca konuşan sakinleri, diledikleri takdirde ceza yargılamasında Almanca kullanabilmektedir; zira, 670/1992 sayılı Başkanlık

---

22 C-85/96, Hukuk Sözcüsü LA PERGOLA'nın Mütalaası, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1997] ECLI:EU:C:1997:335, par. 18.

23 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 54-55.

24 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 60.

25 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 61.

26 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 62.

27 C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, [1998] ECR I-02691, Divan'ın Kararı, par. 63.

28 Hanlon, 2003, s. 216.

Kararnamesi'nin 100. maddesi uyarınca, Bolzano'nun Almanca konuşan vatandaşları (sakinleri) yargı organlarıyla ilişkilerinde kendi dillerini kullanma hakkına sahiptirler. Adalet Divan'ı önüne taşınan temel davada sorun da bu noktada doğmaktadır: [Avrupa] Topluluk hukuku, Bolzano sakinlerinin Almanca konuşma hakkından bay Bickel ve bay Franz'ın da yararlanabilmesini gerektirmekte midir?[29] İtalyan mahkemesi iki temel dava bakımından da Avrupa Adalet Divanı'na bu soruyu sormuş ve Antlaşma'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen (eski metin) 6. maddesine, AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkını düzenleyen (eski metin) 8/a maddesine ve hizmet sunumu özgürlüğünü düzenleyen (eski metin) 59. maddeye atıfta bulunmuştur.[30] Hukuk sözcüsü, serbest dolaşım ve yerleşme hakkını kullanan bir AB vatandaşının durumunun, tabiiyet (milliyet) temelinde ayrımcılık yasağı bakımından Antlaşma'nın kapsamına girdiğine ve dolayısıyla bu hakkını kullanan ilgililerin maruz kaldığı ceza yargılamasında da söz konusu yasağın uygulanacağına dikkat çekmiştir.[31] Divan da, hukuk sözcüsünün ayrımcılık yasağı maddesine işlerlik kazandırırken Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkını temel alan mantığını aynen benimsemiş ve devletin 'temel' dilinden farklı bir dilin bölge sakinlerince kullanılabilmesi kuralının Bickel ve Franz'a da teşmil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[32]

C. AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLIĞININ SOSYAL HAKLAR BAKIMINDAN DAYANAK OLUŞTURMASI SORUNSALI

1. Genişletme Eğilimi

İşçiler, kendi adına ve hesabına çalışan serbest meslek sahipleri gibi ekonomik açıdan aktif olan Avrupa Birliği vatandaşlarının ekonomik bakımdan aktif olmayan bireylere göre sosyal haklar bakımından ayrıcalıklı bir pozisyonda oldukları açıktır.[33] Sosyal haklar bakımından çalışanlar münhasıran kendilerini konu eden Avrupa Birliği mevzuatının yüksek koruma sağlayan normatif himayesinden yararlanmaktadırlar. Avrupa Birliği vatandaşlığı kurumu, ekonomik olarak aktif konumda olmayan Avrupa Birliği vatandaşlarının üye devletlerin ulusal sosyal güvenlik sistemlerinin *prime dayanmayan* birtakım sosyal refah ödemelerinden yararlanma bağlamında dayanak olarak gündeme gelmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihat hukuku, başlangıçta Avrupa Birliği vatandaşlığını ekonomik bakımdan aktif olmayan bireylerin bu türden sosyal refah imkanlarına erişimini kolaylaştırıcı mahiyette ele alma anlamında *genişletici bir yorumla* değerlendirme eğilimi içinde olmuştur. Başlangıçtaki bu yaklaşım

---

[29] C-274/96, Hukuk Sözcüsü JACOBS'un Mütalaası, Bickel & Franz, [1998] ECLI:EU:C:1998:115, par. 1-2.

[30] C-274/96, Hukuk Sözcüsü JACOBS'un Mütalaası, Bickel & Franz, [1998] ECLI:EU:C:1998:115, par. 8.

[31] C-274/96, Hukuk Sözcüsü JACOBS'un Mütalaası, Bickel & Franz, [1998] ECLI:EU:C:1998:115, par. 21.

[32] C-274/96, Bickel & Franz, [1998] ECR I-07637, Divan'ın Kararı, par. 16-20.

[33] Francesco Costamagna / Stefano Montaldo / Francesca Romanelli, Access to Social advantages for EU Citizens and Third Country Natıonals Under the Law of the European Union: Essential Text Cases and Materials (Universita di Torino, 2022), s. 5-6.

şekli yerini zamanla bir denge arayışına bırakmış ve Avrupa Adalet Divanı kararlarında değişim gözlemlenmiştir.[34]

Grzelczyk davası AB vatandaşlığı statüsünün Divan tarafından sosyal hakları kapsayacak şekilde genişletilmesinin ilk adımını oluşturmuştur. Belçika'da öğrenci olan Fransız uyruklu Rudy Grzelczyk maddî sıkıntı içine düşünce – primsiz bir sosyal yardım türü olan- asgarî geçim ödemesi (minimex) için Kamu Sosyal Yardım Ajansı'na başvurmuştur. Konuyu Divan'a taşıyan ulusal mahkeme, AB Antlaşması'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen 6. Maddesi ile vatandaşlığı düzenleyen 8. Maddesinin, minimex gibi, yararlanıcılarının daha önceden prim ödemesini gerektirmeyen bir sosyal güvenlik ödemesinin bütün AB vatandaşlarına teşmil edilip edilemeyeceğini sormuştur.[35] Belçika hükümeti, öğrencilerin oturum hakkını düzenleyen 93/96 sayılı AB Direktifi'nin, ev sahibi üye devlete bu tarz bir maddî yükümlülüğe izin vermeyen, öğrencinin maddî açıdan kendine yeterliğini şart koşan hükümlerine dikkat çekmiştir.[36] Hukuk sözcüsü, primsiz [de olsa] bir sosyal yardım ödemesinin bütün AB vatandaşlarına açık olmamasının kural olarak ayrımcılık yasağı kuralı ve AB vatandaşlığına aykırı olacağına ve fakat eşit muamele ilkesinin, yerleşme hakkına temel oluşturacak sosyal yardım sistemine başvurunun söz konusu olduğu her durumda geçerli olacak katı sınırlamalara tabi olduğuna dikkat çekmiştir.[37] Divan, Belçika vatandaşı olma şartı dışında minimex için öngörülen bütün şartların bay Grzelczyk tarafından karşılandığına ve bu itibarla da konunun bütünüyle 'milliyet temelinde ayrımcılık yapılamayacağı' kuralı ile ilgili bir dava olduğuna işaret etmiştir.[38] Divan'a göre, somut olayda ayrımcılık yasağı kuralı, AB vatandaşlığı ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır.[39] Birlik vatandaşlığı, aynı durumda olanların milliyetlerinden bağımsız olarak eşit muamele görmelerini sağlayan, üye devlet uyruklarına tanınmış temel bir statüdür.[40] *María Martínez Sala* kararına atıf yapan Divan, hukuka uygun biçimde üye devlette ikamet edildiği her durumda 'ayrımcılık yasağı kuralı'nın uygulanacağını[41] ve bu durumların *Bickel ve Franz* kararına atıfla, AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkını kullandıkları halleri de kapsadığını vurgulamıştır.[42] Nihai olarak Divan, ayrımcılık yasağı kuralı ile Birlik vatandaşlığının primsiz bir sosyal

---

34 Angie Gago / Francesco Maiani, "'Pushing the Boundaries': A Dialogical Account of the Evolution of European Case-Law on Access to Welfare", Journal of European Integration, Vol.44, No:2: 261-275 (2022), s. 261-262.

35 C-184/99, Hukuk Sözcüsü ALBER'in Mütalaası, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2000] ECLI:EU:C:2000:518, par. 3 ve 21.

36 C-184/99, Hukuk Sözcüsü ALBER'in Mütalaası, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2000] ECLI:EU:C:2000:518, par. 38.

37 C-184/99, Hukuk Sözcüsü ALBER'in Mütalaası, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2000] ECLI:EU:C:2000:518, par. 126.

38 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, par. 29.

39 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, par. 30.

40 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, par. 31.

41 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, par. 32.

42 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, par. 33.

güvenlik ödemesinin milliyet temelinde şarta bağlanmasına engel olduğu yargısına ulaşmıştır.[43]

2. Denge Arayışı

Collins davası, Divan'ın AB vatandaşlığını sosyal hakları kapsayacak şekilde genişletme sürecinde belirli bir denge geliştirme çabasının öne çıktığı önemli bir dava olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde doğan ve hem bu ülkenin hem İrlanda Cumhuriyeti'nin vatandaşlığını taşıyan bay Collins, 1978 yılında Londra'da, part-time ve geçici işlerde çalışarak yaklaşık on ay geçirmiş ve ABD'ye dönmüştür. 1998'de yeniden Birleşik Krallık (İngiltere)'a gelen Collins, sosyal hizmetler alanında iş aramaya koyulmuş ve gelişinden sekiz gün sonra, malî sıkıntı yaşadığı gerekçesiyle bir sosyal güvenlik ödemesi olan iş arama yardımı (jobseeker's allowance)'na başvurmuştur. Başvurusu, mutat olarak Birleşik Krallık'ta ikamet etmediği gerekçesiyle yetkili makamlarca reddedilmiştir. Sosyal güvenlik itiraz mahkemesi de aynı gerekçelerle itirazı reddetmiştir. Başvurucunun itiraz ettiği sosyal güvenlik komiseri ise Adalet Divanı'na üç soru yöneltmiştir: i- Mevcut vakadaki başvurucunun durumunda olan bir şahıs 1612/68 sayılı Tüzük uyarınca işçi midir? ii- Şayet ilk soruya olumsuz cevap verilecekse, mevcut vakadaki başvurucunun durumunda olan biri 68/360 sayılı Direktif'e uygun olarak Birleşik Krallık'a yerleşme hakkına sahip midir? iii- İlk iki soruya olumsuz cevap verilecekse, Avrupa Topluluğu hukukunun herhangi bir maddesi veya ilkesi, mevcut vakadaki başvurucunun durumundaki birine iş arama yardımı gibi bir sosyal güvenlik ödemesinin verilmesini gerektirir mi?[44] Hukuk sözcüsü Divan'ın yerleşik kararlarından da yararlanarak ilk iki soruyu kolaylıkla yanıtlamış görünmektedir. Collins belirtilen tüzük çerçevesinde işçi sayılamayacaktır; zira, Birleşik Krallık'ta ne istihdam piyasasında bir faaliyet içindedir ne de orada yeni işsiz kalmıştır.[45] Her ne kadar, AB Antlaşması'nın işçilerin serbest dolaşım hakkını düzenleyen 39. maddesi uyarınca Birleşik Krallık'a gelme ve oraya yerleşme hakkı olsa da, Collins'in durumu ikinci soruda zikredilen Direktif kapsamına girmemektedir; zira, söz konusu Direktif, bir işverenden alınmış bir bağlantı teyidi veya bir istihdam sertifikasının varlığını gerektirmektedir.[46]

Collins davasının ağırlık merkezini üçüncü sorunun ve hukuk sözcüsünün bu soruya ilişkin mütalaası ile Divan'ın bu soru hakkındaki kararının oluşturduğu açıktır. Davayı AB vatandaşlığı bağlamında öne çıkaran da söz konusu üçüncü soru olmuştur. Hukuk sözcüsü bu soruyu irdelerken ağırlığı ayrımcılık yasağı kuralı (davaya bakılırken yeni madde numarası 12) ile AB vatandaşlığına (davaya bakılırken yeni madde numarası 18) vermiştir. Hukuk sözcüsüne göre, her ne kadar Divan'ın *Martínez Sala* ve *Grzelczyk* gibi, sosyal avantajların [sosyal güvenlik yardımlarının] bütün AB vatandaşlarına ayrımsız verilmesi şeklinde anlaşılmış kararları varsa da, bu kararları kendi bağlamı içinde değerlendirmek

---

43 C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve, [2001] ECR I-06193, Divan'ın Kararı, nihaî hüküm paragrafı.

44 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 5-9.

45 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 34-35.

46 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 40-45.

gerekmektedir.[47] Öte yandan, hukuk sözcüsünün, iki davaya (D'Hoop davası ve Baumbast davası) dikkat çekerek, Divan'ın bu davalara ilişkin kararlarındaki argümanlarının mefhumu muhalifinden giderek kendi görüşüne temel almaya çalıştığı görülmektedir.[48] Bu davalardan ilki olan ve konusu bir iş arama yardımına (jobseekers' allowance) erişim meselesi olan *D'Hoop* davasında, Belçika makamları, kendi vatandaşı olan başvurucuyu, ortaöğrenimini Fransa'da gördüğü için geri çevirmiştir. Divan, ulusal [Belçika] yasa koyucunun, yardıma başvuran ile söz konusu coğrafi istihdam piyasası arasında gerçek bir bağın varlığını görmeyi arzu etmesinin meşru bir amaç olacağını, fakat somut olaydaki gibi, ortaöğrenimin yapıldığı yerle ilgili tek şartın ileri sürülmesinin "doğası itibariyle çok genel ve münhasır" olacağına hükmetmiştir.[49] Diğer dava ise Divan'ın AB vatandaşlığı kurumunu güçlendirme eğilimi içinde değerlendirilmesi gereken bir adım olan *Baumbast* davasıdır. Bu davada Divan, AB vatandaşlığının ekonomik bir faaliyet içinde bulunulup bulunulmamasından bağımsız olarak serbest dolaşım ve yerleşme hakkı getirdiğine dikkat çekmiş[50] ilgili kişinin yaptırdığı özel sağlık sigortasının acil tedavileri kapsamadığı gerekçesiyle oturum izninden mahrum bırakılmasının, AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkına orantısız bir müdahale olacağına hükmetmiştir.[51]

Hukuk sözcüsü, *D'Hoop* ve *Baumbast* davalarında Divan'ın 'orantılı ve meşru birtakım müdahaleler'e kapıyı açan kararlarından güç alarak, başvurucunun ilgili devletle bağının derecesini ve ilgili yerel istihdam piyasası ile ilişkisini tespit etmeyi amaçlayan somut olaydaki mutat yerleşim gibi bir koşulun, kişilerin bir devletten diğerine primsiz sosyal yardımlardan yararlanmak üzere gittiği 'sosyal yardım turizmi [benefit-tourism]'ni ve suiistimalleri engellemek noktasında meşru görülebileceğini savunmuştur.[52] Hukuk sözcüsüne göre, mevcut haliyle Topluluk hukuku, iş arayanlar için düşünülmüş bir sosyal güvenlik ödemesinin, bir üye devletin topraklarına iş aramak için giriş yapan ve fakat o devletle ve o yerel istihdam piyasası ile bağlantıdan yoksun bir Birlik vatandaşına verilmesini gerektirmemektedir.[53]

Divan, birinci ve ikinci soruları hukuk sözcüsü gibi olumsuz cevaplamıştır. AB vatandaşlığını ilgilendiren üçüncü soruyla ilgili olarak ise, Birlik vatandaşlığının ihdas edilmesi ve Birlik vatandaşlarının eşit muamele hakkına

---

47 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 64-69.

48 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 72-73.

49 C-224/98, Marie-Nathalie D'Hoop v. Office National de l'Emploi, [2002] ECR I-06191, Divan'ın Kararı, par. 38-39. Divan, konusu *D'Hoop*'unkiyle aynı olan *Ioannidis* davasında da *D'Hoop* kararına atıf vererek aynı içtihadını tekrarlamıştır: C-258/04, Ioannis Ioannidis v. Office National D'Emploi, [2005] ECR I-08275, Divan'ın Kararı, par. 30-38.

50 C-413/99, Baumbast v. Secretary of State for the Home Department, [2002] ECR I-07091, Divan'ın Kararı, par. 83.

51 C-413/99, Baumbast v. Secretary of State for the Home Department), [2002] ECR I-07091, Divan'ın Kararı, par. 93.

52 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 75.

53 C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2003] ECLI:EU:C:2003:409, par. 76.

ilişkin içtihat hukuku dikkate alındığında, bir üye devletin işgücü piyasasına erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan malî nitelikli bir yararın [sosyal güvenlik ödemesinin] eşit muamele kuralının kapsamından dışlanamayacağını vurgulamıştır.[54] Divan'a göre, "istihdama erişimle ilgili olarak eşit muamele ilkesinin kapsamının yorumu bu gelişmeyi yansıtmalıdır".[55] Bir oturum şartı, ilgili kişilerin milliyetinden bağımsız, objektif ölçütlere dayanmalı ve ulusal mevzuatın meşru amacıyla orantılı olmalıdır.[56] Ulusal yasa koyucunun, sosyal yardım başvurucusu ile coğrafi istihdam piyasası arasında gerçek bir bağın varlığını görmek istemesi meşrudur.[57] Somut vakada, Birleşik Krallık söz konusu oturum şartı sayesinde, sosyal yardım talebinde bulunan kişiler ile istihdam piyasası arasındaki bağlantıyı sağlayabilmektedir.[58] Dolayısıyla, üçüncü soruya verilecek cevap, eşit muamele ilkesi ve Birlik vatandaşlığı normlarının, ulusal yasa koyucunun bir iş arama yardımını oturum şartına bağlamasını dışlamayacağı şeklinde olacaktır; yeter ki bu şartın, ilgili kişilerin milliyetinden bağımsız ve de ulusal mevzuatın meşru amacıyla orantılı olduğu objektif mülahazalarla temellendirilsin.[59]

İsabetle belirtildiği gibi, *Collins* kararı, her ne kadar AB vatandaşlığının, ayrımcılık yasağı ilkesinin kapsamını özellikle de işçilerin serbest dolaşım hakkı bağlamında genişletmek üzere kullanılmasının örneğini oluştursa da, bu kararıyla Divan, yarışan çıkarlar arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.[60] Gerçekten de Divan, *Collins* kararında AB vatandaşlığını ayrımcılık yasağı ilkesini güçlendirme ve sosyal hakları kapsayacak şekilde kullanma yönelimini sürdürmekle birlikte, hukuk sözcüsünün işaret ettiği 'sosyal yardım turizmi [benefit-tourism]'ne meydan vermemek üzere, sosyal dayanışmanın genişletilmesi eğilimini sınırlama yoluna gitmiştir. Hiç kuşku yok ki, bu, *Martínez Sala* ve *Grzelczyk* kararlarında olduğundan farklı bir çizgiyi temsil etmektedir. Collins kararıyla başlatılabilecek yeni dönemde Divan'ın konuyla ilgili içtihat hukukunun belirsizlikler ve çelişkilerle dolu olduğu savunulmuştur.[61]

Collins kararını hemen takiben Avrupa Birliği, yeni düzenlemelerle ekonomik olarak aktif olmayan Birlik vatandaşlarının 'sosyal yardım turizmi'ni engelleyici birtakım ölçütler geliştirerek üye devletlerin konuyla ilgili endişelerini dikkate almıştır. 2004/38 sayılı Direktif'in 24(2) maddesiyle, ikametlerinin *ilk üç ayında* iş arayanlar dahil olmak üzere, Birlik vatandaşlarının sosyal yardım başvurularının ev sahibi üye devlet tarafından reddedilmesi

---

54 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 63.

55 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 64.

56 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 66.

57 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 67.

58 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 71.

59 C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, [2004] ECR I-02703, Divan'ın Kararı, par. 73.

60 Francis G. Jacobs, "Citizenship of the European Union: A Legal Analysis", *European Law Journal*, Vol.: 13, No:5: 591-610 (September 2007), s. 595.

61 Gago / Maiani, 2022, s. 265.

olanağı getirildiği gibi, ikametlerinin ilk beş yılında sosyal yardımların, sosyal güvenlik sistemi bakımından yük oluşturmayacak yeterli maddi kaynağa ve kapsamlı bir sağlık sigortasına sahip kişilere verilebilmesi şeklinde sınırlayıcı bir koşul yaratılmıştır. Başka bir anlatımla, ancak beş yıllık yasal ve süreklilik arz eden bir oturumdan sonra ekonomik olarak aktif olmayan Birlik vatandaşları sosyal yardımlara tam bir erişim hakkına sahip olabileceklerdir.[62]

Divan, esas davada konusunu işsizlik yardımına yapılan başvurunun oturum koşulundan reddedilmesinin oluşturduğu *De Cuyper* kararında da Collins kararında geliştirdiği dengeyi sürdürmüş ve objektif ölçütlerle getirilen, kişinin durumunun ilgili makamlarca denetlenmesini amaçlayan gerçek oturum şartı gibi orantılı koşulların getirilmesinin ayrımcılık yasağı ve AB vatandaşlığı kurumuna aykırı olmayacağına hükmetmiştir.[63] Savaş mağduru sivillere ödenen bir sosyal yardım için yapılan başvurunun oturum koşulundan reddedilmesinin esas davanın konusunu oluşturduğu *Tas-Hagen ve Tas* kararı ise hem *Collins* ve *De Cuyper* kararlarında geliştirilen içtihadın yinelendiği ve fakat AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkının kullanımından dolayı hak kaybına uğratılmasına karşı çıkıldığı bir dava olmuştur. Bayan Tas-Hagen ve Bay Tas'ın, Hollanda uyruklulara ve başvuru sırasında Hollanda'da oturanlara verilen savaş mağdurları yardımı için yaptıkları başvuru, başvuru sırasında İspanya'da oturdukları için reddedilmiştir.[64] Divan'a göre, kendisi ile sosyal dayanışma gösterilecek savaş mağdurlarının dayanışmayı gösterecek Hollanda toplumu ile somut bir bağını kurmaya dönük bir koşul getirilmeye çalışılmışsa[65] da bu koşulun orantılı olması gerekir; ne var ki, somut vakadaki oturum koşulu, orantılılık kıstasını karşılamaktan uzaktır.[66] Divan, başvurucuların başvuru sırasında İspanya'da oturuyor olmalarının, AB vatandaşlarına tanınan üye devletlerde serbest dolaşma ve yerleşme hakkını (olay esnasındaki metinde m. 18(1)) kullanmalarının neticesi olduğuna dikkat çekmiştir.[67] Başka bir ifadeyle Divan, somut olaydaki oturum koşulunun orantısızlığını, bu koşulun AB vatandaşlarına tanınan bir hakkı bütünüyle kullanılamaz hale getirmesine dayandırmıştır. *Tas-Hagen ve Tas* kararı, Divan'ın *Collins* kararında geliştirdiği ve *De Cuyper*'de yinelediği içtihadından ayrılmayıp bilakis onu perçinlediği bir karar olmakla birlikte, orantılılık ölçütünün AB vatandaşlığı kurumunu ve AB vatandaşlarına tanınan hakları korumak üzere somut vakaya etkili şekilde uygulanmasının da kararın çarpıcı bir unsurunu oluşturduğu kaydedilmek gerekir.

Divan, 2008 tarihli ve kapsamı Tas-Hagen ve Tas davası ile büyük benzerlik gösteren *Nerkowska* kararında da, başka bir Avrupa Birliği ülkesinde yaşayan ve dolayısıyla talebin muhatabı olan Polonya'da ikamet etmediği için

---

62 Costamagna / Montaldo / Romanelli, 2022, s. 20-21.

63 C-406/04, Gérald De Cuyper v. Office National de L'Emploi, [2006] ECR I-06947, Divan'ın Kararı, par. 40-48.

64 C-192/05, Tas-Hagen & Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad, [2006] ECR I-10451, Divan'ın Kararı, par. 1-15.

65 C-192/05, Tas-Hagen & Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad, [2006] ECR I-10451, Divan'ın Kararı, par. 34.

66 C-192/05, Tas-Hagen & Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad, [2006] ECR I-10451, Divan'ın Kararı, par. 35-37.

67 C-192/05, Tas-Hagen & Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad, [2006] ECR I-10451, Divan'ın Kararı, par. 25 ve 31-32.

savaşın sivil mağdurları için verilen engelli maaşından başvurucunun mahrum bırakılmasını, AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme haklarını boşa çıkaran orantısız bir koşul olarak görmüştür.[68] Şu halde bir kez daha, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, AB vatandaşlığı kurumunu ve AB vatandaşlarına tanınan hakları koruyucu pozisyonunun onun içtihat hukukunda yankılandığı söylenebilecektir. Bununla birlikte, Divan, *Nerkowska* kararında, *Collins* kararında geliştirdiği ve *De Cuyper*'de yinelediği içtihadını da korumuştur. Yurt dışı eğitim bursunun bir yıldan fazla verilmesinin Almanya'da *kesintisiz üç yıllık* bir oturum koşuluna bağlanmasının Birlik hukukuna uygunluğunu irdelediği 2013 tarihli *Prinz ve Seeberger* kararında da Divan, bu tarz bir koşulun AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve yerleşme hakkına aykırı olduğuna hükmetmiştir.[69] Bu kararda da AB vatandaşlığı kurumunun Divan'ın içtihat hukuku ile güçlendirilmesine, işlevsel hale getirilmesine tanık olunmuştur.

3. Daraltma Yönelimi

ABAD içtihat hukukunun Birlik vatandaşlığını işlevsel ve özerk bir kurum olarak var etme çabasıyla, Birlik vatandaşlığını özellikle de 2004/38 sayılı Direktif'in lafzından da hareketle prime dayanmayan sosyal yardımlara erişimi zorlaştıran ulusal norm ve pratikleri gittikçe makul karşılama eğilimi arasındaki gerilimli, kararsız salınımı devam etmiştir. Divan, 19 Eylül 2013 tarihli *Brey* kararında, mezkûr Direktif'in ev sahibi üye devlet vatandaşlarıyla diğer üye devlet vatandaşları arasında belirli bir dereceye kadar mali dayanışmayı tanıdığına dikkat çekmiş, yetkili ulusal makamların bir dizi faktörü orantılılık ilkesi ışığında dikkate alarak, bir sosyal güvenlik ödemesinin üye devletin sosyal yardım sistemine bir bütün olarak yük oluşturup oluşturmadığını değerlendirme yetkisini de aynı Direktif kapsamında görmüştür.[70]

11 Kasım 2014 tarihli *Dano* kararında ise Divan, daha berrak bir tutum alarak, 2004/38 sayılı Direktif'in lafzına bağlı kalarak öngörülen ilk beş yıllık oturum süresi içinde yeterli maddi kaynağa sahip olmayan, kapsamlı bir sağlık sigortası bulunmayan kişilerin sosyal yardım taleplerine kapıyı kapatmıştır. Divan'a göre, bir Birlik vatandaşı sosyal yardımlardan yararlanma hususunda ev sahibi ülke vatandaşlarıyla eşit muamele görme hakkına ancak mezkûr Direktif'in oturumla ilgili şartlarını karşılaması halinde sahip olabilecektir. Birlik vatandaşları sosyal yardımlardan ancak beş yıllık süreden sonra ev sahibi ülke vatandaşlarıyla aynı koşullarda yararlanabilme hakkına kavuşabilecektir.[71] *Dano* kararı, Divan'ın vatandaşlık ve sosyal haklara erişimle ilgili içtihat hukukunun başlangıçtaki genişletici evresinden kopuş olarak değerlendirilmiş,[72] adım adım

---

68 C-499/06, Halina Nerkowska v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie, [2008] ECR I-03993, Divan'ın Kararı, par. 27-29 ve par. 40-46.

69 C-523/11 ve C-585/11, Laurence Prinz v. Region Hannover ve Philipp Seeberger v. Studentenwerk Heidelberg, [2013] ECLI:EU:C:2013:524, Divan'ın Kararı, par. 31-32.

70 C-140/12, Brey v. Pensionsversicherungsanstalt,, [2013] ECLI:EU:C:2013:565, Divan'ın Kararı, par. 72.

71 C-333/13, Dano v. Jobcenter Leipzig, [2014] ECLI:EU:C:2014:2358, Divan'ın Kararı, par. 69-76.

72 Costamagna / Montaldo / Romanelli, 2022., s. 26. *Dano* kararıyla Divan'ın önceki içtihadına bütünüyle ters düşmediğini, bu kararda ölçülebilir kriterlere odaklanıldığını, *Brey* kararından farklı olarak, orantılılık değerlendirmesinin zorunlu görülmediğini savunan farklı görüşler de mevcuttur: Johannes Peyrl, "The Judgments of Brey, Dano,

şekillenen daraltıcı yönelimlerin özetlendiği bir karar şeklinde tasvir edilmiştir.[73] Divan, 15 Eylül 2015 tarihli *Alimanovic* kararında, *Dano* kararındaki açık tutumunu tekrar etmiş,[74] böylece içtihadının yeni bir evreye girdiğini teyit etmiştir.[75] İsabetli bir tahlille, *Dano* ve *Alimanovic* kararlarıyla Divan'ın, ekonomik olarak aktif konumda olmayıp *kendine ait malî kaynaklardan da yoksun* AB vatandaşlarının üç aydan uzun süreli yasal oturum imkanının olamayacağını vurgulamış olduğuna, keza bu kişilerin ev sahibi devletin sosyal refah sistemine katlanılamaz bir yük getirip getirmeyeceğine yönelik her somut vakada bireysel değerlendirme yapma gereğini ortadan kaldırdığına, 2004/38 sayılı Direktifin lafzıyla uyumlu çok teknik bir bakışı benimsediğine dikkat çekilmiştir.[76]

SONUÇ

Maastricht Antlaşması ile yaratılan Avrupa Birliği vatandaşlığı, mazisi 1950'lere dek uzanan Avrupa Birliği'nin tarihinde önemli bir yenilik olmuştur. Bu yenilik, AB'nin oluşum sürecinin ve kuruluşunun akademik literatürde

---

Alimanovic: A Case of Derogation or a Need to Solve the Riddle?", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild (Leiden, Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 105-128), s. 115.

73 Gago / Maiani, 2022, s. 271.

74 C-67/14, Alimanovic v. Jobcenter Berlin Neukölln, [2015] ECLI:EU:C:2015:597, Divan'ın Kararı, par. 48-51. Karar tarihi 25 Şubat 2016 olan davada da temel sütunlarını *Brey, Dano* ve *Alimonavic* kararlarının oluşturduğu yeni yönelimini yinelemiştir: C-299/14, Garcia-Nieto and Others v. Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen, [2016] ECLI:EU:C:2016:114, Divan'ın Kararı, par. 37-53

75 Bununla birlikte, Divan, 6 Ekim 2020 tarihli kararında daha önce işçi statüsünde olup çocuklarını okula kaydettirmiş ve bilahare salt iş arayan konumuna düşmüş bir AB vatandaşı ve çocuklarının sosyal yardımdan yararlanması konusunu 2004/38 sayılı Direktif kapsamına sokmamış, somut vakanın Dano davasındaki durumdan farklı olduğunu da vurgulamıştır: C-181/19, Jobcenter Krefeld - Widerspruchsstelle v. JD, [2020] ECLI:EU:C:2020:794, Divan'ın Kararı, par. 39 ve 67-68. Bu karar, halihazırda Divan'ın konuyla ilgili son kararıdır. 2004/38 sayılı Direktif'in ekonomik açıdan aktif olmayan AB vatandaşlarının üç aydan uzun oturum koşullarına ilişkin bir başvuru (C-323/23 nolu 25.05.2023 tarihli dosya) Divan'ın önündedir.

76 Peyrl, 2020, s. 118-120. Mezkur Direktifin ve ABAD'ın içtihadının ulusal plandaki akislerini tahlil etmek üzere Avusturya ve Fransa kamu otoritelerinin pratiklerine odaklanan bir çalışma çarpıcı hususları dikkatlere sunmaktadır; buna göre, her ne kadar AB mevzuatı ve içtihat hukuku üç aydan uzun süreli oturumlarda sosyal refah sistemine makul olmayan yük getirmeme koşulunu sağlamayan AB vatandaşlarını *de jure* sınır dışı etme yetkisi veriyorsa da Avusturya kamu makamlarının bu yetkiyi *de facto* olarak çok nadiren kullandıkları gözleminde bulunulmuştur; zira bu kişiler ertesi gün aynı ülkeye yeniden gelebileceklerdir. Öte yandan, Avusturya makamları uzun süreli oturum hakkı belgesi olanların sosyal yardımlara başvurma hakkını, böyle bir başvurunun oturum hakları üzerinde olumsuz sonuçları olabileceği uyarısında bulunarak bertaraf etme yoluna gidebilmektedir. Fransa uygulamasında ise, mezkûr gerekçeyle *de jure* sınır dışı etme yetkisinin *de facto* olarak sadece iki üye devlet vatandaşlarına, Romanyalılar ve Bulgaristanlılara karşı uygulandığına, diğer üye devlet uyruklarına nadiren uygulandığına dikkat çekilmektedir: Anita Heindlmaier, "Mobile EU Citizens and the "Unreasonable Burden": How EU Member States Deal with Residence Rights at the Street Level", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild (Leiden, Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 129-154), s.137-150.

yarattığına benzer şekilde, ulus-devletin aşılıp aşılmadığı, ulus-devlet vatandaşlığının yerini yeni bir (post-ulusal) vatandaşlığa bırakma sürecine girilip girilmediği şeklindeki temalar etrafında gelişen tartışmaları alevlendirmiş görünmektedir. Uygulamadaki karşılığı ve AB vatandaşlarının yaşam planlarına, gündelik yaşamlarına kapsamlı etkisi itibariyle serbest dolaşım ve yerleşme (ikamet etme) hakkı, AB vatandaşlarına tanınan haklar arasında öne çıkmış ve giderek AB vatandaşlığının ağırlık merkezini oluşturmuştur. AB vatandaşlığının sembolik konumdan çıkıp etkili bir işlev kazanmasının, keza serbest dolaşım ve yerleşme hakkının birtakım sosyal hakları da içerecek bir etki gücüne kavuşmasının ise, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın kararları sayesinde olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir.

AB vatandaşlığının konu edildiği ilk vakalarda gerek ABAD hukuk sözcüleri, gerekse ABAD'ın kendisi, önüne gelen konuları AB vatandaşlığı çerçevesinde ele almak konusunda isteksiz davranmıştır. Bununla birlikte, *Boukhalfa* davasından itibaren hukuk sözcülerinde farklı bir çizginin ilk işaretleri ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım değişikliğinin hukuk sözcüsünün mütalaasında yankılanmaya devam ettiği *Martínez Sala* davasında Divan, ilk kez AB vatandaşlığı kurumunu somut vakanın hukukî tahlilinde irdelemiş ve milliyet (ulusal vatandaşlık) temelinde ayrımcılık yapılamayacağı kuralını destekleyici bir norm olarak AB vatandaşlığına göndermede bulunmuştur. Divan, *Bickel ve Franz* davasında *Sala* kararında izlediği hattı takip ederek, AB vatandaşlığını *destek norm* olarak kullanmayı sürdürmüştür.

AB vatandaşlığının ABAD içtihat hukukundaki ikinci evresinin eşiğini ise *Grzelczyk* davası oluşturmuştur. Bu davayla birlikte, Divan'ın AB vatandaşlığını ihtilafın çözümünde temel norm olarak kullanmaya başladığı, keza, bu davaya ilişkin Divan kararıyla birlikte, AB vatandaşlığının birtakım sosyal haklara erişimi mümkün kılacak bir kapsam genişliğine ulaştığına tanık olunmuştur. AB vatandaşlığının bu tarz bir kapsam genişliğine ulaşmasında Divan'ın AB vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım ve yerleşme hakkını yorumlama şeklinin belirleyici olduğu görülmüştür. AB vatandaşlığının ABAD içtihat hukukundaki üçüncü evresi olarak anılabilecek döneme ise *Collins* davasıyla geçilmiştir. Bu davadaki kararında Divan, *Martínez Sala* ile başlayıp *Grzelczyk* ile zirveye ulaşan AB vatandaşlığını güçlendirip işlevsel hale getirme çizgisini korumakla birlikte, bu eğilimini dengeleme ve bu suretle de AB vatandaşlarının primsiz sosyal yardım türlerine kolayca erişmelerini engelleme yoluna gitmiştir. Bu denge arayışının, 1990'lı yıllarda ve özellikle de 2000'lerde Avrupa'nın genelinde güç kazanan ve temel sonucu sosyal haklarda daralma olan sosyal politikalarla uyumunun da dikkat çekici olduğu kaydedilmek gerekir.[77]

ABAD, *Collins* davasında cisimleşen denge arayışını, sonraki kararlarında da sürdürmüş, AB vatandaşlığını sosyal haklar zemininde dayanak yapma çizgisinden zamanla uzaklaşmıştır. 2013'e tarihlenen bir dizi kararında, sosyal yardımlara hak kazanmaya getirilen koşulların keyfî, orantısız olamayacağı şeklindeki vurgularıyla AB vatandaşlığını işlevsel ve güçlü tutma eğilimini de sergilemiş olmakla birlikte, 2014 yılından itibaren 'sosyal refah turizmi' olarak anılan eğilimi püskürtme önceliğine geçerek AB vatandaşlığının bilhassa prime dayanmayan sosyal yardımlardan yararlanılmasında koşulsuz dayanak oluşturması şeklindeki içtihadından vazgeçmiştir.

---

[77] Sosyal devlet ve sosyal haklarla ilgili bu gerileme sürecinin tahlili için bkz. Uğur Kara, Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü (İkinci Basım. Adana: Karahan Kitabevi, 2013).

2023 verilerine göre, AB'de nüfusun %3'ü (14 milyon) ikamet ettiği AB ülkesinden başka bir AB ülkesinin vatandaşıdır ve %6'lık bir kesim ise (27 milyon) AB üyesi olmayan ülkelerin vatandaşıdır.[78] Başka bir anlatımla, AB nüfusunun %3'lük cüzi bir kesimi serbest dolaşım ve yerleşme hakkından yararlanmaktadır. Bu kesimin, her durumda sadece ekonomik saiklerle hareket ediyor olmasa da kendi ülkelerinde ekonomik sorunların varlığına bağlı olarak serbest dolaşım ve yerleşme haklarını kullanmaya yöneldiği kaydedilmiş; çoğunluğunu vasıfsız işçiler ve kadınların oluşturduğu bu kesimin, ev sahibi ülke vatandaşlarıyla ekonomik eşitliği nadiren yakalayabildiği, düşük gelir düzeyi, kötü barınma ve büyük yoksulluk riskiyle sonuçlanan bir dizi fiilî engellerle karşı karşıya olduğuna dikkat çekilmiştir.[79] ABAD, AB vatandaşlığını işlevsel kılmış ve bu işlevselliği bilhassa sosyal haklar alanında görünür hale getirmiştir; lakin, zamanla sosyal devlet anlayışındaki gerilemeyle uyumlu görünen AB mevzuatının lafzına katı bağlılıkla bu pozisyonunu terk etmiş görünmektedir. Serbest dolaşım haklarını kullanan toplum kesimlerinin yukarıda anılan niteliğinden dolayı, bu değişimin orta ve uzun vadede sosyal ve ekonomik sorunları artırabileceği, keza, serbest dolaşım haklarını kullananların toplam AB nüfusu içindeki oranını gittikçe düşürebileceği öngörüsünde bulunmak mümkündür. 2018 verileri itibariyle serbest dolaşım haklarını kullanarak vatandaşı olduğu AB ülkesinden başka bir AB ülkesinde ikamet edenlerin toplam AB nüfusu içindeki oranının %3,8'den[80] 2023 yılında %3'e gerilemiş olması bu öngörüyü desteklemektedir.

---

78 "Migration and Asylum in Europe-2024 Edition", <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/migration-2024> (erişim tarihi: 23.03.2025).

79 Elspeth Guild, "Who Wants to Be an EU Citizen?", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild (Leiden, Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 17-35), s. 33.

80 Guild, 2020, s. 23.

KAYNAKÇA

a. Eserler

"Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)", *AnaBritannica*, C. 3, İstanbul: Ana Yayıncılık, 1994, ss. 409-411.

Batır K, "Antlaşmalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Avrupa Birliği Vatandaşlığı", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 25, Sayı:1: 133-159 (2017).

Bellamy R / Warleigh A, "From an Ethichs of Integration to an Ethichs of Participation: Citizenship and the Future of the European Union", *Journal of International Studies,* Vol.: 27, No: 3: 447-470 (1998).

Büyükkılıç G, "Discrimination in the European Union: A Problem Aimed to Be Resolved or Just an Instrument to Serve the Economic Targets?" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, Sayı: 1-2: 437-469 (2011).

Costamagna F / Montaldo S / Romanelli F, Access to Social advantages for EU Citizens and Third Country Natıonals Under the Law of the European Union: Essential Text Cases and Materials, Universita di Torino, 2022.

Gago A / Maiani F, "'Pushing the Boundaries': A Dialogical Account of the Evolution of European Case-Law on Access to Welfare", Journal of European Integration, Vol.: 44, No: 2: 261-275 (2022).

Göztepe E, "Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve "Göçmen Forumu" Örnekleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* C. 52, Sayı: 4: 229-248 (2003).

Guild E, "Who Wants to Be an EU Citizen?", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild. Leiden, Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 17-35.

Gündüzler U, "AB Vatandaşlığının Avrupa Bütünleşmesindeki Yeri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", C. 32, Sayı: 2: 39-72 (2013).

Hanlon J, *European Community Law.* Third Edition. London: Sweet and Maxwell, 2003.

Hartley T C, *The Foundations of European Community Law.* Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Heindlmaier A, "Mobile EU Citizens and the "Unreasonable Burden": How EU Member States Deal with Residence Rights at the Street Level", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild. Leiden, Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 129-154.

Jacobs F G, "Citizenship of the European Union: A Legal Analysis", *European Law Journal*, Vol.: 13, No:5: 591-610 (September 2007).

Kara U, Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü. İkinci Basım. Adana: Karahan Kitabevi, 2013.

Kochenov D, "The European Citizenship Concept and Enlargement of the Union", *Romanian Journal of Political Science,* Vol.:3, No: 2: 71-97 (2003).

"Migration and Asylum in Europe - 2024 Edition", <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/migration-2024> (erişim tarihi: 23.03.2025).

Peyrl J, "The Judgments of Brey, Dano, Alimanovic: A Case of Derogation or a Need to Solve the Riddle?", EU Citizenship and Free Movement Rights: Taking Supranational Citizenship Seriously. Ed.: Sandra Mantu /Paul Minderhoud/ Elspeth Guild. Leiden. Boston: Koninklijke Brill NV, 2020, ss. 105-128.

Shaw J, "The Interpretation of European Union Citizenship", *The Modern Law Review*, Vol. 61, No: 3: 293-317 (May 1998).

b. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları ve Hukuk Sözcülerinin Mütalaaları

C-193/94, Sofia Skanavi & Konstantin Chryssanthakopoulos. Divan'ın Kararı. [1996] ECR I-00929.

C-193/94, Hukuk Sözcüsü LÉGER'in Mütalaası, Sofia Skanavi & Konstantin Chryssanthakopoulos. [1995] ECLI:EU:C:1995:331

C-214/94, Hukuk Sözcüsü LÉGER'in Mütalaası, Boukhalfa v. Bundesrepublic Deutscland. [1995] ECLI:EU:C:1995:381

C-65/95 ve C-111/95, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, The Queen v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Shingara and Radiom. [1996] ECLI:EU:C:1996:451

C-64/96 ve C-65/96, Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker ve Vera Jacquet v. Land Nordrhein-Westfalen, Divan'ın Kararı. [1997] ECR I-03171.

C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern. Divan'ın Kararı. [1998] ECR I-02691.

C-85/96, Hukuk Sözcüsü LA PERGOLA'nın Mütalaası, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern. [1997] ECLI:EU:C:1997:335

C-274/96, Bickel & Franz. Divan'ın Kararı. [1998] ECR I-07637.

C-274/96, Hukuk Sözcüsü JACOBS'un Mütalaası, Bickel & Franz. [1998] ECLI:EU:C:1998:115.

C-224/98, Marie-Nathalie D'Hoop v. Office National de l'Emploi. Divan'ın Kararı. [2002] ECR I-06191.

C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve. Divan'ın Kararı. [2001] ECR I-06193.

C-184/99, Hukuk Sözcüsü ALBER'in Mütalaası, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale Ottignies-Louvain-la-Neuve. [2000] ECLI:EU:C:2000:518

C-413/99, Baumbast v. Secretary of State for the Home Department. Divan'ın Kararı. [2002] ECR I-07091.

C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions. Divan'ın Kararı. [2004] ECR I-02703.

C-138/02, Hukuk Sözcüsü RUIZ-JARABO COLOMER'in Mütalaası, Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions. [2003] ECLI:EU:C:2003:409.

C-258/04, Ioannis Ioannidis v. Office National D'Emploi. Divan'ın Kararı. [2005] ECR I-08275.

C-406/04, Gérald De Cuyper v. Office National de L'Emploi. Divan'ın Kararı. [2006] ECR I-06947.

C-192/05, Tas-Hagen & Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad. Divan'ın Kararı. [2006] ECR I-10451.

C-499/06, Halina Nerkowska v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie. Divan'ın Kararı. [2008] ECR I-03993.

C-523/11 ve C-585/11, Laurence Prinz v. Region Hannover ve Philipp Seeberger v. Studentenwerk Heidelberg. Divan'ın Kararı. [2013] ECLI:EU:C:2013:524.

C-140/12, Brey v. Pensionsversicherungsanstalt. Divan'ın Kararı. [2013] ECLI:EU:C:2013:565.

C-333/13, Dano v. Jobcenter Leipzig. Divan'ın Kararı. [2014] ECLI:EU:C:2014:2358.

C-67/14, Alimanovic v. Jobcenter Berlin Neukölln. Divan'ın Kararı, [2015] ECLI:EU:C:2015:597.

C-299/14, Garcia-Nieto and Others v. Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen. Divan'ın Kararı, [2016] ECLI:EU:C:2016:114.

C-181/19, Jobcenter Krefeld - Widerspruchsstelle v. JD. Divan'ın Kararı. [2020] ECLI:EU:C:2020:794.

DEVLETİN EGEMENLİK ALANLARINDA YABANCILARIN ULUSLARARASI KORUMA HAKKI

The Right of Foreigners to International Protection in State Sovereign Areas

Dr. Ertuğrul YAZAR*

Öz: Küresel ölçekte zorla yerinden edilen kişi sayısı ve uluslararası korumadan faydalanmak isteyen yabancı sayısı hızla artmaktadır. Egemenlik yetkisinden hareketle devletler, uluslararası hukuk kuralarına uygun olmak kaydıyla, yabancıların ülkelerine girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkına sahiptir. Uluslararası korumadan faydalanmak isteyen yabancıların hak ve özgürlükleri ile devletin egemenlik alanları olan kara, deniz ve hava sahalarında almış olduğu önlemler arasında bir gerilim yaşanmaktadır. Bu çalışma, yabancıların uluslararası koruma hakkını uluslararası hukukta geniş yorumlanan devletin egemenlik alanlarında nasıl gerçekleştirebileceğinin hukukiliğini ve pratiğini araştırmak üzerine kuruludur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Yabancılar Hukuku, Devletin Egemenlik Alanları, Kara, Deniz ve Hava Ülkesi, İnsan Hakları, Uluslararası Koruma Hakkı.

Abstract: The number of forcibly displaced people and the number of foreigners seeking international protection is rapidly increasing on a global scale. States have the right to control the entry, residence, and expulsion of non-nationals based on sovereign authority, provided that they comply with the rules of international law. There is a tension between the rights and freedoms of foreigners seeking to benefit from international protection and the measures taken by the state in its sovereign areas of land, sea, and air. This study investigates the legality and practice of how foreigners can realize their international protection right in the state's sovereign areas, which are interpreted broadly in international law.

Keywords: International Law, Law on Foreigner, Sovereign Areas of the State, Land, Sea and Air Territory, Human Rights, Right to International Protection.

* İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, yazarertugrul@gmail.com

ORCID: 0000-0002-2508-1201 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676794

Makale Geliş Tarihi: 17.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 19.03.2025

GİRİŞ

Uluslararası hukukta yabancı; *"yaşadığı ülkenin uyruğu olmayan birey"* şeklinde tanımlanmaktadır.[1] Yabancı kategorisinde; yabancı devlet vatandaşları, vatansızlar, göçmenler, mülteciler, uluslararası koruma arayan kişilerin dâhil edildiği görülmektedir.[2] "Göçmen" kelimesi bir yerden, bölgeden veya ülkeden başka bir yere taşınan bir kişiyi tanımlarken "sığınmacı" terimi mültecilik statüsü kapsamında yaptığı başvurunun açıklanmasını bekleyen ve uluslararası koruma arayan bir göçmeni ifade etmektedir. Mülteci ise uluslararası koruma statü başvurusu resmi makamlarca olumlu olarak karara bağlanmış kişidir.[3] Söz konusu gruplar arasındaki anlam farklılığı bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmakla beraber üç grubun da yabancı kategorisinde yer aldığı dikkate alınarak çalışmada geniş ölçekte kavramsal olarak "yabancı" terimi tercih edilecektir.

Küresel Eğilimler Raporuna göre, 2023 yılı sonu itibarıyla dünya genelinde zulüm, şiddet, çatışma, istikrasızlık, insan haklarına yönelik ihlaller ve kamu düzenini bozan hadiseler sebebiyle yaklaşık 43,4 milyonu mülteci olmak üzere 117,3 milyon kişinin zorla yerinden edildiği ve Nisan 2024'ün sonuna kadar bu rakamın 120 milyonu aşmasının muhtemel olduğu tahmin edilmektedir. Uluslararası koruma bekleyenlerin sayısı ise 2022 yılı sonuna göre %26 artarak 2023 yılında toplam 6,9 milyona ulaşmıştır. Her ne kadar 2023 yılında alınan esaslı kararların sayısı bir önceki yıla göre %8 artarak 1,4 milyona ulaşsa da yeni bireysel uluslararası koruma başvuruları esaslı kararları geride bırakmaya devam ederek birikmiş başvuru sayısını artırmaktadır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) verilerine göre, 2023 yılındaki yeni bireysel uluslararası koruma başvurularının sayısı 2022 yılına göre % 40 artarak 3,6 milyona ulaştırmıştır.[4]

Devletler, yerleşik uluslararası hukuk kuraları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi antlaşma yükümlülüklerine uygun olmak kaydıyla, yabancı uyruklu kişilerin ülkelerine girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini belirli sınırlamalarla birlikte kontrol etme hakkına sahiptir. Yani devletler ancak uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak egemenlik yetkilerini kullanmalı ve sayısal artışların beraberinde insan hakları ihlallerini gündeme getirmemesi gerekmektedir. Ancak BMMYK'nın "Uluslararası Sınırlarda İnsan Haklarına İlişkin Önerilen İlkeler ve Yönergeler" başlıklı belgesinin girişinde; dünya çapında kara, deniz ve hava sınırlarında göçmenlerin ayrımcılığa, keyfi karar süreçlerine, hukuka aykırı profillemeye ve gizlilik hakkına orantısız müdahaleye, işkenceye ve cinsel ve cinsiyete dayalı şiddete, tehlikeli müdahale uygulamalarına ve uzun süreli veya keyfi gözaltılara maruz kaldığı

---

1 BM Genel Kurulu, Yaşadıkları Ülkelerin Uyruğu Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirgesi, New York, 1985, m. 1.

2 Ergin Ergül, "Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri", C. 1, S. 475, 2012, Türk İdare Dergisi, s. 215.

3 Ertuğrul Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü", C. 26, S.4, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 317.

4 BMMYK, Global Trends Forced Displacement in 2023, Cenevre, BMMYK Yayını, 2024, s. 2; s. 37.

belirtilmektedir. Dolayısıyla yabancıların uluslararası koruma hakkıyla devletlerin egemenlik yetkileri arasında bir gerilim olduğu ifade edilebilir.[5]

Özellikle Suriye'de gelişen iç savaş sebebiyle gerek uluslararası koruma arayan kişilerin sayısında gerekse de bu süreçte yaşanan uluslararası hukuk ihlallerinde bir artış yaşandığı ve konunun yargısal organlar tarafından da sıklıkla değerlendirildiği anlaşılmaktadır.[6] Özellikle AİHM, açık denizlerde, havalimanlarında, kara sınırlarında ve bölgeye girdikten kısa bir süre sonra bireylerin veya grupların geri dönüşlerini farklı Sözleşme hükümleri uyarınca inceleyerek devletlerin yabancıları sınırlarından geri çevirme hakkı üzerindeki belirli sınırlamalar üzerinde durmuştur. Geri göndermeme ilkesi, etkili başvuru hakkı başta olmak üzere çalışma kapsamında derinleşmek üzere uygun düştüğü ölçüde söz konusu yargı kararlarından istifade edilmiştir.[7]

Devletin egemenlik alanları olan kara, deniz ve hava sahalarında, yabancıların uluslararası koruma hakkını nasıl gerçekleştirebileceği, yabancıların hukuki akıbetlerinin ne olacağı, yabancıların bu süreçteki hak ve güvencelerinin neler olduğu ve devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüklerinin neler olduğu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı, yabancıların uluslararası koruma hakkının devletin egemenlik alanlarındaki hukukiliğini ve pratiğini araştırmak ve devletlerin egemenlik yetkisine dayanarak sınırlarını kontrol etme sürecinde uyması gereken uluslararası hukuk standartlarını belirlemektir.

Çalışma kapsamında ilk olarak uluslararası insan hakları hukukunda yabancıların uluslararası koruma hakkı üzerinde durulacak, ardından devletin egemenlik alanları belirlenmeye çalışılmıştır. Uluslararası hukukta egemenliğin geniş yorumu esas alınarak devletin kara topraklarında, deniz alanlarında ve hava sahasında yabancıların uluslararası koruma hakkına etki eden unsurlar ve güvenceler ele alınmıştır. Bu çerçevede bilhassa güncel yargı kararlarından faydalanılmış ve bu kararlarının yabancıların uluslararası koruma hakkıyla ilgili sonuçları analiz edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca her bir başlık altında saha örnekleri derlenerek konunun derinleştirilmesi amaçlanmıştır. Son olarak yabancının sınır dışı edilmesinde sahip olduğu güvenceler ve geri göndermeme ilkesi uluslararası hukuk açısından dikkate alınarak aktarılmıştır. Devletin kara, deniz ve hava ülkesindeki egemenlik alanlarındaki takdir marjı ile uluslararası hukuku etkileyen ve dönüştüren güncel yargı kararları sentezlenmiş ve analiz edilmiştir. Bu çerçevede dinamik bir alan olan yabancıların uluslararası koruma hakkının olası etkileri belirlenmeye çalışılmıştır.

I. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA YABANCILARIN ULUSLARARASI KORUMA HAKKI

Göç Terimleri Sözlüğüne göre sığınma; "*bir Devletin geri göndermeme (non-refoulement) ilkesi ve uluslararası veya ulusal düzeyde tanıdığı mülteci haklarına dayalı*

---

5 BMMYK, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders, Cenevre, 2014, s. ii.

6 Council of Europe (CoE) / European Court of Human Rights (ECHR), Asylum, Strazburg, CoE Yayını, 2016, s. 1-7.

7 CoE / ECHR, Key Theme – Summary returns of migrants and/or asylum-seekers ("push-backs") and related case scenarios, Strazburg, CoE Yayını, 2024, s. 1-14.

olarak topraklarında verdiği bir koruma türüdür". Bu koruma, vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülkede koruma sağlanamayan ve özellikle ırkı, dini, uyruğu, belirli bir gruba aidiyeti veya siyasi ve felsefi görüşü nedeniyle zulüm görmekten korkan kişiye verilmektedir.[8]

Uluslararası koruma ise, kişiye devletinin sağlamadığı veya artık sağlayamadığı ulusal korumanın uluslararası camia tarafından sağlandığı ikame koruma türüdür.[9] BMMYK'nın "*Master Glossary of Term*" adlı sözlüğüne göre uluslararası koruma; menşei veya daimi ikamet ülkesinin dışında bulunan ve orada risk altında olacağı için geri dönemeyen ve ülkesinin kendisini koruyamadığı veya korumak istemediği durumlarda uluslararası hukuka dayanan ve uluslararası toplum tarafından sağlanan korumadır.[10] Uluslararası korumadan faydalanarak yabancı bir ülkede kalma hakkının "mutlak" olmadığı belirtilmelidir. Yabancı bir ülkede kalmak için hem 'haklı bir neden (zulüm korkusu)' hem de yabancıların ev sahibi devletin yasalarına saygı duyması gerekmektedir.[11]

Master Glossary of Term sözlüğü uluslararası korumadan yararlanmaya ihtiyaç duyacak kişileri; uluslararası, bölgesel ve ulusal mülteci hukukunun korumasından yararlanan mülteciler, bu tür yasalar uyarınca mülteci olarak nitelendirilmeyen ancak geri dönemeyen kişiler (örneğin afetler veya iklim değişikliği bağlamında uluslararası bir sınırın ötesine yerinden edilmiş ancak mülteci olmayan kişiler) ve ikamet ülkesinin tam ulusal korumasından yararlanamayan vatansız kişileri kapsayacak şekilde geniş ele almıştır.[12] Kişilerin yanı sıra korumanın tüm hukuk kurallarını ve tüm aktiviteleri içerecek şekilde geniş tutulduğu belirtilmelidir. Göç Terimleri Sözlüğüne göre insan hakları, insancıl hukuk ve yabancılar hukuku gibi ilgili tüm hukuk dallarının ruhu ve sözüne uygun biçimde kişi haklarının tamamen gözetilmesi ve koruma sağlamayı amaçlayan tüm aktiviteleri kapsaması uluslararası korumanın nitelikleri arasındadır.[13]

Aynı zamanda iltica hakkı veya sığınma prosedürüne erişim hakkı olarak da ifade edilen ve bu çalışmada kullanımı tercih edilen uluslararası koruma hakkı, yabancıların en temel insan haklarından biridir. Bu hakkın gerek kişiler, gerek ilgili hukuk dalları ve gerekse de koruma sağlamayı amaçlayan tüm aktiviteleri kapsamasına rağmen kişilerin bir hakkı değil "*devletlerin ihsan ettiği bir*

---

8 Uluslararası Göç Örgütü (IOM), Göç Terimleri Sözlüğü, Cenevre, IOM Yayını, 2009, s. 73.

9 Tevfik Odman, Mülteci Hukuku, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜ SBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınevi, Ankara, 1995, s. 20-21; Mesut Aygün ve Cansu Kaya, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", C. 7, S. 1, 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 90; Sibel Özel, "Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi", C. 37, S. 2, 2018, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s.252.

10 BMMYK, Master Glossary of Terms, Cenevre, 2024, s. 1.

11 Vincent Chetail, "Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel", C. 27, S. 4, European Journal of International Law, 2016, s. 909.

12 BMMYK, 2024, s. 1.

13 IOM, s. 60.

lütuf" şeklinde algılanması, uygulamada karşımıza çıkan bir sorun alanıdır. Sancar (1986), uluslararası koruma hakkının devletin kendi iç hukukuna göre veya diğer devletlerle yapacağı sözleşmeler uyarınca kullanabileceği bir "*egemenlik tasarrufu*" olarak görüldüğünü ve tanınmasının ancak devletlerin tasarrufuna bırakılmış bir "*devlet hakkı*" olarak pratikte karşılık bulduğunu belirtmektedir.[14]

Uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı tartışma konusudur. Grotius, kendi ülkelerinden kovulan ve başka bir yerde uluslararası koruma arayan yabancılara uluslararası koruma hakkı verilmemesi gerektiğini, bu hakkın sadece haksız yere acı çekenlerin yararına olması gerektiğini ve kötü niyetli uygulamaları belirli bir insana veya genel olarak insan toplumuna zarar verenler için reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir.[15] Pufendorf ise faydacı bir yaklaşımla; zenginlik veya çalışkanlık açısından seçkin olan ve ülkenin dini veya Anayasasını bozma olasılıkları olmayan az sayıda kişinin kabul edilebileceğini ancak büyük bir kalabalığın yerli halkı tehlikeye atacağından kendi çıkarları ve güvenliği için kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.[16] Wolff ise milletlerin özgürlüğüne vurgu yaparak bir sürgüne maruz kalan kişilerin dünyanın herhangi bir bölgesinde ikamet etme hakkına sahip olduğunu bu durumun herhangi bir ülkeye yerleşme konusunda mutlak bir hak olarak yorumlanamayacağını savunur. Dolayısıyla sürgün edilen bir yabancının başka bir ülkede sığınma hakkı olmakla birlikte hiçbir ulus sürgünleri kabul etmeye zorlanamaz. Vattel de kendisini açık bir tehlikeye maruz bırakacağı veya ciddi bir sıkıntıya sokacağı zaman, devletlerin bir yabancıyı kendi topraklarına kabul etmeyi reddetme hakkına sahip olduğunu belirtir. Sürgün edilme, maruz kalan kişiye istediği ülkeyi seçme ve oraya istediği gibi yerleşme konusunda mutlak bir hak tanımaz.

Uluslararası koruma hakkı, birçok uluslararası insan hakları metninde düzenlenmiştir. Bu hak ilk olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin (İHEB) 14'üncü maddesinde yer almıştır: "*Herkesin zulüm karşısında başka memleketlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir*" (İHEB, m.14). İHEB sadece tavsiye niteliği taşımakta olup hukuken bağlayıcı değildir. Ancak azınlıkta kalan görüşle birlikte İHEB'e bağlayıcılık atfedilse bile 14'üncü maddeden uluslararası korumadan faydalanma yönünde garanti altına alınmış bireysel bir hak çıkarmanın mümkün olmadığı savunulmaktadır.[17]

Yabancıların insan haklarını en geniş ölçekte ele alan Birleşmiş Milletler (BM) Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi), uluslararası koruma hakkını tanımanın, bazı ülkelere son derece ağır yük yükleyebileceğini ve uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir çözüme ulaştırılamayacağını dikkate alarak başlamaktadır (Cenevre Sözleşmesi Başlangıç). Ayrıca her mültecinin bireysel statüsünün bulunduğu ülkenin

---

[14] Bülent Peker / Mithat Sancar, Mülteciler ve İltica Hakkı: Yaşamın Kıyısındakilere Hoşgeldin Diyebilmek, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara, 1986, s. 8.

[15] Nur Syairah Rosman / Hani Nasuha Hamidon / Nabeel Mahdi Althabhawi, "The Right of Asylum in Jurisprudence Perspective", C. 5, S. 1, 2023, Current Legal Issues Journal, s. 137.

[16] Chetail, s. 911.

[17] Zafer Gören, "Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı: Federal Alman Anayasası Md. 16 ve II 2 nin Sığınma Temel Hakkı ve Sığınmacıların Türkiye'deki Hukuksal Statüsü", C. 10, S. 93, 1993, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 286.

yasalarına tabi olduğu hususunu belirterek devletlerin takdir yetkisine de yer vermektedir (Cenevre Sözleşmesi, m.12). Görüleceği üzere Cenevre Sözleşmesi yabancıların uluslararası koruma hakkını tam manasıyla tanımamaktadır.[18]

1967 tarihli BM Ülkesel Sığınma Bildirisi ise, İHEB'in 14'üncü maddesinde düzenlenen uluslararası koruma hakkının tanınmasının "*barışçıl ve insani bir eylem*" olduğunu ve dolayısıyla başka bir devlet tarafından düşmanlık faaliyeti şeklinde kabul edilemeyeceğini düzenlemektedir.[19] Bildiri ayrıca, uluslararası koruma hakkından faydalanmaya yönelik ilkeler belirlemiş ve bu ilkelere devletlerce uyulmasını tavsiye etmiştir. Bu bildirinin özelliği, Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Sözleşmeye ek ihtiyari protokolde daha önce hiç değinilmemiş olan uluslararası koruma hakkı konusuna yer vermesi ve tavsiye şeklinde bile olsa devletler için ilkeler belirlemiş olmasıdır.[20]

Yabancıların uluslararası koruma hakkının bölgesel metinlerde de yer aldığı görülmektedir. Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartı'nın 18'inci maddesi; "*İltica hakkı, mültecilerin statüsüne ilişkin 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokolün kuralları gözetilerek ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmaya uygun olarak teminat altına alınacağı*" hükmüyle mültecilerin insan haklarını düzenleyen Cenevre Sözleşmesine AB'nin bağlı olduğu taahhüdünde bulunmaktadır. Şartın 19'uncu maddesi toplu sınır dışı etme yasağını içermektedir. 20'nci maddesi ise; "*Hiç kimsenin, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tabi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir Devlete geri gönderilemeyeceği, sınır dışı edilemeyeceği veya iade edilemeyeceği*" hükmüyle geri gönderme yasağına (non refoulement ilkesi) yer vermektedir (AB Temel Haklar Şartı, m.18-20).

Yukarıda yer verilen sözleşmelerde hakkın sujesi olan kişilere tanınan hak ve özgürlükler, insan hakları yaklaşımı uyarınca devletler açısından yükümlülüğe dönüşmektedir. Bu bağlamda yükümlülük sahipleri "haklara saygı gösterme", "hakları koruma" ve "hakları yerine getirme" amacıyla yabancıların uluslararası koruma hakkı konusunda aktif rol almalıdır.[21] Bununla birlikte, söz konusu insan hakları metinleri incelendiğinde; uluslararası koruma hakkının en temel insan hakkı olarak düzenlendiğini, ancak bu hakkın talep edilmesinin devletlere otomatik olarak talebin olumlu sonuçlanması gerekliliği yönünde bir yükümlülük yüklemediğini bir kez daha belirtmek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle uluslararası koruma hakkı, talep edilen devlet için bir yükümlülük ve borç gibi talep eden için de bireysel bir hak değildir. Devletler her somut vakada durumun özelliklerine göre karar verme serbestisine sahiptir.[22]

Düştüğümüz tüm bu şerhlerle birlikte, uluslararası koruma hakkının giderek daha fazla ülke tarafından olumlu karşılanmaya başladığı da

---

18 Mesut Hakkı Caşın, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları (2 Cilt), Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 1438.

19 14 Aralık 1967'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir (2312 (XXII) sayılı karar), m. 1-4.

20 Caşın, s. 1439.

21 CoE, Practical Guide on the Human Rights Approach for Co-operation Projects, Strazburg, CoE Yayını, 2020, s. 6.

22 Işıl Egemen Demir, "YUKK Kapsamında Uluslararası Koruma Statüsü Sahiplerinin ve Sığınmacıların Ülkeden Uzaklaştırılması", C. 2, S. 1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 41.

belirtilmelidir. Rosman, Hamidon ve Althabhawi tarafından yürütülen bir çalışmada, bulgular giderek daha fazla ülkenin uluslararası koruma arayanları korumayı kabul ettiğini ve hukukçuların çoğunluğunun, sığınmacılara uluslararası koruma hakkı verilmesi gerektiğini düşündüklerini göstermektedir. Çalışmanın vardığı en önemli sonuç, ulusların ve bireylerin uluslararası koruma arayan yabancıların haklarına sürekli olarak saygı duymaya daha meyilli hale gelmeleridir.[23] Bununla birlikte çalışma kapsamında aksi yöndeki saha örnekleri de paylaşılacaktır.

Son olarak, bir yabancının uluslararası koruma statüsüne sahip olmasının başvuran açısından olumlu sonuçları olduğu da belirtilmelidir. Uluslararası insan hakları hukuku ve Avrupa hukukunda, uluslararası koruma arayan yabancıların özel korumaya ihtiyaç duyan özellikle dezavantajlı ve savunmasız bir nüfus grubuna ait olduğu ve bu sayede devletlere yüklenen yükümlülükler üzerinde bir etkiye sahip olduğu konusunda geniş bir fikir birliği bulunmaktadır.[24]

II. DEVLETİN EGEMENLİK ALANLARI

Devlet, ortak ülkü birliğine sahip insanların oluşturduğu ve bünyesinde yaşadığı, kara, deniz ve hava sınırlarını barındıran ve egemenliği uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak belirlenmiş tüzel kişilik şeklinde tanımlanmaktadır.[25] Devletin toprak unsuru ülke, beşeri unsuru millet ve iktidar unsuru ise egemenliktir.[26]

Devletin oluşmasında, insan topluluğunun belli bir toprak parçası üzerinde egemen olması gerekmektedir. Egemenlik Hinsley'e göre siyasal toplum üzerindeki mutlak ve üstün siyasal otorite, Loughlin[27] ve Morgenthau'ya göre belirli bir toprak parçasının sınırları içinde "*yüce otorite*" şeklinde hukuki kurallar koyan ve uygulayan kişi veya kişiler grubudur.[28] Her ne kadar Krasner'e göre egemenlik "uluslararası alanda egemenlik", "Vestfalya biçimi egemenlik", "iç egemenlik" ve "dış egemenlik" olmak üzere dört kısımda incelense de genellikle iç ve dış egemenlik olmak üzere iki tür egemenlik anlayışı günümüzde hâkimdir. Hoffman'a göre iç egemenlik, devletin belirli bir coğrafi alan ve insanlar üzerindeki mutlak hükmetme yetkisidir.[29] Dış egemenlik ise, uluslararası sistem içerisinde tüm devletlerin eşit özneler olarak belirlenmelerini ve birbirlerinin içişlerine karışmadan fiili bir özerkliğe sahip olmalarını ifade etmektedir.[30]

---

23 Rosman / Hamidon / Althabhawi, s. 132.

24 CoE / ECHR, 2016, s. 4.

25 Ömer Özkaya, "Devlet Olgusu Üzerine Bir Değerlendirme", C. 16, S. 1, 2020, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 344.

26 Kemal Gözler, Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s. 49.

27 Martin Loughlin, Sword and Scales - An Examination of The Relationship Between Law and Politics, Oxford Yayınları, Hart, 2000, s. 125.

28 Akt. Bkz. Serhat Altınkök, "Egemenliğin Dönüşümü: İnsan Hakları Alanındaki Gelişmelerin Devlet Egemenliği Sistemi Üzerindeki Etkileri", C. 8, S. 1, 2016, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, s. 218.

29 Stephen Krasner, Sovereignty: Organized Hypocrisy, Princeton Üniversitesi Yayınları, New Jersey, 1999, s.3.

30 Altınkök, s. 218.

Devletin toprak unsuru ise, uluslararası hukuktaki ülke (*territory, territoire*) şeklinde ifade edilmektedir. Devletin egemenlik alanlarını kullandığı ülke unsuru; kara, deniz ve hava ülkesini (sahasını) kapsayacak kısımlardan oluşmaktadır. Bu nedenle "devletin yetki alanları" ifadesi geniş anlamı ile kullanılmakta olup devletin egemenlik sınırları içinde ve dışındaki hak, çıkar, görev, yetki ve sorumluluklarının bütününü kapsayacak şekilde ele alınmaktadır.[31]

Devletin kara ülkesi, sınırını paylaştığı ülkeler arasında hukuka uygun olarak kabul edilen bir sözleşmenin belirlediği sınırdır.[32] Devletler topraklarını bilhassa devletlerin egemenlik sahalarının fiziki çerçevesini oluşturan ve dolayısıyla devletlerin egemenlik sahalarının sembolü kabul edilen sınırlar üzerinden korumaktadır.[33]

Devletlerin egemenlik haklarına sahip olduğu deniz ülkesi, esas hatla kara ülkesi arasında kalan iç sular ve bu hattın ötesine uzanan kara sularından oluşmaktadır.[34] Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine göre, sahildar devletin egemenliği kara ülkesinin ve iç sularının ötesinde karasuları denilen bir bitişik deniz bölgesine kadar uzanmaktadır. Bu egemenlik karasuları üzerindeki hava sahasını ve de bu suların deniz yatağı ile toprak altını da kapsamaktadır. Karasuları üzerindeki bu egemenlik uluslararası hukukun diğer kuralları dâhilinde de kullanılmaktadır.[35] Uluslararası deniz hukuku açısından kıyı devletinin hak sahipliğine göre kategorize edilen denizler; iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge ve açık denizlerden oluşmaktadır. İç sular, kıyı devletinin tam egemenliği altında bulunmaktadır.[36]

Devletin kara ülkesi ve deniz ülkesinin dış sınırlarını belirleyen hattın hava sahası aynı zamanda devletin hava ülkesini oluşturmaktadır. Aynı zamanda ulusal hava sahası olarak da ifade edilen hava sahası, bir devletin kara ülkesi ve karasularının üzerinde yer alan bütün hava sahasını içermektedir.[37]

Uluslararası hukuk uyarınca devletler tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahip bir biçimde kara, deniz ve hava ülkesine kimlerin girişine izin vereceğini belirlemede serbestliğe sahiptir. AİHM de kararlarında AİHS'ye taraf olan devletlerin, yerleşik uluslararası hukuk ve Sözleşme kurallarına uygun olarak,

---

31 Fuat Aksu, "Türkiye-Yunanistan İlişkilerinde Deniz Yetki Alanı Uyuşmazlıkları", C. 13, S. 2, 2024, Avrasya İncelemeleri Dergisi, s. 93.

32 Gözler, s. 68; Aksu, s. 95.

33 Feride Yılmaz / Özden Zeynep Oktav, Tarihsel Süreçten Günümüze Sınırların Evrimi ve Sınır-Göç İlişkisi, C. 4, S. 1, İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Disiplinlerarası Yenilik Araştırmaları Dergisi, 2024, s. 114-117.

34 Gözler, s.70; Nuray Karapınar, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Alanlarına İlişkin Bazı Kavramlar", C. 20, S. 1, 2015, MTA Doğal Kaynaklar ve Ekonomi Bülteni, s.16.

35 Aydoğan Özman, Birleşmiş Milletler III. Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984; Aksu, s. 96.

36 İsmet Balık, "Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları", C. 11, S. 1, 2018, Kent Akademisi Dergisi, s.87.

37 Gözler, s.75; Pazarcı, s.443.

yabancıların girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkına sahip olduğunu yinelemektedir.[38]

BMMYK; devletlerin kara, deniz (kara suları ve iç sular) veya hava ülkesine (ulusal hava sahası) yabancıların girişine ilişkin kuralları belirlemede geniş takdir yetkilerine sahip olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte uluslararası hukuk kuralları kapsamında, uluslararası sınırların insan hakları yükümlülükleri için bir "dışlama veya istisna bölgeleri" olmaması gerekmektedir. Ayrıca devletler sahip oldukları geniş takdir yetkilerini ancak uluslararası insan hakları hukuku kurallarına uygun olarak kullanabileceklerdir.[39]

III. ULUSLARARASI HUKUKTA EGEMENLİĞİN GENİŞ YORUMU

Devletlerin egemenlik yetkisinin hangi alanları kapsadığı, yabancılar söz konusu olduğunda yükümlülüklerinin hangi boyuta taşınabileceği ve egemenliğin ülke unsurları açısından yorumlanması, yabancıların uluslararası koruma hakkını belirlemede önem arz etmektedir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin (MSHUS) 2'nci maddesinde Sözleşmeye Taraf Devletlerin Sözleşmede tanınan hakları herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, kendi ülkesi üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi vaat ettiği belirtilmektedir (MSHUS, m.2.). Bu çerçevede Devletler, yalnızca vatandaşları için değil egemenliği yetkisi altındaki tüm kişilerin insan haklarının korunmasından sorumludur. Devletlerin egemenlik yetkisinin ise BM İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Adalet Divanı, AİHM gibi organlar tarafından birey lehine geniş yorumlanarak ele alındığı ilgili organların kararları üzerinden izah edilmeye çalışılacaktır.

BM İnsan Hakları Komitesi, Lopez Burgos v. Uruguay kararına konu olayda Burgos'un ilk tutuklandığı, gözaltına alındığı ve kötü muameleye maruz bırakıldığına yönelik iddialar, yabancı ülke için ileri sürülmüştür. Buna rağmen, BM İnsan Hakları Komitesi eylemlerin yalnızca gerçekleştiği yeri değil aynı zamanda kimler tarafından yapıldığı üzerinde durmuştur. Somut vakada eylemlerin yabancı ülkede hareket eden Uruguaylı ajanlar tarafından gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Dahası "*ülkesi içinde*" ifadesinin tam anlamıyla gerçek anlamlarına uygun olarak yorumlamanın ve ulusal sınırların ötesinde gerçekleşen herhangi bir davranıştan doğan sorumluluğu dışlamanın tamamen yanlış sonuçlara yol açacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Komite devletin ülkesinin dışında gerçekleşen olayların da Sözleşmenin kapsamına girdiğine kanaat getirmiştir.[40]

Uluslararası Adalet Divanı, egemenliği geniş yorumlayan bir başka kuruluştur. 2004 tarihli İsrail'in duvar inşasına ilişkin danışma görüşünde inşanın işgal edilen Filistin topraklarında gerçekleşmesi nedeniyle Divan, BM İnsan Hakları Komitesi'nin yaklaşımını benimsemiştir.[41] Divan; Devletlerin egemenlik

---

38 Salah Sheekh v. Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 1948/84, K.T. 23.5.2007, para. 135. (https://hudoc.echr.coe.int)

39 BMMYK, 2014, s. 1.

40 Delia Saldias de Lopez Burgos v. Uruguay Başvurusu, BM İnsan Hakları Komitesi, Başvuru No: 52/1979, K.T. 29.7.1981, para.12. (https://juris.ohchr.org/)

41 International Court of Justice (ICJ), Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, K.T. 9.7.2004, para. 109. (https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-204033/)

yetkisini kullandığı alanların öncelikle "ülkesel" olarak anlaşılmakla beraber, egemenlik yetkisinin ülkesel egemenlik alanı dışında da kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonunun 31'inci maddesinde yer alan genel yorum kuralı uyarınca MSHUS'un amaç ve hedeflerinin sözleşmenin extraterritorial (ülke dışı) uygulanmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu kapsamda, İsrail tarafından işgal edilen Filistin topraklarında inşa edilen duvarın Filistin toprakları sakinlerinin hareket özgürlüğü ile ilgili kişilerin çalışma, sağlık, eğitim ve yeterli bir yaşam standardı hakkını kullanmalarını engellediğine karar verilmiştir.[42]

Yabancıların uluslararası koruma hakkı kapsamında da egemenliğin geniş yorumlanması gerektiği belirtilmelidir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 29'uncu maddesi uyarınca antlaşmaların ülke itibariyle kapsamından; sözleşmeden farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya tespit edilmedikçe, bir sözleşmenin her bir Taraf Devleti ülkesi açısından bağlayacağı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Cenevre Sözleşmesinde gerek geri göndermeme ilkesinin yer bakımından uygulama alanına ilişkin bir hüküm bulunmaması gerekse de sözleşmenin sadece devletin kara ülkesinde ya da iç sularında uygulanacağına ilişkin bir sınırlama yapılmamış olması yabancıların uluslararası koruma hakkının geniş yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır.[43]

Görüleceği üzere, gerek sözleşmelerin amaç ve hedeflerinin uygulanabilmesi gerekse de yabancılar dâhil tüm insanların hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için egemenliğin geniş yorumlanmasının uluslararası insan hakları hukukunda tercih edilen bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir. Benzer yaklaşımın aşağıda daha detaylı izah edilecek kararlarla birlikte AİHM tarafından da benimsendiği belirtilmelidir. AİHS'nin 1'inci maddesinde geçen "kendi yargı yetki alanları içinde (within their jurisdiction)", bir Sözleşmeci Devletin, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasına yol açan kendisine atfedilebilen eylem veya ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşul olarak değerlendirilmektedir.[44] AİHS'yi onaylayan Devletler, "Taraf Devletler" olarak bilinirler ve yalnızca kendi vatandaşlarına değil, kendi yetki alanlarındaki herkese, Sözleşmede tanımlanan temel medeni ve siyasal hakları güvence ve garanti altına almayı taahhüt etmişlerdir. Bu taahhüt, ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın ulusal topraklarıyla sınırlı değildir, ancak bu yetki kendi topraklarında veya yurtdışında kullanılsın, fiili yetki ve sorumluluğu altındaki tüm kişileri kapsar.[45] AİHM verdiği kararlarla AİHS kapsamındaki "yargı yetkisi" kavramının Sözleşmeci Devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını hatırlatmaktadır.[46]

---

42 A.g.k., para. 134.

43 Demir, s. 51.

44 Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 48787/99, K.T. 8.7.2004, para. 311. (https://hudoc.echr.coe.int)

45 Committee on Legal Affairs and Human Rights, Areas where the European Convention on Human Rights cannot be implemented Report, K.T. 11.3.2003, (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10095&lang=EN)

46 CoE / ECHR, Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights, Strazburg, CoE Yayını, 2018, s. 1-13.

AİHM'e göre her ne kadar bir Devletin 1'inci madde kapsamındaki yargı yetkisi esas olarak bölgesel olsa da devletin, kendi ülkesi dışında faaliyet gösteren temsilcileri aracılığıyla bir birey üzerinde kontrol ve otorite uyguladığı ve dolayısıyla yargı yetkisine sahip olduğu her halde, devlet o kişinin hak ve hürriyetlerini koruma yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.[47] Ayrıca AİHS tarafından sağlanan korumanın değerlendirilmesi aşamasında AİHM, devletlerin hukuki girişin nerede gerçekleştiğine ilişkin kendi belirlediği kurallara tabi olmadığını belirtmektedir. Bu kapsamda sınırın devlet tarafından tanımlanması, bir devletin AİHS kapsamındaki kendi sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta yani egemenlik geniş yorumlanmaktadır.[48]

Son olarak yabancıların insan hakları açısından da egemenlik alanlarının kapsamı önemlidir. Bu çerçevede BMMYK, 'uluslararası sınırlar' terimi, siyasi varlıklar arasındaki toprakları veya deniz bölgelerini ayıran siyasi olarak tanımlanmış sınırları ve siyasi varlıkların kendi topraklarında veya toprakları dışında sınır yönetimi önlemlerini uyguladıkları alanları ifade edecek ölçüde geniş ele almaktadır. Bu alanlara örnek olarak; kara kontrol noktaları, tren istasyonlarındaki, limanlardaki ve havaalanlarındaki sınır karakolları, göç ve transit geçiş merkezleri, açık denizler ve sınır karakolları arasındaki sözde "kimsenin olmadığı topraklar" ile büyükelçilikler ve konsoloslukları dâhil etmektedir.[49]

IV. DEVLETİN KARA ÜLKESİNDE YABANCILARIN ULUSLARARASI KORUMA HAKKI

Devletlerin tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahip bir biçimde egemenlik hakkını kullandığı ülke alanlarından ilki, kara ülkesidir. Yabancılar genellikle, uluslararası koruma hakkını bir devletin kara ülkesinin sınırlarında ileri sürmektedir. Günümüzde zulüm, savaş ve/veya ekonomik zorluklar nedeniyle Suriye, Irak, Afganistan ve diğer ülkelerden kaçan göçmen ve mülteciler tarafından Avrupa, Amerika ve diğer gelişmiş bölgelere kitlesel göç hareketliliği yaşanmaktadır. Söz konusu göçler denizler üzerinden seyahatin tehlikeleri ve hava yoluyla çıkış veya girişin sıkı prosedürlere bağlı olması ve pahalılığı nedeniyle genellikle kara toprakları üzerinden gerçekleşmektedir. Küresel çapta yaşanan zorla yerinden edilmeler, üst üste 12 yıllık artışın ardından yaklaşık 120 milyon kişiye ulaşmıştır.[50] Bu durum sınır güvenliğini zorlaştırarak birçok bölgede daha fazla güvenlik önlemi alınması çağrılarına yol açmıştır. Devletler de ülke güvenliğini gerekçe göstererek kara sınırlarında yabancıların uluslararası koruma hakkını kullanılamaz hale getiren çok sayıda tedbir almıştır. Bu konuda ABD, Macaristan, Polonya ve İspanya örnekleri incelenmeye çalışılacaktır.

---

47 Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 55721/07, K.T. 7.7.2011, para. 137. (https://hudoc.echr.coe.int)

48 Esra Yılmaz Eren, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sığınma Hakkı: Sığınma Arama Hakkından Sığınma Aramaya Erişim Hakkına", C. 5, S. 2, 2023, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 797.

49 BMMYK, 2014, s. 4.

50 BMMYK, Küresel Eğilimler Raporu (https://www.unhcr.org/global-trends s.e.t. 13.01.2025)

Çoğunluğu Honduras'tan olmak üzere 1.500'den fazla kişiden oluşan Orta Amerikalı göçmen kervanının, önce Guatemala'ya ardından da çoğunluğunun Amerika Birleşik Devletleri'ne ulaşma niyetinde olması[51] ve kervanın Teksas, Arizona ve Kaliforniya sınır eyaletlerine yaklaşması sonrası ABD Başkanı Donald Trump ülkesinin güney sınırına 5.600 asker konuşlandırmaya karar vermiştir.[52] Kitlesel göçmen ve uluslararası koruma arayan yabancı akını nedeniyle binlerce askerin sınıra konuşlandırılması ABD ve dünya tarihinde bir ilktir. Ancak bu duruma gerekçe oluşturan 'işgal' ve 'egemenliğe karşı tehdit' kavramları her ne kadar BM Şartı'nın 2 (4)'üncü maddesinde yer alan güç kullanma tehdidi ve yasağının ihlal edildiği durumlarda kullanılan terminolojiyi andırsa da uluslararası hukukta göçmen ve uluslararası koruma arayan yabancılardan oluşan bir kolektifin veya insan akınının, BM Şartı madde 2 (4) anlamında bir tehdit oluşturmadığı ifade edilmelidir. Dolayısıyla yabancıların uluslararası koruma hakkını kullanılamaz hale getirecek şekilde binlerce askerin kara sınırına konuşlandırılmasının uluslararası insan hakları hukukuyla bağdaşmadığı ifade edilmelidir.[53]

Eylül 2015'ten itibaren "kriz durumu"nu iç hukukuna dâhil eden Macaristan da hem Macaristan'a düzensiz giren ve/veya Macaristan'da kalan üçüncü ülke vatandaşlarına hem de uluslararası koruma arayan yabancılara özel kurallar getirmiştir. Macaristan, kolluk kuvvetlerine ülkede düzensiz kalan göçmenlerin uluslararası koruma talebinde bulunmalarını engellemek için geniş yetkiler vermiştir. Bu sayede polis, yabancıların herhangi bir yasal prosedür veya bu önleme itiraz etme fırsatı olmaksızın sınır çitinin ötesine geri itme yetkisine sahip olmuştur.[54] Ayrıca Macaristan 2015 yılından beri uyguladığı olağanüstü hali, Nisan 2020 itibariyle, diğerlerinin yanı sıra Covid-19 virüsünün yayılmasını gerekçe göstererek süresiz olarak uzatacak bir yasa teklifinde bulunmuştur. Macaristan'ın uluslararası koruma arayan yabancıların haklarını kısıtlamak için "kitlesel göç nedeniyle kriz durumunu" gerekçe olarak kullandığı görülmektedir. Macaristan, 2018 yazında da uluslararası koruma arayanlara yardım etmeyi amaçlayan yasal faaliyetleri suç sayan bir yasa çıkarmıştır.[55] Düzenlemelerle uluslararası koruma arayan yabancılara ve mültecilere temel koşulların ötesinde maddi destek sağlayan hükümlerinin ve ülkede yasal olarak bulunanlar hariç, uluslararası koruma başvurularının yalnızca geçiş bölgelerinde yapılması mümkün kılınarak sınır prosedürünün kullanımının askıya alınması sağlanmıştır.[56]

---

51 Kirk Semple, Trump Threatens to Punish Honduras Over Immigrant Caravan, New York Times, 16.10.2018 (https://www.nytimes.com/2018/10/16/world/americas/trump-immigrant-caravan.html s.e.t. 13.01.2025)

52 Thomas Gibbons Neff / Helene Cooper, Deployed Inside the United States: The Military Waits for the Migrant Caravan, New York Times, 11.10.2018 (https://www.nytimes.com/2018/11/10/us/deployed-inside-the-united-states-the-military-waits-for-the-migrant-caravan.html s.e.t. 13.01.2025)

53 Lena Riemer, The Prohibition of Collective Expulsion in Public International Law, Berlin, Berlin Özgür Üniversitesi Yayını,2020, s. 242.

54 European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Hungary: Government Extends the "State of Crisis due to Mass Migration, 13.9.2019 (https://ecre.org/hungary-government-extends-the-state-of-crisis-due-to-mass-migration/ s.e.t. 13.01.2025)

55 Marta Pardavi / Grusa Matevzic / Julia Ivan / Aniko Bakonyi, Country Report: Hungary, ECRE Yayını, Brüksel, 2018, s. 66.

56 Riemer, s. 242.

AİHM'nin Ilias ve Ahmed v. Macaristan kararı, bir yabancının, uluslararası korumadan faydalanma talebinin esasına ilişkin inceleme yapılmadan üçüncü bir ülkeye gönderilmesi durumuyla ilgili önemli bir karardır. AİHM, böylesi bir durumda sınır dışı eden makamların önündeki temel sorunun, bireyin alıcı üçüncü ülkede yeterli bir uluslararası koruma prosedürüne erişip erişemeyeceği olduğunu belirtmiştir.[57] Kararda, devletin egemenlik alanları olan kara toprakları, deniz alanları ve hava sahası tartışılmıştır. Mevcut davada AİHM, başvuranların sınıra yürüyerek gidip Sırbistan'a geçmelerinin pratik olarak mümkün olduğunu belirtmiştir. Oysa Amuur v. Fransa davasında başvuranlar ne teoride ne de pratikte, bir uçağa binme yetkisi olmadan ve tek olası varış noktaları olan Suriye hakkında diplomatik güvenceler olmadan havaalanı bölgesinden ayrılamayacak bir konumdadır. Benzer şekilde J.R. ve diğerleri v. Yunanistan kararında da başvuranlar, bir gemiye binmek dışında, geldikleri ülke olan Türkiye'ye doğru yola çıkamayacak konumdadır.[58]

Bununla birlikte AİHM, başvurucuların, Sırbistan'a geri dönmeleri durumunda korktukları şeyin, doğrudan yaşamlarına veya sağlıklarına yönelik bir tehdit değil, Sırbistan'ın iltica sisteminin işleyişindeki eksiklikler ve bunun sonucunda uluslararası koruma taleplerinin uygun şekilde incelenmesi olmaksızın Sırbistan'dan Kuzey Makedonya Cumhuriyeti veya Yunanistan olmak üzere iki başka Sözleşmeci Devlete gönderilme riski olmasının öneminin altını çizmektedir.[59] Bu hususta AİHM bazı somut verilerin varlığına dayanmıştır. Bunlar arasında, Sırbistan'daki başarılı iltica başvurularının oranına ilişkin istatistikler; uluslararası standartlara uygun olarak iltica taleplerini değerlendirmek ve geri gönderilmeye karşı korumak için ilgili zamanda Sırbistan'da idari kapasite ve kaynakların eksikliği; Macaristan'dan Sırbistan'a tekrar giren yabancıların doğrudan Kuzey Makedonya sınırına otobüslere bindirildiği vakalara ilişkin açıklamalar; Macaristan'dan yeniden kabul edilen kişilere Sırbistan'da iltica başvurusunda bulunma hakkının reddedildiği vakalara ilişkin açıklamalar; Sırbistan'ın güvenli üçüncü ülkeler listesinin, özellikle Kuzey Makedonya ve Yunanistan üzerinden geçiş yapanlara otomatik olarak uygulanmasına ilişkin bilgiler.[60] Macaristan'ın başkaca ülkelerin eksik iltica sistemlerini telafi etmek için ek bir yük taşımaması gerektiği yönündeki iddiası da incelenmiştir. Bu konuda Mahkeme, başvuranların iltica taleplerinin esasını incelememeyi tercih eden Macaristan'ın, Sözleşme'nin 3'üncü maddesi uyarınca kötü muamele yasağının mutlak niteliğinden kaynaklanan kendi usul yükümlülüğünü yerine getirmemesini haklı çıkarmak için yeterli bir gerekçe olmadığını değerlendirmiştir. Dolayısıyla AİHM, bir yabancının uluslararası korumadan yararlanma talebinin esasına ilişkin inceleme yapılmadan Sırbistan gibi etkili bir iltica prosedürüne erişim imkânının olmadığı üçüncü bir ülkeye gönderilmesini hak ihlali olarak değerlendirmiştir.[61]

Çeçenistan'ı terk ederek Polonya'da uluslararası koruma başvurusu yapmak amacıyla Belarus'a giden başvurucuların AİHM'e başvurduğu M.A. ve

---

57 Ilias ve Ahmed v. Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 47287/15, K.T. 21.11.2019, para.131. (https://hudoc.echr.coe.int)

58 J.R. ve diğerleri v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22696/16, K.T. 28.5.2018, para. 7-16. (https://hudoc.echr.coe.int)

59 Ilias ve Ahmed v. Macaristan Başvurusu, para. 154-158.

60 A.g.k. para. 159.

61 A.g.k. para. 162.

diğerleri v. Litvanya kararı önemli çıktıları olan bir başka karardır.[62] Mahkeme ilk olarak kararda sözlü veya yazılı olarak uluslararası koruma başvurusunun dikkate alınmadığı üzerine eğilmiştir. Litvanya Hükümeti sınır kontrol noktasında görevli olan sınır muhafızlarının Rusça konuşup konuşamadığı veya Kiril alfabesini okuyup okuyamadığı konusunda herhangi bir bilgi vermediğini gözlemlemiştir. Oysa sınır muhafızlarının görevlerini yerine getirmek için gerekli dilleri öğrenmeye teşvik edilmeleri, sınır muhafızlarının üst düzey memurlar tarafından denetlenmesi veya hükümet dışı kuruluşlar tarafından sınırların izlenmesi dâhil devletlerin yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesine karşı yeterli güvenceler oluşturması gerekmektedir. Ayrıca Litvanya'ya girişlerinin reddedildiği yedi kararın hepsinde uluslararası koruma arayan Çeçen uyruklu yabancıların "sığınma" anlamına gelen "azul" kelimesini Kiril alfabesiyle yazdıkları anlaşılmıştır. Dolayısıyla kararın en önemli çıktılarından birinin AİHM tarafından uluslararası koruma prosedürüne erişimi sağlamak için tercümenin önemini vurgulaması olmuştur.[63] İkinci olarak AİHM, sığınma başvurusunda bulunma isteğinin belirli bir biçimde ifade edilmesine gerek olmadığını vurgulamıştır.[64] Üçüncü olarak AİHM, başvuranların yazılı bir sığınma başvurusunun bir kopyasını ve Minsk'ten Vilnius'a giden tren biletlerini sunmasını ve Litvanya'nın bu belgelerin gerçekliğini sorgulamamış olmasını dikkate alarak başvuranların iddialarını güvenilir ve tutarlı bulmuştur. Yani başvuranların uluslararası koruma başvuruları iddialarını kanıtlamaya çalışmaları karara etki etmiştir.[65] Dördüncü olarak AİHM, BMMYK'nın Litvanya ile ilgili toprağa erişim, iltica prosedürlerine erişimde gecikmelerin yaşandığı durumlarla ilgili sunumlarını karara etki eder ölçüde kayda almıştır.[66] Son olarak, beş küçük çocuğu olan başvuranların Çeçenistan'a geri gönderilme ve kötü muamele ile karşılaşma konusunda "gerçek bir risk" ile karşı karşıya kalacakları şeklindeki iddialarının incelenmemesi dikkate alınarak sözleşmenin 3'üncü maddesinin ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.[67]

Yabancıların kara sınırlarında uluslararası koruma hakkı bağlamında tartışılacak bir başka örnek, İspanya'nın toplu sınır dışı etme vakasıdır. Bu yönde bir vaka, ilk olarak 2017[68] yılında Daire'de ardından 2020 yılında Büyük Daire'de görülen N.D. ve N.T. v. İspanya kararıyla AİHM'de ele alınmıştır.[69] Karara konu olayda 75-80 kişilik bir mülteci grubu İspanya-Fas sınırında bulunan Melila sınırında birbirine entegre 3 çiti aşıp sınırdan geçmeye çalışırken kollukça yakalanmışlardır.[70] Karara konu olaydaki mahkemenin değerlendirmeleri birçok açıdan önem arz ettiğinden detaylıca tartışılacaktır. İlk olarak AİHM, İspanyol kolluk güçleri tarafından yabancıların yakalanmalarını gerekçe göstererek

---

62 M.A. ve diğerleri v. Litvanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 59793/17, K.T. 11.3.2019 (https://hudoc.echr.coe.int)

63 A.g.k. para. 108; 114.

64 A.g.k. para. 109.

65 A.g.k. para. 110-111.

66 A.g.k. para. 53; 112.

67 A.g.k. para. 113-115.

68 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8675/15 ve 8697/15, K.T. 3.10.2017 (https://hudoc.echr.coe.int)

69 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8675/15 ve 8697/15, K.T. 13.2.2020 (https://hudoc.echr.coe.int)

70 A.g.k. para. 16.

yakalandıkları andan itibaren yabancılar üzerinde kontrol sağladıklarını ve yetki bağının kurulduğuna karar vermiştir. AİHM'e göre ("bir yerden uzaklaştırmak") anlamında "sınır dışı etme" terimini; "*yabancının kalışının yasallığı, bölgede geçirdiği zamanın uzunluğu, yakalandığı yer, göçmen veya sığınmacı statüsü ve sınırı geçerken sergilediği davranışları ne olursa olsun, bir yabancının bir Devletin topraklarından zorla çıkarılması anlamına geldiği*" şeklinde yorumlamıştır.[71]

İkinci olarak, uluslararası koruma hakkı kapsamında karara konu olayda idari veya adli karar olmaksızın sınır dışı etme işlemin gerçekleştiğini ve başvurucuların herhangi bir prosedüre tabi tutulmadığını, örneğin bir kimlik belirleme prosedürünün gerçekleştirilmediğini ve bireysel durumlarının incelenmediğini ve sınır dışı etme işleminin "toplu" olduğunu değerlendirmiştir. Bu bağlamda yabancılara bireysel durumlarını iletme ve uluslararası koruma hakkı tanınmamıştır.[72] Üçüncü olarak AİHM, devletin egemenliği kapsamında AİHS'nin uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır. Bu kapsamda, AİHS tarafından sağlanan korumanın devletlerin yasal girişin nerede gerçekleştiğine yönelik kendi kurallarına bağlı olmadığını ve sınırın devlet tarafından tanımlanmasının bir devletin AİHS kapsamındaki kendi sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ve sınırdan geri çevirmenin de bir sınır dışı eylemi olduğunu belirtmiştir.[73] Bu kararın bir diğer önemli özelliği ise, bir Devletin topraklarına deniz yoluyla girme girişimi ile ulusal sınırı kara yoluyla geçme girişimi açısından devlet sorumluluğu eşit ölçüde geçerlidir.[74] Mahkemenin bu kısma kadar yaptığı tartışmalar çerçevesinde; Taraf Devletin yabancıların insan haklarının korunmasından sorumlu olduğu ve yetki bağının kurulduğu sonucu çıkmaktadır.[75]

Dördüncü olarak AİHM, eylemin kolektif olma özelliğini ve başvuran yabancıların kusurlu davranışlarını tartışmıştır. AİHM'e göre başvuranın kendi davranışı, 4 No'lu Protokolün 4'üncü maddesi uyarınca sağlanacak korumanın değerlendirilmesinde ilgili bir faktördür. Somut davada AİHM, Beni Enzar sınır geçiş noktasına yabancıların kabul edilmesi için sağlanan pek çok yolun mevcut olduğunu değerlendirmiştir.[76] AİHM, başvuranların Lampdeusa Adası'ndaki bir kabul merkezinde bulunduktan sonra Palermo limanında demirli gemilere aktarılarak sınır dışı edildiği Khlaifia ve Diğerleri[77] ile Hirsi Jamaa ve Diğerleri[78] kararlarına atıfta bulunarak bireysel sınır dışı kararının olmamasının başvuranın kendi davranışına atfedilmesi durumunda, 4 No'lu Protokolün 4'üncü maddesinin ihlal edilmeyeceğine karar vermiştir. Bu yaklaşımın, başvuranların koşullarının bireysel olarak incelenmesi için mevcut prosedürle aktif işbirliği olmadığı "*yetkisiz bir şekilde kara sınırını geçen, kasıtlı olarak çok sayıda olmasından yararlanan ve güç kullanan kişilerin davranışlarının, kontrol edilmesi zor ve kamu*

---

71 A.g.k. para. 185.

72 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2017, para. 107.

73 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2020, para. 166-168; Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, para. 139.

74 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2020, para. 166-168.

75 Eren, s. 797.

76 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2020, para. 206-232..

77 Khlaifia ve Diğerleri v. İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16483/12, K.T. 15.12.2016, para. 240. (https://hudoc.echr.coe.int)

78 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 27765/09, K.T. 23.2.2012, para. 184. (https://hudoc.echr.coe.int)

güvenliğini tehlikeye atan açıkça bozucu bir durum yaratacak nitelikte olduğu durumlar" için de geçerli olması gerektiğini belirtmiştir.[79] Benzer durum; başvuranların uluslararası koruma usulüne müşterek olarak başvurmalarından kaynaklı haklarında tek bir ortak kararın verildiği Berisha ve Haljiti v. Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti kararı[80] ile başvuranların polise kimlik kayıtlarını göstermeyi reddettiği ve bu nedenle polislerin sınır dışı kararını başvuranların adına düzenleyemediği Dritsas ve Diğerleri v. İtalya kararı[81] için de geçerlidir.

Kararın uluslararası insan hakları hukuku açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. İlk olarak AİHM değerlendirmesi ile uluslararası koruma arayan yabancılar sırf uluslararası koruma aradıkları için AİHS'nin güvencelerinden mahrum bırakılmışlardır.[82] İkinci olarak Büyük Daire kararının en önemli zayıflıklarından biri, taraf devletin AİHS ve Protokolleri kapsamındaki taahhütlerini ne ölçüde gözlemlediği veya ihlal ettiğini değerlendirmemesi olmuştur. Dolayısıyla bu karar bireyi ikincil konuma sokarak tamamen devleti merkeze alan bir sonuç doğurmuştur.[83] Üçüncü olarak karar, sınırlarında giderek daha baskıcı geri itme eylemleri kullanan ve göç yönetiminin dışsallaştırılmasını bir politika olarak benimseyen Yunanistan, İtalya, İspanya, Macaristan ve Hırvatistan gibi Avrupa devletlerinin tutumlarının AİHM nezdinde karşılık bulduğu şeklinde değerlendirilmiştir. Bir sivil toplum kuruluşu gözlemcisi, AİHM'nin Büyük Daire kararını "*Avrupa'nın her yerinde şiddetli geri itmeler için bir açık çek olarak algılanacaktır... Fas sınırındaki geri itmeler, Avrupa Birliği'nin dış kara sınırları boyunca diğer devletler için bir model haline gelen uzun süredir devam eden bir İspanyol uygulamasıdır.*" yorumunda bulunmuştur.[84] Dördüncü olarak Hakim Koskelo'nun Kısmen Muhalefet Görüşünde de belirttiği üzere devletler, başvuranların kendi davranışlarına atfedilebilir bir nedenin varlığı halinde bireyselleştirilmiş bir prosedür sağlama ve böyle bir prosedür olmaksızın sınır dışı etmeme yükümlülüklerinden hariç tutulmuştur. Ancak bu durum hem geri göndermeme ilkesinden bir sapmayı işaret etmekte hem de benzer yaklaşımın deniz veya deniz sınırlarındaki sınır gözetimi ve kontrollerinin olgusal koşullarının, özellikle denizdeki durumlar ilgili yabancıların kurtarılmasıyla ilgili özel yasal yükümlülükleri içerebileceği dikkate alındığında nasıl uygulanabileceği belirsizlik konusudur.[85] Diğer taraftansa kara sınırını ilgilendiren söz konusu kararda denizdeki geri itmelerin yasadışı olmaya devam ettiği vurgusu mevcuttur.[86]

---

79 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2020, para. 201.

80 Berisha ve Haljiti v. Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 18670/03, K.T. 16.1.2005 (https://hudoc.echr.coe.int)

81 Dritsas ve Diğerleri v. İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 2344/02, K.T. 1.2.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

82 Eren, s. 805.

83 Sergio Carrera, The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?, European University Institute Yayını, İtalya, 2020, s. 8.

84 Nora Markard, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain, EU Migration Law Blog, 1.4.2020 (https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/ s.e.t. 13.01.2025)

85 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, Partly Dıssentıng Opınıon of Judge Koskelo, 2020, para. 38.

86 Markard, s. 1.

Beşinci olarak yabancılar artık yalnızca olağan uluslararası koruma yollarına başvurmak zorundadır. Yani Sözleşme'nin koruma mekanizması ve non-refoulement güvencesi sadece belirli sınır noktalarında uygulanabilir kılınmıştır. Mevcut karar ve 2016 tarihli Khlaifia ve Diğerleri v. İtalya kararları, AİHM'nin toplu olarak sınır dışı etme yasağı ile güvence altına alınan herhangi bir talepte bulunma hakkını yalnızca uluslararası koruma taleplerine indirgeyebileceğini göstermektedir. Her iki davada da Büyük Daire, 4'üncü maddenin ihlalinin reddine karar vermiştir. Söz konusu kararlar, AİHM'nin gelecekteki toplu sınır dışı davalarını yalnızca sınır dışı işleminin geri göndermeme ilkesini de ihlal ettiği davalarla sınırlandırmak istediği şeklinde değerlendirilmektedir.[87]

Altıncı olarak AİHM, kararın odağına başvurucuların davranışlarını koyarak İspanyol makamlarının bireylerin uluslararası korumadan faydalanma usullerine erişimini engelleyen orantısız şiddet kullanarak kendi yükümlülüklerini ne ölçüde ihlal ettiğine değinmemiştir. Mahkeme, adeta bireylerin insan hakları korumasını hak edip etmediklerini değerlendirmiştir. Oysa kararında Hirsi Jamaa ve Diğerleri[88] kararına da atıfta bulunarak; "*Devletlerin göç akımlarını yönetmede veya sığınmacıların kabulünde karşılaşabilecekleri sorunların, Sözleşme veya Protokolleri ile uyumlu olmayan uygulamalara başvurmayı haklı çıkaramayacağını*" vurgulamıştır.[89]

Yedinci olarak davada AİHM; BMMYK, İnsan Hakları Komiserliği, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve davaya taraf olan sivil toplum örgütleri ve tanık beyanlarına gereken önemi göstermemiştir. İnsan Hakları İzleme Örgütü (HRW) raporu[90] ve Uluslararası Af Örgütü (UAÖ) raporu[91]; Sahra Altı bölgelerden gelen yabancıların ırksal profillemeye maruz kaldıklarını, olağan uluslararası koruma mekanizmalarına erişimlerinin eksik olduğunu, İspanyol yetkililer tarafından sınır çitlerinde orantısız güç kullanıldığını ve Fas'a gönderilen yabancıların şiddete ve ırksal ayrımcılığa maruz kaldıklarını göstermektedir. AİHM'nin hak temelli ve kişi merkeze alan yaklaşımdan uzaklaşarak devleti merkeze koymasında söz konu rapor ve beyanları dikkate almamasının önemli bir rol oynadığı ve tarihi bir eksiklik olduğu belirtilebilir.[92]

V. DEVLETİN DENİZ ÜLKESİNDE YABANCILARIN ULUSLARARASI KORUMA HAKKI

Devletlerin tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahip bir biçimde egemenlik hakkını kullandığı ülke alanlarından ve yabancıların uluslararası koruma hakkını ileri sürdüğü yerlerden ikincisi, devletin su ülkesi yani

---

87 Riemer, s. 269.

88 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, para. 179.

89 N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, 2020, para. 170.

90 HRW, Abused and Expelled Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco, New York, HRW Yayını, 2014.

91 UAÖ, Amnesty International Report 2015/16 - Morocco / Western Sahara, Londra, UAÖ Yayını, 2016.

92 Eren, s. 801.

denizlerdir.[93] Denizlerde egemenlik ilkesi, devletlerin çıkarlarının korunması üzerine oluşturulan temel prensiplerin başında gelmektedir.[94]

Bir devletin karasuları, iç sular ve münhasır ekonomik bölgesinin haricinde bulunan deniz alanı, açık denizleri ifade eder. Bu alanda açık denizlerin serbestliği ilkesi geçerlidir. Yani, açık denizler herhangi bir devletin uhdesinde değildir.[95] Bununla birlikte 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi ve 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca bu ilkenin hiçbir kurala tabi olmadığı anlamı çıkarılmamalıdır.[96] Devletler bilhassa denizlerden faydalanmada barışçıl amaç gütmeli ve keyfi uygulamalardan kaçınmalıdır.[97] Ancak uygulamada bilhassa açık denizlerdeki geri itme vakaları[98] nedeniyle yabancılar söz konusu hakkını ileri sürme fırsatı dahi bulamadan yaşamlarını kaybedilmekte, denizlerde boğulma ve kaybolma riskiyle karşılaşabilmektedir. Aşağıda yer alan görselde de görüleceği üzere her yıl binlerce mülteci Akdeniz'de veya başkaca denizlerde yaşamını yitirmektedir.[99] Bunun en önemli sebebi Frontex ve Yunan sahil güvenlik görevlilerinin yabancıları taşıyan botları batırması ve ayrıca bazı ülkelerin yüzer bariyerler kurarak botların ilerlemesini tümüyle durdurmayı amaçlamasıdır.[100] IOM'e göre ise bunun gerekçelerinden biri, İtalya gibi Akdeniz ülkelerince yardım amaçlı kurtarma gemilerinin daha fazla hedef alınması ve sivil toplum kuruluşlarınca işletilen gemilerin uzun süre alıkonulmasıdır.[101]

Grafik: 2014-2024 yılları arasında Akdeniz'de kaydedilen göçmen ölümlerinin sayısı

---

93 Gözler, s. 70; Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri (International Law. Courses) 1. Kitap, 12. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014, s.13.

94 Emete Gözügüzelli, Uluslararası Deniz Hukuku - Türk Denizleri ve Olmazsa Olmaz (Sine Qua Non) İlkeler, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2020, s.108.

95 Gözler, s.73; Pazarcı, s.389.

96 Açık deniz rejiminin temelini serbestlik ilkesi ve barışçıl ilke oluşturmaktadır.

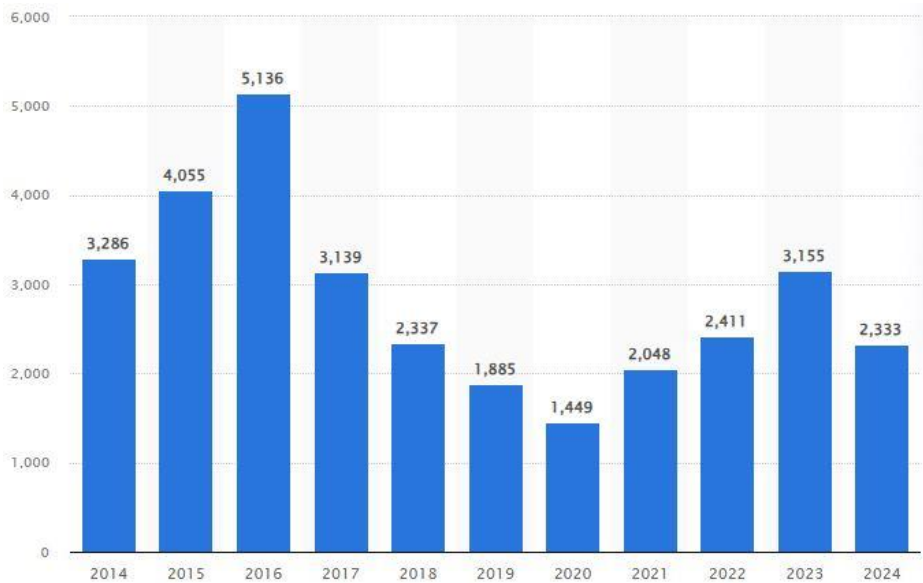
97 Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s.308-309.

98 CoE / ECHR, 2024, s. 1-14.

99 Statista Research Department, Number of recorded deaths of migrants in the Mediterranean Sea from 2014 to 2024, (https://www.statista.com/statistics/1082077/deaths-of-migrants-in-the-mediterranean-sea/ s.e.t. 13.01.2025)

100 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), Sığınmacılar ve Düzensiz Göçmenlere Yönelik Geri İtme Eylemlerinin İnsan Hakları Perspektifinden Değerlendirilmesi Raporu, TİHEK Yayını, Ankara, 2022, s. 62.

101 Saadet Firdevs Aparı, Uluslararası Göç Örgütü: Denizden Avrupa'ya giden göçmen ölümleri geçen yılın aynı dönemine göre iki kattan fazla arttı, Anadolu Ajansı, 14.07.2021, (https://www.aa.com.tr/tr/dunya/uluslararasi-goc-orgutu-denizden-avrupaya-giden-gocmen-olumleri-gecen-yilin-ayni-donemine-gore-iki-kattan-fazla-artti/2304302 13.01.2025)



Kaynak: Statista Research Department

Günümüzde birbirine kıyısı olan ülkelerin deniz ülkesi sınırları üzerinden hem egemenlik sınırları hem de bu sınırlara bağlı olarak sahip olacakları egemen hak ve yetkilere ilişkin savları uyuşmazlık yaratmaktadır.[102] Bu uyuşmazlıklar yabancıların uluslararası koruma hakkını ileri sürdüğü alanlarda da geçerlidir. Dahası Cenevre Sözleşmesinde deniz yoluyla kara ülkesine ulaşmaya çalışan yabancılarla ilgili özel bir düzenleme bulunmaması bu uyuşmazlığı derinleştirmektedir. Geri göndermeme ilkesinin yer bakımından uygulama alanına yönelik tartışmalar, mültecilerin deniz yoluyla kara ülkesine ulaşmaya çalıştığı durumlarda yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle ancak uluslararası hukukun genel hükümlerinden yola çıkarak yabancıların hukuki durumlarının tespiti yapılabilecektir.[103]

Özel düzenlemeler bulunmamakla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı, İnsan Hakları Komitesi kararları doğrultusunda egemenliğin geniş yorumlanması gerektiği belirtilmelidir. Hatta AİHM, devletlerin yalnızca karasularında veya iç deniz sularında değil aynı zamanda açık denizlerde de yabancıların insan haklarını koruma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir. AİHM, sahil güvenliğinin açık denizde yaptığı bir müdahale ve bu Devletin askeri gemilerindeki olayların, davalı Devlet tarafından 1'inci madde[104] anlamında bir ekstraterritorial[105] yargı yetkisinin kullanılmasını oluşturacağını belirtmektedir.[106]

---

102 Aksu, s. 95.

103 Demir, s. 51.

104 İnsan haklarına saygı yükümlülüğü başlığını taşıyan AİHS m.1; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*"

105 Ekstraterritorial, belirli bir ülke, eyalet veya bölgenin sınırları veya kontrolü dışında anlamı taşımaktadır. AİHM nezdinde bir ihlal iddiası, bölge dışında olsa dahi yetki alanı kapsamında değerlendirilmektedir.

Benzer husus, limanlar için de geçerlidir. AİHM, Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan kararında, Adriyatik Denizi limanlarında bulunan sınır polislerinin yabancılara yönelik hiçbir güvence sunmadan doğrudan feribot kaptanlarına iade edilmelerinin hak ihlaline yol açtığını belirtmiştir.[107] Söz konusu davada Ancona limanında kimlik tespit etme sürecinde anlaşılabilir bir dilde temel bilgi eksikliği ve bir tercümana veya kendilerini ifade edebilecek bir memura erişimlerinin olmaması nedeniyle tutulan göçmenlerin İtalya'da uluslararası koruma talep etme olasılığından mahrum edilmesi durumu söz konusudur.[108] AİHM ayrıca İtalya'nın konu bakımından uygulanabilirlik itirazını reddederek başvuranların İtalya topraklarına vardıktan sonra veya önce geri gönderilmelerini belirlemenin gerekli olmadığını belirtmiş ve uluslararası korumanın kapsamını geniş tutmuştur.[109]

Gerek geri itmeye ilişkin ilk yargı kararı olması gerekse de geri gönderme yasağının ekstraterritorial yargı yetkisinin kullanılması kapsamında açık denizlerde de uygulanması gerektiğini belirtmesi açısından Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya kararı önem arz etmektedir.[110] Bu karar doğrultusunda kişilerin geri gönderilecekleri ülkede nasıl bir muamele göreceklerinin araştırılmasının devletlerin sorumluluğu kapsamında olduğunun altı bir kez daha çizilmiştir. AİHM sınır dışı işlemlerinin, her bir yabancının uluslararası koruma talebi ve kişisel durumlarının ayrı ayrı ele alındığını gösteren yeterli güvenceye sahip olması gerektiğini belirtmiştir.[111] Dahası AİHM, kişilerin açıkça iltica talep etmemesinin devletlerin AİHS'nin 3'üncü maddesindeki yükümlülüğünden muaf tutulması için bir gerekçe olamayacağını belirtmiştir. Bu kapsamda yabancının geri dönmekten korktuğunu ifade etmesi yeterli kabul edilmiştir. Bu beyan sonrası devletler, kişilerin geri gönderilecekleri ülkede nasıl bir muamele göreceklerini etkin bir biçimde araştırmakla yükümlüdür. AİHM, askeri gemilerdeki personel, bireysel görüşmeler konusunda eğitilmemiş olduğundan bu değerlendirmeyi yapacak kişilerin yeterli ve uygun eğitime sahip olması ve tercüman veya hukuki danışmanlarla desteklenmesi gerektiğini de belirterek hak temelli yaklaşımını derinleştirmiştir.[112] Nitekim AİHM, açık denizlerde dâhil devletlerin geri itme eylemlerini yasaklamış, geri gönderme yasağını geniş yorumlamış, devletlerin araştırma yükümlülüğünü hatırlatmış, somut vakada İtalyan gemisindeki yetkililerin bu değerlendirmeyi yapacak eğitime sahip olup olmadıklarını değerlendirmiş ve kümülatif değerlendirme sonucu Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ve 4 No'lu Protokolün 4'üncü maddesinin ve bu maddelerle birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[113] Kararın bir diğer önemli özelliği, deniz ortamı özel bir niteliğe sahip olsa da hukukun dışında bir alan değildir. Bu kapsamda AİHM, toplu sınır dışı etme yasağının yalnızca ulusal topraklar açısından uygulanabilir olamayacağını

---

106 CoE / ECHR, 2024, s.1.

107 Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16643/09, K.T. 21.10.2014, para. 240. (https://hudoc.echr.coe.int)

108 A.g.k., para. 242.

109 A.g.k., para. 210-213.

110 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu.

111 TİHEK, s. 90.

112 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, para. 185-186.

113 A.g.k., 219.

aksi takdirde yaşamlarını tehlikeye atarak denize açılan yabancıların sınır dışı edilmeden önce kişisel koşullarının incelenmesini talep etme hakları bulamayacağını belirtmektedir.[114]

Yabancıların bir devletin kara suları veya limanlarına ulaşması durumunda da uluslararası korumadan yararlanma hakkını ileri sürmesi mümkündür. AİHM Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna kararında, Davalı Devletin sınır muhafızları tarafından limanlarından birinde demirli bir gemide giriş izni verilip verilmeyeceğine karar verme amacıyla yapılan bir kontrolün de 1'inci maddenin amaçları doğrultusunda söz konusu Devletin yargı yetkisine girdiğini değerlendirmiştir.[115] Nitekim Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve BMMYK'nin Kaçak Yolcu Sığınmacılar Hakkında Not uyarınca gemiler istisnai durumlar hariç, açık denizlerde kaçak yolcuların yasadışı geçişi dahil münhasır yargı yetkisine tabidir. Ancak, gemi yabancı bir limana girdiğinde Bayrak Devletinin yargı yetkisi azalmaktadır. Ancak kıyı devletleri, limanlar ve iskeleler dâhil olmak üzere kendi toprakları üzerinde mutlak yargı yetkisine sahip olduğundan limandaki yabancı gemiler, yerel veya yabancı kaçaklara gemide uluslararası koruma hakkı veremez. Yerel yetkililer ayrıca yabancı kaçaklara gemiye binip onları tutuklayabilir ve onları yargılanmak üzere talep eden bir Devlete iade edebilir. Başka bir deyişle, bu durumda hiçbir ekstraterritorial ilke geçerli değildir ve buna göre kaçak sığınmacının uluslararası koruma amaçları için liman devleti topraklarında mevcut olduğu kabul edilebilir. Ayrıca Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün Uluslararası Deniz Trafiğinin Kolaylaştırılmasına İlişkin Sözleşme'nin amir hükmü uyarınca geminin bayrak devletinin kamu otoriteleri, uğrak limanlarında kaptan/gemi sahibi veya ilgili kamu otoritesine kaçak yolcunun tespiti, uyruğunun belirlenmesi, gemiden ilk fırsatta çıkarılması veya geri gönderilmesi için düzenlemeler yapma konularında yardımcı olmak ve onlarla işbirliği yapmakla yükümlüdür.[116]

Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna başvurusunda AİHM, Ukrayna düzenlemelerinin, sınır kontrolleri yaparken, sınır muhafızlarının Ukrayna sınırını geçen veya geçmek üzere olan kişilerden gelen sığınma başvurularını kabul etme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiş ve böyle bir durumda, sınır muhafızlarının sığınmacıları uluslararası koruma başvuruları hakkında karar almak üzere göç servisine transfer etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Somut vakada AİHM, sınır kontrolü sırasında Ukrayna'da sığınma talebinde bulunup bulunmadığı hususunu çözmenin gerekli olmadığını ve yetkililerin yabancının uluslararası korumaya ihtiyaç duyabilecek bir sığınmacı olduğunun farkında olduğunu veya olması gerektiğini gösteren yeterli bilgi olduğunu düşünmektedir. Bu kapsamda AİHM sınır muhafızlarının yabancılara iltica başvurusunda bulunmak için gerçekçi ve pratik bir fırsat vermediğini ve Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı muamele gördüğü ülkeye geri gönderilme riskinin gerçek, yakın ve öngörülebilir olduğu bir durumda keyfi sınır dışı edilmeye karşı koruma sağlayabilecek yeterli güvenceler sağlanamadığını ve etkili bir iç hukuk

---

114 A.g.k., 169-182.

115 Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 12552/12, K.T. 12.4.2017, para. 75-77. (https://hudoc.echr.coe.int)

116 International Maritime Organisation Convention on Facılıtatıon of International Maritime Traffic (Fal), 1965, As Amended, m. 4.13

yolu sağlanmadığını belirterek Sözleşmenin 3'üncü maddesiyle birlikte ele alındığında 13'üncü madde kapsamında ihlal kararı vermiştir.[117]

Safi ve Diğerleri v. Yunanistan kararında AİHM, Ege'de Farmakonisi (Bulamaç) adası açıklarında iddia edilen bir geri itme sırasında meydana gelen ve 11 kişinin ölümüyle sonuçlanan bir gemi kazasında Yunanistan'ın AİHS'nin 2'nci maddesini (yaşam hakkı) ve 3'üncü maddesini (işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı) ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM söz konusu kararda önemli tespitlerde bulunmuştur. İlk olarak deniz yoluyla gelen mülteci sayısının hızla arttığı durumlarda deniz yetkililerine düşen görevin zorluğu, insan davranışının öngörülemezliği ve öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel seçimler göz önünde bulundurulduğunda, yerel yetkililerin pozitif yükümlülüğünün kapsamının, onlara imkânsız bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir.[118] Dolayısıyla sahil güvenliğin denizde tehlikede olan herhangi bir kişinin kurtarılmasında başarılı olmak için sonuç değil araç yükümlülüğü olduğu ifade edilmelidir.[119]

İkinci olarak, sahil güvenliğin kurtarma koordinasyon merkezine acil durum hakkında bilgi vermesinin ve yakındaki gemilere olay yerine acele etmeleri yönünde bir yardım çağrısı iletilmemesi; mevcut kurtarma kaynaklarının gönderilmesi ve varışının önemli ölçüde gecikmesi; Hükümetin mevcut davada meydana gelen belirli ihmaller ve gecikmeler için hiçbir açıklama sunmaması; sahil güvenliğin başka bir yerde görev almalarını gerektiren önemli sayıda mülteci akını ve daha uygun kurtarma kaynaklarının mevcut olmaması hususları ele alınmıştır. Mültecileri kurtarma operasyonunun yürütülmesinde ve organizasyonunda ulusal makamların somut ihmalleri ve gecikmeleri ihlalle sonuçlanmıştır.[120] Son olarak AİHM yaşam hakkı konulu 2'nci maddenin, özellikle ilgili yabancıların, haksız bir riske maruz kalması nedeniyle kazada belirli bir sorumluluk taşıdığı durumlarda yaşam hakkının tehlikede olabileceği herhangi bir faaliyette her bireye mutlak bir güvenlik düzeyi garanti edecek şekilde yorumlanamayacağını[121] ancak operasyonun yürütülmesi ve organizasyonu konusunda ortaya çıkan ciddi soruların çürütülemediğini ifade etmiştir.

VI. DEVLETİN HAVA ÜLKESİNDE YABANCILARIN ULUSLARARASI KORUMA HAKKI

Devletin egemenlik hakkını kullandığı ülke alanlarından ve yabancıların uluslararası koruma hakkını ileri sürdüğü yerlerden üçüncüsü, devletin hava ülkesidir. 1919 Hava Seyrüseferi Düzenlemesine ilişkin Paris Sözleşmesi ve bu Sözleşme'nin yerine geçen 1944 Milletlerarası Sivil Havacılık Sözleşmesinin ilk maddeleri uyarınca Devletler tıpkı kara ve deniz ülkesinde olduğu gibi kendi ülkeleri üzerindeki hava sahalarında da tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahiptir. Devletin kendi ülkesinin hava sahasında mutlak egemenliğe sahip

---

117 Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna Başvurusu, para. 104-107.

118 Safi ve Diğerleri v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 5418/15, K.T. 7.7.2022, para. 163. (https://hudoc.echr.coe.int)

119 A.g.k., para. 118.

120 A.g.k., para. 133.

121 A.g.k., para. 149.

olması ve hava sahasında devletin mutlak ve sınırsız egemenliğini sürdürmesi; devlet sınırlarının üstündeki hava sahasının devletin ülkesinin ayrılmaz parçası olması ve devlet egemenliğine tabi olması, devletlerin meşru müdafaa hakkı kapsamında hava sahasından gelebilecek saldırıları önleyebilmesi için devletin egemenliğinin tüm hava sahasını kapsaması ve hava sahasının bir devletin mevcudiyeti açısından onun ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi gerekçelerine dayanmaktadır.[122]

Devletin bilhassa yabancı kişiler nezdinde hava sahasındaki egemenliğini gösterdiği yerler havalimanlarıdır. Devletler, havalimanlarına gelen yabancılardan hangilerinin ülkeye girişinin uygun olup olmadığına karar verme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu kapsamda yabancıların uluslararası koruma hakkını ileri sürebileceği alanlar ise havalimanı transit geçiş noktaları veya havalimanlarındaki kabul edilemeyen yolcu bekleme alanları olarak karşımıza çıkmaktadır.[123]

Ülkeye girişlerine izin verilmeyen yabancılar, işlemleri sonuçlanıncaya kadar bu alanlarda tutulmaktadır. Kara ve deniz alanlarında olduğu gibi hava alanlarında da devletin uyması gereken kurallar ve yabancıların insan hakları mevcuttur.[124] Bu çerçevede; uluslararası koruma hakkına erişim hakkı, düzensiz girişe uygulanan idari yaptırımların orantılı ve makul olması, yabancıların sınırlarda her türlü ayrımcılığa karşı korunması ile etkili koruma ve adalete erişimin sağlanması, seyahat özgürlüğü gibi haklar BMMYK'nin "Uluslararası Sınırlarda İnsan Haklarına İlişkin Önerilen İlkeler ve Yönergeler" belgesinde zikredilen kurallar arasındadır.[125]

Bir yabancının genellikle sınır dışı edildiği alanlar havalimanlarıdır. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (CPT), bir yabancıyı sınır dışı etmenin zor ve stresli bir görev olduğunu; havayoluyla sınır dışı etme işlemlerinin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele riski taşıdığını ve bu yasağın oluşmaması için birtakım insan hakları standartlarına uyulması gerektiğini belirtmektedir. Bunlar arasında; geri gönderme yasağına uyulması, yabancının ulaşım aracına bindirilmek için ikna edilmesi, cezalandırılmaması, orantılı güç kullanımı, eşlik edecek personelin titizlikle seçimi ve eğitilmesi, sağlık risklerinin dikkate alınması, sınır dışı etme operasyonlarının belgelenmesi ve iç ve dış izleme sistemleri ile takip edilmesi yer almaktadır.[126]

Yabancıların uluslararası koruma hakkının devletin egemenlik alanlarından biri olan hava sahasında da gündeme geldiği yargı kararları mevcuttur. AİHM'nin Conka v. Belçika kararı bu bağlamda verilecek ilk

---

[122] Selman Özdan, "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliğinin Hava Sahasına Uzanmasının Meşruluğu", C. 14, S.1, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, s. 119-120. ss.114-126

[123] Örneğin Türk hukukunda kabul edilemeyen yolcu: "*Ülkeye giriş yapabilmek veya ülkeden transit geçebilmek için sınır kapılarına gelen ancak mevzuatta aranan koşulları taşımadığından ülkeye girişine veya ülkeden transit geçişine izin verilmeyen kişi*" olarak tanımlanmaktadır (YUKK:3-z).

[124] Ertuğrul Yazar, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Açısından Havaalanlarındaki Transit ve Uluslararası Bölgelerde Tutulan Yabancıların Durumunun Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023, ss.199-218.

[125] BMMYK, 2014, s. 14.

[126] CPT, 13. Genel Rapor'dan Alıntı: Yabancı uyrukluların havayoluyla sınır dışı edilmesi, CPT Yayını, Strazburg, 2003, para. 30-45.

örnektir.[127] Conka ailesi uğradıkları saldırılar sonrası Slovakya'dan kaçıp uluslararası korumadan faydalanmak üzere Belçika'ya sığınmışlardır. Başvuruları, Slovakya'da hayatlarının tehlikede olduğunu gösterecek yeterli kanıt sunamadıkları gerekçesiyle reddedilmiş ve konu AİHM'e kadar ulaşmıştır. AİHM kararda ilk olarak Andric v. İsveç[128] ve Alibaks ve diğerleri v. Hollanda[129] kararlarına atıfta bulunarak, 4 No'lu Protokolün 4'üncü maddesi anlamında toplu sınır dışı etmenin, "*yabancıları bir grup olarak ülkeyi terk etmeye zorlayan herhangi bir tedbir*" şeklinde değerlendirdiğini, ancak böyle bir tedbirin, gruptaki her bir yabancının kişisel durumunun makul ve objektif bir incelemesine dayanarak alınması gerektiğini tespit etmiştir.[130] Dolayısıyla, devletlerin sınır bölgelerine gelen grupları toplu değerlendirme yerine bireysel incelemeye alması ve yabancıların uluslararası koruma hakkını grup üyelerinin özel durumu kapsamında ayrıştırarak incelemesinin esas olduğu vurgulanmıştır.[131] Yabancıların bir avukata ulaşmalarının zor olduğu ve uluslararası korumadan faydalanma prosedürünün tamamlanmadığı, bu başvurulara ilişkin kararlara değinilmediği ve Devletlerin ilgili her bir kişinin kişisel durumlarının gerçek ve bireysel olarak dikkate alındığını gösteren yeterli güvenceyi sunamadığı Conka v. Belçika başvurusunda AİHM ihlal kararı vermiştir.[132]

AİHM'nin havaalanlarında yabancıların uluslararası koruma hakkını incelediği en güncel kararlardan biri S.S. ve diğerleri Macaristan kararıdır.[133] Karara konu olayda başvuranlar, Budapeşte Havaalanı'ndaki resmi bir sınır geçiş noktasına gelmişler ve sınır memurlarına kendilerini tanıtmışlardır. AİHM, başvuranların Macaristan'da uluslararası koruma talebinde bulunma isteklerini dile getirdiklerini ve yakalandıklarında yetkililerle işbirliği yaptıklarını belirtmektedir. Taraf Devlet Macaristan ise, başvuranların argümanlarını ve özellikle savunmasız bir konumda olan başvuranın çocuklarının ihtiyaçlarını incelemek yerine derhal Sırbistan'a sınır dışı etmiştir. Mahkeme başvuranlara sınır dışı edilmelerine karşı argümanlar sunmaları için etkili bir fırsat verilip verilmediğini ve sınır dışı edilmelerinden önce kişisel durumlarının bireysel surette incelendiğini gösteren yeterli garantilerin olup olmadığını inceleyerek, Macar yetkililerin davranışlarının 4 No'lu Protokolün 4'üncü maddesi uyarınca haklı gösterilemeyeceğine karar vermiştir.[134]

---

127 Conka v. Belçika Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 51564/99, K.T. 5.2.2002 (https://hudoc.echr.coe.int)

128 Andric v. İsveç Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 45917/99, K.T. 23.2.1999 (https://hudoc.echr.coe.int)

129 Alibaks ve Diğerleri v. Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 14209/88, K.T. 16.12.1988 (https://hudoc.echr.coe.int)

130 Conka v. Belçika Başvurusu, para. 93.

131 A.g.k., para. 59-63.

132 A.g.k., para. 62-63.

133 S.S. ve Diğerleri Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 56417/19 ve 44245/20, K.T. 12.1.2024 (https://hudoc.echr.coe.int)

134 A.g.k., para. 48.

VII. YABANCININ SINIR DIŞI EDİLMESİNDE SAHİP OLDUĞU GÜVENCELER VE GERİ GÖNDERMEME İLKESİ

Her ne kadar devletlerin uluslararası koruma hakkını tanımada belirli bir takdir marjı olsa da, uluslararası korumadan faydalanma amacıyla yapılan başvurularda uygulanacak insan hakları kuralları mevcuttur. Örneğin, yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı MSHUS belirli güvenceler sağlamaktadır. MSHUS uyarınca, bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancının, sınır dışı etme kararına karşı itiraz yolunu kullanmasına olanak sağlanmalıdır. Ayrıca bu itirazının önünde temsil edilebileceği yetkili bir makam tarafından denetlenmesi olanağı tanınmalıdır (MSHUS, m.13).

Dolayısıyla talebi halinde yabancıya uluslararası koruma başvurusu yapma imkânı sunulmadan ve sınır dışı edilmesi sürecinde etkili başvuru hakkı sağlanmadan yabancılar hakkında alınacak bir sınır dışı etme kararının hukuka aykırılıkla sonuçlanacağını ifade etmek gerekmektedir. Bu kapsamda bir devletin mevcut yerel sisteminin bir bütün olarak yabancıların itiraz prosedürüne etkili bir şekilde erişebilmesini sağlaması gerekmekte[135] ve iç hukukta ve uygulamada etkili bir çözüm yolu bulunmalıdır.[136] AİHM'e göre devletler tarafından bireylerin izlenecek sığınma prosedürü hakkında yeterli ölçüde bilgilendirilmesi gerekmektedir.[137] Bu ancak, yetkililer ve uluslararası koruma arayan yabancılar arasında güvenilir bir iletişim sisteminin varlığıyla mümkündür.[138] Söz konusu sistemin veya yetkili ulusal otoritenin mutlaka yargısal olması gerekmediği belirtilmelidir. Önemli olan söz konusu ulusal otoritenin bağımsız olması, uluslararası koruma talebini yakından ve titizlikle incelemesi[139], davayı tüm olgular ve delillerle birlikte esastan ele alması[140] ve yüzeysellikten uzak bir biçimde çözümün hızlılığına özen göstererek gecikmeleri önlemesidir.[141]

Yabancılar açısından bir diğer önemli güvence ise geri gönderme yasağının ihlaliyle sonuçlanabilecek sınır dışı işlemlerinde devletlerin başvuru sahiplerinin geri gönderilecekleri ülkede nasıl bir muamele göreceklerini etkin bir biçimde araştırmaları veya soruşturmaları gerekliliğidir. Bu kapsamda ilk olarak uyulması gereken temel ilke yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağıdır.[142] İkinci olaraksa, yabancıların kara, deniz ve hava sınırlarında sahip olduğu hakların ve aynı zamanda devletlerin uyması gereken yükümlülüklerin

---

135 Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25389/05, K.T. 26.7.2007 (https://hudoc.echr.coe.int)

136 M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 30696/09, K.T. 21.1.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

137 Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 30471/08, K.T. 1.3.2010 (https://hudoc.echr.coe.int)

138 M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan Başvurusu, para. 301.

139 M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan Başvurusu, para. 293.

140 Chahal v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22414/93, K.T. 15.11.1996, para. 144 (https://hudoc.echr.coe.int)

141 De Souza Ribeiro v. Fransa Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22689/07, K.T. 13.12.2012, para. 96 (https://hudoc.echr.coe.int)

142 Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı, 30.4.2020 (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf s.e.t. 13.01.2025)

başında gelen geri göndermeme ilkesidir (non-refoluement). Geri göndermeme ilkesi veya geri gönderme yasağı, devletlerin uyması gereken temel bir yükümlülük ve aynı zamanda göçmenler için "*asgari usuli hakların garantörü*" olarak değerlendirilmektedir.[143] Bu ilke kişiyle değil hakla bağlantılı olduğundan kişinin fiili durumunu ifade eden sığınmacı olması veya hukuki bir statüye sahip olduğunu belirten mülteci olması arasında bir ayrım yoktur. Dolayısıyla hem mültecilerin hem de sığınmacıların uluslararası koruma hakkını kullanmalarında hem de istisnasız tüm yabancıların insan haklarının korunmasında en önemli ilkenin geri göndermeme ilkesi olduğu belirtilmelidir.[144]

Devletler kitlesel göçmen akınını egemenliklerine ve güvenliklerine yönelik bir tehdit olarak algıladığından mülteci hukuku, göçmenlerle ilgili güvenlik kaygılarını, usule ilişkin güvencelerin askıya alınması için bir gerekçe olarak kabul etmiştir.[145] Bunun en somut örneği Cenevre Sözleşmesi'nin 33'üncü maddesinin mülteci ve sığınmacıların zulüm tehlikesi bulunan yerlere gönderilmesini yasakladığı düzenlemedir. Sözleşmeye taraf bir devlet, "*bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir.*" Bu durumun istisnası ise bireylerin devlet için güvenlik riski oluşturması durumu olarak yer almıştır.[146]

Söz konusu düzenleme uyarınca, devletin egemenlik alanlarını kullandığı kara, deniz ve hava ülkesinde geri göndermeme ilkesinin geçerli olduğu belirtilmelidir. Bu ilkenin kullanılmasında, söz konusu egemenlik alanının yeri fark etmeksizin bir mültecinin ya da sığınmacının belli bir devletin etki sahasındaki ya da kontrolündeki bir yere girmiş olması yeterlidir. Madde hükmünden, kişinin mutlaka devletin kara ülkesine girmiş olması sonucu çıkmamalıdır. Aksi bir yorumun geri göndermeme ilkesinin uygulama alanını önemli ölçüde kısıtlayacağını belirtmek gerekir. Nitekim yargı organları da benzer yönde içtihat geliştirmiştir.[147]

AİHM, devletlerin, yerleşik uluslararası hukuk gereği ve antlaşma yükümlülüklerine (Sözleşme dâhil) tabi olarak, yabancıların ülkeye girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkına sahip olsa da, Devletlerin birini sınırlarından geri çevirme hakkı üzerinde belirli sınırlamaların bulunduğu ve bu sınırların başında da özellikle "geri göndermeme ilkesi"nin olduğunu belirtmektedir.[148] Birleşik Krallık aleyhine açılan bir davada AİHM, iki yabancı başvuranın Somali'ye sınır dışı edilmesini, Mogadişu'daki insani kriz ve ayrım

---

143 Riemer, s. 231; Sir Elihu Lauterpacht / Daniel Bethlehem, The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, BMMYK Yayını, Cenevre, 2023, s. 122; Berna Gündüz, "Non-refoulement principle in the 1951 refugee convention and human rights law", C. 5, S. 10, 2018, ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, s. 16.

144 Demir, s. 50.

145 Riemer, s. 238.

146 Madde 33-2: "*bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden [Madde 33(1)] yararlanmayı talep edemez.*"

147 Demir, s. 51.

148 CoE / ECHR, 2024, s.1.

gözetmeyen şiddet nedeniyle 3'üncü maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[149] Dolayısıyla uluslararası gelenek hukuku kuralı haline gelen geri göndermeme ilkesi devletlerin egemenlik alanlarında ve sınırlarında uyması gereken yükümlülüklerden biridir. Söz konusu ilkenin uluslararası insan hakları hukukundaki işkence yasağı ile örtüştüğü belirtilmelidir. Bu ilkenin uluslararası hukuktaki dayanakları arasında Cenevre Sözleşmesi, BM İşkenceye Karşı Sözleşme, MSHUS ve AİHS yer almaktadır. AİHM işkence yasağı ile örtüşen geri gönderme yasağının "*mutlak, sınırlanamaz ve askıya alınamaz*" olduğunu kararlarında vurgulamaktadır.[150]

Geri göndermeme ilkesine aykırı eylemler ve eylemin gerçekleştiği yerler de geniş ölçekte ele alınmaktadır. Sözleşmenin 2'nci ve 3'üncü maddeleri kapsamında söz konusu ilkenin, risk altındaki kişilerin kara sınırında girişinin reddedilmesi veya denizde durdurulmaları durumunda da devreye girebilir.[151] Kara sınırı bağlamında; Gebremedhin [Gaberamadhien] v. Fransa kararı[152] ve deniz alanları kapsamında ise Hirsi Jamaa ve diğerleri v. İtalya kararı[153] bu kapsamdaki örnekler arasındadır. Dahası, gerek devletin ülkesi sınırları içinde gerekse dışında vuku bulan bütün ülkeden "uzaklaştırma" işlemlerinde geri göndermeme ilkesinin uygulanması esastır. Eylemin sınır dışı işlemi, geri gönderme, geri verme veya sınırdan geri çevirme olarak tanımlanması ilkenin uygulanmasını engellememektedir. Dahası bu ilke yalnızca bir yabancının ülkeden uzaklaştırılma anlamında geçerli olmayıp geri itme eylemleri gibi toplu sınır dışı işlemlerinde uygulanmaktadır.[154] Uluslararası hukukta toplu sınır dışı etme yasağı ve geri göndermeme ilkesinin keyfi sınır dışı işlemlerine karşı birbirinden bağımsız olsa da birbirini güçlendiren iki ilke olduğu kabul edilmektedir.[155] AİHM, Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan kararında, iki ilke arasındaki ilişki olduğunu ve bunların birbirleri ışığında yorumlanmasını vurgulamıştır.[156]

Geri göndermeme ilkesiyle bağlantılı olarak bir devletin AİHS'nin 3'üncü maddesini ihlal ettiğinin değerlendirilebilmesi için, muamelenin "asgari bir eşik/ciddiyet seviyesi"ne ulaşması gerekmektedir. Bu eşiğin karşılanıp karşılanmaması kümülatif olarak incelenen muamelenin süresi, muamelenin uygulanış şekli, muamelenin kişi üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, yer ve yöntemi, başvuranın yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu dahil olmak üzere tüm koşullara bağlıdır. Söz konusu koşulların bir yabancının geri göndermeme ilkesiyle bağlantılı olarak uluslararası koruma başvuru sürecinde devletler tarafından dikkate alınması gerektiği değerlendirilmektedir.[157] AİHM, bir

---

149 Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8319/07 ve 11449/07, K.T. 28.6.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

150 Hilal v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 45276/99, K.T. 6.6.2001, para. 59. (https://hudoc.echr.coe.int); Ahmed v. Avusturya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25964/94, K.T. 17.12.1996, para. 39-42. (https://hudoc.echr.coe.int)

151 CoE / ECHR, 2016, s.2.

152 Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France Başvurusu.

153 Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu.

154 Demir, s. 52.

155 Riemer, s. 263.

156 Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan, para. 211.

157 Ireland v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.1.1978, para. 162. (https://hudoc.echr.coe.int)

yabancıyı genel bir şiddet durumuna maruz bırakmayı[158], uluslararası koruma talebinde bulunan 15 yaşındaki refakatsiz Afgan bir kız çocuğunun uygun olmayan gözaltı koşullarında tutulmasını, daha az radikal başka bir tedbirin ikame edilip edilemeyeceğinin tartışılmamasını ve yetkililerin ilgilenmemesini[159], hamileliğin son vaktinde yabancı bir kadının yaşları küçük dört çocuğuyla birlikte sınır dışı edilmesini[160] ve uluslararası koruma başvurusunda bulunan bir yabancıyı özellikle aşırı kalabalık olan ve barınak, su ve sanitasyon tesislerine çok sınırlı erişimin olduğu mülteci kamplarındaki koşullar nedeniyle aşırı yoksulluk veya yoksul yaşam koşullarına maruz bırakmayı[161] asgari şiddet eşiğine ulaşacak kadar kötü olarak değerlendirmiştir.

Geri göndermeme ilkesine aykırı eylemlerden biri olan geri itme (push-back), uluslararası hukuk ve AB hukuku altında toplu sınır dışı işlemleri olarak açıkça yasaklanmıştır. Geri itme vakaları da dâhil olmak üzere Devletlerin 3'üncü maddeye aykırı muameleye uğrama riski bulunan yere gönderilmeme ve devletlerin buna ilişkin değerlendirme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.[162] Mahkeme, riskin mahiyetinin değerlendirilmesi aşamasında da Taraf Devletlerin yükümlülüklerine işaret etmiştir. NA. v. Birleşik Krallık kararında; riskin mahiyeti değerlendirilirken ülkedeki genel durum ve başvuru sahibinin kişisel koşullarının birlikte değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamıştır: "*... kötü muamele riskini artırabilecek tüm ilgili faktörler temelinde yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, bir dizi bireysel faktörün ayrı ayrı ele alındığında gerçek bir risk oluşturmayabileceği; ancak toplu olarak ve genel şiddet ve artan güvenlik durumunda ele alındığında aynı faktörlerin gerçek bir riske yol açabileceği olasılığına da gereken özen gösterilmelidir.*"[163] Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık kararında ise, risk değerlendirilirken, başvuru sahibinin içinde bulunduğu koşullar göz önünde bulundurularak şüphenin başvuru sahibi lehine yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.[164]

AİHM'nin yabancıların uluslararası korumadan faydalandırılmama yönündeki iddialarına yönelik kararlarında uluslararası kuruluşların yayınlarından istifade ettiği görülmektedir. Conka v. Belçika kararında AİHM, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun 15 Haziran 1998 tarihli Slovakya raporundan faydalanmış ve Romanlar/Çingenelerin dezavantajlı durumunu ele almıştır.[165] Salah Sheekh vs. Hollanda AİHM; Devletin, kişilerin geri gönderileceği ülkedeki koşullara ilişkin tam ve yeterli değerlendirme yapması ve bu değerlendirmeyi yaparken ilgili uluslararası tarafsız raporlardan yararlanılması gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu davada AİHM, BMMYK'nın ayrım gözetmeyen istemsiz geri dönüşlere yönelik tavsiyesinden faydalanmıştır.

---

158 Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık Başvurusu.

159 Rahimi v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8687/08, K.T. 5.4.2011, para. 109-110. (https://hudoc.echr.coe.int)

160 Shioshvili ve Diğerleri v. Rusya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 19356/07, K.T. 20.3.2017, para. 104. (https://hudoc.echr.coe.int)

161 M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan Başvurusu, para. 254.

162 CoE / ECHR, 2024, s. 1-14.

163 NA. v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25904/07, K.T. 6.8.2008, para. 130. (https://hudoc.echr.coe.int)

164 Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık Başvurusu, para. 250.

165 Conka v. Belçika Başvurusu, para. 32.

Ayrıca 2003 tarihli "Kalplerindeki Boşluk: Ayrılmış Somali çocuklarının deneyimi" başlıklı bir BM raporu kararda yer almıştır.[166]

SONUÇ

Yabancıların en temel insan haklarından biri, aynı zamanda iltica hakkı veya sığınma prosedürüne erişim hakkı olarak da ifade edilen uluslararası koruma hakkıdır. Bir yabancının uluslararası koruma statüsüne sahip olması, kişinin özel korumaya ihtiyaç duyan veya dezavantajlı ve savunmasız bir nüfus grubuna ait olan bir kişi olduğunun resmiyet kazanması açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte bu hakkın varlığı devletlere otomatik olarak hak talebinin olumlu sonuçlanması gerekliliği yönünde bir yükümlülük yüklememektedir. Mültecilerin insan haklarını merkeze alan Cenevre Sözleşmesinde dahi bu hakkın bazı ülkelere çok fazla yük yükleyebileceği ve sorunun ancak uluslararası iş birliği ile çözülebileceği belirtilmiştir.

Yabancıların insan hakları ile devletlerin çıkarlarının karşı karşıya geldiği yerler devletin egemenlik alanlarıdır. Devletin egemenlik alanlarını kullandığı toprak unsuru; kara, deniz ve hava ülkesinden oluşmakta ve bu alanlar uluslararası hukukta geniş yorumlanmaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Adalet Divanı, AİHM gibi kuruluşların kararları, bu yaklaşımda önemli rol oynamıştır. Bu çerçevede yabancılar uluslararası koruma hakkını; kara kontrol noktaları, tren istasyonları, limanlar ve havaalanı transit geçiş merkezleri, göç ve transit geçiş bölgeleri, açık denizler ve sınır karakolları arasındaki sözde kimsenin olmadığı topraklar ile büyükelçilikler ve konsolosluklarda ileri sürebilirler.

Uluslararası hukuk uyarınca devletler tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahip bir biçimde kara, deniz ve hava ülkesine kimlerin girişine izin vereceğini belirlemede serbesttir. Bununla birlikte devletler, uluslararası sınırların insan hakları yükümlülükleri için "bir dışlama veya istisna bölgeleri" olarak anlaşılmaması için gerekli özeni göstermeli ve sahip olunan geniş yetkilerini ancak uluslararası insan hakları hukuku kurallarına uygun olarak kullanmalıdırlar.

Çalışma kapsamında verilen yakın tarihli saha örnekleriyle yabancıların uluslararası koruma hakkını kullanılamaz hale getiren uygulamaların yaygınlık kazandığı ortaya konmuştur. ABD'nin binlerce askeri sınıra konuşlandırması, Macaristan'ın uluslararası koruma arayanlara yardım etmeyi amaçlayan yasal faaliyetleri suç sayması, Frontex ve Yunan sahil güvenlik görevlilerinin yabancıları taşıyan botları batırması, bazı ülkelerin denizlerde yüzer bariyerler kurarak botların ilerlemesini durdurmaya çalışması, İtalya'nın yardım amaçlı kurtarma gemilerini hedef alınması ve sivil toplum kuruluşlarınca işletilen gemileri uzun süre alıkoyması bu örnekler arasındadır. Bu uygulamaların AİHM'nin uluslararası koruma arayan yabancılar aleyhine sonuçlanan N.D. ve N.T. v. İspanya kararıyla beraber örtülü biçimde desteklendiği ve göç yönetiminin dışsallaştırılmasını bir politika olarak benimseyen söz konusu ülkelerin tutumlarının AİHM nezdinde karşılık bulduğu değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte AİHM, uluslararası koruma hakkıyla ilgili ihtilaflı davaları bu prosedürün gerçekleştiği yerin devletin egemenlik yetkisinin alanına girip

[166] Salah Sheekh vs. Hollanda, para. 100.

girmediğine göre değerlendirmekte ve egemenliği geniş yorumlamaktadır. N.D. ve N.T. v. İspanya kararında vurgulandığı üzere, bir Devletin topraklarına deniz yoluyla girme girişimi ile ulusal sınırı kara yoluyla geçme girişimi açısından devlet sorumluluğu (devletin topraklarından zorla geri gönderilme) eşit derecede geçerlidir. Benzer şekilde AİHM, devletlerin ekstraterritorial yargı yetkisinin kullanılmasını Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya kararında açık denizler ve Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan kararında Adriyatik Denizindeki limanlar için de geçerli kabul ederek geniş tutmuştur. AİHM, ayrıca deniz ortamlarının özel bir niteliğe sahip olsa da hukukun dışında bir alan olmadığını belirtmiştir.

Yabancılar açısından bir başka önemli husus, uluslararası koruma başvurusunda bulunma isteğinin belirli bir biçimde ifade edilmesine gerek olmamasıdır. AİHM, kişilerin açıkça iltica talep etmemesinin devletlerin AİHS'nin 3'üncü maddesindeki yükümlülükten muaf tutulması için bir gerekçe olamayacağını belirtmiş ve yabancının geri dönmekten korktuğunu ifade etmesini yeterli bulmuştur. AİHM, yabancılara uluslararası koruma prosedürünün sağlanabilmesi için yabancıların belirli güvencelere sahip olması gerektiğinin de altını çizmektedir. M.A. ve diğerleri v. Litvanya kararında olduğu gibi sınır muhafızlarının gerekli dilleri öğrenmeye teşvik edilmeleri, üst düzey memurlar tarafından denetlenmesi veya hükümet dışı kuruluşlar tarafından sınırların izlenmesi dâhil devletlerin yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesine karşı yeterli güvenceler oluşturması ve tercüme hizmetinin sağlanması gerekmektedir.

Bir yabancının ülkeye girişine izin verilmemesi veya geldiği Avrupa ülkesine iade edilmesi sürecinde, yabancının gönderileceği ülkenin iltica sistemindeki işleyiş önem arz eden bir başka husustur. Yabancıların uluslararası koruma başvurularında bulunduğu yönündeki iddialarını belgelerle kanıtlamaya çalışmaları ve devletlerin bu belgelerin gerçekliğini sorgulayıp sorgulamamaları veya karar aşamasında tartışıp tartışmamaları karara etki eden diğer unsurlardır. Ayrıca başvuranların koşullarının bireysel olarak incelenmesi hususunda yabancıların kusurlu davranışları yani mevcut prosedürle aktif işbirliği esası dikkate alınmaktadır.

Son olarak, uluslararası hukuk kapsamında bir sınır dışı işlemi gerçekleştirilirken gözetilmesi gereken insan hakları ilkeleri olduğu belirtilmelidir. Geri göndermeme ilkesiyle de bağlantılı olarak bir devletin AİHS'nin 3'üncü maddesini ihlal etmemesi için, muamelenin asgari bir ciddiyet seviyesine ulaşmaması gerekmektedir. Bu kapsamda bir yabancının özel ihtiyaçları ve uluslararası koruma başvurusuna esas teşkil eden sübjektif unsurlar dikkate alınmalıdır. AİHM bu eşiğin aşılması hususunda yabancının ihtiyaçları ve özel durumunu kümülatif olarak dikkate almaktadır. Bu kapsamda; incelenen muamelenin süresi, muamelenin uygulanış şekli, muamelenin kişi üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, yer ve yöntemi, başvuranın yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu gibi koşullara özen gösterilmelidir. Sınır dışı işlemi sürecinde ayrıca, işlemin ancak hukuki bir karara dayanarak ve yabancının anladığı dilde kararın hukuki gerekçeleri açıklanarak yabancıya tebliğ edilmelidir. Bu kapsamda bilhassa kanunilik ilkesine ve gerekçe ilkesine uyulmalıdır. Yabancının etkili başvuru hakkı kapsamında, söz konusu karara karşı itiraz hakkı tanınması, yeterli zamanı içerecek surette etkili hukuk yollarına erişimi ile gerekirse yabancının hukuki yardıma ve danışmanlığa erişimi sağlanmalıdır. Ayrıca, yabancının insan onuruna yakışır bir şekilde sınır dışı edilmesi sürecinin yönetimi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Yayınlar

BMMYK, Global Trends Forced Displacement in 2023, Cenevre, BMMYK Yayını, 2024.

BMMYK, Master Glossary of Terms, Cenevre, BMMYK Yayını, 2024.

BMMYK, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders, Cenevre, BMMYK Yayını, 2014.

Carrera S, The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?, European University Institute Yayını, İtalya, 2020.

Caşın M H, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları (2 Cilt), Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019.

CoE / ECHR, Asylum, Strazburg, CoE Yayını, 2016.

CoE / ECHR, Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights, Strazburg, CoE Yayını, 2018.

CoE / ECHR, Key Theme – Summary returns of migrants and/or asylum-seekers ("push-backs") and related case scenarios, Strazburg, CoE Yayını, 2024.

CoE, Practical Guide on the Human Rights Approach for Co-operation Projects, Strazburg, CoE Yayını, 2020.

CPT, 13. Genel Rapor'dan Alıntı: Yabancı uyrukluların havayoluyla sınır dışı edilmesi, CPT Yayını, Strazburg, 2003.

Gözler K, Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.

Gözügüzelli E, Uluslararası Deniz Hukuku - Türk Denizleri ve Olmazsa Olmaz (Sine Qua Non) İlkeler, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2020.

HRW, Abused and Expelled Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco, New York, HRW Yayını, 2014.

IOM, Göç Terimleri Sözlüğü, Cenevre, IOM Yayını, 2009.

Krasner S, Sovereignty: Organized Hypocrisy. Princeton Üniversitesi Yayınları, New Jersey, 1999.

Kuran S, Uluslararası Deniz Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.

Lauterpacht SE/ Bethlehem D, The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, BMMYK Yayını, Cenevre, 2023.

Loughlin M, Sword and Scales - An Examination of The Relationship Between Law and Politics, Oxford Yayınları, Hart, 2000.

Odman T, Mülteci Hukuku, 1. Baskı, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınevi, Ankara, 1995.

Özman A, Birleşmiş Milletler III. Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984.

Pardavi M/ Matevzic G / Ivan J / Bakonyi A, Country Report: Hungary, ECRE Yayını, Brüksel, 2018.

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk Dersleri (International Law. Courses) 1. Kitap, 12. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014.

Peker B / Sancar M, Mülteciler ve İltica Hakkı: Yaşamın Kıyısındakilere Hoşgeldin Diyebilmek, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara, 1986.

Riemer L, The Prohibition of Collective Expulsion in Public International Law, Berlin, Berlin Özgür Üniversitesi Yayını, 2020.

TİHEK, Sığınmacılar ve Düzensiz Göçmenlere Yönelik Geri İtme Eylemlerinin İnsan Hakları Perspektifinden Değerlendirilmesi Raporu, TİHEK Yayını, Ankara, 2022.

UAÖ, Amnesty International Report 2015/16 - Morocco / Western Sahara, Londra, UAÖ Yayını, 2016.

Yazar E, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Açısından Havaalanlarındaki Transit ve Uluslararası Bölgelerde Tutulan Yabancıların Durumunun Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Dergiler

Aksu F, "Türkiye-Yunanistan İlişkilerinde Deniz Yetki Alanı Uyuşmazlıkları", C. 13, S. 2, 2024, Avrasya İncelemeleri Dergisi, ss.89-122.

Altınkök S, "Egemenliğin Dönüşümü: İnsan Hakları Alanındaki Gelişmelerin Devlet Egemenliği Sistemi Üzerindeki Etkileri", C. 8, S. 1, 2016, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, ss.217-229.

Aygün M / Kaya C, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", C. 7, S. 1, 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.87-142.

Balık İ, "Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları", C. 11, S. 1, 2018, Kent Akademisi Dergisi, ss.86-98.

Chetail V, "Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel", C. 27, S. 4, European Journal of International Law, 2016, ss.901–922.

Demir IE, "YUKK Kapsamında Uluslararası Koruma Statüsü Sahiplerinin ve Sığınmacıların Ülkeden Uzaklaştırılması", C. 2, S. 1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, ss.37-64.

Eren EY, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Sığınma Hakkı: Sığınma Arama Hakkından Sığınma Aramaya Erişim Hakkına", C. 5, S. 2, 2023, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.754-828.

Ergül E, "Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri", C. 1, S. 475, 2012, Türk İdare Dergisi, ss.213-228.

Gören Z, "Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı: Federal Alman Anayasası Md. 16 ve II 2 nin Sığınma Temel Hakkı ve Sığınmacıların Türkiye'deki Hukuksal Statüsü", C. 10, S. 93, 1993, Anayasa Yargısı Dergisi, ss.283-322.

Gündüz B, "Non-refoulement principle in the 1951 refugee convention and human rights law", C. 5, S. 10, 2018, ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, ss.13-23.

Karapınar N, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Alanlarına İlişkin Bazı Kavramlar", C. 20, S. 1, 2015, MTA Doğal Kaynaklar ve Ekonomi Bülteni, ss.13-21.

Özdan S, "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliğinin Hava Sahasına Uzanmasının Meşruluğu", C. 14, S.1, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, ss.114-126

Özel S, "Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi", C. 37, S. 2, 2018, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.249-295.

Özkaya Ö, "Devlet Olgusu Üzerine Bir Değerlendirme", C. 16, S. 1, 2020, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss.317-352.

Rosman NS / Hamidon HN / Althabhawi NM, "The Right of Asylum in Jurisprudence Perspective", C. 5, S. 1, 2023, Current Legal Issues Journal, ss.132-142.

Yazar E, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü", C. 26, S.4, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.313-350.

Yılmaz F/ Oktav ÖZ, Tarihsel Süreçten Günümüze Sınırların Evrimi ve Sınır-Göç İlişkisi, C. 4, S. 1, İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Disiplinlerarası Yenilik Araştırmaları Dergisi, 2024, ss.113-126.

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı, 30.4.2020 (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf s.e.t. 13.01.2025)

Aparı SF, Uluslararası Göç Örgütü: Denizden Avrupa'ya giden göçmen ölümleri geçen yılın aynı dönemine göre iki kattan fazla arttı, Anadolu Ajansı, 14.07.2021, (https://www.aa.com.tr/tr/dunya/uluslararasi-goc-orgutu-denizden-avrupaya-giden-gocmen-olumleri-gecen-yilin-ayni-donemine-gore-iki-kattan-fazla-artti/2304302 s.e.t. 13.01.2025)

BMMYK, Küresel Eğilimler Raporu (https://www.unhcr.org/global-trends s.e.t. 13.01.2025)

Committee on Legal Affairs and Human Rights, Areas where the European Convention on Human Rights cannot be implemented Report, K.T. 11.3.2003, (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10095&lang=EN s.e.t. 17.01.2025)

ECRE, Hungary: Government Extends the "State of Crisis due to Mass Migration, 13.9.2019 (https://ecre.org/hungary-government-extends-the-state-of-crisis-due-to-mass-migration/ s.e.t. 13.01.2025)

Markard N, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain, EU Migration Law Blog, 1.4.2020 (https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/ s.e.t. 13.01.2025)

Neff TG / Helene C, Deployed Inside the United States: The Military Waits for the Migrant Caravan, New York Times, 11.10.2018 (https://www.nytimes.com/2018/11/10/us/deployed-inside-the-united-states-the-military-waits-for-the-migrant-caravan.html s.e.t. 13.01.2025)

Semple K, Trump Threatens to Punish Honduras Over Immigrant Caravan, New York Times, 16.10.2018

(https://www.nytimes.com/2018/10/16/world/americas/trump-immigrant-caravan.html s.e.t. 13.01.2025)

Statista Research Department, Number of recorded deaths of migrants in the Mediterranean Sea from 2014 to 2024, (https://www.statista.com/statistics/1082077/deaths-of-migrants-in-the-mediterranean-sea/ s.e.t. 13.01.2025)

Yargı Kararları

Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 30471/08, K.T. 1.3.2010 (https://hudoc.echr.coe.int)

Ahmed v. Avusturya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25964/94, K.T. 17.12.1996 (https://hudoc.echr.coe.int)

Alibaks ve Diğerleri v. Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 14209/88, K.T. 16.12.1988 (https://hudoc.echr.coe.int)

Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 55721/07, K.T. 7.7.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

Andric v. İsveç Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 45917/99, K.T. 23.2.1999 (https://hudoc.echr.coe.int)

Berisha ve Haljiti v. Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 18670/03, K.T. 16.1.2005 (https://hudoc.echr.coe.int)

Chahal v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22414/93, K.T. 15.11.1996 (https://hudoc.echr.coe.int)

Conka v. Belçika Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 51564/99, K.T. 5.2.2002 (https://hudoc.echr.coe.int)

De Souza Ribeiro v. Fransa Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22689/07, K.T. 13.12.2012 (https://hudoc.echr.coe.int)

Delia Saldias de Lopez Burgos v. Uruguay Başvurusu, BM İnsan Hakları Komitesi, Başvuru No: 52/1979, K.T. 29.7.1981 (https://juris.ohchr.org/)

Dritsas ve Diğerleri v. İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 2344/02, K.T. 1.2.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25389/05, K.T. 26.7.2007 (https://hudoc.echr.coe.int)

Hilal v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 45276/99, K.T. 6.6.2001 (https://hudoc.echr.coe.int)

Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 27765/09, K.T. 23.2.2012 (https://hudoc.echr.coe.int)

ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, K.T. 9.7.2004 (https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-204033/)

Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 48787/99, K.T. 8.7.2004 (https://hudoc.echr.coe.int)

Ilias ve Ahmed v. Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 47287/15, K.T. 21.11.2019 (https://hudoc.echr.coe.int)

Ilias ve Ahmed v. Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 47287/15, K.T. 21.11.2019 (https://hudoc.echr.coe.int)

Ireland v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.1.1978 (https://hudoc.echr.coe.int)

J.R. ve diğerleri v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 22696/16, K.T. 28.5.2018 (https://hudoc.echr.coe.int)

Kebe ve Diğerleri v. Ukrayna Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 12552/12, K.T. 12.4.2017 (https://hudoc.echr.coe.int)

Khlaifia ve Diğerleri v. İtalya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16483/12, K.T. 15.12.2016 (https://hudoc.echr.coe.int)

M.A. ve diğerleri v. Litvanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 59793/17, K.T. 11.3.2019 (https://hudoc.echr.coe.int)

M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 30696/09, K.T. 21.1.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

NA. v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 25904/07, K.T. 6.8.2008, para. 130. (https://hudoc.echr.coe.int)

N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8675/15 ve 8697/15, K.T. 3.10.2017 (https://hudoc.echr.coe.int)

N.D. ve N.T. v. İspanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8675/15 ve 8697/15, K.T. 13.2.2020 (https://hudoc.echr.coe.int)

Rahimi v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8687/08, K.T. 5.4.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

S.S. ve Diğerleri Macaristan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 56417/19 ve 44245/20, K.T. 12.1.2024 (https://hudoc.echr.coe.int)

Safi ve Diğerleri v. Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 5418/15, K.T. 7.7.2022 (https://hudoc.echr.coe.int)

Salah Sheekh v. Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 1948/84, K.T. 23.5.2007 (https://hudoc.echr.coe.int)

Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16643/09, K.T. 21.10.2014 (https://hudoc.echr.coe.int)

Shioshvili ve Diğerleri v. Rusya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 19356/07, K.T. 20.3.2017 (https://hudoc.echr.coe.int)

Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8319/07 ve 11449/07, K.T. 28.6.2011 (https://hudoc.echr.coe.int)

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA ÇİFT MECLİS SİSTEMİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

An Assessment of the Bicameral System in Comparative Constitutional Law

Dr. Öğr. Üyesi Dilara YÜZER ELTİMUR*

Öz: Parlamento, modern demokrasilerin temsili niteliğini somutlaştıran en önemli kurumlarından birini oluşturmakla birlikte yapısal tasarımı her devlette farklılık göstermektedir. Parlamentoların yapısında iki meclisin bulunmasını ifade eden ve toplumsal, sınıfsal bölünmelerin siyasete yansıması sonucu ortaya çıkan çift meclisli sistem, tek meclisli sisteme göre daha köklü bir tarihsel geçmişe sahiptir. Ancak günümüzde tek meclisli sistemin daha yaygın bir şekilde tercih edildiği gözlemlenmektedir.

Temel olarak federal yapıları koruma, siyasi güçlerin dengesini, toplumsal uzlaşıyı sağlama ve çoğunluğun tek taraflı baskın iradesini sınırlama amaçlarıyla kabul edilen çift meclis sisteminin avantaj ve dezavantajlarına ilişkin olarak karşılaştırmalı anayasa hukukunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Bu bakımdan devletlerin parlamentolarında tercih ettikleri çift meclis sistemin özelliklerinin ortaya konulması, hangi gerekçelerle tercih edildiğinin açıklanması ve anayasal açıdan tartışılması gerekmektedir.

Çalışmada çift meclis sisteminin temel özellikleri ortaya konularak, bir devletin tek meclis yerine çift meclisli bir yasama organına sahip olmasının ne gibi avantajlar ve dezavantajlar yaratacağı irdelenmiştir. Bu kapsamda meclis sistemini değiştiren devletlerin anayasal çerçevede değişiklik gerekçeleri ele alınmıştır. Karşılaştırmalı anayasa hukukundaki güncel gelişmelerden hareketle üniter devletlerde çift meclis sitemine ilişkin değerlendirmeler ve Türkiye'de çift meclis sistemi önerilerine ilişkin tartışmalar ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çift Meclis Sistemi (Bikameralizm), Federal Devlet, Üniter Devlet, Parlamento, Birinci Meclis, İkinci Meclis

Abstract: The parliament, while constituting one of the most significant institutions embodying the representative nature of modern democracies, exhibits structural variations in each state. The bicameral system, which refers to the presence of two chambers in the structure of parliaments and emerged as a result of the reflection of societal, class divisions in politics, has a more rooted historical background compared to the unicameral system. However, it has been observed that the unicameral system is more widely preferred at present.

The bicameral system, adopted mainly to preserve federal structures, maintain the balance of political powers, ensure social consensus and limit the unilateral domination of majority rule, has been the subject of different perspectives on its advantages and disadvantages in comparative constitutional law. In this context, it is necessary to examine the characteristics of the bicameral systems adopted by states, explain the reasons behind their preference, and discuss these systems from constitutional perspective.

This study aims to identify the main features of the bicameral system and to assess the potential advantages and disadvantages of a state's preference for a bicameral legislature over a unicameral system. In this framework, the constitutional reasons behind the alterations made by states in their parliamentary systems are analyzed. Based on the current developments in comparative constitutional law, assessments on the bicameral system in unitary states and debates on the proposals for a bicameral system in Turkey have been put forward.

Keywords: Bicameral System, Federal State, Unitary State, Parliament, First Chamber, Second Chamber

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, dilara.eltimur@bakircay.edu.tr
ORCID: 0000-0003-1398-8938 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676803
Makale Geliş Tarihi: 20.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 3.03.2025

GİRİŞ

Yasama, denetim, bütçe, anayasa değişikliklerini ve uluslararası antlaşmaları onaylama ve ayrıca temsille görevli parlamentolar demokratik yönetim biçimlerinin temel yapı taşlarından biridir. Tarihi kökeni antik Roma ve Ortaçağ İngiltere'sine dayanan ve farklı toplumsal sınıfların temsilini amaçlayan çift meclis sistemi[1], halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan bir meclisin yanı sıra yasama sürecine dahil olan ikinci bir meclisin bulunduğu parlamento yapısını ifade etmektedir[2].

XIX. yüzyılın ilk yarısında yaygın olarak benimsenen görüşe göre, devlet erklerinin yasama, yürütme ve yargı olarak bölünmesi gibi üst ve alt meclislere bölünmesi de siyasi bir denge yaratmaya, özellikle de her iki mecliste temsil edilen siyasi görüşleri eşitlemeye hizmet etmiştir[3]. Bu yönüyle yasama fonksiyonunun çift meclisle yürütülmesi iktidarın gücünün sınırlandırılmasında rol oynamaktadır[4]. Günümüzde de klasik demokrasilerde ikinci meclis, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir uzantısı ve somutlaşmış bir uygulaması olarak işlev görmekte[5] ve iki meclisin birbirini denetlemesi yoluyla demokrasinin güçlendiği ifade edilmektedir[6].

Çift meclisli yasama organlarının teorik kökenini açıklamak üzere öğretide birçok argüman ileri sürülmektedir. Yasama organının çift yahut tek meclisli olması tercihi yönetim biçimine, devlet yapısına ve hükümet sistemine göre değişebilmekle beraber aralarında zorunlu bir ilişki yoktur[7]. Zira cumhuriyetlerde, monarşilerde, üniter ve bölgeli devletlerde hem çift meclis sistemi hem de tek meclis sistemi görülmektedir[8]. Devlet şeklinin monarşi[9] yahut

---

1 Donald Shell, "The History of Bicameralism", Journal of Legislative Studies, Vol. 7 (1), 2001, s. 5-6.

2 Ross Hickey, Bicameral bargaining and federation formation, Vol. 154, No. 3-4, , 2013, s. 217; İlhan Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler", AÜHFD, C. 11, S. 3-4, 1954, s. 64; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2024, s. 337; Bülent Yavuz, Bülent/Mahmut Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, S.1, 2012, s. 218; Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023 s. 636; Yüksel Metin Y/Tuba Aykanat, "İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.2, 2023, s. 918.

3 Joachim Wedel, Zur Entwicklung des deutschen parlamentarischen Zweikammersystems, Schriften zur Verfassungsgeschichte, Band 82, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, s. 10.

4 Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 287.

5 Kapani, s. 287; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 674.

6 Uran P, "Bicameralism, Federalism and Democracy: A Comparative Perspective", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, s. 71.

7 Anayurt, s. 674.

8 Eren, s. 636.

9 Tek meclisli anayasal monarşilere Norveç, İsveç, Danimarka örnek verilebilir. Çift meclisli anayasal monarşilere ise Birleşik Krallık, Hollanda, Belçika, İspanya, Kanada, Japonya, Avustralya örnek verilebilir. Bkz. https://www.ipu.org/national-parliaments, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

cumhuriyet olması[10] yasama organının yapısını etkilememekte iken, yapısı itibarıyla bölgeli ve federal devletlerin parlamentolarının neredeyse tamamının çift meclisli olduğu görülmektedir[11]. Bu bağlamda federal devletler için bir gereklilik olarak görülen çift meclis sisteminin[12] üniter devletler bakımından tercih edilme gerekçelerini değerlendirmek önemlidir.

Dünya Parlamentolar Birliği'nin (Inter Parliamentary Union) 2024 yılı verilerine göre günümüzde 190 ulusal parlamentonun 78'i çift meclisli ve 112'si tek meclislidir[13]. Yani dünya genelinde ülkelerin %41'ini aşan oranda iki ayrı meclisin bulunduğu bir parlamento sistemi vardır. Çift meclis sistemi yaygın şekilde uygulansa da parlamentoların yapısı, ikinci meclislerin oluşumu ve yetki paylaşımı birbirinden farklılık göstermektedir. Farklı devletler özelinde bu yapısal özellikleri karşılaştırmak ise çift meclis sisteminin avantaj ve dezavantajlarının tespitinde önem arzetmektedir.

İkinci bir meclisinin anlamı ve amacı üzerine yapılan tartışmalar, siyasi düşünceler tarihinin klasik tartışmalarından biridir[14]. Fakat farklı toplumsal çıkarları ve güç dinamiklerini biraraya getirerek, parlamento işlevleri içerisinde denge ve gözetim sağlamak üzere tasarlanan çift meclis sistemi, anayasal gelişimdeki önemli tarihsel rolüne rağmen karşılaştırmalı anayasa hukukunda nadiren araştırmaların odağı olmuştur. Dünyada hayli yaygın bir sistem olmasına karşın uluslararası ve ulusal doktrinde çift meclis sisteminin hem savunucuları hem de karşıtları bulunmaktadır. Dolayısıyla da farklı ülkelerin çift meclis yapısından hareketle uygulamada tespit edilen sorunları ortaya koymak ve tek meclis sistemine kıyasen çift meclis sistemi tercihi gerekçelerini ele almak, hem

---

[10] Tek meclisli cumhuriyetlere Türkiye, Portekiz, Finlandiya, Bulgaristan, Yunanistan, Hırvatistan, Macaristan örnek verilebilir. Çift meclisli cumhuriyetlere ise Almanya, Fransa, İrlanda, Çek Cumhuriyeti, Polonya, ABD, İtalya, Brezilya ve Rusya örnek verilebilir. Bkz. https://www.ipu.org/national-parliaments, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

[11] Peri Uran, Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 53-131; Çift meclisli 79 ülkenin 21'i federal devlet yapısına sahiptir. *Sezgin Baş/Nisa Özcan*, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2022, s. 207; Eren, s. 636; Lisa Grazzini/Alessandro Petretto, Federalism with Bicameralism, Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa, Università degli Studi di Firenz, Working Paper Series, January, 2013, s. 1; Eren, s. 636; Arend Lijphart, Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları Ankara, s. 85.

[12] Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 26. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 441; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, 2024, s. 229; Yavuz/Bülbül, s. 222; Türker, Westminster, s. 448; İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınları, İstanbul, 2024, s. 112; Julia Faber, Föderalismus und Binnenföderalismus im Wahlrecht zu den deutschen Volksvertretungen und zum Europäischen Parlament, Nomos, 1. Auflage, 2015, s. 39; İsmet Karadayı, Devlet, Hükümet ve Demokrasilerde Çift Meclis, Adalet Dergisi Y. 51, S. 8, 1960, s. 501.

[13] Bkz. https://www.ipu.org/national-parliaments, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

[14] Adrian Vatter, "Politische Institutionen und ihre Leistungsfähigkeit, Der Fall des Bikameralismus im internationalen Vergleich", Zeitschrift für Parlamentsfragen, Vol. 33, No. 1, 2002, s. 125.

tek meclis hem de çift meclis deneyimi olan ülkemiz açısından yol gösterici olacaktır.

I. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Modern yasama organlarında en göze çarpan farklılık, yasama yetkisinin farklı üyelere sahip iki ayrı meclise verilmesi uygulamasıdır[15]. Bu bağlamda çift meclis sistemi, yasa yapımı, halkın temsili, hükümet oluşturma, bütçe üzerinde kontrol, yürütmeyi kontrol ve denetim fonksiyonlarına sahip yasama organının[16] iki meclisli olmasını ifade eder[17]. Her iki meclis aynı yetkilerle donatılmış olmasa da her ikisinin de yasama faaliyetlerine katılımı zorunludur[18]. Çift meclislilik kavramı genellikle dengeli hükümet ilkesine felsefi bağlılığın bir ifadesi olarak yorumlanmaktadır[19].

Çift meclis sisteminin yapısı ülkelerin dinamikleri ekseninde gelişmektedir[20]. Bu sistemde parlamentolar birinci meclis (alt meclis) ve ikinci meclisten (üst meclis) oluşur[21]. Her ülkenin anayasasında meclislere verilen adlar farklı olmakla birlikte[22] birinci meclis (Temsilciler Meclisi, Millet Meclisi) genellikle halkın doğrudan seçilmiş temsilcilerinden oluşurken, ikinci meclis (Senato) ise belirli kriterlerle seçilen üyelerden oluşmaktadır. Bu sebeple çift meclis sisteminde genellikle ikinci meclis, dar ve seçkinci bir temsile imkan vermektedir[23].

Çift meclisli parlamentolarda özellikle federal devletlerde üst meclis (örneğin, ABD Senatosu veya Almanya'daki Bundesrat), federe birimleri temsil eden bir yapıdadır[24]. Üst meclisler daha çok bölgeleri, eyaletleri veya belirli toplumsal sınıfları temsil etmek amacıyla yapılandırılmıştır[25]. Zira federe devletlerin federal düzeyde temsili ve kararlara katılması ihtiyacı federal

---

15 Michael Cutrone M/Nolan McCarty, "Does Bicameralism Matter?", Princeton University, https://www.columbia.edu/~gjw10/cutrone_mccarty.bicameralism.pdf, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024), s. 1.

16 Erdal Onar, "Güncel Demokrasilerde Parlamentonun Rolü: Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 92 vd; Sezgin Baş, Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 6 vd.

17 Arsel, s. 64; Hickey, s. 217; Gözler, s. 337; Yavuz/Bülbül, s. 218; Eren, s. 636; Metin/Aykanat, s. 918; Uran, Bicameralism, s. 63.

18 Arsel, s.64.

19 Alun A Preece, 'Bicameralism at the end of the second millennium', University of Queensland Law Journal, Vol. 21 (1), 2000, s. 68-69; John Coakley, "The Strange Revival of Bicameralism", Journal of Legislative Studies, Vol. 20 (4), 2014, s. 543

20 Yavuz/Bülbül, s. 218.

21 Alt ve üst meclis nitelendirmesi tarihsel bir nitelik arz etmekte olup, bu nitelendirme günümüzde meclislerin yetkilerinin önemi bakımından yapılmamıştır. Gözler, s. 338.

22 Kaboğlu, s. 112; Lijphart, s. 201.

23 Eren, s. 636.

24 Faber, s. 42.

25 George Tsebelis/Jeannette Money, Bicameralism, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, s. 23-27.

devletlerde çift meclis sistemini gerekli kılmıştır[26]. Yani çift meclisli parlamentolardaki meclisler arasındaki farklardan biri ikinci meclislerin azınlıkların temsilini sağlayacak şekilde tasarlanmasıdır[27]. Dolayısıyla da bu sistem farklı bölgelerin ve toplumsal sınıfların temsili için önemlidir[28].

Ülkelerin çift meclisli parlamentolarının[29] neredeyse tamamında ikinci meclis, birinci meclisten daha az üyeye sahiptir[30]. Bunun sebepleri, ikinci meclisin denge ve denetim işlevini sağlayabilmesi ve ayrıca bölgeleri, eyaletleri yahut sınıfları temsil etmesidir[31]. İkinci meclisin birinci meclisten daha çok sayıda üyeye sahip olduğu tek istisna Birleşik Krallık'tır[32]. Ayrıca çoğu ülkede ikinci meclislerde birinci meclise kıyasen yasama görevi süresi daha uzun olma eğilimindedir[33]. Birinci ve ikinci meclislerin yasama sürelerinin farklı olmasının temel nedeni, meclislerin üstlendiği işlevlerin farklılığı ve birinci meclislerdeki siyasi değişimlerin üst meclisin istikrarını etkilememesi amaçlıdır. Bu doğrultuda birinci meclisler, genellikle halkın iradesini hızlı bir şekilde yansıtmak üzere daha kısa yasama dönemlerine sahipken, üst meclisler daha uzun vadeli ve dengeleyici bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla da birinci meclis genellikle daha hızlı kararlar alırken, ikinci meclis yasaları gözden geçirme, düzeltme ve gerektiğinde veto etme yetkisine sahiptir[34]. Böylelikle alt meclisin karşılaştığı baskıları bir nebze de olsa hafifletir. Yani ikinci meclisler her zaman mevzuatın

---

26 Teziç, s. 441; Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, 11. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2023s. 525; Uran, s. 149.

27 Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 88.

28 Dennis C Mueller, Constitutional Democracy, Oxford University Press, 1996, s. 199.

29 Almanya'da birinci meclis Bundestag 736 üye; ikinci meclis Bundesrat 69 üye, Avusturya birinci meclis Nationalrat 183 üye, ikinci meclis Bundesrat 61 üye; Belçika Chambre des représentants150 üye, ikinci meclis Senaat/Sénat 60 üye; Fransa birinci meclis Assemblée nationale 577 üye, ikinci meclis Sénat 348 üye; Hollanda birinci meclis Tweede Kamer 150 üye, ikinci meclis Eerste Kamer 75 üye; İtalya birinci meclis Camera dei deputati 400 üye, ikinci meclis Senato della Repubblica 200 üye, Rusya birinci meclis Federasyon konseyi 170 üye, ikinci meclis devlet duması 450 üye, ABD birinvi meclis House of Representatives 435 üye, ikinci meclis Senate100 üye Güncel veriler için bkz. https://www.ipu.org, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

30 Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 86; Eren, s. 638.

31 Eren, s. 637.

32 İngiliz Lordlar Kamarası 2024 itibarıyla Lordlar Kamarası'nda yaklaşık 780 üye bulunmaktadır. Avam Kamarası üye sayısı ise 650'dir.

33 Anthony Mughan, "Comparative Bicameralism: A Survey of Global Approaches", University of Oxford Human Rights Hub Journal Vol. 3(2), 2020 s. 118; Lijphart, s. 204; Oktay Uygun, Federal Devlet, Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2007, s. 251-252; Eren, s. 638; Giri Parameswaran, "Bargaining and Bicameralism", Legislative Studies Quarterly, Vol. 43, No. 1, 2018, s. 101; Demet Çelik Ulusoy, Federal Sistemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 73-74; Cutrone/McCarty, s. 1.

34 Michelangelo Vercesi, "From Symmetrical Bicameralism to Which Model? The Constitutional Reform and the Second Chamber in Comparative Perspective", https://www.sisp.it/docs/convegno2016/71_sisp2016_sistema-politico-italiano.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024), s. 15.

nihai sonucu üzerinde bir etkiye sahiptir[35]. İki meclisin yetkilerinin eşit olmadığı durumlarda ise daha güçsüz olan genellikle ikinci meclistir[36].

Çift meclisli yasama organları çeşitli olup, farklı siyasi bağlamlarda oluşmaktadır[37]. Bu noktada ikinci meclislerin siyasal önemini seçilme yöntemleri belirlemektedir. Birinci meclisler genel oyla ve tek dereceli seçimle belirlenirken, ikinci meclisler ülkelere göre değişen surette (soyluluk, veraset, doğrudan ya da dolaylı seçim, bölgesel temsil, devlet başkanının ataması, hükümetçe atanma gibi) farklı şekilde belirlenmektedir[38]. Politik olarak daha önemli ve anayasal açıdan daha güçlü olan birinci meclistir[39]. ABD ve Avustralya[40] istisnaları dışında ikinci meclisler doğrudan halk tarafından seçilmemektedir[41]. Doğrudan halk tarafından seçilmeyen ikinci meclislerin demokratik meşruluktan ve buna bağlı olarak siyasal etkiden yoksun oldukları ileri sürülür[42]. Bu bağlamda senatoların varlığını sürdürmesinin nedeni olarak geleneklerin ve menfaatlerin pragmatizmi gösterilmektedir[43]. Ayrıca çift meclisli parlamentolarda meclislerin eş değer yetkilerle donatılması daha çok federal devletlerde görülürken, üniter devletlerde ise birinci meclislerin ikinci meclislere kıyasen daha fazla yetkiye ve demokratik meşruiyete sahip olduğu görülmektedir[44].

II. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Çift meclis sistemine ilişkin literatürdeki sorunlardan biri, ikinci meclislerin önde gelen gerekçelerinin ve avantajlarının çoğunun teorik anlamda karşılaştırılmamasıdır[45]. Çift meclis sisteminin avantaj ve dezavantajlarına ilişin

---

35 Tsebelis/Money, s. 211.

36 Çift meclis sisteminin ilk uygulandığı zamanlarda üst meclis son söze sahipti lakin günümüzde genellikle sözünü geçiren alt meclislerdir (Avam Kamarası, Temsilciler Meclisi, Bundestag). Giovanni Sartori, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes, Second Edition, Macmillan, Londra, 1997, s. 183.

37 Russel, "Rethinking Bicameral Strength: A Three-Dimensional Approach", The Journal of Legislative Studies, Vol. 19 (3), 2013, s. 370.

38 Eren, s. 638; Anayurt, s. 676; Metin/Aykanat, s. 923.

39 Aalt Willem Heringa, Constitutions Compared an Introduction to Comparative Constitutional Law, Seventh Edition, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2023, s. 164.

40 Avustralya'da Senato halk tarafından seçilmekte, tüm yasalar üzerinde mutlak veto hakkına sahip olmakta ve kabineyi güvensizlik oyu ile görevden alamamaktadır. Senato resmi olarak hükümetin istifasını isteyemese de bunu dolaylı olarak bütçeyi veto ederek ve arzı engelleyerek yapabilmektedir. Bütçe üzerindeki bu veto yetkisi, işlevsel olarak güvensizlik oylamasına eşdeğer görülmektedir. Ganghof, S. "Bicameralism As a Form of Government (Or: Why Australia and Japan Do Not Have a Parliamentary System", Parliamentary Affairs, Vol. 67 (3), 2012, s. 12-13.

41 Faber, s. 40.

42 Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 87.

43 András Sajó, Limiting Government An Introduction to Constitutionalism, Central European University Press, 1999, s. 151.

44 Anayurt, s. 676.

45 Ganghof, s. 21.

hipotezler daha ziyade birbirleriyle muhtemelen çatışabilecek farklı siyasi temsil ilkelerine atıfta bulunmaktadır[46]. Bir bakış açısına göre çift meclis sistemi daha zengin ve eksiksiz bir temsil imkanı ve daha fazla parlamento personeli çeşitliliği sağlamaktadır. Diğer bakış açısına göre ise ikinci meclisler ideal temsil modelinden bir sapmadır ve siyasi bedenin farklı bileşenlerine verilen temsil ağırlığının adilliği ile ilgili sorunlara yol açma riski taşımaktadır[47].

Bazı yazarlar ikinci bir meclisin bir siyasi sistemde arzu edilen işlevlere hizmet edebileceğini vurgulamakta iken[48] diğerleri ise güçlü ikinci meclislerin, demokratik çoğunluk ilkesini ortadan kaldırma eğiliminde olması gerekçesiyle konuya şüphe ile yaklaşmaktadır[49]. Bu bağlamda aşağıda inceleneceği üzere çift meclisin hem avantaj hem de dezavantajları tartışmaları literatürde güncelliğini korumaktadır.

A. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN AVANTAJLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Çift meclis sisteminin tek meclis sistemine kıyasen tercih edilmesinin altında yatan sebepler temel olarak; yasama yetkisinin tek bir kurulda toplanmasının riskli bulunması, karar alma sürecinde denge ve denetimin ihtiyatlılık gereği olması[50] ve iki gözün tek gözden daha iyi olduğu iddiasıdır[51]. Bu bağlamda aşağıda çift meclis sisteminin getirdiği avantajlara ilişkin görüşler daha detaylı şekilde değerlendirilecektir.

1. Yasama Sürecinde Denetim ve Dengeleme Mekanizması

Denge ve denetleme mekanizmasına dayanan kuvvetler ayrılığı ilkesi bir toplumu despotizmden korumayı amaçlar ve iktidarın hiçbir kolunun gücünü kötüye kullanamayacağını garanti eder[52]. Buradaki temel fikir yürütmeyi kontrol altına almak ve yetkilerini kullanmasına sınırlar koymaktır[53]. Bu bağlamda ikinci meclisin, egemenliğin kullanılmasında kontrol ve denge unsuru olabileceği öne sürülür[54].

Parlamentonun iki ayrı meclise bölünmesi sonucu yasama gücünün de bölünmesiyle birlikte gücün tek bir mecliste yoğunlaşması önlenerek daha

---

46 Detlef Nolte/Francisco Sánchez, Representing Different Constituencies: Electoral Rules in Bicameral Systems in Latin America and Their Impact on Political Representation, Working Papers Global and Area Studies, Deutsches Ubersee-Institut, Hamburg, 2005, s. 7.

47 Nolte/Sánchez, s. 7.

48 William H Riker, "The Justification of Bicameralism", International Political Science Review, Vol. 13, No. 1, 1992 102 vd;

49 Ganghof, s. 2.

50 Sajó, s. 153.

51 Sartori, s. 184-185.

52 Uran, Bicameralism, s. 72.

53 Uran, Bicameralism, s. 72.

54 Uran, Bicameralism, s. 69.

dengeli bir yönetim anlayışı benimsenmiş olur[55]. Çift meclis sistemi savunucuları parlamentonun bir ülkenin anayasa hayatında tam etkili olabilmesini ikinci meclisin varlığına ve bu meclislerin menşe ve görev bakımından farkları itibarıyla birbirlerini tamamlamasına bağlamaktadırlar[56]. Bu sebeple de birinci meclise karşı denge unsuru sağlayacak bir ikinci meclisin olmasını arzu etmektedirler[57].

Çift meclisli sistemde yasaların kabul edilme süreci, iki ayrı meclis arasında koordineli bir şekilde yürütülür. İlk olarak, yasalar genellikle alt mecliste başlatılır ve ardından üst meclise gönderilir. Her iki meclisin de yasayı onaylaması gerekmektedir. Ancak bu süreç her ülkede farklılık gösterebilir: ABD'de, Senato ve Temsilciler Meclisi'nin her biri, yasa tasarılarını ayrı ayrı gözden geçirir. Yasalar önce halkın çoğunluğunun sonra da eyaletlerin çoğunluğunun onayı olmadan geçirilmez[58]. Her iki meclisten de geçmeyen bir yasa tasarısı, yasalaşamaz. Bu süreç, yasaların daha titiz bir incelemeye tabi tutulmasını sağlar ve tek bir siyasi gücün baskın olmasını engeller. Almanya'da, Bundesrat (Federal Konsey) ve Bundestag (Federal Meclis) arasında yasaların kabul sürecinde güçlü bir işbirliği bulunmaktadır[59]. Özellikle, federal sistemde eyaletlerin çıkarlarını ilgilendiren konularda Federal Konsey'in onayı zorunludur[60]. Bu süreç, yasaların yalnızca merkezi hükümetin değil, aynı zamanda yerel yönetimlerin çıkarlarını da göz önünde bulundurarak onaylanmasını sağlar. Bu bağlamda Federal Konsey'in bir denge ve denetleme organı olduğu açıktır. Fakat aynı zamanda federe devletlerin çıkarlarını temsil eden bir organdır[61]. Bu iki unsurdan birinin diğeriyle tamamen yer değiştirmesi

---

55 James Madison, "Federalist No. 62- The Senate", The Federalist Papers, ed. Hamilton A, Madison J, Jay J, 1788, s. 689-690.

56 Shell' e göre ikinci bir meclis, birinci meclis için normal olandan farklı olmalıdır. Yani ikinci bir meclis var olacaksa, üyelerinin birinci meclisten önemli açılardan farklı olacak şekilde oluşturulması gerektiğini öne sürmektedir. Eğer iki meclislilik sadece birbirine benzeyen meclisler gerektiriyorsa, o zaman tek meclis argümanı güçlenir. Dolayısıyla da ikinci meclis birinci meclisin bir kopyası değil, birinci meclisin tamamlayıcısı olmalıdır. Shell, s. 17.

57 Heringa, s. 115.

58 Yasama üzerindeki bu karmaşık denetimin bazı durumlarda yararlı olduğu kadar zararlı da olabileceği belirtilmektedir. Madison, s. 688.

59 Almanya'da en yaygın yasama işlevi itiraz kanunlarıdır (Einspruchsgesetze). Federal Meclis yeni bir yasa kabul ettiğinde, Federal Konsey buna resmen itiraz edebilir. Ancak Federal Meclis bu itirazı üyelerinin salt çoğunluğuyla ya da Federal Konsey aynı çoğunlukla itiraz ettiğinde üçte iki çoğunlukla geçersiz kılabilir. Dolayısıyla, Federal Meclis bu prosedürde üstünlüğe sahiptir. Rıza Kanunları (Zustimmingsgesetze) ile Alman eyaletleri için bütçesel sonuçları olan veya Alman eyaletleri tarafından uygulanması zorunlu koşulları önerilmektedir. Bu durumda, Federal Konsey ve Federal Meclis'in her ikisinin de yeni mevzuatı açıkça onaylaması gerekir. İki meclisin tercihlerinin farklılaşması durumunda, aralarındaki farklılıkların uzlaştırılması gerekmektedir. Gijs Jan Brandsma/Christilla Roederer-Rynning, "Strong bicameralism-Pressures for change in inter-institutional legislative negotiations in the EU, the USA, and Germany", European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022, s. 11; Markus M Müller/ Roland Sturm / Patrick Finke/Antonios Souris, Parteipolitik im Bundesrat Der Bundesrat und seine Ausschüsse, Nomos, Baden, 2020, s. 28 vd; Heringa, s. 200 vd

60 Müller/Sturm/Finke/Souris, s. 28 vd; Brandsma G J/Roederer-Rynning, s. 11.

61 Sven Leunig/Hendrik Träger, "Landesinteressen, Parteipolitik, „Parteidruck" – der Bundesrat im Fokus divergierender Interessen", ZPol, 24, 2014, s. 58.

halinde, Federal Konsey'in yasama sürecindeki iki temel görevinden birini artık istenen ölçüde yerine getiremeyeceği sonucuna varılabilir[62].

Çift meclisli sistem, yasama organlarının birbirlerini denetlemesine olanak tanır. Güçlü bir ikinci meclisin temel fikri, birinci meclisin yasama gücünü denetlemektir[63]. Üst meclis, alt meclisin aldığı kararları gözden geçirip denetleyerek, yasama sürecinde güçlerin dengelenmesini sağlar. Bu denetim mekanizması, birinci meclisin tek taraflı veya aceleyle verdiği kötü kararları engeller[64]. Bu bağlamda ikinci meclisin organ-içi bir denetim sağlayabileceği ifade edilebilir[65]. İkinci meclisler, yasa tekliflerini gözden geçirme ve revize etme kapasiteleri sayesinde hükümetin politika çıktılarının içeriğini, kalitesini ve tutarlılığını şekillendirmeye yardımcı olabilecek 'ikinci bir görüş sağlama' görevini üstlenirler[66]. Öte yandan da yürütmenin aşırılıkları üzerinde kontrol işlevi görebilir ve iktidarın sınırlandırılmasına hizmet edebilirler[67]. Hükümet üzerinde yararlı bir kontrol mekanizması olarak görülen ikinci meclis, ihanet, yolsuzluk gibi kötücül planlarda meclisin iki ayrı kolunun bir araya gelmesini gerektirdiğinden halkın güvenliğini de iki katına çıkaracaktır[68]. Ayrıca yasama güveninin tamamının tek bir organın elinde toplandığı duruma kıyasla ayrı ve birbirine benzemeyen meclislerin onayının gerektiği durumda risk her zaman daha azdır[69].

İkinci meclis, yasaların hızlıca ve hatalı bir şekilde geçmesini frenlerken, her iki meclis de farklı çıkarları ve görüşleri yansıtarak yasaların daha dengeli, sağlam olmasını ve demokrasinin gelişmesini sağlar[70]. Bu süreç, yasaların daha uzun vadeli ve toplumun geniş kesimlerinin çıkarlarına uygun bir şekilde düzenlenmesine olanak tanır.

Sonuç olarak, çift meclis sistemleri, yasaların daha derinlemesine incelenmesine ve geniş bir uzlaşı ile kabul edilmesine olanak tanır. Bu sistemde üst meclisin varlığı, yasama süreçlerinde denge ve denetleme işlevi sağlar[71]. Özellikle üst meclisler, alt meclisin daha hızlı kararlarına karşı dengeleyici bir rol oynamaktadır.

---

62 Leunig/Träger, s. 58.

63 Steffen Kailitz, "Zwei Seiten der gleichen Medaille? Zum theoretischen und empirischen Zusammenhang zwischen der Regierungsform und der Ausgestaltung von Zweikammersystemen", Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 2, 2008, s. 389.

64 Mueller, s. 192.

65 Erdal Onar, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler, Ankara, 2003, s. 28.

66 Mughan, s. 118.

67 Uran, Bicameralism, s. 69-70; Baş/Özcan, s. 208.

68 Madison, s. 690.

69 James Madison, "Federalist No. 63- The Senate Contiuned", The Federalist Papers, ed. Hamilton A, Madison J, Jay J, 1788, s. 703.

70 Teziç, s. 446.

71 Thomas König, Bicameralism and Party Politics in Germany: an Empirical Social Choice Analysis, Political Studies, Vol. 49, 2001, s. 412.

2. Yasaların Kalitesinin Artması

Günümüzde parlamentoların ilk yetkisi yasa yapmaktır[72]. Bu yetki yerine getirilirken yasama organının yapısı, yasama sürecine ve yasaların kalitesine etki etmektedir. Çift meclis sisteminin etkinlik (verimlilik) boyutu, her iki meclisi de daha iyi duruma getiren bir sonuç üretimini vurgular[73]. Bu da ancak yasama istikrarının sağlanması ve yasanın kalitesi ile mümkün olur. Bir demokraside yasa kalitesinin artmasının maddi anlamı, statükodan vatandaşların temsilcileri tarafından tercih edilen sonuca doğru bir hareket olduğunu göstermektedir[74]. Prosedürel anlamı ise arzu edilen sonuca ulaşmanın çeşitli yöntemleri olduğunu ve en verimli sonucun en az maliyetle elde edilen sonuç olduğunu ifade eder. Her iki anlam da yasama meclislerinin ortak çıkarına ve her iki meclisi de daha iyi duruma getirecek bir karara işaret eder[75].

Tarihsel nedenler ve devlet yapısı dışında bir ülkede çift meclisin öngörülmesinin en yaygın nedenlerinden biri nitelikli yasa arayışıdır[76]. Nitekim çift meclisli sistemler, yasama süreçlerinin kalitesini önemli ölçüde artırır[77]. Çift meclis sisteminde birinci meclislerin hatalarının ikinci meclislerde giderilebileceği böylelikle yasama sürecinde aceleci kararların önüne geçilip[78], nitelikli yasaların yapılacağı[79] ve yasama performansının artacağı belirtilmektedir[80].

Üst meclisler, yasa tasarılarını gözden geçirme ve gerektiğinde geciktirme yetkisine sahiptir. Bu gözden geçirme süreci, yasaların daha detaylı incelenmesini, hataların giderilmesini ve gerekli düzeltmelerin yapılmasını mümkün kılarak yasaların kalite ve niteliğini arttırır[81]. Alt meclis tarafından daha hızlı ve çoğunlukçu bir şekilde onaylanan yasalar, üst meclis tarafından yeniden incelendiğinde daha titiz bir değerlendirmeye tabi tutulur. İngiltere'de Lordlar Kamarası'nın gözden geçirme ve düzeltme önerisi verme yetkisine sahip olması yasama sürecinde kaliteyi arttıran hususlardandır. Bu yönde uygulamalar ABD, Fransa, Almanya gibi diğer birçok çift meclisli sistemlerde ikinci meclislerin yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

İkinci bir meclis, önerilen mevzuatın sakin ve tarafsız bir şekilde incelenebileceği ek bir forum sağlayabilir[82]. Ayrıca daha geniş bir konsensüsle

---

72 Kemal Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2009, s. 365.

73 Tsebelis/Money, s. 16.

74 Tsebelis/Money, s. 16.

75 Tsebelis/Money, s. 16.

76 Kaboğlu, s. 112.

77 Nolte/Sánchez, s.8.

78 Sajó, s. 153; Teziç, s. 446.

79 Elliot Bulmer, "Bicameralism", International IDEA Constitution-Building Primer 2, Second edition, Stockholm, 2017s. 6; Eren, s. 637; Kaboğlu, s. 112; Yavuz/Bülbül, s. 212; Metin/Aykanat, s. 938.

80 Mughan, s. 118.

81 Bulmer, s. 6; Eren, s. 637; Kaboğlu, s. 115; Uran, Bicameralism, s. 69.

82 Bulmer, s. 6.

kabul edilmiş ve üzerinde iyi düşünülmüş yasaların çıkmasına katkı sağlar[83]. Bu yönüyle çift meclislilik yasama istikrarı için de güçlü bir destek sağlamaktadır[84].

3. Toplumsal, Bölgesel ve Sosyal Çıkarların Dengelenmesi

Çift meclis sistemi çok yönlü menfaatlerin aynı çatı altında birleştiği bir toplumda çıkarların dengelenmesinde önemli işlev görür. Üst meclisler, halkın doğrudan seçmediği temsilcilerden oluşabileceği gibi, bölgesel veya toplumsal çıkarları temsil eden üyelerden de oluşabilir. Bu şekildeki bir yapı ise yasaların sadece çoğunluğun değil, tüm toplumun çıkarlarına uygun şekilde düzenlenmesine katkıda bulunur. Bu bağlamda çift meclis sistemi, federal devletlerde özellikle önemlidir. Çünkü bölgesel, toplumsal veya diğer azınlıkların farklı siyasal çıkarların daha fazla temsil edilmesiyle toplumun daha incelikli ve eksiksiz bir şekilde temsil edilmesini sağlayabilir[85]. Çift meclis sistemi, özellikle üst meclisin (örneğin Senato) yerel yönetimleri ve bölgesel çıkarları temsil etmesi sayesinde federal yapıyı güçlendirir[86]. Bu sayede, yasama süreçlerinde hem geniş halk kitlelerinin hem de daha küçük toplulukların çıkarları dengelenir. Örneğin ABD Senatosu, nüfusla orantısız şekilde küçük eyaletlerin federal yasama sürecinde daha fazla söz sahibi olmasını sağlar[87], bu da çoğunlukçu demokrasilerin zayıf taraflarını dengelemektedir.

Özellikle federal sistemlerde, ikinci meclisin eyaletleri veya bölgeleri temsil etmesi, merkezi hükümetin kararlarında bu bölgelerin çıkarlarının korunmasını sağlar[88]. Örneğin, Almanya'da ikinci meclis (Federal Konsey-Bundesrat) bu tür dengeleyici bir rol oynar ve federal yapının korunmasında kritik bir işlev üstlenir[89]. Bu sistem ülkelerin tarihsel, siyasi ve sosyal yapısına uygun şekilde şekillendirilmiş olup, devletin karar alma mekanizmalarını etkili kılmayı amaçlamaktadır. Almanya'daki Bundesrat örneği, federal devletlerde çift meclisli yapının bölgesel çıkarların korunmasında kritik bir rol oynadığını göstermektedir. Federal ve eyalet hükümetleri arasındaki güç paylaşımı, yasaların denetlenmesi ve farklı bölgelerin çıkarlarının korunmasına olanak tanır[90]. Bu bağlamda Almanya'da ikinci meclis bölgesel konulara ilişkin yasama üzerinde önemli ölçüde daha fazla güce sahiptir[91].

Fransa, üniter bir devlet olmasına rağmen 19. yüzyılda kurulan çift meclisli yapı[92], halkın geniş kesiminin ve kırsal bölgelerin temsil edilmesini sağlamıştır.

---

83 Bulmer, s. 6.

84 William P. Bottom, / Cheryl L. Eavey/ Gary J. Miller/ Jennifer Nicoll Victor, "The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decisions", American Journal of Political Science, Vol. 44, No. 3, 2000, s. 523.

85 Bulmer, s. 4; Nolte/ Sánchez, s.8.

86 Sartori, 1994, s. 143-146,

87 Russel, s. 373.

88 Mueller, s. 199.

89 Müller/Sturm/Finke/Souris, s. 25 vd; Heringa, s. 113-114.

90 Müller/Sturm/Finke/Souris, s. 25 vd; Heringa, s. 113-114.

91 Russel, s. 372.

92 Başlangıçta ilkesel nedenlerle tek meclisli olan Fransız parlamentosu, cumhuriyetçi sistemin kabul edilmesi için yapılan uzlaşmanın bedeli olarak 1875'ten sonra iki meclisli hale geldi. Sajó, s. 152.

Fransız Senatosu, özellikle kırsal bölgelerin temsili ve çıkarlarının aşırı korunması işleviyle dikkat çekmektedir[93]. ABD'de de eyaletlerin yasama sürecinde eşit temsil hakkına sahip[94] olması dolayısıyla yasaların bölgesel çıkarlar göz önüne alınarak kabulü söz konusudur[95].

Bir meclisin çeşitlilik arz eden bir toplumu yeterince temsil edip edemeyeceği konusunda şüpheler vardır[96]. Fakat çift meclisli sistemin yerel yönetimlerin temsilini sağlayarak özellikle çok kültürlü ve çok uluslu devletlerde demokratik süreci daha kapsayıcı hale getirdiği ve temsil edilen çıkarların sayısını arttırdığı vurgulanır[97]. Yerel yönetimlerin güçlü bir şekilde temsil edilmesi, bölgeler arası eşitsizliklerin azaltılmasına ve ulusal düzeyde politikaların uygulanabilirliğinin artırılmasına katkıda bulunur. Bu temsiliyet, ulusal yasaların yerel ihtiyaçlara uygun hale getirilmesini sağlar ve yerel yönetimlerin karar alma süreçlerine katılımını teşvik eder. Nihayetinde tüm çıkarların yasama sürecine dahil edilmesi ise parlamento kararlarının meşruiyetini artırabilir.

Çift meclisli sistemler, sadece coğrafi bölgelere değil aynı zamanda çeşitli sosyal ve ekonomik çıkar gruplarına da temsil sağlar. Üst meclislerde bu çıkarlar, yasama sürecinde dengelenerek karar alma süreçlerine dahil edilir. Böylece toplumun farklı kesimlerinin çıkarları daha dengeli bir şekilde temsil edilir. Örneğin, İrlanda Senatosu'nda toplumsal çıkar gruplarının doğrudan görünmesine izin verilmekte[98] ve korporatist yapısı nedeniyle takdir edilmektedir[99]. İrlanda Anayasası'nın 18. maddesine göre üst meclis olarak bilinen Seanad Éireann 60 üyeden oluşmakta ve bunlar kültürel, tarımsal, çalışma, sanayi ve ticaret, kamu yönetimi gibi çeşitli toplumsal grupları temsil eden adaylar arasından seçilmektedir[100].

4. Federal Devletlerde Eyaletler Arasındaki Dengenin Korunması

Federal devletlerde vatandaşların eyalet bazında olduğu kadar nüfus bazında da temsil edilmesi gerektiği büyük ölçüde kabul görmektedir[101]. Bu bağlamda federalizmde çift meclisliliğin rolü hayati önem taşımaktadır[102]. Dolayısıyla daha küçük birimlerin ağırlığının artırıldığı ikinci bir meclisin oluşturulması genellikle federasyonların doğuşu için bir ön koşul olarak

---

93 Sean Mueller/Adrian Vatter/Sereina Dick, "A New Index of Bicameralism: Taking Legitimacy Seriously", The Journal of Legislative Studies, 29:2, 2023s. 320.

94 Teziç, s. 441.

95 Tsebelis/Money, s. 53.

96 Bulmer, s. 4.

97 William B. Heller, Bicameralism and Budget Deficits: The Effect of Parliamentary Structure on Government Spending, Legislative Studies Quarterly , Nov., 1997, Vol. 22, No. 4, 1997s. 485.

98 Sajó, s. 154.

99 Mueller/Vatter/Dick, s. 321.

100 Bkz. https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

101 Louis Massicotte, Legislative Unicameralism: A Global Survey and a Few Case Studies, Journal of Legislative Studies, 7:1, 2001, s. 152.

102 Uran, Bicameralism, s. 75; Cutrone/McCarty, s. 1.

görülmekte[103] hatta federal devlet yapısında çift meclisli bir parlamentonun zorunluluk olduğu ifade edilmektedir[104]. Buna bağlı olarak da çift meclis sistemi en yaygın şekilde federal devletlerde görülmektedir[105].

Federal devlet yapısına sahip ülkelerde, çift meclisli yasama organları genellikle hem merkezi hükümetin hem de eyalet yönetimlerinin çıkarlarını dengelemek[106] ve her bölgenin hükümette orantılı pay alması amacıyla oluşturulmuştur[107]. Federal devletlerde, federal yasama organının temel işlevlerinden ilki yasama faaliyetinin gerçekleştirilmesi bir diğeri ise federe birimlerin ulusal politikanın belirlenmesine katılımını sağlamaktır[108]. Dolayısıyla da çift meclisli sistemin arka planında federal devletin iki meşruiyet bloğuna dayanması yatmaktadır[109]. Bu yapıda, alt meclis halkın doğrudan temsilcilerinden oluşurken, üst meclis genellikle eyaletlerin veya bölgelerin çıkarlarını temsil etmektedir. Bu bağlamda federal yasama organları halk iradesinin hem ulusal hem de ulusaltı birimlerde temsil edildiği organlardır[110]. Çift meclisli sistem, bu iki seviyedeki temsilin dengeli bir şekilde sağlanmasına yardımcı olur ve federal yapıların korunmasını teşvik eder. Tsebelis ve Money'in belirttiği gibi, coğrafi birimlerin temsili federal sistemlerin karakteristik özelliğidir[111] çünkü federasyonlardaki senatoların çoğu bu şekilde paylaştırılmıştır[112]. Bu yapı, federal devletlerde eyaletler arası dengeyi sağlar ve federal hükümetin bölgesel çıkarlar üzerinde aşırı etkili olmasını engeller. Özellikle ABD[113], Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde çift meclis sistemi, federal yapıyı koruyan en önemli kurumsal mekanizmalardan biridir. Örneğin her eyaletin, nüfusunun büyüklüğüne bakılmaksızın ABD Senatosu'nda iki temsilcisi vardır[114]. İkinci meclis, eyaletlerin kendi çıkarlarının dikkate alınmasını ve

---

[103] Massicotte, s. 152.

[104] Teziç, s. 441; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 229; Anayurt, s. 674; Yavuz/Bülbül, s. 222; Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 85; Fendoğlu, s. 525; Türker, Westminster, s. 448; Kaboğlu, s. 112; F Sartori, s. 188; Faber, s. 39; Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s. 194; Karadayı, s. 501.

[105] Tek meclisli federal yapılar oldukça nadirdir. Bu kapsamda Venezuela, federal bir cumhuriyet olup bu duruma istisna teşkil etmektedir . Zira yeni anayasa ile iki meclisli Kongre, yerine tek meclisli ve 227 üyeli Ulusal Meclis getirilmiştir. Bkz. Luis Bergolla, "An Introduction to Venezuelan Governmental Institutions and Primary Legal Sources", 2022, https://www.nyulawglobal.org/globalex/venezuela1.html#legislative-process, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

[106] Teziç, s. 441.

[107] Madison J, "Federalist No. 62- The Senate", The Federalist Papers, ed. Hamilton A, Madison J, Jay J, 1788, s. 687.

[108] Uygun, s. 151; Korkut Kanadoğlu/Ahmet Duygun, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023s. 144.

[109] Faber, s. 39.

[110] Uygun, s. 151.

[111] Tsebelis/Money, s. 53.

[112] Hickey, s. 228.

[113] ABD'de Senato'nun kurulmasını sağlayan tek şeyin üye devletlerin temsiline duyulan ihtiyaç olmadığı, anayasa hazırlayıcılarının kendilerine karşı konulacak hiçbir şeyi olmayan tek meclisli sistemde hüküm sürecek sınırsız demokrasiden şüphe duymalarından ötürü de ikinci meclise ihtiyaç duydukları öne sürülmektedir. Sajó, s. 150.

[114] Shell, s. 12.

korunmasını sağlamak için bir araç olarak görülmektedir. Halkı bir bütün olarak temsil eden alt meclis, aksi takdirde sadece küçük nüfusa ve dolayısıyla küçük seçim önemine sahip eyaletlerin çıkarlarını görmezden gelebilir[115]. Dolayısıyla güçlü bir federalizmde farklı çoğunluklara ve eşit yetkilere sahip simetrik bir meclis bulunmalıdır[116]. Böylelikle üye devletler hakkıyla temsil edilmiş olup, menfaatleri de layıkıyla korunabilir[117]. Çünkü federalizmde çıkar temsilinin rolü baskındır ve üst meclislerin etkin rolünden ziyade siyasi rolüne vurgu yapılmaktadır[118].

5. Çoğunluk İradesinin Baskısının Önlenmesi

Hükümetin ve parlamentodaki çoğunluğun aynı siyasal eksende olması sonucu çoğunlukçu sistemin oluşmasının ikinci bir meclisi gerekli kıldığı ileri sürülür[119]. Çünkü ikinci meclisler devlet iradesinde kurumsal düzeyde çoğulculuğu sağlamaktadır[120]. Çift meclis sisteminin yasaların daha geniş bir mutabakatla kabul edilmesine katkı sağladığından bahisle çoğulcu demokrasiye daha uygun olduğu iddia edilir. Nitekim eğer sadece bir yasama meclisi varsa, bu mecliste çoğunluğu kazanan parti yasama erki üzerinde sınırsız bir kontrole sahip olabilir[121]. Dolayısıyla da bu avantajın çift meclis sisteminin gerekliliğine ilişkin en güçlü ve mantıklı gerekçeyi sunduğu belirtilmektedir[122].

İkinci bir meclis farklı bir seçim döngüsünde seçilmişse ve benzer bir demokratik meşruiyete sahipse yasama değişikliklerini engelleme gücüne sahip veto oyuncularının sayısını artırabilir[123]. Bu da bölücü, partizan değişiklikleri önlemeye yardımcı olan ek bir kontrol sağlayıp, çoğunluk tiranlığını en aza indirmeye çalışır[124]. Bu sebeple de federalistlerin, heterojen toplumlarda "çoğunluğun tiranlığının" olmamasını sağlamanın en iyi yolunun iki meclisli bir sistem olduğu görüşü, günümüzde rasyonel seçim teorisyenleri arasında hala yaygındır[125].

---

115 Shell, s. 12; Uran, Bicameralism, s. 74.

116 Uran, s. 178; Ulusoy, s. 75;

117 Uran, s. 178.

118 Tsebelis/Money, s. 33.

119 Kaboğlu, s. 116.

120 Süheyl Batum, "Siyasal Rejimler ve Türkiye'deki Arayışlar", Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2001, s. 358.

121 Riker, bu sürecin neyin doğru olduğunu keşfetmek için kelle saymaya dayandığını iddia eder. Kelleleri kırmak yerine saymak daha iyi olduğundan, çoğunluk kuralının alternatifler arasında seçim yapmanın hala uygun bir yolu olduğunu belirtir. İki meclisliliğe karşı ve tek meclisli bir sistem lehindeki olağan argüman, çoğunlukların her zaman tamamen sınırsız olması gerektiğidir. Çoğunluğun onayladığı tedbirlerin kendi kendini haklı çıkardığı, sadece çoğunluk istediği için kabul edilmesi gerektiği ve aslında adaletin kendisinin çoğunluğun tercih ettiği bir alternatifin kabul edilmesi olarak tanımlanan ise popülizm doktrinidir. Popülist çoğunlukçuluk sonuçları itibariyle istikrar sağlar ve bu yönde meşrulaştırılabilir. Ancak varsayılan istikrar, çoğunluklar zalim olduğunda mevcut değildir. Riker, s. 102-103.

122 Yavuz/Bülbül, s. 221.

123 Bulmer, s. 6.

124 Riker, s. 113-114; Bulmer, s. 6; König, s. 411; Russel, s. 374.

125 Kailitz, s. 389

İkinci meclisler potansiyel olarak çoğunluk yönetimine meydan okur[126] ve bu iradeyi frenlerler[127]. Dolayısıyla da çift meclis sistemi, çoğunluğun mutlak gücünü sınırlamakta[128], tek meclisin despotizmine karşı güvence sağlamaktadır[129].

Çift meclis sisteminin uygulanması konusunda çoğunluk iradesini frenleme amacı en güçlü savunmalardan birini oluşturmaktadır. Çünkü seçimle göreve gelen tek yapılı meclisin sahip olacağı gücü kötüye kullanma olasılığını ikinci meclisin önleyebileceği düşünülür[130]. Çift meclis sisteminde üst meclis alt meclis karşısında da fren görevi görmekte[131] orada kabul edilen bir kanunun, gerek yerindelik ve gerekse anayasaya uygunluk açısından üst meclis tarafından gözden geçirilmesi amaçlanmaktadır.

Çift meclis sistemi siyasi temsilde farklılaşmaya izin verir ve politika yapımında hatayı önleyebilecek, alternatifler tatmin edici bir şekilde incelenene kadar eylemi erteleyebilecek veya tartışmalarda uzlaşmaya varılıncaya kadar kararları geciktirebilecek bir hareket alanı sağlar[132]. Öte yandan çift meclis genel olarak tek meclislerde görülen Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin fazlaca genişletilmesi usulünü de önler[133]. Bu bağlamda iki meclislilik teorisi daha fazla temsilin altını çizer[134].

6. Siyasi Çıkmazları Azaltma, Uzlaşı ve İstikrar Sağlama

Çift meclis sisteminin bir diğer avantajı, iki meclisin farklı siyasi eğilimlere sahip olabilmesi durumunda, yasaların geçişi için uzlaşı zorunluluğu yaratmasıdır. Bu durum, yasama sürecinde siyasi kutuplaşmayı azaltabilir ve kararların daha geniş bir uzlaşıyla alınmasını sağlayabilir. Yani, farklı partiler arasında işbirliğini teşvik eder. Çift meclisli sistem, iki meclis arasındaki işbirliği ve denge sayesinde politikaların daha geniş bir uzlaşma ile kabul edilmesini sağlar. İkinci meclisler yasama sonuçlarında istikrara katkıda bulunur çünkü iki organdan oluşan bir yasama sisteminde statükoyu değiştirmek daha zordur[135]. Federalistlerin güçlü bir çift meclis sistemini tercih etmelerinin temel nedeni, politika istikrarını kasıtlı olarak artırmak ve değişimi zorlaştırmak

---

126 Russel, s. 374.

127 Kapani, s. 287-288.

128 Riker, s. 102, 113 vd.

129 Teziç, s. 445.

130 Testa Cecilia, "Bicameralism and Corruption", European Economic Review, Vol. 54, 2010, s. 181; Riker, s. 102 vd; Yavuz/Bülbül, s. 221; Karadayı, s. 500.

131 Didem Yılmaz, "Çift Meclis Tercihi Türkiye için Savunulabilir mi?", Türkiye'nin Anayasa Gündemi, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 302; Fakat bu görevin günümüzdeki demokratik rejimlerde yerine getirilmesine pek ihtiyaç duyulmadığı da ifade edilmektedir. Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 86.

132 Mughan, s. 118.

133 Karadayı, s. 499.

134 Mughan, s. 118.

135 Nolte/Sánchez, s. 9.

istemeleridir[136]. Bu durum, siyasi istikrarı güçlendirir ve daha katılımcı bir demokrasi yaratır[137].

İkinci meclisler, genellikle daha uzun görev sürelerine sahip üyelerden oluşur. Ayrıca parlamentoların istikrarını sağlamak amacıyla senatoların üyeleri kısmi yenilemeye tabidir[138]. Bu durum, yasama süreçlerinde uzun vadeli bakış açılarının daha fazla yer bulmasına olanak tanır. Alt meclisler, halkın hızlı değişen taleplerine daha duyarlı olabilirken, üst meclisler uzun vadeli stratejik kararlar alma konusunda daha etkili olabilir.

Çift meclisli sistemler, yasaların daha yavaş ve dikkatli bir süreçle kabul edilmesi sayesinde siyasi istikrarı artırır[139]. Ani ve geçici siyasi dalgalanmalara ve acele kararlara karşı itidalli olunmasını sağlar[140]. Bu durum da devletin uzun vadeli politikalarının sürekliliğini güvence altına alır.

B. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN DEZAVANTAJLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1. Yavaş Yasama ve Karar Alma Süreci

Pek çok politikacı[141] yasama organlarının daha fazla yasa çıkarmasını istemiş ve bu nedenle çift meclisliliğe yasa üretimini engelleyen bir unsur olarak karşı çıkmıştır. Bu argüman yirminci yüzyılın başlarındaki tek meclisli hareketin de temelini oluşturmuştur[142]. Çift meclisli sistemin yasama sürecini yavaşlatması, eleştirilen başlıca noktalardan biridir[143]. Bu durum özellikle acil durumlar veya hızlı reform gerektiren yasalar söz konusu olduğunda daha büyük sorun yaratır. Çünkü mevzuatın bir meclisten diğerine mekik dokumasına sebep olabilir[144]. Bu gecikmeler, siyasi çıkmazlara (gridlock) yol açabilir. Yasaların hızlıca geçirilememesi, reform süreçlerini sekteye uğratabilir[145].

Çift meclisli sistemlerde, aynı yasa tasarısının iki farklı meclis tarafından incelenmesi, yasa yapım sürecinde gereksiz tekrarlamalara ve gecikmelere yol açabilir[146]. Üst meclislerin yasaları sadece geciktirme veya revize etme yetkisine sahip olması, süreci daha da karmaşık hale getirebilir. Bu bağlamda çift meclisli yasama organlarında görüşmeler ve oylama süreçleri bakımından anayasa değişikliği de daha güç olmaktadır[147].

---

136 Kailitz, s. 389.

137 Mughan, s.

138 Eren, s. 638.

139 Kapani, s. 288.

140 Kapani, s. 288.

141 James R. Rogers, "The Impact of Bicameralism on Legislative Production", Legislative Studies Quarterly, Vol. 28, No. 4, 2003, s. 510.

142 Rogers, s. 510.

143 Uran, s. 33; Tsebelis/Money, s. 40-41.

144 Tsebelis/Money, s. 3.

145 Mughan, s.

146 Teziç, s. 446.

147 Eren, s. 85.

Çift meclisli sistemlerde yasaların üst meclis tarafından tekrar tekrar gözden geçirilmesi, bazı durumlarda gereksiz düzeltmelere ve süreçlerin uzamasına neden olabilir. Bu da yasaların geçişinde verimliliği düşüren bir etken olarak görülmektedir[148]. Riker ise çift meclisliliğin oylama döngüsü durumunda kararların hızını azalttığını, ancak etkin çözümlerin her iki mecliste de derhal kabul edilebileceğini savunur[149].

Çift meclisli sistemler, yasaların geçişi için daha fazla bürokratik engel yaratabilir. İki farklı meclisin aynı yasa üzerinde uzlaşması, ek komitelerin kurulması ve yeniden görüşülmesi gibi süreçlerin eklenmesi, yasama sürecini daha karmaşık hale getirir. ABD'deki yasama süreci bu duruma iyi bir örnek teşkil eder. Bir yasa tasarısının hem Temsilciler Meclisi hem de Senato tarafından onaylanması gerektiğinden, her iki meclisin de tasarıyı farklı açılardan değerlendirmesi ve üzerinde anlaşmaya varması gerekir. Bu süreçte yasa tasarısının farklı komitelerde tartışılması, her iki mecliste de onaylanması ve nihayetinde iki meclisin metin üzerinde uzlaşması gereklidir. Bu tür bir uzlaşma sağlanamadığında, bir uzlaşma komitesi (conference committee) kurulması gerekir[150]. Bu komiteler meclisler arasında bir veya daha fazla turdan sonra kalan anlaşmazlıkları çözmek için sıklıkla kullanılmaktadır[151].

İkinci meclislerin yasama üretimi üzerindeki net etkisine ilişkin herhangi bir sonuç, sadece ikinci meclislerin veto yetkisinin etkisini değil, aynı zamanda ikinci meclislerin kanun çıkarma yetkisinin etkisini de dikkate almalıdır[152]. Her iki yetkinin etkisi birlikte değerlendirildiğinde, çift meclisliliğin tek meclisliliğe kıyasla yasama miktarını azaltan bir neden olmadığı savunulmaktadır[153].

2. Siyasi Çıkmazlar (Gridlock)

Çift meclisin siyasi boyutu, iki mecliste farklı çıkarların veya tercihlerin ifade edilebileceğini kabul eder[154]. Karşıt çoğunluklara ve genel olarak eşit yetkilere sahip iki meclis varsa, aralarındaki siyasi çatışma yasama sürecinin engellenmesine veya çıkmaza girmesine neden olabilir[155]. Parlamenter hükümet biçiminin ilk tarihçisi Bagehot'a göre de, eşit derecede güçlü iki meclisin temel kötülüğü, meclislerden birinin yasamayı felç edebilmesidir[156]. Halkın talepleri veya gerekli reformlar inatçı bir ikinci meclis tarafından engellenme riski taşır.

---

148 Mughan, s.

149 Riker, s. 168; König, s. 412.

150 İki meclisli yasama organlarında farklılıkları çözmenin temelde üç yolu vardır. Navette, anlaşmaya varılana kadar tasarının gidip geldiği istişari bir süreçtir. Konferans komitesi genellikle ana meclis üyelerinin bir alt kümesini içeren tek meclisli bir karar sürecidir. Diğer yöntemler, ortak oturum ve tek meclis tarafından karar alma gibi yöntemlerdir. Tsebelis/Money, s. 69.

151 Tsebelis/Money, s. 176.

152 Rogers, s. 514.

153 Müller/Sturm/Finke/Souris, s. 29; Rogers, s. 514.

154 Tsebelis/Money, s. 16.

155 Bulmer, s. 6; Sajó, s. 154; König, s.412; Cutrone/McCarty, s. 6.

156 Walter Bagehot, The English Constitution, Second Edition, Little, Brown, and Company, Boston, 1873, s. 98.

Halkın politika başarısızlıklarının sorumluluğunu üstlenmesi zor olabilir ve anayasa dışı kestirme yollar arandıkça sistemin çökme riski ortaya çıkabilir[157].

Tek meclis demokratik sorumluluğu seçilmiş tek bir mecliste yoğunlaştırırken mükerrerliği ve kilitlenmeyi önler[158]. Çift meclis sistemi ise uzlaşıların sayısını azaltır ve böylelikle statükoyu muhafaza eder[159] fakat aynı zamanda sistemin çıkmaza girmesine de sebebiyet verebilir. Üst meclisin alt meclis kadar yetkiye sahip olduğu durumlarda kördüğüm yaratabilir; bunu yapmamasının nedeninin ise anayasanın iyiliği değil, meclis üyelerinin sağduyusu olduğu ifade edilmektedir[160].

Tsebelis, özellikle ideolojik olarak farklı eğilimlere sahip çift meclisli sistemlerde siyasi çıkmazların veto oyuncuları teorisi[161] ile açıklanabileceğini ileri sürer. Çift meclisli sistemde, ikinci meclis veto oyuncusu haline geldiğinde[162] ve yasaların geçirilmesi için her iki meclisin de onayının gerektiği durumlarda, çıkmazlar daha sık yaşanır. Federal sistemlerde her meclisin farklı yetki alanları ve temsil esasları olduğunda, bu durum yetki çatışmalarına ve siyasi çıkmazlara yol açabilir. Sartori de çift meclisli sistemlerin siyasi çıkmaz yaratma olasılığını, meclislerin farklı yapısal tasarımlarına bağlamaktadır[163]. Özellikle merkezi hükümetin çıkarları ile yerel temsilcilerin çıkarları arasında uyumsuzluklar oluştuğunda, yasaların onaylanması süreci daha karmaşık ve yavaş hale gelir.

Çift meclisli sistemin karar alma süreçlerini yavaşlatması, uzun vadede siyasi istikrarı zayıflatabilir. Sürekli uzlaşma ve karar alma süreçlerinin zorlaşması, siyasi belirsizliğe ve hükümetlerin daha zayıf olmasına neden olabilir. Çünkü çift meclisli sistemler hükümet oluşum süreçlerinde uzlaşmazlık ve gecikmelere yol açabilir.

Çift meclisli sistemlerdeki siyasi çıkmazlar, meclisler arası uyumsuzluklar, veto yetkilerinin aşırı kullanımı, ideolojik farklılıklar ve yetki çatışmalarından kaynaklanmaktadır. Yasama sürecini yavaşlatan bu tür çıkmazlar, bir yandan çoğunluk kararlarının aceleyle alınmasını önleyerek demokratik bir denge sağlar, ancak diğer yandan da yönetsel etkinliği azaltabilir.

3. Temsil ve Meşruiyet Sorunları

Meclislerin temsil işlevini etkin şekilde gerçekleştirmesi öncelikle temsilcilerin seçimini düzenleyen kurallarla doğrudan bağlantılıdır[164]. Çift meclisli sistemlerin bir diğer eleştirisi, temsilde adaletsizlik yaratmasıdır. Bazı çift

---

157 Bulmer, s. 6.

158 Bulmer, s. 3.

159 Riker, s. 113; Tsebelis/Money, s. 40-41.

160 Bagehot, s. 98.

161 Veto oyuncusu kavramı, Amerikan Anayasası ve 18. yüzyıl ve sonrasının klasik anayasa metinlerindeki denge ve denetleme fikrinden kaynaklanmakta ve çağdaş çalışmalarda da tekrarlanmaktadır. George Tsebelis, "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism", British Journal of Political Science, Vol. 25, No. 3, 1995, s. 301.

162 Mueller/Vatter/Dick, s. 312; Tsebelis, s. 289 vd;

163 Sartori, s. 184 vd.

164 Onar, s. 95.

meclisli sistemlerde, yerel veya küçük grupların çıkarları aşırı derecede temsil edilir. Bu durumda çift meclis genel seçmenler için olumsuz yan etkiler yaratabilir[165]. Küçük eyaletler veya bölgeler, nüfus açısından büyük eyaletlerin çıkarlarına karşı daha fazla söz sahibi olabilir. Bu durum, ulusal politikaların ve büyük kitlelerin çıkarlarının göz ardı edilmesine yol açabilir. Çift meclisli sistemlerde, yerel veya küçük grupların çıkarlarının aşırı derecede temsil edilmesi genellikle federal yapıya sahip ülkelerde yaygın bir durumdur. Örneğin, ABD Senatosu gibi yapılar[166], küçük eyaletlerin büyük nüfuslu eyaletler karşısında daha fazla temsil gücüne sahip olmasına neden olur[167]. Bu durum, halkın genel iradesine aykırı olarak küçük grupların daha fazla söz sahibi olmasını sağlar, bu da demokratik temsilde adaletsizliğe neden olur[168]. ABD'de, küçük eyaletlerin üst mecliste fazla temsil gücünün olması, birkaç büyük eyaletin kendi aralarında çoğunluğa sahip olabileceği halk meclisinde çıkarlarının göz ardı edileceğinden korkan küçük eyaletlerle varılan bir uzlaşmadan kaynaklanmıştır[169]. Küçük eyaletleri federasyona katılmaya ikna etmek için yapılan benzer bir uzlaşma, Avustralya Senatosu'nun tasarımını da etkilemiştir[170]. Avustralya Senatosu'nda, federal yapıya benzer şekilde nüfus farkına bakılmaksızın her eyalet eşit sayıda senatörle temsil edilir[171]. Bu, büyük eyaletler olan New South Wales ve Victoria gibi nüfus açısından büyük eyaletlerin, küçük eyaletlerle aynı temsile sahip olmasına neden olur[172].

Temel mantık, küçük eyaletlerin üst mecliste fazla temsil edilmesi, onları politika gündeminin büyük eyaletler tarafından gasp edilmesine karşı korumasıdır[173]. Temsilci dağılımının nüfusla kısmen orantılı olduğu ve federe devletlerin büyüklüklerine göre temsil edildiği Almanya[174] ve Avusturya'da[175],

---

165 Örneğin birçok Latin Amerika ülkesinde demokrasi krizdedir. Vatandaşlar demokrasinin işleyişinden ve siyasi kurumların çoğunun performansından hoşnutsuzdur. Anket verilerine göre, vatandaşların en az güven duyduğu kurumlar yasama organları ve siyasi partilerdir. Nolte/Sánchez, s. 6.

166 Ancak diğer federal çift meclisli devletlerin çoğunda (örneğin Brezilya, Hindistan, Malezya) ve bazı federal olmayan devletlerde de (İtalya, Fransa) nüfusla orantısız olarak bölgesel birimleri temsili söz konusudur. Russel, s. 373.

167 Örneğin ABD'deki çift meclisli sistemde, Senato her eyaleti eşit şekilde iki senatörle temsil eder. Bu yapı, küçük eyaletlerin büyük eyaletlerle eşit temsile sahip olmasına neden olur. Örneğin, nüfusu sadece 580.000 olan Wyoming, 40 milyondan fazla nüfusu olan Kaliforniya ile aynı sayıda senatörle temsil edilmektedir. Bu durum, küçük eyaletlerin federal politika üzerinde orantısız bir güce sahip olmasına yol açar ve ulusal çıkarlar üzerinde dengesizlik yaratır.

168 Örneğin, kamu ulaşım altyapısını finanse etmeye yönelik bir politika, New York'taki bölgeleri temsil eden yasa koyucular tarafından büyük olasılıkla desteklenecektir, ancak taşradaki bölgeleri temsil eden yasa koyucular için pek değerli olmayacaktır. Parameswaran, s.102. Aynı yönde bkz. https://www.idea.int/sites/default/files/publications/bicameralism-primer.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

169 Parameswaran, s. 101.

170 Parameswaran, s. 101.

171 Russel, s. 384; Mueller/Vatter/Dick, s. 320.

172 Avustralya Başbakanı Paul Keating, Senato'da eyaletlerin nüfusları arasındaki farka bakılmaksızın eşit temsil edilmesine dayanarak senatörlerden "temsili olmayan süprüntüler" olarak bahsetmiştir. Russel, s. 384.

173 Madison, s. 690; Parameswaran, s. 101-102.

174 Mueller/Vatter/Dick, s. 319; Kailitz, s. 401.

aşırı veya eksik temsil derecesi azalmakta[176] ve Avusturya örneğinde tamamen ortadan kalkmaktadır[177]. Almanya'da eyalet delegasyonlarının blok halinde oy kullanma ihtiyacı[178], bazı durumlarda onay için nispeten yüksek eşik veya bölgesel ve partizan çıkarlar arasındaki tanımlanmamış denge konusunda eleştirilerin yönelmesine sebebiyet vermektedir[179].

Bazı çift meclisli sistemlerde, üst meclis üyelerinin doğrudan halk tarafından seçilmemesi de demokratik temsil ve meşruiyet açısından eleştirilir[180]. Bu eleştiri, halkın iradesinin yasama sürecine tam olarak yansımadığı argümanını güçlendirir. Özellikle İngiltere'deki Lordlar Kamarası bu eleştirinin en tipik bir örneğidir. Lordlar Kamarası'ndaki üyeler, halk tarafından seçilmez; bunun yerine, atanmış soylular, din adamları ve diğer belirli unvanlara sahip kişilerden oluşur. Üyelerin bir kısmı, Kraliçe tarafından önerilen isimler veya kalıtsal soylulukla bu pozisyonlara gelirler. Bu durum, Lordlar Kamarası'nın demokratik meşruiyetini tartışmalı hale getirir çünkü halkın iradesi bu mecliste doğrudan temsil edilmez[181]. Bu eleştiri, Kanada Senatosu[182] için de geçerli olabilir[183]. Zira Kanada Senatosu'nda, üyeler başbakan tarafından atanır ve bu atama süreci, halkın iradesinin yasama sürecine yeterince yansımadığı yönünde eleştirilir[184].

---

175 Mueller/Vatter/Dick, s. 323.

176 Teziç, s. 442.

177 Tsebelis/Money, s. 53.

178 Almanya'da yasama ile ilgili karar alma süreçleri parti siyaseti ile şekillenmekte, parlamento grupları oldukça homojen blok oy kullanan parti üyelerinden oluşmakta ve hükümet partileri muhalefet partilerini dışlamaktadır. König, s. 412.

179 Mueller/Vatter/Dick, s. 319

180 Doğrudan seçilmeyen ikinci meclisler, halk tarafından seçilmenin sağladığı demokratik meşruiyetten ve dolayısıyla gerçek siyasi etkiden yoksundur. Lijphart, s. 206; Ancak meşruiyet sadece üyelerin seçilme yöntemine indirgenmekle kalmamakta, aynı zamanda güç ve kompozisyondan ayrı olarak değerlendirilmek yerine simetri-asimetri sürekliliği içerisinde kaybolduğundan bahisle de eleştirilmektedir. Mueller/Vatter/Dick, s.313. Russell, 1999 reformundan önce ve sonra Birleşik Krallık Lordlar Kamarası'nın yanı sıra Kanada ve Avustralya Senatolarını da inceleyerek, seçilmemiş meclislerin de meşru olarak görülebileceğini; bir kurumun meşruiyetinin genel olarak bileşimine ve özellikle de partizan ve/veya bölgesel temsiliyetine bağlı olduğunu; ve 'doğrudan seçilmiş ikinci meclislerin bile gayrimeşru olmakla suçlanabileceğini' göstermiştir. Russel, s. 385.

181 Tsebelis/Money, s. 47; Aksi görüş için bkz. Russel, s. 385.

182 Kanada'da Senato, bölgelerin çıkarlarını koruyan bir yapıya sahiptir. Ancak, özellikle daha az nüfuslu bölgelerin ve yerel yönetimlerin federal yasama süreçlerinde orantısız bir güce sahip olduğu eleştirilmektedir. Küçük bölgeler, federal politikaların şekillenmesinde büyük bir etkiye sahip olabilir, bu da ulusal çıkarlar açısından dengesizlik yaratabilir. Kanada Senatosu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. David E. Smith, The Canadian Senate in Bicameral Perspective, University of Toronto Press, Toronto, 2003.

183 Russel, s. 381.

184 Kanada'da senatörlerin seçiminden eyalet hükümetleri yerine başbakan sorumludur ve bu patronaj son derece partizan bir şekilde kullanıldığından eleştirilmekte ve Senato'nun hükümet tarafından domine edilme eğiliminde olduğu, az sayıda küçük parti ya da bağımsız üye bulunduğu ifade edilmektedir. Russel, s. 381.

Öte yandan Kanada Senatosu, geniş resmi yetkilerin bile nasıl düşük genel meşruiyete dönüşebileceğini göstermektedir[185].

Arjantin 2001 yılında senatörlerin eyalet parlamentoları tarafından seçilmesi uygulamasından vazgeçtikten sonra, tüm başkanlık demokrasilerinde ikinci meclis üyelerini halk seçmektedir[186]. 2021 yılında yapılan değerlendirmeye göre ise en yüksek meşruiyete sahip olan ikinci meclislerin İsviçre[187], Almanya ve ABD[188] olduğu tespit edilmiştir[189].

Çift meclisli sistemlerde yerel veya küçük grupların çıkarlarının aşırı temsil edilmesi, temelde federal yapının yerel çıkarları koruma hedefiyle bağlantılıdır. Ancak bu yapı, bazen ulusal politikalarda dengesizliklere yol açarak, küçük nüfuslu bölgelerin, nüfusça büyük bölgelerle eşit temsil hakkına sahip olmasına ve ulusal yasama süreçlerinde orantısız bir etkiye sahip olmasına neden olabilmektedir.

4. Maliyet, Verimsizlik ve Hesap Verebilirlik

Çift meclisli sistemlerin doğası gereği daha fazla personel ve lojistik destek gerektirmekte bu da devletin yönetim maliyetlerini arttırmaktadır[190]. Bu sebeple de tek meclis daha ucuz, daha basit ve daha verimli olabilir[191]. Özelllikle küçük nüfuslu ülkelerde ikinci meclisler genellikle pahalı ve gereksiz organlar olarak görülmektedir[192].

Çift meclisli sistemlerde yasaların her iki mecliste de kabul edilmesi gerektiği için yasama süreci tek meclisli sistemlere göre daha uzun ve karmaşık olabilir. Bu durum da karar alma sürecini uzatarak verimliliği düşürebilir ve dolaylı maliyetleri artırabilir[193]. Öte yandan iki meclisten oluşan yasama organları tek meclisten oluşan yasama organlarına göre daha az yasa üretmektedir[194].

Çift meclisli sistemlerde yasal süreçlerin daha karmaşık ve uzun olması maliyetleri artırabilir. Zira çift meclisli sistemler, iki ayrı meclisin işleyişini sürdürmek için daha fazla mali kaynak gerektirir[195]. Her iki meclisin yasama

---

185 Mueller/Vatter/Dick, s. 321.

186 Kailitz, s. 401.

187 Seçim sistemi ve parti gücündeki farklılıklara rağmen, İsviçre Eyaletler Konseyi, Ulusal Konsey ile tamamen aynı yasama ve denetim yetkilerine sahiptir. Bununla birlikte, anketler, her bir meclisin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu federal parlamentoya oldukça yüksek derecede güven duyulduğunu kanıtlamaktadır. Mueller/Vatter/Dick, s. 320.

188 ABD Senatosunun üyelerinin halk tarafından seçilmesi meşruiyetini güçlendirmiştir. Mueller/Vatter/Dick, s. 320.

189 Mueller/Vatter/Dick, s. 319.

190 Bulmer, s. 7.

191 Bulmer, s. 3.

192 Massicotte,, s. 152.

193 Lijphart, s.

194 Rogers, s. 510.

195 İki meclisliliğin karar maliyetlerini azalttığı da savunulmaktadır. Bkz. Tsebelis/Money, s. 41-42.

sürecini ayrı ayrı yürütmesi, bütçede daha fazla harcama yapılmasına neden olur ve bu da verimsizlik olarak eleştirilir. Özellikle daha küçük veya düşük bütçeli hükümetlerde bu durum, çift meclisli parlamentoların tartışmaya açılmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda Fransız Senatosu da işletme maliyetleri sebebiyle eleştirilmektedir[196]. İtalyan Senatosu da çok sayıda başarısız reform girişimi, birinci meclisin bir kopyası olması ve ayrıca hem işleyiş hem de yüksek maliyetler bakımından eleştirilmektedir[197].

Yasama sürecinde tek meclisin yetkili olduğu durumlarda tüm sorumluluğu yüklenecek ve aynı zamanda hesap vermekle yükümlü olan aynı meclistir. Meclis sayısı artınca ve partilerin meclislerdeki çoğunluğu değiştikçe hesap verebilirlik de etkilenmektedir. Testa tarafından 1996-2004 döneminde 35 demokrasiden oluşan incelemede çift meclis sistemde, aynı partinin iki meclisi kontrol ettiği ve parti kutuplaşmasının yüksek olduğu durumlarda yasa koyucuların seçmenlere karşı hesap verebilirliğini artırdığını, iki meclisin farklı partiler tarafından kontrol edildiği durumlarda ise bunun tam tersinin geçerli olduğu görülmüştür[198].

Her iki meclisin farklı partiler tarafından kontrol edildiği dönemlerde, büyük reformların hayata geçirilmesi çok uzun sürebilmektedir. Bu durum, yasaların geçmesini yavaşlatırken, aynı zamanda sürecin karmaşıklığı nedeniyle idari maliyetleri de artırmaktadır. Müzakereler sırasında devlete maliyet getiren geçici çözümler üretmek zorunda da kalınabilir.

5. Filibuster Kullanımı ve Süreçlerin Engellenmesi

Filibuster, bir meclis üyesinin ya da üyeler grubunun, uzun süreli konuşmalar veya çeşitli taktiklerle oylamayı geciktirerek ya da engelleyerek yasaların geçmesini durdurma çabasıdır[199]. Filibuster savunucuları, azınlığa güç vererek filibuster tehdidinin iki partili uzlaşıyı teşvik ettiğini iddia etmektedirler[200]. Bu sebeple de teoride, filibuster'ın sürekliliği, iki partili uzlaşıyı ve muhalefeti dahil ederek yapıcı işbirliğini teşvik ettiği ifade edilmektedir[201]. Fakat bu argüman, azınlık partisinin müzakere etmek ve yasa yapmak istemesi durumunda geçerlidir. Dolayısıyla da pratikte filibuster tam tersini teşvik ederek yasama sürecini felce uğratmaktadır[202]. Çünkü 21. yüzyılın kutuplaşmış siyasetinde, senatörler filibuster tehditlerini yalnızca diğer partinin başarılarını engellemek veya kişisel projeleri için avantaj sağlamak amacıyla kullanmaktadırlar. Bu sebeple de filibuster, tıkanıklığa yol açar ve hesap

---

196 Mueller/Vatter/Dick, s. 320.

197 Mueller/Vatter/Dick, s. 321.

198 Testa, s. 181.

199 Kadir Canöz, "Yasamayı Engelleme Amaçlı Lobicilik: Filibuster", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 21, 2009, s. 157 vd.

200 Nancy Powers, "How the German model can help us build a better filibuster" https://rollcall.com/2021/04/06/how-the-german-model-can-help-us-build-a-better-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

201 Nikolas Guggenberger, "Germany's Filibuster", https://verfassungsblog.de/germanys-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

202 Nikolas Guggenberger, "Germany's Filibuster", https://verfassungsblog.de/germanys-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

verebilirliği azaltır, bu da seçmenlerin demokratik kurumlara duyduğu saygıyı zayıflatır[203].

Filibuster, ABD Senatosu'nda önemli bir stratejik araçtır. Filibuster, bir yasa tasarısı hakkındaki tartışmayı sona erdirecek bir prosedür eksikliği sonucu ortaya çıkmıştır[204]. Bir başka ifadeyle filibuster; mecliste zaman kazanma, oyalama taktiği ya da uzatma stratejisidir. Bu strateji, genellikle alt meclis ile üst meclis arasındaki farklar ve politik güç dengelerini etkileyen bir unsur olarak kabul edilir. Özellikle azınlık grubunun çoğunluk karşısında etkili olabilmesi için bir silah olarak kullanılır. Cloture ise filibuster'ı durdurmak için yapılan bir oylamadır ve genellikle nitelikli çoğunluk gerektirir[205]. Örneğin, ABD Senatosu'nda beşte üç çoğunluk gerekmektedir[206].

Üst meclislerde filibuster daha yaygın olarak kullanılır. Alt meclislerdeki hızlı yasama süreçleri, çoğunluk partisine daha fazla kontrol sağlar ve sürecin filibuster ile tıkanması daha zor olur. ABD Senatosu'nda kullanılan filibuster gibi araçlar, yasa tasarılarının geçişini uzatmak veya tamamen engellemek için kullanılır. Bu durum, yasama sürecinde ciddi engellere yol açabilir ve sürecin tıkanmasına neden olabilir. Öte yandan filibuster, hesap verebilirliği azaltır, bu da seçmenlerin demokratik kurumlara duyduğu saygıyı zayıflatır[207].

Filibuster, ABD'nin yanı sıra dünyada da azınlık parlamenterler tarafından sıklıkla kullanılan bir uygulamadır[208]. Filibuster, ABD Senatosu'nda daha yaygın olarak kullanılmakla birlikte Fransa, İngiltere, Almanya ve Kanada'da yasama meclislerini engelleme amacıyla kullanılmaktadır[209]. Norveç, Hollanda ve İsveç'te filibuster'ın Avrupa ülkelerinden farkı ise filibuster'ı engelleyecek "cloture" benzeri yol ve yöntemlerinin olmamasıdır[210]. Bu ülkelerin yanı sıra Japonya'da da "inek yürüyüşü" olarak adlandırılan filibuster tekniği, parlamento üst meclisinde azınlık tarafından, çoğunluğun desteklediği önemli yasaların geçişini engellemek amacıyla kullanılmaktadır[211].

Fransa hukukunda filibuster uygulamasına izin veren herhangi bir düzenleme olmasa da bu uygulama parlamentoda parlamenter engelleme

---

[203] Nancy Powers, "How the German model can help us build a better filibuster" https://rollcall.com/2021/04/06/how-the-german-model-can-help-us-build-a-better-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

[204] Heringa, s. 180.

[205] Fransa ve İngiltere'de de görüşmelerin sona erdirilmesinde "cloture" benzeri uygulamalar vardır. Norveç ve İsveç'te ise filibuster'ı sonlandıracak "cloture" yöntemi yoktur. Canöz, s. 162, 165.

[206] Tsebelis/Money, s. 54; Canöz, s. 165.

[207] Nancy Powers, "How the German model can help us build a better filibuster" https://rollcall.com/2021/04/06/how-the-german-model-can-help-us-build-a-better-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

[208] Canöz, s. 157, 161.

[209] Canöz, s. 168.

[210] Canöz, s. 162.

[211] Sung Yoon Cho, "Japan", Filibusters, France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 1994, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), s. 4.

(obstruction parlementaire) olarak bilinmektedir[212]. Filibuster, Ulusal Meclis'in kullanımını sınırlayan düzenlemelere rağmen gerçekleşmektedir. En dikkat çekici filibuster'dan biri 28 Haziran 1993 tarihinde *Le Monde* gazetesinde "Ulusal Meclis'te Sosyalistler, Özel Eğitimle (Din Eğitimi) İlgili Tasarının Görüşülmesini Geciktirmek İçin Engelleme Yaptılar" başlığıyla rapor edilmiştir[213].

İngiltere'de de parlamento üyelerinin istedikleri her konuda ifade serbestisi bulunmamakta sadece tartışmaya sebep olan konu hakkında konuşabilmelerine rağmen birçok filibuster'ın yapıldığı görülmektedir[214]. Mevcut kurallar, dört saatten uzun süre konuşmanın imkansız olduğunu belirtse de bir yasa tasarısını reddetmek için İşçi Partisi milletvekili Andrew Dismore üç saat on yedi dakika parlamento konuşmasını yapmıştır[215].

Almanya'da Bundestag'da, bir temsilcinin konuşma hakkına ilişkin kurallar oldukça sıkı bir şekilde uygulanmaktadır. Temsilcinin konuşma hakkı on beş dakika ile sınırlıdır. Özel durumlarda, siyasi partisi bunu onaylarsa, kırk beş dakika konuşabilir. Verilen sürenin sona ermesinin ardından, bir temsilci yalnızca özel izinle konuşmaya devam edebilir. Ayrıca, Alman parlamentosundaki parti disiplini de filibuster'ın olmamasını da açıklamaktadır[216].

III. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA MECLİS SİSTEMİNDE DEĞİŞİKLİK YAPAN ÜLKELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNDEN TEK MECLİS SİSTEMİNE GEÇEN ÜLKELER VE DEĞİŞİKLİK GEREKÇELERİ

Bir siyasi sistemde nadiren parlamento meclislerinden birinin ortadan kalkması ya da doğması söz konusu olmaktadır. Çift meclis sistemi mevcut olduğunda genellikle uzunca bir süredir mevcuttur[217]. Ayrıca ikinci meclislerin varlığını sürdürüp sürdüremediği çok sayıda değişkenin etkileşiminden kaynaklanmaktadır[218]. İkinci meclisin antidemokratik olmayacak şekilde yapısında reform yapılıp yapılmaması buna örnektir. Bir görüşe göre bir işgal ya da devrim nedeniyle rejimin çökmesinden kaçınmış ülkelerde, ikinci meclisler

---

212 M. Tahar Ahmedouamar, "France", Filibusters, France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 1994, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), s. 1.

213 Ahmedouamar, s. 1.

214 Canöz, s. 162.

215 Leo Hickman, "Andrew Dismore on filibusters and the rules in the UK Parliament", https://www.theguardian.com/politics/2013/jun/26/andrew-dismore-filibuster-rules-uk, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

216 Edith Palmer, "Germany", Filibusters, France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 1994, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), s. 2.

217 Francesco Zucchini, "Dividing Parliament? Italian Bicameralism in the Legislative Process (1987-2006)", South European Society&Politics Vol. 13, No. 1, 2008, s. 13.

218 Massicotte, s. 153.

bir kez kurulduktan sonra uzun bir süre daha faydalı olabilecektir[219]. Fakat bazı ülkelerde de çift meclisli sistemin tamamen kaldırılması yönünde tartışmalar mevcuttur. Yeni Zelanda, Venezuela, Danimarka, Peru, Portekiz, İsveç gibi nüfusu az ülkelerde, üst meclisler kaldırılarak yasama süreci tek meclisli sisteme dönüştürülmüştür[220]. Bu durum, çift meclis sisteminin gerekli olup olmadığı tartışmalarını da temellendirmektedir.

Yeni Zelanda'da üst meclis olan Yasama Konseyi (Legislative Council) 1951'de kaldırılmış[221] ve tek meclisli (Temsilciler Meclisi) yapı benimsenmiştir[222]. Bunun temel nedeni, bu meclisin yasama sürecinde etkisiz hale gelmesi ve giderek daha fazla siyasi olarak atanan üyelerden oluşmasıydı[223]. Ayrıca, üst meclisin işlevi büyük ölçüde yasaların geciktirilmesiyle sınırlıydı ve reformların hızlıca geçmesini engelliyordu. Sonuç olarak, yirminci yüzyılın son yarısında Yeni Zelanda, son derece merkezi bir yönetim biçimini, her konuda resmi yasama yetkisine sahip ve iki siyasi partiden biri tarafından yönetilen tek meclisli bir parlamento ile birleştirdi[224]. Yeni Zelanda'da çift meclis sistemin kaldırılmasıyla birlikte yasama süreçleri hızlandırılmış ve demokratik temsil artırılmıştır[225].

İsveç, 1866 Riksdag Yasası ile çift meclisli hale gelmişti. İsveç'te parlamento, İkinci Meclis (Andra kammaren) ve Birinci Meclis (Första kammaren) olarak iki ayrı kanattan oluşuyordu. 1970'lerin başında anayasa değişikliğine gidildi ve sonbaharda yapılan seçim tek meclisli bir parlamento için ilk seçim oldu[226]. İsveç'te üst meclis olan Första Kammaren'ın kaldırılmasının arkasındaki ana gerekçe, bu meclisin seçilme şeklinin zamanla demokrasiye aykırı hale gelmesiydi[227]. Üst meclis üyeleri yerel yönetimler tarafından seçiliyor

---

219 Massicotte, s. 153.

220 Shell, s. 14.

221 Andrew Geddis, Parliamentary government in New Zealand: Lines of continuity and moments of change, International Journal of Constitutional Law, Volume 14, Issue 1, January 2016, s. 104.

222 Ulusal Meclise seçilen üye sayısı 277'ye yükseltilmiştir. Bu artış siyasi amaçlıdır. Seçim amacıyla ülke bölgelere ayrılmıştır ve her bir bölge kendi üyelerini kabaca nüfuslarıyla orantılı olarak seçmektedir. Her eyalet bir seçim bölgesi olarak kabul edilir ve milletvekillerini nispi temsil ile seçer. Luis Bergolla, "An Introduction to Venezuelan Governmental Institutions and Primary Legal Sources", 2022, https://www.nyulawglobal.org/globalex/venezuela1.html#legislative-process, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

223 Geddis, s. 104. Yeni Zelanda Yasama Konseyi üyeleri başlangıçta Kraliyet tarafından ömür boyu, 1891 yılında sonra ise yedi yıllık dönemler için atanmaktaydı. Konsey'i nispi temsil ile seçilen bir meclise dönüştürecek olan reform 1914 yılında kabul edilse de savaşın patlak vermesi sebebiyle hiçbir zaman uygulanmadı. Nihayetinde birbirini izleyen hükümetler rutin olarak Konsey'i doldurdu ve Konsey'in bir "patronaj çöplüğü" olarak nitelendirilip, kötü bir ün kazanması söz konusu oldu. Massicotte, s. 158.

224 Geddis, s. 104.

225 Geddis, , ss. 104 vd.

226 Riksdag hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. The Constitution Unit, "Checks and Balances in Single Chamber Parliaments: a Comparative Study", London, 1998, https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/24_0.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024), s. 9 vd.

227 Bu gerekçenin yanı sıra İsveç'te tek meclislilik, her iki mecliste de çelişen çoğunluklar sorunu ve ikinci meclis için kullanılan nispi seçim sisteminin sosyal demokratlara bir

ve halkın taleplerinden uzak, eskimiş siyasi eğilimleri temsil ediyordu. Ayrıca, yasaların geçiş sürecinde iki meclis arasında gereksiz gecikmelere yol açıyordu. İsveç'teki bu değişiklik, temsili daha demokratik hale getirdi[228].

Danimarka'da tek meclislilik, 1929'dan itibaren Radikallerle kalıcı bir koalisyon kabinesi kuran ve 1936'da iktidar koalisyonu üst mecliste çoğunluğu sağladıktan sonra bile tutumlarını değiştirmeyen sosyal demokratlar tarafından savunulmaktaydı[229]. Danimarka'da 1953 Anayasası ile Landsting (üst meclis) kaldırıldı ve tüm yasama yetkisi Folketing'e (alt meclis) devredildi. Üst meclisin zamanla demokratik temsili zayıflamış ve sadece yasaların geciktirilmesinden sorumlu bir yapı haline gelmişti. Bu meclisin çoğunlukla aristokrat ve elit sınıfı temsil etmesi, halkın geniş kesimlerinin çıkarlarını tam anlamıyla yansıtamadığı gerekçesiyle eleştirildi. Ayrıca, yasama sürecinde gereksiz bir bürokrasi yarattığı ve maliyetlerin arttığı gerekçesiyle kaldırılmasına karar verildi. Tek meclis sisteminin demokratik bir yapının ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla daha etkin bir yönetim olduğu savunuluyordu. Bu bağlamda İsveç ve Danimarka ikinci meclisi demokratik eşitlikte uzlaştırılamayacak bir kurum olarak gördükleri için kaldırmışlardır[230].

1990'ların sonlarında sosyal ve siyasi istikrarsızlık içinde olan Venezuela, 1999 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle çift meclisli sistemden tek meclisli sisteme geçmiştir[231]. Tek meclisli yapıya geçişinin temelinde de siyasi reform çabaları, merkezi bir yönetim ihtiyacı ve yasama sürecini hızlandırma gibi gerekçeler yatmaktadır. Merkeziyetçi bir yönetimin önünü açan bu sistem, uzun vadede yürütme gücünün meclis üzerindeki etkisinin artmasına neden olmuştur.

Bu anayasal yönetimlerde, ikinci meclisler nispeten uzun bir süre boyunca düzgün bir şekilde çalışmalarına rağmen yıllar içinde gereksiz, maliyetli veya anti-demokratik bulunmuştur. Bu nedenle ya tek başına ya da yeni bir anayasa paketinin parçası olarak kaldırılmıştır[232]. Bu örneklerin çoğunda tek meclislilik düzenli bir sürecin ve dikkatli bir tartışmanın sonucu tercih edilmiştir[233]. Çift meclis sisteminden tek meclis sistemine geçişin gerekçeleri ise genel olarak daha demokratik, hızlı ve verimli bir yasama süreci yaratma arayışının bir sonucudur. İkinci meclislerin yasama sürecinde gereksiz şekilde hantallaşmaya ve halkın doğrudan temsilinin azalmasına yol açması, bu geçişin ana sebeplerinden olmuştur. Nitekim devletlerin zamanla kendi yapılarına en uygun, en avantajlı ve

---

avantaj sağlaması ve sosyalist olmayan partiler halk oylarının çoğunluğuna sahip olsa bile genellikle sosyal demokratlar ve komünistlerin çoğunluğu elde etmesiyle sonuçlanması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Massicotte, s. 160.

228 Massicotte, s. 160; The Constitution Unit, s. 10.

229 Massicotte, s. 159.

230 Sajó, s. 153.

231 Luis Bergolla, "An Introduction to Venezuelan Governmental Institutions and Primary Legal Sources", 2022, https://www.nyulawglobal.org/globalex/venezuela1.html#legislative-process, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

232 Massicotte, s. 156.

233 Massicotte, s. 156.

en güçlü meclis sitemini kabul etmesi gerektiğinden[234] meclis sisteminde değişikliğe gitmişlerdir.

B. TEK MECLİS SİSTEMİNDEN ÇİFT MECLİS SİSTEMİNE GEÇEN ÜLKELER VE DEĞİŞİKLİK GEREKÇELERİ

II. Dünya Savaşı, birçok ülkenin siyasal yapısını ve meclis sistemlerini yeniden şekillendirmiştir. Savaş sonrası dönemde özellikle Avrupa ülkeleri, siyasi istikrarı güçlendirmek ve denge-denetim mekanizmaları kurmak amacıyla yönetim sistemlerini yeniden düzenleyerek, yasama organlarında tek meclisli sistemden çift meclisli sisteme geçiş yapmıştır. Bu geçişin altında yatan nedenler, savaşın getirdiği yıkıcı etkilerin yarattığı reform ihtiyacı ve merkezi yönetimin gücünü dengeleme arzusuyla yakından ilişkilidir.

Olgun bir demokratik ülkede, normal koşullarda kaldırılmış olan bir ikinci meclisin yeniden kurulduğuna dair bir örneğe rastlanmamıştır. Bu yöndeki restorasyon vakalarının çoğu, ikinci meclisin otoriter bir rejimin (ya sağcı ya da komünist bir diktatörlük) ortaya çıkmasının ardından ortadan kaldırıldığı ve daha sonra ülke demokratik adımlar attığında ikinci meclisin yeniden canlandırıldığı ülkelerde meydana gelmiştir[235]. Bunun tipik bir örneği, liberal dönemin Senatosu'nun 1923 yılında parlamenter hükümetle birlikte ortadan kalktığı İspanya'dır. Hem Cumhuriyet (1931-1939) hem de Franco rejimi daha sonra ikinci bir meclisten vazgeçmiştir[236]. Ancak 1976 yılında, ülkenin demokrasiye doğru ilerlediği ve yetkilerin bölgelere devredildiği bir dönemde, Senato'nun yeniden kurulması uygun bulunmuştur[237]. İspanya, 1978 Anayasası[238] ile çift meclisli sistem Katalonya, Bask Bölgesi çıkarlarını koruma amacına hizmet etmek üzere kurulmuştur.

Yeniden canlandırılan Senatolara bugün Fransa ve Almanya'da rastlanmaktadır[239]. 1918'de II. Dünya Savaşı'nın sonunda aristokratik üst meclislerin kaldırılmasından sonra Alman devletlerinin parlamentolarının ideal olarak iki meclisten oluşması gerektiği fikri devam etti[240] ve Federal Almanya Cumhuriyeti, 1949'da kabul edilen yeni anayasa[241] ile çift meclisli yapıya

---

234 Karadayı, s. 498.

235 Massicotte, s. 156.

236 Massicotte, s. 157.

237 Massicotte, s. 157.

238 Bkz. Spain's Constitution of 1978 with Amendments through 2011, https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

239 Ayrıca Meksika Dominik Cumhuriyeti (1924), Paraguay (1967), Grenada (1983), Haiti (1987), Polonya (1989), Romanya (1991), Etiyopya (1995), Fas (1996) ve Kamboçya'da (1998) da Senato yeniden canlandırılmıştır. rastlanmaktadır. Massicotte, s. 157.

240 Wedel, s. 9-10. Almanya'da Wilhelm İmparatorluğu'nun 25 eyaletinden dokuzunda üst meclisler mevcuttu, ancak Weimar Cumhuriyeti döneminde çift meclislilik sadece Prusya'da varlığını sürdürdü. 1949'dan sonra Bavyera, Senato'ya sahip tek Alman eyaletiydi ve Senato kaldırıldı. Massicotte, s. 153;

241 Bkz. Germany's Constitution of 1949 with Amendments through 2014, https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

geçmiştir[242]. Bu yapı, federal hükümetin kararlarında eyaletlerin daha etkin bir temsili sağlanarak merkezi yönetimin dengelenmesine katkıda bulundu[243]. Almanya'da radikal reformların her iki mecliste de çoğunluğa hitap etmesi pek mümkün olmadığından ve politikalar sadece kademeli olarak değişebildiğinden, çift meclisli yapı genellikle yavaş, verimsiz ve reform üretmekten aciz olarak tasvir edilse de [244] alt meclisteki büyük koalisyon, olası bir Federal Konsey vetosunu daha erken bir aşamada absorbe etmekte ve yasa tasarıları nadiren tamamen başarısız olmaktadır[245].

Fransa'da çift meclisli yapı, 1795'ten itibaren farklı rejimlerde farklı işlevlerle var olmuştur. Her rejim, dönemin siyasi ve toplumsal ihtiyaçlarına göre meclislerin oluşumu, yetki ve işlevlerini şekillendirmiştir. Fransa'da V. Cumhuriyet'in kurulmasıyla, 1958 Anayasası ile çift meclisli yapı kalıcı ve demokratik hale getirilmiştir[246]. Bu değişiklik, yasaların daha dengeli bir şekilde değerlendirilmesini sağlama ve merkezi hükümetin gücünü dengelemek amacıyla yapılmıştır. Günümüzde de Ulusal Meclis ve Senato ile Fransız parlamentosu çift meclislidir. Bu meclislerin birbirinden farklı seçim sistemlerinin, Fransa'nın tüm çeşitlilikleriyle en iyi şekilde temsil edilmesini sağladığı belirtilmektedir. Ayrıca Fransız Senatosu'nda kanun tasarılarının ve tekliflerinin iki farklı meclis tarafından inceleniyor olmasının metinlerin kalitesini arttırdığı ve senatörlerin deneyimlerinin bu metinlerin daha da zenginleştirilmesine katkıda bulunduğu belirtilir. Ayrıca Senato feshedilemediği için kurumsal istikrarın teminatı olarak görülmektedir[247].

İtalya, II. Dünya Savaşı'nın ardından 1948 Anayasası[248] ile tek meclisli sistemden çift meclisli sisteme geçmiştir. Bu değişiklik, demokratik ve istikrarlı bir yönetim sağlama amacıyla yapılmıştır. İtalya sadece kullandıkları yetkiler bakımından değil, aynı zamanda temsil yapıları bakımından da halk tarafından seçilen iki meclise sahiptir[249]. Bu sebeple de dünya genelinde neredeyse benzersiz olduğu söylenebilir[250]. Fakat İtalya'da çift meclis sistemi yasama

---

242 Deutscher Bundestag, Parlamendarium Parlamentsgeschichte nach Kalendertagen, https://www.btg-bestellservice.de/pdf/20200000.pdf, (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2024), s. 13.

243 Montesquieu'nun teorisinin çağdaş pratiğe uygulanması sayesinde, Alman çift meclisliliği, bir geçiş kurumundan ziyade zamansız bir denge ve denetleme sistemi olduğu ortaya çıkmaktadır. Wedel, s. 11.

244 Ayrıntılı bilgi için bkz. Leunig/Träger, ss. 55-81.

245 Brandsma G J/Roederer-Rynning C, "Strong bicameralism-Pressures for change in inter-institutional legislative negotiations in the EU, the USA, and Germany", European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022, s. 14.

246 Bkz. France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008, https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

247 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.senat.fr/lng/tr.html, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

248 Bkz. Italy's Constitution of 1947 with Amendments through 2020, https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

249 Sergio Mattarella, "Das Zweikammersystem in Italien", Archiv des öffentlichen Rechts , 1983, Vol. 108, No. 3, 1983, s. 371.

250 İtalya parlamentosu meclis sayısı olarak iki ancak işlevsel olarak ise tek meclisli sisteme daha yakın bir yapıdır. Mattarella.s. 371.

sürecini yavaşlatması, kararlara ulaşılmasını zorlaştırması, meclislerin yetki ve görevlerinin simetrik olması, meclisler arası farklılıkları çözmek için kullanılan ve zaman sınırlaması olmayan mekik sistemi sebebiyle eleştirilmektedir[251]. Bu bağlamda bir meclisin kaldırılması ya da iki meclisin işlevsel olarak farklılaştırılması önerilmektedir[252].

Japonya, II. Dünya Savaşı sonrasında, 1946 Anayasası[253] ile demokratik bir yönetime geçerken çift meclisli bir sistem kurmuştur. Bu yapının amacı, demokratik yönetimi güçlendirmek ve yasaların daha dikkatli bir şekilde incelenmesini sağlamak olarak belirlenmiştir. Japon parlamentosunun ikinci meclisi halk tarafından seçildiğinden meşruiyeti Temsilciler Meclisi kadar yüksektir[254]. İkinci meclis ne güvensizlik oyu ile hükümeti görevden alma ne de bütçeyi veto etme yetkisine sahiptir[255]. Fakat ikinci meclisteki muhalif çoğunluk, önemli bir yasayı bloke etme tehdidinde bulunabilir[256].

Hindistan, bağımsızlık sonrasında 1949 Anayasası[257] ile federal bir sistem benimseyerek çift meclisli bir parlamento oluşturmuştur. Çift meclisli yapı, Hindistan gibi geniş ve çok etnik gruba sahip bir ülkede bölgesel temsili sağlamak ve eyaletlerin çıkarlarını korumak amacıyla tercih edilmiştir. Ayrıca hem Hindistan hem de Japonya'da meclisler arası anlaşmazlıkları çözmek için özel mekanizmalar oluşturulmuştur[258].

Güney Afrika'da 1980 yılında çift meclisli sistemden tek meclisli sisteme, ardından 1983'te ırk temelli üç meclisli sisteme geçilmiş ve 1994'te tekrar iki meclisli sisteme dönülmüştür[259]. Daha önce hiç çift meclis sistemi deneyimi olmamasına rağmen ikinci meclisi kurmaya karar veren ülkeler de bulunmaktadır[260]. Bu durum Hırvatistan (1990), Rusya (1993), Kırgızistan (1994), Kazakistan (1995), Belarus (1996), Bosna-Hersek (1998), Tacikistan (1999) gibi eski komünist devletlerin yanı sıra Afrika ve Asya kıtasında da görülmüştür[261].

Görüldüğü üzere tüm devletler perspektifinde tek meclis sisteminden çift meclis sistemine geçişin yaygın nedenlerinin; yasama sürecinde denetim ve

---

251 Francesco Zucchini, "Dividing Parliament? Italian Bicameralism in the Legislative Process (1987-2006)", South European Society&Politics Vol. 13, No. 1, 2008, s. 11.

252 Zucchini, s. 11.

253 Bkz. Japan's Constitution of 1946, https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

254 Ganghof, s. 11.

255 Ganghof, s. 11.

256 Ganghof, s. 11.

257 Bkz. India's Constitution of 1949 with Amendments through 2016 https://www.constituteproject.org/constitution/India_2016.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

258 Russel, s. 372.

259 Massicotte, s. 157.

260 Massicotte, s. 157.

261 Afrika kıtasında: Namibya (1989), Burkina Faso, Gabon ve Mauretania (1991), Kongo-Brazzaville (1992),27 Cezayir (1996), Senegal (1998) ve Asya kıtasında ise Pakistan (1973), Palau (1981) ve Nepal (1990) ikinci meclisi ilk kez deneyimleyen ülkelere örnek verilebilir. Massicotte, s. 157.

yasaların kalitesinin arttırılması, farklı bölgelerin çıkarlarının temsili ve demokratik yönetimi güçlendirmek olduğu anlaşılmaktadır.

IV. ÜNİTER DEVLETLERDE ÇİFT MECLİS SİSTEMİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR VE TÜRKİYE

Yasama organının çift meclisli mi yahut tek meclisli mi olacağı ülkelerin devlet yapısı, anayasal düzeni, sosyal ve siyasal yapısıyla ilişkili olmakla beraber[262] herhangi bir hükümet sistemi ya da devlet yapısı ile .yasama organının oluşumu arasında zorunlu bir ilişki yoktur[263]. Federal devletler dışında çift meclis sisteminin tarihsel gelişimin ya da bir ülkedeki siyasal ve ekonomik koşulların sonucu ortaya çıkan (ör. Fransa, İtalya) siyasal bir tercih olduğu görülmektedir[264]. Genel olarak, çift meclis daha büyük ve genellikle daha fazla çeşitliliğe sahip devletlerde, tek meclislilik ise daha küçük ve daha homojen devletlerde görülmektedir[265].

Günümüzde kuvvetler ayrılığını benimseyen yüz ölçümü ve nüfus bakımından büyük devletlerin çoğu çift meclislidir[266]. Bu noktada Çin ise bir istisnadır. Zira üniter bir devlet yapısına sahip olan Çin, yüzölçümünün büyüklüğüne ve yoğun nüfusuna rağmen tek meclisli bir yasama organına sahiptir[267]. Çin, Komünist Parti'nin mutlak iktidarda olduğu bir ülke olup parti tüm yasama ve yönetim süreçlerini kontrol etmektedir. Merkezi yönetim bir dönem adem-i merkezi politikalarla yerel yönetimlerin yetkilerini artırmış olsa da akabinde yeniden merkeziyetçi politikalarına dönmüştür[268]. Çin Ulusal Halk Kongresi, Çin'in tek yasama organıdır ve temel olarak bu organ, Komünist Parti'nin politikalarını onaylayıp uygulamaktadır. Çin'de tek meclisli sistem, partiye olan bu sıkı bağlılığı yansıtmaktadır. Çin, tarihsel olarak da merkeziyetçi bir yönetim geleneğine sahiptir. İmparatorluk döneminde de merkeziyetçi bir yapıya sahip olan Çin, bu geleneğini sürdürmektedir. Tek meclisli sistem, bu merkeziyetçi yönetim anlayışını pekiştirmekte ve hükümetin tüm kararlarını tek bir organ üzerinden yönetmesine olanak tanımaktadır.

Günümüzde federal devletlerin neredeyse tamamı iki meclisli yasama organlarına sahip olmakla birlikte[269] Birleşik Krallık, Fransa, Japonya, Romanya, İrlanda ve Polonya çift meclisli üniter devlet örnekleridir[270]. Üniter sistemlerde dahi temsil çoğunlukla bölgesel birimlerle ilişkilendirilmektedir[271]. Federal devlet yapılanmalarında gereklilik olarak görülen ikinci meclis, üniter devletler açısından zorunlu bir kurum olmayıp, siyasi bir tercih sorunudur[272] ve genellikle

---

262 Yılmaz, 301.

263 Anayurt, s. 674.

264 Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 229.

265 Mughan, s. 117; Heringa, s. 165.

266 Kaboğlu, s. 112; Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 85.

267 Massicotte, s. 152.

268 Seriye Sezen, "Çin Siyasal ve Yönetim Sistemi Üzerine", Doğu Asya Araştırmaları Dergisi, 4 (7), 2021, s. 112.

269 Grazzini/Petretto, s. 1; Eren, s. 636; Lijphart, s. 85;

270 Uran, s. 53-107; Heringa, s. 165.

271 Tsebelis/Money, s. 69.

272 Kaboğlu, s. 112.

tarihsel faktörlerle açıklanmaktadır[273]. Bu da üniter devletler bakımından bir tercih sonucu yürütülen çift meclis sisteminin neden tercihe şayan olduğunun değerlendirilmesini önemli kılmaktadır.

Federasyonların dışında, ikinci meclisler genellikle ya radikal politikalar uygulayan hükümetlere karşı bir fren ya da özgürlük ihlallerine karşı bir kontrol olarak savunulmuştur[274]. Ayrıca deneyimlerde aynı amaçlara farklı araçlarla da ulaşılabileceği de ortaya konulmaktadır[275].

Üniter sistemlerde üst meclislerin rolü, genel oy hakkının tanınması ve demokratik anlayışın gelişmesi ile sorunlu hale gelmiştir. Önce sorun, güçlü bir üst meclise duyulan ihtiyacın aristokrasiden ziyade azınlıkların temsiline bağlanmasıyla çözülmeye çalışılmıştır[276]. Ancak üst meclislerin azınlıklar adına halk meclisine karşı durabilmesi için ikinci meclisin demokratik bir temele ihtiyacı olduğu ve bunun da ancak bir tür halk seçimiyle sağlanabileceği gerçeği ile karşı karşıya kalınmıştır. Bu noktada ulusların kendi seçim usullerini ve demokrasiyi korumayı tercih ettikleri durumlarda, ikinci meclis apolitik işlevlere indirgenmiştir[277]. Nihayetinde de ikinci meclislerin yetkileri İngiltere ve Fransa örneklerinde görüldüğü üzere önemli ölçüde kısıtlanmıştır.

Üniter devletlerde ikinci meclisler aristokratik (İngiltere), demokratik (Fransa, İtalya) ve sosyo-ekonomik (İrlanda) türdedir[278]. Bu bağlamda temel olarak aristokratik geleneğin yasama organına yansıtılması sonucu ortaya çıkan[279] çift meclis sisteminin üniter devletler bakımından aristokratik yapıda ikinci meclislerin oluşmasına sebebiyet verebileceği öne sürülmektedir[280].

İkinci meclisin siyasal açıdan tercih edilme gerekçeleri ise birinci meclisin frenlenmesi[281], birinci meclisin olası despotizmine karşı güvence işlevi görmesi ve yasaların geniş bir konsensüs zemininde ve daha kaliteli şekilde hazırlanmasıdır[282]. Lakin yasama organında ikinci meclisin varlığı, bu tercih sebeplerinden hepsinin gerçekleşeceği anlamına da gelmemektedir. Bu noktada belirleyici olan ikinci meclisin oluşumu ve yetkileridir[283].

Egemenliğin bir bütünlük göstererek tek bir merkezde toplandığı, yasama, yürütme ve yargı yetkisinin hiçbir yer ve toplulukla paylaşılmadığı üniter devletlerde[284] genellikle birinci meclisler ikinci meclislere nazaran daha fazla yetkiye sahip olmaktadır[285]. Bunun sebebi temelde tek bir yönetim otoritesinin korunması anlayışıdır. Birinci meclisler, halkın doğrudan seçtiği temsilcilerden

---

273 Heringa, s. 115.

274 Massicotte, s. 165.

275 Massicotte, s. 165 vd.

276 Tsebelis/Money, s. 34.

277 Tsebelis/Money, s. 34.

278 Teziç, s. 444-445.

279 Arsel, s. 81; Yavuz/Bülbül, s. 220.

280 Eren, s. 637.

281 Yılmaz, s. 302.

282 Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 229; Anayurt, s. 678-679; Yavuz/Bülbül, s. 212.

283 Yılmaz, s. 302.

284 Anayurt, s. 314.; Uran, s. 53.

285 Anayurt, s. 676; Metin/Aykanat, s. 931.

oluşmakta, bu yüzden merkeziyetçi yapıyı ve ulusal bütünlüğü temsil etmede güçlü bir role sahip olmaktadır. İkinci meclisler ise genellikle danışma organı olarak hareket etmektedir.

Üniter devletlerde çift meclis sistemi[286], temelde daha fazla denetim ve yasaların daha titiz incelenmesini sağlamak amacıyla getirilmekte ve ikinci meclisin genellikle yasama yetkisi sınırlı olmaktadır. Bu devletlerde ikinci meclis, çoğunlukla aceleci kararların önüne geçilmesi, hataların giderilmesi, hukuk devletinin ve anayasanın üstünlüğünün gerçekleştirilmesi gayesiyle kurulmuştur[287]. Dilsel, etnik ve ırksal çeşitliliklerini yansıtan federal devletler daha fazla çift meclisli parlamentolar oluşturma eğilimindeyken, üniter devletler tek meclisli parlamentolar kurma eğilimindedir. Fakat bu durum, çeşitliliğin bölge biçiminde temsilinin üniter devletlerin parlamento yapısında yer almadığı anlamına gelmez[288]. Keza üniter devlet yapısı ile Fransa buna bir örnektir. Senatörleri, departmanları ve denizaşırı bölgeleri ve yurtdışında yaşayan Fransız vatandaşlarını temsil edecek şekilde seçilmiştir[289].

Üniter devletlerde parlamentonun çoğaltılması halk egemenliğiyle ilgili teorik olarak cevaplandırılması güç soruları gündeme getirmektedir[290]. Bu konuda en zor soru iki meclisten hangisinin halk iradesini temsil edeceğidir[291]. Çünkü ikinci meclisin dolaylı olarak seçildiği durumlarda demokratik meşruiyetin zayıflaması gündeme gelir[292].

Parlamento tarihimiz hem tek meclisli hem de çift meclisli sistemi tecrübe etmiştir. Çift meclisli sisteme geçilmesinin temel gerekçesi, tek meclisli iktidarın otoriter olmasına ve acele yasa yapımına karşı fren oluşturmasına dayandırılmıştır[293]. Çift meclisli sistem kendisinden beklenen faydaları yerine getirmemiş[294] olmakla birlikte ömrü de pek uzun sürmemiştir. Bu bağlamda parlamentomuzun tek meclis deneyimi daha uzun soluklu olmuştur. 1961 Anayasası ile çoğulcu anlayışının yansıması olarak benimsenen Cumhuriyet Senatosu faaliyet gösterdiği 1961-1980 yılları arasında dengeleyici ve denetleyici işlevini ve anayasa bekçiliği görevini yerine getirememiştir[295]. Yasama alanında 1982 Anayasası'nın en büyük yeniliği tekrar tek meclisli yapıyı benimsemesi

---

286 Inter-Parliamentary Union (IPU) yapılan periyodik anketler, özellikle üniter devletlerde çift meclisliliğin istikrarlı bir şekilde azaldığını kaydetmiştir. İki meclisli parlamentoların oranının 1961'de %59'a (1976'da %46'ya, 1986'da %34'e ve 1996'da %33'e düşmüştür. Ancak yirminci yüzyılın son yirmi yılında ikinci meclislerin ortadan kaldırılmasına yönelik eğilimin durdurulmuş olabileceği öne sürülmüştür. Coakley, s. 543.

287 Fendoğlu, s. 523.

288 Mughan, s. 118.

289 Mughan, s. 118.

290 Sajó, s. 150.

291 Sajó, s. 150.

292 Sajó, s. 150.

293 Soysal, s. 194; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230.

294 Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230.

295 Bertil Emrah Oder, Türkiye Anayasacılık Bakımından Nasıl Değerlendirilebilir?, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 63; Cem Eroğul, Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri, A. Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 84-85; Yılmaz, s. 301-302.

olmuştur[296]. 1982 Anayasası ile Cumhuriyet Senatosu yasama işlevini yavaşlattığı[297], anayasal fren görevi göremediği ve etkisiz olduğu gerekçeleriyle kaldırılıp[298], yasama organı tek meclisli olarak düzenlenmiştir[299]. İkinci meclisin denge ve denetim işlevini yerine getirememesinin gerekçeleri ise seçim sisteminde değişiklik ve eş zamanlı seçim yapılması, yürütmenin Millet meclisine karşı sorumlu olması, yasaların son halini Millet Meclisi'nin oluşturması[300] ve o dönemde Türkiye'nin içinde bulunduğu siyasi istikrarsız ortamdır.

Günümüzde üniter yapısı dolayısıyla Türkiye'nin yasama organında tek meclisli yapının daha isabetli bir siyasal tercih olduğunu ileri sürenlerin[301] yanında çift meclisli yapıyı da önerenler bulunmaktadır[302]. İkinci meclisin gerekliliği ise demokratik temsilin, nitelikli yasamanın, yasama sürecinde denge ve denetimin sağlanması bakımından savunulmaktadır[303]. Aksi görüş ise kanunların aceleye getirilmemesi için birinci meclisler tarafından da önlem alınabileceği, hükümetin iki ayrı meclise karşı sorumlu kılınmasının istikrarsızlığa yol açacağı doğrultusundadır[304]. Ayrıca birinci meclisin yetkisini kötüye kullanmasını önlemeyi Anayasa Mahkemesi'nin de etkili şekilde gerçekleştirebileceği belirtilmektedir[305]. Bu noktada çift meclisin denge ve

---

[296] Cem Eroğul, Anatüzeye Giriş, 14. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s. 320.

[297] Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230. Soysal, yasamanın yavaşlamasının tek sorumlusunun Senato olmadığını, yavaşlamanın seçim sistemi ve koalisyon zorunlulukları gibi farklı nedenlerinin de olduğunu fakat "günah keçisi" olarak Senato'nun seçildiğini belirtir. Fakat Senato'nun yine de yasama sürecinin iyileştirilmesi bakımından kendisinden bekleneni veremediğini de vurgulamaktadır. Soysal, s. 194-195.

[298] Eroğul, s. 84-86; Fendoğlu, s. 530; Yılmaz, s. 302.

[299] Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı Gerekçesi Madde 83: "1961-1980 arası uygulama bu düzenlemenin büyük bir yarar getirmediğini ortaya koymuştur. Her ne kadar klasik parlamenter sistemde iki meclisli yasama organı var ise de çağdaş parlamentolarda bu anlayış eskimiştir. Cumhuriyet Senatosu ne hükümetin kuruluşunda ve düşürülmesinde ne de diğer yasama görev ve yetkilerin kullanılmasında önemli bir rol oynamamakta idi. Ayrıca Kanunların yapılışında zaman kaybına da neden olmakta idi. Kuruluş bakımından da millet iradesine dayanmadan Cumhuriyet Senatosu üyeliği- nin kazanılmasına yer veren bir meclisti. Yirmi yıllık uygulamada Cumhuriyet Senatosunun siyasi uyuşmazlıkların çözümünde de önemli bir rolü olmadığı görülmüştür. Ayrıca iki meclisli yasama organı olarak tarihi ve federal yapıdan kaynaklanmaktadır. Cumhuriyetin kuruluşunda da 2 nci Meclise bütün bu nedenlerle ihtiyaç duyulmamıştı. Bütün bu haklı nedenler yasama organının tek meclisli bir yasama organı olarak düzenlenmesini gerektirmiştir."

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

[300] Uran, s. s. 247; Yılmaz, s. 302-303.

[301] Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230; Onar, Yargısal Denetim, s. 44 vd; Eren, s. 636; Fendoğlu, s. 530; Yavuz/Bülbül, s. 230 vd.

[302] Batum, s. 358-359; Uran, s. 305 vd; Kaboğlu, s. 119; Mustafa Erdoğan, "Türkiye'de Hükümet Sistemi ve Siyasi Rejim İçin Yeni Bir Perspektif", (20) Liberal Perspektif, 2021, s. 30; Metin/Aykanat, s. 919; Yılmaz, s. 301-305.

[303] Kaboğlu, s. 119; Didem Yılmaz; Çift Meclis Sistemi Türkiye için Savunulabilir mi?, s. 301-305; Uran, s. 30 vd.

[304] Fendoğlu, s. 523.

[305] Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230.

denetleme mekanizmalarının, ikinci bir yasama meclisine ihtiyaç duyulmaksızın diğer kurumlar tarafından da sağlanabileceği öne sürülmektedir[306].

Her halükarda aynı seçim sistemi ile eş zamanlı yapılan seçim sonucunda birinci meclisle aynı çoğunluğa haiz ve aynı yetkilere sahip simetrik bir ikinci meclisin kendisinden beklenen denetim ve denge işlevini yerine getiremeyeceği açıktır. Tam aksine birinci meclisle üye kompozisyonu uyuşmayan fakat eşit yetkilerle donatılmış bir ikinci meclis ise siyasi çıkmazların yaşanmasına sebebiyet verebilecektir[307]. Bu bağlamda olası bir çift meclis sistemi tercihinde seçim tarihi, seçim sistemi ve meclisin tasarımı bu paradoksun aşılmasında öncelikle ele alınmalıdır. Bu kapsamda seçimler arasında önemli ölçüde daha uzun bir aralık olması[308] ve ayrıca ikinci meclisteki üyelerin görev sürelerinin de farklı olması önerilmektedir[309]. Böylelikle meclislerde partilerden salt birinin hakimiyeti de azaltılarak[310], çift meclis sistemi tercihinden beklenen çoğulculuk sağlanabilir. Ayrıca nitelikli yasa ve yasama istikrarı bakımından yetki ve üye kompozisyonuyla ikinci meclisin danışma meclisi niteliğinde kurgulanmaması da gerekmektedir[311]. Bu bağlamda çift meclis sistemi ile yasama sürecinde her iki meclisin de etkin rol oynaması sağlanabilecektir.

Çift meclis sistemi üniter devletlerde bir zorunluluktan ziyade siyasi tercih sonucu uygulandığından[312], ikinci meclisin parlamento sistemine dezavantaja yol açacak şekilde kanalize edilmesi hem demokrasi ilkeleriyle hem de ikinci meclisin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma ve iktidarı sınırlandırma amacıyla[313] örtüşmeyecektir. Bu bakımdan teoride avantajlı görülen bir siyasi tercihin dezavantajlı sonuçlara yol açmaması için risklerin öngörülüp, sistemin kilitlenme mekanizmalarına öncelikle çözüm üretilmesi gerekir. Ayrıca bir siyasal sistemde siyasal kutuplaşmanın yoğunluğu ve disiplinli partilerin varlığı da meclis sistemi tercihinde göz önünde tutulmalıdır[314].

V. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA ÇİFT MECLİS SİSTEMİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Çift meclisli parlamentolar belirli siyasi tercihlerin yanı sıra farklı tarihi, sosyal, kültürel ve ekonomik koşulları yansıtarak ülkeden ülkeye çeşitlilik göstermektedir. Bu çeşitliliğin ilişkili olduğu ana faktörler ise her iki meclisin üyelerinin seçim yöntemi ve her iki meclisin yasama gücüdür[315].

İkinci meclislerin doğrudan halk tarafından seçilmeleri halinde ömürlerinin daha uzun olacağı zira bu durumda antidemokratik olarak damgalanamayacakları varsayılır. Bunda doğruluk payı olmakla birlikte

---

306 Bulmer, s. 3.

307 Uran, s. 310.

308 Mueller, s. 193.

309 Kaboğlu, s. 116; Sajó, s. 153.

310 Sajó, s. 153.

311 Yılmaz, s. 304.

312 Kaboğlu, s. 112; Anayurt, s. 674; Metin/Aykanat, s. 913; Yılmaz, s. 302.

313 Uran, s. 54; Metin/Aykanat, s. 941.

314 Baş/Özcan, s. 211.

315 Uran, Bicameralism, s. 65.

doğrudan seçim de tek başına ikinci meclisleri mutlak şekilde dokunulmaz kılmamaktadır. Çünkü bu şekilde oluşturulan birçok organ ortadan kaldırılmıştır[316]. Küba (1960), Ekvator (1979), Nikaragua (1979), Türkiye (1980), Peru (1992) ve Venezuela (1999) üst meclisleri buna örnek verilebilir. Doğrudan seçim senatoları gerçekten demokratik olmama suçlamasına karşı korumakta fakat gereksiz ve maliyetli olma eleştirisine karşı koruyamamaktadır[317].

Çift meclis sistemi oydaşmacı, tek meclisli sistem ise çoğunlukçu modelle ilişkili olduğundan, bir ülkede meclis sistemi tercihinin toplumun çoğulcu ya da türdeş olmasına göre yapılacağı ifade edilse de[318] tek meclis sisteminin çoğulcu olmayan toplumlarda daha sık tercih edildiği görülmektedir. Çift meclis sistemine ise çoğulcu, çoğulcu olmayan ve yarı çoğulcu toplumlarda rastlanmaktadır[319]. Buradan çıkan sonuç ise demokrasi modeli ile meclis sistemi tercihi arasındaki ilişkinin her zaman birbirine paralel olmadığıdır.

Çift meclisli sistemlerde yasama, tek meclisli sistemlerde olduğu gibi bir değil iki yasama engelini aşmak zorundadır[320]. Fakat çift meclisin yasama üretimini azalttığı yönündeki geleneksel iddiaya da şüpheyle yaklaşılmaktadır[321]. İki meclisli yasama organlarının, tek meclisli yasama organlarına kıyasla daha az yasa çıkaracağı iddiası, politika girişimcilerinin aslında politikaların yanı sıra politika boyutlarını da yenilediği durumlarda yasama organının bir ya da iki meclisten oluşmasının yasama miktarıyla ilgisiz olacağı ifade edilmektedir[322]. Ayrıca çift meclisli parlamentolardaki yasama hacmi ile tek meclisli parlamentolardaki yasama hacmi karşılaştırılırken, sadece ikinci meclislerin veto yetkisi değil, aynı zamanda ikinci meclislerin yasa çıkarma kabiliyetinin etkisi de dikkate alınmalıdır[323].

Zayıf iki meclisli sistemlerde ikinci meclisin varlığı verimsizlik ve maliyet eleştirilerine maruz kalırken, güçlü iki meclis sistemlerinde ise siyasal çıkmazların söz konusu olması muhtemeldir. Fakat güçlü çift meclisin hükümetin gücünü sınırladığı söylenebilir. Zira güçlü çift meclisli parlamentolar devlet müdahalesi ve merkezileşme üzerinde önemli bir fren görevi görmektedir[324]. Öte yandan bu parlamentolarda toplumu kutuplaştıran yahut açıkça saçma olan yasalar da engellenebilir[325]. Güçlü bir ikinci meclisin genellikle yasamayı yavaşlatmakla birlikte daha istikrarlı hale getireceği de bir gerçektir[326].

Nihayetinde gerek tek meclis gerekse çift meclis sistemini savunanların üzerinde uzlaşı sağladığı husus çift meclis sisteminin yasama sürecini

---

316 Massicotte, s. 156.

317 Massicotte, s. 156.

318 Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 83.

319 Lijphart, Çağdaş Demokrasiler, s. 83.

320 Rogers, s. 509.

321 Rogers, s. 509.

322 Rogers, s. 509.

323 Rogers, s. 524.

324 Mueller/Vatter/Dick, s. 329.

325 Kailitz, s. 390.

326 Kailitz, s. 390.

yavaşlatacağına ilişkindir[327]. Fakat bu noktada önemli olanın hızdan öte yasaların meşruiyeti, anayasaya ve kamu yararına uygunluğu sağlamak olduğu da vurgulanmaktadır[328].

Tek meclis sistemi, yasa koyucuların görevlerini sürdürmelerini ve dolayısıyla temel bir demokratik normu ihlal etmelerini, çift meclise göre nispeten daha kolay hale getirme riski taşımaktadır[329]. Ayrıca tek meclisli sistemlerle karşılaştırıldığında, çift meclisli sistemlerde keyfi sonuçlar da daha az olasıdır. Çünkü her iki meclisin kazanç kümelerinin kesişmesi gerekmektedir[330]. Çift meclisliliğin keyfiliği ve adaletsizliği denetlemede etkili olduğu açık olmakla birlikte diğer anayasal yapıların da (ör. mecliste çoğunluk şartı, çok partili nispi temsil sistemi, yasaların yargısal denetimi) kötü yasaları etkili bir şekilde önleyebileceğine işaret edilmektedir[331].

Herhangi bir ülke için ikinci bir meclisin avantajlı olup olmayacağının tespitini ilk bakışta yapmak mümkün değildir. Zira her ülkenin siyasal bağlamı farklıdır ve bu tespit siyasi durumun yanı sıra ikinci meclisin tasarımı, yetkileri ve işlevlerine de bağlı olarak değişebilir[332]. Bu sebeple de öncelikle söz konusu ülkenin özel ihtiyaçlarının ve koşullarının analizi önemlidir. Bu kapsamda temel olarak bir ülkede yetersiz temsil edilen grupların olup olmadığı, toplumdaki belirli grupların siyasi katılımını genişletmeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı, hükümete karşı ilave denge ve denetleme mekanizmalarına ve mevzuatın teknik kalitesinin ve niteliğinin iyileştirilmesine ihtiyacın olup olmadığı sorularına[333] verilen yanıtlar olumlu ise ikinci meclisin avantajlı olacağı söylenebilir.

Buna karşın tek meclisin de mevzuatın yeterli bir şekilde incelenmesini ve hükümetin kamuya hesap verebilirliğini sağlayacak şekilde organize edilebileceğini de savunan Walter Bagehot "Mükemmel bir alt meclis ile üst meclisin neredeyse hiçbir değeri olmayacağı kesindir"[334] diyerek ikinci meclise ihtiyaç kalmayacağına işaret etmiştir. Mueller tarafından da çift meclisi savunanların, bir yasanın yürürlüğe girmeden önce ikinci meclisten geçmesini şart koşarak güttükleri amacın tek meclisli bir yasama organında, yasanın yürürlüğe girmesi için nitelikli çoğunluk öngörülerek de elde edilebileceği ileri sürülmektedir[335]. Aynı doğrultuda birinci meclisin yasa yapımındaki hatalarının giderilmesi için ikinci meclis yerine yasaların tek meclisli parlamentoda yeniden görüşülmesi önerilmektedir[336]. Bu yönde çift meclisliliği meşrulaştırmaya

---

[327] Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 230; Mustafa Erdoğan, "Türkiye'de Hükümet Sistemi ve Siyasi Rejim İçin Yeni Bir Perspektif", Özgürlük Araştırmaları, Liberal Perspektif Rapor, 2021, s. 30.

[328] Anayurt, s. 681.

[329] Riker, s. 114.

[330] König, s. 414.

[331] Riker, s. 104.

[332] Bkz. Luis Bergolla, "An Introduction to Venezuelan Governmental Institutions and Primary Legal Sources", 2022, https://www.nyulawglobal.org/globalex/venezuela1.html#legislative-process, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

[333] Bulmer, s. 8-9.

[334] Bagehot, s. 104.

[335] Mueller, s. 198.

[336] Onar, Yargısal Denetim, s. 48.

yönelik birçok girişimin, en iyi kurumsal alternatifle karşılaştırıldığında başarısız olduğunu iddia edilmektedir[337]. Hükümet ve yasama çoğunluğunun aynı olduğu parlamenter rejimlerde, yargıçların halk nezdinde politikacılardan daha güvenilir bulunması dolayısıyla kanunların anayasal yargı denetiminin yapılmasının çok daha etkili olabileceği ifade edilmektedir[338]. Ayrıca medyanın hükümetlere karşı etkili bir şekilde kullanılması da denetim mekanizması olarak önerilmektedir[339]. Bu bağlamda tüm anayasal sorunlar doğru bir şekilde karara bağlanırsa, parlamentonun çift meclisten mi yoksa sadece bir meclisten mi oluştuğu ikincil bir öneme sahip olacaktır[340]. Çift meclis sistemini her bir mecliste farklı çıkarların temsil edilmesine yönelik bir yöntem olarak düşünmeye başladığımızda ise bir sonraki soru her bir mecliste hangi çıkarların nasıl temsil edileceğine ilişkindir[341]. Ayrıca çift meclisliliğin bazı işlevlere hizmet etmek için en iyi kurumsal alternatiften daha uygun olup olmadığının analiz edilmesi önemlidir[342].

SONUÇ

Çift meclis sistemi birçok ülkede uzun süredir uygulanmasına rağmen literatürdeki güncel tartışmalarda hala sorgulanmaktadır. Dolayısıyla anayasal sistemlerde çift meclisin etkilerini ortaya koymak, parlamento sistemi değişikliği gündeme geldiğinde öngörü sağlamak bakımından önem taşımaktadır. Çift meclis sisteminin avantaj ve dezavatajlarının tespitinde ülkelerin siyasal, sosyal ve anayasal tüm faktörlerinin sabit tutulmadığı durumlarda genel geçer bir sonuca varmak namümkündür. Bu sebeple de sistemin her devlet için her halükarda tercihe şayan olduğunu iddia etmek doğru değildir. Fakat çift meclis sisteminin nitelikli yasaların ortaya çıkmasını sağladığı ve çoğunluk iradesini frenleme gücünün olduğu hususlarında öğretide görüş birliği olduğu ortadadır.

Tüm büyük ülkelerde çift meclis sisteminin tercih edilmesi doğrultusunda nüfus büyüklüğünün ve federalizmin çift meclis sistemi ile doğrudan ilişkili olduğu açık olsa da çift meclis sisteminin herhangi bir hükümet sisteminin ya da ideolojinin zorunlu bir sonucu olduğunu iddia etmek yerinde değildir.

Çift meclisliliğin seviyesi meclislerin güçlerine ve bileşimine bağlıdır. Bu bağlamda çift meclis sisteminin tasarımı (meclisin yapısı, temel prensipleri, yetki paylaşımı ve işlevleri) ve oluşum varyasyonları ikinci meclisin gücünü değişken kılmaktadır. Gücün eşit olduğu durumlarda ikinci meclisin siyasi karakteri ön plana çıkmakta iken gücün eşit olmadığı durumlarda ise yasama süreçlerinde ikinci meclisten beklenen verimin alınmasına odaklanılmaktadır. Zira asimetrik çift meclis sisteminde güçlü olan meclisin etkinliği söz konusudur.

Üniter devletlerin şüphesiz ki tek meclisli parlamento ile yönetilmesi ve yasama sürecinde başarılı olması mümkündür. Bu sebeple de üniter devletlerde çift meclis sistemi ancak dezavantajların minimize edilmesi durumunda mantıklı

---

337 Ganghof, s. 21.

338 Massicotte, s. 165.

339 Massicotte, s. 165.

340 John Stuart Mill, Considerations on Representative Government, Parker, Son, and Bourn, London, 1861, s. 231; Mueller, s. 192.

341 Mueller, s. 196.

342 Ganghof, s. 21.

bir tercih olur. Çift meclis sistemi tercihinde meclisin yapısı ise bağımsız şekilde tasarlanmalıdır. Yani her iki meclisin temsil mekanizmaları, seçim yöntemleri, yetki alanları ve işleyiş süreçlerinin birbirinden farklı ve özerk bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu tasarım, yasama sürecinde denge ve denetim sağlarken aynı zamanda meclislerin görev çakışmalarını ve sistemi tıkanıklıklarını en aza indirmeyi hedefler. Yasama ve yürütme arasındaki uyum ve denge, sistemi çıkmaza sokacak durumlara çözüm önerileri ancak ikinci meclisin yetkileri ekseninde çözülebilir. Devletin yapısı ise ikinci meclisin tasarımında ve seçim usulünde önem kazanır. Dolayısıyla etkin çift meclislilik krizleri aşabilen, sürdürülebilir ve sağlam bir kurumsal tasarıma bağlıdır.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku değerlendirmeleri çerçevesinde çift meclisli parlamento sisteminde uyum, anayasal yapının belirlediği roller, siyasi uzlaşma ve meclislerin işbirliği derecesi gibi faktörlere bağlıdır. Federal sistemlerde bu uyumun sağlanması genellikle daha yüksek bir öneme sahipken, üniter devletlerde meclislerin uyumlu çalışması daha esnek bir yapıya sahip olabilir. Bu sebeple de ikinci meclisin kompozisyonu farklı siyasi yönde olduğunda çatışmayı çözüme kavuşturacak prosedürler önem kazanır. Bu bağlamda karar almada zaman sınırı, ortak komiteler, alt meclisin üstünlüğü, referandum gibi meclis çatışmalarını aşma yolları özenle düzenlenmelidir.

Sonuç olarak, çift meclis sisteminde iki meclisin farklı yetkilere, temsil mekanizmalarına veya ideolojik eğilimlere sahip olmasından kaynaklanan çatışmaların çözümüne yönelik kurumsallaşmış kurallar önem kazanmakta ve bu kurallar stratejik şekilde kurgulanmadan sistem tıkanıklıklarını aşmak mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla da teorik gerekçelendirmenin işlevsel kurallarla örtüştürülmemesi, ikinci meclisten beklenen verimin alınmasının önünde engel teşkil edecektir. Tüm bu sebeplerle de çift meclis sistemine ilişkin hem lehe hem de aleyhe argümanlara koşulsuz ve bağımsız şekilde değer atfetmekten kaçınılması daha yerindedir.

KAYNAKÇA

Ahmedouamar, M T, "France", Filibusters: France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 1994, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), s. 1.

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Arsel İ, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler", C. 11, S. 3-4, 1954, AÜHFD, ss. 60-104.

Bagehot W, The English Constitution, Second Edition, Little, Brown, and Company,Boston, 1873.

Brandsma G J/Roederer-Rynning C, "Strong bicameralism-Pressures for change in inter-institutional legislative negotiations in the EU, the USA, and Germany", European Parliamentary Research Service, Brussels, 2022, ss. 1-21.

Batum S, "Siyasal Rejimler ve Türkiye'deki Arayışlar", Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001, ss. 349-361.

Baş S, Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Baş S/Özcan N, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 12, S. 1, 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 203-236.

Bergolla L, "An Introduction to Venezuelan Governmental Institutions and Primary Legal Sources", 2022, https://www.nyulawglobal.org/globalex/venezuela1.html#legislative-process, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

Bottom W P/Eavey, C L/ Miller, G J/ Victor, J N, "The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decisions", American Journal of Political Science, Vol. 44, No. 3, 2000, ss. 523-540.

Bulmer E, "Bicameralism", International IDEA Constitution-Building Primer 2, Second edition, Stockholm, 2017, ss. 3-33.

Canöz K, "Yasamayı Engelleme Amaçlı Lobicilik: Filibuster", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 21, 2009, ss. 157-169.

Cho S Y, "Japan", Filibusters: France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, 1994, Global Legal Research Directorate, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), s. 4.

Coakley J, "The Strange Revival of Bicameralism", Journal of Legislative Studies, Vol. 20(4), 2014, ss. 542-572.

Cutrone M/ McCarty N, "Does Bicameralism Matter?", Princeton University, https://www.columbia.edu/~gjw10/cutrone_mccarty.bicameralism.pdf, (Erişim Tarihi: 2 Aralık 2024).

Çelik Ulusoy D, Federal Sistemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018

Deutscher Bundestag, Parlamendarium Parlamentsgeschichte nach Kalendertagen, https://www.btg-bestellservice.de/pdf/20200000.pdf, (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2024), ss. 1-84.

Erdoğan M, "Türkiye'de Hükümet Sistemi ve Siyasi Rejim İçin Yeni Bir Perspektif", Özgürlük Araştırmaları, Liberal Perspektif Rapor, 2021, ss. 5-48.

Eren A, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Eroğul C, Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri, A. Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.

Eroğul C, Anatüzeye Giriş, 14. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2014.

Faber J, Föderalismus und Binnenföderalismus im Wahlrecht zu den deutschen Volksvertretungen und zum Europäischen Parlament, Nomos, 1. Auflage, 2015.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, 11. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008, https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Ganghof S, "Bicameralism As a Form of Government (Or: Why Australia and Japan Do Not Have a Parliamentary System", Parliamentary Affairs, Vol. 67 (3), 2012, ss.1-30.

Geddis A, Parliamentary government in New Zealand: Lines of continuity and moments of change, International Journal of Constitutional Law, Volume 14, Issue 1, January 2016, ss. 99-118.

Germany's Constitution of 1949 with Amendments through 2014, https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2024.

Gözler K, "Ingiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2009, ss. 365-374.

Grazzini L/Petretto A, Federalism with Bicameralism, Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa, Università degli Studi di Firenz, Working Paper Series, January, 2013, ss. 1-17.

Guggenberger N, "Germany's Filibuster", https://verfassungsblog.de/germanys-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

Heller, W B, Bicameralism and Budget Deficits: The Effect of Parliamentary Structure on Government Spending, Legislative Studies Quarterly , Nov., 1997, Vol. 22, No. 4, 1997, ss. 485-516.

Hickey R, Bicameral bargaining and federation formation, Vol. 154, No. 3-4, 2013, ss. 217-241.

Hickman L, "Andrew Dismore on filibusters and the rules in the UK Parliament "https://www.theguardian.com/politics/2013/jun/26/andrew-dismore-filibuster-rules-uk, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

Heringa, Aalt Willem, Constitutions Compared an Introduction to Comparative Constitutional Law, Seventh Edition, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2023.

India's Constitution of 1949 with Amendments through 2016 https://www.constituteproject.org/constitution/India_2016.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Italy's Constitution of 1947 with Amendments through 2020, https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Japan's Constitution of 1946, https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Kaboğlu İ, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınları, İstanbul, 2024.

Kailitz S, "Zwei Seiten der gleichen Medaille? Zum theoretischen und empirischen Zusammenhang zwischen der Regierungsform und der Ausgestaltung von Zweikammersystemen", Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 2, 2008, ss. 387-414.

Kanadoğlu K/Duygun A, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Kapani M, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Karadayı İ, Devlet, Hükümet ve Demokrasilerde Çift Meclis, Adalet Dergisi Y. 51, S. 8, 1960, ss. 493-503.

König T, Bicameralism and Party Politics in Germany: an Empirical Social Choice Analysis, Political Studies, Vol. 49, 2001, ss. 411-437.

Leunig S/Träger H, "Landesinteressen, Parteipolitik, „Parteidruck" – der Bundesrat im Fokus divergierender Interessen", ZPol, 24, 2014, ss. 55-81.

Lijphart A, Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları Ankara.

Madison J, "Federalist No. 62- The Senate", The Federalist Papers, ed. Hamilton A, Madison J, Jay J, 1788, ss. 685-695.

Madison J, "Federalist No. 63- The Senate Contiuned", The Federalist Papers, ed. Hamilton A, Madison J, Jay J, 1788, ss. 697-711.

Mattarella, Sergio, "Das Zweikammersystem in Italien", Archiv des öffentlichen Rechts , 1983, Vol. 108, No. 3, 1983, ss. 370-391

Metin Y/Aykanat T, "İki Meclis Sisteminin Başkanlık Sisteminin İşleyişi Üzerine Etkisi", C.13, S.2, 2023, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 913-953.

Mill, J S, Considerations on Representative Government, Parker, Son, and Bourn, London, 1861.

Mueller D C, Constitutional Democracy, Oxford University Press, 1996.

Mueller S/Vatter A/Dick S, "A New Index of Bicameralism: Taking Legitimacy Seriously", The Journal of Legislative Studies, Vol 29 (2), 2023, ss. 312-336.

Massicotte L, Legislative Unicameralism: A Global Survey and a Few Case Studies, Journal of Legislative Studies, 7:1, 2001, ss. 151-170.

Mughan A, "Comparative Bicameralism: A Survey of Global Approaches", University of Oxford Human Rights Hub Journal Vol. 3(2), 2020, ss. 117-122.

Müller M M/Sturm R/Finke P/Souris A, Parteipolitik im Bundesrat Der Bundesrat und seine Ausschüsse, Nomos, Baden, 2020.

Nolte D/Sánchez F, Representing Different Constituencies: Electoral Rules in Bicameral Systems in Latin America and Their Impact on Political Representation, Working Papers Global and Area Studies, Deutsches Übersee-Institut, Hamburg, 2005.

Oder B E, Türkiye Anayasacılık Bakımından Nasıl Değerlendirilebilir?, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 62-65.

Onar E, "Güncel Demokrasilerde Parlamentonun Rolü: Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 91-122.

Onar E, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler, Ankara 2003. (Yargısal Denetim).

Palmer E, "Germany", Filibusters: France-Germany-Greece-Japan, The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 1994, https://www.loc.gov/resource/llglrd.2021699936/, (Erişim Tarihi: 9 Mart 2024), 1994, s. 2.

Parameswaran G, "Bargaining and Bicameralism", Legislative Studies Quarterly, Vol. 43, No. 1, 2018, ss. 101-139.

Powers N, "How the German model can help us build a better filibuster" https://rollcall.com/2021/04/06/how-the-german-model-can-help-us-build-a-better-filibuster/, (Erişim Tarihi: 5 Mart 2025).

Preece A A, 'Bicameralism at the end of the second millennium', University of Queensland Law Journal, Vol. 21 (1), 2000, ss. 67-84.

Riker W H, "The Justification of Bicameralism", International Political Science Review, Vol. 13, No. 1, 1992, ss. 101-105.

Rogers J R. "The Impact of Bicameralism on Legislative Production", Legislative Studies Quarterly, Vol. 28, No. 4, 2003, ss.. 509-528.

Russel M, "Rethinking Bicameral Strength: A Three-Dimensional Approach", The Journal of Legislative Studies, Vol. 19 (3), 2013, ss. 370-391.

Sajó, A, Limiting Government An Introduction to Constitutionalism, Central European Universty Press, New York, 1999.

Sartori G, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes, Second Edition, Macmillan, Londra, 1997.

Sezen S, "Çin Siyasal ve Yönetim Sistemi Üzerine", Doğu Asya Araştırmaları Dergisi, 4 (7), 2021, s. 105-119.

Shell D, "The History of Bicameralism", Journal of Legislative Studies, Vol. 7 (1), 2001, ss. 5-18.

Smith, David E, The Canadian Senate in Bicameral Perspective, University of Toronto Press, Toronto, 2003.

Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997.

Spain's Constitution of 1978 with Amendments through 2011, https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024).

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.

Testa C, “Bicameralism and Corruption”, European Economic Review, Vol. 54, 2010, ss. 181-198.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 26. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.

The Constitution Unit, “Checks and Balances in Single Chamber Parliaments: a Comparative Study”, London, 1998, https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/24_0.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024), ss. 3-46.

Tsebelis G/Money J, Bicameralism, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Tsebelis G, “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, British Journal of Political Science, Vol. 25, No. 3, 1995, ss. 289-325.

Uran P, Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Uran P, “Bicameralism, Federalism and Democracy: A Comparative Perspective”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.2, 2005, ss. 63-83.

Uygun O, Federal Devlet, Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2007.

Vatter A, “Politische Institutionen und ihre Leistungsfähigkeit, Der Fall des Bikameralismus im internationalen Vergleich”, Zeitschrift für Parlamentsfragen, Vol. 33, No. 1, 2002, ss. 125-143.

Venice Commission for Democracy Through Law, Report On Bicameralism, Strasbourg, 18 March 2024, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2024)007-e, (Erişim Tarihi 2 Aralık 2024).

Vercesi M, “From Symmetrical Bicameralism to Which Model? The Constitutional Reform and the Second Chamber in Comparative Perspective”, https://www.sisp.it/docs/convegno2016/71_sisp2016_sistema-politico-italiano.pdf, Erişim Tarihi: 12 Aralık 2024), ss. 1-19.

Wedel J, Zur Entwicklung des deutschen parlamentarischen Zweikammersystems, Schriften zur Verfassungsgeschichte, Band 82, Duncker&Humblot, Berlin 2011.

Yavuz B/Bülbül M, “Çift Meclis Sistemi ve Türkiye, C. 16, S.1, 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 217-260.

Yılmaz D, “Çift Meclis Tercihi Türkiye için Savunulabilir mi?”, Türkiye’nin Anayasa Gündemi, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 301-305.

Zucchini F, “Dividing Parliament? Italian Bicameralism in the Legislative Process (1987-2006)”, South European Society&Politics Vol. 13, No. 1, 2008, ss. 11–34.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ALMANYA FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİNE ATIFLAR: BİR YARGISAL DİYALOG ÖRNEĞİ?

References to the German Federal Constitutional Court in the Decisions of the Turkish Constitutional Court: An Example of Judicial Dialogue?

Dr. Öğr. Üyesi Ömer E. EGELİĞİ*

Öz: Bu çalışma, Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM) içtihatlarına yapılan atıfları incelemekte ve bu atıfların yargısal diyalog bağlamındaki yerini değerlendirmektedir. Atıfların, AYM tarafından gerekçelendirme kapasitesini artırma ve hukuki argümanları güçlendirme amacıyla kullanıldığı tespit edilmiştir. Çalışma, bu atıfların sistematik bir yaklaşımdan yoksun olabileceği ve bazı durumlarda yalnızca görünüşte bir yargısal diyalog yaratma amacı taşıyabileceği eleştirilerini ele almaktadır.

Yargısal diyaloğun başarısı, iki taraflı bir etkileşim olmasından ziyade, yapılan atıfların gereklilik, yöntem ve etkililik gibi kriterler temelinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda geliştirilen bir şablon aracılığıyla, AYM kararlarında FAYM içtihatlarına yapılan doğrudan ve dolaylı atıflar analiz edilmiştir. Analiz, atıfların insan hakları, ifade özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ceza hukuku gibi alanlarda gerekçeleri güçlendirdiğini ve karşılaştırmalı hukukun bir zenginlik kaynağı olarak işlev gördüğünü ortaya koymaktadır. Ancak, bazı durumlarda atıfların sistematik olmayan bir şekilde ve yalnızca görünüşte bir yargısal diyalog yaratmak amacıyla yapıldığı görülmüştür.

Çalışma kapsamındaki bulgular yargısal diyaloğun yalnızca hukuki meşruiyet sağlama aracı olmaktan öte, anayasal sorunların çözümünde etkin bir araç olarak kullanılabileceğini ve bu kapsamda daha tutarlı ve sistematik bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal diyalog, Anayasa Mahkemesi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı.

Abstract: This study examines the references made by the Turkish Constitutional Court (TCC) to the case law of the Federal Constitutional Court of Germany (FCC) and evaluates their position within the framework of judicial dialogue. It finds that these references are utilized by the TCC to enhance the reasoning capacity and strengthen legal arguments in its decisions. The study also addresses criticisms that such references may lack a systematic approach and, in certain cases, serve merely to create the appearance of judicial dialogue.

The success of judicial dialogue is assessed not in terms of whether it constitutes a two-sided interaction, but rather based on criteria such as necessity, methodology, and effectiveness of the references. Using a framework developed for this purpose, the study analyzes direct and indirect references to FCC case law in TCC decisions. The analysis reveals that these references contribute to strengthening reasoning in areas such as human rights, freedom of expression, the principle of equality, and criminal law, demonstrating the value of comparative law as a source of legal enrichment. However, it also highlights instances where references are made unsystematically, and risk being criticized as superficial.

The study argues that judicial dialogue should be viewed not only as a tool for legal legitimacy but also as an effective mechanism for resolving constitutional issues. It emphasizes the importance of adopting a more consistent and systematic approach to judicial dialogue to maximize its contribution to constitutional adjudication.

Keywords: Judicial dialogue, Constitutional Court, Federal Constitutional Court of Germany, Constitutional Review.

* Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, egeligi@tau.edu.tr,
ORCID: 0000-0003-2742-8456 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676815
Makale Geliş Tarihi: 25.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 27.02.2025

GİRİŞ

Anayasa yargısı, demokratik hukuk sistemlerinde anayasal düzenin korunması ve birey haklarının güvence altına alınması gibi temel işlevleri yerine getirir. Bu iddialı işlev ve görev karşısında anayasa mahkemeleri hem yöntemlerini hem de meşruiyet temellerini geliştirmek için, ulusal hukukun sınırlarını aşarak uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk uygulamalarından yararlanmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin diğer mahkeme kararlarından istifa etmesi, onlara atıfta bulunması bir yorum yöntemi olarak görülmekte ve mahkemeler arası diyalog (yargısal diyalog)[1] olarak nitelendirilmektedir. Yargısal diyalog, benzer yasal sorunların ortaya çıktığı küreselleşen hukuk ortamının sonucu olan bir gereklilik olarak görülmektedir.[2] Ancak bu gerekliliğin her durumda karşılaştırmalı hukuka başvurulabileceği sonucuna yol açmaması beklenir. Öğretide, Mahkemeler arasındaki diyaloğun pragmatik meşruiyeti belirli şartlara bağlanmıştır: hukuki sorunların benzerliği, hukuk sistemlerinin yeterince benzer olması, atıfta bulunulan kararın ilgili ülkenin hukukunu yansıtması ve kararların bağımsız olması.[3] Bu bağlamda mahkemenin önündeki karar ve atıf yapılan

---

[1] Çalışmamızda yargısal diyalog terimini kullanacağız. Esasında incelediğimiz konu mahkemeler arası etkileşim, diyalog yolu ile yorum gibi terimlerle de ifade edebilirdi. Ancak ulusal anayasa mahkemelerinin birbirlerinin kararlarından istifade açısından bu terimi daha pratik bulduk. Bununla birlikte yargısal diyalog aynı ülkedeki mahkemeler arasındaki diyalog (örneğin Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler arasındaki diyalog) ya da işlevsel olarak yargısal olmayan diyalog (örneğin üyelerin kendi kişisel ilişkileri, diplomatik ziyaretler, çalışma ziyaretleri, konferans-kongre gibi etkinlikler) için de kullanılabilir. Bunları kabul etmekle beraber çalışmada Türk Anayasa Mahkemesinin FAYM ile etkileşimi için bu terim kullanılacaktır. Hatta bu etkileşimin gerçekten bir diyalog oluşturup oluşturmadığı da öğretideki eleştirilerle birlikte tartışılacaktır. Nitekim öğretide "diyalog" kavramından söz edebilmek için iki taraflılığın gerektiği; bu iki taraflılığın mahkemeler arasındaki diyalogdaki yansımasının ise her iki mahkemenin birbirlerinin kararlarına karşılıklı olarak atıfda bulunması olduğu belirtilmektedir. Tolga Şirin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi", Anayasa Yargısı, C. 35, S. 1, 2018, s. 148. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin, kendi kararlarının ulusal mahkemelerdeki etkisine özgülenen dergi için "Yargısal Diyalog" ismini kullanması, diyalog ile etkileşim arasındaki ilişkiyi ortaya koyması açısından önemlidir. Gülden Çamurcuoğlu, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2019, s. 738. Eklemek gerekir ki yargısal diyaloğun tek aracı mahkemelerin birbirine yaptığı atıflar değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (AİHM) içtihadında gözlemlenebileceği gibi "yaygın Avrupa Konsensusu", "belirli bir eğilim" gibi ifadeler de Avrupa Konseyi üyesi ülkelerdeki uygulamaların aktarımını sağlayan bir araçtır. Ali Bal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 32. Geniş bir bakış açısıyla bu kavramların da bir diyalog aracı olarak kabulü mümkündür. Bunun gibi bölgesel mahkemeler ile ulusal mahkemeler arasındaki diyalog "dikey diyalog" olarak nitelendirilirken, ulusal anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog "yatay diyalog" olarak nitelendirilmektedir. Egemen Esen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 2020, s. 290.

[2] Satoshi Yamada, "International 'Dialogue' among Courts in Light of Democracy", Kangwon Law Review, C. 45, S. 45, 2015, s. 214.

[3] Yamada, s. 227.

kararların içeriklerinin ortaya konması en azından hukuki sorunların benzerliği konusunda bir bakış açısı sağlayacaktır.[4]

Anayasa mahkemeleri arasındaki diyalog, anayasal sorunların çözümünde evrensel standartların benimsenmesine katkı sağlayan çift taraflı bir süreç olmalıdır. Ancak bazen mahkemeler arası diyalog, entelektüel alışverişten ziyade monologlara indirgenmiş durumdadır. Arzu edilen entelektüel alışverişin bütün mahkemelere açık olduğu kabul edilse dahi ABD Yüksek Mahkemesi, FAYM[5], Fransız Anayasa Konseyi gibi mahkemelerin, atıf alma konusunda, bariz hegemonyası gözlemlenmektedir.[6] Bu asimetrik tablonun, daha "etkili" mahkemelerin görüşlerinin ana akım görüşler olduğu ve bu görüşler üzerinde bir konsensus olduğu yönünde bir yanılgıya yol açabileceği de belirtilmektedir.[7]

---

4 Alexy, mahkemelerin emsal kararları kullanabilmesinin temelinde "evrenselleştirilebilirlik" ilkesini görmüştür. Bu ilke benzerlere, benzer şekilde muamele edilmesi şeklinde özetlenebilir. Bununla birlikte yazar, her iki davanın tamamen özdeş olamayacağını, asıl önemli olanın emsal karara başvurulurken farkların belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Robert Alexy, Hukuki Argümantasyon Teorisi: Hukuki Gerekçelendirme Teorisi Olarak Rasyonel Söylem Teorisi, Çev. Metin Bingöl, Elçin Yalçın, Ed. Güneş Çap, Türk-Alman Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2023, s. 306.

5 Federal Almanya Anayasa Mahkemesi için Türk hukuk öğretisinde FAYM kısaltmasına rastlandığı için çalışma içinde de bu kısaltma kullanılmıştır. FAYM kısaltmasının kullanıldığı diğer bazı örnekler için Bkz. Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Hukukta Kanun Kavramı, 2. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2019, s.14; O. Korkut Kanadoğlu/Battal Niyazi Şahin, "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", Anayasa Yargısı, C. 39, S. 2, 2022, s. 1; Nezahat Doğan Demiray, "Federal Almanya Anayasasının Amacı 'Toplumsal Bütünleşme' Değildir", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Haziran 2014, s. 63; Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, s. 100; Ahmet Mert Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 1553.

6 Knut Traisbach, "A Transnational Judicial Public Sphere as an Idea and Ideology: Critical Reflections on Judicial Dialogue and Its Legitimizing Potential", Global Constitutionalism, C. 10, S. 1, 2021, s. 198. Hatta öğretide bir eser bu "yüksek prestijli" makalelerin tek taraflı diyaloğun "olağan şüphelileri" olduğu yönünde bir tanım dahi yapılmıştır. David S. Law/Mark Tushnet, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 293. Bunların içinde, çalışmada özel olarak odaklandığımız FAYM'nin, karşılaştırmalı hukuka atıf yapmaktan çekindiği; kendisini yol gösterici konumda gördüğü ve böylece hukuki milliyetçilik izlediği yönünde eleştiriler de mevcuttur. Esin Örücü, "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", Anayasa Yargısı, C. 24, 2007, s. 443. Bununla birlikte yargısal diyalogun mutlak bir biçimde tek taraflı olduğunu söylemek güçtür. Zaman zaman kendilerine sıkça atıfta bulunulan mahkemeler de başka ulusal nahkemelere atıfta bulunabilmektedir. Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 196. Benzer şekilde bu mahkemeler, ülkelerinin üyesi olduğu uluslararası örgütlerin yargı organlarının kararlarına atıfta bulunabilirler, bu kararlarla tartışabilirler. Örneğin çalışmada odaklandığımız FAYMnin kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı arasındaki "iş birliğini" inceleyen Türkçe bir eser için Bkz. A. Füsun Arsava, "Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki İşbirliği İlişkisi", C. 21, S. 4, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

7 Traisbach, s. 200.

Tüm eleştiriler karşısında şu hususta bir şerh konulmalıdır. Yargısal diyaloğun tek taraflı olması, kararlarına sıkça başvurulan mahkemelerin başka bir mahkemeye atıfta bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Burada eleştirilen hukuki gelişmişlik ile siyasi, ekonomik ve toplumsal gelişmişlik arasında mutlak bir korelasyonun varlığına ilişkin fiili/zımni bir kabuldür.[8] Yoksa kararlarına sıkça başvurulan mahkemelerin de başka mahkemelere atıfta bulunduğu gözlemlenmektedir. Örneğin bizim çalışmamız özelinde incelediğimiz FAYM kararlarında da başka ulusal mahkemelere atıfta bulunduğu olmaktadır. FAYM, 1950'lerde ABD Yüksek Mahkemesi ve İsviçre mahkemeleri gibi kaynaklara yoğun şekilde atıfta bulunmuş, 1960'lardan 1990'lara kadar bu eğilim azalmış[9], ancak 2000'lerden itibaren Avrupa Birliğindeki gelişmeler ve uluslararasılaşma eğilimleriyle, atıflar yeniden artış göstermiştir.[10] Mahkeme, en sık ABD, İsviçre, İngiltere, Fransa, İtalya ve Hollanda mahkemelerinin içtihatlarına başvurmuştur. Bu seçici yaklaşım, "*Euro- ve Anglo-centrism*" eleştirilerine yol açmıştır.[11] Bu eleştiri de dünya genelinde diyalogun yönü hakkında ipuçları vermektedir.

Yargısal diyaloğun tek taraflı olmasının nedenlerine ilişkin öğretide bazı görüşler mevcuttur. Bunlar arasında yargısal diyaloğa daha az atıfta bulunan ülkelerin daha köklü bir anayasa yargısı geçmişine sahip olduğu, yabancı hukuka atıf yapmak için kurumsal kapasite gibi nedenler gösterilmekle beraber; yabancı hukuka daha çok atıf yapan mahkemelerin bunu, yargı diplomasinde bir tür meşruiyet oluşturma çabası ile açıklayan görüşler de mevcuttur.[12] Bunun yanı sıra kararlarına daha sık atıfta bulunulan ülkelerin dillerinin daha yaygın olduğu, ekonomik olarak daha gelişmiş olduğu, yabancı öğrencileri ve akademisyenleri daha çok çektiği, hukuk literatürünün ve eğitiminin daha köklü olduğu gibi etmenler hatırlatılmalıdır. Ayrıca yargısal diyaloğun her zaman karar gerekçelerine yansıyanlar atıflardan ibaret olmadığını; bunun kurumsal hatta bireysel bağlar ile de gelişebileceği de öne sürülebilir.[13] Yargısal diyalog ile ilgili

---

8 Ekonomik, siyasi hatta toplumsal olarak görece "az gelişmiş" sayılan bir ülkede dahi hukukçular insanlar arasındaki uyuşmazlıklara özgün ve etkili bir çözümler getirebilir.

9 Federal Mahkemenin yabancı mahkeme kararlarına yaptığı atıfların ilk yıllardan sonra düşme eğilimi göstermesi, Mahkeme içtihadının oturmaya başladıkça atıf eğiliminin düştüğü şeklinde yorumlanmıştır. Benzer şekilde Letonya Anayasa Mahkemesinin de bu eğilimi izlediği belirtilmektedir. Ersoy Kontacı, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 102.

10 Ruth Weber/Laura Wittmann, "The Role of Precedents and Case Law in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court", Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning, Ed. Monika Florczak-Wątor, Routledge, 2024, s. 99-102.

11 Weber/Wittmann, s. 100-101.

12 David S. Law/Wen-Chen Chang, "The Limits of Global Judicial Dialogue", Washington Law Review, C. 86, S. 3, 2011, s. 568.

13 Diyaloğun çok yönlü olduğunu Kanada Yüksek Mahkemesi örneği üzerinden inceleyen bir çalışma için Bkz. Klodian Rado, "The Transnational Judicial Dialogue of the Supreme Court of Canada and Its Impact", Doktora Tezi, Osgoode Hall Hukuk Fakültesi, York Üniversitesi, 2018. Yazarın iddiaları bu makalede kapsamlı olarak incelemediğimiz fakat güçlü bir olasılık olarak görmezden gelemediğimiz bireysel bağları vurgulaması açısından önemlidir. Zira makale kapsamında incelenen atıfların bir kısmı literatür üzerindendir. Bu hukukçu akademisyenlerin Alman literatürüne olan ilgisini ya da Almanya'da yaptıkları akademik çalışmaların etkisini göstermektedir. Hatta bazı Anayasa Mahkemesi üyeleri ya da raportörlerinin bu yönde bir uluslararası tecrübesinin varlığı da yargısal diyalog örneklerinin sayısını çoğaltmaktadır.

göz ardı edilmemesi gereken bir diğer etken de yargısal kültürdür.[14] Diyaloğun gönüllü doğası, yargı mensuplarının yabancı mahkeme kararlarına atıf yapmayı kabul etmesi, bunu uygunsuz görmemesi ya da bir başka olasılık ile bunu bir tür prestij kaybı olarak değil de gerekçelerini zenginleştiren birer unsur olarak görmelerini gerektirir.

Türk Anayasa Mahkemesi de (AYM), karşılaştırmalı hukuktan yararlanma eğilimi gösteren bir mahkeme olarak kabul edilebilir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM), bu bağlamda AYM'nin kararlarına sıklıkla başvurduğu bir mahkemedir.[15] FAYM'nin, özellikle insan hakları, ifade özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ceza hukuku gibi konulardaki içtihatları, AYM'nin karar metinlerinde kendine yer bulmaktadır. Çalışma bu atıflara odaklanmaktadır.

Anayasa mahkemeleri arasındaki etkileşim ve karşılaştırmalı hukuk üzerine daha önce çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu eserlerin önemli bir kısmı, genel olarak AYM'nin diğer anayasa mahkemeleriyle ya da genel olarak uluslararası insan hakları mahkemeleriyle olan ilişkisine odaklanmıştır.[16] Ancak, FAYM'ye yapılan atıfları spesifik olarak ele alan bir incelemeye rastlanmamaktadır. Öğretide öne çıkan güncel eserlerde, atıfta bulunulan kararların içeriği görece daha az detay ile incelenmiştir. Bu nedenle yapılan atıfların gerçekten etkili ve belirleyici olup olmadığı ya da bu atıfların görünüşte atıflar mı olduğu tartışılamamaktadır.[17] Çalışmamız, bu boşluğu doldurmayı ve AYM'nin FAYM'ye yaptığı doğrudan ve dolaylı atıfları daha detaylı bir şekilde incelemeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, dolaylı atıfların literatür aracılığıyla Türk anayasa yargısına nasıl taşındığına da yer vermektedir.

İncelenecek kararlar belirlenirken, Türk Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesi üzerinden belirli terimler aratılmıştır.[18] Arama sonuçlarının bazılarının çalışma kapsamı ile ilgisi görülmemiştir.[19] İlk elemeden sonra kalan kararların bu çalışma için yeterli veriyi sağladığı izlenimi ile çalışmaya başlanmıştır. Ancak benzer konu ve yöntemi benimseyen farklı çalışmalarda da

---

14 Daniela Piana/Carlo Guarnieri, "Bringing the Outside Inside: Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into Its Right Context", Utrecht Law Review, C. 8, S. 2, 2012, s. 147.

15 Ersoy Kontacı'nın makalesinde FAYM'ye yapılan atıfların tüm yabancı mahkeme atıfları içinde norm denetiminde %55 oranında olduğu ifade edilmiştir. Ali Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri", Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, s. 282.

16 Genel olarak Türk Anayasa Mahkemesinin hem yabancı mahkemeler hem de uluslararası mahkemelere yaptığı atıfları inceleyen bir monografi için Bkz. Kontacı, 2021, s. 197. Aynı yazarın aynı konu ile ilgili, ampirik tespitlerini de içeren güncel bir makalesi için Kontacı, 2023, ss. 271-305. Yine güncel tarihli, Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuk atıflarını detaylı bir şekilde tahlil eden bir makale için Bkz. Engin Yıldırım/Serdar Gülener, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", C. 67, S. 1, 2018, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

17 Bu yöntemin "görünürde atıflara" ilişkin sayılar veriler sağlasa da yargısal diyaloğun ölçülmesinde yetersiz kalabileceğine ilişkin Bkz. Ebru Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyalog, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2024, s. 28.

18 "Alman", "Almanya", "Federal Mahkeme", "BverGe", "Bundesverfassungsgericht", "Grundgesetz", "GG".

19 Örneğin Almanya'daki bir olayı ya da faaliyeti anlatan bir karar.

işaret edildiği üzere atıflarda yeknesak bir yöntemin uygulanmaması, bazı kararlarda atıfta bulunulan kararın künyesinin yer almaması ya da dolaylı olarak literatür üzerinden atıf yapılması gibi güçlüklerle karşılaşılmıştır.[20] FAYM kararlarının AYM'nin gerekçelerinde sistematik olmayan bir şekilde yer alması, doğrudan ve dolaylı atıfların tespitini zorlaştırmıştır. Buna karşın, kararların bağlamı ve literatür kaynakları üzerinden yapılan detaylı incelemelerle isimsiz-künyesiz kararlara ulaşılabilmesi neticesinde Türk anayasa yargısında Alman anayasa hukukunun etkisini, bir nebze olsun, değerlendirme imkânı doğmuştur.

Vurgulanması gereken bir metodolojik açık vardır. O da "gizli atıflar" şeklinde kategorize edebileceğimiz bir gruptur ki bunun tespiti mevcut çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir.[21] Yani mahkeme, esasında bir hukuki çözümü ya da kurumu yabancı bir mahkemeden almış olsa da bunu hiçbir şekilde kararında belirtmemektedir.[22] Bu örneklerde atıf yapılmamışken, daha tali ve önemsiz konularda atıf yapılması gerçek bir yargısal diyalogun mevcut olmaması sonucunu doğurabilir.[23] Anılan geniş inter disiplinler araştırma gereksinimi ve atıflardaki yöntem aksaklıkları nedeni ile yargısal diyaloğun gerçek anlamda ölçülebilmesi oldukça zordur. Ancak açıktan yapılan atıflar bir nebze de olsa yargısal diyalogun frekansının ölçülmesine olanak sağlayabilir.[24]

Bu zorunlu tespit ve görüşlerin okuyucu nezdinde FAYM'ye yapılan atıfların olumsuz görüldüğü şeklinde yorumlanmaması gerekir.[25] Zorunlu olarak

---

20 Kontacı, 2021, s. 197.

21 Bu kapsamda örneklendirilme olasılığı yüksek görünen hususlardan birisi "*esaslılık*" doktrinidir. Bu doktrin yürütmenin düzenleyici işlem yapabilmesi ile ilgilidir. Bu kavram Alman hukukunda temel hak ve özgürlüklerle ilgili esaslı hususların kanunla düzenlenebilmesi ve bunun mehfum-u muhalifinden esaslı olmayan ya da lehe olabilecek hususların yürütmenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Şirin, 2019, s. 135. Doğrusu AİHS'in orijinal metni ile resmi çevirisi arasında da kanun kavramı ile ilgili bir fark mevcuttur. Sözleşme temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması için İngilizce metninde "*restricted by law*" ifadesini kullanmıştır. Bu ifadedeki "*law*" yalnızca kanunları değil, tüzükleri, yönetmelikleri hatta fermanları da kapsamaktadır. Ancak Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde "*kanun*" ifadesi kullanılmıştır. Böylece maddi anlamda kanundan ziyade şekli anlamda kanun şartını arayan bir sınırlandırma rejiminin var olduğu algısı oluşmuştur. Tolga Şirin, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi SorunuC. 9, S. 1, 2021, ", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 27. Yine bu örnekteki gibi Türk Anayasa Mahkemesinin, Almanya uygulamasını esas alarak geliştirdiği olasılığı yüksek izlenimi veren bir diğer kavram da "*ölçülülük*" ilkesidir. Bu ilke başka hukuk sistemlerinde de mevcut olsa da "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" gibi aşamaların mevcut olması bu ilkenin Almanya uygulamasından yararlanılarak içtihada dahil edildiği izlenimini doğurmaktadır. Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C. 10, 1993, s. 37.; Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 113.

22 Demir, 2024, s. 28.

23 Bu tür örneklerin tespiti, geniş bir veri analizi ve derinlemesine bir incelemeyi gerektirdiği için çalışmanın kapsamını aşmıştır. Bu nedenle, AYM'nin FAYM'den esinlenerek geliştirdiği ancak kaynak belirtilmeyen ilke ve tespitlere ilişkin analizler, gelecekte yapılacak daha kapsamlı bir araştırmaya bırakılmıştır.

24 Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 291.

25 Hatta bizatihi tek taraflılığın kendisi dahi, tek başına kötü bir şey değildir. Teknolojide, tıpta, mühendislikte de tek taraflı bir beslenmeyi tarihte gözlemlemek mümkündür.

paylaştığımız eleştiriler, Türk Anayasa Mahkemesinin yaptığı atıfların gerek içtihat derinliği gerekse hukuk birikimi açısından, sonuçta, birer zenginlik olduğu genel kabulünü engellememektedir.[26] Genelde Türk yargısının, *yargısal diyalog* konusundaki cesur ve gönüllü tavrının derinleşmesi, özelde ise bu çalışmanın mahkemeler arası etkileşimin uygulamadaki yansımalarına odaklanan daha detaylı incelemeler için, bir kolaylık ve esin kaynağı teşkil etmesi umut edilmektedir.

Özünde makale, Anayasa Mahkemesinin Federal Almanya Anayasa Mahkemesine yaptığı atıfları belirli ölçütler kapsamında incelemeyi amaçlamaktadır. Nihayetinde bu çalışma kapsamında yapılabilecek inceleme yalnızca hukuki sorun benzerliği ve atıf usullerinden ibaret kalacaktır. Makale genelinde incelenen örneklerde Anayasa Mahkemesi atıflarının hukuki olay ve hukuk sistemi noktasında benzerlik taşıdığını şimdiden söyleyebiliriz. Ancak atıflardaki yöntemsel eksiklikler ve hukuki sorunlar arasındaki farkların yeterince belirtilmemiş olmasının da atıflara gölge düşürdüğünü söylemek gerekir.

Makalenin ilk bölümünde atıfları hangi kriterlere göre inceleyeceğimizi anlatacağız. Bu başlık altında öncelikle giriş bölümünde değindiğimiz eleştirilerden de hareketle atıfların hangi şartları sağlarsa gerçek anlamda yargısal örnek teşkil edebileceğine dair bir çıkarım yapacağız. Ancak yöntemsel sınırlardan dolayı makale kapsamında sınırlı kriterleri test edeceğimizi ve bunların neler olduğunu açıklayacağız.

Makalenin ikinci bölümünde temel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerindeki atıfları inceleyeceğiz. Sınırlı düzeyde karşı oylara da değineceğiz. Temel gerekçedeki kararları incelerken Anayasa Mahkemesi kararlarını bireysel başvuru kararları, norm denetimi kararları ve siyasi parti kararları olarak tasnif edeceğiz.

I. "YARGISAL DİYALOGA" İLİŞKİN ÖN DEĞERLENDİRME

Görüleceği üzere yargısal diyalogun kaynağı, önemi, eleştirilecek yönleri ve başarısı gibi başlıklara ilişkin epeyce eser kaleme alınmıştır. Nitekim bu başlıklara ilişkin tespit ve görüşleri daha da sürdürmek mümkündür. Biz şimdilik makalede izleyeceğimiz yöntemde gereken, makalenin okunabilirliğini kolaylaştıran, makalenin amacı ile uyumlu bazı önemli noktaları bu ön değerlendirmede vurgulamakla yetineceğiz.

Bu başlık altındaki tespitlerimiz için "*ön değerlendirme*" ifadesini kullandık zira bu tespitler makalede tercih ettiğimiz yöntem ve incelediğimiz karar derlemelerinin birikimidir. Ancak kararların kendisinden başka bir gözleme dönüşmüştür. Bu dönüşüm ve buradaki bulguların makale için bir tür pusula

---

Yeter ki bu tek taraflı beslenme Patolojik seviyede bir tür "*platonik aşka*", "*ulusal bir özgüvensizlik haline*" veyahut "*üst otoriteye başvurma safsatasına*" dönüşmesin. Yoksa tek taraflılık, bir "*tersine hukuk mühendisliği*" olarak da fayda sağlayabilir.

[26] Öte yandan Türk Anayasa Mahkemesinin atıflarının yüzeysel olduğu ve atıfta bulunulan kararda tartışılan hususların yansıtılmadığı yönünde eleştiriler de mevcuttur. Örücü, 2007, s. 442. Atıfların kısa bilgi olarak geçtiği örnekler mevcuttur. Biz çalışmamızda kısa geçilen bu kararlara da ulaşarak benzerlikleri tespit etmeye çalıştık.

olması niteliği de bunların giriş veya sonuç bölümünden ziyade ayrıca bir başlık altında yer alması gerektiği kanaatini oluşturmuştur.

Öncelikle giriş bölümünü kaleme alırken incelediğimiz eserler makro düzeyde bize ilk şu mesajı vermiştir: Akademinin yargısal diyaloga olan ilgisi artmaktadır zira mahkemelerin birbirine yaptığı atıfların sayısı da artmaktadır. Ancak bu artışın nedenlerinin tespitini güçleştiren bazı olgular mevcuttur. Bu da karşılaştırmalı anayasa hukukunda, mahkemelerin birbirine esin vermesine vesile olan araçların hem yatay hem de dikey olarak genişlemesidir. Öncelikle karşılaştırmalı anayasa hukuku kaynaklarının sayısı artmaktadır; akademik dergilerin sayısı ve ulaşılabilirliği artmaktadır, akademisyenler arasındaki etkileşim araçları ve etkinlikleri artmaktadır (kongreler, internet blogları, yurt dışı araştırmaları... gibi).[27]

Bu karmaşık ağın bize söylediği bazı şeyler vardır: ilk dönem atıflarda atfın verildiği kararda ya da karşı oyda imzası olan üyenin geçmişinden yahut (kararda belirtilsin ya da belirtilmesin) o dönem yayınlanan bir ikincil kaynaktan atfın kaynağı belirlenebilmekteydi ancak günümüzde bu tespit zorlaşmıştır. Hatta raportörlerin geçmişi, Federal Almanya'yla ilişkisi gibi veriler bize çok şey söylese de Federal Mahkeme kararlarının bazılarının İngilizce yayınlanması veya dolaylı kaynakların çoğalması atfın ardındaki nedenlerin tespitini zorlaştırmaktadır. Bu karmaşık ağın bize vadettiği şey ise gelişen teknoloji ve akademik diplomasi araçları ile yargısal diyaloğun bir süre sonra daha fazla "*çok taraflı*" olabileceğidir.[28]

Giriş bölümünde incelenen eserlerde dikkat çeken bir endişe ve eleştiri söz konusudur. O da yargısal diyalogun tek taraflı olduğudur.[29] Yargısal diyalogun tek taraflı olduğu yönündeki eleştirilerin muhatabı, ilk bakışta, öğretide "*olağan şüpheliler*" olarak anılan Amerika Birleşik Devletleri, Federal Almanya, İsviçre gibi ülkelerdir. Buna mukabil Türk Anayasa Mahkemesi gibi mahkemelerin de neden "Batı" mahkemelerini daha çok takip ettiği şeklinde bir eleştiri akla gelebilir. Böyle bir eleştiri varsayımında atıfların neden ve kimler tarafından hangi yollarla yapıldığı sorusunun yanıtı belirleyici olacaktır. İkinci belirleyici ya da bir başka ifade ile açıklayıcı etmen ise yargısal diyalogun gerektirdiği "*benzer hukuk*" sistemidir. Benzer hukuk sistemi kavramının içerisine *hukuk devleti*, *demokrasi*, *laiklik* gibi görece daha genel anayasal ölçütler dahildir. Elbette bu ölçütler mutlak değildir. Somut olaya ya da döneme bakılmaksızın bir ülkenin mahkeme kararlarının kategorik olarak daha ilerici bir çözüm sunduğu iddia edilemez. Ancak, çalışma özelinde odaklandığımız, Federal Almanya için en azından hukuk sistemi benzerliği kriterinin sağlandığı söylenebilir.[30] Kanaatimizce, bu

---

[27] Serkan Yolcu, "Anayasacıların Karşılaştırma Sorunu: Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Nedir, Ne Değildir?", C. 32, S. 147, 2020, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 39.

[28] Örneğin öğretide de etkisi zikredilen internet bloglarında, uluslararası akademik dergilerde yalnızca kararlarına sıkça atıf yapılan ülkelerin yazarları değil, kararları görece daha az rağbet gören ülkelerin akademisyenleri de yazılar kaleme almaktadır.

[29] Hatta bu tablo yer yer kolonyalizm ile bağlantılandırılmıştır.

[30] Buna karşın, Türk Anayasa Mahkemesinin bu "gelişmiş" ülkelere atıfta bulunarak adeta kendisinin prestijini tayin (ya da en azından temenni) ettiği, yargıçların bu ülkelerdeki yargıçları kendilerine meslektaş olarak gördüğünü de iddia eden yazarlar olabilir. Kanaatimizce bu yönde bir tespiti mümkün kılacak bir tablo mevcut değildir.

nedenlerle Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal diyalog eğilim ve yönelimleri, çalışmada yer yer değindiğimiz, eleştirilerin kapsamında görülmemelidir.[31]

O halde ön sorunlardan biri şudur: yargısal diyalogun tek taraflı olması kategorik olarak olumsuz bir olgu mudur hatta kolonyal bir geçmişin mirası mıdır? Kanaatimizce diyaloğun tek taraflı olması tek başına diyalogun "kolonyal" eğilim[32] ve alışkanlıklara dayandığı yönünde bir çıkarım için yeterli değildir.[33]

Ancak "çok taraflılık", diyaloğun yönünde mevcut olmasa bile en azından içeriğinde olmalıdır. Yani bir ulusal mahkeme, zaman zaman atıfta bulunduğu mahkemenin benzer konulardaki kararlarına ne yönden katılmadığını veyahut önündeki olayın atıfta bulunulacak karardan ne yönden ayrıldığını da ifade etmeli, yeri geldiğinde tartışmalıdır. Hatta yargısal diyalogun etkili bir karşılaştırmalı hukuk enstrümanına dönüşmesi, karşılaştırmada kullanılan ölçüt hukuki çözümün eleştirilmesini gerektirir.[34] Konuyu biraz daha basitleştirmek mümkündür. Yargısal diyalogun, yukarıdaki eleştirilerden kurtulması için gerçek manada işlevsel ve gerekli olması gerekir. Yani bir atıf gerekliyse ve işlevsel ise (yani görünüşte atıftan ibaret değilse) gerçek manada bir yargısal diyalog vardır. Aksi halde yapılan atıflar meşruiyet devşiren süslemelerden, üst norma başvurma safsatasından ya da tarihsel bir özgüvensizlikten kaynaklı olabilir.

İşte bu bulgular makalenin ana yöntemini de belirginleştirmiştir. Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal diyalog eğiliminin yukarıdaki çekincelere cevap verebilirliğinin aşağıdaki unsurlar ile ölçülebileceği sonucu kendini göstermiştir:

-Atıfların "***gerekliliği",***

-Atıfların "***kaynağı – nedeni***",

-Atıfların ***"usulü"***,

- Atıfların ***"etkililiği ve başarısı"***.

---

[31] Hukuk sistemi, tarihsel gelişim, anayasal ilkeler gibi yeterli benzerlik şartının sağlandığı hallere rağmen "batıdaki" az sayıda ülkenin kararları ile yetinen bir eğilimde ısrar edilmesi varsayımında ise bu tutumun riskli olduğu ve evrensel bir çözüm arayışını yansıtmadığı rahatlıkla söylenebilir.

[32] Kolonyal eğilim belki, Federal Almanya'dan iktibas edilen kanunların uygulanmasında, Federal Mahkeme kararlarına yoğun bir atıf söz konusu olduğunda gündeme gelebilir. Ancak makale kapsamında incelenen kararlardaki kanun çeşitliliği ve bunlara yapılan atıfların mehaz ülkenin uygulamasını hedef almaması nedeni ile çalışmada bu kapsamda bir inceleme ve değerlendirmeye gidilmeyecektir.

[33] Yargısal diyalog araçlarından söz ettik fakat esasında yargısal diyalogun bizzat kendisi de daha uzun vadeli bir perspektifin aracı olarak mütalaa edilebilir. Bu da "anayasal çoğulculuk" olarak tanımlanmaktadır. Anayasal çoğulculuk (constitutional pluralism), farklı anayasal düzeylerin (ulusal, uluslararası, bölgesel) aynı anda geçerli olduğu ve bu düzenler arasında kesin bir hiyerarşik üstünlük olmaksızın, karşılıklı etkileşim, uyum ve diyalog yoluyla çatışmaların çözüldüğü bir hukuki düzen teorisidir. Ricardo Lorenzetti, "Global Governance: Dialogue Between Courts", RSCAS Policy Papers, RSCAS 2010/03, European University Institute, 2010, s. 5.

[34] Arzu Oğuz, "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, s. 50. Konuyla ilgili ayrıca Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 26.

Öncelikle değerlendirme başlığı **atıfların gerekliliğidir**. Gereklilik, bir atfın "görünüşte atıf"[35] olmamasının garantisidir. Kanaatimizce, atfın gerekliliği ölçütünün "***gerekliliğin öncül boyutu***", "***gerekliliğin ardıl boyutu***" şeklinde ikiye ayrılması konunun anlaşılması ve atıfların değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır:

Gerekliliğin öncül boyutunda atfı gerektirecek benzerlik kriterleri incelenmelidir: Benzer bir hukuki sorun var mı? Benzer bir hukuki sistem ya da düzenleme mevcut mu? Bu soru önemlidir zira bir hukuki kurum farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde algılanabilir. Bu nedenle atıfta bulunulan kararın çıktığı hukuk sistemi, en azından o alt hukuk disiplini açısından asgari bir benzerlik taşımalıdır. Gerekliliğin diğer boyutu da vaka düzeyindedir. Mevcut davadaki olay ve atıfta bulunulan karardaki olayın benzerlikleri kadar farklılıkları da tespit edilebiliyor mu sorusu burada önem arz etmektedir.

Gerekliliğin ardıl boyutunu tespite yarayan soruları da aynı şekilde paylaşmak gerekir: Atıf bir hukuki sorunun çözümüne katkı sağlıyor mu? Mevcut olaydan farkları tespit edilebiliyor mu? Bu çözüm mahkemece kullanılmış mı? Kullanılmamışsa (bazen kullanılmış olsa da) farklılıklar gerekçede belirtilmiş mi? Gerekliliğin ardıl boyutunu tespit için bu sorularla yetinmek gerekir. Atfın başarı ile uygulanıp uygulanmadığı, mahkemenin içtihadını ya da ülke hukukunu nasıl şekillendirdiği soruları ise *atıfların etkililiği ve başarısı* başlığına girer ki o da çalışmamızda kapsam dışı bırakılmıştır.

İkinci olarak **atıfların nedenine** ilişkin bazı tespitleri derlemekte yarar vardır. Bu soru ilk etapta sanılabileceğinin aksine atfı kimin yaptığı ile açıklanamaz. Salt sayısal bir analizde de yabancı hukukla ilgisi olabilecek yargıcın tutum ve geçmişi ile ilgili somut bir veri sağlamaz. Örneğin Yıldırım ve Gülener'in eserinde akademisyen kökenli üyeler ve diğer üyeler arasında yabancı mahkemelere atıf konusunda göze çarpan bir farkın olmadığı belirtilmiştir. Açık kaynaklardan ulaşılabilen veriler ile bu tespitin ilk bakışta akademik etkinin tahmin edildiği kadar ön planda olmadığı sonucunu doğurması olasıdır. Ya da bir başka deyişle akademik geçmişinde anayasa hukuku ile görece daha az ilgilenmiş üyelerin, bu farkı, Mahkemedeki görevleri esnasında telafi ettiği ya da bunun bir fark yaratmadığı söylenebilir. Ancak bu eserde raportörlere ilişkin detaylı bir analize yer verilmemiştir.[36] Söz konusu makalede, raportörlerle ilgili sadece,

---

[35] Bu konuyu giriş bölümünde açıklamıştık.

[36] Esasında, konuyla ilgili güncel monografilerden birinde, diğer eserlerde de vurgulandığı gibi, yargısal diyalogun ölçülmesinin güçlükleri çeşitli örneklerle verilmiştir. Söz konusu monografide Amerikan Yüksek Mahkemesi örneğine de yer verilmiş Demokrat Parti'ye angaje üyelerin daha çok atıfta bulunurken Cumhuriyetçi Parti'ye angaje üyelerin atıf yapmaktan çekindiği ifade edilmiştir. Bu örnek yargısal diyalog çalışmalarında üye profillerinin incelenmesi gerekliliğini işaret etmektedir. Monografide belirtildiği üzere bu inceleme dahi üyelerin karşılaştırmalı hukuka olan ilgi ya da eğilimlerini anlamak için yeterli değildir. Zira bu anlamda bir eğilime sahip olsa da yargıçların tamamının yabancı dil bilgisi bunun için yeterli olmayabilir. Demir, 2024, s. 28-29. Doğrusu bu sorun Türkiye ile ilgili AİHM kararlarının uygulanmasında hatta AİHS'deki bazı kavramların uygulamada yorumlanmasında da ortaya çıkmaktadır. Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan'ın bu sorunları incelediği makalede yargıçların yabancı dil bilgisi eksikliğinin kararların anlaşılmasında yarattığı güçlüklere değinilmiş ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur. Tolga Şirin/Necdet Umut Orcan, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu", C. 80, S. 1, 2022. İstanbul Hukuk Mecmuası. Kanaatimizce bu makaledeki çözüm önerileri, gerçek ve etkili bir yargısal diyalogun uygulamanın geneline teşmilini de sağlayacak potansiyeldedir. Aksi halde karşılaştırmalı

kararların müzakeresi esnasında, raportörlerin karşılaştırmalı hukuku da incelediği ancak bu verilerin bazen kararda yer almadığı ifade edilmiştir.[37] Esasında bu olgu dahi çalışmanın derinleştirilmesinin yöntemsel zorluğunu göstermektedir. Zira bir atfın kaynağının üyenin akademik geçmişi ile tespiti halihazırda birden fazla üyenin katıldığı ayrışık oylar dolayısı ile zordur. Bir diğer zorluk da üyenin atıfta bulunduğu karara doğrudan mı yoksa ikincil kaynaklardan mı eriştiği sorusunu yanıtlamanın güçlüğüdür. Bu iki zorluğa bir de aynı soruların raportörler için yanıtlaması gerekliliği eklenmektedir. Bu nedenle üyelerin yabancı mahkemelere yaptığı atıf sayısının bir değerlendirmeye konu olabilmesi bu üç sorunun yanıtlanabilmesine bağlıdır.[38] Kanaatimizce bu soruların yanıtlanabilmesi de üyelerin hatta raportörlerin akademik ve mesleki geçmişini de inceleyen bir çalışmaya konu edilmesiyle mümkündür. Bu nedenle konunun, çalışmanın kapsam sınırları dışında olduğunu şimdiden söylemek gerekir. Ancak genel olarak hukuk fakültelerindeki Alman ekolü, Almanca konuşulan ülkelerdeki kanunların iktibas edilmesi, Almancanın yaygın bir dil olması, Almanya'da eğitim ya da araştırma faaliyetlerine olan ilgi, Türkiye'de Almanca eğitim veren kurumların yoğunluğu ilk bakışta tespit edilebilen nedenler olarak zikredilebilir.

Atıfları değerlendirirken dikkat etmemiz gereken bir diğer başlık da ***atıfların usulü ve "yöntemdir"***. Zira bu başlık altındaki basit özensizlikler, atfın gerçek hukuki değerinin gölgelenmesine yol açmaktadır. Bu kapsamda sorulacak sorular şunlar olabilir: Atıf yapılan karardan söz edilmiş mi?[39] Atıf yapılan karara doğrudan mı ulaşılmış yoksa ikincil kaynaktan mı okunmuş? Atıf yapılan kararın künyesi, tarihi[40], (varsa) ilgili bölüm/paragraf bilgisi verilmiş mi? Atıf yapılan bölüm hukuki sorunun çözümünün esasına ilişkin mi?

Son olarak ***atıfların etkililiği ve başarısı*** konusu ise daha uzun süreçleri içeren bir incelemeyi gerektirmektedir. Hukuk disiplininin alan ve yöntem kısıtlamaları nedeniyle, salt hukukçular tarafından, atıfların ancak yasama faaliyetlerine, sonraki kararlara ya da diğer mahkemelere olan etkisinin gözlemlenebileceğini belki söylenebilir. Bu çok yönlü ve geniş tablodan karşısında, bir atfın görünüşte değil de özde olması (gerekli ve etkili bir atıf olması) dahi atfın başarılı olduğu sonucunu kategorik olarak doğurmaz. Atıfların başarısının ölçülmesi ise uzun dönemleri inceleyen, interdisipliner, daha geniş değerlendirmelere gerektirir. Çünkü atıfların (ve dolayısı ile hukuki çözümlerin nakillerinin) başarısı ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki bağlamlara bağlı olup,

---

hukuk ve yargısal diyalog gibi unsurlar yalnızca yüksek mahkemelerin ve akademisyenlerin ilgilendiği soyut temennilerden ibaret kalacaktır.

37 Yıldırım/Gülener, s. 123.

38 Fakat bu noktada Yıldırım ve Gülener'in çalışmasında ayrışık oylarında yabancı mahkeme kararlarına en çok başvuran üyelerden birinin Osman Alifeyyaz Paksüt'ün olduğu tespitinin böylesi bir farkın olmadığı yönündeki argümanın ardında güçlü bir şekilde durduğu yadsınamaz. Yıldırım/Gülener, s. 125.

39 Bu husus çalışmanın kapsamı dışındadır zira tespiti ve ölçülmesi için derinlemesine bir karar taraması gerektirir.

40 Böylece çok eski tarihli bir kararın cımbızla seçilip gerekçeyi yönlendirmesinin önüne geçilebilir.

toplumsal kabul, yerel hukuki uyum ve uzun vadeli etkiler gibi çok boyutlu etmenlere dayanır.[41]

Bu nedenlerle çalışma genelinde yukarıdaki ölçme başlıklarından ***atıfların gerekliliği*** ve ***atıfların usulü*** perspektiflerinden bir inceleme yapılabileceği kanaati doğmuştur.

II. DOĞRUDAN İÇTİHATA ATIFLAR

Bu bölüm Türk Anayasa Mahkemesinin doğrudan FAYM'ye yaptığı atıfları içermektedir. Bölümün alt başlıkları bireysel başvuru, norm denetimi ve siyasi partilerdir. Atfın bulunduğu ve atıf yapılan kararlar, ele alınan konunun temasına göre özetlenmiş, "Örnek" şeklinde başlıklandırılmıştır.

A. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ATIFLAR

Türkiye'de bireysel başvuru Federal Almanya'ya göre daha yeni bir yoldur. Bu nedenle norm denetimi başlığında da FAYM'de görülen bireysel başvuru kararlarına rastlanılabilir. Ancak bu kategoride Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına yer verilmiştir. Bireysel başvuru ile yargısal diyalog frekansının artması bu konunun daha önce başlıklandırılmasında etkili olmuştur.

1. ÖRNEK I - BELİRLİLİK İLKESİ ve KEYFİLİK MESELESİ

Bu bölümde Anayasa Mahkemesinin, belirlilik ilkesi ve keyfilik yasağı bağlamında atıfta bulunduğu kararlar incelenecektir. Bu bağlamda FAYM'nin 2. Dairesinin 21/12/2016 tarihli bir kararına 3 ayrı bireysel başvuruda atıfta bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu bu kararlar belirlilik ilkesini açıklamaktadır:

Kararlardan ilki *Orhan Alagöz başvurusudur*.[42] 3 Çocuk babası olan başvurucu, 15 Temmuz Darbe girişiminin ardından İzmir Menemen T Tipi Ceza Evinde tutuklu olarak bulunmaktadır. Çocuklarından en büyüğü *yedi-sekiz*, ortanca olan *beş-altı*, en küçüğü ise *bir-iki* yaş aralığındadır. Başvurucu İzmir'de tutuklu iken çocukları Antalya'da yaşamaktadır. İzmir Menemen T Tipi Ceza Evi İdaresi, Darbe girişimi sonrası ilan edilen olağanüstü hâl süresi boyunca mahkûm ve tutukluların eğitim gören çocuklarına yönelik hafta sonu görüşme iznini iptal etmiştir. Başvurucu, hafta içi eğitim gören çocuklarının Antalya'dan İzmir'e gelemediğini, hafta sonu izinlerinin de OHAL süresince iptal edilmesi ile *özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı* ile *eğitim hakkının* ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu incelerken başvurucunun ihlal edildiğini öne

---

[41] Uwe Kischel, Comparative Law, Oxford University Press, New York, 2019, s. 60-62. Öğretide yargıçların, kamuoyunun göz önünden uzakta geliştirdikleri bireysel etkileşimler vesilesiyle de yargısal diyalog kurabileceğini yani benzer sorunları çözerken farklı ülkelerdeki meslektaşları ile geliştirdikleri iletişimden etkilenebileceği belirtilmiş ancak bunun şeffaflık kazanmadığı sürece birtakım meşruiyet sorunları doğurabileceği belirtilmiştir. Law/Chang, s. 535.

[42] Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018. Bu çalışmada yer alan Anayasa Mahkemesi kararlara Mahkemenin resmi internet sitesi olan Anayasa.gov.tr'den ulaşılmıştır.

sürdüğü hak ve özgürlüklerin kategorizasyonu ile bağlı olmadığını belirterek başvuruyu özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile sınırlı olarak inceleyeceğini belirtmiştir.[43]

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)[44] kararlarına da atıfla hükümlü ve tutukluların, aile hayatına saygı hakkının nasıl tesis edileceğine ilişkin ilkeleri, kararda "***uluslararası hukuk***" başlığı altında, incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, hükümlü ve tutukluların da aile hayatına saygı hakkına sahip olduğunu; bunun sağlanması için gereken tedbirleri almanın ceza infaz kurumunun sorumluluğu olduğunu hatırlatmıştır.[45] Bununla birlikte Mahkeme, suçun mahiyetinin haklı göstermesi halinde özel bir tutukluluk ya da hapishane rejiminin (müdahale oluşturmakla birlikte) kategorik olarak ihlal anlamına gelmediğini de eklemiştir.[46] Anayasa Mahkemesine göre mahkum ve tutukluların bu hakkına getirilebilecek sınırlandırmalar makul ve ölçülü olmalı[47] ve haklı bir gerekçeye[48] dayanmalıdır. Bu tespitleri paylaştıktan sonra Anayasa Mahkemesi, başvurucunun çocukları ile hafta sonu görüşme hakkının kısıtlanmasının Olağanüstü hâl koşullarından kaynaklandığını ve haklı bir gerekçeye dayandığını belirterek ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.

Mahkeme, "***uluslararası hukuk***" başlığı altında, FAYM'nin 2. Dairesinin 21/12/2016 tarihli kararına atıfta bulunmuştur.[49] Atfın mahkûm ve tutukluların aileleriyle görüşmeleriyle ilgili kararların gerekçelerinin standartlaştırılmasının bir zorunluluk olmadığı yönünde tespit için kullanıldığı izlenimi kuvvetlidir. Anayasa Mahkemesinin ilgili atfı aktarım bağlamı şu şekilde özetlenebilir, *kanunun uygulaması ya da kanunun öngördüğü usul kusurlu olsa dahi keyfilik yasağı*

---

43 § 27.

44 Bundan sonra AİHM olarak anılacaktır. Öğretide İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM) olarak da zikredilmektedir. Sayın hakemin isteği üzerine makalenin ilk halindeki İHAM terimleri AİHM olarak değiştirilmiştir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) terimi tercih edilmiş ve İHAS kullanımı değiştirilmiştir.

45 Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu kararlar şunlardır; Messina/İtalya (No. 2), AİHM, B. No: 25498/94, T: 28.09.2000, § 61; Ouinas/Fransa (k.k.), AİHM, B. No: 13756/88, T: 12.03.1990; Kucera/Slovakya, AİHM, B. No: 48666/99, T: 17.07.2007, § 127. Çalışmada yer alan AİHM kararlarına Mahkemenin internet sitesi olan Hudoc.com'dan ulaşılmıştır.

46 Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 20. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Vlasav/Rusya, AİHM, B. No: 78146/01, T: 12.06.2008, § 123.

47 Anayasa Mahkemesi, Orhan Alagöz, B. No: 2017 /26845, Karar Tarihi: 20/9/2018, § 22. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 5947/72, T: 25.03.1983, §§ 99-105.

48 Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 21. Anayasa Mahkemesi bu kararında şu AİHM kararına atıfta bulunmuştur: Gülmez/Türkiye, AİHM, B. No: 16330/02, T: 20.05.2008, § 46.

49 "*Federal Alman Anayasa Mahkemesinin benzer yöndeki bir kararında; aileyle uzun görüşe izin verilmemesi şeklindeki ceza infaz kurumu kararına yapılan itirazda, Mahkemenin geçici hukuki koruma tedbiriyle ilgili olarak kurumun kararına ilişkin gerekçeleri belirleme yükümlülüğünü standartlaştırmaktan kaçınılmıştır. Bir mahkeme kararının , itiraza konu yasa uygulaması ya da onun için kullanılan prosedür kusurlu olsa bile keyfilik yasağını ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak buna ek olarak verilen kararın bariz bir şekilde açık hukuk kurallarına aykırı olmaması ve keyfi değerlendirmelere dayanmaması gerektiği vurgulanmıştır (BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.)* Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 23.

kendiliğinden ihlal edilmez. Bunun istisnası, hukuk kurallarının açık bir şekilde ihlal edilmesi ve bariz keyfiliktir.

FAYM kararının ardındaki olay Anayasa Mahkemesinin ele aldığı olay ile benzeşmektedir. Başvurucu, ailesiyle görüşme saatleri ve hapishanedeki çalışma yükümlülüğünden muafiyet ile ilgili geçici tedbir taleplerinde bulunmuştur. Ancak bu talepler reddedilmiş ve gerekçe olarak sadece kanundaki gereklilikleri sağlamadığı gibi kısa açıklamalarla yetinilmiştir. Federal Mahkeme, bir normun yanlış uygulanmasının kategorik olarak keyfilik yaratmayacağını[50] ve ihlale yol açmayacağını belirtmiştir. Ancak bariz şekilde bir normun göz ardı edilmesi ya da yanlış yorumlanması gibi bir eylemin bulunmaması gerektiğini eklemiştir.[51] Kararın devamında ise Mahkeme ret kararlarının gerekçeli olması gerektiğini belirtmiştir. Şöyle ki Alman İnfaz Kanunu'nun (*Strafvollzugsgesetzes (StVollzG)* 120. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, Alman Ceza usul Kanunu'nun 34. maddesine atıfta bulunulmuştur. Buna göre İnfaz Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Usul Kanunu'na (*Strafprozessordnung (StPO)* başvurulmasını öngörmektedir. Buna göre bir geçici tedbir talebi üzerine temyiz ya da itiraza kabil olmayan bir karar verilecek ise bunun gerekçeli olması zorunludur.[52] Başvuru özelinde de tedbir talebi bu nitelikleri haizdir ve gerekçeli olmalıdır. Ne var ki eyalet yüksek mahkemesinin kararı bu anlamda gerekçeden yoksundur. Federal Mahkeme, gerekçedeki eksikliklerin bir kararın hukuka uygunluğunu şüpheli hale getireceğini belirtmiştir.[53] Bu nedenle, yetersiz gerekçenin keyfilik yasağını ve etkili hukuki koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararına geri dönecek olursak, Mahkeme, Cezaevi İdare ve Gözlem Kurulunun başvuruları ilgili mevzuat, cezaevi güvenlik ve disiplini açısından yeterli bir şekilde değerlendirdiği görüşündedir. Mahkemeye göre hafta sonu görüşme hakkına ilişkin talep "yeterli gerekçe" ile reddedilmiştir.[54]

FAYM'nin bu kararına *Ahmet Kılıçelli başvurusunda* da atıfta bulunulmuştur.[55] Bu ve bir önceki kararda başvurular incelenirken müdahalenin gerekçesine ilişkin bir sorun olmadığı tespiti yapılmıştır. Bu kararlardan farklı olarak *Yaşar Karaca başvurusunda* ise yine FAYM'nin söz konusu kararına atıfta bulunulmuş ancak bu sefer müdahalenin yeterli bir şekilde gerekçelendirilmediğine karar verilmiştir.[56] Kanaatimizce, ilk iki atıfta bir ihlal

---

50 FAYM'nin, ceza hukuku bağlamında, belirlilik ilkesine yaklaşımı için Bkz. Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 101.

51 BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 14. Çalışmada yararlanılan FAYM kararlarına Mahkemenin resmi internet sitesi olan Bundesverfassungsgericht.de'den ulaşılmıştır.

52 BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 16.

53 BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, *§ 21.*

54 Burada eklemek gerekir ki Anayasa Mahkemesi ölçülülük incelemesi yaparken bu sınırlamanın OHAL süresi ile sınırlı olduğunu ve başvurucunun çocukları ile hafta sonu görüşmesine engel olunmadığı tespitinde bulunmuştur. Ne var ki başvurucu zaten çocuklarının eğitimi nedeniyle hafta içi seyahat edip kendisi ile görüşemediğinden yakınmaktadır. Bu değerlendirme de Anayasa Mahkemesinin, fiili imkansızlıkları yeterince dikkate almayıp yalnızca hukuki duruma göre inceleme yaptığı endişesini uyandırmaktadır.

55 Ahmet Kılıçelli Başvurusu, AYM, B. No: 2017/31069, T: 30.09.2020.

56 Yaşar Karaca Başvurusu, AYM, B. No: 2018/37854, T: 12.04.2023.

sonucu verilmemiş olsa dahi, hukuki belirliliğin, işlem ve kararlardaki gerekçe ile ilişkisi anlaşılmış ve görünüşte değil gerçek bir atıf örneği sunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesinin ilk iki kararında, atıf yaptığı kararı esas incelemesinde neden daha detaylı incelemediği anlaşılamamıştır. Örneğin *Orhan Alagöz başvurusunda* müdahalenin reddinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırıldığı belirtilmiştir.[57] Ne var ki diğer paragraflarda, kişiye özgü somut koşulların nasıl tartışıldığına ilişkin yeterli veri mevcut değildir. Bu da FAYM kararında ifade edilen gerekçelerin standartlaşması çekincesine aykırı bir durum teşkil etmektedir. Dolayısı ile atfın benzer hukuki sorun şartını taşıdığı söylenebilirken, olaylar arasındaki benzerlik ve farkların yeterince tespit edilip, gerekçeye uygulandığını söylemek güçtür.

2. ÖRNEK II - SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bu başlık altındaki atıf ilişkilerini incelerken öncelikle Federal Mahkemenin kararı anlatılacaktır. Zira bu karara iki ayrı Anayasa Mahkemesi kararında atıfta bulunulmuştur. Atfın ele alındığı olaylar arasındaki farklardan dolayı öncelikle FAYM kararının özetinin paylaşılması yararlı görülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu FAYM kararında başvurucu bir korku filminin hangi yaş gruplarına uygun olduğunu gösteren bir etiketleme başvurusu yapmıştır.[58] Etiketlemeye yetkili kurum başvuru konusu filmin Alman Ceza Kanunu'na aykırı bir içerikte olduğunu belirterek savcılığa başvurmuştur ve filmlere el konulmuştur. Alman Ceza Kanunu'nun 131. maddesi insan ya da insan benzeri varlıklara şiddetin gösterilmesini yaptırıma bağlamıştır.[59] Başvurunun birincil sorusu, etiketleme başvurusunun Ceza Kanunu'nda anılan suçun işlendiği anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bir diğer soru da filmin içeriğindeki şiddet olaylarının doğrudan insan ve insan benzeri varlıklara yönelik olup olmadığı yani insan onuruna aykırı olup olmadığıdır. Bu tartışmalar çerçevesinde FAYM'nin bazı tespitleri Anayasa Mahkemesinin ilgili atfına esin vermiştir. FAYM, etiketleme başvurusuna konu filmin bir korku filmi olduğunu ve bu türün kendi kurallarını yarattığını ifade etmiştir.[60] Federal Mahkeme, filmlerde şiddetin gösterilmesinin tek başına insan onurunu[61] zedelemeyeceğini, filmde anlatılan hâli ile seyircinin şiddete teşvik edilmediğini belirtmiştir. Mahkeme korku filmi türünün kaçınılmaz olarak bazı şiddet sahneleri içerebileceğini, buna yönelik bir yasağın kabul edilmesi halinde suç sahneleri içeren macera ve polisiye filmlerinin de engellenebileceği olasılığını da eklenmiştir.[62] Mahkeme, etiketleme başvurusunun dağıtım anlamına gelmeyeceği yönündeki yorumlarına

---

57 Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018, § 48.

58 BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992.

59 Nitekim şiddete teşvik, nefret söylemi, ırkçılık gibi unsurların ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı ilk bakışta tartışmalı olsa da sonuçları itibarı ile bu özgürlük kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Pelin Başaran/Ulaş Karan, Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi/Siyah Bant, İstanbul, Şubat 2016, s. 18.

60 BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992, § 10.

61 Mahkeme ayrıca insan onuru kavramının tek bir insanın onurunu değil, insan türünün onurunu ifade ettiğini belirtmiştir. Nitekim başvuruda tartışılan şiddet, zalimane, insan onuru gibi kavramlar arasında sınırlarının belirlenmesinin en zor kavramın insan onuru olduğuna da yer vermiştir. BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 99.

62 BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016, § 110.

da yer vererek başvurucunun sanatsal ifade özgürlüğünün[63] ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlediğimiz karara, bu sefer, *Uluslararası Hukuk* başlığında değil *Federal Alman Anayasa Mahkemesi İçtihadı* başlığı altında (iki kararda) atıfta bulunmuştur.[64] Atıfların bulunduğu kararların her ikisinde de ifade özgürlüğü ihlali iddiaları ele alınmıştır.

Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy kararında başvurucu, FAYM kararındakine benzer şekilde, bir filmin Kültür Bakanlığı tarafından kayıt ve tescil işlemi için başvurmuştur. Filmin senaryosunda PKK terör örgütü ile ilgili ifadeler ve olaylara yer verilmiştir. Bakanlık, filmin kamu düzeni, Anayasa'da yer alan ilkeler ve insan onuruna aykırı olduğu gerekçeleri ile dağıtıma izin vermemiştir. Bunun üzerine başvurucular idari yargıya başvurmuştur. İdare mahkemesi, Bakanlığın filmlerin kayıt ve tescili ile ilgili geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirterek, ret kararında hukuka aykırılık görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, idarenin ve idare mahkemesinin değerlendirmelerinde yer aldığı gibi filmin terör propagandası içerebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte eserin ele aldığı konu, kullanılan ifadeler, hitap ettiği toplumsal kesim ve çekildiği dönem koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.[65] Mahkemeye göre, eserin toplumsal bir soruna dikkat çekme amacıyla mı yoksa propaganda veya şiddet çağrısı gibi yasaklı sınırları aşma amacıyla mı yapıldığı incelenmelidir. Anayasa Mahkemesi, sanatsal eserlerin, kullanılan teknik anlatım yöntemleri, bağlamı ve izleyici kitlesiyle birlikte değerlendirilebileceğini, izleyicilerin filmi kişisel birikim ve koşullarına göre yorumlayabileceğini belirtmiştir. Müdahalenin orantılı olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır.[66] Mahkeme, eserin bir bütün olarak incelendiğinde terör propagandası yapmadığını, aksine terör sorununa farklı bir perspektiften yaklaştığını ve yaşanan acılara dair ironik veya trajik bir anlatım sunduğunu belirtmiştir. Tamamen yasaklama kararı ifade özgürlüğüne yönelik ölçüsüz bir müdahale ve ön sansür olarak değerlendirilmiş, daha sınırlı tedbirlerin (örneğin +18 yaş sınırı veya bazı sahnelerin çıkarılması) uygulanabileceği ifade edilmiştir.[67]

---

63 Sanatsal ifade özgürlüğü sanatsal yaratıcılığı kısıtlayan, biçimsel ve içeriksel yasakların dışlanmasını öngörmektedir. BverGE, 30, 173, 190; (aktaran) Zafer Gören, "Sanat ve Bilim Özgürlüğü", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, Temmuz 2020 (Özel Ek), s. 450.

64 Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 26 ve İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 36.

65 Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 52-53.

66 Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-55.

67 Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-56-58. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin eseri bütüncül bir şekilde değerlendirmediğini, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerini yeterince tartışmadığını ve demokratik bir toplumda bu tür bir yasaklamanın gerekliliğini ortaya koyamadığını belirtmiştir. Mahkeme, sansür yerine sınıflandırma gibi daha hafif tedbirlerin düşünülebileceğini ifade ederek, Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019, § 54-59-62.

Bir diğer başvuru da yine sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Başvurucu, Guillaume Apollinaire'in "*Genç Bir Don Juan'ın Maceraları*" adlı romanının Türkçe çevirisinin yayınlanması nedeniyle, müstehcen yayın suçundan yargılanmış ve kovuşturması ertelenmiştir. Bu kararın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.[68] Anayasa Mahkemesi öncelikle, başvurucu hakkında verilen 3 yıl süreli kovuşturmanın ertelenmesi kararının müdahale olup olmadığını tartışmıştır. Mahkemeye göre, kovuşturmanın ertelenmesi, başvurucu üzerinde *caydırıcı bir etki* yaratıp ifade özgürlüğünün fiili olarak sınırlandırılması anlamına geldiği için bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.[69] Mahkeme, müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen kriterleri karşılamadığına karar vermiştir. Müdahalenin, kanunla öngörülmüş olsa da Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğünün özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Alt mahkemelerin yetersiz bilirkişi raporlarına dayanarak, kitabın edebi ve sanatsal değerini göz ardı etmesine değinilmiştir. Sanatsal ifadenin, öznel yorumlara açık olsa da demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün temel unsuru olduğu vurgulanmıştır.[70]

Kanaatimizce her iki kararda da atfın gereklilik unsurları mevcuttur. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi atfın gereklilik unsurları arasında en öne çıkanı hukuki sorunun benzerliğidir. Bu olaylarda da benzer hukuki sorun sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlarıdır. Dahası sanatsal anlatının kendine özgü bir dili olduğu dolayısıyla bazı ifadelerin o anlatı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tespitler kararlarda yer almıştır. Benzer hukuki sistem ve benzer hukuki sorunların var olduğu söylenebilir. Doğrusu ilk karardaki müdahale türü, ikinci karara göre daha belirgindir. Dahası AİHM içtihadının mevcut hukuki sorunu anlamlandırmada yeterli olduğu da iddia edilebilir. Atfın bu açıdan bir nebze fazla ve gereklilik şartını sağlamadığı da ileri sürülebilir. Yine de sanat eserlerine dönük müdahaleden bağlamsal değerlendirmenin vurgulanması açısından faydalı bir perspektif sağlanmıştır.

3. ÖRNEK III - İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve NEFRET SÖYLEMİ

Bireysel başvuru kararlarındaki atıfların son örneğinde ifade özgürlüğü ve kişilik hakları arasındaki uyum arayışları konu edinilmiştir. Bu örnekte atfı yapan ve atıfta bulunulan birer karar olduğu için Türk Anayasa Mahkemesinin kararının özeti ile başlanabilir.

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği başvurusunda, başvurucular, Cerattepe Maden Projesi hakkındaki haberlerde kendilerine yönelik kullanılan ifadelerin kişilik haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucular, basın tarafından haklarında kullanılan "*Alman devşirmesi*", "*PKK grupları*" gibi ifadelerin nefret söylemi teşkil ettiğini ve bu haberlerin, kendilerini terörizmle ilişkilendirilerek hedef gösterdiklerini savunmuştur. Mahkeme, söz konusu haber ve yorumların, objektif gerçekleri çarpıtmadığını; daha ziyade tartışmalı bir konuya ilişkin farklı görüşleri dile getirme amacı taşıdığı tespitini yapmıştır. Mahkeme, gazetecilerin yorumlarının sert olsa da kişilik haklarına yönelik doğrudan bir saldırı teşkil etmediğini, ifade özgürlüğünün geniş bir yorum alanı bulunduğunu ve abartılı ifadelerin dahi kişilik haklarını ihlal etmediğini

---

68 İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 38.

69 İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 44.

70 İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022, § 71-75.

belirtmiştir. Mahkeme, ceza yargılaması dışında başvurucuların hukuk mahkemelerinde[71] tazminat davası açabileceğini eklemiştir. Başvurucuların öncelikle (tazminat için) hukuk mahkemelerine başvurmamış olmaları da başvurunun usulden reddine sebep olmuştur.[72]

Anayasa Mahkemesi, "*Alman Devşirmesi*" ve "*PKK yanlısı*" gibi ifadelerin içeriğine dair değerlendirme yaparken "*kamuoyunda önemli sayıda kişi ve grup; çevrecilerin bu eylemlerinin ülke ekonomisine yarardan çok zarar getirdiğini, ülkenin tüm zenginliklerinin kullanılması gerektiğini, maden kaynaklarının kullanılmasına karşı çıkanların ancak ülke ekonomisinin gelişmesini istemeyenler olabileceğini savunmuşlardır*" ifadesini kullanmıştır.[73] Mahkeme, özetle, başvurucunun sırf çevreci olduğu için hedef gösterilmediği sonucuna varmış ve nefret söyleminin bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Bu kararda atıfta bulunulan FAYM kararında da yine kişilik hakları ve ifade özgürlüğü arasındaki uyuma ilişkin bir soru yanıtlanmaya çalışılmıştır.

---

71 Kararda, Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinde dava açma yolunu *daha etkili bir giderim yolu* olarak nitelendirmiştir. Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019, § 37.

72 Çalışmanın bağlamından kopmamak kaydı ile Anayasa Mahkemesinin bu kararına ilişkin bazı tespitlerin paylaşılmasında yarar vardır. Anayasa Mahkemesinin bu kararında olduğu gibi hukuk sisteminden birden fazla usulün kümeleşerek etkili olması mümkündür. Ömer Emrullah Egeliği, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 206. Hakaret vs gibi bu tarz başvurularda Anayasa Mahkemesinin yaygın içtihadının bu yönde olduğu da doğrudur. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin şu kararları: (Halkevleri Derneği ve İlknur Birol Başvurusu, AYM, B. No: 2013/577, T: 30.06.2014, § 32 ve Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, AYM, B. No: 2012/1027, T: 12.02.2013, §§ 19-20.) Bununla birlikte şunu da ifade etmek gerekir ki ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasında en temelde ekonomik olarak bir ulaşılabilirlik farkı vardır. Bu fark da göz önüne alınarak bu içtihat sürdürülürken dikkatli olunması ve her somut olaya göre değerlendirme yapılmasının bırakılmaması icap eder. Aksi halde sistematik bir şekilde hakarete ve nefret söylemine maruz kalan dezavantajlı grupların, maruz kaldıkları saldırılar karşısında da hukuk mahkemelerinde dava yolunun adres gösterilmesi gibi rasyonel olmayan bir sonuç doğabilir.

73 Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019, § 34-36.

Mahkemenin bu tespiti yaparken ne tür bir veriye ya da çalışmaya dayandığı ilgili paragrafta yer almamaktadır. Şüphesiz çevreci eylemlerin ülkeye zarar getirdiği, hatta çevreci hassasiyetlerin ülkeler arasında rekabette araçsallaştırıldığını söylemek ifade özgürlüğü içerisindedir. Hatta yabancı STK'ların ülke menfaatinin aksine bir doğrultuda faaliyet gösterebileceği de bir olgu olabilir, olmasa da ifade edilebilir. Gerçi bunlar hukukun konusu olmaktan ziyade diğer başka disipllinlerin konusu olmaya daha elverişlidir. Ancak bu tarz olgular hukukun konusuna girdiği takdirde bunların tam aksi de öne sürülebilir. Örneğin yabancı bir maden işletmesi söz konusu olabilir ve bunun faaliyetleri ülkenin çıkarlarına ve çevreye zararlı olabilir. Bu durumda bu madenin zararlı faaliyetlerine karşı sivil toplum aktiviteleri yürüten kişileri hedef gösteren gazetecilerin yabancı şirketlerle iş birliği yaptığı öne sürülebilir. Veyahut bu yabancı maden şirketine karşı yabancı bir STK çalışmalar yürütüyor olabilir. Görüldüğü gibi üç olasılık da somut olaylarda başvurucuların menfaat ilişkilerinin değerlendirmelerde mutlak tutarlılığa ulaştıramayacağının göstergesidir. Ayrıca Kararda bu kanaate varılırken, başvurucunun çevrecilik faaliyetlerinden önce de söz konusu vakıflarla ilişkisi ya da yayına çıktığı TV kanalıyla ilgili suçlayıcı haberlerin mevcut olup olmadığına dair bir bilgi mevcut değildir. Yani bu haberlerin çevrecilik faaliyetleri ile ilgilisinin olmadığını gösteren bulgulara karar metninde rastlanmamıştır.

Başvurucu, 1992 yılında "*Regensburger Wochenblatt*" gazetesinde yayımlanan bir makalede, Regensburg'daki kültür idaresine bir üye atanması ile ilgili olarak adaylardan birinin Yahudi kimliğinden söz etmiştir.[74] Başlıkta yer alan "*Kültür: Bir Yahudi?*" ifadesi, bu adayın etnik kökenine dikkat çekse de makale, söz konusu adayın kültür alanındaki yeterlilikleriyle ilgili bir bağlamda yazılmıştır. Ancak, başlık ve içerik, daha sonra halkı kin ve düşmanlığa teşvik etme suçlamasına konu olmuştur. Yerel mahkemeler, başvurucunun bu ifadeyle Yahudi halkına hakaret ettiğine karar vererek, başvurucuya ceza vermiştir.

FAYM, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 5. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmeyen ifadelerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Fakat, ifadenin içeriğinin birden çok anlamı olduğunu ve başlığın yalnızca (nefret/ayrımcılık kastı olmaksızın) kişinin etnik kimliğine referansla yapıldığını ifade etmiştir. Mahkeme, bunun doğrudan bir hakaret anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre, "Yahudi" ifadesinin kendisi, Nazi dönemi gibi özel bir bağlam dışında bir aşağılamayı temsil etmemektedir. Ancak derece mahkemelerinde ise tek başına makalenin başlığı dikkate alınarak, metnin genel bağlamı göz ardı edilmiştir. Mahkeme, başvurucunun makalesinin, ifade özgürlüğü çerçevesinde daha dikkatli değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Makalenin, Yahudi halkına yönelik herhangi bir saldırı içerdiği kanıtlanmamıştır ve başvurucuya ceza verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülerek ihlal kararı verilmiştir.

Kanaatimizce Türk Anayasa Mahkemesinin, FAYM'nin kararına atıfta bulunmasının birkaç olası nedeni vardır. Bu kararda, ifade özgürlüğü kapsamında olmayan *halkı kin ve düşmanlığa teşvik etme* olgusunu inceleyen bir değerlendirme yapılmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğü, kişilik hakları ve toplum huzuru arasındaki dengeyi gözetmeye çalışmaktadır. Bununla birlikte Türk Anayasa Mahkemesinin, başvurucuların "*Alman ajanı*" olarak yaftalanmalarının çevreci kimliklerinden ziyade, bu kişilerin ideolojik duruşlarından ve dışarıdan aldıkları destekle ilişkilendirilen bir suçlama olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmesi tartışmalı bir tespittir. Bu tür bir yaftalamanın ifade özgürlüğü sınırlarını aşarak nefret söylemi yaratma potansiyeline sahip olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Başvuruculara yönelik "*Alman ajanı*", "*PKK yanlısı*" gibi suçlamaların, şeref ve itibar haklarına zarar verici bir nitelik taşıyabilir. Üstelik FAYM önündeki vakanın aksine, başvuruculara yöneltilen tespit somut bir olgu olmaktan uzaktır. Zira "*PKK yanlısı*", "*Alman ajanı*" gibi ifadeler suç teşkil eden ve yargılama gerektiren tespitlerdir. Fakat FAYM önündeki vakada olduğu gibi, bir kişinin etnik ya da dini mensubiyeti daha açık bir olgusal tespittir. Nitekim FAYM de bu hususu "*çok uzak olmayan açık bir referans*" olarak tanımlayıp, bu referansın kullanılmasının ne gibi bir nefret söylemine dönüştüğünün gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.[75] Fakat Türk Anayasa Mahkemesi önündeki vakada bu derece yakın bir *olgusal referanstan söz* etmek pek olası görünmemektedir.

Ek olarak FAYM kararının gerekçesinin ana gövdesinde olmasa da istinaf mahkemesi kararı değerlendirilirken dikkat çeken bir husus mevcuttur. O da

---

[74] BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000.

[75] BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 41.

ifadenin kendisi, içeriği ve bağlamı kadar ifadenin kullanıcısı kriteridir.[76] Kararın gerekçe kısmında olmasa da istinaf mahkemesi kararı özetlenirken yazar ile ilgili değerlendirmelere de yer verilmiştir.[77] Yazarın daha önceki çalışmaları, genellikle eleştirel ve tarafsız bir bakış açısıyla kaleme alınmış, ırkçı bir söylem içermemiştir. Yazarın, toplumsal bir tartışma yaratmayı amaçladığı ve yazısındaki başlığın yalnızca bir kimlik tanımlaması olduğuna karar verilmiştir. Yazarın geçmişteki toplumsal katkıları, bu yazıda ırkçı bir amacı olmadığını kanıtlayan yan bir faktör olarak öne çıkmıştır.[78] Türk Anayasa Mahkemesi kararında ise başvuru konusu haberler dışında, geçmişteki haberler ve yazarların önceki yazıları hakkında spesifik bir değerlendirme veya tespitte bulunulmamıştır. Karar, daha çok başvuruculara yönelik güncel suçlamalar ve bu suçlamaların, şeref ve itibar hakları ile ifade özgürlüğü açısından nasıl değerlendirileceği üzerine odaklanmıştır.

Kanaatimizce her iki karar arasındaki farklar yeterince irdelenmemiş ve *atıfların gerekliliğinin*, ardıl boyutu ihmal edilmiştir. Zira olayda başvurucuların basın özgürlüğü ekseninde bulundukları konum dahi farklıdır. FAYM kararında başvurucu gazeteciyken, burada ilgili haberden etkilenen kişilerdir. Ayrıca belirttiğimiz gibi FAYM kararındaki olayda haberin içeriği bir somut olguyu işaret etmektedir. Kişinin etnik kökeni, dili, memleketi, okuduğu okullar kişinin değiştiremeyeceği somut olgulardır. Ancak terör örgütü mensubu olmak ya da yabancı ülkelere ajanlık yapıyor iddiaları, hukuki sonuçları da olan ithamlar niteliğindedir. Kanaatimizce her iki karar arasındaki benzerlik ancak FAYM kararında gazetecinin, bürokrat adayı için bir ülkenin ajanlığını yaptığı iddiası olsa idi yüksek olurdu. Ne var ki bu iki olay arasında bu noktada asgari benzerlik mevcut değildir. Elbette atıf yapılan kararın aynı olması şart değildir. Ancak iki karar arasındaki temel değerlendirme farklarının ortaya konmaması, atfın ardıl gereklilik şartını sağlamaması sonucu doğurur.

B. NORM DENETİMİ KARARLARI

Bu bölümde norm denetimi kararlarında atıf yapılan FAYM kararlarına yer verilecektir. Norm denetimi incelemesinde FAYM'nin yalnızca norm denetimi kararlarına atıf yapılmamış bireysel başvuru kararlarına da yer yer başvurulmuştur. Bu bölüm Türk Anayasa Mahkemesinin erken dönem atıflarının çoğunu içermektedir. Kararların dağılımı incelendiğinde oluşan ilk izlenim hukuki sorunların daha çok, özel hukuk alanında destek yorum olarak kullanıldığıdır.

---

[76] Örneğin bu ifadeyi kullananın bir Nazi geçmişi olsa idi farklı bir değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir. BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 40.

[77] BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000, § 14.

[78] Bu yan değerlendirmenin bir örneğini de Perinçek / İsviçre kararında görmek mümkündür. Kararda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvurucunun geçmişteki ifadelerini ve siyasi duruşunu da değerlendirme unsuru olarak ele almıştır. Mahkeme, başvurucunun daha önceki davalarında ifade özgürlüğü ihlalleri konusunda verdiği kararları göz önünde bulundurmuş, geçmişteki açıklamalarının "şiddet veya nefret söylemi" içermediğini belirlemiştir. Bu bağlamda, "ifade özgürlüğü" hakkının, kullanılan ifadenin bağlamı ve söylemiyle birlikte, geçmişteki siyasi duruş ve tutumları da göz önünde bulundurmuştur. Perinçek/İsviçre (B.D.), AİHM, B. No: 27510/08, T: 15.10.2015, §§ 237-241.

1. ÖRNEK I - EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLAR

Bu örnekte incelenen FAYM kararına atıf yapılan 2 karar mevcuttur. Bunlardan ilki 1981 tarihli diğeri ise 1991 tarihlidir.

Türk Anayasa Mahkemesinin 1981 tarihli kararında, Türk Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı incelenmiştir.[79] İzmir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, tarafından itiraza konu edilen ilk madde Medeni Kanun'un 292. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Buna göre, hâkim, evli bir erkeğin zinası sonucu doğan çocuğunun babalığına hükmedememektedir. Kanun'un 310. maddesi bunun istisnası olarak babanın, evlilik dışı çocuk sahibi olduğu kişinin iradesini yanıltmış olması durumunu göstermiştir. İtiraz konusu bir başka hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesi ise nesebi sahih olmayan çocukların miras hakkını düzenlemekteydi. Bu hükme göre, nesebi sahih olmayan çocuklar, anne tarafından mirasçı olabilmekte; ancak baba tarafından mirasçı olabilmeleri için babalarının onları tanıması ya da mahkeme kararıyla babalıklarının tescil edilmesi gerekmekteydi. Tanınan ya da mahkeme kararıyla babalıkları kabul edilen bu çocuklar, baba tarafından nesebi sahih olan çocuklarla aynı mirası paylaşmakta; ancak payları yarıya düşmekteydi.

Anayasa Mahkemesi bu hükümlerden Türk Medeni Kanunu'nun 310. maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir. Hüküm, evli bir erkeğin zina yoluyla doğan çocuklarıyla ilgili olarak hâkimin, (erkek cinsel ilişki sırasında evli ise) babalığa hükmedemeyeceğini belirtmekteydi. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vererek, 310/2. maddeyi iptal etmiştir. Diğer hükümler, 292 ve 443. maddeler ise bu karar kapsamında incelenmemiş ve iptal edilmemiştir. Mahkeme, bu hükmün, evlilik dışı doğan çocuklar ile diğer çocuklar arasındaki eşitliği[80] ihlal ettiğini belirtmiştir. Evlilik dışı doğan çocukların babalarıyla bağ kurmasının engellenmesinin, anayasal yükümlülüklere aykırı olduğu belirtilmiştir.[81]

FAYM kararına değinmeden önce benzer yönleri ağır bastığı için Türk Anayasa Mahkemesinin daha yeni tarihli kararını da özetlemekte yarar vardır. 1991 tarihli kararda da bir önceki karara konu olan itirazda yer alan, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 292. maddesi ele alınmıştır. Mahkeme, itiraz başvurusu üzerine birbiriyle evlenmeleri yasak olanların zinasından doğan çocukların tanınamayacağını belirten kısmını iptal etmiştir.[82] 1981 tarihli kararda iptal edilen ise evli erkeklerin, cinsel ilişki sırasında evli olmaları halinde doğan çocuğun hâkim kararı ile tanınmasını engellemekte olan hükümdür. Bu yönü ile iptal edilen hükümlerin birbirine benzer konuları düzenlediği söylenebilir.

---

79 AYM, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21.05.1981.

80 1961 Anayasası'nın 12. maddesi, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtirmektedir.

81 Anayasa Mahkemesi, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 310. maddesinin ikinci fıkrasının, af kanunları ile sıkça geçici olarak düzeltildiğini ve bu durumun maddenin uygulamadaki eksikliklerini ortaya koyduğunu belirtmiştir. 1933-1974 yılları arasında çıkarılan af yasaları, evlilik dışı doğan çocukların babaları tarafından tanınmasını sağlamak amacıyla, maddenin getirdiği hukuki engelleri ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Ancak, bu geçici çözümler, çocuk haklarının ihlali ve eşitlik ilkesine aykırılık gibi kalıcı sorunları çözmemiştir. Ayrıca, uluslararası alanda da çocukların hukuki eşitliği ve aile birliğinin korunması açısından önemli gelişmeler yaşanmış, birçok ülke (Örneğin İsviçre) bu tür ayrımcı düzenlemeleri kaldırarak çocukların eşit haklarla korunması ilkesine yönelmiştir. Bu gibi tespitler kararın gerekçesini teşkil etmiştir.

82 AYM, E: 1990/15, K: 1991/5, T: 28.02.1991.

Atıfta bulunulan FAYM kararının arka planındaki olay da benzer şekilde evlilik dışı doğan çocukların hakları ile ilgilidir. Evlilik dışı bir çocuk olan başvurucu, babasının ölümünden sonra medeni hukuktan kaynaklanan nafaka üzerinden, sosyal sigortadan aldığı yetim aylığının mahsup edilmesine karşı çıkmaktadır. Başvurucu, babasının sağlığında imzaladığı bir taahhütnameye dayanarak düzenli nafaka alırken, babasının ölümüyle birlikte sosyal sigortadan (nafakaya ek olarak) yetim aylığı almaya da başlamıştır. Ancak, babasının -aynı zamanda babanın mirasçısı olan- eşi, çocuğun halihazırda yetim aylığı aldığını ve bunun nafaka ödemesini karşıladığını savunarak hukuki süreç başlatmıştır. Derece mahkemeleri, mirasçının bu iddiasını kabul ederek, sosyal yardımın nafaka yükümlülüğünü karşıladığı yönünde karar vermiştir. Başvurucu, bu kararı FAYM'ye taşımıştır.

FAYM, sosyal yardım ve nafaka hakkını iki ayrı hukuki temele dayandırarak net bir ayrım yapmıştır. Mahkeme, yetim aylığının sosyal güvenlik sistemine dayalı bir hak olduğunu, nafakanın ise babanın medeni hukuk yükümlülüklerinden doğan bir hak olarak ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu iki hakkın birbirini ortadan kaldırmayacağını belirten Mahkeme, derece mahkemesi kararının, Anayasası'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 6. maddesinin 5. fıkrasındaki *evlilik içi ve dışı çocukların eşitliği ilkesine* aykırı olduğuna hükmetmiştir. FAYM ayrıca, kanun koyucunun evlilik dışı çocukların haklarını anayasa ile uyumlu bir şekilde düzenleme görevini yeterince yerine getirmediğini tespit etmiştir.[83] Bu noktada, medeni hukukun mevcut düzenlemelerinin, evlilik dışı çocukları dezavantajlı bir konuma düşürdüğünü ve yasa koyucunun gerekli reformları yapmadığı sürece bu tür sorunların devam edeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce bu atıfta benzer hukuki sorun şartı sağlanmaktadır.[84] Atıfta bulunulan FAYM kararında çözülen/yanıtlanan hukuki sorun Anayasa Mahkemesi önündeki davada da istifade edilecek bir husustur.[85] Anayasa

---

[83] Burada Federal Mahkemenin tespitlerine dikkat çekmek gerekir. Federal Mahkeme "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" için bazı şartların gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, yasamanın ihmal yolu ile anayasayı ihlal edip etmediğini denetlerken yasamanın sahip olduğu takdir yetkisine öncelikle dikkat çekmektedir. Yani yasama bir düzenlemeyi dilediği zaman yapmakta serbesttir. Yasaların sıralama ve önceliğine yasama karar verir. Ancak yine Mahkeme şunu da söylemektedir, Anayasa'nın 6. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "evlilik dışı ve içi çocuklar arasındaki eşitlik ilkesinin" günlük hayatta sıkça rastlanan hayati bir soruna yönelik olduğu açıktır. Bu hükmün anayasal önemi ortadayken, anayasal açıdan daha az önemli konularda bile yasama faaliyeti yapılıyor ise bu konuda (20 yılı aşkın süredir yapılmamıştır) evleviyetle düzenleme yapılmış olması beklenir. BVerfG, 1 BvR 26/66, T: 29.01.1969, § 51. Rona Serozan, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 6, 1970, s. 249.

[84] Bu noktada şu soru akıllara gelmektedir. FAYM kararından evvel de benzer şekilde doğum temelli ayrımcılığa karşı Strasburg kararları mevcuttur. Örneğin AİHM, İnze v. Avusturya, B. No. 8695/79, 28/10/1987. Ancak Anayasa Mahkemesi, AİHS'den ve çeşitli uluslararası sözleşmelerden bahsetse de bu tarz kararlara atıf yapmamıştır. Bir olasılık Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında Almancanın yabancı dil olarak daha yaygın olması ya da Almanca kararların daha yakından takip edildiği öne sürülebilir. Diğer bir olasılık Strasburg kararlarında kullanılan dile olan mesafe ve o kararların yakından takip edilmemesi olabilir.

[85] Kontacı, bu atıf için destekleyici, dekoratif bir atıf nitelendirmesi yapmıştır. Kontacı, 2021, s. 244 Yazarın aynı eserinde dekoratif atıfları nasıl nitelendirdiğine ilişkin birtakım veriler elde etmek mümkündür. Yazar, dekoratif atıfları mahkemelerin bilgelik

Mahkemesi, FAYM kararına atıfta bulunurken "*benzer bir konuda*" ibaresine yer vererek bu benzerliğe ilişkin farkındalığını vurgulamıştır. Mahkeme her iki kararda da atfını şu şekilde dile getirmiştir: "*Belirli bir grup insanın kendi iradeleri dışında kalmış bir nedenle, salt bir doğum yanlışı yüzünden aşağılanmalarının, horlanmalarının ... eşitlik ilkesi ve kişiliğin serbestçe oluşumu, gelişimi, temel hakkı ile bağdaşmayacağı açıktır.*" Doğrusu alıntılanan ifade, hukuki sorun benzerliği ve gerekçede kullanılışı atfın görünüşte değil gerçek bir diyalog örneği olduğunu gösteren etmenlerdendir. Bu karardaki atıf, benzer hükmün yorumlayıcısı ülke kararlarına dönüktür. Bu yönü ile "dinamik sonuçlu kullanım[86]" olarak tanımlanabilir.

Ne var ki bu ifadenin Rona Serozan'ın çevirisinden alınmış olduğu tespit edilebilmektedir.[87] Fakat kararda bu yönde bir bilgiye rastlanmamakla beraber zaten atfın kendisinde hangi karara atıfta bulunulduğu bilgisi de mevcut değildir.[88] Kararın künyesine Serozan'ın kararlar derlemesinde yer alan bilgiler ile ulaşılabilmektedir. Atfın yöntemsel eksikliği, içerikteki destekleyici rolüne gölge düşürmektedir.

2. ÖRNEK II – EŞLER ARASI EŞİTLİK

Bu başlık altında incelenecek olan kararlar da eşitlik ilkesi bağlamında medeni hukuka ilişkin tartışmaları içermektedir.

FAYM'ye gönderme yapan karar, İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 159. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yaptığı itiraz üzerine verilmiştir. Medeni Kanun'un 159. maddesi, kadınların meslek veya sanatla uğraşmasını kocanın açık veya dolaylı iznine bağlamış, iznin reddi durumunda kadının mahkemeden onay istemesini öngörmüştür. Davacı kadın, halk müziği sanatçısı olarak çalışmaktadır. Evliliğin sonraki aşamalarında kocası kadının çalışmasına rıza göstermediğini beyan etmiştir. Boşanma davası görülürken, bu düzenlemenin kadın-erkek eşitliği ve çalışma hakkını ihlal ettiği öne sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi yalnızca FAYM'ye değil Türk Medeni Kanunu'nun esinlendiği İsviçre Medeni Kanunu'na ve diğer medeni hukuk sistemlerine de

---

gösterme aracı (s. 165); kararlar arasındaki zayıf bağlantı sonucu (s. 163); dolgu malzemesi ve süsleme (s. 162) gibi ifadelerle nitelendirmiştir. Yazarın bu kategoriyi nitelendirmesi önemlidir. Buna ve giriş bölümünde değindiğimiz, Oder'in "görünüşte atıf" nitelendirmelerine katılıyoruz. Bu farkındalığı da önemli buluyoruz. Ancak bu örneğin yukarıdaki nitelendirmelerin kapsamına girdiği hususuna katılamıyoruz. Zira atıfta bulunulan Federal Mahkeme kararındaki (en azından) hukuki sorun ve felsefi yaklaşım bu karar ile örtüşmekte ve görünüşte değil özde bir diyaloğa olanak tanımaktadır.

86 Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 193.

87 Serozan, s. 249.

88 Esasında Gözler'in ifade ettiği gibi fikri mülkiyet hukuku açısından kurallar herkes gibi mahkemeleri de kapsamaktadır. Her ne kadar Mahkeme kararında Serozan'ın eserinin başlığı zikredilse de atıf yapılan mahkeme kararı Serozan'ın çevirisidir ve çevirinin yer aldığı esere nizami olarak atıfta bulunulması gereklidir. Kemal Gözler, Alıntı ve Atıf Usûlleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2023, s. 308. Aynı kural mahkeme atıflarında, karar künyelerinin muntazam bir şekilde verilmesini de gerektirir.

atıflar yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun, 1912'de yürürlüğe girdiğinde ilerici bir düzenleme olarak kabul edilmekle birlikte, koca egemenliğine dayalı bir aile modelini esas aldığı, eşler arasında tam bir eşitlik sağlamadığı belirtilmiştir.[89] Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, Medeni Kanun'un 159. maddesinin kadın-erkek eşitliğini zedelediği ve çalışma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Atıfta bulunulan kararın içerik uyumunu incelemeden önce atıf yönteminin eksikliğine değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi, FAYM'nin kararına tam künyesi ile atıfta bulunmamıştır. Tek atıf parantez içinde verilen 1954 sayılı Alman Resmî Gazetesinin 10. sayfasıdır.[90] Bu atıf üzerine yapılan araştırmada söz konusu resmî gazetenin tam tarihinin 02/02/1954 olduğu tespit edilebilmiştir. Bu gazetenin yine belirtildiği gibi 10. sayfasında yer alan karar FAYM'nin 18/12/1953 tarihli kararıdır.[91]

FAYM kararı kadınların hakları üzerindeki evlilik birliğinden kaynaklı sınırlamaların kaldırılmasını içermektedir. Federal Almanya Anayasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrası, kadın ve erkek eşitliğini anayasal bir norm olarak düzenlemiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 117. maddesi, bu eşitlik ilkesine aykırı olan eski medeni hukuk düzenlemelerinin 31 Mart 1953 tarihine kadar düzeltilmesini öngörmüştür. Ancak yasama organı, bu süre zarfında gerekli reformları yapmamış ve eski medeni hukuk kuralları yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu kurallar, özellikle kadınların evlilik birliği içinde çalışma hakkını sınırlamış ve kocaya, eşinin meslek veya sanatla uğraşmasına izin verme yetkisi tanımıştır. Bu durum, anayasal eşitlik ilkesinin bağlayıcılığı ve doğrudan uygulanabilirliği sorununu gündeme getirmiştir.

FAYM, Anayasa'nın 3. maddesindeki kadın-erkek eşitliğini, yasama organı tarafından düzenlenmesi beklenen bir "program maddesi" olarak değil, doğrudan uygulanabilir bir hukuk normu olarak değerlendirmiştir.[92] Mahkeme, yasama organının gerekli düzenlemeleri yapmamış olmasının anayasal normların uygulanabilirliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Buna göre, kadınların çalışma hakkını kocanın iznine bağlayan eski medeni hukuk kuralları, anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu için geçersiz sayılmıştır. Mahkeme, anayasanın temel haklarla ilgili hükümlerinin mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabileceğini ve anayasa ile çelişen eski düzenlemelere itibar edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Bu kararı izleyen gelişmelerden en önemlisi ise Anayasa Mahkemesi kararında ifade edildiği gibi Medeni Hukuk Alanında Kadınlar ve Erkekler için

---

89 Kararda ayrıca Alman hukukunda, II. Dünya Savaşı sonrası gerçekleştirilen reformlarla kadın-erkek eşitliği genişletildiği ve 1957 tarihli *Gleichberechtigungsgesetz* ile kocanın karısını çalışma hakkından mahrum bırakma yetkisinin kaldırılma eğiliminin sergilendiği belitilmiştir. Yine gerekçeye yansıdığı üzere Fransız hukukunda 1965 reformları, kadının meslek ve çalışma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaları sona erdirmiştir. Kararda ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gibi uluslararası belgelerden de yararlanılmıştır.

90 "*Bundesgesetzblatt, 1954, s. 10"* şeklinde verilmiştir.

91 BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953.

92 BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953, § 46.

Eşit Haklar Kanunu'dur.[93] Ne var ki Anayasa Mahkemesi bunu belirtirken de bir tarih hatası yapmıştır. Zira anılan eşitlik kanunu 18/06/1957 tarihinde kabul edilse de yürürlüğe giriş tarihi 01/07/1957 değil 01/07/1958'dir. Normal şartlarda bu durum, çok fazla dikkate alınmayabilecek, küçük bir hata olarak kabul edilebilecek bir tarih yanlışı olsa da karara yapılan atıftaki eksikliklerle beraber düşünüldüğünde atfın içeriksel değer ve önemine gölge düşürmektedir. Nihayetinde hatalar olsa da bu atıflarla işaret edilen olgu, Anayasa Mahkemesi önündeki sorunla benzeşmektedir. Zira FAYM'nin kararı ve ardından çıkartılan yasalar, kadın ve erkek eşitliğinin sosyal hayata yansımasını sağlamak üzeredir. Nitekim kadınların çalışma hakkı ile ilgili gelişmeler de içermektedir. Anayasa Mahkemesinin kadınların aile birliği içerisindeki haklarının gelişmesi eğilimini örneklendirmesi içerik açısından yerinde bir atıf olarak kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan atıf, **karşılaştırmalı hukuk** ve **mahkemeler arası diyalog** çerçevesinde anlamlı bir örnek teşkil etmektedir. Her iki kararın odak noktası, kadınların medeni hukukta eşit haklara sahip olmasını sağlayarak anayasal eşitlik ilkesini güçlendirmektir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin FAYM kararına yaptığı atıf, **karşılaştırmalı anayasa yargısının** bir örneği olarak, kadın haklarının korunması ve anayasal normların doğrudan uygulanabilirliği açısından ileri bir yorum yöntemi sunmaktadır. Bu yaklaşım, anayasal hakların evrensel standartlarla uyum içinde yorumlanmasını ve mahkemeler arası diyalog yoluyla hukuk düzenlerinin birbirini tamamlamasını teşvik etmektedir.

Son olarak kararda kullanılan "*çağdaş çözüm önerileri*", "*çağdaş yasalar*", "*çağdaş hukuk anlayışı*" gibi bağlama ifadelerine değinmek gerekir. Bu ifadeler yeterince somutlaştırılmadığı sürece bir tür "görünüşte (pseudo) atıf" ya da görünüşte diyalog tehlikesi ortaya çıkabilir.[94] Yani bu gibi hallerde, karşılaştırmalı hukuka yapılan atıfların gerçek birer kanıt olarak gerekçede belirleyici değerinden söz edilemez. Fakat mahkemenin bu nitelendirmeleri bir kenara bırakılacak olursa benzer hukuk sistemi ve benzer hukuki sorun şartının bu atıf için geçerli olduğu sonucuna varılabilir.[95]

C. SİYASİ PARTİ KARARLARI

FAYM kararlarına yapılan atıfların yoğunlaştığı bir diğer dava türü örneği de siyasi partilerle ilgili kararlardır.

Örneğin 1993 yılında görülen *Özgürlük ve Demokrasi Partisi'ni (ÖZDEP)* kapatma kararında, Almanya FAYM'nin ***SRP (Sozialistische Reichspartei)***[96] ve ***KPD (Kommunistische Partei Deutschlands)***[97] davalarındaki içtihatlarına atıf yapılmıştır.[98] Doğrusu kararların künyesine yer verilmemiş, Türk Anayasa Mahkemesi kararında FAYM'nin bu partileri, demokratik düzene

---

93 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz - GleichberG). Kanun'un yürürlük tarihi 01/07/1958, kabul tarihi ise 18/06/1957'dir.

94 Oder, s. 201-202.

95 Bizimle benzer yönde bir görüş için bkz. Kontacı, 2021, s. 246.

96 BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.

97 BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.

98 AYM, E: 1993/1, K: 1993/2, T: 23.11.1993.

tehdit oluşturduğu gerekçesi ile kapattığı bilgisine kısaca yer verilmiştir.[99] Yine de Anayasa Mahkemesinin bu atıfları, demokratik düzeni tehdit eden siyasi hareketlere karşı devletin kendini koruma refleksini vurgulayan "*militan demokrasi*"[100] anlayışını temel aldığı varsayılabilir.[101]

ÖZDEP'in kapatılmasında, partinin programında yer alan ifadelerin, Türkiye Cumhuriyeti'nin "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü*" ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi, Almanya'daki bu davaları örnek alarak, demokratik sistemin kendi yıkımına olanak tanımayacağı tezini benimsemiştir. Ancak, Türkiye'nin anayasal düzenindeki hassasiyetlerin Almanya'dan farklı olarak, etnik ayrılıkçılık ve üniter yapı üzerinde yoğunlaştığı vurgulanmıştır.

Atıfta bulunulan *SRP kararı (Sozialistische Reichspartei)* FAYM'nin ilk parti kapatma kararıdır. Mahkeme, *SRP'nin (Sozialistische Reichspartei)* kapatılmasına şu gerekçelerle karar vermiştir: Parti, Nazi ideolojisinin yeniden canlanmasını savunmuş ve demokratik düzeni açıkça tehdit eden politikalar yürütmüştür. Mahkeme, partinin demokratik ilkelere aykırı bir şekilde "*Führerprinzip (lider ilkesi)*" esasına dayandığını, yani otoriter bir liderlik anlayışını benimsediğini tespit etmiştir.[102] Ayrıca *SRP'nin* faaliyetlerinin, Almanya'nın özgürlükçü ve demokratik temel düzenine zarar verdiği ve bu düzeni ortadan kaldırmayı hedeflediği belirtilmiştir. Bu nedenle, parti "*anayasa düşmanı*" ilan edilerek faaliyetleri yasaklanmış ve mal varlıklarına el konulmuştur.[103]

Yine ilk dönem kararlardan olan ***KPD'nin (Kommunistische Partei Deutschlands)*** kapatılması kararında da şu gerekçelere yer verilmiştir: Parti, Marksist-Leninist ideoloji doğrultusunda, Almanya'nın anayasal düzenini

---

99 Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu atıf tercihi öğretide de eleştiri bulmuştur. Kontacı, bu şekilde bir atfın nasıl kategorize edilebileceği, ampirik bir çalışmada nasıl kullanılacağının belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bu atıf yaklaşımı ile Federal Mahkeme kararlarını adeta bir genel kültür bilgisi gibi gördüğü sonucuna varılabileceğini belirtmiştir. Kontacı, 2021, s. 198.

100 Militan demokrasi, demokrasi düşmanı birtakım fikir ve siyasi hareketlerin, demokratik araçlarla (ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, siyasi partiler vs) iktidar elde edip demokratik düzeni ortadan kaldırma tehlikesine karşı bazı hakların kullanımını sınırlandırmaya cevaz veren bir demokrasi anlayışıdır. İkinci Dünya Savaşı öncesi Avrupa'da ortaya çıkan faşist iktidarlar nedeniyle Amerika'da ortaya çıktığı iddia edilen bu anlayış, siyasi partilerin kapatılmasına olanak tanımaktadır. Konuyla ilgili bir eser için Bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000. Militan demokrasi kavramı için "mücadeleci demokrasi" kavramı da kullanılırken, AİHM kararlarında bu kavram "kendini koruyan demokrasi" olarak karşımıza çıkmaktadır. Osman Can, Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir, Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, s. 15.

101 Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlara atfı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının esas hakkındaki mütalaasında yer almasının üzerine Refah Partisi'nin kapatılma davasının savunmasında, bu kararların ikinci dünya savaşının hemen ardından verildiği ve dönemine göre değerlendirilmesi gerektiği ve partinin kapatılma gerekçesi teşkil etmediği yönde bir savunmaya da konu olmuştur. AYM, E: 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1998/1, T: 16.01.1998.

102 BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952, § 231.

103 Mahkeme, Komünist Parti'nin Nasyonal Sosyalizme karşı mücadelesini kabul etmekle beraber artık Nasyonal Sosyalizm ile mücadelenin tamamlandığı ve özgür seçimlere dayanan demokratik düzen ve yöntemlere herkesin saygı duyması gerektiğini vurgulamıştır. BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956, § 1469.

ortadan kaldırmayı ve proletarya diktatörlüğü kurmayı hedeflemiştir. Mahkeme, *KPD'nin* sadece farklı bir sistem önerisiyle kalmayıp, aktif ve saldırgan bir tutum sergilediğini ve demokratik düzeni şiddet yoluyla değiştirme çabası içinde olduğunu tespit etmiştir. Parti, demokratik özgürlükler ve anayasal düzen için açık bir tehdit olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle, parti kapatılmış, mal varlıklarına el konulmuş ve tüm faaliyetleri yasaklanmıştır

FAYM'nin bu içtihatlarına örtülü olarak atıfta bulunulmuş, bu kararlardaki spesifik unsurlardan yararlanıldığı gözlemlenmemiştir. Bununla birlikte demokratik düzeni korumak için siyasi partilerin kapatılması kararının verilmesinin kaçınılmaz bir gereklilik olduğunu göstermek adına siyasi parti kapatma davalarında bu kararlara değinilmiştir.[104]

Kanaatimizce siyasi partilere ilişkin kararlarda kullanılan atıf "kökenci yaklaşım"[105] olarak tanımlanabilir. Zira parti kapatmaya cevaz veren militan demokrasi anlayışı Federal Almanya'daki düzenleme, tarihsel ve yargısal birikim ile ilişkilendirilmiştir. Ancak buradaki atıfların benzer hukuki sorunlara spesifik olarak odaklandığını söylemek güçtür. Daha çok Anayasa Mahkemesinin siyasi partileri kapatabilme yetkisinin meşruiyetini temellendirme amaçlı olduğu söylenebilir.[106]

D. KARŞI/FARKLI OYLAR

Kararın esas gerekçesinde yer bulmasa da bazı FAYM kararları ayrıksı oylarda da kendine yer bulmuştur. Şüphesiz kararların ana gerekçelerinde yer alan atıflar ile karşı oyda yer alan atıfların yargısal diyaloga aynı oranda katkı sağladığı söylenemez. Fakat biz Türk hukukunda mümkün olan karşı oy uygulamasının zamanla ana gerekçelere de yansıyabileceği ya da öğretinin buna ilgi gösterebileceği olasılığına binaen karşı oylardaki atıflara da kısaca değinmek istedik.

Ayrıksı oyları kaleme alan üyeler, hukuki pozisyonlarını güçlendirmek amacı ile yabancı mahkeme kararlarına daha çok atıfta bulunma eğiliminde olabilmektedir.[107] Doğrusu bunlardan bir kısmına (özellikle karşı oyda yer aldığı yönünde bir kategorizasyon uygulanmaksızın) makale içinde farklı başlıklarda da yer verilmiştir. Ancak bu örneklerin çok olmasından dolayı, bu başlık altında karşı oylardaki atıflar kısaca özetlenecektir. Her ne kadar makalenin farklı kısımlarında tartışılmış olsa da burada bir görüşümüzü belirtmek gerekir. Karşı oylardaki atıfların, üyelerin yabancı hukuka ilgisini ölçmek için tek başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Birincisi karşı oylar bazen birden fazla üye tarafından kaleme alınmaktadır. İkincisi ise raportör, uzman gibi yardımcı kadroların katkılarının ölçülmesinin zorluğudur. Üçüncüsü de yabancı mahkeme kararlarını ele alan ikincil kaynakların çoğalmasıdır.

---

[104] AYM, E: 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/2, T: 23.11.1993; AYM, E: 1993/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/3, T: 30.11.1993; AYM, E: 1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1994/2, T: 16.06.1994; AYM, E: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2001/2, T: 22.06.2001.

[105] Oder, s. 195.

[106] Benzer yönde bir görüş için Bkz. Kontacı, 2021, s. 279.

[107] Kontacı, 2021, s. 205.

1. ÖRNEK I - SERİ YARGILAMA

Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun seri muhakeme usulüne ilişkin 250. maddesindeki *"...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda..."* ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.[108] Düzenleme, savcının belirlediği yaptırım ile mahkemeyi sınırladığı için yargı bağımsızlığına, tarafsızlığına ve hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm verme ilkesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, bu kısıtlamanın aynı zamanda masumiyet karinesini zedeleyerek yeterli yargısal denetim yapılmasını engellediğine hükmetmiştir. İptal gerekçesinde, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma hedefinin, bağımsız mahkemelerce yapılacak serbest yargılamalarla sağlanabileceği vurgulanmıştır. Karşı oyda ise Almanya gibi Avrupa ülkelerindeki benzer düzenlemeler örnek gösterilerek, seri muhakeme usulünün ceza adalet sistemine katkı sağlayabileceği savunulmuştur. Üyelerden *Hasan Tahsin Gökcan*, FAYM'nin konu ile ilgili bir kararına atıfta bulunmuş ve seri yargılama sisteminin anayasaya uygun olabileceğini savunmuştur.[109] Ancak Anayasa Mahkemesi, Türk hukukundaki düzenlemenin eksikleri nedeniyle düzenlemeyi iptal etmiştir.[110] Üye seri yargılama konusunda Türkiye'de doğan soru işaretini FAYM kararı ile aydınlatmaya çalışmıştır. Söz konusu atıf benzer hukuki sorunları ele alması açısından gereklilik şartını yerine getirmektedir.

2. ÖRNEK II – SİYASİ PARTİLERE YARDIM

Bu başlık altında aynı FAYM kararına atıfta bulunulan 2 karar mevcuttur. Bunlardan ilki olan 1969 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen 1017 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'ya

---

108 AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.

109 FAYM, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 257c maddesiyle düzenlenen anlaşma prosedürünü anayasal ilkelerle uyumlu bulmuş ancak uygulamada ciddi anayasal sınırlar gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, düzenlemenin adil yargılama, masumiyet karinesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkelerine aykırılık teşkil etmediğini, çünkü hâkimlerin gerçeği araştırma yükümlülüğünün anlaşmalarla ortadan kalkmadığını belirtmiştir. Anlaşma prosedürlerinin şeffaflık, hukuki denetim ve sanık iradesinin özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi gerektiğine işaret eden Mahkeme, sanık itiraflarının doğruluğunun hâkim tarafından denetlenmesini şart koşmuştur. Düzenleme anayasaya uygun bulunsa da Mahkeme, uygulamada şeffaflık eksiklikleri ve irade baskısı gibi potansiyel ihlallerin giderilmesi gerektiğini vurgulayarak hukuki denetimin güçlendirilmesi çağrısında bulunmuştur. BVerfG, 2 BvR 2628/10, T: 19.03.2013. Özellikle *Gökcan'ın* karşı oyunda atıfta bulunduğu 65 ve 66. paragraflar şu şekilde özetlenebilir: FAYM, anlaşma yasasının (Verständigungsgesetz), mevcut ceza muhakemesi kanununa (Strafprozessordnung) uyumlu şekilde entegre edildiğini ve maddi gerçeğin araştırılması yükümlülüğünü (Amtsaufklärungspflicht) ya da maddi gerçek ilkesini (materielle Wahrheit) zedelemediğini belirtmiştir. Kanun, uzlaşmaya dayalı karar mekanizmaları (konsensuale Verfahrensabschlüsse) için yasal bir çerçeve sunarken, resmi olmayan anlaşmaları (informelle Absprachen) yasaklamakta ve şeffaflık (Transparenz) ile kamu denetimini (öffentliche Kontrolle) güvence altına almayı hedeflemektedir. Mahkeme ayrıca, yasa koyucunun nesnelleştirilmiş iradesine (objektivierte Wille) uygun olarak kanunların yorumlanması gerektiğini ve mahkemelerin bu iradeyi aşamayacağını vurgulamıştır. Bu düzenleme, adil yargılama ilkesi (Verfahrensfairness) ve tarafsızlık yükümlülüğünü (Neutralitätspflicht) korurken, anlaşmaların hukuki denetime açık ve sanığın özgür iradesine dayalı olarak gerçekleşmesini güvence altına almaktadır.

110 AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021, § 54.

aykırılığı iddiasını incelemiştir.[111] Mahkeme, devlet yardımını anayasal çerçevede demokratik hayatın gereği olarak değerlendirmiş, ancak bu yardımın ölçütlerinin adalet ve eşitlik ilkesine uygun olmadığını tespit etmiştir. Özellikle, yardımların oy oranına veya örgütlenme seviyesine göre belirlenmesinin bazı siyasi partilere avantaj sağladığı, diğerlerini ise dezavantajlı duruma düşürdüğü sonucuna varılmıştır. Mahkeme, bu durumun Anayasa'nın eşitlik (madde 12), seçme ve seçilme hakkı (madde 55) ve siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu (madde 56) ilkelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Kamu kaynaklarının dağıtımında nesnel ve eşitlikçi ölçütlerin benimsenmesi gerektiği vurgulanmış ve 1017 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile uygulanamaz hale gelen 2. ve 3. maddeleri de iptal edilmiştir.

Karara karşı oy kullanan üyeler (*Salim Başol*, *Muhittin Taylan*, *Recai Seçkin*), devlet yardımı ilkesinin dahi Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmuş ve FAYM'nin[112] siyasi partilere bütçeden yardım yapılmasının anayasal olmadığı yönündeki kararına atıf yaparak, yardımların siyasi partilerin bağımsızlığı ve demokratik süreç üzerindeki olası olumsuz etkilerine dikkat çekmişlerdir.

Ancak konu ile ilgili başka bir kararda, FAYM kararına farklı bir perspektif ile değinilmiştir. 1971 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen 1219 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın eşitlik ilkesi (madde 12) ve demokratik siyasetin gerekliliklerıyle bağdaşmadığı nedeniyle iptal edilmesine karar vermiştir.[113] Mahkeme, siyasi partilerin kamu yararına hizmet eden birer kamu kurumu olarak değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle devlet bütçesinden ayrılan yardımların anayasal kamu giderleri arasında yer alamayacağını belirtmiştir. Kararda, devlet yardımlarının demokratik rekabeti bozabileceği ve halk iradesinin serbest oluşumuna müdahale edebileceği risklerine dikkat çekilmiştir.

Buna karşın kararın gerekçesinin yazımını eleştiren farklı oy yazılarında (*Recai Seçkin*), siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu, devlet yardımlarının partilerin finansal bağımsızlığını ve demokratik süreci güçlendirebileceği savunulmuştur. İstisnai bir örnek olarak yorumlayabileceğimiz bu karşı oyda, kararın gerekçesinde FAYM kararına, kararda yer alan tespit ve ilkelere yeterince yer verilmediğinden yakınılmıştır. Bu noktada üye siyasi partilere yapılan yardımın yöntemine göre siyasi partilerin anayasal görevlerine destek olabileceğini belirtmiştir. Yani aslında eşitlik, şeffaflık, demokratik işleyişe uygunluk gibi kriterler dikkate alınsa farklı bir yönde bir kararın çıkması olasıdır. Bu açıdan yapılan atıf gereklilik kriterini sağlamaktadır.

---

111 AYM, E: 1969/14, K: 1969/57, T: 08.10.1969.

112 FAYM'nin 1966 tarihli kararında, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını düzenleyen hüküm iptal edilmiştir. Mahkeme, devlet yardımlarının anayasal olarak tamamen yasaklanmadığını ancak bu yardımların yasal bir çerçeveye oturtulması gerektiğini belirtmiştir. Yardımların mevcut haliyle partilerin bağımsızlığını tehlikeye atabileceği ve demokratik rekabeti bozabileceği gerekçesiyle, hukuki temeli yetersiz bulduğu düzenlemeyi geçersiz kılmıştır. Ayrıca, yardımların yalnızca parlamentoda temsil edilen partilere verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu vurgulanmış, yardımların demokratik işleyişe uygun ve şeffaf kriterlerle düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme, devlet desteğinin partilerin anayasal görevlerini yerine getirmesine katkı sağlayabileceğini, ancak bunun sıkı yasal düzenlemelere dayanması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. BVerfG, 2 BvF 1/65, T: 19.07.1966.

113 AYM, E: 1970/12, K: 1971/13, T: 02.02.1971.

3. ÖRNEK2 III – KADININ SOYADI

Anayasa Mahkemesi'nin 1998/59 sayılı kararı, Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*" hükmünün iptali istemine ilişkindir. Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 10, 12 ve 17. maddelerine aykırı olduğunu belirterek, bireyin kişilik haklarına ve cinsiyet eşitliğine haksız müdahale oluşturduğunu savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, soyadının kuşaktan kuşağa aktarılmasının aile birliğini sağladığını, kamu yararı ve kamu düzeninin soyadının kocadan geçmesini gerektirdiğini savunmuştur. Ayrıca, düzenlemenin kadına kocasının soyadı önüne kendi soyadını ekleme hakkı tanıyarak bir denge oluşturduğunu, bunun cinsiyet ayrımcılığı yaratmadığını ifade etmiştir. Bu gerekçelerle iptal istemi reddedilmiştir.

Karşı oy yazısında (*Mustafa Bumin*, *Yalçın Acargün*, *Fulya Kantarcıoğlu*) ise düzenlemenin kadının kimlik ve kişilik haklarına aykırı olduğu, kadını kocaya bağımlı hale getirdiği ve cinsiyet eşitliği ilkesini zedelediği savunulmuştur. Almanya'daki benzer bir düzenlemenin iptal kararına atıf yapılarak, soyadı konusunda eşlerin özgür iradelerine dayalı bir seçim hakkı tanınmasının eşitlik ilkesiyle uyumlu olacağı vurgulanmıştır.[114]

Yine kadının soyadı ile ilgili tartışmalar yeni medeni kanun ile de devam etmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi, evlenen kadının kocasının soyadını almasını, ancak başvuru ile kendi soyadını kocasının soyadının önüne ekleyebilmesini düzenlemektedir. Anayasa'nın eşitlik (madde 10), temel haklar (madde 12), manevi varlığın korunması (madde 17), eşler arası eşitlik (madde 41) ve uluslararası sözleşmelere uyum ilkeleri (madde 90) ile çeliştiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir. Mahkeme, düzenlemenin kamu yararını amaçladığı ve aile birliğini koruduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına, bu durumun eşitlik ilkesini ihlal etmediğine ve yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir. Karşı oy görüşleri ise düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini zedelediğini,

---

[114] Karşı oyda yer alan FAYM kararı Anayasa Hukukçusu Ece Göztepe'nin bir eserinden alınmıştır. Karşı oy kaleme alınırken bu husus, olması gerektiği gibi belirtilmiştir. Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 54, S. 2, 1999, s. 17. FAYM'nin 1991 tarihli kararı, Alman Medeni Kanunu'nun (§1355 Abs. 2 Satz 2 BGB) evlilik soyadı belirleme düzenlemesini ele almıştır. Mevcut yasa uyarınca, evlilikte ortak bir soyadı belirlenmediğinde, varsayılan olarak erkeğin soyadı aile adı olarak kabul edilmekteydi. Mahkeme, bu düzenlemenin cinsiyet eşitliğini düzenleyen Anayasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda, cinsiyet temelinde yapılan bu farklılığın, biyolojik veya işlevsel bir gerekçeye dayanmadığı, aksine geleneksel toplumsal rollerin güçlendirilmesi anlamına geldiği vurgulanmıştır. Mahkeme, eşlerin özgür iradesi ile karar verememesi durumunda sadece erkeğin soyadının kullanılmasının, kadını dezavantajlı hale getirdiğini belirtmiştir. Ayrıca, bu tür bir düzenlemenin, kadınların bireysel kimliğini ve eşitlik ilkesini ihlal ettiği ifade edilmiştir. Mahkeme, yasama organına bu konuda yeni bir düzenleme yapma görevi yüklemiştir. Geçiş sürecinde, tarafların herhangi bir soyadı belirlemedikleri durumlarda her iki eşin kendi soyadlarını kullanmaya devam etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Çocukların soyadı konusunda ise tarafların anlaşamaması durumunda, her iki soyadını içeren bir çift soyadı oluşturulması önerilmiştir. BVerfGE 84, 9, I. Senat, T: 05.04.1991.

kadının kişisel haklarını ihlal ettiğini ve AİHM'in bağlayıcı kararlarına aykırı olduğunu belirtmiştir. İki karşı oyda da (Birinci karşı oy: *Fulya Kantarcıoğlu*, *Fettah Oto*, *Serdar Özgüldür*, *Serruh Kaleli*, *Zehra Ayla Perktaş*, *Recep Kömürcü*; ikinci karşı oy: *Engin Yıldırım*) yer alan kararda, soyadı ile ilgili bir önceki kararda yararlanılan makaleye atıf yapmakla beraber FAYM'nin daha güncel bir kararına da yer verilmiştir.[115] Kanaatimizce bu atıfta hukuk sistemi ve hukuki sorunda asgari benzerlik şartı karşılanmıştır. Bununla birlikte kararlardaki ortak ilkeler de gerekliliğin ardıl boyutu ile ilgili soru işaretlerini ortadan kaldırmaktadır.

4. ÖRNEK IV – SİGARA YASAĞI

Anayasa Mahkemesi, Danıştay 10. Dairesinin 4207 sayılı Kanun'un 5727 sayılı Yasa ile değiştirilen 2. maddesindeki "*kahvehane*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle yaptığı itiraz başvurusunu reddetmiştir. İtiraz, kahvehanelerde tütün kullanımının yasaklanmasının, çalışma özgürlüğü (madde 48) ile ölçülülük ilkesini ihlal ettiği ve bireylerin yaşam tarzı tercihlerine müdahale ettiği iddiasına dayanmaktadır. Mahkeme, düzenlemenin Anayasa'nın 56. maddesi çerçevesinde sağlıklı çevrede yaşama hakkını ve 17. maddede güvence altına alınan yaşam hakkını korumayı amaçladığını belirterek kamu sağlığının öncelikli olduğunu vurgulamıştır. Çalışma özgürlüğüne yönelik sınırlamanın ise Anayasa'ya uygun olduğu, çünkü düzenlemenin demokratik toplum düzeni ve anayasal ilkelerle bağdaşır nitelikte olduğu ifade edilmiştir.[116]

Karşı oy yazılarında, yasağın bireysel özgürlükler ve ekonomik haklar üzerindeki ölçüsüz etkisi eleştirilmiş, kahvehane işletmecilerinin ekonomik çıkarlarının ve bireylerin sigara içme özgürlüğünün yeterince korunmadığı belirtilmiştir. *Osman Alifeyyaz Paksüt* ve *Engin Yıldırım*'ın[117] karşı oylarında (her iki üyenin ayrı ayrı karşı oyları mevcuttur) yer alan FAYM kararında, benzer bir düzenleme ele alınmıştır. Çalışma özgürlüğü vurgulanmış, demokratik toplumlarda daha dengeli çözümler bulunabileceğine işaret edilmiştir.[118] Atıfta bulunulan kararda vurgulanan ölçülülük, çalışma özgürlüğü gibi konular bu karar çerçevesinde karşı oyda da yer almıştır. Bu yönü ile atfın görünüşte olmadığı,

---

115 Bu karara atıfta doğrudan değil ikincil kaynaktandır. Nazan Moroğlu, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği, https://www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (Erişim Tarihi: 26.04.2011)

116 AYM, E: 2010/58, K: 2011/8, T: 06.01.2011.

117 Üye Engin Yıldırım'ın karşı oyundaki atıflarda yer alan linkten, kararın FAYM'nin resmî sitesinde yayınlanan ve mahkemece sağlanan İngilizce çeviri üzerinden okunduğu izlenimi doğmaktadır.

118 Mahkeme, Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerindeki sigara yasaklarını ele aldığı kararında, küçük ölçekli işletmeler üzerindeki ekonomik ve hukuki etkileri değerlendirmiştir. Mahkeme, sigara yasağının kamu sağlığını koruma açısından meşru bir amaç taşıdığını, ancak bu yasağın küçük işletmeler için orantısız bir yük oluşturduğunu tespit etmiştir. Özellikle, sadece bir odası bulunan küçük ölçekli işletmelere sigara içme odası ayırma imkanı verilmemesinin, meslek özgürlüğü (Grundgesetz Art. 12) ve eşitlik ilkesi (Grundgesetz Art. 3) ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Büyük işletmelere sigara içme odası ayırma imkanı tanınırken küçük işletmelerin dışlanması, eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, bu tür düzenlemelerin farklı işletme türleri arasında adil bir denge sağlaması gerektiğini vurgulamış ve küçük işletmelere yönelik düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesini talep etmiştir. Karar, kamu sağlığı ile ekonomik sürdürülebilirlik arasındaki dengeyi kurmanın anayasal bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır. BVerfG, 1 BvR 3262/07, T: 30.07.2008.

benzer konulara yabancı bir mahkemenin yaklaşımını yansıttığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

5. ÖRNEK V – CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrası, cinsiyet değişikliği için ameliyat şartını ve bunun resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesini öngörmektedir. Bu hükmün uygulanabileceği bir davada, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.[119] İptal talebinde, kişinin istemediği bir tıbbi müdahaleye zorlanmasının maddi ve manevi varlığını koruma hakkını ve özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin kamu düzenini koruma ve nüfus kayıtlarının güvenilirliğini sağlama gibi meşru bir amaca hizmet ettiği gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme, getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olduğu kanaatine varmıştır.

Karşı oy görüşlerinde ise, bireylerin bedensel bütünlüğüne yönelik zorlayıcı müdahalelerin insan haklarına ve Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, cinsiyet değişikliğinin tanınması için ameliyat şartının bireyi temel hakları arasında seçim yapmaya zorladığı belirtilmiştir. Karşı oyda (*Engin Yıldırım*) FAYM içtihadından istifade edilmiştir.[120] Atıfta bulunulan FAYM kararı, ele alınan dava ile uyumludur. Zira FAYM kararı da cinsiyet değiştirme için vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren şartları Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Ayrıca karşı oyda belirtilen dipnotta FAYM kararının FAYM'nin resmî sitesinde yayınlanan İngilizce çevirisinden alındığı tespit edilmiştir. Kararın künyesi ve kaynağının da açık bir şekilde verilmiş olması, benzer bir hukuki sorunun bulunması gibi gözlemler, bu atfın görünüşte değil gerekli bir atıf olduğu kanaatini doğurmuştur.

6. ÖRNEK VI – BAYRAĞA SAYGISIZLIK SUÇU

Anayasa Mahkemesinin 2014/61 sayılı kararı, Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (Türk Bayrağına saygısızlık) anayasa uygunluğunu değerlendirmiştir.[121] Dava, bir sanığın Türk Bayrağı ve askeri teşkilata yönelik

---

119 AYM, E: 2015/79, K: 2017/164, T: 29.11.2017.

120 Atıfta bulunulan, FAYM'nin 11 Ocak 2011 tarihli kararı, Transseksüeller Yasası'nın, kişinin hissettiği cinsiyetin (empfundene Geschlechtlichkeit) hukuki olarak tanınması için cinsiyet değişikliği ameliyatını (Geschlechtsumwandlungsoperation) ve doğurganlık yetisinin kaybını zorunlu kılmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme, bu hükümlerin, transseksüel bireylerin cinsel özerkliğini (sexuelle Selbstbestimmung), bedensel bütünlüğünü ve insan onuruna aykırı müdahaleler olduğuna karar vermiştir. Karar, kişinin hissettiği cinsiyetin hukuki tanınmasının ameliyat şartına bağlanmasının ölçüsüz bir müdahale olduğunu ve bu durumun transseksüel bireyleri temel haklar arasında zorlayıcı bir tercih yapmaya mecbur bıraktığını vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, söz konusu düzenlemenin bireylerin fiziksel bütünlüklerine ve sağlıklarına gereksiz zarar verdiğini belirtmiştir. Ameliyat ve kısırlık şartlarının, kişinin medeni haline bağlı haklarını etkileyerek, kişinin hissettiği cinsiyette yaşamayı hukuken engellediği değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, söz konusu maddeler uygulanamaz (nicht anwendbar) ilan edilmiş ve yasa koyucunun Anayasa'ya uygun yeni düzenlemeler yapması gerektiği ifade edilmiştir. BVerfG, 1 BvR 3295/07, T: 11.01.2011.

121 AYM, E: 2013/99, K: 2014/61, T: 27.03.2014.

aşağılayıcı ifadeleri nedeniyle açılan kamu davasında, Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesinin söz konusu hükmün anayasaya uygunluğunu sorgulamasıyla gündeme gelmiştir. Mahkeme, hukuki belirlilik, ölçülülük ve kamu düzeninin korunması gerekçeleriyle iptal talebini reddetmiş; bayrağın egemenlik sembolü olarak korunmasının meşru bir kamu yararı oluşturduğunu belirtmiştir.

Karşı oyda (*Engin Yıldırım*) ise ifade özgürlüğüne vurgu yapılmış ve "*her türlü işaret*" ile "*sair surette aşağılama*" ibarelerinin belirsizlik taşıdığı, bu durumun hukuk güvenliği ilkesini zedelediği ileri sürülmüştür. Ayrıca, FAYM kararı örnek verilerek[122], ifade özgürlüğünün şok edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsadığı savunulmuştur.[123] Karar, ifade özgürlüğü ile kamu düzeninin korunması arasında hassas bir denge arayışını yansıtmaktadır. Atıfta bulunulan kararın sanatsal ifade özgürlüğü ve ulusal bir egemenlik sembolü arasındaki dengeyi tartışması nedeniyle benzer bir hukuki soruna ilişkin olduğu söylenebilir.

7. ÖRNEK VII – KİŞİSEL VERİLER

Anayasa Mahkemesinin 2012/8 sayılı kararı, 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Kanunu'nun çeşitli maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirmiştir. İptal talebinde, müsteşarlığın görev, yetki ve organizasyon yapısına ilişkin düzenlemelerin belirsiz olduğu, bu durumun hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 2, 13, 20 ve 25. maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. Özellikle, "*terör*" ve "*güvenlik kuruluşları*" gibi kavramların tanımının yapılmamasının uygulamada keyfiyete yol açabileceği, müsteşarlığın görevleri kapsamında kişisel veri toplama yetkisinin sınırlarının netleştirilmemiş olmasının ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal riski taşıdığı belirtilmiştir.

Mahkeme, kanun hükümlerinin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bağlamında yorumlandığında yeterli açıklıkta olduğunu ve idareye keyfi yetkiler tanımadığını vurgulamıştır. "*Terör*" kavramının, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda tanımlandığını ve uygulamada yerleşik bir anlama sahip olduğunu belirten Mahkeme, mevzuatın bir bütün olarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, kamu güvenliği gibi hassas bir alanda idareye tanınan geniş yetkilerin, anayasal sınırlarla dengelendiği ve bu bağlamda yasamanın anayasal düzenleme yetkisini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Bu gerekçelerle, iptal taleplerinin büyük çoğunluğu reddedilmiştir.

Karşı oy gerekçesinde ise, bazı belirsiz hükümlerin olmasının hükümlerin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, özellikle ifade özgürlüğü ve kişisel mahremiyet üzerindeki etkilerinin yeterince dikkate alınmadığı ifade edilmiştir. Karşı oy, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması için daha dar bir düzenlemenin gerekliliğini vurgulamıştır. Üye *Engin Yıldırım* karşı oyunda FAYM'nin 2 kararına yer vermiştir: biri nüfus sayımı ile ilgili kişisel veriler

---

[122] Üye Engin Yıldırım'ın karşı oyundaki atıflarda yer alan linkten, kararın FAYM'nin resmî sitesinde yayınlanan ve mahkemece sağlanan İngilizce çeviri üzerinden okunduğu izlenimi doğmaktadır.

[123] BVerfG, 1 BvR 3139/08, T: 12.01.2009.

üzerindeki haklar[124] ile ilgili diğeri de terörle mücadele kapsamında geniş kişisel veri toplama yetkisi[125] ile ilgilidir.

Görüldüğü üzere karşı oylardaki atıflar ana gövdedeki atıflara nazaran usul kurallarına bir nebze daha yaklaşmıştır. Ayrıca karşı oy kullanan üyelerin atfın kaynağı konusunda da daha açık olduğu görülmektedir. Karşı oylardaki atıflarda hukuki benzerlik daha fazla gözetilmiş ayrıca ortaklaşan ilkelerden dolayı gerekliliğin ardıl boyutu daha fazla yerine getirilmiştir.

III. DOĞRUDAN ANAYASA METNİNE ve ANAYASA MAHKEMESİ KANUNA ATIFLAR

Doğrusu yargısal diyalog daha çok mahkemeler arasında, birbirlerinin içtihadı üzerinden bir etkileşime tekabül etmektedir. Bununla birlikte az sayıda da olsa Federal Almanya Anayasasına *(Grdungesetz (Alm.)* veyahut FAYM Kanunu'na yapılan atıflar da Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuk farkındalığını sergilemesi nedeniyle değinilmeye değerdir.

Doğrudan Federal Almanya Anayasası'na atıf örneklerine siyasi partiler ile ilgili uyuşmazlıkların farklı ve karşı oylarında rastlanmaktadır. Ek gerekçede ifade edildiği üzere Anayasa Komisyonu, 4121 sayılı kanun görüşmeleri esnasında Türk Anayasası'nda siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen hükümlerin Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesinden[126] esinlendiğini belirtmiştir.[127]

---

124 Üye Engin Yıldırım'ın bu kararı Elif Küzeci'nin bir eseri üzerinden tanıdığı izlenimi doğmuştur. Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. Alman Anayasası'nın 1. maddesi (insan onuru) ve 2. maddesi (genel kişilik hakkı) temel alınarak, bireylerin kişisel veriler üzerindeki kontrol hakkı "enformasyonel özerklik" olarak tanımlanmıştır. Bu karar, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve paylaşılmasının bireyin haklarını ihlal etmemesi gerektiğini vurgulamış; veri madenciliği gibi faaliyetlere yalnızca somut ve ciddi bir tehlike durumunda izin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. BVerfG, 1 BvR 209/83 u. a., T: 15.12.1983.

125 Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısındaki atıflardan bu karara şu eserler üzerinden ulaştığı izlenimi doğmuştur: Paul M. Schwartz, "Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State and New Technology", William and Mary Law Review, C. 53, 2011, s. 351 ve Raymond Youngs, "Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data", International Journal of Constitutional Law, C. 6, S. 2, 2008, s. 331. FAYM'nin kararı, bilgi teknolojisi sistemlerinin gizliliği ve bütünlüğünün korunmasını genel kişilik hakkının ("allgemeines Persönlichkeitsrecht") özel bir görünümü olarak tanımlamıştır. Mahkeme, bilgi sistemlerine yönelik gizli erişimlerin yalnızca üstün kamu yararına ilişkin somut ve ciddi bir tehlike durumunda ve katı anayasal kriterler çerçevesinde meşru olabileceğini belirtmiştir. Bu tür müdahalelerin orantılılık ve belirlilik ilkelerine uygun olması gerektiği vurgulanmış ve müdahalelerin yalnızca yargı kararı ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır. BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, T: 27.02.2008.

126 Federal Almanya Anayasası'nın ilgili maddesinin Türkçe çevirisi şöyledir: Madde 18 – Temel hakların kaybettirilmesi – Düşünceleri açıklama özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5, fıkra1), eğitim özgürlüğünü (madde 5, fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), birleşme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet hakkını (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a), özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kimsenin, iş bu temel hakları kaybettirilir. Hakkın kaybettirilmesine ve bunun kapsamına FAYM karar verir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002, s. 42.

127 AYM, E: 2001/3 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2001/3, T: 19.07.2001.

Bu düzenleme ile siyasi partilerin yalnızca ciddi ve sistematik anayasa ihlalleri durumunda kapatılabileceği ve keyfi kapatmaların önüne geçileceği vurgulanmıştır. Komisyon, partilerin kapatılmasını, "*Anayasa'ya aykırı faaliyetlerin odağı haline gelme*" şartına bağlayarak daha net ve sınırlı bir çerçeve çizmiştir.

Benzer şekilde siyasi partilerle ilgili uyuşmazlıklardaki karşı oy gerekçelerinde yine Komisyon görüşmelerinde zikredildiği ifade edilen Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesine gönderme yer almıştır.[128]

Anayasa Mahkemesi bazen de anayasa hukuku / anayasa yargısı ile ilgili kanun düzeyinde belgelere de atıfta bulunmuştur. Bunların sayısı az olmakla birlikte çalışma kapsamında yararlanılabilecek bir örneğe yer verilecektir. Anayasa Mahkemesi, kararlarının bağlayıcılığı meselesi ile ilgili olarak FAYM Kanunu'nda *(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG (Alm.)* yer alan bir hükme atıfta bulunmuş ve meselenin karşılaştırmalı hukuktaki bir yansımasına yer vermiştir.[129]

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır. Yeniden yargılamanın Anayasa'nın 148. ve 153. maddelerinin gereği olduğunu belirten mahkeme, ihlalin eski hâline (*status quo ante*) dönülerek giderilmesinin hukuk devletinin ve bireysel başvuru hakkının korunması açısından zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının uygulanmamasının hem bireysel başvuru hakkını hem de yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ağır şekilde ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, FAYM Kanunu'nun 31. maddesine atıfta bulunarak, Almanya'da anayasa mahkemesi kararlarının tüm mahkemeler ve kamu kurumları için bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Kanun'un 95. maddesinin ikinci fıkrasına göre FAYM'nin, ihlal edilen hakları korumak için kararları iptal edebildiği veya yeniden yargılama yapılmasını sağlayabildiği ifade edilmiştir.[130] Bu düzenleme, Almanya'daki bireysel başvuru mekanizmasının etkililiğini ve FAYM kararlarının bağlayıcılığını güçlendiren bir örnek olarak sunulmuştur. Almanya örneği, Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının

---

128 AYM, E: 2001/4 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/1, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/5 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/2, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/6 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/3, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/7 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/4, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/9 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/5, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/10 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/6, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/11 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/7, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/12 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/8, T: 09.01.2002; AYM, E: 2001/8 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/9, T: 09.01.2002.

129 Anayasa Mahkemesinin **25 Ekim 2023 tarihli kararı**, Şerafettin Can Atalay'ın milletvekili seçilmesiyle dokunulmazlık kazandığı gerekçesiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (Anayasa'nın 67. maddesi) ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının (Anayasa'nın 19. maddesi) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, başvurucunun ceza infazının durdurulması, tahliyesi ve yargılamanın durmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak karar uygulanmamış ve başvurucu cezaevinde tutulmaya devam etmiştir. Şerafettin Can Atalay (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/53898, T: 25.10.2023. Bir önceki karar için Bkz. Şerafettin Can Atalay (1) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/99744, T: 20.07.2023.

130 Kararda benzer şekilde İspanya'daki *amparo* uygulamasına da değinilmiştir.

uygulanmamasının anayasal ve uluslararası hukuk ilkelerine aykırılığını göstermek amacıyla kullanılmıştır.[131]

IV. DOLAYLI ATIFLAR

Bu bölümde gerek Türkçe gerek yabancı dilde alan yazınına yansıyan öğreti görüşleri, düzenlemeler ve kararlara yapılan atıflar örneklendirilecektir. Bu başlık altında kategorilendirilebilecek bazı atıflar başka başlıkların da kapsamına girmiştir. Zira bazı atıflar birden fazla özelliği barındırdığı için bunların tek bir başlıkta yer alması güçtür.

Bu başlıktaki örnekleri incelemeden önce çalışmada farklı yerlerde de değindiğimiz bir soruna dikkat çekmek gerekir. O da Anayasa Mahkemesinin bazı alıntıları açıkça atıf yolu ile göstermemesidir. Bu durum yabancı mahkeme kararlarında olduğu kadar öğretideki eserlerde de geçerlidir. Örneğin Kemal Gözler, Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık bireysel başvurusunda[132], internet içeriğine erişimin engellenmesinde *prima facie* ihlalin aranması gerektiğini anlattığı makalesine[133] usulsüz atıf yapıldığını iddia etmiştir.[134] Kanaatimizce yazarın iddia ettiği benzerlik oranı, yazara ve eserine usulüne uygun bir atfı gerektirir niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararın metnini bu minvalde tadil etmiştir. Yine yazarın belirttiği gibi bu hususun küçük bir ayrıntı ya da alınganlık olarak değerlendirilmemesi gerekir. Öncelikle atıfların usulüne uygun yapılması etik ve hukuk gerekliliğidir. Daha sonra atıfların usulüne uygun yapılması kararın gerekçesinin niteliği ile ilgilidir. Böylece gerekçede yararlanılan eserlerin içeriği de kamuoyu tarafından tartışılabilir. Ayrıca öğretiye yapılan atıflar, Türk hukuk kültürünü ve birikimini oluşturan akademi mensuplarının etkilerinin ölçülebilmesine olanak sağlar. Son olarak bu atıfların düzgün yapılması, akademisyenleri yeni çalışmalar için motive eder. Aksi halde sürekli zikredilen ancak gerçekliği zayıf olan *öğreti ve uygulama çok farklı*

---

131 FAYM kanununa atıf yapılan bir başka örneğe ise yürütmeyi durdurma tedbiri çerçevesinde rastlanmaktadır. Gerçi bu atıf Anayasa Mahkemesi tarafından değil siyasi parti kapatma davasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bir siyasi parti kapatma davasında, siyasi partinin kapatılana kadar geçecek sürede gerçekleştirilecek ilk seçimlere katılmaması yönünde bir tedbir kararı verilmesini talep etmiş ve bu istemini FAYM Kanunu'nun 32/1 maddesi ile örneklendirmiştir. (Kanun maddesi, kararda yer alan çeviri ile: "*Federal Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için, ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda, Geçici Tedbir kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleyebilir*" şeklindedir) Ancak Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması gibi bir tedbirin norm denetimi kapsamıyla sınırlı olduğu gerekçesi ile bu istemi reddetmiştir. AYM, E: 1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2003/1, T: 13.03.2003.

132 Ali Kıdık Başvurusu, AYM, B. No: 2014/5552, T: 26.10.2017.

133 Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C. I, İstanbul, 2014, s. 1059.

134 Yazarın iddialarını dile getirdiği ve bu kararın ardından Anayasa Mahkemesinin diğer bazı kararlarında da bu "usulsüz atfın" tekrar edildiğini örneklendirdiği çalışması için Bkz. Kemal Gözler, "Anayasa Mahkemesinin Usulsüz Alıntısı: Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık Kararındaki Prima Facie İhlâl Doktrininin Sahibi Kim?", Türk Anayasa Hukuku Sitesi, http://www.anayasa.gen.tr (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

söylemleri kendisine yaşam alanı bulur. Oysa doğrusu uygulamanın öğretiden beslenmesi, öğretiye başvurması ya da gerektiğinde öğreti ile tartışıp onu yanlışlamasıdır. Fakat ne yazık ki karşı oylarda dikkat edilen bu hususa gerekçelerde yeterince dikkat edilmemektedir. Bunun sonucu olarak da işbu çalışmamız gibi eserlerin, Mahkemelerin gerçek esin ve etki kaynaklarını tespit etmeyi güçleştirmiştir.

Eklemek gerekir ki bazı örneklerde de Anayasa Mahkemesi, bir karar ya da olguya alan yazınından ulaşmış olsa da buna yeterli atıf vermemiş ve her nasılsa bu atfın doğrudan yapıldığı izlenimi doğmuştur. Örneğin Anayasa Mahkemesi, FAYM'nin bir kararına değinmiştir ancak kararın künyesi yerine bir makaleye atıfta bulunmuş ancak makalenin adını zikretmemiş, adeta karara doğrudan atıfta bulunuyor izlenimi oluşmuştur.

Biz hatalı ve gizli yapılan atıfları bir tarafa bırakarak, tespit edebildiğimiz örnekleri inceleyebildik. Bulduğumuz örnekleri doğrudan atıfmış gibi kategorilendirdik fakat bununla birlikte bu kararların öğretiden, dolaylı olarak edinildiğine dair görüşlerimizi de paylaştık. Geri kalan atıflar için doğrudan mı dolaylı mı olduğunun tespiti güç olacağı için bu bölümü yalnızca kaynağı zikredilen atıflara tahsis ettik.

A. ÖRNEK I – HAKLAR KATEGORİZASYONU (FAZIL SAĞLAM)

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan başvurusunda, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında FAYM ve Alman hukuk doktrinine yapılan atıflar, karşı oyda referans noktası olarak kullanılmıştır.[135] Kararda tartışılan temel hak, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilen "*maddi ve manevi varlığın korunması hakkı*"dır.[136]

Hasan Tahsin Gökcan, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesi yerine 20. maddesi kapsamında, yani özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. *Gökcan'a* göre, 17. madde genel bir norm olarak tüm temel hakların özünü düzenlerken, 20. madde olayın özüne daha uygun spesifik bir hak olan özel hayatın korunmasını kapsar. Farklı oyda, *Fazıl Sağlam'ın* Federal Almanya Anayasası'ndaki düzenlemenin, insan yaşamının temel haklarla düzenlenmemiş alanlarını da kapsayarak eksiksiz bir güvence sağladığı yönündeki görüşleri yer almıştır.[137] Yazardan aktarıldığı şekliyle,

---

[135] Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, AYM, B. No: 2014/13327, T: 08.03.2018, § 6.

[136] Karar, prematüre bir bebeğin göz muayenesi konusunda ebeveynlerin yeterince bilgilendirilmemesi nedeniyle teşhis ve tedavide gecikme sonucu çocuğun görme yetisini kaybetmesi üzerine alınmıştır. Mahkeme, hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle idarenin hizmet kusuru bulunduğunu tespit etmiştir. Bu durum, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği şeklinde değerlendirilmiştir.

[137] Sağlam, s. 42. Kararda, Zafer Gören'in, kişiliği geliştirme hakkının genel bir eylem özgürlüğü sunduğu ve tüm temel hakların bu haktan türediği yönündeki görüşüne de yer verilmiştir. Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 412-413. Doğrusu bu eser atıfın yapıldığı dönemde, eserin 2011 tarihli yeni bir basısı da mevcuttur: Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara, 2011. Bu örnekten hareketle yeni tarihli baskılara atıf yapılması, Mahkemelerin kütüphane koleksiyonlarının güncel tutulması gerekliliği hatırlatılabilir.

Federal Alman Anayasası'nın 2/1. maddesi[138], bireylere "*kişiliklerini serbestçe geliştirme hakkı*" tanımakta ve bu hakkı genel bir özgürlük çerçevesinde düzenlemektedir.[139] Bu madde, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkının tüm temel hakların kaynağı olduğu görüşüne dayanmaktadır. Türk Anayasası'nın 17. maddesi de benzer şekilde, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını düzenlemekte ve geniş bir anayasal koruma sağlamaktadır.[140] Bu nedenle 17. madde, 20. madde karşısında görece genel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla 20. maddenin özel hüküm vasfı nedeni ile öncelikle uygulanması iktiza etmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kategorizasyonu ile ilgili bir tartışmada istifade edilen bu eser ve ilgili hükmün, somut olaya benzer olduğu ve atfın öngördüğü çözümün dava ile ilgili olduğu söylenebilir.

Yine bu haklar arasındaki kategorizasyona ilişkin bir tartışmada aynı üye tarafından *Sağlam'ın* eserinden istifade edilmiştir. Başvuruya konu olay, bir internet haber sitesinde *Kaos GL Derneği* hakkında "*sapkınlar*" ifadesinin kullanılmasıyla ilgilidir. Dernek, bu ifadenin nefret söylemi içerdiğini ve şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur. Hukuki sorun, bu ifadenin nefret söylemi boyutuna ulaşıp ulaşmadığı ve şeref ve itibar hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin nasıl kurulacağıdır. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu **Anayasa'nın 17. maddesi (maddi ve manevi varlığın korunması hakkı)** kapsamında ele almış ve kullanılan ifadelerin nefret söylemi boyutuna ulaşmadığına hükmetmiştir.[141]

Farklı gerekçe sunan *Hasan Tahsin Gökcan*, şeref ve itibar hakkının **Anayasa'nın 20. maddesi (özel hayata saygı ve gizlilik hakkı)** çerçevesinde ele alınması gerektiğini savunmuştur. *Gökcan'a* göre, şeref ve itibar hakkı, bireyin özel hayatının bir parçasıdır ve bu nedenle 20. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşünde, **AİHS'in 8. maddesi ve İHAM içtihatlarına**, 1961 ve 1982 Anayasalarının karşılaştırmalı analizine ve çeşitli

---

138 Madde metninin Almanca orijinali: "*Artikel 2 - Allgemeine Handlungsfreiheit; Freiheit der Person; Recht auf Leben: (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfas- sungsmaßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßt.*". Hükmün Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi tarafından sağlanan Türkçe çevirisi ise şu şekildedir: "*Yaşam Hakkı, Kişiliğin Korunması, Kişi Özgürlüğü – (1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.*" Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası: Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002, s. 24.

139 Sağlam, bu görüşün Alman literatüründe yaygın bir görüş olduğunu savunurken şu eserlere atıfta bulunmuştur: Günter Dürig, "Art. 2 Abs. 1 GG", in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, München, 1974 ve Hans Carl Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. 4/2, de Gruyter, Berlin, 1972 ve Leibholz-Rinck, Grundgesetz: Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Auflage, Köln, 1975, Anm. 4 zu Art. 2.

140 Buna ek olarak Sağlam, Türk Anayasası'nın 17. maddesinde ve buna mukabil olarak yorumlanabilecek Federal Almanya Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen bu hakkın *lex generalis* teşkil etmesi açısından, Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler için bu hakta geçerli olan içkin sınırlamanın geçerli olmayacağını eklemiştir. Yani Sağlam diğer hak ve özgürlükler için yasa ile sınırlama kaydı mevcutsa içkin sınırlamanın uygulanmayacağını belirtmiştir. Sağlam, s. 43.

141 KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, § 54.

eserlere[142] dolaylı olarak Alman Anayasası'nın 2/1. maddesindeki kişiliği geliştirme hakkına atıf yapmıştır.[143]

Benzer şekilde *Gökcan'ın* farklı oyu içerisinde *Sağlam'ın* eseri üzerinden Federal Almanya Anayasası'na atıf yapılan bir diğer örnekte ise Türkiye'de unutulma hakkı ve kişilik haklarının korunmasıyla ifade özgürlüğü arasındaki dengeye ilişkin bir konu ele alınmıştır. Başvurucu, 2004 yılında, sahibi olduğu ajansta çalışan bir mankenin aşırı dozda uyuşturucudan ölümüyle ilgili medyada yer alan haberlerde isminin sıklıkla anılmasının, arama motorlarında halen ulaşılabilir olması nedeniyle şeref ve itibarını zedelediğini iddia etmiş ve bu içeriklere erişimin engellenmesini talep etmiştir. İstanbul Sulh Ceza Hakimliği, bu talebi basın özgürlüğü ve kamu yararı gerekçeleriyle reddetmiş, başvurucu bu karar üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesinde şeref ve itibarın korunmasını, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında manevi varlığın bir parçası olarak kabul etmiş ve bu hakkın ihlalinin belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca ifade ve basın özgürlüğü ile şeffaf bilgiye erişim hakkını Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında ele almış ve bu özgürlüklerin demokratik toplumların temel unsurları olduğuna dikkat çekmiştir. Unutulma hakkı doğrudan Anayasa'da düzenlenmese de Mahkeme bu hakkın, kişisel verilerin korunması ve manevi varlığın geliştirilmesi ilkeleriyle bağlantılı olarak ele alınabileceğini vurgulamıştır.[144]

Gökcan'ın farklı gerekçesi, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesi yerine 20. maddesi (özel hayata saygı hakkı) kapsamında incelenmesi gerektiğini savunmuştur. *Fazıl Sağlam'ın* eserinde belirtilenler çerçevesinde *lex specialis-lex generalis* ilkesi doğrultusunda, kişilik haklarının korunması gibi spesifik bir konuda özel hüküm niteliğindeki 20. maddenin uygulanmasının anayasal sistematiğe daha uygun olduğu vurgulanmıştır.

B. ÖRNEK II – SEÇİM SİSTEMİ (NERMİN ABADAN)

Alan yazınından istifade edilerek karşılaştırmalı hukuka başvurulan bir diğer örnek de seçim sistemi ile ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuka üye *Hakkı Ketenoğlu'nun* karşı oyunda yer verilmiştir.

---

142 KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, *Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu, § 10.*

143 *Gökcan*, Fazıl Sağlam'ın temel hakların genel-özel hüküm ilişkisine dair analizlerinden yararlanarak, 17. maddenin genel bir çerçeve sağladığını ancak 20. maddenin daha spesifik bir koruma sunduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, Oya Araslı'nın özel hayatın kapsamına ilişkin değerlendirmeleri, şeref ve itibar hakkının kişisel özerklik ve manevi bütünlük çerçevesinde ele alınması gerektiğini desteklemiştir. *Gökcan*, bu literatürden hareketle, şeref ve itibar hakkının 20. madde kapsamında değerlendirilmesinin anayasal sistematik ve uluslararası standartlara daha uygun olduğu sonucuna varmıştır. KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018, *Hasan Tahsin Gökcan'ın farklı oyu, § 5-6.* Atıf yapılan eser için Bkz. Oya Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

144 Sonuç olarak, Mahkeme, hukuka aykırılığın açık bir şekilde ortaya konulamaması, unutulma hakkının kapsamına giren durumların istisnai bir yargı yolu ile ele alınması gerektiği ve başvurucunun alternatif yollara başvurmaması gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir. C.K. Başvurusu, AYM, B. No: 2014/19685, T: 15.03.2018, §§ 42-45.

Türkiye İşçi Partisi (TİP), 1036 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Dava, seçim sistemine yönelik düzenlemelerin, Anayasa'nın eşitlik ve demokratik temsil ilkelerine aykırı olduğu iddialarını içermektedir. Anayasa Mahkemesi, 1036 sayılı Kanun'un 306 sayılı Kanun'a eklediği, "*Engelli D'Hondt sistemi*"ne ilişkin dördüncü ve beşinci fıkraları iptal etmiştir. Bu hükümler, yeterli oy alamayan siyasi parti ve bağımsız adayların milletvekili çıkaramamasını ve bu oyların dikkate alınmadan diğer partilere dağıtılmasını öngörüyordu. Mahkeme, bu düzenlemelerin Anayasa'nın 55. maddesindeki serbest, eşit, genel oy ve temsil esaslarına aykırı olduğunu; seçmen iradesinin eksik temsiline ve demokratik temsilde adaletsizliğe yol açtığını belirterek iptaline karar vermiştir.

Üye *Hakkı Ketenoğlu*, karşı oyunda belirttiği görüşte, barajsız nispi temsil sisteminin siyasi istikrarsızlık yaratabileceği iddialarına yer vermiştir. *Ketenoğlu*, karşı oyunda, *Nermin Abadan'a* atıfta bulunarak[145], *Weimar Almanyası'nın* nispi temsil sistemiyle ortaya çıkan siyasi istikrarsızlığını ele almıştır. Bu çerçevede, barajsız nispi temsil sisteminin çok sayıda küçük partinin parlamentoya girmesine olanak tanıdığı ve bunun da siyasi istikrarı tehdit ettiğini belirtmiştir. *Ketenoğlu*, benzer şekilde, Türkiye'de de küçük partilerin parlamentodaki varlığının demokratik süreçleri zorlaştırabileceğini savunarak, 1036 sayılı Kanun'un bu durumu dengelemek için getirilen bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir.

Eleştiri, özellikle küçük partilerin mecliste temsil edilmelerinin, güçlü hükümetler kurulmasını engelleyebileceği ve yasama süreçlerini tıkayabileceği yönünde şekillenmiştir. *Hakkı Ketenoğlu*, Federal Almanya'daki düzenlemeleri örnek göstererek, seçim sisteminin barajlar yoluyla daha işlevsel hale getirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüş, Anayasa'nın demokratik temsil ilkesi ile siyasi istikrar gerekliliği arasındaki dengeyi kurmaya yönelik bir yaklaşım sergilemektedir. *Ketenoğlu'nun* karşı oyunda "*verimlilik*" unsurunu vurgulamak için verdiği örnekler ve Federal Almanya'da alınan tedbirlerin büyük oranda *Abadan'ın* eserinde yer aldığı tespit edilebilir. Bu durum da ikincil kaynakların karşılaştırmalı hukuk açısından oynadığı rolü net bir şekilde sergileyen bir örnektedir.

Görüleceği üzere dolaylı atıf örneği çok azdır. Bu durum esasında Türk Anayasa Mahkemesinin, Türk akademisyenlere atıf yaparken oldukça çekingen ve hatta cimri bir tutum içinde olduğunun göstergesidir. Bu çekingenlik gerek mahkemeler arasındaki yargısal diyalog gerekse Anayasa Mahkemesinin öğretiyi takip edip etmediğinin tespitini olanaksız kılmaktadır. Şayet bu tablo doğru ise öğretide karşılaştırmalı hukuka ilişkin kaleme alınan onlarca eserin uygulamaya dönük bir etkisinin olmadığı gibi olumsuz bir sonuçla karşı karşıya kalabiliriz. Yok eğer uygulamacılar, öğretideki eserlerden yararlanıp karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden bilgileniyorsa bu durumun açıkça, usulüne uygun gösterilmemesi sorunu söz konusudur. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin, atıf yapmak konusunda çekince göstermesi daha yüksek bir olasılıktır. Bunda

---

[145] Atıfta eserin yayınevi ve basım yerine yer verilmese de eserin künyesi şu şekildedir: Nermin Abadan, Federal Batı Almanya'nın Siyasi Partileri, TODAİE, Ankara, 1962. Eserde *Ketenoğlu'nun* vurguladığı unsurlar ile ilgili doğrudan bir FAYM kararına yer verilmemiştir. Bununla birlikte "donmuş liste" uygulamasını Anayasa'ya uygun gören Ağustos 1957 tarihli bir FAYM kararından söz edilse de bu kararın künyesine de yer verilmemiştir. Yapılan araştırmada kastedilen kararın Temmuz 1957 tarihli bir karar olduğu görülmüştür: BVerfGE, 2. Senat, 9/56, T: 03.07.1957.

anayasa hukukunun güncel politika ile değişen yönü, akademisyenler arasında bir ödül-itibar rekabetinin oluşmaması için gizli bir centilmenlik anlaşması, öğretideki eserlerin de gerekçe havuzuna alınarak yeni bir iş yükünün doğmaması gibi motivasyonlar etkili olabilir. Ancak bu çekingenlik öğretinin ciddi bir motivasyondan mahrum kalmasına da yol açmaktadır. Ayrıca gerekçelerde kullanılan ilkelerin ve/veya tespitlerin esas kaynağının ne olduğu sorusunu açıkta bırakmaktadır. Bu tablo karşısında ayrıca FAYM kararlarından da daha çok yararlanıldığı ancak bunların aynı çekinceler ile gerekçelere yansımadığı şüphesi doğabilir.

SONUÇ

Çalışma kapsamında değerlendirilen kararlar üzerinden öncelikle yüzeysel bazı tespitler paylaşılabilir. Norm denetimi, bireysel başvuru ve siyasi parti kapatma kararları türlerinin hepsinde FAYM kararlarına atıf örnekleri görmek mümkündür. Öte yandan atıfların özellikle insan hakları, ifade özgürlüğü, kadın hakları ve eşitlik ilkesi gibi konularda yoğunlaştığı da görülmektedir. Atıfların belirli dönemlerde arttığı ve dönemsel eğilimler gösterdiği izlenebilmektedir. Özellikle, bireysel başvuru mekanizmasının yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra, FAYM'ye yapılan atıflarda belirgin bir artış gözlemlenmiştir. Bu artış, bireysel başvuruların kapsamı gereği, insan hakları ve temel özgürlükler konularında evrensel standartlara daha sık başvurulmasıyla ilişkilidir. Söz konusu atıflar, Anayasa Mahkemesinin anayasal meselelerin yorumlanmasında uluslararası standartlarla uyum arayışını ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanma eğilimini ortaya koymaktadır.[146]

Çalışma kapsamında yalnız gerekçelerin ana metnine yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin genel olarak FAYM kararlarına olan ilgisini daha geniş bir perspektifle değerlendirmek için karşı / ayrıksı oylar da incelenmiştir. Ayrıksı oylarda ana metindeki atıflara göre atfın gerekliliğine ve yöntemsel uygunluğa daha çok dikkat edildiği görülebilir. Dolaylı atıflara dönük araştırmada da öğretiye atıfların sayısının çok az olduğu görülmüştür. Bunun olası nedeni olarak öne çıkan çekincelerin öğreti ve uygulama arasındaki ilişkiye zarar verdiği sonucuna varılmıştır. Bu iki ayrı kategori için bu tespitler öne çıkmaktadır. Onun dışındaki tablo makalede uygulanan yöntem ve varılan genel sonuçlarla uyumludur.

Bununla birlikte, atıfların işlevselliği, yöntemsel sorunlar ve yargısal diyaloğun tek taraflı olması tehlikesi dikkatle incelenmesi gereken hususlardır. Bu atıfların işlevselliği değerlendirilirken "görünüşte" atıflar ile "gerçekten gerekli" atıflar arasında ayrım yapılması gerekmektedir. Çalışmamız, Anayasa Mahkemesinin yaptığı atıfların işlevselliğini tartışmak ve yargısal diyalogu değerlendirmek için sistematik bir şablon önerisi sunmuştur. Bu şablon, yargısal diyalogun önemini, işlevini ve eleştirilerini detaylıca inceleyen eserlerden esinle tasarlanmıştır. Makalenin ön değerlendirme bölümünde açıkladığımız bu şablon kabaca: atfın gerekliliği, atfın nedeni ve kaynağı, atfın usulü ve yöntem başlıklarından oluşmaktadır.

---

[146] Bu artışın içerisindeki başarılı atıflarda, Anayasa Mahkemesinin insan kaynağına ve kurumsal yapısına yaptığı yatırımların da katkısı mevcuttur. Mahkemede görev alan raportörlerin akademik gelişmeye olan ilgisi, Mahkemenin araştırma merkezleri ve akademik etkinlikleri bu kapsamda olumlu adımlar olarak görülebilir.

Atıfların gerekliliği konusu makalede incelediğimiz hemen hemen her karar için tartışılmıştır. Genel bir değerlendirme yapmadan önce ayrıksı oylardaki tablonun farklılığına değinmek gerekir. Ayrıksı oylardaki görece fazla meşruiyet motivasyonu nedeniyle bu oylardaki atıfların gereklilik kriterini daha fazla sağladığı söylenebilir. Bununla birlikte kararların ana gerekçesindeki bazı atıfların, makalede çerçevesini çizdiğimiz gereklilik kriterini tam anlamıyla karşılamadığını söylemek gerekir. Ancak çoğu kararda en azından hukuk sistemi benzerliği ve tartışılan hukuki sorun arasındaki bir bağ kurulduğu gözlemlenebilmiştir. Örneğin, evlilik dışı çocukların haklarına ilişkin bir davada, FAYM'nin eşitlik ilkesine dayalı kararlarına yapılan atıf, Anayasa Mahkemesinin bu konuda benzer bir anayasal sorun karşısında, kararını gerekçelendirme sürecine doğrudan katkı sağlamıştır. Bu tür atıflar, anayasa normlarının yorumlanmasında karşılaştırmalı hukukun işlevsel bir araç olabileceğini göstermektedir. Ancak bazı kararlarda, olaylar arasındaki farkların tam anlamıyla ortaya konulamamış olması "görünüşte atıf" izlenimini doğurmaktadır.

Atıfların nedeni ve kaynağı ise çoğu kez Anayasa Mahkemesi kararlarında anlaşılamamaktadır. Gerçi bu konudaki tespit güçlüğü öğretiye de yansımaktadır. Öğretinin atıfların nasıl oldu da öğrenildiği ya da bir kararda kullanıldığına ilişkin yüksek sesle beyan ettiği kesin bir görüşe rastlanmamaktadır. Yapılan tespitler ancak ayrık oylardaki üyelere ve onların geçmişine dair tahminlerden ibaret kalmaktadır. Bununla birlikte bir üyenin atıf yapılan hukuk sistemi ile olan ilgisi ya da kararı kaleme alan raportörün o hukuk sistemine dair bilgisi, yapılan atfın gerçekliğini dolayısı ile gerekliliğini pekiştiren bir unsur olarak yorumlanmalıdır.

Atıfların usulü ve yöntem ise Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğunda, atıfların gerekliliğine gölge düşüren eksiklikler ve hatta hatalar içermektedir. Doğrusu bu kriter bir atfın değerlendirilmesinde ilk anlaşılabilecek unsurdur. Eksikliği, çoğu kez atfın fark edilememesi, anlaşılamaması ve dolayısı ile gerekliliğinin test edilememesi sonucuna yol açar. Ne yazık ki Anayasa Mahkemesinin, FAYM'ye yaptığı atıfların azımsanmayacak kadarında sistematik hatalar, eksik künye bilgileri, ikincil kaynakların belirtilmemesi gibi sorunlar gözlemlenmiştir. Bu durum, yargısal diyalogun güvenilirliğini zedeleyen ve atıfların etkisini sınırlandıran bir sorun olarak öne çıkmaktadır. Hatta bazı durumlarda dolaylı atıflar, gerekçelendirme sürecine gerçek anlamda bir katkı sağlamamış, görünüşte atıftan ibaret kalmıştır. Dolaylı atıfların alındığı ikincil kaynaklardaki hata riskleri de gerekçenin ciddiyet şartını gölgelemiştir. Kanaatimizce yargısal diyalog açısından çözülmesi gereken ve çözüme en yakın sorun bu atıflara ilişkin usul ve yöntemin belirlenmesidir.

İlk olarak, FAYM kararlarına yapılan atıflar için standart bir yöntem geliştirilmelidir. Bu yöntem, her bir atfın künye bilgilerini, ilgili kararın özetini ve Anayasa Mahkemesinin gerekçesiyle nasıl bir ilişki kurduğunu net bir şekilde ortaya koymalıdır. İkinci olarak, doğrudan atıfların artırılması ve dolaylı atıfların kaynaklarının da mümkün olduğunca belirtilmesi gereklidir. Mahkeme dolaylı atıflarda literatürdeki eseri zikretmekten çekinmemelidir. Bu, yargısal diyaloğun daha güçlü bir bağlamda gerçekleşmesini sağlayacaktır. Bu saydıklarımız ekstra bir iş gücü ya da daha uzun gerekçeler ile sonuçlanabilir. Fakat unutulmamalıdır ki karar gerekçelerinin meşruiyetini sağlayan, karardaki atıfların çokluğu değil gerekçe ile bağdaştırılabilirliğidir. Üçüncü olarak, son yıllarda olumlu bulduğumuz bazı gelişmelerin sürdürülebilirliğinin sağlanması gereklidir. Zira başarılı atıflardaki artışta, Anayasa Mahkemesinin insan kaynağına ve kurumsal yapısına yaptığı yatırımların da katkısı etkilidir. Mahkemede görev alan raportörlerin akademiye olan ilgisi, Mahkemenin araştırma merkezleri ve

akademik etkinlikleri bu kapsamda olumlu adımlar olarak görülebilir. AYM'nin karşılaştırmalı hukuku kullanma kapasitesini artırmak için eğitim ve akademik iş birliği programları çoğaltılabilir. Akademinin de uygulamaya olan ilgisi ve uygulama ile diyalogu desteklenmelidir.

Yargısal diyaloğun tek taraflı olması, makalede ele alınan bir diğer önemli sorundur. Yargısal diyaloga ilişkin eserler, yargısal diyaloğun asimetrik bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Mevcut tablo Anayasa Mahkemesinin karşılaştırmalı hukuktan yararlanma eğilimini *gönüllü bir çaba* ile sürdürdüğünü, ancak bu çabanın karşılıklılık ilkesi çerçevesinde ilerlemediğini ortaya koymaktadır. Yargısal diyaloğun daha etkili ve çift yönlü bir süreç haline gelmesi tek başına Anayasa Mahkemesinin çözebileceği bir düğüm değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin içtihatlarını ***uluslararası düzeyde görünür kılacak adımlar*** atması gerekmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin en azından seçilecek bazı kararlarının diğer dillerde yayımlanması, uluslararası yargısal iş birliğini teşvik edecek bir strateji olarak değerlendirilebilir.

Çalışmadaki bulguların ağırlığı göstermektedir ki yargısal diyalog, tek taraflılık ya da yüzeysel olma gibi riskler içerse ve eleştirilere konu olsa dahi hukuki sorunların çözülmesine ve gerekçelerin zenginleştirilmesine katkı sağlayabilmektedir. Yani yargısal diyalogun varlığı yokluğundan iyidir. Zira Anayasa Mahkemesi kararları artık salt bir yargı kararı değildir. Hatta neredeyse bu kararlar bütünü bir okul gibidir. Anayasa Mahkemesinin mevcut kurumsal alt yapısı ve insan kaynağı gücü bu fonksiyonu yerine getirmeye ve geliştirmeye kabildir. Ancak, bu katkılar, yöntemsel eksiklikler, gereksizlik taşıyan atıflar ve yargısal diyaloğun tek taraflılığı gibi sınırlamalar nedeniyle tam anlamıyla değerlendirilememektedir. Yargısal diyaloğun sistematik bir hale getirilmesi ve karşılaştırmalı hukukun etkili bir araç olarak daha iyi kullanılması, bu sürecin güçlendirilmesi için gereklidir. Bu bağlamda, önerilen iyileştirme stratejileri, Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukukla daha güçlü bir bağ kurmasına ve anayasal meselelerde evrensel standartların benimsenmesine katkı sağlayacaktır.

Makalenin bulguları, FAYM'ye yapılan atıfların Türk anayasa yargısına sağladığı kısa vadeli katkılarını göstermektedir. Ancak, bu *atıfların uzun vadeli etkilerinin* değerlendirilebilmesi için daha kapsamlı araştırmalara ihtiyaç vardır. Özellikle, yargısal diyalogun toplumsal kabul, hukuki uyum ve uluslararası standartlarla entegrasyon gibi çok boyutlu etkileri daha derinlemesine incelenmelidir. Bu bağlamda çalışmanın *atıfların Türk anayasa hukukuna uzun vadeli etkilerini sistematik bir şekilde inceleyen bir analize* ya da *diğer anayasa mahkemeleri ve uluslararası yargı organlarına yapılan atıflara odaklanan detaylı çalışmalara* esin vermesi/katkı sağlaması umut edilmektedir.

KAYNAKÇA

Alexy R, Hukuki Argümantasyon Teorisi: Hukuki Gerekçelendirme Teorisi Olarak Rasyonel Söylem Teorisi, Çev. Metin Bingöl, Elçin Yalçın, Ed. Güneş Çap, Türk-Alman Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2023.

Araslı O, "Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi", Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

Arsava A. F, "Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki İşbirliği İlişkisi", C. 21, S. 4, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 185-189.

Bal A, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", C. 21, S. 1, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 27-82.

Başaran P/Karan U, Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi/Siyah Bant, İstanbul, Şubat 2016.

Can O, Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir, Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, s. 15.

Çamurcuoğlu G, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", C. 14, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 713-770.

Can O, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", C. IX, S. 1-2, 2005, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 89-125.

Demir E, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyalog, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2024.

Doğan D N, "Federal Almanya Anayasasının Amacı 'Toplumsal Bütünleşme' Değildir", C. 2, S. 1, Haziran 2014, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 63-68.

Dürig G, "Art. 2 Abs. 1 GG", in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, München, 1974.

Duygun A M, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", C. 18, S. 2, 2021, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1539-1557.

Egeliği Ö E, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Esen E, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 2020, ss. 285-346.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası: Almanca-Türkçe Yasa Metni, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, 2002.

Gören Z, "Sanat ve Bilim Özgürlüğü", C. 19, Temmuz 2020 (Özel Ek), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 449-457.

Gören Z, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Gören Z, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Gözler K, "Anayasa Mahkemesinin Usulsüz Alıntısı: Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık Kararındaki Prima Facie İhlâl Doktrininin Sahibi Kim?", Türk Anayasa Hukuku Sitesi, http://www.anayasa.gen.tr (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

Gözler K, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, Özel Sayı, C. I, İstanbul, 2014, Legal Hukuk Dergisi, ss. 1059-1120.

Gözler K, Alıntı ve Atıf Usûlleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2023.

Göztepe Ç E, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, ss. 93-118.

Göztepe E, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", C. 54, S. 2, 1999, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 1-30.

Hakyemez Y Ş, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000.

Kaboğlu İ Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 17. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Kanadoğlu O K/Şahin B N, "Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler", Anayasa Yargısı, C. 39, S. 2, 2022, ss. 1-33.

Kischel U, Comparative Law, Oxford University Press, New York, 2019.

Kontacı A E, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri", Anayasa Yargısı, C. 40, S. 1, 2023, ss. 271-305.

Kontacı E, Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Küzeci, E, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Law D S/Chang Wen-Chen, "The Limits of Global Judicial Dialogue", Washington Law Review, C. 86, S. 3, 2011, ss. 523-577.

Law D S./Tushnet M, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, ss. 286-309.

Leibholz-Rinck, Grundgesetz: Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Auflage, Köln, 1975.

Lorenzetti, R, "Global Governance: Dialogue Between Courts", RSCAS Policy Papers, RSCAS 2010/03, European University Institute, 2010.

Moroğlu N, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri", Türk Üniversiteli Kadınlar
Derneği, https://www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc (Erişim Tarihi: 26.04.2011).

Nipperdey H C, Die Grundrechte, Bd. 4/2, de Gruyter, Berlin, 1972.

Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Oğuz A, "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, ss. 451-508.

Örücü E, "Ulusal Anayasa Mahkemelerinde 'Yargısal Karşılaştırmacılık' ve Mahkemeler Arası Diyalog", Anayasa Yargısı, C. 24, 2007, ss. 433-459.

Piana D/Guarnieri C, "Bringing the Outside Inside: Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into Its Right Context", Utrecht Law Review, C. 8, S. 2, 2012, ss. 139-157.

Rado K, "The Transnational Judicial Dialogue of the Supreme Court of Canada and Its Impact", Doktora Tezi, York Üniversitesi, 2018.

Rumpf C, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C. 10, 1993, ss. 25-48.

Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Schwartz P M., "Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State and New Technology", William and Mary Law Review, C. 53, 2011, ss. 351-387.

Serozan R, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları", C. 4, S. 6, 1970, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 243-253.

Şirin T, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi", Anayasa Yargısı, C. 35, S. 1, 2018, ss. 147-167.

Şirin T, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", C. 9, S. 1, 2021, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 1-64.

Şirin T, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Şirin T/Orcan N U, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu", C. 80, S. 1, 2022, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 273-297.

Traisbach K, "A Transnational Judicial Public Sphere as an Idea and Ideology: Critical Reflections on Judicial Dialogue and Its Legitimizing Potential", Global Constitutionalism, C. 10, S. 1, 2021, ss. 186-207.

Tushnet M/Kochenov, D, "The Politics of Judicial Dialogue", Research Handbook on the Politics of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet/Dimitry Kochenov, Edward Elgar Publishing, 2023, ss. 286-309.

Weber R/Wittmann L, "The Role of Precedents and Case Law in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court", Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning, Ed. Monika Florczak-Wątor, Routledge, 2024, ss. 84-103.

Yamada S, "International 'Dialogue' among Courts in Light of Democracy", Kangwon Law Review, C. 45, S. 45, 2015, ss. 211-236.

Yıldırım E/Gülener S, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", C. 67, S. 1, 2018, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 105-144.

Yolcu S, "Anayasacıların Karşılaştırma Sorunu: Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Nedir, Ne Değildir?", C. 32, S. 147, 2020, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 9-48.

Youngs R, "Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data", International Journal of Constitutional Law, C. 6, S. 2, 2008, ss. 331-348.

KARARLAR

Ahmet Kılıçelli Başvurusu, AYM, B. No: 2017/31069, T: 30.09.2020.

Ali Kıdık Başvurusu, AYM, B. No: 2014/5552, T: 26.10.2017.

AYM, E: 1969/14, K: 1969/57, T: 08.10.1969.

AYM, E: 1970/12, K: 1971/13, T: 02.02.1971.

AYM, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21.05.1981.

AYM, E: 1990/15, K: 1991/5, T: 28.02.1991.

AYM, E: 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/2, T: 23.11.1993.

AYM, E: 1993/1, K: 1993/2, T: 23.11.1993.

AYM, E: 1993/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1993/3, T: 30.11.1993.

AYM, E: 1993/3 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1994/2, T: 16.06.1994.

AYM, E: 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 1998/1, T: 16.01.1998.

AYM, E: 1999/1 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2003/1, T: 13.03.2003.

AYM, E: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K: 2001/2, T: 22.06.2001.

AYM, E: 2001/10 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/6, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/11 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/7, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/12 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/8, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/3 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2001/3, T: 19.07.2001.
AYM, E: 2001/4 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/1, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/5 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/2, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/6 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/3, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/7 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/4, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/8 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/9, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2001/9 (Siyasi Parti-İhtar), K: 2002/5, T: 09.01.2002.
AYM, E: 2010/58, K: 2011/8, T: 06.01.2011.
AYM, E: 2013/99, K: 2014/61, T: 27.03.2014.
AYM, E: 2015/79, K: 2017/164, T: 29.11.2017.
AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.
AYM, E: 2020/35, K: 2021/26, T: 31.03.2021.
BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.
BVerfG, 1 BvB 1/51, T: 23.10.1952.
BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.
BVerfG, 1 BvB 2/51, T: 17.08.1956.
BVerfG, 1 BvR 1056/95, T: 06.09.2000.
BVerfG, 1 BvR 209/83 u. a., T: 15.12.1983
BVerfG, 1 BvR 26/66, T: 29.01.1969.
BVerfG, 1 BvR 3139/08, T: 12.01.2009.
BVerfG, 1 BvR 3262/07, T: 30.07.2008.
BVerfG, 1 BvR 3295/07, T: 11.01.2011.
BVerfG, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, T: 27.02.2008.
BVerfG, 1 BvR 698/89, T: 20.10.1992.
BVerfG, 2 BvF 1/65, T: 19.07.1966.
BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.
BVerfG, 2 BvR 2530-31/16, T: 21.12.2016.
BVerfG, 2 BvR 2628/10, T: 19.03.2013.
BVerfGE 84, 9, I. Senat, T: 05.04.1991.
BVerfGE, 2. Senat, 9/56, T: 03.07.1957.
BVerfGE, I. Senate, 106/53, T: 18.12.1953.
C.K. Başvurusu, AYM, B. No: 2014/19685, T: 15.03.2018.
Gülmez/Türkiye, AİHM, B. No: 16330/02, T: 20.05.2008.
Halkevleri Derneği ve İlknur Birol Başvurusu, AYM, B. No: 2013/577, T: 30.06.2014.
Inze v. Avusturya, AİHM, B. No. 8695/79, 28/10/1987
İrfan Sancı (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2018/5652, T: 30.03.2022.
KAOS-GL Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2014/18891, T: 23.05.2018.
Kucera/Slovakya, AİHM, B. No: 48666/99, T: 17.07.2007.
Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, AYM, B. No: 2015/8147, T: 08.10.2019.

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, AYM, B. No: 2014/13327, T: 08.03.2018.

Messina/İtalya (No. 2), AİHM, B. No: 25498/94, T: 28.09.2000.

Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, AYM, B. No: 2012/1027, T: 12.02.2013.

Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, AYM, B. No: 2016/79283, T: 17.04.2019.

Orhan Alagöz Başvurusu, AYM, B. No: 2017/26845, T: 20.09.2018.

Ouinas/Fransa (k.k.), AİHM, B. No: 13756/88, T: 12.03.1990.

Perinçek/İsviçre (B.D.), AİHM, B. No: 27510/08, T: 15.10.2015.

Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 5947/72, T: 25.03.1983.

Şerafettin Can Atalay (1) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/99744, T: 20.07.2023.

Şerafettin Can Atalay (2) Başvurusu, AYM, B. No: 2023/53898, T: 25.10.2023.

Vlasav/Rusya, İHAM, B. No: 78146/01, T: 12.06.2008.

Yaşar Karaca Başvurusu, AYM, B. No: 2018/37854, T: 12.04.2023.

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİ IŞIĞINDA ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI

Protection of the Child Against Online Sexual Exploitation in the Light of International Human Rights Instruments

Dr. Öğr. Üyesi Betül KALYONCU*

Öz: Dijital teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte çocuğun çevrimiçi ortamda karşılaşabileceği cinsel istismar riski hızla artmaktadır. Bu durum uluslararası platformda çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan nasıl korunacağına ilişkin birtakım soruları da beraberinde getirmektedir. Çalışma Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olan Çocuk Hakları Sözleşmesi, BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 Sayılı Genel Yorumu ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Lanzarote Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Dijital Ortamda Çocuk Haklarına Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yönergeleri Hakkında 2018/7 Sayılı Tavsiye Kararı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korumaya yönelik olarak devletlere getirdiği yükümlülükleri ele almaktadır. Çalışmada incelenen söz konusu belgeler çevrimiçi çocuk istismarına karşı etkin bir koruma mekanizması sağlama noktasında önemli bir role sahiptir. Nitekim dijital teknolojinin gelişmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan çevrimiçi cinsel istismar kavramı devletlerin yükümlülüklerinin görünümünü de değiştirmektedir. Bu çerçevede çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması için devletlere yükümlülük getiren düzenlemelerin sürekli gözden geçirilmesi gerekmektedir. İşbu çalışmada, BM ve Avrupa Konseyi temelinde hazırlanan insan hakları belgeleri ışığında, çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına ilişkin olarak devletlerin yükümlülük alanlarının genişlediği ve dijital dünyanın beraberinde getirdiği risklere karşı devletlerin değişen koşullara uygun tedbirleri alması gerektiği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çevrimiçi cinsel istismar, uluslararası sözleşmeler, çocuk hakları, dijital çağ, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi.

Abstract: With the rapid development of digital technology, the risk of sexual exploitation that children may face online is rapidly increasing. This raises a number of questions on how to protect children from online sexual exploitation on the international platform. The study addresses the obligations imposed on states to protect children from online sexual exploitation by the Convention on the Rights of the Child drafted by the United Nations, General Comment No. 25 of the UN Committee on the Rights of the Child, the Lanzarote Convention drafted by the Council of Europe, Recommendation 2018/7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Guidelines on Respecting, Protecting and Fulfilling the Rights of the Child in the Digital Environment and the European Convention on Human Rights. These documents have an important role in providing an effective protection mechanism against online child exploitation. As a matter of fact, the concept of online sexual exploitation, which emerged as a result of the development of digital technology, also changes the outlook of the obligations of states. In this framework, regulations that impose obligations on states for the protection of children from online sexual exploitation need to be constantly reviewed. In this study, in the light of the human rights instruments prepared on the basis of the UN and the Council of Europe, it is evaluated that the areas of obligation of states regarding the protection of children from online sexual exploitation have expanded and that states should take measures in accordance with the changing conditions against the risks brought by the digital world.

Keywords: Online sexual exploitation, international conventions, child rights, digital age, United Nations, Council of Europe.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, betulkalyoncu@trabzon.edu.tr
ORCID : 0000-0001-9070-0884 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676823
Makale Geliş Tarihi: 30.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 6.03.2025

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesinin kaçınılmaz bir sonucu olarak insanlık "dijital çağ" ortamına entegre olmaya çalışmaktadır. Dijital teknolojinin hayatın birçok alanına nüfuz etmesi çocuklar için çeşitli fırsatların yanında ciddi riskleri de beraberinde getirmektedir. Çocuğun ise bu risklere karşı son derece savunmasız olması tartışılmaz bir gerçeklik olup; çevrimiçi cinsel istismar da bu kapsamda çocuklara yönelik en büyük tehditlerden biridir. Nitekim çocuklar dijital ortamı eğitim, eğlence, oyun ya da sosyal etkileşim amaçlı kullandıkları her an karşılarına çıkacak kötü niyetli kişilerin hedefi olabilmektedir. Hiç şüphesiz çocukların cinsel istismardan korunması için öngörülen birçok tedbir bulunmaktadır. Ancak alınan ya da alınacak tedbirlerin, dijital çağın gereklerine uygun olarak çevrimiçi şekilde gerçekleştirilen eylemleri de kapsaması ve dolayısıyla çocuğun günümüz koşullarında artık çevrimiçi cinsel istismardan korunması gerekmektedir.

Çocuğun cinsel istismarı aynı zamanda bir çocuk hakkı ihlalidir ve dolayısıyla uluslararası insan hakları hukukunda çocuğun bu doğrultudaki haklarının korunması için de birçok insan hakları belgesi düzenlenmiştir. Söz konusu belgelerden bir kısmı doğrudan çocuğun cinsel istismardan korunması amacına yönelik sözleşmelerdir. Bununla birlikte daha genel nitelikte hazırlanan sözleşmelerde de "çocuğun cinsel istismarı" olgusuna değinen düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunda devletlerin sözleşmelerin gereğini yerine getirme noktasında yatay ve dikey eksende birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması ise devletlerin bu anlamda yükümlülüklerinin güncellenmesini gerektirmektedir. Nitekim sürekli değişen ve gelişen teknolojinin devletlerin alması gereken tedbirleri de etkilediği ortadadır. Dolayısıyla insan hakları sözleşmelerinin çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik olarak devletlere getirdiği yükümlülüklerin günümüzde nasıl bir şekil aldığının tespit edilmesi gerekir.

Çocuğun cinsel istismarı hem doğrudan çocuğa yönelik rızası dışında cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle hem de çocuğun ticari çıkar sağlama amacıyla cinsel sömürüye uğraması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çalışmada çocuğun cinsel istismarı ilk anlamıyla yani çocuğun cinsel etkinliğe katılmaya rızası olmaksızın bu yönde zorlanması eylemi ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla çocuğun ticari çıkar amacıyla sömürülmesine ilişkin düzenlemeler çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu bağlamda çalışmada öncelikle çocuğun cinsel istismarı tanımlanacak ve çevrimiçi cinsel istismar olgusunun neyi ifade ettiği açıklanmaya çalışılacaktır. Kavramsal çerçevenin çizilmesinin ardından, uluslararası insan hakları belgeleri arasında öncelikle BM ekseninde düzenlenenler daha sonrasında AK tarafından hazırlanan insan hakları belgeleri incelenecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki uluslararası sözleşmelerin haricinde bağlayıcı nitelik arz etmese de doğrudan dijital çağ ve çocukla bağlantılı olarak düzenlenen insan hakları belgeleri de bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmada BM ve AK düzleminde incelenecek olan insan hakları belgeleri sözleşme ve başka formda hazırlanmış olan belgelerdir. Çalışmanın odağındaki mesele çocuğun cinsel istismarının günümüzde farklı bir boyut kazanması olduğundan, ilgili belgeler incelenirken de -çocuğun çevrimdışı cinsel istismarı olgusu tamamen göz ardı edilmeden- çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik düzenlemelerin tespitine öncelik verilecektir. Böylelikle uluslararası insan hakları belgeleri ekseninde çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik hukuki çerçeve çizilmeye çalışılacak ve bu sorunla mücadeleye yönelik ilgili

belgelerde yer alan düzenlemelerin karşılaştırmalı değerlendirmeleri yapılacaktır.

I. ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARI KAVRAMI

Kelime anlamı olarak "birinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme" anlamına gelen[1] istismar kavramı günümüzde farklı şekillere bürünerek çokça karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu istismar şekillerinden biri de cinsel istismardır. Cinsel istismarın neyi ifade ettiği ile ilgili olarak pek çok tanım bulunsa da en basit tanımla yetişkin bir kişinin cinsel tatmin amacıyla çocuğu kötüye kullanması cinsel istismar olarak nitelendirilebilir.[2] Cinsel istismar çocukla bağlantılı olmakla birlikte bir çocuğun gelişim olarak hazır bulunmadığı, tam manasıyla anlamlandıramadığı ve rıza göstermesinin mümkün olmadığı eylemlere katılmasıdır.[3] Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse cinsel istismar, çocuğun cinsel etkinliğe katılmaya rızası olmaksızın bu yönde zorlanması yönündeki fiil ve hareketler olarak nitelendirilmektedir.[4] Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı tanıma bakıldığında ise cinsel istismar, 18 yaşında ya da daha küçük bireylere karşı zorla ya da zorlayıcı veya eşit olmayan koşullar altında cinsel nitelikli fiil ya da tehdit içeren davranışlardır.[5] Çocuğun cinsel istismarına ilişkin tanımlar pek tabi ki çoğaltılabilir. Ancak tekrardan kaçınmak adına, tüm bu tanımlardan hareketle çocuğa karşı cinsel istismar, çocuğun rızasının bulunmadığı ve onu cinsel etkinliğe zorlayacak davranışların varlığını içeren bir olgu olarak ifade edilebilir.

Çocuğun cinsel istismardan korunması öncelikle devletlerin ulusal mevzuatları çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu anlamda devletlerin ulusal ölçekte meselenin çözümü için birtakım tedbirleri aldığı görülmektedir. Devletler öncelikle ulusal hukuklarında çocuğun cinsel istismarını suç olarak tanımlamakta ve bunun sonucunda failin cezalandırılmasını sağlayacak cezai yaptırımlar öngörmektedir.[6] Cezai tedbirlerin dışında devletlerin çocuğun cinsel istismardan

---

1 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 1218.

2 Oğuz Polat, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1 Tanımlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 102.

3 Derya Aslan, "Cinsel İstismar Nedir?", https://www.deryaaslan.av.tr/cinsel-istismar-nedir, (s.e.t. 31.05.2024).

4 Terminology Guidelines Fort the Protection of Children From Sexual Exploitation and Sexual Abuse, ECPAT, Luxemburg, 2016, s. 14.

5 Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Social Change and Mental Health, Violence and Injury Prevention. World Health Organization, Geneva, 1999, 29–31, s. 15-16; ayrıca bkz. Preventing and Responding to Sexual Exploitation, Abuse and Harassment, World Healhf Organization, by., ty.,

https://www.who.int/initiatives/preventing-and-responding-to-sexual-exploitation-abuse-and-harassment, (s.e.t. 03.09.2024).

6 Türk hukukunda çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olu, Çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması noktasında Türk Ceza Kanunu m. 103'te yer alan "çocukların cinsel istismarı" ve m. 105'te yer alan "cinsel taciz" suçları kapsamında değerlendirmeler yapılarak failin cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Neslihan Can, "Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı", C. 13, S. 50, Nisan 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss.129; Çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 392-417.

korunması için koruyucu ve önleyici bir dizi tedbiri de hayata geçirdiği görülmektedir. Çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin olarak meselenin uluslararası boyutuna bakıldığında ise gerek Birleşmiş Milletler gerekse bölgesel düzlemde Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan belgelerde bu konuya ilişkin olarak düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Devletlerin ulusal mevzuatı ile uluslararası insan hakları belgelerinin bu noktada senkronizasyonunu sağlamak çocuğun cinsel istismardan korunması noktasında büyük önem taşımaktadır. Zira devletlerin bu bağlamda uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Her ne kadar BM ve Avrupa Konseyi belgelerinde çocuğun "çevrimdışı" cinsel istismardan korunmasına ilişkin olarak devletlere yükümlülükler getirilmiş olsa da çalışmanın odak noktası çocuğun cinsel istismarının çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla devletlerin çocuğun cinsel istismardan korunmasına yönelik olarak ne gibi yükümlülükleri bulunduğuna geçmeden önce çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının neyi ifade ettiğini ortaya koymak yerinde olacaktır.

Çocuğun çevrimiçi cinsel istismarına ilişkin olarak bir tanım yapılmak istenildiğinde öncelikle Türkçe'de tam karşılığı bulunmayan "grooming" ifadesinin[7] netleştirilmesi gerekmektedir. Zira "grooming" olarak adlandırılan süreç, çevrimiçi çocuk cinsel istismarı ile ilgili karmaşık, anlaşılması zor ve son derece manipülatif bir davranıştır.[8] İngilizce bir terim olan "grooming", Türkçe'ye "yetiştirmek, hazırlamak, tımarlamak" olarak çevrilmektedir. Ancak kavramın Türkçedeki hukuki karşılığı, "cinsel ilişkiye girme amacıyla reşit olmayan birini kandırarak güvenini kazanmaya çalışma ve ilişkiye hazırlama" dır. O halde cinsel istismarla bağlantılı olarak "grooming", bir yetişkinin cinsel temas amacıyla bir çocukla ilişki kurduğu ve çocuğu istismara hazırladığı süreç olarak ifade edilmesi mümkündür.[9]

"Grooming" kavramı doğrudan çocuğa karşı çevrimdışı olarak ya da çevrimiçi -online grooming- şekilde gerçekleştirilmektedir. Çocuğa karşı çevrimiçi cinsel istismar doğrudan "çevrimiçi (online) grooming" ile bağlantılıdır. Bu kapsamda çevrimiçi (online) "grooming" de cinsel teması kolaylaştırmak için bir çocukla internet veya diğer dijital teknolojilerin kullanımı vasıtasıyla bir ilişki kurma sürecini ifade etmektedir.[10] Toparlamak gerekirse kavramsal çerçevede çevrimiçi "grooming", bir çocuğun, bir yetişkin tarafından cinsel istismara hazırlandığı ve çocuğun bu duruma uyumunun sağlandığı süreç olarak tanımlanabilir.[11] Bahsedilen bu süreç ise çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının bir ön aşaması olarak nitelendirilebilir. Nitekim kişi bu süreç içerisinde çocuk üzerinde manipülatif eylemlerde bulunarak bir sonraki aşama olan cinsel istismar eylemini gerçekleştirmek üzere hazırlık aşamasını tamamlamaktadır.

---

7 Can, ss. 117.

8 Sana Ali/Hiba Abou Haykal/Enaam Youssef Mohammed Youssef, "Child Sexual Abuse and the Internet – a Systematic Review", S. 6, 2013, Human Arenas, ss. 410.

9 Rick Brown, Eliminating Online Child Sexual Abuse Material, Routledge, New York and London, 2023, s. 46; Helen C. Whittle/Catherine Hamilton Giachritsis/Anthony R. Beech, "Victims' Voices: The Impact of Online Grooming and Sexual Abuse", C.1, S.2, 2013, Universal Journal of Psychology, ss. 59.

10 Terminology Guidelines Fort the Protection of Children From Sexual Exploitation and Sexual Abuse, s. 49.

11 Helen C. Whittle/Catherine Hamilton/Beech Collings, "A Review of Online Grooming: Characteristics and Concerns", C.18, S.1, 2012, Aggression and Violent Behaviour, ss. 4.

Çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı ise yukarıda bahsedilen hazırlık süreci sonrasında bir yetişkinin, bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanmak suretiyle, çevrimiçi ya da çevrimdışı yollarla, çocuğun cinsel içerikli materyalini elde ederek onu ikna etmesi ve çocuğu cinsel olarak çeşitli yöntemlerle istismar etmesi durumunda ortaya çıkar.[12] UNICEF tarafından yapılan tanıma göre, kısmen veya tamamen teknoloji yani internet ya da diğer çevrimiçi iletişim araçları ile kolaylaştırılan çocuk istismarı çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı olarak nitelendirilmektedir.[13] Yine Dünya Sağlık Örgütü çocuğun çevrimiçi cinsel istismarını, çocukların bir yetişkin tarafından çevrimiçi ya da çevrimdışı gerçekleştirmek istediği cinsel aktivite için teknolojiyi kullanarak taciz edilmesi şeklinde ifade etmektedir.[14] Ancak tüm bu tanımlardan hareketle belirtmek gerekir ki çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı ayrı bir cinsel istismar şekli olmayıp, istismarın bu halinde çocuğun cinsel istismarının farklı biçimlerinin internet yoluyla yayılması ve cinsel istismarda bulunma amacı olan kişinin çocuklara erişiminin kolaylaşması söz konusudur.[15] O halde çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının, internet aracılığıyla ya da çevrimiçi ortamla bağlantılı olarak gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda sosyal medya ve benzeri diğer çevrimiçi kanallardan çocuğun cinsel anlamda rahatsız ya da taciz edilmesi buna örnek olarak gösterilebilir.[16]

Gerek DSÖ gerekse literatürdeki çalışmalar göz önünde bulundurulduğunda çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının çok farklı şekillerde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda cinsel istismar çevrimiçi ortamda çocukla cinsel içerikli yazışmaları kapsayabileceği gibi çocuğun cinsel içerikli fotoğraf ya da video hazırlayıp göndermesini isteme ya da şahsen çocukla tanışma şeklinde de karşımıza çıkabilir.[17] Dolayısıyla çevrimiçi cinsel istismara maruz kalan çocukların, fiziki olarak yani çevrimdışı gerçekleşen cinsel istismar mağduru çocuklara benzer şekilde duygusal ya da fiziksel zarara uğraması kaçınılmazdır.[18] O halde dijital ortamda gerçekleştirilen "cinsel istismar" amacına yönelik fiilin fiziki ortamda gerçekleştirilen cinsel istismarla benzer sonuçlara yol

---

12 Samanta Craven/Sarah Brown/Elizabeth Gilchrist, "Sexual Grooming of Children: Review of Literature and Theoretical Considerations", C.12, S.3, 2006, Journal of Sexual Aggression, ss. 297.

13 Bkz. United Nations Children's Fund, Ending Online Child Sexual Exploitation and Abuse: Lessons Learned and Promising Practices in Low-and Middle- Income Countries, UNİCEF, New York, 2011.

14 What Works to Prevent Online Violence Against Children?, World Health Organization, Geneva, 2022, s. 5, https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/364706/9789240062061-eng.pdf?sequence=1, (s.e.t. 20.09.2024).

15 Terminology Guidelines Fort the Protection of Children From Sexual Exploitation and Sexual Abuse, s. 20.

16 Terminology Guidelines Fort the Protection of Children From Sexual Exploitation and Sexual Abuse, s. 20.

17 Whittle/Giachritsis/Beech, "Victim' Voices", s. 59; Paris Goodyear-Brown/Abbe Fath/Lori Myers, "Child Sexual Abuse The Scope of Problem,", John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2012, Handbook of Child Sexual Abuse: Identification, Assesment, and Treatment, Paris Goodyear-Brown (Ed.), ss. 4; Can, s. 118; Berçem Barut Bektaş, "Teknoloji Çağının Konuşulmayan Gündemi: Çevrimiçi Çocuk Cinsel İstismarı", S.22, 2023, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, ss. 89-90.

18 Derya Ünlü/Hülya Türk/Taner Artan, "Kamu Sorumluluğu ve Sosyal Hizmet Perspektifinden Çocukların Çevrimiçi Cinsel istismarı: Bir Olgu Sunumu", C.7, S.13, 2020, Ombudsman Akademik, ss. 233.

açtığı aşikardır. Çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması amacına yönelik olarak uluslararası düzeyde hazırlanan insan hakları sözleşmelerinin devletlerin yükümlülük alanını genişletmesi de anılan bu durumun doğal bir sonucudur.

II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI BAĞLAMINDA DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Uluslararası insan hakları hukuku normlarının uygulanmasını sağlamak için doğrudan ulusal sistemlere ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, devletlerin ulusal hukuklarını taraf oldukları uluslararası belgelere uygun hale getirmeleri gerekmektedir.[19] Bahsedilen durumun neticesinde uluslararası insan hakları hukukunda devletlerin ilgili belgelerde yer alan hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesi noktasında hem dikey hem de yatay alanda yükümlülükleri bulunmaktadır. Şöyle ki devletler, uluslararası alanda hem kendi kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen eylemlerden kaynaklı ihlallerden hem de bireyler arası ilişkiler neticesinde ortaya çıkan hak ihlallerinden sorumlu olmaktadır.[20]

Uluslararası insan hakları hukukunda devlet sadece negatif bir yükümlülükle donatıldığı takdirde hak ihlallerini tam olarak önleme konusunda yetersiz kalabilecektir. Nitekim insan hakları hukuku, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olup, bireylerin birbirlerine karşı ihlal eyleminde bulunmamalarını güvence altına almak da insan hakları hukukunun bir gereği olarak devletin bir yükümlülüğüdür. Dolayısıyla da devlet, bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinden doğan hak ihlallerinden daha açık ifadeyle bireylerin davranışları sonucunda ortaya çıkan ihlallerden de sorumlu tutulmaktadır.[21] Artık devlet bireylerin davranışlarından kaynaklanan hak ihlallerini ortadan kaldıracak tedbirleri almakla da yükümlü olmakta ve bu durum devletin pozitif yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Tüm bu bilgiler ışığında devletin artık hak ihlallerini ortadan kaldırmak adına müdahale etmeme şeklinde pasif, koruma ve gereğini yerine getirme şeklinde de aktif edimde bulunma yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmaktadır. O halde devlet ortaya çıkan ihlallerden önleyici tedbirleri aldığı ölçüde sorumlu tutulmamaktadır.[22]

Devletin hem dikey hem de yatay etki alanı gereğince belli yükümlülüklerle donatıldığı açıktır. Peki, devletler yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde, neye göre kime karşı sorumlu tutulacaklardır? Başlangıçta da belirtildiği gibi devletin yükümlülüğü taraf olduğu uluslararası insan hakları belgeleri gereğince ortaya çıkmaktadır. Devletler taraf oldukları belge gereğince

---

19 Philip Alston/Ryan Goodman, International Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 1057.

20 Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 541-542.

21 Javaid Rehman, International Human Rights Law, 2nd Edition, Pearson Education Limited, Edinburgh, 2010, s. 13.

22 Betül Kalyoncu / Nur Karahan Tarım, "Kadına Karşı Şiddetle Mücadelede Devletin Önleyici Tedbirler Alma Konusunda Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yükümlülüğü",191, 2022, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 60.

belli yükümlülük altına girmekte ve sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadır. Aksi halde ilgili sözleşmede öngörülen denetim mekanizmalarınca denetlenmekte ve belli bir yaptırıma maruz kalmaktadır. Bunların yanında devletin uluslararası platformdaki imajı zedelenerek "ihlalci devlet" olarak nitelendirilmesi de söz konusu olabilmektedir.

Çocuğun cinsel istismara karşı korunması bağlamında devletlerin yükümlülüğü de ancak söz konusu meselenin ele alındığı insan hakları belgelerine taraf olmayla mümkün olabilmektedir. Nitekim, çocukların cinsel istismara karşı korunmasına yönelik olarak hazırlanan özel ya da genel nitelikli belgelerin tarafı devletler de ilgili belgelerde yer alan düzenlemeleri kendi ulusal hukuklarına aktarmak zorundadır. Uluslararası insan hakları hukukunda çocuk haklarının korunmasının farklı bir görünümü olan cinsel istismara karşı çocuğun korunması meselesi de hem BM temelli belgelerde hem de bölgesel düzlemde hazırlanan belgelerde ele alınmaktadır. Söz konusu belgelere taraf devletler ise çocukların cinsel istismara karşı korunması noktasında gerekli olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Ancak çocuğun çevrimiçi cinsel istismara karşı korunması bağlamında devletlerin ne ölçüde yükümlü oldukları hususu meselenin farklı bir boyutudur. Nitekim içinde bulunduğumuz ve dijital çağ olarak nitelendirilen bu dönemin koşulları dikkate alınarak uluslararası belgelerde belirli ölçüde güncellemeler yapılarak çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması sağlanmalıdır. Dolayısıyla da devletin bu noktada dijital çağın gerekliliklerine uyum sağlaması ve alacağı tedbirleri de buna koşut olarak şekillendirilmesi yerinde olacaktır.

Devletlerin bu noktada yükümlülük alanının belirlenmesi için de evvela çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik olarak uluslararası insan hakları belgelerinde ne gibi düzenlemelere yer verildiğini tespit etmek gerekmektedir. Dolayısıyla devletlerin çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan kaynaklanan yükümlülük alanının tespiti için, öncelikle BM ve Avrupa Konseyi ekseninde oluşturulan belgelerin meseleyi ne şekilde ele aldıklarını ortaya koymak gerekmektedir.

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARA KARŞI KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

Uluslararası insan hakları hukukunda çocuğun haklarının korunmasına yönelik olarak BM ve bölgesel örgütler (Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği) nezdinde genel ya da spesifik nitelikte birçok belge hazırlanmıştır. Hazırlanan belgelerin niteliği (bildiri, sözleşme, şart vb.) ne olursa olsun amaç her daim çocuğun üstün menfaatinin korunmasıdır. İşbu noktada söz konusu insan hakları belgelerinin, çocuğun korunmasına yönelik münferit pek çok alanın yanında çocuğun cinsel istismarına ilişkin de düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı, teknolojik gelişmelerinin bir sonucu olarak görece yeni yeni dillendirilmeye başlanan bir olgudur. Uluslararası düzeyde hazırlanan uluslararası insan hakları belgelerinin bir kısmında dönemin şartları gereği cinsel istismarın çevrimiçi boyutuna dair düzenlemelerin yer almaması pek tabidir ki yadırganacak bir husus değildir. Ancak günümüzde çocuklar için engellenmesi ciddi anlamda büyük bir çabaya bağlı olan çevrimiçi cinsel istismar olgusunun devletler nezdinde karşılığı -uluslararası yükümlülük boyutuyla- bahsi geçen insan hakları belgelerinin günümüz koşullarına uyarlanmasına bağlıdır. Dolayısıyla BM ve Avrupa Konseyi çerçevesinde

oluşturulan insan hakları belgelerinin de bu bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. BM TEMELLİ BELGELER ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI

1. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Uluslararası insan hakları hukukunda çocuğun korunması hem uluslararası hem de bölgesel düzlemde üretilen insan hakları belgelerinde farklı konu başlıkları ile yer almaktadır. Çocuğun korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerden akla ilk gelen Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Çocuk Hakları Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 44/25 sayılı kararı ile 20/11/1989 tarihinde kabul edilmiş ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[23] Çocuk Hakları Sözleşmesi dünyada en çok sayıda devlet tarafından onaylanan insan hakları belgesidir.[24] Anılan bu durum uluslararası platformda çocuğun korunmasına verilen önemi göstermektedir. Sözleşmede, çocuğun korunması amacına yönelik birçok hak[25] düzenlenmektedir ve bu haklardan bir tanesi de 19. maddede düzenlenen istismara ve ihmale uğramama hakkıdır.

İlgili madde, Sözleşmeye taraf devletlerin, anne-babaların ya da çocuğun bakımını üstlenmiş herhangi bir başka kişinin bakımı altında olan çocuğa karşı cinsel istismar da dahil olmak üzere her türlü şiddet, ihmal ve istismarı önleyici tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir. Taraf devletler bu anlamda gerekli olan tüm yasal, idari, sosyal ve eğitsel önlemleri almakla yükümlüdür.[26] Burada amaçlanan çocuğun istismar ve ihmalden korunmasını sağlamaktır. Nitekim çocuğun cinsel istismarından hareket edersek, çocukların gerek ailelerinde gerekse farklı ortamlarda yaygın biçimde cinsel istismar ve sömürüye maruz kaldıkları yakın geçmişte ortaya konulmuştur.[27] Dolayısıyla 19. maddenin esasında çocuğun içinde bulunduğu ve kendini güvende hissettiği ortamlarda tam tersi bir muameleyle karşılaşarak ihmal ve istismara maruz kaldığı gerçekliğinden yola çıkarak düzenlendiği söylenebilir. Bahsi geçen duruma

---

[23] Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin orijinal metni için (bkz. https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child s.e.t. 28.01.2025).

[24] Bkz. Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne 28.01.2025 tarihi itibarıyla taraf olan devlet sayısı 196'dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. (https://indicators.ohchr.org/ s.e.t. 28.01.2025).

[25] Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin içeriğine bakıldığında çocukların yaşam hakkı, vatandaşlık hakkı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, özel yaşamına saygı hakkı, kişi güvenliği, eğitim hakkı, sağlıklı yaşam vb. haklara sahip olduğu görülmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Zihni Merey, "Çocuk Haklarının Tarihsel Gelişimi", 2. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2017, Çocuk Hakları, Zihni Merey (Ed.), ss. 82; Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Uluslararası Sistemler C. 2, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 593-627.

[26] Elif Kösesoy, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 206-207.

[27] Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, 2. Baskı, UNICEF, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, New York, 2002, s. 263.

şüphesiz devletin kendi kamu ajanları tarafından çocuğun ihmal, istismar edilmesi ya da şiddete uğraması da dahildir.[28]

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesine bakıldığında ise cinsel istismar ve sömürüye ilişkin doğrudan bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Madde taraf devletlerin çocuğun cinsel istismardan ve cinsel sömürüden korunması için gerekli tüm önlemleri alması gerektiğine vurgu yapmaktadır. 19. madde çocuğun genel çerçevede her türlü şiddetten korunmasına ilişkin olmasına rağmen 34. madde "cinsel istismar" eylemine odaklanarak devlete yükümlülükler getirmektedir. Madde metni daha detaylı incelendiğinde a bendinde "çocuğun yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması ya da zorlanmasını", b bendinde "çocukların fuhuş ya da diğer yasa dışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini", c bendinde "çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini" önlemeye yönelik devletin ulusal ve uluslararası düzeyde sözleşmesel yükümlülükleri gereği alması gereken önlemleri düzenlediği görülmektedir. Tüm bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yapıldığında Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik bir düzenleme bulunmadığı söylenebilir. Sözleşmenin yürürlüğe girme tarihi dikkate alındığında anılan durumun yadırganmaması gerekir. Ancak aradan geçen yirmi beş senelik zaman diliminde Sözleşmenin dijital çağın gereklerine uyumlu hale getirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda çocuğun sözleşmede korunan haklarının teknolojinin getirdiği risklere karşı daha etkin şekilde korunması ve dolayısıyla da çocuğun çevrimiçi cinsel istismarını önlemek için gerekli düzenlemelerin Sözleşmeye bir Protokolle eklenmesi gerekmektedir.

2. Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokolü

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun cinsel istismardan korunmasını daha etkili kılmak amacıyla BM tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokolü[29] kabul edildiği görülmektedir.[30] Ancak çocuğun doğrudan cinsel istismarı amacını taşımayan ve fakat ticari çıkar elde etmek amacıyla çocuğun cinselliğini kullanmayı ifade eden "cinsel sömürü" olgusu çalışma kapsamı dışında olduğundan, bahsedilen Protokol hakkında bu başlıkta sadece genel bir çerçevenin çizilmesiyle yetinilecektir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34. Maddesinde her ne kadar çocuğun cinsel istismar ve sömürüden korunmasına yönelik düzenlemeler yer almış olsa da BM İnsan Hakları Komisyonu meselenin önemini dikkate alarak çocuk haklarına ilişkin genel bir metin içerisinde birkaç hükme yer vererek değil doğrudan çocuk satışının, fuhşunun ve pornografisinin önlenmesine odaklanan bir belge

---

28 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, s. 264.

29 Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

(https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/iv-11-c.en.pdf s.e.t. 28.01.2025).

30 Begüm Nur Özdemir, "Çocukların Çevrimiçi Ortamda Korunmasına Yönelik Hukuki Yaklaşımlar", C.2, S.2, Haziran 2024, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, ss. 48.

oluşturulması yönünde karar almıştır. Çocuk Hakları Komitesi de bu kararı dikkate alarak aynı yıl içerisinde "BM organları ile İşbirliği-Çocuk Satışı, Fuhşu ve Pornografisi" başlıklı resmi açıklamayı benimsemiştir.[31] Daha sonrasında tüm bu çalışmaların ürünü olarak BM Genel Kurulu tarafından 18/01/2002 yılında Çocuk Hakları Sözleşmesinin, Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokolü kabul edilmiştir. Bahsi geçen Protokol çocuğun cinsel istismarının farklı bir görüntüsü olan çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesine yönelik bir uluslararası belgedir.

Çocukların cinsel sömürüsü bu belge ekseninde çocukların satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi şeklinde gerçekleştirilen eylemlerle ortaya çıkmaktadır. Bu noktada artık çocuk tamamen bir meta halini almakta ve çocuğu bu eylemlere zorlayan kişilerin ticari bir çıkar amacıyla hareket ettikleri görülmektedir. Zira sözü edilen kişiler çocuk ile doğrudan cinsel ilişki kurma amacı gütmemekte ve çocuğun cinselliğini ticari menfaat için kullanmaktadır.[32] Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol incelendiğinde çocukların çevrimdışı ortamda maruz kaldıkları cinsel istismar eylemlerinin önlenmesi amacına yönelik olarak devletlerin yükümlülükle donatıldığı görülmektedir. Ancak Protokolde dijital ortamda çocukların cinsel sömürüye maruz kalmalarına neden olabilecek herhangi bir eylemin önlenmesine ilişkin Protokolde doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. O halde çocukların cinsel istismardan korunmasına yönelik teknolojik gelişmeleri dikkate alan sözleşme formatında bir belge bulunmadığı gibi cinsel sömürü anlamında da BM düzeyinde sözleşme formunda veya başka formda bir insan hakları belgesinin bulunmadığı görülmektedir.

3. BM Çocuk Hakları Komitesi 25 Sayılı Genel Yorumu

Daha önce de ifade edildiği üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uluslararası bir sözleşme formatında olmasa da BM Çocuk Hakları Komitesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 25 Sayılı Genel Yorumu ile dijital çağda çocuğun korunması meselesini ele almıştır. Farklı bir ifadeyle BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizması olan Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun haklarının dijital ortamda korunması bağlamında rehberlik etmek üzere 25 Sayılı Genel Yorumu kabul etmiştir.[33] Uluslararası insan hakları hukukunda sözleşme kadar etkili bir sonuç doğurmasa da sözleşmeden başka formda üretilen belgelerin de insan haklarının ve çalışmayla bağlantılı olarak da çocuk haklarının korunması noktasında öneme sahip oldukları açıktır. Nitekim söz konusu formatta hazırlanan bu belgeler daha sonra hazırlanacak olan ve bağlayıcı nitelik taşıyan sözleşmelere öncülük teşkil etmektedir.[34] Dolayısıyla Çocuk Hakları Komitesi tarafından kabul edilen 25 Sayılı Genel Yorumu da bu perspektifle değerlendirmek gerekir.

---

[31] Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, s. 513.

[32] Polat, s. 102.

[33] Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, United Nations, 2021, PDF için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/25&Lang=en, (s.e.t. 07.01.2025)

[34] Gemalmaz, s. 559.

Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 Sayılı Yorumu, taraf devletlere Sözleşmeyi dijital çağın gerekleri ile uyumlaştırma noktasında rehberlik etmektedir. Dijital çağın gereklerine uygun şekilde çocuk haklarının tanınması, korunması, bu hakların gereğinin yerine getirilmesi ve çocuk haklarına saygı gösterilmesine yönelik olarak taraf devletlerin politikalarının ve mevzuatlarının Sözleşmeye uygun biçimde şekillendirilmesi de yine Genel Yorum içerisinde belirtilen hususlardandır.[35] Ayrıca ilgili belge bu noktada "Özel Koruma Tedbirleri" başlıklı bölümünde çocukların dijital ortamda herhangi bir olumsuzlukla karşılaşmaları sonucunu doğuracak her türlü istismardan korunması gerektiğine vurgu yapmaktadır.[36]

Çocuğun çevrimiçi cinsel istismarı olgusu ise Genel Yorum'un "Çocuğa Yönelik Şiddet" başlıklı kısmında ele alınmaktadır. Genel Yorumda dijital ortamın çocukların şiddete maruz kalmaları noktasında yeni yöntemler ortaya çıkarabileceği ve bu yeni yöntemlerle birlikte çevrimiçi cinsel istismar eylemlerinin dijital teknolojiler kullanılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Bu noktada çocuğa yönelik olarak gerçekleştirilmesi muhtemel çevrimiçi istismar eylemlerinin çocuğun tanımadığı bir kişi ya da yakın çevresinden, arkadaşları arasında ve hatta ailesinden biri tarafından gerçekleştirilebileceğine dikkat çekilmekte ve devletin bu eylemleri önleyici gerekli yasal ve idari tedbirleri alması gerektiği önemle vurgulanmaktadır. Ayrıca dijital yöntemler kullanılarak çevrimiçi cinsel istismara maruz kalan çocuklar için de taraf devletlerin mümkün olduğunca önleyici, koruyucu ve onarıcı adalet yaklaşımlarını benimsemeleri gerektiği ifade edilmektedir. [37]

BM'nin 25 Sayılı Genel Yorumu devletlere Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan ve çocuğun cinsel istismardan korunmasına ilişkin yükümlülükler getiren düzenlemenin sadece çevrimdışı gerçekleşen eylemlerle sınırlı olmadığını göstermektedir. Belgenin teknik hukuki form itibarıyla sözleşme formunda olmaması bu noktada devletlerin bu yükümlülükten kurtulmaları anlamına gelmemektedir. Zira Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin amacının "çocuğun üstün menfaatini korumak" olduğu düşünüldüğünde Sözleşmenin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiği açıktır. Çocukların üstün menfaatinin korunması için de dijital çağda devletlerin alacağı tedbirlerin de formunu değiştirmesi zorunludur. Bu doğrultuda devletlerin çocukların çevrimiçi olarak karşılaşabilecekleri zararlardan koruması gerekmektedir.[38] Çocukların çevrimiçi cinsel istismarının önlemek için en başta devletin mevzuatını teknolojik gelişmeler ışığında güncellemesi gerekir. Örneğin, devlet yetişkinler tarafından çocuklara yönelik cinsel istismara neden olabilecek daha açık ifadeyle 18 yaşın altındaki çocukları tasvir eden ve içeren herhangi bir cinsel içeriği öncelikle

---

[35] Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 2.

[36] Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 19.

[37] Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 13-14.

[38], Guidelines Child Online Protection, "Keeping Children Safe in the Digital Environment: The Importance of Protection and Empowerment", International Telecommunication Union, 2021, Geneva, s. 2.

cinsel amaçlarla indirmeyi, erişmeyi, görüntülemeyi, saklamayı, bulundurmayı, dağıtmayı, görüntülemeyi, sergilemeyi ve kullanılabilir hale getirmeyi cezai bir suç haline getiren mevzuatı oluşturmak zorundadır. Bu anlamda Sözleşmeye taraf devletin ulusal mevzuatı, çocukların çevrimiçi cinsel istismardan korumaya yönelik uluslararası mevzuatla da uyumlu olmalıdır.[39]

Esasında çocukların çevrimiçi cinsel istismardan korunması sadece faile yönelik cezai yaptırımların mevzuata eklenmesiyle mümkün değildir. Devletin bu anlamda yükümlülük alanı geniş olup, alacağı tedbirleri çok yönlü olarak alması gerekmektedir. Bu doğrultuda çocukların dijital ortamda cinsel istismardan korunması için ailenin de dahil edildiği birtakım politikaların oluşturulması faydalı olacaktır. İşbu kapsamda BM 25 Sayılı Yorumda "aile ortamı ve alternatif bakım" başlığı altında dijital platformların kullanılmasında ailenin daha bilinçli hale getirilmesine ilişkin devletlere birtakım yükümlülükler getirilmektedir. Buradaki amaç ebeveynlerin ya da çocuğun bakımından sorumlu kişilerin, dijital okuryazarlık kazanmaları, çevrimiçi biçimde zarara uğrayan çocuğu tespit etme ve buna uygun şekilde yanıt verme fırsatlarına sahip olmasını sağlamaktır.[40] Bahsedilen durum dışında 25 Sayılı Genel Yorumun, bilgiye erişim noktasında kritik işlev gören ticari şirketlerin ve diğer dijital içerik sağlayıcılarının denetimi hususunda da devletlere bazı yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse Sözleşmeye taraf devletler, çocukların zararlı ve güvenilir olmayan içeriklerden korunmasını sağlamak için ilgili şirketlerin ya da dijital içerik sağlayıcılarının güvenli internet ortamı erişimi sağlayacak yöntemleri izlemelerini ve buna ilişkin kılavuz ilkeler geliştirmelerini sağlamak durumundadır.[41] Anılan bu durum her ne kadar genel olarak çocukların haklarının ihlal edilmesinin önlenmesine yönelik olsa da özelde çevrimiçi cinsel istismar olaylarının da önlenmesine önemli katkılar sağlayacaktır. Zira Genel Yorumda da belirtildiği üzere dijital ortam, çocukları hukuka aykırı ya da zararlı eylemlere teşvik eden bilgilerin yanı sıra tacize dayalı, pornografik bilgiler de içerebilmektedir.[42]

Toparlayacak olursak genel hatlarıyla BM 25 Sayılı Genel Yorumunun, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin günümüz koşullarına uyumunu sağlama noktasında önemli bir işlev gördüğünü söylemek mümkündür. Doğrudan çocukların çevrimiçi istismarına ilişkin olmasa da söz konusu belgenin dijital çağda çocuk haklarının birçok açıdan ihlal edilmesini engelleyecek tedbirleri alma noktasında taraf devletleri yönlendirici etkisi bulunmaktadır. Ancak yine de çocukların çevrimiçi cinsel istismarının uluslararası düzeyde BM tarafından spesifik bir sözleşme ekseninde ele alınması "çocuğun üstün menfaatinin korunması" amacına şüphesiz daha çok hizmet edecektir. Bu amaçla BM tarafından tıpkı bir önceki başlıkta incelenen Seçmeli Protokollere benzer şekilde

---

39 Guidelines Child Online Protection, "Keeping Children Safe in the Digital Environment: The Importance of Protection and Empowerment", s. 5.

40 Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 14.

41 Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 9.

42 Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, s. 8.

yeni bir protokol hazırlanarak Sözleşmenin kapsamının genişletilmesi isabetli olacaktır.

B. AVRUPA KONSEYİ EKSENİNDE HAZIRLANAN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE ÇOCUĞUN ÇEVRİMİÇİ CİNSEL İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI

Daha önceki başlıklarda değinildiği üzere çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik olarak BM tarafından hazırlanmış doğrudan bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan insan hakları belgeleri incelendiğinde ise sözleşme formunda hazırlanan ve doğrudan çocuğun cinsel istismarını önleme amacını güden Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi diğer ismiyle Lanzarote Sözleşme karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme hem çevrimdışı hem de çevrimiçi çocuk cinsel istismarına ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Lanzarote Sözleşmesi'nin dışında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Dijital Ortamda Çocuk Haklarına Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yönergeleri Hakkında 2018/7 Sayılı Tavsiye Kararı karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu belgede de yine dijital çağda çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik birtakım önerilere yer verilmektedir. Son olarak yine Avrupa Konseyi tarafından üretilen ve insan hakları belgeleri arasında çok önemli bir yere sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni incelemek gerekmektedir. Nitekim AİHS'de her ne kadar çocuk haklarına ve cinsel istismara ilişkin doğrudan bir düzenleme olmasa da Sözleşmede yer alan bazı maddeler çerçevesinde Mahkeme çocuğun cinsel istismara maruz kaldığı vakaları incelemektedir. Bu bağlamda belki de yaptırım noktasında devletleri en fazla zorlayan mekanizma AİHS sistemi olduğundan bu başlık altında AİHM'nin çevrimiçi cinsel istismara ilişkin vermiş olduğu kararlar ekseninde birtakım değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)[43]

BM tarafından üretilen insan hakları belgeleri arasında doğrudan çocuğun cinsel istismardan korunmasına yönelik bir belge olmaması yönündeki eksiklik 25/10/2007 yılında bölgesel ölçekte Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Çocukların Cinsel Suistimal ve İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi yani Lanzarote Sözleşmesi'yle giderilmeye çalışılmıştır.[44] Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde genel nitelikte düzenlenen cinsel istismar konusu, Lanzarote Sözleşmesi'nde çocuğun cinsel suistimali ve cinsel istismarı bağlamında daha spesifik olarak düzenlenmiş ve çocuk haklarına ilişkin olarak

---

43 Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi orijinal metni için bkz. (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=201 s.e.t. 28.01.2025).

44 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu uluslararası sözleşme çalışmada "Lanzarote Sözleşmesi" olarak ifade edilecektir.

diğer insan hakları belgelerinde bu konuya ilişkin düzenlemelerin kapsamının genişletilmesi hedeflenmiştir. Farklı ifadeyle, tıpkı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi bölgesel düzeyde de taraf devletler çocukların çevrimiçi cinsel istismardan korunması özelinde daha yüksek standartlar oluşturma amacına yönelik mutabakata varmışlardır.[45] Bu anlamda Sözleşmenin spesifik bir konuya odaklanarak meselenin daha etkili biçimde ele alınmasını sağladığını söylemek mümkündür. Nitekim Lanzarote Sözleşmesi'nin hazırlık evresinde çocukların cinsel istismarını önleyebilmek için sadece AK tarafından hazırlanan hukuki belgeler değil diğer uluslararası kuruluşların da bu konu hakkındaki karar ve sözleşmeleri detaylı olarak incelenmiştir.[46]

Lanzarote Sözleşmesi çocukların hem çevrimiçi hem de çevrimdışı ortamda cinsel istismardan korunmasına yönelik olarak getirdiği düzenlemelerle diğer uluslararası belgelere örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla dijital çağın beraberinde getirdiği çocuk istismarının çevrimiçi ortamda gerçekleştirilmesi riskini önleme noktasında devlete birtakım yükümlülükler getirmektedir. Sözleşme, taraf devletleri çevrimiçi cinsel istismarın ortaya çıkmasını önleyici tedbirler alması noktasında zorlamaktadır. Nitekim Sözleşmenin giriş kısmında, dikkat çekici bir ifade olarak, çocuklara yönelik cinsel istismar vakalarının gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde endişe verici boyutlara ulaştığı ve çocuğa yönelik cinsel istismarın önlenmesi ve bununla mücadelenin artık uluslararası işbirliğini gerektirdiğine değinilmiştir. Ayrıca bahsi geçen durumun çocukların ve cinsel istismar eylemini gerçekleştirenlerin bilgi ve bilişim teknolojilerini giderek daha fazla kullanmaları neticesinde arttığına dikkat çekilmiştir.

Lanzarote Sözleşmesi'ne göre çocuk, diğer uluslararası belgelerde de olduğu gibi, 18 yaşından küçük kişileri ifade etmektedir (m.3). Çocuğun cinsel suistimali ve cinsel istismarı olarak nitelendirilebilecek davranışlar ise Sözleşmenin 18.-23. maddelerinde düzenlenmiştir. Kısaca değinecek olursak Sözleşmenin 18. maddesine göre, *"ulusal mevzuatın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak", "baskı, zorlama, tehdit kullanarak ya da aile içi de dahil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite ve nüfuzu suistimal ederek veya çocuğun zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı olmasından faydalanarak çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak"* bu kapsamda sayılabilecek faaliyetler arasındadır. Sözleşme, cinsel istismar olarak nitelendirilebilecek davranışları cinsel faaliyet için yasal yaşa erişmemiş ve yasal yaşa erişmiş çocuklar bakımından ayırmaktadır. Cinsel faaliyet için yasal yaşa erişmemiş çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak nitelendirilirken, diğerlerinde davranışın özgür iradeyi etkilediği durumlarda ve çocuğun zayıflık durumunun suistimali halinde cinsel istismardan söz edilmektedir.[47]

Lanzarote Sözleşmesi'nin içeriğinde çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının önemli bir aşaması olan "grooming" ifadesinin açık bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak "grooming" eyleminin neyi ifade ettiği Sözleşmenin açıklayıcı raporunda tanımlanmıştır. Buna tanıma göre "grooming", çocuğun cinsel tatmine ulaşmak

---

[45] Özge Hancı, "Çocuk İstismarı ve İhmaline İlişkin Uluslararası ve Ulusal Hukuk Düzenlemeleri", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, Çocuk İstismarı ve İhmaline Çok Bilimli Bakış, İ. Hamit Hancı/Özge Hancı (Ed.), ss. 62.

[46] Gürol Herkesecan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 24.

[47] Hancı, s. 64.

amacıyla bir yetişkin tarafından motive edilmesi ve cinsel istismara hazırlanması olarak ifade edilmektedir. Açıklayıcı rapor, bu eylemin genellikle bir yetişkinin başka bir genç gibi davranarak bir çocukla arkadaş olmasını, çocuğu mahrem konuları tartışmaya çekmesini ve çocuğun cinsellikle ilgili direncini veya engellemelerini azaltmak için yavaş yavaş cinsel içerikli materyallere maruz bırakılmasını içerebileceğini belirtmektedir. Ayrıca "grooming" sonrası fiziksel olarak bir buluşma ortamı oluşturulduğunda çocuğun cinsel istismara maruz kalabileceği de yine açıklayıcı raporda yer almaktadır.[48]

Sözleşmenin açıklayıcı raporunda her ne kadar "grooming" fiilinin gelişen teknolojinin bir sonucu olarak endişe verici boyutlara ulaştığı belirtilse de dikkat çekici olan sadece "grooming" eylemini gerçekleştirmenin yani cinsel içerikli sohbet etmenin bir cezai sorumluluğun doğması için yeterli olmayacağına vurgu yapılmasıdır. Zira rapora göre taraf devletlerin "bir yetişkinin 18. maddenin 2. paragrafının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocukla buluşma" teklifini kasıtlı olarak suç sayması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilişki kurma temaslarını çocukla buluşma teklifi takip etmelidir. Ayrıca cezai sorumluluk doğmadan önce de çocukla buluşma teklifinin amacının belirlenmesi gerektiğine de vurgu yapılmaktadır. Son olarak açıklayıcı raporda, suç olarak nitelendirilmesi gereken tüm bu eylemlerin doğal olarak bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması sonucu gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim, gerçek temas ya da elektronik olmayan bir biçimde gerçekleştirilen "grooming" eylemleri bu kapsamda yer almamaktadır. Buradaki amaç yalnızca internet aracılığıyla ve çok küçük çocukların dahi giderek daha fazla erişebildiği cep telefonlarını kullanarak cinsel istismara maruz kalınabilecek en tehlikeli yönteme odaklanılması ve bunun önlenmesidir.[49]

Lanzarote Sözleşmesi, daha önce de ifade edildiği gibi çocuklara karşı çevrimiçi ya da çevrimdışı işlenen cinsel suçların önlenmesi, faillerin yargılanması ve çocuk mağdurların korunması yönünden atılmış önemli bir adımdır. Çocukların korunmasını odak olarak belirleyen sözleşme, her yönüyle çocuk haklarına saygı, çocuk esenliğinin sağlanması, çocuğun görüşlerine, ihtiyaçlarına ve endişelerine cevap verilmesi ve her zaman çocuğun üstün menfaatine göre hareket edilmesi konularına eğilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşmenin pek çok açıdan, çocuğun menfaatleri doğrultusunda önemli bir güvence olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Lanzarote Sözleşmesi devletlerin yükümlülük alanını geniş tutmakta ve devletlerin pek çok açıdan tedbirler almasını öngörmektedir. Sözleşme en başta çocukların cinsel suistimal ve cinsel istismarını önleyici tedbirler ile çocukları koruyacak gerekli yasal ve diğer tedbirlerin alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır (m.4). Önleyici tedbirler anlamında bilgi ve bilişim teknolojilerinin kullanılmasının beraberinde getirdiği risklere dikkat çekilerek, çocukların cinsel istismar konularında kendilerini nasıl koruyacaklarına ilişkin bilinçlendirilmesi taraf devletlerin yükümlülükleri arasında yer almaktadır (m.6). Sözleşmede yer alan koruyucu tedbirler ise, taraf devletin, mağdurları ve ailelerini desteklemeye

---

48 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Council of Europe, 2007, Lanzarote, s. 23, (https://rm.coe.int/16800d3832 s.e.t. 27.01.2025).

49 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Council of Europe, 2007, Lanzarote, s. 23, (https://rm.coe.int/16800d3832 s.e.t. 27.01.2025).

yönelik programlar geliştirilmesi (m. 11), cinsel sömürü ve cinsel istismar şüphesi bulunan durumların bildirilmesinin teşvik edilmesi (m.12), danışmanlık hizmeti verecek, telefon ve internet acil yardım hatlarının tesis edilmesi (m.13), iyileştirici yardım ve acil psikolojik destek sağlayacak bir düzen kurulması (m. 14) şeklinde sıralanabilir.

Lanzarote Sözleşmesi koruyucu ve önleyici tedbirlerle birlikte devletlere ceza hukukuna ilişkin tedbirler alma zorunluluğu da getirmektedir. Bu anlamda taraf devletler öncelikle yasal olarak bir çocukla cinsel faaliyete girişmek gibi belirli davranışları ceza gerektiren suç olarak mevzuatına eklemelidir (m.18). Ancak çevrimiçi cinsel istismara ilişkin olarak en dikkat çekici düzenleme, "*özellikle internet olmak üzere yeni teknolojiler kullanılarak çocuklara cinsel açıdan zarar verecek davranışların örneğin çocukların cinsel istismarı gerçekleştirme amacıyla kandırılmasının suç olarak kabul edilmesi*" ne dair devletlerin yükümlülükle donatılmasıdır (m. 23). Böylelikle taraf devletler doğrudan çevrimiçi ortamda çocuğun cinsel istismarına yönelik filleri suç olarak nitelendirmek zorundadır. Ayrıca taraf devletler etkili, orantılı ve caydırıcı bir ceza sistemini yerleştirebilmek için açık ve net olarak kriterler geliştirmek ve bunun sonucunda caydırıcı bir cezai yaptırımın mevzuata dahil edilmesini sağlamakla yükümlüdür (m. 27). Görüldüğü üzere ilgili hükümlerde devletlerde çocuğa karşı cinsel istismar eylemlerinin engellenmesi adına devletin ceza hukukuna ilişkin mevzuatını etkili, caydırıcı, açık ve net şekilde teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. İlgili hükümler dikkate alındığında Sözleşmenin cinsel istismarı engellemek adına değişen şartları göz önünde bulundurduğu, olaya geniş perspektifle baktığı açıktır. Ancak açıklayıcı raporla birlikte bir değerlendirme yapıldığında öncelikle "grooming" eylemleri neticesinde çocuğun cinsel istismara uğramasının cezai bir karşılığı olmasını, cinsel içerikli sohbet sonrasında gerçekleştirilecek buluşma faaliyetine ve hatta buluşmanın amacına bağlaması eleştirilebilir. Şöyle ki yetişkin olduğu halde kendini daha genç tanıtarak çocuğu cinsel istismar amacı taşıyan ve bu amacını da cinsel içerikli sohbetle gerçekleştirilen bir kişinin yaptığı eylemin salt bu haliyle cezai bir karşılığının bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin cezai sorumluluğu belirli aşamalara bağlı kılması sonrasında daha ağır neticelere sebep olabilecektir. Nitekim cinsel istismarın bilgi iletişim teknolojileri aracılığıyla çevrimiçi ortamda fiziksel bir buluşmaya gerek olmaksızın gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Esas mesele çevrimiçi ortamda ortaya çıkabilecek cinsel istismar olarak nitelendirilebilecek eylemlerin önlenmesi ve caydırıcı nitelikteki yaptırımlar öngörerek kişinin bu gibi eylemlerde bulunmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla öncelikle Sözleşmenin halihazırdaki düzenlemelerinin daha güncel ve etkili hale getirilmesi, devletlerin de cinsel istismar neticesinde ortaya çıkan cezai sorumluluk boyutunu genişleterek ulusal mevzuatlarını şekillendirmeleri yerinde olacaktır.

Son olarak Lanzarote Sözleşmesi tüm bu düzenlemelerin daha etkili şekilde hayata geçirilmesi için Sözleşmeye taraf devletlerin ilgili hükümleri uygulanmasını temin etmek amacıyla özel bir izleme mekanizması oluşturulmuştur. Taraflar Komitesi olarak adlandırılan bu izleme mekanizması Komite, çocukların cinsel istismarını önleme ve bunlarla mücadele etme kapasitelerini geliştirmek amacıyla üye devletler arasında bilgi toplama ve analiz etme, bilgi, deneyim ve iyi uygulamaların paylaşımını kolaylaştırarak işbirliğini sağlama gibi işlevleri yerine getirmektedir (m. 41). Sözleşmenin denetim organı her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi etkin bir yargısal mekanizma olarak görünmese de Taraf devletlerin sunacakları periyodik raporlar doğrultusunda uluslararası platformda devletin insan haklarına ilişkin karnelerini

ortaya koyacaktır. Dolayısıyla, devletler ihlalci bir devlet görünümünde olmamak adına İzleme Komitesine sunacakları raporlar doğrultusunda Sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadırlar.

2. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Dijital Ortamda Çocuk Haklarına Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yönergeleri Hakkında 2018/7 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve çocuğun cinsel istismarını önlemeye yönelik önemli bir yapı taşı olan Lanzarote Sözleşmesi, belirtildiği üzere çocuğun çevrimiçi cinsel istismarının bilgi iletişim teknolojileri aracılığıyla gerçekleştirilmesini engellemeye yönelik tedbirleri içermektedir. Ancak Avrupa Konseyi 2018 yılında söz konusu belgenin dışında Bakanlar Komitesinin dijital ortamda çocuk haklarına saygı gösterilmesi ve hakların yerine getirilmesine ilişkin 2018/7 sayılı tavsiye kararını oluşturmuştur.[50] Söz konusu tavsiye kararı 04/06/2018 tarihinde Bakanlar Komitesi'nin 1321. oturumunda kabul edilmiş ve çocuğun dijital ortamda karşılaşması muhtemel cinsel istismar eylemlerinden korunması bakımından devletlerin alması gereken tedbirler daha güncel bir versiyonla dile getirilmiştir. Böylelikle gerek BM Çocuk Hakları Sözleşmesi gerekse Avrupa Konseyi tarafından çocuk haklarının korunması özelinde hazırlanan insan hakları sözleşmelerine taraf devletlerin ilgili sözleşmelere ilişkin taahhütleri yeniden teyit edilebilecektir. Daha açık ifade etmek gerekirse, söz konusu tavsiye kararı temelinde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çocuk haklarının dijital ortamda etkin şekilde korunması için mevzuatlarını, kamu politikalarını ve uygulamalarını güncel tutmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır.[51]

Tavsiye kararı çağın beraberinde getirdiği dijital ortamın halihazırda karmaşık olan yapısının hızlı ve öngörülemeyen bir değişikliğe maruz kalabileceğine vurgu yapmaktadır. Nitekim dijital yani çevrimiçi ortamın çocukların yaşamlarını birçok yönden yeniden şekillendirdiği ve onların haklarından yararlanmaları için fırsatlar ve aynı zamanda da riskler doğurduğu ortadadır. Tavsiye kararının önsözünde Avrupa Konseyi'nin, bilgi ve iletişim teknolojilerinin çocukların yaşamlarında eğitim, sosyalleşme, kendini ifade etme ve geliştirme gibi konularda önemli bir araç olduğunu kabul ettiği görülse de Konsey, bunların kullanımının şiddet, sömürü ve istismar gibi riskler yaratabileceğini önemle vurgulamaktadır.[52]

---

[50] Bkz. Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment, (https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808b79f7, s.e.t. 16.01.2025).

[51] Handbook for Policy Makers on the Rights of the Child in the Digital Environment to support the Implementation of Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers of the Concil of Europe on Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment, s. 10, (https://rm.coe.int/handbook-for-policy-makers-on-the-rights-of-the-child-in-the-digital-e/1680a069f8, s.e.t. 16.01.2025).

[52] Handbook for Policy Makers on the Rights of the Child in the Digital Environment (to support the Implementation of Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of

Avrupa Konseyi tarafından Lanzarote Sözleşmesi'nden 11 yıl sonra üretilen bu belge şüphesiz ki çevrimiçi ortamda çocukların hak ihlaline uğrama risklerinin fazlalaşmasına yönelik alınmış bir aksiyondur. Bunların içerisinde çocukların çevrimiçi cinsel istismarı amacı güden ve "grooming" şeklinde ifade edilen davranış şekli de yer almaktadır. Zira tavsiye kararının "korunma ve güvenlik hakkı" başlıklı altıncı bölümünde çocuğun çevrimiçi ortamda karşılaşabileceği her türlü cinsel şiddet ya da istismardan korunması hakkının bulunduğuna değinilmektedir. Bu kapsamda en önemli düzenlemeler ilgili başlık altındaki "çocuk cinsel istismarı materyallerine ilişkin tedbirler" bölümünde yer almaktadır. Ayrıca devletlere, çevrimiçi ortamda çocuk cinsel istismarı materyalinin bildirilmesi ve kaldırılması için yardım hatlarının kurulması, kolluk kuvvetleri ile bağlantılı olan çevrimiçi platformlarının oluşturulması ve dijital ortamda cinsel istismar gibi ihlaller sonucu hakları ihlal edilen çocuklara yardım sağlanması için devletlere birtakım önerilerde bulunulmaktadır.[53]

Yine aynı belgenin "eğitim hakkı" başlıklı bölümünde çocukların, çevrimiçi cinsel istismarı amacını güden potansiyel zararlı davranışların farkında olmalarını ve bununla başa çıkabilmelerini sağlayabilecek eğitim programlarının desteklenmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda çocukların internet kullandığı ortamlarda, okul ya da çocuklarla etkileşim halinde olan kuruluşlarda dijital okuryazarlığın teşvik edilmesi hususunda devletlerin kapsamlı biçimde tedbir alması gerektiği belirtilmektedir.[54]

İlgili belge çocuklara yönelik bu ve benzeri eylemlerin ortaya çıkmaması adına devletlere, kamu-özel iş birliğine dayalı şekilde bilgi iletişim teknolojilerini devreye sokan ticari işletmelere ve diğer paydaşlara BM 25 Sayılı Genel Yorumuna benzer şekilde tavsiyelerde bulunmaktadır. Örneğin tavsiye kararına göre, devletler bu anlamda ticari işletmelerin ve diğer ilgili paydaşların, öncelikle yerel sunucularda bulunan herhangi bir çocuk cinsel sömürüsü ve istismarı materyaliyle ilgili meta verilerin kullanılabilirliğini güvence altına almak durumundadır. Devletler güvence altına aldıkları bu verileri daha sonra kolluk kuvvetlerine sunmalı, bu materyalleri kaldırmalı ve kaldırılması beklenirken, kendi yetki alanları dışındaki sunucularda bulunan bu tür materyallere erişimi kısıtlamak için gerekli tüm adımları derhal atmalıdır. Yine çocukların dijital ortamda karşılaşabileceği risklerle ilgili olarak ebeveyn ve bakıcı odaklı bir eğitim programının hazırlanması devletlerin alması gereken tedbirler arasındadır.[55]

Ministers of the Concil of Europe on Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment s. 9.

53 Recommendation CM/Rec (2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808b79f7, (s.e.t. 16.01.2025), s. 9.

54 Handbook for Policy Makers on the Rights of the Child in the Digital Environment to support the İmplementation of Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers of the Concil of Europe on Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment, s. 54-55.

55 Recommendation CM/Rec (2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment, s. 19, 22, 28.

O halde Avrupa Konseyi 7 Sayılı Tavsiye Kararının da üye devletler için bağlayıcı nitelik arz etmese de tıpkı BM 25 sayılı Genel Yoruma benzer şekilde, dijital ortamda çocukların çevrimiçi cinsel istismardan korunması için önemli düzenlemeler içeren belgeler arasında yer aldığını söylemek mümkündür. Nitekim söz konusu belge, Avrupa Konseyi üyesi devletlere çocukların cinsel istismarı özelinde Lanzarote Sözleşmesi'nin ardından bir rehber niteliği taşımaktadır. Şüphesiz ki tavsiye kararında devletlere sadece tavsiyelerde bulunulduğu ve devletlerin herhangi bir yükümlülük altına girmediği ortadadır. Ancak ilgili belgede yer alan düzenlemeleri uygulamaya aktarabilen devletlerin, Lanzarote Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini de dolaylı olarak yerine getirmiş olacakları yadsınamaz bir gerçektir.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Çocuğun cinsel istismara karşı korunmasına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin içeriğinde özel bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme düzenlediği haklar bakımından hakkın öznesini "herkes" olarak belirlemiştir. Dolayısıyla spesifik olarak çocuğu özne olarak kabul eden bir düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almasa da "herkes" ibaresi pek tabidir ki çocuğu da kapsamaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çocuğun cinsel istismardan korunmasını, Sözleşmede ilişkilendirdiği bazı maddelerin kapsamına dahil etmiştir. Böylelikle AİHM tarafından verilebilecek herhangi bir ihlal kararına maruz kalmamak adına devletlerin çocuğun cinsel istismarını önlemeye yönelik tedbirleri alması gerekmektedir.

Çocuğun Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin dışında AİHS de çocuğa ilişkin özel bir hüküm düzenlememekle birlikte çocuğun cinsel istismarı olgusunu çoğunlukla 3. maddede düzenlenen işkence yasağı ve 8. maddede düzenlenen özel yaşamın gizliliğine ilişkin düzenleme kapsamında değerlendirmiştir. Zira AİHM, Sözleşmede yer alan birinci kuşak hakların yanında, bu hakların somutlaşması ve gerçekleşmesi için özellikle kırılgan grupta yer alan hak özneleri için arka planda yer alan ekonomik ve sosyal boyuta dikkat çeken içtihatlara yer vermektedir.[56] AİHM böylelikle vermiş olduğu kararlarla Sözleşme sisteminde düzenlenen hakların kapsamını genişletmekte ve bu kararlar arasında çocuğun cinsel istismardan korunmasına ilişkin olanları da bulunmaktadır.

AİHS'ye taraf devletler tıpkı Lanzarote Sözleşmesi'ne benzer şekilde AİHS'nin 3. ve 8. maddeleri uyarınca, çocukların cinsel istismarını suç sayan yasal düzenlemeleri hayata geçirmeli ve bunları, çocukların özel kırılganlıklarını, onurlarını ve çocuk ve mağdur olarak haklarını göz önünde bulundurarak etkili soruşturma ve kovuşturma yoluyla pratikte uygulamaları gerekmektedir. Gerekli yasal ve düzenleyici tedbirleri uygulamaya koyma konusundaki bu olumlu yükümlülük, özellikle savunmasız oldukları ve yetkililerin münhasır kontrolü altında oldukları durumlarda, çocukların sağlığını ve refahını koruma görevi olan bir kamu hizmeti bağlamında özellikle önemlidir. Çocukların cinsel istismarını

[56] Enes Kethüda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Sosyal Haklar: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Kapsamında Bir İnceleme (Social Rights in Individual Applications toy he European Court of Human Rights and the (Turkısh) Constitutional Court: an Analysis in the Context of the Right to Respect for Private and Family Life) (with an extended summary in English), Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 211.

içeren başvurularda AİHM, kırılgan gruplar arasında özel bir öneme sahip olmaları nedeniyle çocukların etkili koruma hakkına sahip olduğunu ve devletlerin özel dikkat göstermeleri gerektirdiğini sık sık vurgulamaktadır.[57]

AİHM'nin vermiş olduğu kararların çocukların cinsel istismardan korunması özelinde devletlere birtakım yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Bu anlamda Mahkemenin vermiş olduğu bazı kararlara bakıldığında[58] hem dikey hem de yatay etki bağlamında değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. AİHM, devletlerin etkili bir mevzuat oluşturması gerekliliğinin dışında, aldıkları önleyici, koruyucu tedbirleri ve hatta soruşturma usullerini de incelemeye alarak kararlarını bu doğrultuda vermektedir. Farklı bir ifadeyle, Mahkemenin vermiş olduğu kararlarda devletlerin sadece negatif yükümlülükle donatılmadığı, buna ek olarak pozitif yükümlülük de getirilebileceğine değinilmektedir. Ayrıca ilgili kararlar incelendiğinde, taraf devletlerin, yeterli koruyucu tedbirleri almadığı ve bunun yanı sıra ceza hukukuna ilişkin olarak oluşturdukları mevzuatın yeterince caydırıcı olmadığına vurgu yapıldığı görülmektedir. O halde denilebilir ki, AİHM bakımından cezanın yeterince caydırıcı olması ve koruyucu tedbirlerin de sadece mevzuatta kalmayıp uygulamaya gerektiği gibi aktarılması zorunludur.

Tüm bu bilgiler ışığında, AİHM'nin vermiş olduğu kararların genellikle çocuğun menfaatini koruduğu, her somut olayı kendi koşullarına göre değerlendirdiği, ilgili maddeler hakkında hem esas hem de usule ilişkin ayrı ayrı değerlendirme yaptığı göz çarpmaktadır. AİHM'nin vermiş olduğu kararlarda devletler hakkında genelde ihlal kararı verildiği ve çocuğun cinsel istismara karşı korunması açısından Sözleşme sisteminin etkili koruma sağladığı açıktır. Her ne kadar spesifik olarak bir hüküm bulunmasa da Sözleşme'nin denetim organı AİHM'nin içtihatlarının, çocuğun haklarını ön planda tutan bir tutum sergilediği ve devletin bu konudaki yükümlülük alanını genişlettiği söylenebilir. Mahkemenin sözü edilen bu kararları daha önce de belirtildiği üzere çevrimdışı cinsel istismar fillerinin sonucu verilmiştir.[59]

Çocuğa yönelik cinsel istismar fiilinin çevrimiçi ortamda gerçekleştirilmesine ilişkin AİHM'nin önüne getirilen başvuruda Mahkemenin benzer bir karar verdiği görülmektedir. Başvuruya konu olayda bir arkadaşlık sitesinde 12 yaşında olan çocuğun kendisinden habersiz yaşını, fiziksel özelliklerini anlatan ve kendisinin kişisel sayfasına ilişkin bilgileri içeren link oluşturulmuştur. Bu linke tıklayan kişiler başvurucunun kişisel bilgilerine kolaylıkla erişmektedir. Hatta başvurucunun kendisi ile yaşıt ya da daha büyük

---

[57] Guide on the Case-Law of the European Court on Human Rights, Rights of the Child, Updated on 31 August 2024, s. 49, (https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_rights_of_the_child_eng, s.e.t. 10.01.2025).

[58] E.S. ve diğerleri/ Slovakya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8227/04, K. T. 15.09.2009, bkz. (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-93955, s.e.t. 10.01.2025); AİHM X ve Y / Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8978/80, K.T. 26.03.1985, bkz. (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57603, s.e.t. 10.01.2025); C.A.S. and C.S. / Romanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 26692/05, K.T. 20.03.2012, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109741, s.e.t. 28.01.2025).

[59] E.S. ve diğerleri/ Slovakya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8227/04, K. T. 15.09.2009, bkz. (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-93955, s.e.t. 10.01.2025); AİHM X ve Y / Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8978/80, K.T. 26.03.1985, bkz. (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57603, s.e.t. 10.01.2025); C.A.S. and C.S. / Romanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 26692/05, K.T. 20.03.2012, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109741, s.e.t. 28.01.2025).

kişilerle cinsel birliktelik yaşamak istediğine ilişkin de gerçek dışı bilgiler bu arkadaşlık sitesine yazılmıştır. Ulusal mahkemeler mevzuatta kişisel mahremiyeti dijital ortamda koruyan bir hüküm bulunmaması nedeniyle servis sağlayıcının paylaşımına müdahale etmemiştir. AİHM dijital ortamda çocuğun cinsel istismarına ilişkin olarak önüne gelen bu başvuruda dijital ortamda cinsel istismarın önlenmesi noktasında devletin gereken özeni göstermesi ve yeterli tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir. Şöyle ki AİHM çocuğun sadece fiziksel ortamlarda değil çevrimiçi ortamlarda da cinsel istismardan korunması gerektiğini belirterek devletlerin bu anlamda faillerin cezalandırılması için daha etkin çalışmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır.[60]

AİHM'ye göre devletlerin AİHS'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri gereği alacakları tedbirlerin dijital çağın gereklerine uyumlaştırması zorunludur. Nitekim Mahkeme önüne gelen başvurularda dinamik yorum yöntemi gereği Sözleşmeyi günün koşulları ışığında uygulamaktadır. Ayrıca uluslararası insan hakları hukukunda sözleşmelerin normatif bütünselliği ilkesi gereği uluslararası insan hakları denetim organları önlerine gelen başvuruları incelerken başkaca insan hakları sözleşmelerinden faydalanabilmektedir. Bahsi geçen durum göz önünde bulundurulduğunda AİHM'nin çocuğun çevrimiçi cinsel istismarına ilişkin başvurularda da Avrupa Konseyi çerçevesinde üretilen bir belge olan Lanzarote Sözleşmesi'nden kendisini soyutlayamayacağı ortadadır. Nitekim AİHM'nin birçok kararında Konsey tarafından ve hatta BM tarafından üretilen belgelere göndermelerde bulunduğu bilinmektedir.[61] O halde Mahkemenin çevrimiçi cinsel istismara ilişkin başvurularda da benzer şekilde hareket edebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

Çocuğun üstün menfaatinin korunması şüphesiz ki uluslararası toplumda üzerinde durulması gereken en önemli meselelerden biridir. Nitekim çocuk haklarının korunması bilinci devletlerin ulusal hukuklarında öncelikli bir mesele olarak ele alınmakta, bu amaçla devletler mevzuatlarını çağın koşullarını da dikkate alarak gözden geçirmektedirler. Uluslararası ölçekte de meselenin bu perspektifte ele alınmaya çalışıldığını söylemek mümkündür. Çocuğa karşı gerçekleştirilen şiddet eylemlerinden biri olan ve çocuğun üzerinde çok yönlü bir biçimde olumsuz etki bırakan cinsel istismara ilişkin birçok uluslararası insan hakları belgesinin hazırlanması ve devletlerin de bunları her daim desteklemesi bunun bir kanıtıdır. Devletlerin çocuk haklarının korunmasını ön plana alan sözleşmeleri onaylamaktan çekinmemeleri pek tabidir ki onları birtakım yükümlülükler altına sokmaktadır.

Uluslararası insan hakları hukukunda çocuk haklarının korunması için atılan en önemli ve en ciddi adım, Birleşmiş Milletler tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanması ve kabul edilmesidir. Sözleşme en başta "çocuğun

---

60 Bkz. K. U. / Finlandiya Başvurusu, AİHM, Başvuru No. 2872/02, K.T., 02.03.2009, parag. 47-49, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89964, s.e.t. 28.01.2025).

61 Bkz. G.U. / Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16143/10, K.T. 18.10.2016, parag. 49-50, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174633, s.e.t. 28.01.2025); C.A.S. and C.S. / Romanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 26692/05, K.T. 20.03.2012, parag. 53-54, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109741, s.e.t. 28.01.2025); Söderman/İsveç Başvurusu, AİHM Büyük Daire, Başvuru No:5786/08, K.T. 12.11.2013 parag. 51, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-128043, s.e.t. 28.01.2025).

üstün menfaati" ilkesinden hareketle çocukların haklarının korunmasına yönelik kapsamlı birçok düzenlemeye yer vermektedir. Çocukların cinsel istismardan korunması da bu düzenlemeler arasında yer almaktadır. Çocukların çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına ilişkin ise Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan bir düzenlemenin bulunmadığı dikkat çekmektedir. Ancak bahsi geçen durum Sözleşmenin hazırlandığı dönemin şartları dikkate alındığında çok normaldir. Bununla birlikte, günümüz koşullarında cinsel istismarın farklı bir boyutunun ortaya çıktığı da yadsınamaz bir gerçektir. BM tarafından çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması hususu bağlayıcı nitelik arz eden bir uluslararası sözleşme ile düzenlenmiş olmasa da BM, toplumun mihenk taşı olan "çocuğun korunmasını" teknolojinin getirmiş olduğu riskleri de dikkate alarak sürekli gündemde tutmaktadır. BM'nin bu çerçevede dikkat çeken en önemli belgelerinden biri Çocuk Hakları Komitesi tarafından hazırlanan 25 Sayılı Genel Yorum'dur. Genel Yorum çocuk haklarının korunmasında bilgi iletişim teknolojilerinin gelişiminin sonuçlarının dikkate alınması yönünde devletlere birtakım önerilerde bulunmaktadır. Genel Yorumda çocuk haklarının dijital çağda tam manasıyla korunması için devletlere bir yol haritası çizilmeye çalışılmaktadır. Nitekim çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması da doğrudan ilgili belgede yerini almıştır. Buna göre devletler çevrimiçi cinsel istismarı önlemek, çocukları bu eylemden korumak için mevzuatlarını şekillendirmekle yükümlüdür. Daha açık ifadeyle devletlerin de belirlenen bu uluslararası standartlar doğrultusunda ulusal mevzuatlarını uyarlamaları ve güncellemeleri gerekmektedir.

Avrupa Konseyi ekseninde çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik en belirgin düzenlemelerin Lanzarote Sözleşmesi'nde yer aldığı görülmektedir. Lanzarote Sözleşmesi çocuğun cinsel istismardan korunması özelinde hazırlanan çok önemli bir belgedir. Zira bahsi geçen Sözleşme'nin odağı doğrudan çocukların cinsel istismardan korunması olup, önsözünde cinsel istismarın bilgi iletişim teknolojileri aracılığıyla da gerçekleşmesi riskine vurgu yapılmıştır. İlgili belgede çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması gerektiğine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda Sözleşmenin ilgili maddesinde, devletlerin çocuğun çevrimiçi istismardan korunmasına dair yükümlülüklerine vurgu yapılmaktadır. Böylelikle taraf devletler çevrimiçi ortamda çocuğun cinsel istismarına yönelik filleri suç olarak nitelendirmek ve bunun yanında etkili, orantılı ve caydırıcı bir ceza sistemini yerleştirerek caydırıcı bir cezai yaptırımı mevzuata dahil etmek zorundadır. Ancak devletler bahsedilen standartları ulusal sistemlerine entegre ederken açık ve net şekilde teknolojik gelişmeleri de göz önünde bulundurmak durumundadır. Sözleşmenin devletlere getirdiği bu yükümlülükler, dijital çağın zorunlu bir sonucu olarak meselenin daha detaylı şekilde ele alındığını göstermektedir. Söz konusu düzenlemelerin dijital çağ ile tam anlamıyla senkron şekilde ve dijital çağın gereklerini ortaya koyan detaylı düzenlemelere yer verdiği görülse de Sözleşmede yer alan bazı hususlar eleştiriye açıktır. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda teknolojinin çocuğun çevrimiçi ortamda cinsel istismarına neden olabilecek riskleri beraberinde getirdiği ve bunların neler olduğu kapsamlı biçimde ele alınmıştır. Ancak "grooming" eylemiyle bağlantılı olarak çevrimiçi cinsel istismar eyleminin cezai sorumluluk doğurmasının bazı ön koşullara bağlanması çocuğun aleyhine sonuç doğurabilecektir. Bu bağlamda çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına yönelik kişinin cezai sorumluluğunu doğuracak bu eylemlerin kapsamının genişletilmesi yerinde olacaktır.

Avrupa Konseyi'nin çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması amacına hizmet eden ve Lanzarote Sözleşmesi ile bağlantılı -ancak ondan daha

güncel olan- bir diğer belgesi ise Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan 2018/7 sayılı tavsiye kararıdır. Söz konusu tavsiye kararı 2018 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından çocuğun dijital ortamda karşılaşması muhtemel cinsel istismar eylemlerinden korunması için devletlerin alması gereken tedbirlere güncel bir yaklaşımla değinmektedir. Tavsiye kararında dijital ortamda çocuğun cinsel istismardan korunması için üye devletlerin mevzuatlarını, kamu politikalarını ve uygulamalarını güncellemeleri gerektiği önemle vurgulanmaktadır. Bu bakımdan söz konusu belgenin BM'nin 25 Sayılı Yorumu ile benzer bir amaç güttüğünü söylemek mümkündür. Ayrıca çevrimiçi cinsel istismar konusunda daha detaylı ve belirgin düzenlemeler içeren ve Bakanlar Komitesi'nin Dijital Ortamda Çocuk Haklarına Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yönergeleri Hakkında 2018/7 Sayılı Tavsiye Kararı'na koşut bir Protokolle Lanzarote Sözleşmesi'nin daha kapsamlı bir hale getirilmesi isabetli olabilir. Böylelikle sözleşme formunda hazırlanacak olan bu belgelere taraf olan devletlerin de yol haritaları daha belirgin olacak ve çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması için devletlerin daha etkin biçimde tedbir alması sağlanabilecektir.

Avrupa Konseyi'nin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi noktasında ürettiği en önemli belge olan AİHS'ye bakıldığında doğrudan çocuk haklarının korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak çocuk haklarının da insan hakkı olması nedeniyle çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunmasına ilişkin AİHM, AİHS'nin 3. maddesinde yer alan "işkence yasağı" ve 8. maddesinde yer alan "özel yaşamın korunması" çerçevesinde cinsel istismar vakalarını değerlendirmektedir. Çevrimiçi cinsel istismarla ilgili olarak AİHM'nin vermiş olduğu kararda yine devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğuna vurgu yapılmaktadır. AİHM, devletlerin dijital çağın gereklerine uyumlu bir şekilde ceza sorumluluk sistemi geliştirmeleri ve devletlerin çevrimiçi ortamda gerçekleşebilecek bu tür eylemleri önleyici tedbirler almaları hususunda yükümlülük altına sokmaktadır.

BM ve Avrupa Konseyi özelinde çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması için devletleri dijital çağa ayak uyduracak biçimde hareket etmeye yönlendirdiği güncel belgelerin sözleşme niteliği taşımaması dikkat çekmektedir. Çevrimiçi cinsel istismara özellikle dikkat çeken belgeler Genel Yorum ve Tavsiye Kararı formunda hazırlanmıştır. Dolayısıyla devletler açısından bağlayıcı nitelik taşımayan bu belgelere devletlerin ne ölçüde uyacağı tartışmalıdır. O halde yapılması gerekenin öncelikle uluslararası düzeyde BM tarafından doğrudan "çocuğun cinsel istismardan korunması" özelinde bağlayıcı nitelik taşıyan sözleşme formatında bir belge hazırlanmasıdır. Ayrıca BM tarafından hazırlanması gereken bu belgenin dijital çağın gerekliliklerini göz önünde bulundurması ve 25 Sayılı Genel Yorumda belirtildiği gibi devletlerin çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması hususunda da güncel yükümlülükler ile donatılması gerekmektedir. Dolayısıyla "çocuğun üstün menfaatinin korunması" denince akla gelen ilk uluslararası metin olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bu kapsamda genişletilmesi gerekmektedir. BM tarafından hazırlanacak bir Protokolle bu sorunun çözülmesi mümkündür.

Toparlayacak olursak uluslararası düzlemde insan hakları belgelerinde çocukların cinsel istismarını önlemeye yönelik devletlere yüklenen yükümlülüklerin çevrim içi cinsel istismarı da kapsayıcı şekilde güncellemeleri gerektiği hususu gerek BM gerekse Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmektedir. Nitekim dijital ortamda gerçekleştirilen söz konusu fiilin fiziki ortamda gerçekleştirilen cinsel istismarla benzer sonuçlara yol açtığı aşikardır. İşbu kapsamda öncelikle çocuğa ilişkin olarak doğrudan ya da dolaylı

düzenlemeler içeren insan hakları belgelerinin sözleşme formunda olup daha kapsayıcı düzenlemelere yer vermesi zorunludur. Anılan bu durumun bir sonucu da devletlerin üstlendiği yükümlülükler bakımından ortaya çıkacaktır. Böylelikle de çocuğun çevrimiçi cinsel istismardan korunması amacına yönelik olarak uluslararası düzeyde hazırlanan sözleşme formundaki belgelerle, devletlerin yükümlülüklerinin dijital çağın gerekliliklerine uyumlu şekilde daha hızlı ve etkin şekilde güncellenmesi sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

Ali S / Haykal H A / Youssef Mohammed Youssef E, "Child Sexual Abuse and the Internet – a Systematic Review", S. 6, 2013, Human Arenas, ss. 404-421.

Alston P / Goodman R, International Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Artuk M E vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2022.

Aslan D, "Cinsel İstismar Nedir?", https://www.deryaaslan.av.tr/cinsel-istismar-nedir, (s.e.t. 31.05.2024).

Barut Bektaş B, "Teknoloji Çağının Konuşulmayan Gündemi: Çevrimiçi Çocuk Cinsel İstismarı", S.22, 2023, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, ss. 83-106.

Brown R, Eliminating Online Child Sexual Abuse Material, Routledge, New York and London, 2023.

Can N, "Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı", C. 13, S. 50, Nisan 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 115-138.

Convention on the Rights of Child, Committee on the Rights of Child General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment, United Nations, 2021, PDF için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/25&Lang=en, (s.e.t. 07.01.2025)

Craven S / Brown S / Gilchrist E, "Sexual Grooming of Children: Review of Literature and Theoretical Considerations", C.12, S.3, 2006, Journal of Sexual Aggression, ss. 287-299.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, 2. Baskı, UNICEF, Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, New York, 2002.

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Council of Europe, 2007, Lanzarote, (https://rm.coe.int/16800d3832 s.e.t. 27.01.2025).

Gemalmaz M S, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Uluslararası Sistemler C. 2, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Gemalmaz M S, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Goodyear-Brown P/ Fath A / Myers L, "Child Sexual Abuse The Scope of Problem,", John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2012, Handbook of Child Sexual Abuse: Identification, Assesment, and Treatment, Paris Goodyear-Brown (Ed.), ss. 3-28.

Guide on the Case-Law of the European Court on Human Rights, Rights of the Child, Updated on 31 August 2024, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_rights_of_the_child_eng, (s.e.t. 10.01.2025).

Guidelines Child Online Protection, "Keeping Children Safe in the Digital Environment: The Importance of Protection and Empowerment", International Telecommunication Union, 2021, Geneva.

Hancı Ö, "Çocuk İstismarı ve İhmaline İlişkin Uluslararası ve Ulusal Hukuk Düzenlemeleri", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, Çocuk İstismarı ve İhmaline Çok Bilimli Bakış, İ. Hamit Hancı/Özge Hancı (Ed.), ss. 33-66.

Herkesecan G, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu TCK m. 103, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Kalyoncu B / Karahan T N, "Kadına Karşı Şiddetle Mücadelede Devletin Önleyici Tedbirler Alma Konusunda Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yükümlülüğü", 2022, Terazi Hukuk Dergisi ss. 53-68.

Kethüda E, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Sosyal Haklar: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Kapsamında Bir İnceleme (Social Rights in Individual Applications toy he European Court of Human Rights and the (Turkısh) Constitutional Court: an Analysis in the Context of the Right to Respect for Private and Family Life) (with an extended summary in English), Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

Kösesoy E, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Merey Z, "Çocuk Haklarının Tarihsel Gelişimi", 2. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2017, Çocuk Hakları, Zihni Merey (Ed.), ss. 74-88.

Özdemir B N, "Çocukların Çevrimiçi Ortamda Korunmasına Yönelik Hukuki Yaklaşımlar", C.2, S.2, Haziran 2024, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Dergisi, ss. 37-69.

Polat O, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1 Tanımlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to Member States on Guidelines to Respect, Protect and Fulfill the Rights of the Child in the Digital Environment, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808b79f7, (s.e.t. 16.01.2025).

Rehman J, International Human Rights Law, 2nd Edition, Pearson Education Limited, Edinburgh, 2010.

Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Social Change and Mental Health, Violence and Injury Prevention. World Health Organization, Geneva, 1999.

Preventing and Responding to Sexual Exploitation, Abuse and Harassment, World Healhf Organization, by., ty., https://www.who.int/initiatives/preventing-and-responding-to-sexual-exploitation-abuse-and-harassment, (s.e.t. 03.09.2024).

Terminology Guidelines for the Protection of Children From Sexual Exploitation and Sexual Abuse, ECPAT, Luxemburg, 2016.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.

United Nations Children's Fund, Ending Online Child Sexual Exploitation and Abuse: Lessons Learned and Promising Practices in Low-and Middle- Income Countries, UNİCEF, New York, 2011.

Ünlü D/ Türk H / Artan T, "Kamu Sorumluluğu ve Sosyal Hizmet Perspektifinden Çocukların Çevrimiçi Cinsel istismarı: Bir Olgu Sunumu", C.7, S.13, 2020, Ombudsman Akademik, ss. 227-251.

What Works to Prevent Online Violence Against Children?, World Health Organization, Geneva, 2022, (https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/364706/9789240062061-eng.pdf?sequence=1, s.e.t. 20.09.2024).

Whittle Helen C / Giachritsis C H / Beech A R, "Victims' Voices: The Impact of Online Grooming and Sexual Abuse", C.1, S.2, 2013, Universal Journal of Psychology, ss. 59-71.

Whittle H C / Hamilton C / Collings B, "A Review of Online Grooming: Characteristics and Concerns", C.18, S.1, 2012, Aggression and Violent Behaviour, ss. 62-70.

Mahkeme Kararları

C.A.S. and C.S. / Romanya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 26692/05, K.T. 20.03.2012, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109741, s.e.t. 28.01.2025).

E.S. ve diğerleri/ Slovakya Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8227/04, K. T. 15.09.2009, (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-93955, s.e.t. 10.01.2025).

G.U. / Türkiye Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 16143/10, K.T. 18.10.2016, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174633, s.e.t. 28.01.2025).

K. U. / Finlandiya Başvurusu, AİHM, Başvuru No. 2872/02, K.T., 02.03.2009, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89964, s.e.t. 28.01.2025).

Söderman/İsveç Başvurusu, AİHM Büyük Daire, Başvuru No:5786/08, K.T. 12.11.2013, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-128043, s.e.t. 28.01.2025).

X ve Y / Hollanda Başvurusu, AİHM, Başvuru No: 8978/80, K.T. 26.03.1985, (https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57603, s.e.t. 10.01.2025).

ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİNDE HUKUKİ DENETİM VE İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Examination of Legal Supervision and Administrative Sanctions in Electricity Distribution Services in Light of Judicial Decisions

Hasan KAŞIKARA*

Öz: Bu çalışma, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetim süreçlerini ve bu süreçlere bağlı olarak uygulanan idari yaptırımları ele almaktadır. Elektrik dağıtım hizmetleri, enerji piyasasının temel unsurlarından biri olup, elektrik enerjisinin güvenli, kesintisiz ve verimli bir biçimde tüketiciye ulaştırılmasını sağlamayı amaçlayan bir kamu hizmeti niteliğindedir. Başlangıçta, bu hizmetlerin denetimi Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından yürütülmekteyken, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi ve 7257 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile bu yetki Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na devredilmiştir. Çalışmanın temel amacı, söz konusu yetki devrinin hukuki sonuçlarını ve piyasanın düzenli işleyişi üzerindeki etkilerini analiz etmektir. Elektrik dağıtım piyasasında uygulanan denetim süreçlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar, mukayeseli hukuk uygulamaları ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Netice itibarıyla, mevcut hukuki düzenlemelerin denetim mekanizmasının etkinliği açısından yeterli olmadığı, EPDK'nın karar alma süreçlerindeki yetkilerinin daha geniş bir hukuki çerçeveyle tanımlanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, idari yaptırımların ve yargısal denetimin daha net hükümlerle belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Denetim faaliyetlerinin hukuki temellerinin güçlendirilmesinin, hem hukuka uygunluk hem de etkinlik bakımından zorunlu olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda, mevcut yasal düzenlemelerin revize edilmesi ve denetim süreçlerinin hukuki temellerinin güçlendirilmesi gerektiği çalışmada ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İdari Yaptırımlar, Hukuki Denetim, Regülasyon, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu,(EPDK), Elektrik. Dağıtım Hizmetleri,

Abstract: This study examines the legal control processes of electricity distribution services in Turkey and the administrative sanctions applied in connection with these processes. Electricity distribution services are one of the fundamental elements of the energy market and are a public service that aims to ensure that electrical energy is delivered to consumers in a safe, uninterrupted and efficient manner. Initially, the control of these services was carried out by the Energy Market Regulatory Authority (EPDK), but with Article 15 of the Electricity Market Law No. 6446 and Article 36 of the Law No. 7257, this authority was transferred to the Ministry of Energy and Natural Resources. The main purpose of the study is to analyze the legal consequences of this transfer of authority and its effects on the orderly functioning of the market. The legal consequences of the control processes implemented in the electricity distribution market were evaluated in the light of comparative legal practices and judicial decisions. As a result, it was concluded that the current legal regulations are not sufficient in terms of the effectiveness of the control mechanism and that the authority of the EPDK in decision-making processes should be defined within a broader legal framework. In addition, the necessity of determining administrative sanctions and judicial control with clearer provisions was emphasized. It was determined that strengthening the legal basis of control activities is mandatory in terms of both legality and effectiveness.

Key Words: Administrative Sanctions, Legal Supervision, Regulation, Electricity Market Regulatory Authority (EPDK), Electricity Distribution Services,

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, hasankasikara06@gmail.com

ORCID: 0009-0007-1572-7391 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676840

Makale Geliş Tarihi: 27.09.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.12.2024

GİRİŞ

Elektrik enerjisi, modern toplumların ekonomik kalkınma ve sosyal refah süreçlerinde kritik öneme sahip stratejik bir kaynaktır. Elektrik dağıtım hizmetleri, elektriğin üretim noktalarından nihai tüketicilere güvenli, kesintisiz ve verimli bir şekilde ulaştırılmasını sağlayan temel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu hizmetin düzenlenmesi ve denetlenmesi, hem enerji arz güvenliğinin sağlanması hem de tüketici haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Kamu yararı gözetilerek yürütülen bu hizmetin denetimi, hukuki düzenlemeler çerçevesinde bir zorunluluk haline gelmiştir. Türkiye'de elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki düzenlemesi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile başlamış, daha sonra yürürlüğe giren 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile devam etmiştir. Bu kanunlar, elektrik dağıtım hizmetlerinin serbest piyasa koşulları altında yürütülmesine imkân tanırken, aynı zamanda kamu hizmeti niteliği taşıyan bu faaliyetlerin denetlenmesi için gerekli yasal çerçeveyi oluşturmuştur. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, elektrik dağıtım hizmetlerinin kamu yararı doğrultusunda sürekli ve kesintisiz bir şekilde sunulmasını anayasal bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Bu makale, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin idari ve hukuki denetim süreçlerini kapsamlı bir şekilde ele almaktadır. Özellikle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) elektrik dağıtım hizmetleri üzerindeki düzenleyici ve denetleyici fonksiyonları, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi ve 7257 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na devredilen yetkilerin hukuki sonuçları çerçevesinde incelenmiştir.

Çalışmanın temel amacı, bu yetki devrinin enerji piyasası düzenlemeleri ve denetim süreçleri üzerindeki etkilerini değerlendirmek ve hukuki sonuçlarını ortaya koymaktır.

Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin denetim süreçleri mukayeseli hukuk perspektifinde değerlendirilmiştir. Avrupa Birliği, Almanya ve İngiltere'deki enerji piyasası düzenleyici yapıları incelenerek, Türkiye'deki denetim mekanizmalarının bu ülkelerdeki uygulamalarla karşılaştırılması yapılmıştır. Avrupa Birliği'nde enerji piyasası düzenlemeleri, üye ülkelerin bağımsız ulusal düzenleyici otoritelerinin yetki alanlarına dayanmakta, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri üzerine kurulmaktadır. Almanya'da Federal Ağ Ajansı (Bundesnetzagentur), enerji piyasasında güçlü bir denetim ve düzenleme mekanizması olarak faaliyet gösterirken, İngiltere'de ise Ofgem, enerji dağıtım hizmetlerinin düzenli ve kamu yararına uygun şekilde yürütülmesini sağlamaktadır. Bu karşılaştırmalar, Türkiye'deki denetim süreçlerinin güçlendirilmesine yönelik önemli bir temel sunmakta ve Türkiye için uygulanabilir hukuki modeller ortaya koymaktadır.

Çalışmanın son bölümünde, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerine yönelik idari yaptırımlar ve bu yaptırımların yargısal denetimi ele alınmıştır. İdari yaptırımlar, elektrik dağıtım şirketlerinin hukuka aykırı faaliyetleri nedeniyle uygulanan cezai tedbirler olup, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar arasında idari para cezaları, lisans iptali ve diğer regülatif cezalar yer almakta ve bu cezaların uygulanması, elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki çerçeveye uygun olarak yürütülmesini sağlamaktadır. EPDK tarafından uygulanan idari yaptırımların hukuki temelleri ve etkinliği ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca, bu yaptırımların yargısal denetimi, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu güvence altına alan önemli bir denetim mekanizmasıdır. Bu kapsamda, idari yaptırımların hukuka uygunluk,

yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönünden yargısal denetimi, hukuki güvenlik ve hukukun üstünlüğü ilkeleri çerçevesinde ele alınmıştır.

Sonuç olarak, bu çalışma, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetim süreçlerini, mukayeseli hukuk örnekleriyle birlikte analiz etmekte ve denetim mekanizmalarının geliştirilmesine yönelik hukuki öneriler sunmayı amaçlamaktadır. Çalışma, EPDK ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın yetkilerinin kullanımı, idari yaptırımların etkinliği ve yargısal denetim süreçlerinin hukuk düzeni içerisindeki yerini kapsamlı bir şekilde incelemektedir.

I. ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİ: KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ, LİSANSLAMA SÜRECİ, KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ VE İŞLETME HAKKI DEVRİ SÖZLEŞMELERİ

Elektrik dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti olma niteliği, özellikle süreklilik, eşitlik ve kamu yararına uygunluk kriterleri bakımından kritik bir rol oynar. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da, elektrik dağıtım faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğunu ve bu hizmetin özel sektöre devredilse bile kamu hizmeti niteliğini koruduğunu açıkça ortaya koymuştur. Kamu hizmeti olma özelliği, bu faaliyetlerin kamusal çıkar gözetilerek yürütülmesini ve hukuki denetim mekanizmalarının sürekli işlevde olmasını zorunlu kılar. Elektrik dağıtım hizmetlerinin özel sektöre devri, işletme hakkı devir sözleşmeleri aracılığıyla gerçekleştirilir. Bu sözleşmeler, hizmetin kamu hizmeti niteliğini muhafaza etmesini sağlamak amacıyla düzenlenir ve kamu ile özel sektör arasındaki hak ve yükümlülüklerin sınırlarını net bir şekilde belirler. Böylece kamu hizmetinin devamlılığı güvence altına alınırken, devredilen yetkilerin çerçevesi de açık bir biçimde çizilir. Sonuç olarak, elektrik dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti olarak tanımlanması ve bu kapsamda uygun hukuki denetim ve yaptırım mekanizmalarının oluşturulması, hizmetin kamu yararına uygun bir şekilde sunulmasının teminatıdır. Bu hukuki denetim mekanizmaları, kamu çıkarlarının korunmasını sağlarken, aynı zamanda hizmetin kamu hizmeti niteliğini sürdürebilmesi için hayati bir rol oynamaktadır.

A. ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİ KAVRAMI

Elektrik dağıtım hizmetleri, hukuk literatüründe ve ilgili mevzuatta, gerilim seviyesi 36 kV ve altında olan elektrik enerjisinin iletimi olarak tanımlanmaktadır. Bu faaliyet, belirlenen gerilim seviyesinde elektrik enerjisinin nihai tüketicilere ulaştırılmasını temin eden süreçtir ve yetkili dağıtım şirketleri tarafından belirli coğrafi bölgelerde icra edilmektedir. Dağıtım sistemi, elektrik iletim hattının sona erdiği noktadan itibaren, elektrik enerjisinin tüketiciye ulaşmasını sağlayan altyapı ve tesislerden oluşur.[1] Elektrik dağıtım faaliyeti, doğal tekel niteliği taşıyan bir hizmettir; bu bağlamda, her coğrafi bölgede yalnızca bir dağıtım şirketi faaliyet göstermektedir. Söz konusu tekelci yapı, rekabetin sınırlı olduğu bu alanda, adil ve etkin bir hizmet sunulmasını sağlamak amacıyla hukuki düzenlemelerle sıkı bir denetime tabi tutulmuştur. Dağıtım şirketlerine, kamu hizmetinin gerektirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla mevzuatla

[1] Bülent Kent, Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları. Ankara, Adalet Yayınları, 2012,128.

çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir. Bu sorumluluklar, tüketicilerin elektrik enerjisine sürekli, güvenli ve eşit koşullarda erişimini sağlamak için elzemdir.[2] 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin (ç) fıkrasında, elektrik dağıtım hizmetleri, "elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden iletimi" olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme, elektrik dağıtım faaliyetlerinin teknik sınırlarını çizerek, hizmetin hangi gerilim seviyesinde sunulacağını hukuki açıdan belirlemektedir. Elektrik dağıtımı, düşük gerilim hatları aracılığıyla elektriğin son kullanıcıya ulaşmasını sağlamakta olup, bu faaliyet, dağıtım şirketlerinin sorumluluk alanını hukuken netleştirmektedir. Elektrik dağıtım hizmeti, kamu hizmeti niteliği taşıyan bir faaliyet olarak kabul edilmekte ve ilgili mevzuat, bu faaliyetin güvenli, sürekli ve kesintisiz bir şekilde icra edilmesine yönelik hukuki altyapıyı tesis etmektedir.

B. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNDE LİSANSLAMA REJİMİ

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilerin lisans almaları zorunludur. Bu lisanslar, tüzel kişilere belirli bir süre ve kapsamda faaliyet gösterme yetkisi veren idari işlemler olup, yargı denetimine tabidir. Kanun; lisans alma, tadil, iptal ve sona erdirme süreçlerini düzenleyerek piyasa faaliyetlerinin düzenli, şeffaf ve kamu yararına uygun şekilde yürütülmesini amaçlamaktadır. Elektrik Piyasası Kanunu'na (EPK) göre lisans, bir idari otoritenin kararıyla verilir. Piyasada iletim dışında faaliyet gösterecek tüzel kişilerin, her bir faaliyet için ve birden fazla tesiste faaliyette bulunacaklarsa her tesis için ayrı lisans alması zorunludur. İzinsiz veya lisans almadan elektrik piyasasında faaliyette bulunmak hukuki anlamda imkansızdır .[3]

1. Lisans Alma Zorunluluğu

6446 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası ile Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 1. fıkrası, elektrik piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilerin lisanslama süreçlerine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmektedir. Kanun, piyasada faaliyet yürütecek tüzel kişilerin, faaliyetlerine başlamadan önce her bir faaliyet için ve bu faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülecek olması durumunda her bir tesis için ayrı ayrı lisans alma zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm, piyasanın düzenli ve denetimli bir şekilde işlemesini sağlamak amacıyla getirilmiş olup, piyasa faaliyetlerinin şeffaflık ve denetim altında yürütülmesine yönelik bir tedbir olarak değerlendirilmektedir.

2. Elektrik Piyasası Lisansının Hukuki Niteliği

EPDK ile lisans talebinde bulunan özel hukuk kişisi arasında kurulan ilişki, statüter bir nitelik taşır. Bu ilişkinin kapsamı, sözleşmeye dayalı bir ilişki olmaktan ziyade Elektrik Piyasası Yönetmeliği ile belirlenmiştir.[4] Dolayısıyla bu

---

[2] Burçak Tatlı, "Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı,"İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1 (2018): 12.

[3] Cengiz Güneş, Tüm Yönleri ile Elektrik Piyasası Yorum ve Açıklamaları, Ankara, CE-KA Yayınevi, 2003,s.73.

[4] Kent, Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, 110.

ilişki genel, nesnel ve kişilikten bağımsız bir içeriğe sahiptir. Yönetmeliğe uygun olarak verilen bir lisans işlemi hukuki açıdan korunmakla birlikte, statü hukuku çerçevesinde kazanılmış hak doğmaz.[5] EPDK, bu statüde tek taraflı iradesiyle her zaman değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Ancak, bu değişikliklerin keyfi olmaması, hukukun genel ilkelerine, kamu yararına, kamu hizmeti gerekliliklerine ve hakkaniyete uygun olarak yapılması zorunludur.[6] Birel idari işlem, muhatabı belirli olan, somut bir duruma ilişkin olarak yapılan ve bir kez uygulanmakla hukuki etkisini tamamlayan, yalnızca belirli kişi veya nesneler üzerinde hukuki sonuç doğuran[7] bir işlem türüdür.[8] Lisans, belirli bir özel hukuk kişisine yönelik olarak verildiği için birel işlem olarak sınıflandırılır. Bu lisans, muhatabına bir hak tanıdığı için yararlandırıcı işlem niteliği taşır.[9] Aynı zamanda, yeni bir hukuki durum oluşturması sebebiyle inşai işlem kategorisine de girer.[10]

C. ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİNDE LİSANSLAMA SÜRECİ

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 4. maddesi uyarınca, "dağıtım" elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden nakledilmesini ifade ederken, "dağıtım sistemi" bir dağıtım şirketinin lisansında belirlenmiş bölgedeki elektrik dağıtım tesisleri ve şebekesini kapsamaktadır. "Dağıtım şirketi" ise, belirlenen bir bölgede elektrik dağıtımı faaliyeti yürüten tüzel kişiyi tanımlamaktadır. Dağıtım faaliyeti, dağıtım gerilim seviyesinden bağlı üretim ve tüketim tesislerine ait şalt sahalarının sona erdiği noktadan başlayarak, tüketicilerin yapı bina giriş noktalarına kadar uzanan tesis ve teçhizatları içerir. Yönetmelik, dağıtım faaliyetlerinin lisans kapsamında yürütülmesi gerektiğini ve bu faaliyetlerin sadece belirlenen bölge sınırları içinde gerçekleştirilebileceğini hükme bağlamıştır. Elektrik dağıtımı, elektrik enerjisinin orta ve düşük gerilim seviyelerinde taşınarak, nihai tüketicilere güvenli ve kesintisiz bir şekilde ulaştırılmasını ifade eder. Bu faaliyet, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş olup, dağıtım şirketlerinin lisanslarında belirtilen bölge sınırları içerisinde, elektrik enerjisinin iletim tesislerinden alınıp dağıtım şebekesi üzerinden tüketicilere ulaştırılması işlemini kapsar. Elektrik dağıtımı, enerji arzının sürekliliğini ve güvenliğini temin etmek amacıyla belirlenen teknik ve yasal standartlara uygun olarak gerçekleştirilir.[11]

Elektrik dağıtım ve perakende satış sektöründe rekabete dayalı bir piyasa ortamının tesis edilmesi ve bu çerçevede gerekli hukuki ve yapısal reformların

---

5 Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku. 13. Baskı. Ankara, Savaş Yayınevi, 2021,46.

6 Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri. Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, 18.

7 Hayrettin Yıldız / Sırrı Düğer, "Genel Kararların Hukuki Rejimi", Yıl: 11, Sayı: 42, Nisan 2020, TAAD, s.27.

8 Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2017, 357.

9 Kent, Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, 107.

10 ÇAL, Sedat. *Türk İdare Hukukunda Ruhsat,* Seçkin Yayınevi, Mart 2012,37.

11 Devir, Kenan. Türkiye Elektrik Enerjisi Piyasası ve Uygulamadaki Hukuki Esaslar. Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2017,16.

hayata geçirilmesi amacıyla, dağıtım bölgeleri esas alınarak kamu mülkiyetinde bulunan elektrik işletmelerinin yeniden yapılandırılması suretiyle elektrik enerjisi dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesine karar verilmiştir. Bu doğrultuda, Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ), 02.04.2004 tarihli ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı ile özelleştirme kapsam ve programına dahil edilmiştir. Bu karar uyarınca, Türkiye 21 ayrı dağıtım bölgesine ayrılmış olup, her bir bölgede faaliyet gösteren elektrik dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesi hedeflenmiştir. Özelleştirme sürecinin nihai aşamasında, 31.08.2013 tarihi itibarıyla TEDAŞ ile özel sektör şirketleri arasında hisse devri sözleşmeleri tamamlanmış ve böylelikle elektrik dağıtım hizmetlerinin özel sektöre devri gerçekleştirilmiştir. Bu süreç, sektörde rekabetin artırılması ve dağıtım hizmetlerinin etkinliğinin ve verimliliğinin artırılması amacıyla yapılan önemli bir yapısal dönüşüm olarak değerlendirilmektedir.[12] Dağıtım faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, Türkiye genelinde belirlenen bölgelerde elektrik dağıtım faaliyetinde bulunacak olan tüzel kişilerin, faaliyetlerini yasal olarak sürdürebilmeleri için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan (EPDK) lisans almaları zorunlu kılınmıştır. Dolayısıyla, dağıtım şirketleri yalnızca bu lisans kapsamında belirtilen coğrafi alanlarda faaliyet gösterebilirler ve bu lisans, dağıtım faaliyetlerinin yasal çerçevede düzenlenmesi ve kontrolü amacıyla verilmekte olup, ilgili mevzuatın öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesini de sağlar.[13]

D. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ VE İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİ

Elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla somut bir hukuki çerçeveye oturtulmuştur. Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. ve 3. maddeleri ile ilgili düzenlemeler, bu faaliyetlerin kamu yararına yönelik olduğunu ve kesintisizliğini sağlamak için kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde yapılandırıldığını açıkça göstermektedir. Yargı kararlarında, elektrik iletim ve dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu vurgulanmıştır. Elektrik hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği, anayasal bir gereklilik olarak değerlendirilmiş, devletin düzenleyici ve denetleyici rolü ön plana çıkarılmıştır. Bu hizmetlerin kamu yararını gözeterek eşit ve kesintisiz sunulması gerektiği ifade edilmiştir.

Sonuç olarak elektrik hizmetlerinin üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti niteliği taşıdığı net bir şekilde belirtilmiş, devletin bu alandaki düzenleyici fonksiyonunun hukuki güvence altında olduğu vurgulanmıştır.

1. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları İle Elektrik Dağıtım Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğinin Tespiti

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda öğretide ve uygulamada geniş bir kabul olduğunu tespit etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, bu belirsizliğe rağmen kamu hizmetinin çeşitli şekillerde

---

[12] TEDAŞ, "Hakkımızda," https://www.tedas.gov.tr/tr/1/hakkimizda/Page/63c639b9846b47cf4ea2ff56.

[13] Yakup Gönen, Türkiye'de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara, Adalet, 2011, s.244

tanımlanmaya çalışıldığını ifade etmektedir. Mahkemenin görüşüne göre, en geniş anlamıyla kamu hizmeti; devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimlerin karşılanması ve kamu yararının sağlanması amacıyla yürütülen, topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Özellikle elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi faaliyetlerin, kamu hizmeti olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, bu faaliyetlerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, düzenli ve sürekli nitelikteki etkinlikler olduğunu ifade etmektedir.Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 26 Mart 1974 tarihli ve E. 1973/32, K. 1974/11 sayılı kararında, kişilerin su, elektrik ve havagazı gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmasının önemli kamu hizmetleri arasında yer aldığı açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla, bu tür hizmetlerin kamu hizmeti tanımına uygun olarak değerlendirilmesi ve bu çerçevede yürütülmesi gerektiği hukuki bir gerçeklik olarak kabul edilmektedir.[14]

Danıştay 13. Dairesinin E. 2012/1871, K. 2013/276 sayılı ve 06.02.2013 tarihli kararı, Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) tarafından sunulan hizmetlerin hukuki niteliğini ele almış ve elektrik enerjisi faaliyetlerinin üretim, iletim, dağıtım ve ticaret olarak sınıflandırılmasını değerlendirmiştir. Kararda, elektrik enerjisi hizmetlerinin kesintiye uğramasının yüksek maliyetli olması nedeniyle bu faaliyetlerin koordineli bir şekilde yürütülmesi gerektiği vurgulanmıştır. Elektrik dağıtım hizmetleri, 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte özelleştirme sürecine dahil edilmiş; dağıtım bölgeleri "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ile özelleştirilmiş, ancak dağıtım tesislerinin mülkiyeti TEDAŞ'ta kalmak suretiyle işletme hakkı özel sektöre devredilmiştir. Danıştay'ın kararı, elektrik dağıtım faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirterek, bu hizmetin yürütülmesini teminen tek taraflı olarak tesis edilen ve bireylerin hukukunda değişiklik yapan idari işlemlerin yargısal denetiminin idari yargıda yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.[15] Danıştay 13. Dairesi elektriğin özel hukuk açısından bir "mal" olarak değerlendirilmesine ek olarak, mahkemeler elektriği bütüncül bir perspektifle ele almakta ve elektriğin aynı zamanda "kamu hizmeti" niteliği taşıdığı sonucuna varmaktadır.[16] Danıştay'ın kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak getirdiği tanım, kamu hizmetini "kamuya sunulan, kesintisiz ve sürekli bir şekilde yürütülen, toplumun zorunlu ve ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faaliyetler" olarak ifade etmektedir. Bu tanımda, kamu hizmetlerinin temel niteliği olarak süreklilik ve kesintisizlik ilkelerine vurgu yapılmakta; bu hizmetlerin, toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir. Ayrıca Danıştay, bu hizmetlerin idarenin doğrudan kendisi tarafından ya da idarenin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda, kamusal yetkilerin kullanılması suretiyle idari usuller çerçevesinde icra edilmesinin zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Danıştay'ın tanımı, kamu hizmetlerinin hukuki ve idari boyutlarını, bu hizmetlerin yerine getirilmesinde idarenin üstlendiği

---

14 Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1994-42-nrm.pdf

15 Danıştay 13. Daire, E. 2012/1871, K. 2013/276, T. 6 Şubat 2013, https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=danistay-karar-okuma---ozel-hukuk-kisilerin-idari-islemleri.pdf,

16 Danıştay 13. Dairesi, 6 Şubat 2013 tarihli karar, E.2012/1871, K.2013/276, https://legalbank.net/ (Erişim: 01.08.2024.

merkezi rolü ve kamu hizmetinin toplumsal işlevini açıklıkla ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, kamu hizmetinin tanımlanmasında, idarenin gözetim ve denetim fonksiyonlarının, kamusal yetkilerin kullanımıyla birlikte yürütülmesi gerektiği; bu faaliyetlerin ise belirli idari usuller çerçevesinde gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. Tanım, kamu hizmetinin yalnızca idari bir faaliyet değil, aynı zamanda toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir kamu yararı işlevi taşıdığını da açıkça ortaya koymaktadır.[17]

2. Elektrik Dağıtım Hizmetlerinde İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası, işletme hakkı devir sözleşmelerinin temel hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ), dağıtım faaliyetlerini belirli bir süre için özel sektör şirketlerine devretmek amacıyla işletme hakkı devir sözleşmeleri imzalamaktadır. Bu sözleşmeler, dağıtım şirketlerine belirli haklar ve yükümlülükler getirmektedir. Kanun gereği, dağıtım varlıklarının mülkiyeti TEDAŞ'ta kalmakta, işletme hakkı ise özel sektöre devredilmektedir. Böylece kamu yararı korunmakta ve kamunun denetim yetkisi devam etmektedir. Elektrik dağıtım faaliyetleri ile işletme hakkı devir sözleşmeleri arasındaki hukuki ve idari ilişki, kamu hizmeti niteliğini ve kamu yararını koruyacak şekilde yapılandırılmıştır. İşletme hakkı devir sözleşmeleri, devredilen tesislerin mahiyetine göre üretim ve dağıtım tesisleri olarak iki ana kategoride değerlendirilmektedir. Üretim işletme hakkı devirlerinde, özel sektör tarafından gerçekleştirilen elektrik üretimi, kamu kuruluşlarına veya dağıtım şirketlerine satılmakta; işletme hakkı devir bedeli, elektrik satış tarifesine dahil edilmekte ve sözleşme süresi boyunca geri kazanılması öngörülmektedir. Dağıtım işletme hakkı devirlerinde ise özel sektör şirketleri, kamu veya üretim şirketlerinden elektrik enerjisini temin edip, bu enerjiyi abonelere dağıtmakla yükümlüdür. Bu şirketler, yatırım ve işletme programlarını hazırlayıp idare onayına sunmak zorundadır. Başlangıçta ödenen işletme hakkı devir bedeli, bu yükümlülüklerin bir parçası olarak kabul edilmektedir.[18]

Danıştay'ın 26/11/2004 tarihli ve E: 2004/444, K: 2004/409 sayılı görüşünde, 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan mülkiyet devrine ek olarak işletme hakkının verilmesi yönteminin de özelleştirme kapsamında değerlendirildiği belirtilmiştir. Ayrıca, Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine atıfta bulunarak, doğal kaynakların belli bir süreyle sadece işletme hakkının devri suretiyle özelleştirileceği ilkesinin öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bu bağlamda, belirli bir dağıtım bölgesi için 49 yıllık lisans ve işletme hakkı verilmesi, ilgili tesislerin devri ve şirket hisselerinin satışı yoluyla özelleştirme işleminin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.[19]Rekabet Kurulu, TEDAŞ'ın bölgelerindeki dağıtım tesislerinin işletme hakkı devirlerinin devralma işlemi olduğunu ve özelleştirmelerde rekabetin sağlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda TEDAŞ kararı, Kurulun elektrik sektöründeki ilk kararlarından olmasına rağmen, önemli değerlendirmeler içermektedir.

---

[17] Danıştay Birinci Dairesi, K. T. 17.4.2000, E. 2000/29, K. 2000/59, https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler.Erişim:17.04.2024

[18] Işık Korkmazcan / Selva Raziye, ''Uluslararası Tahkimin İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinde Uygulanması''. Master Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2004, s.39.

[19] Ayhan Tekinsoy / Mustafa Bayram Mısır, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümüne İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım, s.1664.

Öğretide ve yargı kararlarında, idare ile elektrik dağıtım şirketleri arasında akdedilen sözleşmelerin nitelik olarak idari sözleşme olduğu şeklinde değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu sözleşmelerin hukuki niteliği ve idari boyutları, öğretide ve yargı kararlarında tartışılmakta olup kamu hizmeti ve kamu yararı prensiplerine uygun olarak yapılandırılmaktadır. Elektrik dağıtım sektöründeki düzenlemeler ve uygulamalar, kamu yararını koruma ve kamunun denetim yetkisini sürdürme amacı taşımaktadır. Bu bağlamda, elektrik piyasasında etkin ve verimli bir hizmet sunumu sağlanmakta ve kamu hizmetinin sürekliliği ve kalitesi güvence altına alınmaktadır.[20]

II. ELEKTRİK PİYASALARINDA VE DAĞITIM HİZMETLERİNDE HUKUKİ DENETİM: USUL VE ESASLAR İLE YARGISAL DENETİMİN NORMATİF TEMELLERİ

A. GENEL OLARAK DENETİM

Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde "denetim" terimi, "denetleme" ile birlikte tanımlanmıştır. Buna göre denetim, "bir işin doğru ve yasalara uygun yapılıp yapılmadığını incelemek, kontrol etmek ve teftiş etmek" anlamına gelmektedir.[21] Bu tanım, denetimin hukuka uygunluğu sağlamak amacıyla yapılan bir kontrol mekanizması olduğunu ve sistemli bir şekilde yürütülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Denetim, işlerin kurallara uygun olup olmadığını objektif olarak belirlemeyi amaçlar.

Çalışmanın bu bölümünde EPDK'nın elektrik piyasalarında denetim yetkisi anlatılmış, elektik dağıtım şirketlerinin denetiminin Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığına ve devamında dolaylı olarak TEDAŞ'a ve diğer özel hukuk tüzel kişiliklerinin yetkisine verilmesinin meydana getirdiği hukuki ve idari sonuçları incelenmiş, söz konusu yetki devri ile ortaya çıkan hukuki problemler analiz edilmiş ve bu bağlamda çeşitli çözüm önerileri sunulmuş, öğretide ve uygulamadaki görüşler tartışılmıştır.

B. ELEKTRİK PİYASASINDA DENETİM

Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. maddesi, bağımsız bir düzenleme ve denetim mekanizmasının oluşturulmasını, bu kanunun temel amaçlarından biri olarak belirlemektedir. Bu kapsamda EPDK'nın denetim yetkisi, regülasyon yetkisinin bir parçası olarak kabul edilmektedir.[22] Elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin üretim, iletim, toptan satış, perakende satış, piyasa işletimi, ithalat ve ihracat işlemleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin denetlenme ve incelenmesi yetkisi 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi gereğince Kuruma aittir. Elektrik piyasasında yapılacak denetimler ile ön araştırma ve soruşturmalarda takip edilecek *usul ve esaslar*, Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi uyarınca düzenlenmiştir. Denetim

---

[20] Taner Ayanoğlu, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 65, No:1,2007, s.21.

[21] Metin Günday, İdare Hukuku. 11. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, s. 492.

[22] Metin Günday, İdare Hukuku. 11. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, s. 492.

yapmakla görevlendirilen Kurum personeli, denetim faaliyetleri sonucunda hazırladığı *raporu Denetim Dairesi Başkanlığı'na sunar*. Daire Başkanı, kendi değerlendirmelerini ekleyerek raporu Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Başkanı'na iletir. Başkan, raporu Kurul gündemine öncelikli olarak dâhil eder. Denetim raporunda mevzuata aykırılıkların tespit edilmesi halinde, elektrik piyasasında ön araştırma ve soruşturmalara ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde, fiilin niteliğine uygun gerekli yaptırımlar ve cezalar uygulanır.[23]

C. ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞININ ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİNİN DENETİMİNDEKİ YETKİSİ: 7257 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DÜZENLEMELER

7257 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrası, 25/11/2020 tarihinde yapılan değişiklikle yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikle birlikte, elektrik piyasası dağıtım hizmetlerinde faaliyet gösteren kişi ve kuruluşları denetleme yetkisi, doğrudan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilmiştir.[24]

Elektrik Dağıtım Şirketleri Denetim Yönetmeliği, denetim sürecinin daha ayrıntılı bir çerçevesini çizen bir düzenleme olarak öne çıkmaktadır. Yönetmelik, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na verilen denetim yetkilerinin kapsamını ve bu yetkilerin nasıl kullanılacağına dair ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Yönetmeliğin 5. maddesi, elektrik dağıtım lisansına sahip şirketlerin faaliyetlerinin periyodik olarak denetlenmesini şart koşmakta ve bu denetimlerin yılda en az bir kez yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yönetmeliğin İkinci Bölümü'nde yer alan 7. maddesi, 6 Mayıs 2022 tarihli Resmî Gazete' de yayımlanan değişiklik ile önemli bir dönüşüme uğramıştır. Söz konusu değişiklik ile Bakanlığa, özel sektör tüzel kişilerini elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminde yetkilendirme yetkisi tanınmıştır.[25]

1. Anayasa Mahkemesi ve Yargı Kararları Kapsamında Yetki Devrinin İncelenmesi

Anayasa'nın 128. maddesi devletin ve kamu kurumlarının asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerini, memurlar ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirmekle yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu görevlilerin nitelikleri, görev tanımları, yetkileri, hakları ve sorumlulukları, kanunlar çerçevesinde düzenlenir. Bununla birlikte bazı kamu hizmetlerinin, genel idare esaslarına göre yürütülmesinin zorunlu olmadığı durumlarda ve bu hizmetlerin özel sektör tarafından yapılması uygun görüldüğünde, devletin denetim ve

---

[23] Samuray, Figen. "Elektrik Üretim Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi", Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı, 2017,142-143.

[24] 'Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kanun No. 7257, Kabul Tarihi:25/11/2020, Madde 36, Resmî Gazete, 02 Aralık 2020, Sayı: 31322. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201202-9.htm.

[25] Elektrik Dağıtım Şirketleri Denetim Yönetmeliği", Resmî Gazete, 2 Aralık 2017, Sayı: 30258, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=24127&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5.

gözetimi altında bu hizmetlerin özel sektöre devredilmesi mümkündür. Bu devir işlemleri, ilgili yasal prosedürlere uygun bir şekilde gerçekleştirilir.[26]

Anayasa Mahkemesi, mülga 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin bazı kısımlarının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.[27] Mahkeme, iptal taleplerini oybirliğiyle reddetmiş ve mevcut yasal düzenlemelerin hukuka uygun olduğunu teyit etmiştir. Söz konusu düzenlemeler, hizmet satın alınması, bu kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile uygulanacak yaptırımları kapsamaktadır. Mahkeme, bu düzenlemelerin Anayasa'nın 2.7.10. ve 128.maddelerine aykırı olup olmadığını detaylı bir şekilde incelemiştir. Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu vurgular; 7. maddesi, yasama yetkisinin yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunu belirtir; 10. maddesi, eşitlik ilkesini içerir; 128. maddesi ise devletin kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesini zorunlu kılar. Kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine özel bir vurgu yapılmıştır. Bu ilkeye göre, kanunların öngörülebilir, anlaşılabilir ve uygulanabilir olması gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme, ilgili düzenlemelerin bu ilkelere uygun olduğunu değerlendirmiştir. Anayasa'nın 7. maddesi kapsamında yapılan incelemede, yasama yetkisinin devredilemezlik ilkesi çerçevesinde ele alınmış ve kanun koyucunun yetki ve görevlerinin sınırlarının belirgin olduğu sonucuna varılmıştır. Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları ise düzenlemenin objektif ve makul bir temele dayandığı belirtilerek reddedilmiştir. Son olarak, 128. maddeye ilişkin yapılan değerlendirmede, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi ilkesine aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir. Mahkeme, bu düzenlemenin kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik olduğunu vurgulamıştır. Bu karar, hukuk devleti ilkesinin yanı sıra kamu hizmetlerinin etkinliği ve verimliliği gibi temel anayasal ilkelerin korunmasına ilişkin önemli bir değerlendirme sunmaktadır.[28]

Danıştay 13. Dairesi'nin 22 Mayıs 2009 tarihli ve E. 2007/4056-K. 2009/5656 sayılı kararında, elektrik piyasasında denetim hizmetlerinin özel kişilere devredilmesi konusundaki önemli hukuki ilkeler belirlenmiştir. 7 Ocak

---

[26] Cem Orak, Ç. (2015). ''Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine'', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1)., s.285.

[27] **Madde 2**- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri (Ek ibare: 20/2/2001-4628/17 md) ilgili Kanunlarda piyasada faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara bırakılmadığı takdirde ve ölçüde şunlardır: **... j) Elektrik üretim**, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin milli menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemleri yapmak üzere; ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarını, 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini görevlendirmek, yetkilendirmek veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları ve diğer hususları yönetmelikle düzenlemek

[28] Anayasa Mahkemesi. E.2016/150, K.2017/179, K.T. 28 Aralık 2017. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-179-nrm.pdf. .

2007 tarihli ve 26396 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4(a) ve 6. maddeleri, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun (EPDK) denetim yetkisini özel hukuk tüzel kişilerine devretmesine olanak tanımıştır. Ancak, bu Yönetmelik hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, EPDK'nın denetim yetkilerini özel hukuk tüzel kişilerine devredebilmesi için açık bir yasal düzenlemenin bulunması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu yasal dayanak olmaksızın denetim yetkisinin devredilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek, ilgili Yönetmelik hükümlerinin iptaline hükmetmiştir. Bu karar, kamu denetim yetkilerinin devri konusunda yasal düzenlemelerin önemine dikkat çekmektedir ve idari yetkilerin devrinde hukuki sınırların korunması gerektiğini vurgulamaktadır.[29]

2. Denetim Raporunun İcrai Etkisi, İşleminin Hukuki Sonuçları ve Yargısal Denetimi

Elektrik dağıtım şirketlerine yönelik denetimlerin sonucunda düzenlenen raporlar, denetim konularına dair yapılan incelemeler ve tespit edilen bulgular doğrultusunda denetim elemanlarının değerlendirmelerini içeren belgeler niteliğindedir. Raporda, mevzuata aykırılık tespit edilirse bu durumun raporda belirtilmesi gerekmektedir; ancak rapor, dağıtım şirketinin hukuki statüsünü değiştirmeyen ve icrai nitelik taşımayan bir belge olarak kabul edilir. Raporun nihai olarak karara bağlanması, yani idari yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin karar verme yetkisi ise yalnızca Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna (EPDK) aittir. Bu nedenle, denetim raporuna dayanarak idari yaptırımların uygulanması veya uygulanmaması kararı tamamen EPDK'nın sorumluluğundadır.[30]

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun (EPDK) elektrik piyasasını düzenleme yetkisi bağlamında sahip olduğu en kritik yetkilerden biri, piyasa aktörlerine yönelik yaptırım uygulama yetkisidir. Bu yetki, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16. maddesinde "Yaptırımlar ve Yaptırımların Uygulanmasında Usul" başlığı altında düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, elektrik piyasasında faaliyet gösteren aktörlere, kanun ve piyasa düzenlemelerine aykırılık teşkil eden fiiller karşısında bu maddede öngörülen yaptırımları uygulama yetkisini haizdir. Bu durum, piyasada düzen ve denetimin sağlanması açısından Kurula önemli bir denetim aracı sunmaktadır.[31]

Bu çalışmanın temel amaçlarından biri, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun (EPDK) elektrik dağıtım şirketleri üzerindeki denetim işlevinin etkinliğinin artırılmasına yönelik bir değerlendirme yapmaktır.EPDK'nın denetim mekanizması ve hukuki altyapısı ele alınmıştır. Enerji piyasasına etkileri ve uygulanabilecek idari yaptırımlar incelenmiştir. Denetimle ilgili tespitler

---

[29] Danıştay 13. Dairesi, E. 2007/4056, K. 2009/5656, 2 Mayıs 2009, https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler.

[30] Hacı Yusuf Çınar, Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetim. Astana Yayıncılık, 2018, s.163.

[31] Murat Ekinci, 6446 Sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdari Yaptırımlar. Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, s.35.

paylaşılmış, çözüm önerileri değerlendirilmiştir. Güçlendirilmesi gereken stratejiler analiz edilmiştir.

III. ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİNDE İDARİ YAPTIRIMLAR VE HUKUKİ DAYANAKLARI

İdari yaptırımlar idare hukukunun usul ve esaslarına uygun olarak uygulanan yaptırım türleridir ve belirli yasal düzenlemelere tabidir. Bu yaptırımlar, bireylerin belirli davranışlarını düzenlemeye yönelik olarak. Temel olarak, idari yaptırımlar diğer yaptırım türlerinden ayıran özellik, genellikle önleyici bir amaç taşımalarıdır. Bu yaptırımlar, sadece ceza verme amacı gütmekle kalmaz, aynı zamanda bireylerin davranışlarını düzenleyici ve toplumsal düzeni sağlama amacını da hedefler

A. GENEL OLARAK İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI

Anayasa Mahkemesi (AYM), idari yaptırımı şu şekilde tanımlamaktadır: "İdare hukukuna özgü yöntemler kullanılarak ve ilgili kanunların açık ve net şekilde belirttiği yetkiler doğrultusunda, doğrudan bir işlem yapılarak verilen cezalardır."[32] Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yaptırımı kanun tarafından öngörülen ve idare tarafından bir organ aracılığıyla uygulanan ceza olarak açıklamaktadır.[33] Danıştay, idari yaptırımı[34], idarenin yargı kararı olmadan yalnızca kanunlarda açıkça belirtilen yetkilere dayanarak uyguladığı, idari ve ceza hukuku ilkelerini dikkate alarak gerçekleştirdiği cezai nitelikteki işlemler olarak tanımlar. Bu nedenle, idari yaptırımların temel özellikleri idari işlem olmaları ve cezalandırıcı nitelik taşımalarıdır. Doktrinde idari yaptırım ile ilgili yapılan başka bir tanım " Kanunların açıkça yetki verdiği durumlarda ve engellemediği durumlarda, idarenin doğrudan bir işlemle, mahkeme hükmü olmadan ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı cezalar ve müeyyideler" şeklindedir.[35]

İdari makamlar, sahip oldukları kamu gücüyle bireylerle ilişki kurarken, bu ilişkide bireylerin iradesinden bağımsız olarak hatta bireylerin karşı iradesine rağmen, tek taraflı olarak hukuki sonuçlar ve etkiler oluşturabilme yetkisine sahiptir. İdari yaptırımlar, bu tek taraflı işlem özelliği sayesinde, idari makamların kendi başlarına ve tek tarafın iradesiyle geçerli hukuki işlemler olarak kabul edilir.[36] İdari yaptırımlar, idarenin kamusal düzeni koruma hedefi doğrultusunda, bireylerin idari kurallara aykırı davranışları sonucunda aldığı

---

32 AYM, "T:13.05.2004, E:2000/43, K:2004/60, RG: 04.11.2004, S:25633." Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete, 04 Kasım 2004, sayı 25633. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/11/20041104.htm#7.

33 Uyuşmazlık Mahkemesi"08.05.1998 Tarihli Karar, E. 1998/10, K. 1998/12, RG, 06.06.1998, S. 23364," Resmî Gazete, sayı 23364, 06 Haziran 1998, s. 46, sayfa 107, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23364.pdf.

34 Danıştay, "13. D. 19.11.2012. E:2012/1540, K:2012/3128." Danıştay Dergisi. https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler.

35 İl Han Özay, İdari Yaptırımlar. İstanbul: İÜ Yayın No:3326. Hukuk Fakültesi Yayın No:691, 1985, s.35

36 Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara, Danıştay Yayınları, 2015, s.15.

kararlardır. Bu kararlar, ilgililerin idareye karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve idarenin belirlediği yasaklara uymalarını sağlamayı amaçlar.[37]

B. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNDE UYGULANACAK İDARİ YAPTIRIMLAR

Elektrik piyasasında uygulanacak yaptırımlara ilişkin başvurulması gereken temel yasal düzenleme, 14 Mart 2013 tarihli ve 6446 sayılı yeni Elektrik Piyasası Kanunu'dur. Bu Kanun, elektrik piyasasında faaliyet gösteren ve piyasa yükümlülüklerini yerine getirmeyen şirketlere hangi tür yaptırımların uygulanacağını ayrıntılı olarak düzenlemektedir ve mezkûr Kanun'un "Yaptırımlar ve Yaptırımların Uygulanmasında Usul" başlıklı 16'ncı maddesinde yer almaktadır. Bu madde, yaptırımların türlerini belirlemekle kalmayıp, aynı zamanda bu yaptırımların nasıl uygulanacağını da kapsamlı bir şekilde açıklamaktadır. Kanunun 16'ncı maddesi, piyasa düzenlemelerine uymayan şirketlere yönelik olarak uygulanacak idari yaptırımları, cezai tedbirleri ve diğer hukuki müeyyideleri içermekte olup para cezaları, lisans iptali ve faaliyet durdurma gibi çeşitli tedbirleri kapsamaktadır. Ayrıca yaptırımların uygulanma usulü, hukuki prosedürler ve denetim mekanizmaları da bu madde kapsamında detaylı bir şekilde belirtilmiştir. Böylece piyasada düzenin sağlanması, rekabetin korunması ve hukuka uygunluğun temin edilmesi amaçlanmaktadır. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüm aktörlerin uyacağı kuralları ve bu kurallara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımları belirleyerek piyasanın şeffaf, adil ve sürdürülebilir bir şekilde işlemesini sağlamayı hedeflemektedir. Kanunun bu bağlamda ortaya koyduğu yaptırım mekanizmaları, piyasa düzenlemelerinin etkin bir şekilde uygulanmasını ve ihlallerin caydırıcı bir şekilde önlenmesini temin etmektedir. Sonuç olarak, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16'ncı maddesi, elektrik piyasasında uygulanacak yaptırımlara ilişkin kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler içermekte olup, piyasa yükümlülüklerini yerine getirmeyen şirketlere yönelik uygulanacak yaptırımların türlerini ve bu yaptırımların uygulanma usullerini net bir şekilde ortaya koymaktadır; bu düzenlemeler, piyasa düzeninin korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.[38]

C. ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİ ALEYHİNE UYGULANACAK İDARİ YAPTIRIMLAR

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunun, 16.maddesi, elektrik dağıtım sektöründeki düzenlemeleri ve denetimi sağlamak amacıyla bir dizi idari yaptırım öngörmektedir. İdari yaptırımların hukuki temelini anayasa, kanunlar ve idari düzenlemeler oluşturur. Anayasa, idarenin işleyişinde hukukun üstünlüğünü ve kamu yararını gözetmesi gerektiğini belirlerken, kanunlar ve ikincil mevzuat idarenin bu görevlerini nasıl yerine getireceğini ayrıntılı bir şekilde düzenler. Bu yaptırımlar, elektrik dağıtım şirketlerinin hukuka uygun faaliyet göstermesini temin etmek ve piyasa düzenini korumak amacıyla uygulanmaktadır. İdari para cezaları, bu yaptırımların başında gelip şirketlerin mevzuat ihlallerine karşı mali yükümlülükler getirir. Cezaların gerekçeleri, lisans şartlarının ihlali, yasal raporlama yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi ve

---

37 Günday, İdareHukuku, s.202.

38 Ekinci, "6446 Sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdarî Yaptırımlar", s.51.

diğer mevzuat ihlalleri gibi çeşitli durumları kapsamaktadır. İdari para cezaları, mali yükümlülüklerin yanı sıra düzenlemelere uygunluğu sağlamayı da hedefler. Ayrıca ciddi ihlaller durumunda, işletme hakkı devri sözleşmesinin feshi ve dağıtım lisansının iptali gibi daha kapsamlı yaptırımlar uygulanabilir. Bu tür yaptırımlar, şirketlerin piyasa düzenlemelerine uyumsuzluk göstermeleri halinde, piyasa işleyişini ve tüketici haklarını korumaya yönelik olarak devreye girer. Dağıtım şirketlerine yönelik diğer düzenleyici önlemler arasında, yönetim kuruluna üye atama, mali yaptırımlar ve yasaklılık gibi tedbirler bulunmaktadır.

Elektrik enerjisi piyasasında faaliyet gösteren dağıtım şirketlerini bir topluluk olarak değerlendirdiğimizde, bu topluluğun mevzuata uygun bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla hukuka aykırı fiil ve işlemlerin yaptırımlarla cezalandırılması zorunludur. Bu nedenle, hukuka aykırı eylemlerin engellenmesi ve piyasa düzenlemelerinin uygulanması büyük önem taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, Elektrik Piyasası Kanunu'nun (EPK) öngördüğü piyasa yapısının etkin bir şekilde işleyebilmesi için denetim faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırılıkların giderilmesi ve bu tür ihlallerin tekrarlanmasının önlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, denetim faaliyetlerinin sadece bir kontrol mekanizması olarak değil, aynı zamanda piyasanın sürdürülebilirliği ve güvenilirliği açısından da önemli bir araç olduğu unutulmamalıdır. Denetim süreçlerinin sürekli iyileştirilmesi ve piyasa dinamiklerine uygun hale getirilmesi, piyasadaki hukuka aykırılıkların minimize edilmesi ve uzun vadede piyasanın istikrarının sağlanması açısından hayati önem taşımaktadır. Regülasyon kurumu olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK), 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki görevlerini layıkıyla yerine getirebilmesi için geniş kapsamlı yaptırım yetkilerine sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır.[39] Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesine göre, kabahatler hem kasıtlı hem de ihmal yoluyla işlenebilir. Dolayısıyla, bir kişinin yaptırıma tabi tutulabilmesi için, en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiği kabul edilir. Bilgi talebiyle ilgili usulüne uygun bildirim yapılmamışsa ve kişi, kendisinden bilgi istendiğinden haberdar olmamışsa, bu kişi kasten veya taksirle hareket etmiş sayılmaz. Ayrıca eğer kişi doğru bilgi verdiğini düşünüyorsa ve bilgi gerçekte yanlışsa, bu kişinin kastının bulunmadığı ve dolayısıyla idari yaptırıma tabi tutulamayacağı anlamına gelir. Bu durum, kişinin niyetini ve eylemlerinin hukuki değerlendirmesini önemli kılar, çünkü idari yaptırımlar ancak failin gerçek kastı veya taksiri tespit edilebildiğinde uygulanabilir. Bu nedenle, bilgilendirme yükümlülüğü ve failin bilgi verme sürecindeki rolü, idari yaptırımların adil bir şekilde uygulanabilmesi açısından önemli bir faktör olarak görülür.[40]

D. İDARİ YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ VE İDARİ YAPTIRIMLARIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

1. Yetki

Elektrik piyasasında gerçekleştirilen denetim ve soruşturmalar neticesinde, 6446 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca gerekli yaptırımlar

---

[39] Çınar, Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetim, s. 172

[40] Murat Balcı, "Enerji Verimliliği Kanununda Düzenlenen Kabahatler (5627 s. Kanun m.10)", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 29.

uygulanmaktadır. İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki tanıdığı ve engellemediği durumlarda, yargı kararına ihtiyaç duyulmadan, idarenin doğrudan gerçekleştirdiği işlemlerle ve idare hukukuna özgü yöntemlerle uygulanan cezalardır.[41] Düzenleme ve denetleme kurumlarının faaliyetlerine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, bu kurumların düzenledikleri piyasa aktörlerine yönelik yaptırım uygulama yetkisine sahip oldukları gözlemlenmektedir. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), bir düzenleyici otorite olarak, enerji piyasalarındaki ekonomik düzeni koruma amacı doğrultusunda yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmıştır.

Bu bağlamda, EPDK, kanun hükümlerine, yönetmeliklere, onaylanan tarifelere, lisans düzenlemelerine ve Kurul kararlarına aykırılık tespiti halinde, idari para cezası uygulama veya lisans iptali kararı verme yetkisine sahiptir. İdari yaptırımların uygulanması öncesinde izlenecek ihbar, denetim, şikayet, ön araştırma ve soruşturma süreçleri, ilgili yönetmeliklerle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu süreçlerin kanuni düzenlemeler yerine yönetmeliklerle belirlenmesi, doktrinde içerisinde çeşitli tartışmalara neden olmaktadır.[42]EPDK yargı kararı gerekmeksizin idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olan bir düzenleyici ve denetleyici otoritedir. EPDK, bu yetkisini 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan genel hükümler doğrultusunda bir ekonomik kolluk görevi olarak yerine getirmektedir. Elektrik Piyasası Kanununun 16. maddesi, elektrik piyasasına ilişkin kabahatler ve bu kabahatlere uygulanacak idari yaptırımların temel esaslarını kapsamlı bir şekilde düzenlemektedir.[43]

2. Hukuki Niteliği

İdari yaptırımlar; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarına uygun olarak idari işlemler aracılığıyla uygulanır. İdari yaptırımların hukuka uygunluğu ve meşruiyeti, bu unsurların tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi ile sağlanır. İdari yaptırımların uygulama alanı, idarenin düzenleme ve denetleme yetkisi çerçevesinde şekillenir. Anayasa, idari işlemler ve yaptırımların yargısal denetimine imkan tanımaktadır. Bu bağlamda, idari yaptırımların hukuka uygunluğu, yetkili kılınan durumlarda yargı organları tarafından denetlenebilir. Bu durum, idari işlemlere karşı bireylerin ve kurumların haklarını koruma mekanizmasını güçlendirir. Sonuç olarak idarenin düzenleme yetkisi, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş sınırlar içinde kullanılmalıdır. Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargı yolu açık olmalıdır. Bu yaklaşım, hukuk devletinin temel ilkeleriyle uyumlu olup idarenin keyfi uygulamalarını engelleyerek hukukun üstünlüğünü tesis eder. Bu düzenlemeler, idari işlemler aracılığıyla yürütülen yaptırımların hukuka uygun olmasını ve idarenin denetim yetkisinin meşru bir zeminde kullanılmasını temin eder.[44] İdari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle, menfaati ihlal edilen kişiler tarafından açılan iptal davaları, idarenin hukuka uygun hareket

---

41 İl Han Özay, İdari. Yaptırımlar. İstanbul: İÜ Yayın No:3326. Hukuk Fakültesi Yayın No:691, 1985, s.135.

42 Esra Zülfiye Balaban, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022,94-95.

43 Ekinci, "*6446 Sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdarî Yaptırımlar*",132.

44 Aslan, M. Yasin, "İdari Yaptırımlar," TBB Dergisi, Sayı 85, Ankara 2009, s. 184.

etmesini sağlamada önemli bir hukuki yoldur. Bu davalar, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyerek hukuk devletinin gerçekleşmesine katkıda bulunur. İptal davalarının en belirgin özelliği, basit ve karmaşık olmayan bir yapıya sahip olmalarıdır. Bu özellikleri sayesinde, iptal davaları yargısal denetim mekanizması olarak etkin ve hızlı bir çözüm sunar. Bu davalar, idarenin hukuka uygun davranmasını zorunlu kılarak, bireylerin haklarının korunmasını sağlar. Ayrıca iptal davaları, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin ortadan kaldırılmasını ve hukuka uygunluğun yeniden tesis edilmesini hedefler. Bu bağlamda iptal davaları, hukuk devletinin temel prensiplerinin uygulanmasını sağlayan ve bireylerin hukuki güvenliğini temin eden önemli bir yargı yolu olarak karşımıza çıkar. İdarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi, hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesinde ve bireylerin adalet beklentilerinin karşılanmasında hayati bir rol oynar. Bu nedenle iptal davaları, hem bireylerin haklarını koruyan hem de idarenin hukuka bağlılığını sağlayan bir mekanizma olarak büyük bir öneme sahiptir.[45]

E. ELEKTRİK PİYASASI KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİ

İdari yaptırımlar, hukukun üstünlüğü ilkesini ve düzenleyici güvenliği sağlamayı amaçlayarak elektrik piyasasında etkin bir düzen ve şeffaflık sağlamaya katkıda bulunur. İdare, yaptırım uygularken kanuni düzenlemelere uygun hareket etmeli, keyfi uygulamalardan kaçınmalı ve hukuka aykırılığın tespiti ile orantılı bir yaptırım belirlemelidir. Bu çerçevede, idarenin yaptığı her türlü işlem ve eylemin yargısal denetime tabi olması, hukuka uygunluğun sağlanması açısından büyük önem taşır. Anayasanın 125'inci maddesi, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağını net bir şekilde ifade etmektedir. Bu düzenleme, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesini ve vatandaşların idari işlemlere karşı haklarını arayabilmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu gibi kamu tüzel kişiliğine sahip ve enerji piyasasında idari yaptırım uygulama yetkisi bulunan kurumlar da yargı denetimine tabidir. Dolayısıyla, EPDK'nın işlemlerinin bağımsız mahkemelerce denetlenmesi gerektiği açıktır. EPDK, bağımsız bir idari otorite olarak idari yapı içinde yer almakta olup, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması nedeniyle, kararlarının kesin ve yargı denetiminden muaf olması düşünülemez. Bu, hukuk devleti ilkesinin ve bireylerin hukuki güvenlik içinde kendilerini güvende hissetmelerinin bir gereğidir. Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin hukuka bağlılığını ve hesap verebilirliğini sağlamak amacıyla idarenin işlemlerinin yargı denetimine açık olmasını hükme bağlamıştır. Böylece, idarenin keyfi ve hukuka aykırı işlemlerine karşı bireylerin korunması sağlanır ve demokratik hukuk devleti ilkesi hayata geçirilmiş olur. [46]

Yargı denetimi, idarenin aldığı kararların, yaptığı işlemlerin ve uyguladığı yaptırımların hukuka uygun olup olmadığını denetleyerek bireylerin haklarını koruyan ve kamu gücünün kötüye kullanılmasını önleyen bir mekanizmadır. EPDK gibi bağımsız idari otoritelerin kararları da dahi l olmak üzere, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devletinin

[45] Turan Yıldırım /Kaman N /Özdemir H/ Üstün Y/ Okay G/ Tekinsoy Ö, 2013,. İdare Hukuku, (Beşinci Baskı), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 736.

[46] Anayasa Madde 125 –'' İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır…"

temel unsurlarından biridir. Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağını belirterek, idarenin hukuka uygunluğunun denetimini ve bireylerin haklarını koruma mekanizmasını güvence altına alır. Bu bağlamda, EPDK'nın aldığı kararların ve uyguladığı yaptırımların yargı denetimine tabi olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. EPDK, enerji piyasasında düzenleyici ve denetleyici rolü olan bir kurumdur. İdari yaptırımlar uygulama yetkisine sahip olan EPDK'nın bu yetkisi, yargı denetimine tabidir. Bu durum, idarenin hukuka uygun davranmasını temin eder ve bireylerin haklarını koruma altına alır. Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin hukuka bağlılığını ve hesap verebilirliğini sağlamak amacıyla, idarenin işlemlerinin yargı denetimine açık olmasını hükme bağlamıştır.[47]

Hukuk devleti, bireylerin hukuki güvenlik içinde olduğu ve devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygun şekilde gerçekleştirildiği bir devlettir. Devletin tüm faaliyetleri yasal çerçevede şekillenir ve denetlenir. Bireyler, hukuk kurallarının sağladığı güvencelerle, devletin keyfi uygulamalarına karşı korunur. Ayrıca, devletin tüm organları ve kurumları, yasalara uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, devletin hesap verebilirliğini ve şeffaflığını artırır. Yargı denetimi, hukuk devletinin temel unsurlarından biridir ve bu denetim, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı bireylerin haklarını korur. Hukuk devleti ilkesi, demokrasinin ve insan haklarının teminatıdır. Bu ilke, sadece yasaların varlığıyla değil, aynı zamanda bu yasaların etkin bir şekilde uygulanması ve denetlenmesiyle hayata geçer. Devletin her türlü eylem ve işleminin hukuk kurallarına uygun olması, bireylerin adalet beklentilerini karşılar ve toplumda güven ortamını sağlar.[48]

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 12. maddesi, idari yaptırım kararlarına karşı dava açma hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Ayrıca, Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava, öncelikli işlerden sayılır. Bu düzenleme, idari yaptırım kararlarının yargısal denetimini sağlayarak hukuka uygunluğun korunmasını amaçlar. Yargısal denetim mekanizması, idarenin keyfi uygulamalarını engelleyerek bireylerin haklarını güvence altına alır. Bu bağlamda, idari yaptırım kararlarına karşı dava açma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İdare mahkemeleri, idari yaptırım kararlarının hukuka uygunluğunu denetleyerek adaletin sağlanmasına katkıda bulunur. Mahkemelerin bu denetimi, idarenin hesap verebilirliğini ve şeffaflığını artırır. Ayrıca, dava açma hakkının tanınması, bireylerin idari kararlara karşı etkili bir hukuk yolu kullanmasını sağlar. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin uygulanmasını ve bireylerin haklarının korunmasını temin eder. Kurul kararlarına karşı açılan davaların öncelikli işlerden sayılması, yargı süreçlerinin hızlandırılmasını ve adaletin gecikmeden tecelli etmesini sağlar. Böylelikle, bireylerin hak arama özgürlüğü korunmuş olur ve idarenin hukuka bağlılığı güçlenir. Sonuç olarak, 4628 sayılı Kanun'un 12. maddesi, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal denetim yolunu açarak, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesine önemli bir katkıda bulunur.[49]

---

47 Murat Ekinci, 6446 Sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdarî Yaptırımlar,116

48 Ergün Özbudun, (2008). Türk Anayasa Hukuku. (Dokuzuncu Baskı). Ankara, Yetkin Yayınları, s.113.

49 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Dava Hakkı, Madde 12(Değişik: 2/7/2012-6352/64 md.) İdari yaptırım

1. İlk İnceleme Konularına İlişkin Yargısal Denetim

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi[50], idari yargıda dava dilekçelerinin ilk incelemesini düzenlemektedir. Bu maddeye göre, ilk inceleme, Danıştay'da daire başkanının görevlendirdiği bir tetkik hakimi tarafından yapılır. İdare ve vergi mahkemelerinde ise bu inceleme, mahkeme başkanı veya onun görevlendirdiği bir üye tarafından gerçekleştirilir. İlk incelemede, dava dilekçesinin görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin olup olmadığı, süreaşımı, husumet ve dava dilekçesinin 3 ve 5. maddelere uygunluğu konularında değerlendirilmesi yapılır. Bu düzenleme, yargı süreçlerinin etkin ve hızlı işlemesini sağlamak amacıyla, dilekçelerin belirli kriterler ve süreler içinde incelenmesini öngörmektedir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yargı süreçlerinin şeffaf, hızlı ve etkili bir şekilde yürütülmesi büyük önem arz eder ve bireylerin hak arama özgürlüğünü korur. Maddenin içeriği, idari yargıda dilekçelerin belirlenen kriterlere uygun şekilde incelenmesini amaçlar. Böylece, idari yargılama sürecinde dilekçelerin eksiksiz ve doğru bir şekilde değerlendirilmesi sağlanır ve bu düzenleme, hukuki güvenliğin teminine katkıda bulunur. Bu süreç, idari yargının adil ve hızlı işlemesini temin ederek, bireylerin haklarını etkili bir biçi mde korur ve hukuk devletinin temel prensiplerine uygun hareket edilmesini sağlar. Sonuç olarak, 14. madde, idari yargıda dava dilekçelerinin ilk incelemesinin standartlarını belirleyerek, yargı sürecinin verimliliğini ve hukuki güvenliğini artırmaktadır.[51]

İdari yargıda bir davanın aşamaları ve sonuçları, dava dosyasının mahkeme tarafından ilk incelemesi ile başlamaktadır. Dava açıldığında, mahkeme dava dilekçesini İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 14 ve 15. maddelerine göre "ilk inceleme" ye tabi tutar. Bu inceleme süreci, davanın usulüne uygun olarak ilerlemesini sağlamak amacıyla gerçekleştirilir. Mahkeme, kendisine iletilen dava dilekçesi üzerinde çeşitli hususları inceleyerek, davanın uygunluğunu değerlendirir. Öncelikle, davanın görevli ve yetkili mahkemede açılıp açılmadığı kontrol edilir. Daha sonra, dava açılmadan önce tamamlanması gereken idari süreçlerin tamamlanıp tamamlanmadığı incelenir. Dava, ilgili kişi tarafından açılmış mı? Dava konusu işlem, icrai ve kesin nitelikte mi? Dava, yasal süresi içinde açılmış mı? Dava, doğru idareye karşı mı açılmış? Dava dilekçesi, kanunda belirtilen içerik ve şekil şartlarına uygun mu? Bu soruların yanıtları, mahkeme tarafından titizlikle incelenir. Bu incelemeler, yargı sürecinin etkin ve doğru bir şekilde ilerlemesi için büyük önem taşır. İlk inceleme aşaması, dava dosyasının usul ve esas bakımından eksiksiz ve hukuka uygun olup olmadığını kontrol eder. Mahkemenin bu incelemeyi titizlikle yapması, davaların hukuki güvenlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde görülmesini sağlar. Bu süreç, aynı zamanda idari yargı sisteminin şeffaf, hızlı ve etkili işlemesine katkıda bulunur. Sonuç olarak, ilk inceleme aşaması, davaların sağlıklı bir şekilde ilerlemesini ve

---

kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. 8.4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628.pdf.

50 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 14.madde; Dilekçeler üzerine ilk inceleme yapılır.

51 Sinan Seçkin, "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93Sayılı Kararı Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023, 1039-1080. 1048.

sonuçlanmasını temin eder. İdari yargıda dilekçelerin belirlenen kriterlere uygun şekilde incelenmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu, bireylerin hak arama özgürlüğünü korur ve yargı süreçlerinin şeffaf, hızlı ve etkili bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunur. İdari yargı sisteminde ilk inceleme aşaması, hukuki güvenliğin teminine ve adaletin sağlanmasına yönelik önemli bir mekanizmadır.[52]

2. Esasa İlişkin Konularda Yargısal Denetim

Kamu hukukunda bir idari işlemin varlığını kabul edebilmek için "konu" ve özel hukukta "irade" kavramına karşılık gelen "yetki" unsurlarının bulunması gerekmektedir. Ayrıca, özel hukukta her zaman zorunlu olmayan "şekil" şartları, idari işlemler açısından hukuka uygunluk açısından zorunludur. İdarenin yürütme faaliyetlerine ilişkin işlemler genellikle belirli bir prosedüre bağlıdır. Bir idari işlemin hukuki geçerliliği, işlemdeki "sebep" unsurunun neden-sonuç ilişkisini, "maksat" unsurunun ise işlemle güdülen amacın hukuka uygunluğunu sağlamasıyla mümkün olur. Bu unsurların eksikliği, işlemin hukuki geçerliliğini tehlikeye atar.[53]

Mahkemeler, dava dilekçelerini hukuka uygunluk açısından inceler ve hukuka aykırılık bulunmadığında esas incelemeye geçer; bu inceleme, idari işlemin veya eylemin hukuka uygunluğunu değerlendirir. İptal davaları, idari işlemin iptalini amaçlar ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde[54], idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları açısından hukuka uygunluğunu inceleyen davalar olarak tanımlanmıştır. Herhangi bir unsurda hukuka aykırılık tespit edilirse işlem iptal edilir. Yetki unsurunda, işlemin yer, konu ve zaman açısından yetkili makam tarafından yapılıp yapılmadığı; şekil unsurunda, işlemin mevzuata uygun olup olmadığı; sebep unsurunda, işlemin dayandığı sebebin gerçek ve hukuka uygun olup olmadığı; konu unsurunda, işlem sonucunun hukuka uygunluğu; amaç unsurunda ise, işlemin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığı değerlendirilir.[55] İdari işlemin unsurları, idari işlemin gerçekleştirilmesi esnasında dikkate alınması gereken hukuki koşulları ifade eder. Bu unsurlarda yer alan hukuka aykırılıklar, iptal davasının temelini oluşturur. [56]

IV. MUKAYESELİ HUKUK PERSPEKTİFİNDE ELEKTRİK DAĞITIM HİZMETLERİNDE HUKUKİ DENETİM VE İDARİ YAPTIRIMLAR

Mukayeseli hukuk perspektifinden elektrik dağıtım hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetimi, ekonomik, çevresel ve toplumsal dinamiklerle

---

52 https://rm.coe.int/3-idari-yargida-bir-davanin-asamalari-ve-sonucu/1680ab4639 , İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması Ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi

53 Özay, Günışığında Yönetim, s. 451

54 İdari Yargılama Usulü Kanunu; madde 2-a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları.

55 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdare Hukuku, 2. baskı,135.

56 Güher Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Ankara, 2012, Seçkin Yayıncılık, s.98.

şekillenmektedir. Özellikle Avrupa Birliği (AB) enerji piyasalarında, bu hizmetlerin düzenlenmesi rekabet, sürdürülebilirlik ve arz güvenliği ilkelerine dayanmakta ve geniş kapsamlı bir hukuki altyapıya oturtulmaktadır. AB'nin enerji politikası, enerji piyasalarının serbestleştirilmesi ve düzenleyici mekanizmaların oluşturulması suretiyle piyasaların etkin bir şekilde işlemesini sağlamayı amaçlar. Bu kapsamda, enerji piyasalarının denetimi ve düzenlenmesi alanında AB uygulamaları, İngiltere ve Almanya örnekleri ile mukayeseli olarak incelenmektedir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI: REGÜLASYON VE DENETİM STANDARTLARI

Avrupa Birliği (AB) elektrik piyasalarının düzenlenmesi ve denetiminde temel önceliklerinden biri, tüketici haklarının korunmasıdır. Bu bağlamda, elektrik dağıtım ağlarına erişimin adil, şeffaf ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması önemli bir ilke olarak benimsenmiştir. AB Komisyonu, ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) ve üye devletlerdeki ulusal düzenleyici otoriteler aracılığıyla piyasa gözetimini gerçekleştirmekte, ayrıca sınır ötesi elektrik ticaretinin izlenmesi ve düzenlenmesinde rol oynamaktadır. Bu yapı, piyasa etkinliğinin artırılması ve rekabetin sağlanması amacına hizmet eden bir düzenleyici çerçeve oluşturmaktadır.[57]

Elektrik dağıtım hizmetleri, Avrupa'da liberalizasyon süreci kapsamında ayrıştırılarak, enerji üretimi ve tedarikinden bağımsız hale getirilmiştir. Bu sürece, AB'nin Üçüncü Enerji Paketi'nin bir parçası olarak 2009 yılında yürürlüğe giren 2009/72/EC sayılı Elektrik Direktifi damga vurmuştur. Söz konusu Direktif, elektrik şebekelerinin sahipliği ve işletilmesinin ayrıştırılmasını zorunlu kılarak, tekelleşmenin önüne geçmeyi hedeflemiştir. Direktif'in 32. maddesinde, elektrik dağıtım ağlarına ayrımcı olmayan erişim garanti altına alınmıştır. Üye devletlerin, kendi ulusal düzenleyici kurumlarına yeterli yetki ve kaynak sağlayarak, bu kurumların piyasayı denetleme görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmelerini zorunlu kılması, piyasanın doğru işleyişini güvence altına almak için kritik bir adımdır. Bu düzenleme, elektrik piyasalarında şeffaflık ve eşitlik ilkesine dayalı bir rekabet ortamı yaratmayı amaçlar. Ulusal düzenleyici otoritelerin bağımsız ve güçlü olması gerektiği belirtilmekte, böylece elektrik dağıtım sektöründeki faaliyetlerin ayrımcılık yapılmadan ve şeffaf bir şekilde yürütülmesi sağlanmaktadır. Bu da hem piyasa aktörlerinin eşit şartlarda rekabet edebilmesine hem de tüketicilerin haklarının korunmasına katkı sağlar. Hukuki açıdan bu hüküm, üye devletlere açık bir sorumluluk yükleyerek, Avrupa Birliği'nin enerji piyasalarının düzgün işlemesini ve ortak enerji politikalarının başarıyla uygulanmasını hedefler. Şeffaflık ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin vurgulanması, rekabetin adil bir şekilde gelişmesini ve piyasada güvenin artmasını sağlar. Bu bağlamda, elektrik dağıtım hizmetleri, yerel veya ulusal düzenleyici otoriteler tarafından sıkı bir şekilde denetlenmekte ve altyapı hizmetlerinin etkinliği, kalite standartları ve ağ bakım süreçleri gibi konular düzenlenmektedir.[58]

---

[57] Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), ACER's Role in the Electricity Market, 2018, https://www.acer.europa.eu.

[58] Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Elektrik İç Piyasasına İlişkin Ortak Kurallara Dair Direktifi, 2009/72/EC, 2009. (Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of

2003/54/EC sayılı Elektrik Direktifi'nin yürürlüğe girmesi, Avrupa Birliği (AB) üye devletlerinde elektrik piyasalarının düzenlenmesi amacıyla sektörel düzenleyici kurumların tesis edilmesini sağlamıştır. Ancak, bu kurumların özerklik düzeyleri, yetki alanları ve işlevsel sorumlulukları üye devletler arasında kayda değer farklılıklar göstermektedir. Her üye devlet, kendi iç koşulları ve piyasa ihtiyaçlarına uygun düzenleyici yapılar oluşturmuş olsa da, bu çeşitlilik, AB genelinde uyumlu bir elektrik piyasasının oluşturulmasını karmaşık hale getirmiştir. Elektrik piyasalarının serbestleştirilmesi sürecinde öne çıkan bir diğer gelişme, birleşik bir iç elektrik piyasasının kurulmasından önce bölgesel elektrik piyasalarının oluşturulmasına yönelik girişimlerdir. Bu girişimler, sınır ötesi işbirliğini güçlendirmeyi ve piyasa entegrasyonunu sağlamayı hedeflemekte olup, nihayetinde daha rekabetçi, şeffaf ve etkin bir Avrupa elektrik piyasasının oluşmasına katkıda bulunmuştur. Bu süreç, AB enerji politikasının hedefleri doğrultusunda, piyasa entegrasyonunun ve rekabetin artırılmasına yönelik önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir. AB enerji politikasının temel hedeflerinden biri, elektrik piyasalarında rekabeti teşvik etmek ve sınır ötesi ticareti destekleyerek enerji güvenliğini artırmaktır. 2003/54/EC Direktifi ile başlatılan reformlar, piyasa verimliliğini ve entegrasyonunu güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bölgesel elektrik piyasalarının oluşturulması, bu entegrasyon sürecinde kritik bir aşama olarak değerlendirilmiş ve Avrupa elektrik piyasasının daha kapsamlı bir yapı altında birleşmesine zemin hazırlamıştır.[59]

B. İNGİLTERE UYGULAMASI: ELEKTRİK DAĞITIMINDA DENETİM VE DÜZENLEYİCİ YAPI

Brexit sonrası dönemde İngiltere'nin Avrupa Birliği'nden ayrılmasıyla birlikte, düzenleyici otoritelerin nasıl bir dönüşüm sürecine girdiği ve AB ile olan ilişkilerinin nasıl yeniden yapılandırıldığı, enerji politikalarının uygulanmasında önemli bir değişim yaratmıştır. Bu bağlamda, düzenleyici otoritelerin enerji geçişi sürecindeki bağımsızlıklarını koruma çabaları, karşılaştıkları kurumsal ve hukuki zorluklar çerçevesinde analiz edilmelidir. Brexit sonrasında ortaya çıkan hukuki belirsizlikler, Ofgem'in yeni uluslararası düzenlemelere uyum sağlama süreci ve Avrupa Birliği'nden bağımsız enerji politikası geliştirme çabaları, İngiltere'nin enerji piyasalarındaki düzenleyici yapı ve bağımsız karar alma mekanizmaları üzerinde önemli değişiklikler yaratmıştır. İngiltere'nin enerji piyasalarını düzenleyen Ofgem (Office of Gas and Electricity Markets) gibi düzenleyici kurumlar, enerji geçişi sürecinde merkezi bir rol oynamaktadır.[60] İngiltere'nin enerji politikalarının, bu düzenleyici otoritelerin bağımsızlığı üzerindeki etkileri ve bu bağımsızlığın korunmasına yönelik alınan tedbirler dikkatle incelenmelidir. Özellikle Hukuki açıdan incelendiğinde, Ofgem'in

---

the Council concerning common rules for the internal market in electricity, 2009), Directive 2009/72/EC on EUR-Lex, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072.

59 Elvin Evrim Özcan, ''İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları'', Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı Doktora Programı, 2009, 118.

60 The Independence of National Regulatory Authorities and the European Union Energy Transition," Cambridge University Press, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge- 16.

yetkileri ve denetim mekanizmaları, Birleşik Krallık'taki enerji piyasalarının düzenlenmesinde kritik bir rol oynamaktadır. Ofgem'in yetki alanı, Elektrik Yasası 1989, Gaz Yasası 1986 ve Rekabet Yasası 1998 gibi temel yasal düzenlemelerle şekillendirilmiş ve güçlendirilmiştir. Bu yasalar, enerji piyasasında adil rekabetin sağlanmasını, tüketicilerin haklarının korunmasını ve piyasa oyuncularının ayrımcılık yapmaksızın faaliyet göstermelerini güvence altına almaktadır. Ofgem'in yasal çerçevesi, enerji piyasalarının şeffaf ve etkin işleyişini sağlayarak, tüketici haklarının korunmasına katkı sunmaktadır. Buna ek olarak, Ofgem'in düzenleyici yetkileri Enerji Yasası 2004 ve Enterprise Yasası 2002 ile daha da genişletilmiş olup, enerji piyasasında gözetim ve denetim fonksiyonlarının daha kapsamlı bir şekilde yürütülmesine olanak tanımaktadır. Bu yasalar, Ofgem'e enerji piyasasında piyasa manipülasyonu, haksız rekabet ve tüketici hakları ihlallerine karşı müdahale etme yetkisi vermekte, düzenleyici mekanizmaların kapsamını artırmaktadır. Ofgem'in elektrik dağıtım hizmetlerini denetleme rolü, Birleşik Krallık enerji piyasasında sürdürülebilirlik, rekabet ve tüketici haklarının korunmasına yönelik güçlü bir düzenleyici çerçeve sunmaktadır. Bu yapı, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde elektrik piyasalarının güvenilir, şeffaf ve verimli bir şekilde işlemesine katkı sağlamaktadır. Ofgem'in yetkileri ve sorumlulukları, enerji arz güvenliğinin sağlanmasında ve piyasaların sorunsuz işlemesinde önemli bir araçtır.[61]

Ofgem'in elektrik dağıtım hizmetlerini düzenleme ve denetleme süreçleri, Birleşik Krallık enerji piyasasının etkin bir şekilde işlemesini sağlamak amacıyla, bağımsız bir düzenleyici kurum olarak yürütülmektedir. Bu süreç, Ofgem'in yasal yetki ve sorumluluklarına dayanmaktadır. Ofgem'in temel amaçları arasında, enerji piyasasında rekabeti teşvik etmek, tüketici haklarını korumak ve enerji arz güvenliğini sağlamaya yönelik önlemler yer almaktadır. Ofgem, düzenleyici görevini RIIO (Revenue = Incentives + Innovation + Outputs) modeli üzerinden yürütmektedir. Bu model, elektrik dağıtım ağlarını yöneten şirketleri daha verimli çalışmaya, altyapı yatırımlarını artırmaya ve maliyetleri düşürmeye teşvik eder. RIIO-ED2 olarak bilinen modelin son sürümü, 2023-2028 döneminde uygulanacak olup, Birleşik Krallık'ın enerji geçiş sürecinde net sıfır karbon hedeflerine ulaşmasına katkı sağlamayı hedeflemektedir. [62] Ofgem'in düzenleyici rolü, elektrik piyasasının şeffaf ve adil bir şekilde işlemesini sağlamaya yönelik kapsamlı bir denetim mekanizmasına dayanmaktadır. Bu kapsamda Ofgem, enerji şirketlerinin faaliyetlerinin lisanslama sürecine uygun olup olmadığını izlemekte ve lisans şartlarına uygunluklarını denetlemektedir. Şirketlerin lisans koşullarını ihlal etmeleri durumunda, Ofgem'in yasal olarak soruşturma başlatma yetkisi bulunmaktadır. İhlalin niteliğine ve ciddiyetine bağlı olarak, Ofgem para cezaları ve diğer yaptırımları uygulama yetkisine de sahiptir.[63]

---

[61] Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), https://www.ofgem.gov.uk/, 26.

[62] ECA, RIIO-ED2 Overview, 2023, https://www.eca-uk.com/wp-content/uploads/2023/03/ECA-Overview-of-RIIO-ED2.pdf. 24.

[63] Ofgem, Our Role and Responsibilities, https://www.ofgem.gov.uk/our-role-and-responsibilities.

C. ALMANYA UYGULAMASI: ENERJİ PİYASASINDA DENETİM VE ŞEFFAFLIK İLKELER

Almanya'daki enerji piyasalarının düzenlenmesinden sorumlu olan Federal Ağ Ajansı (Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen), bağımsız bir düzenleyici kurum olarak enerji sektöründe rekabetin korunmasını, şeffaflığın sağlanmasını ve ayrımcılık yapılmaksızın tüm piyasa katılımcılarının enerji şebekelerine erişimini güvence altına alır. Ajansın temel işlevleri arasında, özellikle elektrik ve gaz şebekelerine üçüncü taraf erişim hakkını garanti altına almak, şebeke kullanım ücretlerini denetlemek ve piyasa işleyişinin adil bir biçimde sürdürülebilmesi için düzenleyici çerçeveler oluşturmak yer alır. Bu işlevler, enerji piyasalarında etkin bir rekabetin sağlanması ve enerji hizmetlerinin tüm tüketicilere eşit koşullarda sunulabilmesi açısından kritik öneme sahiptir. Ajans, Yenilenebilir Enerji Kaynakları Yasası (EEG) çerçevesinde yenilenebilir enerji kaynaklarının şebekeye entegrasyonu ve bu kaynaklar için öngörülen teşvik mekanizmalarının uygulanmasını denetler. Bu bağlamda, yenilenebilir enerji kaynaklarının hızlı bir şekilde yaygınlaştığı bölgelerde oluşan maliyetlerin, hem şebeke operatörleri hem de nihai tüketiciler açısından adil bir şekilde dağıtılmasına yönelik düzenleyici bir model geliştirilmiştir. Bu model, yenilenebilir enerjinin mali yüklerini yalnızca üretim bölgelerine yıkmak yerine, ülke genelinde daha geniş bir kitleye yaymayı hedeflemektedir. Bu, enerji maliyetlerinin dengeleyici bir şekilde tüm tüketicilere yansıtılmasını sağlar.[64]Elektrik dağıtım hizmetleri ise doğrudan Bundesnetzagentur'un denetim yetkisi altında olup, ülke genelinde yüksek voltajlı iletim hatlarından düşük voltajlı yerel dağıtım şebekelerine kadar çok katmanlı bir yapıda işletilmektedir. Ajans, bu şebekelerin güvenilirliği, erişilebilirliği ve verimliliğini sağlamak amacıyla düzenleyici çerçeveler oluşturur ve bu şebekelere yenilenebilir enerji kaynaklarının entegre edilmesini yönetir. Şebeke kullanım ücretlerinin ve genel maliyetlerin şeffaf ve adil bir biçimde hesaplanarak tüketicilere sunulmasını sağlamak, ajansın temel görevleri arasındadır. Ayrıca, Ajans, tüketici bilgilendirme mekanizmalarını ve fiyat şeffaflığını artırarak, piyasadaki dengesizlikleri minimize etmeye yönelik düzenlemeler yapar. Bundesnetzagentur, Almanya'nın enerji piyasalarındaki düzenleyici süreçlerin Avrupa Birliği'nin ortak standartlarıyla uyumlu olmasını sağlamak amacıyla Federal Ekonomi ve İklim Eylemi Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet gösterir. Bu çerçevede, Avrupa genelinde enerji piyasalarının bütünleşmesi ve Almanya'nın enerji geçişi stratejisinin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için ajans, enerji piyasalarının düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.[65]

Almanya'da şebeke sektörlerinin serbestleşmesi süreciyle birlikte, Telekomünikasyon ve Posta Düzenleme Kurumu kurulmuştur.2002 yılında Monopol Komisyonu tarafından yayımlanan 14 Numaralı Rapor'da, şebeke sektörlerine yönelik genel bir düzenleyici otoritenin kurulması önerilmiştir. 2005 yılında Enerji Ekonomisi Kanunu'nda yapılan değişiklikle elektrik ve doğalgaz piyasalarının düzenlenmesi bu kuruma devredilmiş, kurumun ismine elektrik ve gaz ifadeleri eklenmiştir. 2006 yılında Demiryolları Kanunu'nda

---

64 https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home_node.html.

65 https://www.bundesnetzagentur.de/EN/Areas/Energy/start.html

yapılan düzenleme ile demiryolu piyasasının düzenlenmesi yetkisi de Federal Şebeke Ajansı'na devredilmiştir.[66]

Federal Şebeke Ajansı, elektrik piyasasında hukuka aykırı faaliyet yürüten şirketlere karşı yaptırım uygulama yetkisine sahip olup, bu yaptırımları icra edebilme kabiliyetine de sahiptir. İdari İcra Kanunu'nun 9. maddesi, idarenin uygulayabileceği yaptırım türlerini detaylandırmaktadır. Buna göre, bir sorumlu kişinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, idarenin bu yükümlülüğü başka bir şirkete yaptırma yetkisi bulunmakta olup, bu işlemden doğan masraflar sorumluluk sahibi kişi tarafından karşılanacaktır. Ayrıca, eğer yükümlü şirket, sorumluluğunu yerine getirmekte başarısız olur ve söz konusu hizmet yalnızca bu şirketin gerçekleştirebileceği bir nitelik taşırsa, idare bu durumda para cezası uygulayarak şirketi yükümlülüğünü ifaya zorlayabilmektedir.[67] Alman düzenleyici kurumları, birbirinden farklı hukuki statülere sahip olup, bu bakımdan Türkiye'deki yapıdan belirgin bir şekilde ayrışmaktadır. Federal Şebeke Ajansının Teşkilat Kanunu uyarınca, "bağımsız ve özerk" niteliklere sahip olan bu federal yüksek düzeydeki regülasyon kurumu, hukuken Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı olarak faaliyet göstermekte, ancak kamu tüzel kişiliğine sahip bulunmamaktadır. Ajansın bu yapısı, onun kamusal yetkilerden ayrı bir konumda olduğunu gösterirken, Bakanlık tarafından ajansa genel talimat verme yetkisinin mevcut olması, idari hiyerarşi içerisinde Ajansın tamamen bağımsız olmadığına da işaret etmektedir. Bu durum, düzenleyici kurumların idari ve hukuki statüsüne ilişkin özgün bir model oluşturmakta, Alman ve Türk sistemleri arasındaki yapısal farklılıkları gözler önüne sermektedir.[68]

D. TÜRKİYE İÇİN UYGULANABİLİR BİR MODEL: MUKAYESELİ HUKUKUN IŞIĞINDA ÖNERİLER

Dünya genelinde olduğu gibi Türkiye'de de elektrik şebekeleri, büyük enerji santrallerinin birbirlerine uzun iletim hatları ile bağlandığı enterkonnekte bir yapı üzerinden çalışmaktadır. Bu sistemde, herhangi bir bölgede oluşabilecek dengesizlik veya arıza, tüm sistemin çökmesine neden olabilir ve ülke genelinde, hatta sistemin bağlantılı olduğu diğer ülkelerde bile enerji kesintileri meydana gelebilir. Dolayısıyla, mevcut enerji şebekelerinin güvenliği ve verimliliği büyük bir önem arz etmektedir. Almanya, artan enerji talebini karşılamak amacıyla merkezi ve büyük santrallerden enerji üretmek yerine, daha küçük ve verimli santrallerin şebekeye entegrasyonunu sağlayan akıllı şebeke sistemlerine yönelmiştir. Bu sistem, enerjinin kaynağında tüketilmesini sağlayarak iletim ve dağıtım kayıplarını azaltmayı hedeflemektedir. Ayrıca akıllı şebekeler, sistemdeki arızaların otomatik olarak tespit edilmesi ve giderilmesi, siber güvenlik tehditlerine karşı koruma gibi avantajlar sunmaktadır. Almanya hükümeti, 2006 yılından bu yana akıllı şebeke sistemleri üzerine çalışmalarını yoğunlaştırmış ve ilk aşamada yenilenebilir enerji santrallerinin tek bir santralmiş gibi yönetildiği sanal elektrik santrali uygulamasını hayata geçirmiştir. Sonraki aşamada ise konutlarda akıllı sayaç sistemleri devreye alınmıştır. Türkiye, 2022 yılında yaklaşık 250 milyar kilovat saat elektrik üretimi gerçekleştirmiştir; ancak bu üretimin %13'ü iletim ve dağıtım aşamalarında kayba uğramıştır. Bu oran, önemli

---

66 Kent, a.g.e., 205.

67 Kent, a.g.e.255.

68 Kent,a.g.e.270.

bir enerji kaybına işaret etmekte olup, Keban Barajı'nın yıllık üretiminin yaklaşık beş katına karşılık gelmektedir. Akıllı şebeke sistemlerinin Türkiye'de uygulanması durumunda, bu kayıpların önemli ölçüde azaltılabileceği değerlendirilmektedir. Almanya'nın geliştirdiği akıllı şebeke sistemi, daha verimli, güvenli ve sürdürülebilir bir enerji altyapısı sağlama potansiyeline sahip bir modeldir. Türkiye, bu modeli kendi enerji sistemine adapte ederek, enerji verimliliğini artırabilir ve şebekedeki kayıpları minimize edebilir. Aynı zamanda, enerji arz güvenliğini artırmaya yönelik çözümler sunabilir. Almanya'nın bu konudaki deneyimlerinin Türkiye için uygulanabilir bir yol haritası oluşturabileceği düşünülmektedir.[69]

V. DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmada, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetimi, hukuki ve idari boyutları, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) rolü ve Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca dağıtım şirketlerine karşı uygulanabilecek idari yaptırımlar detaylı bir şekilde incelenmiştir. Elektrik dağıtım hizmetleri, enerjinin güvenli, sürekli ve verimli bir şekilde tüketiciye ulaştırılması amacıyla yürütülen kritik bir kamu hizmetidir. Bu hizmetlerin yönetimi ve düzenlenmesi, hem hukuki hem de idari açıdan karmaşık bir yapı arz etmekte, kamu yararını gözeten bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Birinci Bölüm'de, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin kavramsal çerçevesi incelenmiş,devletin merkezi rolü, yerini özel sektör katılımını teşvik eden bir modele bıraktığı görülmüştür.. İkinci Bölüm'de, elektrik dağıtım hizmetlerinde idari denetim mekanizmaları ve EPDK'nın düzenleyici rolü ele alınmıştır. EPDK, Türkiye enerji piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi için kritik bir rol oynamaktadır. Lisanslama, tarife belirleme, piyasa düzenlemeleri ve idari yaptırımlar gibi işlevleri, enerji piyasasında adil ve şeffaf bir yapı oluşturulmasını sağlamaktadır. EPDK'nın, enerji piyasasındaki etkinliği, düzenleyici ve denetleyici yetkilerinin kapsamı ve uygulama pratikleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca dağıtım şirketlerine uygulanabilecek idari yaptırımlar ve bu yaptırımların yargısal denetimi ayrı bir bölü başlığında incelenmiştir. İdari yaptırımlar, enerji piyasasında hukukun üstünlüğünü ve piyasa düzenini sağlamak amacıyla uygulanmaktadır. Bu yaptırımların yargısal denetimi ise, idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının kontrol edilmesini sağlamakta ve hukuki güvenliği temin etmektedir. Tezde yapılan analizler neticesinde, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinin, bu hizmetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesinde merkezi bir öneme sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Elektrik Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat, dağıtım hizmetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesi için gerekli hukuki çerçeveyi sağlamaktadır. Ancak, bu hizmetlerin düzenleyici ve denetleyici kurum tarafından , şeffaf ve hesap verebilir bir şekilde regülasyona tabi olması ve regülasyon hukukunun ilkelerine uygun denetlemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. 2013 yılında ve sonrasında yapılan yasal değişiklikler ile Enerji Ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı elektrik dağıtım hizmetlerinin denetiminde yetki sahibi olmuştur. TEDAŞ, özel sektör tüzel kişileri ve EPDK denetim yetkisini dolaylı ve sınırlı şekilde kullanabilmektedir. Bu mevzuat değişiklikleri elektrik dağıtım

[69] Selen Çekinir, "Elektrikte Almanya Modeli Örnek Alınmalı," Yaşar Üniversitesi Haber Portalı, 3 Nisan 2015, https://haber.yasar.edu.tr/genel/elektrikte-almanya-modeli-ornek-alinmali.html.

hizmetlerinin denetiminde arzu edilen hedefe ulaşmayı sınırlandırmaktadır. Yine Enerji piyasası faaliyetlerinden olan Petrol, Doğalgaz ve LPG sektörünün dağıtım faaliyetlerinin denetiminde tek yetkili organın regülasyon kurumu olan EPDK olması bu faaliyetlerin denetiminin daha etkin ve işlevsel olmasına önemli katkısı olduğu bilinmektedir.

Elektrik Piyasası Kanunu' nda yapılan mevzuat değişiklikleri ile birlikte, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) elektrik dağıtım hizmetleri üzerindeki denetim yetkisi sınırlandırılmış, bu yetkinin Enerji Ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına devredilmesine karar verilmiştir.6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi, elektrik dağıtım faaliyetlerinin denetimini Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görev ve yetki alanına bırakmıştır. Bakanlık, bu denetim görevini yerine getirirken, ilgili uzman kamu kurum ve kuruluşlarıyla iş birliği yapma veya denetim faaliyetlerini yetkilendirme yoluyla devretme imkanına sahiptir.

Denetim yetkisinin farklı kamu otoriteleri arasında paylaştırılması, denetim süreçlerinin hukuki sürdürülebilirliği ve etkinliği açısından çeşitli zorluklar yaratmakta olup, bu durumun kamu hizmetinin niteliği üzerindeki etkileri tartışılmalıdır. Özellikle, denetim yetkisinin devrinin doğurduğu hukuki sorunlar, denetimin tarafsızlığı, hesap verilebilirliği ve kamu yararı gözetilerek etkin bir şekilde yerine getirilip getirilemediği hususları önem arz etmektedir.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin idari ve hukuki denetimi, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın (ETKB) yetkileri bağlamında kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Elektrik piyasasında serbestleşme süreci ve özelleştirme uygulamaları, kamu hizmeti niteliği taşıyan elektrik dağıtım faaliyetlerinin hukuki çerçevesini ve denetim mekanizmalarını önemli ölçüde etkilemiştir. Bu bağlamda, elektrik dağıtım şirketlerinin faaliyetlerinin hukuki niteliği, kamu yararı gözetilerek düzenlenmesi gereken hizmetler olarak ele alınmış ve bu hizmetlerin denetimi, hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Çalışmanın temel amacı, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetim mekanizmalarının etkinliğini incelemek ve bu denetim süreçlerinin geliştirilmesine yönelik hukuki öneriler sunmaktır. Elektrik dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıması, hizmetin kamu yararına uygun olarak kesintisiz ve eşit şartlarda sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, yapılan incelemeler neticesinde mevcut denetim mekanizmalarının gerek hukuki gerekse idari açıdan yetersiz olduğu tespit edilmiştir. Mevcut sistem, özellikle EPDK'nın karar alma süreçlerinde yeterli denetim yetkilerine sahip olmadığı, ayrıca ETKB'nin devraldığı denetim sorumluluklarının hukuki temellerinin daha güçlü bir çerçevede tanımlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, idari denetim süreçlerinin geliştirilmesi için mukayeseli hukuk uygulamalarına yer verilmiş ve Avrupa Birliği, İngiltere ve Almanya'daki düzenleyici yapıların Türkiye için uygulanabilir bir model oluşturabileceği sonucuna varılmıştır. Bu ülkelerdeki düzenleyici otoritelerin sahip olduğu geniş denetim yetkileri ve piyasa düzenleme mekanizmaları, Türkiye'deki elektrik dağıtım hizmetlerinin denetimine dair hukuki önerilerin temelini oluşturmaktadır.

İnceleme bulguları, elektrik dağıtım hizmetlerinin denetimi konusunda üç temel eksikliği ortaya koymaktadır:

1. **Yetki ve Sorumlulukların Birden Fazla Kurumda Olması:** 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve 7257 sayılı Kanun uyarınca ETKB'ye devredilen denetim yetkileri, piyasa düzenlemelerinde yetki karmaşasına yol açabilecek niteliktedir. Bu yetki devri, EPDK'nın regülatif gücünü zayıflatmış ve enerji piyasasında düzenleyici bir otorite olarak EPDK'nın rolünü belirsiz hale getirmiştir. Denetim faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülmesi için, yetki ve sorumlulukların açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir.

2. **Denetim Mekanizmasının Yetersiz Kalması:** Elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetiminde EPDK ve ETKB'nin sahip olduğu mevcut yetkilerin, piyasa koşullarına ve kamu hizmeti yükümlülüklerine uyum sağlamada yeterli olmadığı görülmektedir. Özellikle idari yaptırımların uygulanması, denetim süreçlerinin hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde şeffaf ve öngörülebilir olmasını sağlamalıdır. Bu bağlamda, denetim faaliyetlerinin hem hukuki çerçevesi hem de uygulanabilirliği güçlendirilmelidir.

3. **İdari Yaptırımların Daha Etkin Hale Getirilmesi:** Elektrik dağıtım şirketlerine karşı uygulanan idari yaptırımların caydırıcı etkisinin sınırlı kaldığı tespit edilmiştir. İdari para cezaları, lisans iptalleri ve diğer idari tedbirler, şirketlerin hukuka aykırı faaliyetlerini engellemekte yetersiz kalmaktadır. Bu durum, elektrik piyasasındaki düzenlemelerin daha net ve kesin hükümlerle desteklenmesi gerektiğini göstermektedir.Yaptırımların etkinliği artırılmalı, denetim ve yaptırım süreçleri arasındaki bağ daha sıkı bir şekilde kurulmalıdır.

Sonuç olarak, Türkiye'de elektrik dağıtım hizmetlerinin hukuki denetimi, mevcut düzenlemeler çerçevesinde etkin bir şekilde yürütülememektedir. Piyasa düzenlemeleri, kamu yararı ilkesi doğrultusunda yeniden yapılandırılmalı, EPDK ve ETKB' nin yetki ve sorumlulukları net bir şekilde tanımlanmalıdır. Ayrıca, idari yaptırımların uygulanabilirliği ve caydırıcılığı artırılmalı, denetim süreçlerinin hukuki temelleri güçlendirilmelidir. Bu doğrultuda, mevcut yasal düzenlemelerin revize edilmesi ve denetim süreçlerinin daha etkin hale getirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Basılı Yayınlar

Akyılmaz B /Murat S ve Cemil K, Türk İdare Hukuku. 13. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Aslan M Y, "İdari Yaptırımlar" TBB Dergisi, Sayı 85, Ankara 2009.

Ayanoğlu T, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 65, No:1,2007.

Balaban E Z, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022.

Balcı M, "Enerji Verimliliği Kanununda Düzenlenen Kabahatler (5627 s. Kanun m.10)", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010.

ÇAL S, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayınevi, Mart 2012.

Çınar H Y, Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetim. Astana Yayıncılık, 2018.

Danıştay Yayınları, 15, 2015.

Devir K, "Türkiye Elektrik Enerjisi Piyasası ve Uygulamadaki Hukuki Esaslar", Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2017.

Ekinci M, 6446 Sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdari Yaptırımlar. Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014.

Erkut C, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay Yayınları, 2015.

Gönen Y, Türkiye'de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara, Adalet, 2011.

Günday M, İdare Hukuku. 11. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.

Güneş C, Tüm Yönleri ile Elektrik Piyasası Yorum ve Açıklamaları, Ankara: CE-KA Yayınevi, 2003.İdare Hukuku.(Beşinci Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kent B, Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları. Ankara: Adalet Yayınları, 2012.

Korkmazcan I/ Raziye S, "Uluslararası Tahkimin İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinde Uygulanması", Master Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2004.

Orak C Ç, "Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015,19(1) .

Özay İ H, Günışığında Yönetim, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2017.

Özay İ H, İdari. Yaptırımlar. İstanbul: İÜ Yayın No:3326. Hukuk Fakültesi Yayın No:691.1985.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku. (Dokuzuncu Baskı),2008,Ankara: Yetkin Yayınları.

Özcan E E, ''İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları'', Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı Doktora Programı, 2009.

Samuray F, ''Elektrik Üretim Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi''. Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı, 2017

Seçkin S, "Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/48 K. 2022/93Sayılı Kararı Uyarınca İdari Yargıda İstinaf Dilekçesi Üzerinde İlk İnceleme", SÜHFD, C. 31, S. 3, 2023.

Tatlı B, "Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı, " İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1, 2018.

Tekinsoy A/Mısır B M, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümüne İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, No:4,2022.

Ulu G, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Ankara, 2012,Seçkin Yayıncılık.

Ulusoy A D, Kamu Hizmeti İncelemeleri. Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Yıldırım T/Kaman N/Özdemir H/Üstün Y/Okay G/ Tekinsoy Ö/ (2013).

Yıldız H/Düğer S, "Genel Kararların Hukuki Rejimi", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 42, Nisan 2020.

İnternet Kaynakları

''Anayasa 1982'', https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/, Erişim:01.12.2023.

''Elektrik Dağıtım Şirketleri Denetim Yönetmeliği'', Resmî Gazete,

''Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'', Kanun No. 7257, Kabul Tarihi:25/11/2020, Madde 36, Resmî Gazete, 02 Aralık 2020, Sayı: 31322. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201202-9.htm, Erişim:22.03.2024.

''Elektrik Piyasası Kanunu'' Kanun No: 6446,'', T.C. Resmî Gazete, 30 Mart 2013, sayı: 28603, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6446.pdf, Erişim: 08.09. 2024.

''Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'', https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140830-3.htm. Erişim: 12.Şubat 2024.

'Kabahatler Kanunu'' https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5326&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 2 Aralık 2017, Sayı:30258, Erişim: 18.10. 2024.

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628.pdf.

Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), ACER's Role in the Electricity Market, 2018, https://www.acer.europa.eu.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Elektrik İç Piyasasına İlişkin Ortak Kurallara Dair Direktifi, 2009/72/EC, 2009. (Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in electricity, 2009), Directive 2009/72/EC on EUR-Lex, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072.

Çekinir S, “Elektrikte Almanya Modeli Örnek Alınmalı,” Yaşar Üniversitesi Haber Portalı, 3 Nisan 2015, https://haber.yasar.edu.tr/genel/elektrikte-almanya-modeli-ornek-alinmali.html.

ECA, RIIO-ED2 Overview, 2023, https://www.eca-uk.com/wp-content/uploads/2023/03/ECA-Overview-of-RIIO-ED2.pdf. 24.

https://rm.coe.int/3-idari-yargida-bir-davanin-asamalari-ve-sonucu/1680ab4639, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması Ve Danıştay’ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi.

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home_node.html.

https://www.bundesnetzagentur.de/EN/Areas/Energy/start.html.

Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), https://www.ofgem.gov.uk/.

Ofgem, Our Role and Responsibilities, https://www.ofgem.gov.uk/our-role-and-responsibilities.

The Independence of National Regulatory Authorities and the European Union Energy Transition," Cambridge University Press, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge .

Türk Dil Kurumu. "Denetim." Güncel Türkçe Sözlük. https://sozluk.gov.tr/, Erişim:01.02.2023.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1994-42-nrm.pdf, Erişim: 01.07.2024

Anayasa Mahkemesi, "T:13.05.2004, E:2000/43, K:2004/60, RG: 04.11.2004, S:25633." Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete, 04 Kasım 2004, sayı 25633. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/11/20041104.htm#7. Erişim: 11.07.2023

Uyuşmazlık Mahkemesi"08.05.1998 Tarihli Karar, E. 1998/10, K. 1998/12, RG, 06.06.1998, S. 23364," Resmî Gazete, sayı 23364, 06 Haziran 1998, s. 46, sayfa 107. URL: https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23364.pdf. Erişim: 21.06.2024.

Danıştay, "13. D. 19.11.2012. E:2012/1540, K:2012/3128." Danıştay Dergisi.. https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler . Erişim tarihi: 17 Temmuz 2024

Danıştay 13. Daire, E. 2012/1871, K. 2013/276, T. 6 Şubat 2013, https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=danistay-karar-okuma---ozel-hukuk-kisilerin-idari-islemleri.pdf, Erişim:11.04.2024

Danıştay 13. Daire, 6 Şubat 2013 tarihli karar, E.2012/1871, K.2013/276, https://legalbank.net/, Erişim: 01.08.2024.

Danıştay 13. Dairesi, E. 2007/4056, K. 2009/5656, 2 Mayıs 2009, https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler. Erişim:01.12.2023.

Danıştay 1.Daire, K. T. 17.4.2000, E. 2000/29, K. 2000/59, https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler, Erişim:17.04.2024.

ÇOCUKLARIN SUÇ İŞLENMESİNDE KULLANILMASININ DOLAYLI FAİLLİK VE AZMETTİRME BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

The Use of Children in the Commission of Crimes: An Evaluation of Indirect Perpetration and Instigation

Arş. Gör. İsmail Doğukan BÖLÜKOĞLU*

Öz: Çocukların zihinsel ve fiziksel gelişimleri tamamlanmadığı için gerçekleştirdikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu doğrultuda irade oluşturma yetenekleri erişkinlere kıyasla zayıftır. Çocukların yeterince olgunlaşmamış olmaları sebebiyle bu zafiyetlerinden kötü niyetli kişilerin istifade ettiği ve suç işlenmesinde çocukları kullandığı görülmektedir. Çocuklar suç işlenmesinde suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirerek ön planda yer almakta, arka plandaki kişiler ise çocukların iradeleri üzerinde etki göstererek suça nedensel şekilde katılım sunmaktadır. Arka plandaki kişinin çocuğa suç işleme kararı aldırması şeklinde çocuğun iradesini şekillendiren bir katkı mı sunduğu yoksa çocuğun suç teşkil eden fiilini hakimiyeti altında gerçekleştirmesini sağlayarak iradesine bütünüyle mi hükmettiği arka plandaki kişinin suça iştirak statüsünü belirlemektedir. Çocukların suça yönlendirildiği durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olduğu temelde faillik ve şeriklik ayrımına dayanmaktadır. Suç işleyen çocukların iradeleri üzerindeki etkinin mahiyeti çocuğun somut olayda gerçekleştirilen fiile yönelik algılama ve irade yeteneğinin hangi ölçüde mevcut olduğuyla da ilişki halindedir. Çalışmada mesele, faillik ve şeriklik ayrımında ceza mevzuatımızda kabul edilen sisteme, Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşlere yer verilmek suretiyle açıklanmıştır. Çalışmanın neticesinde, Yargıtay tarafından da kabul edilen kusur yeteneği bulunmayan çocukların suça yönlendirilmesinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak suça iştirak ettiğini esas alan görüşün yerinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Suça İştirak, Azmettirme, Dolaylı Faillik, Çocuk, Kusur Yeteneği.

Abstract: Children, due to their incomplete mental and physical development, have a reduced ability to understand the legal consequences of their actions and form intent, in comparison to adults. This vulnerability is often exploited by malicious individuals who use children to commit crimes. While children may fulfill the elements of a crime, individuals in the background influence their will, thereby participating indirectly. The degree of influence depends on whether the individual merely shapes the child's decision to commit the crime or completely controls the child's will, making them perform the criminal act under their guidance.The child's ability to perceive and form intent related to the act is a key factor in determining their level of culpability. In situations where children are directed to commit crimes, the role of the individual in the background—as either an indirect perpetrator or an instigator—depends on the distinction between perpetration and accessory. This study discusses the legal implications of complicity, indirect perpetration, and instigation in cases involving children in crimes. It also examines the system established in our criminal law, including Supreme Court rulings and doctrinal views on participation in crimes. The conclusion of this study is that the view, which considers the person behind the scenes as an indirect perpetrator for steering children who lack the capacity for culpability towards committing a crime, is well-founded, as also recognized by the Court of Cassation.
Keywords: Complicity in a Crime, Instigation, Indirect Perpetration, Child, Capacity for Fault.

* Polis Akademisi Başkanlığı İç Güvenlik Fakültesi, dogukanbolukoglu@gmail.com
ORCID: 0000-0001-7220-5185 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676854
Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 17.03.2025

GİRİŞ

Çocukların bedensel ve zihinsel gelişimleri tamamlanmadığı için gerçekleştirdikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu yönde irade oluşturma yetenekleri tam değildir. Çocukların bu zafiyeti suistimal edilerek suçta araç olarak kullanılmaları mümkündür. Çocukların bizzat kendi başlarına suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeleri halinde Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 31. maddesinde düzenlenen yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeler uygulanmakta ve suç teşkil eden fiilleri nedeniyle çocukların kusurlulukları değerlendirilmektedir. Çocukların işledikleri suçta arka planda bir başkasının bulunması durumunda arka plandaki kişinin suç nedeniyle ceza sorumluluğunun tayini önem arz etmektedir. Arka plandaki kişinin ceza sorumluluğu ise suça iştirak statüsünün belirlenmesiyle ortaya koyulabilmektedir. Bu noktada çocuğun suçta araç olarak kullanılması bakımından arka plandaki kişinin dolaylı failliği ve çocuğa suç işleme kararı aldırılması bakımından arka plandaki kişinin azmettirmesi gündeme gelmektedir. Dolaylı faillik ve azmettirmede ortak olan husus çocukların işledikleri suçlarda çocuğun iradesi üzerinde etki oluşturulmasıdır. Çocukların suç işlenmesinde kullanılmasında bu durum her iki iştirak statüsünü birbirine yaklaştırmaktadır. Bu bakımdan çalışmamızda TCK'nın suça iştirak bakımından kabul ettiği sisteme, suça iştirakin hukuki niteliği, faillik ve şeriklik ayrımına yer verilip ve Yargıtay içtihatlarıyla birlikte doktrindeki görüşlerden istifade edilerek çocukları suç işlenmesinde kullanan arka plandaki kişinin iştirak statüsünün nasıl belirleneceği izah edilmeye çalışılmıştır.

I. SUÇA İŞTİRAK

A. GENEL OLARAK

Arapça kökenli bir kelime olan iştirak katılma, paydaşlık, bir işte yer alma anlamına gelmektedir.[1] Failin suçun kanuni tanımında yer alan fiili icrasıyla suç işlenmektedir ancak bazen fiilin öncesi, sonrası veya icrası sırasında yardım eden, fiilin icrasını kolaylaştıran, faille birlikte bu fiili gerçekleştiren veya faili bu fiili gerçekleştirmeyi azmettiren kişiler de bulunmaktadır. Bu kişilerin işlenilen suç dolayısıyla sorumluluklarının tespiti iştirak hükümleriyle mümkün olmaktadır. Bu bakımdan TCK'nın genel hükümler isimli birinci kitabında suçun özel görünüş şekli olarak iştirake 37 ve 41. maddeleri arasında yer verilmiştir. Suça fail veya şerik olarak katılmak mümkündür. Suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştiren kişi failken, suçun işlenmesine katkıda bulunan ancak bu katkısı kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen kişi (suça yardım eden veya azmettiren) şeriktir. İştirak hükümleri genel hüküm niteliği nedeniyle TCK'nın özel hükümler isimli ikinci kitabında yer alan suç tipleri bakımından uygulanmaktadır.

TCK'da yer alan suçlar ekseriyetle tek bir kişi tarafından işlenebilmekte ve başka kimsenin suça iştiraki zorunlu olarak aranmamaktadır. Bir kısım suçlar ise kanun hükmü gereğince ya da niteliği gereğince birden fazla kişinin iştirakini

[1] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, "İştirak", https://sozluk.gov.tr/, (s.e.t.19.11.2024).

zorunlu kılmaktadır.[2] Suçun gerçekleşebilmesi için birden fazla kişinin suça iştirakinin arandığı suçlar zorunlu iştirakin arandığı suçlar, kural olarak tek faillin tipik hareketiyle gerçekleşen suçlar ise zorunlu olmayan (geçici) iştirakin söz konusu olduğu suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.[3] Zorunlu iştirakin arandığı suçlar da suça hangi mahiyette iştirak etmenin zorunlu olduğuna göre ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım suçun işlenebilmesi için birden çok sayıda failin katılımının arandığı suçlarla suçun işlenebilmesi için failin yanında şerik olarak katılımının zorunlu olduğu suçlar yani zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar şeklindedir.[4] Zorunlu şerikliğin arandığı suçlarda şeriklerin her zaman cezalandırılabilir olması da gerekmemektedir.[5] Suçluyu kayırma (TCK m. 283) suçunda fail, hakkında tutuklama kararı olan bir kişiyi saklayarak tedbirin uygulanmasına mani olmuş, saklanan kişi ise en azından saklanmaya rıza göstererek suça şerik olarak katılmıştır.[6] Suçlu kayrılmaya rıza göstermeden hatta bazen faili kendisini saklaması konusunda azmettirmeden veya failin onu saklamasına yardım etmeden bu suç işlenememektedir. Ancak saklanan kişinin suçluyu kayırma suçunda fail olabilmesi de söz konusu değildir. Bu bakımdan bazı suçlar zorunlu şerikliğin arandığı suçlar olarak tanımlanmaktadır.

Doktrinde iştirakin zorunlu olduğu suçlarla zorunlu olmadığı suçların failin sayısı bakımından da çok failli suçlar ve tek failli suçlar olarak ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.[7] Ancak çok failli suçlar, bir zorunlu iştirak şekli olarak, birden çok failin suça iştirakinin zorunlu olduğu suçları kapsarken zorunlu şerikliğin arandığı suçları kapsamamaktadır ve bu nedenle eleştirilmektedir.[8] Bu bakımdan çok failli suçların zorunlu iştirakin fail yönünden arandığı suçlar olarak tanımlanması daha yerindedir. Çok failli suçlar ise hareketin yapısı bakımından yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.[9]

Yakınsama suçlarında[10] failler aynı amacı gerçekleştirmeyi hedefleyerek ve aynı yönde hareket etmek suretiyle suçu işlemektedirler. En az üç failin gerektiği suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220/1) ve en az dört kamu görevlisi failin gerektiği kamu görevinin terki veya yapılamaması suçu (TCK m.

---

2 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 741.

3 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 594 vd.; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 506 vd.

4 Özgenç,2023, s. 594; Artuk/Gökcen/ Alşahin/Çakır, s. 743.

5 Artuk/Gökcen/ Alşahin/Çakır, s. 743.

6 Özgenç, 2023, s. 594, dn. 1039.

7 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 448; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 518.

8 Özgenç, 2023, s. 595, dn. 1040.

9 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 518; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 530; Özgenç, 2023, s. 595. Aynı gayeye yönelen ve farklı gayeye yönelen çok failli suçlar şeklindeki ikili ayrım için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II,14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 863 vd.

10 Birleşme suçu olarak tanımı için bkz. Mustafa Kağan Öztürk, "Türk Ceza Kanunu'nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)", C.13, S. 1, 2023, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 257-258.

260/1) yakınsama suçlarına örnek teşkil etmektedir. Yakınsama suçlarında faillerin tipik hareketleri aynı amaçla müşterek hakimiyet kurarak birlikte gerçekleştirmeleri gerektiğinden müşterek failliğe benzemektedir. Ancak müşterek faillikten farklı olarak yakınsama suçlarının işlenebilmesi için belirli sayıda failin iştirak halinde suç işlemeleri zorunludur.[11] Oysa, müşterek failliğin söz konusu olduğu suçların çok failli olması zorunlu değildir, tek bir failin tipik hareketiyle de suç işlenebilmektedir.

Karşılaşma suçlarında failler aynı amaca yönelik ve bu amacı gerçekleştirmek üzere farklı yönde ve nitelikte hareket etmektedir.[12] Hareketlerin farklı yönlerde olması karşılaşma suçlarının yakınsama suçlarından farkını oluşturmaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda (TCK m. 188/3) bir taraf maddeyi satarken diğer taraf bu maddeyi satın almaktadır. Diğer bir örnekte rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99/2) gebe kadın hukuka aykırı olarak gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstererek failken, gebeliği sonlandıran kişi ise çocuk düşürten olarak faildir.

Fail veya şerik olarak suça iştirakin suçun kanuni tanımında zorunlu bir unsur olarak yer aldığı suçlar bakımında suça iştirak edilmesi suçun özel görünüş şekli olarak yer almamaktadır. Bu halde suça fail veya şerik olarak iştirak edilmesi suç teşkil eden haksızlığın kanuni bir unsurudur.[13] Genel hüküm olarak TCK'da yer verilen iştirak hükümlerinin zorunlu iştirakin kanuni bir unsur olarak öngörüldüğü suçlarda da uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmektedir.[14] Toparlayacak olursak zorunlu iştirake ilişkin düzenlemeler TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabında, genel iştirak hükümleri ise genel hükümler başlıklı birinci kitabında yer almaktadır. Ayrıca, zorunlu iştirak kapsamındaki suçlar bağımsız hüküm niteliğindeyken genel iştirak hükümleri sorumluluğu genişletici niteliktedir ve suçun faili dışında suça katılımı olan kişilerin cezalandırılmalarını sağlamaktadır.[15]

B. TCK'DA İŞTİRAKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İştirakin konusu suçun kanuni tanımında yer alan suça katılımı zorunlu kişiler haricinde suça katılanların ceza sorumluluklarının tayinidir.[16] İştirak hükümleriyle suça katılanların iştirak şekilleri ve bu suretle de sorumluluk statüleri belirlenmektedir. Suça iştirakin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde yer alan değerlendirmeler, iştirak edenlerin statülerinin fail kavramının kapsamı üzerinden gerçekleştirilmektedir.

---

11 Özgenç, 2023, s. 595.

12 Özgenç, 2023, s. 596; Demirbaş, s. 450.

13 Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 457 vd.

14 Dönmezer/Erman, s. 866 vd.; üç kamu görevlisinin müşterek fail olarak üçüncü kişiden rüşvet almaları veya uyuşturucu madde satışı gerçekleştirecek kişiye uyuşturucu maddeleri üzerinde taşıması yerine çantaya koyarak götürmesi için çanta veren kişinin yardımı zorunlu iştirakin kanuni bir unsur olarak öngörüldüğü rüşvet ve uyuşturucu madde imal veya ticareti suçlarında iştirak hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına örnek teşkil etmektedir.

15 Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 488-489.

16 Özgenç, 2023, s. 597.

İştirak kuralları TCK'nın genel hükümler bölümünde 37 ve 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK sistematiğinde suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri gerçekleştiren kişilerin suçun faili oldukları, suçun işlenişine katkı sağlayan diğer kişilerin ise iştirak hükümlerine göre katkılarının azmettiren veya yardım edene uygun düştüğü ölçüde şerik oldukları kabul edilmektedir. Fail dışında suç işlenmesine katkı sağlayanlar fiillerinden bu kapsamda şerik olarak sorumlu olmaktadır. TCK'da dar fail anlayışı kabul edildiğinden[17] suçun tipik hareketini gerçekleştirenler fail, tipik hareketler haricindeki hareketlerle suç işlenmesine katkı sağlayanlar ise şerik olarak cezalandırılmaktadır.

TCK'da suça iştirakin müstakil bir suç olarak düzenlenmediği haller[18] dışında suç ortağının ayrı bir suçtan sorumlu olduğu söylenememektedir. Bu doğrultuda TCK'nın iştirake ilişkin düzenlemelerinden suç ortağının fiilinin niteliğine göre iştirak ettiği suçtan cezalandırıldığı ve tek bir suçun işlendiğinin kabul edildiği görülmektedir.[19] Ortak suç işleme iradesiyle fonksiyonel hakimiyet kurularak müştereken işlenilen bir suçta tek bir suçtan müşterek failliğin söz konusu olduğu gibi suça azmettiren veya yardım eden olarak şerik sıfatıyla katılanlar bakımından da bağlılık kuralıyla fail tarafından işlenilen suçtan kaynaklı iştirak eden herkesin sorumluluğuna gidilebilmektedir. TCK'nın 40. maddesinde yer alan bağlılık kuralıyla atipik hareketlerle suçun işlenmesine katkı sağlayanlar fiillerinden, failin suç teşkil eden eyleminin en azından teşebbüs aşamasında kalması şartıyla azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olmaktadır. Mevcut düzenlemelerden aynı amaca yönelik fiillerin bir bütünün parçası olduğu ve tek bir suçun farklı şekil ve nitelikteki fiillerle işlenmiş olacağına yer verildiği anlaşılmakta[20], iştirak edilen suça ilişkin suç birliği görüşünün kabul edildiği görülmektedir.

765 sayılı (mülga) TCK'nın 64 ve 65. maddelerinde yer alan düzenlemelerde asli ve fer'i iştirak hükümlerine yer verilmiştir. Mezkur düzenlemelerde suça asli katılım sağlayanların suç karşılığında öngörülen cezanın tamamından, fer'i olarak suça katılanların ise suça katkılarına göre cezanın indirimli halinden sorumlu olduğuna yer verilmiştir. TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinin başladığı 37. maddenin gerekçesinde mülga TCK'da yer alan asli ve fer'i şerik ayrımına adil ve eşit olmayan bir cezalandırmaya, uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olduğu gerekçesiyle TCK'da yer verilmediği ifade edilmiştir.[21] TCK'nın 37. ve 39. maddeleri arasında fail ve şerik (azmettirme ve yardım etme) olmak üzere iki ayrı iştirak şekline yer verilmiş olması

---

17 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s. 487; Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 489; Ömer Çelen, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 155-156; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 746.

18 TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasında suç örgütüne yardım etmek müstakil bir suç olarak düzenlendiğinden yardım eden şerik olarak değil fail olarak suçtan sorumludur.

19 Çelen, 2020, s. 205; Hakeri, s. 509.

20 Cengiz Otacı, "Türk Ceza Hukukunda İştirak", Ceza Özel Sayısı, 2007, İstanbul Barosu Dergisi, s. 151.

21 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gerekçesi için bkz. https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1, (s.e.t.22.11.2024); ikilik sistemine yönelik asli-fer'i fail ayrımının zorluğu, objektif esaslardan yola çıkıldığı için suçlunun bazı durumlarda ihmal edildiğine (azmettirilen suçun işlenmemiş olması durumunda azmettiren ceza sorumluluğunun bulunmaması) ilişkin eleştiriler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 520.

nedeniyle mülga TCK'da yer aldığı gibi TCK'da da ikilik sisteminin kabul edildiği ifade edilmekte ve suça iştirak edenlerin suç işlenmesine katkıları göz önünde bulundurularak sorumluluk statülerinin belirlendiği vurgulanmaktadır.[22]

Suça iştirakte her ne kadar fail tarafından işlenilen tek bir suçtan sorumluluk söz konusu olmaktaysa da TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre suça iştirak eden her bir kişi işlenilen suçtan kendi kusuru ölçüsünde sorumludur. Yaptırımın önleme amacı taşıdığı ceza sistemlerinde suça iştirak edenlerin subjektif tehlikeliliğine önem verilmektedir.[23] Bu bakımdan TCK'nın da ikilik sistemiyle birlikte cezanın faile göre belirlenmesi sistemini benimsediğinden karma bir sistemin kabul edildiği ifade edilmektedir.[24]

İştirak şekilleri suça katılanların sorumluluk statüleri olduğundan iştirak hükümlerinin de iştirak edenlerin sorumluluk statülerini belirleyen kurallar olduğu söylenmelidir.[25] İştirak hükümleri kanunla tek bir fail tarafından işlenebilen suçlara katılan suç ortaklarının gerçekleştirdikleri fiillerden cezalandırılmalarını sağladığından sorumluluk alanını genişleten, tali ve tamamlayıcı nitelik taşımaktadır.[26]

C. İŞTİRAK STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Hukukumuzda fiil hakimiyeti teorisi kabul edilmiştir.[27] Bu bağlamda failliğin görünüm şekilleri doğrudan fail, müşterek fail ve dolaylı faildir, şerikliğin görünüm şekilleri ise azmettirme ve yardım etmedir. Fiil hakimiyeti teorisinde suçun kanuni tanımında yer alan fiilin işlenişi üzerindeki hakimiyet esas alınarak faillik ve şeriklik ayrımı yapılmaktadır. Fiil hakimiyeti, tipikliğinin gerçekleştiği sürecin kasti olarak kontrol altında tutulmasıdır.[28] Suç işlenmesi sürecine hakim olunması için suç işlenmesi noktasında yönlendirici bir iradenin mevcut olması ve suçun işlenişine nesnel bir katkının sunulması gerekmektedir.[29] Tipikliğin gerçekleştiği süreç üzerinde hakimiyeti olan, suç işlenmesi sürecini yönlendiren, süreci yöneterek veya yön vererek suç işlenmesinde belirleyici rol oynayan kişi fail olarak tanımlanmaktayken herhangi bir fiil hakimiyeti olmaksızın suça katkıda bulunan kişi şerik olarak tanımlanmaktadır.[30] Fiil hakimiyetin bu bakımdan üç görünümü bulunmaktadır. Bunlar harekete hakimiyet, fonksiyonel hakimiyet ve iradeye hakimiyettir. Harekete hakimiyet halinde doğrudan faillik söz konusu olup doğrudan suçun tipik hareketleri kişi

---

22 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 746; Koca/Üzülmez, s. 450; Centel/Zafer/ Yenerer Çakmut, s. 491.

23 Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 207.

24 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 522.

25 Özgenç, 2023, s. 507.

26 Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 554; Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 489; Demirbaş, s. 533.

27 Centel, Zafer/ Yenerer Çakmut, s. 492; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 895; Koca/Üzülmez, s. 453.

28 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 747; Koca/Üzülmez, s. 452.

29 Koca/Üzülmez, s. 453.

30 İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, 1. Baskı, İBB Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996, s. 83; Demirbaş, s. 537.

tarafından bizzat gerçekleştirilerek suç icra edilmektedir. Fonksiyonel hakimiyette ise müşterek faillik söz konusudur. Suçun icra hareketleri birden fazla kişi tarafından müştereken birlikte gerçekleştirilmektedir. İradeye hakimiyet halinde ise dolaylı faillik söz konusudur. Kişi doğrudan tipik hareketleri gerçekleştirmemektedir ancak doğrudan hareketleri gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurularak bu kişi araç haline getirilmektedir.[31]

Fiil hakimiyetinden söz edilebilmesi için hareket üzerinde hakimiyet kurulmasına ek olarak hareketin subjektif unsurlarında da hakimiyet kurulması lazımdır.[32] Kişi suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirirken subjektif unsuru da karşılamalıdır. Kasten öldürme suçunun hareketi üzerinde hakimiyet kuran müstakil failin hareketi gerçekleştirirken öldürmeye yönelik de kastının bulunması gerekmektedir. Fiil hakimiyetine ilişkin bu durum müşterek faillik ve dolaylı faillik bakımından da geçerlidir. Doğrudan faillik de olduğu gibi birden fazla kişi tarafından suçun tüm unsurlarının bizzat gerçekleştirilmesi durumunda müşterek faillik söz konusu olmaktadır. Ancak müşterek faillikte fiil hakimiyeti, harekete hakimiyetten farklı olarak fonksiyonel hakimiyet görünümündedir. Bu da suçun kanuni tanımından yer alan hareketin iş bölümü içerisinde gerçekleştirilmesidir. Müşterek failin suç işlendiği sırada bütün aşamalarda hareketi bulunmasa da suç işlemek için yapılan plan doğrultusunda gerçekleştirilen iş bölümüne göre kendi üzerine düşeni yerine getirerek suçun işlenmesini mümkün kılması gerekmektedir.[33] Müşterek faillikte suç işlenmesi noktasında ortak bir plan, bu planın birlikte icrası sırasında müştereken suçun gerçekleşmesi için önemli bir katkı sunulmuş olmalıdır.[34] Müşterek faillikte her durumda tipik hareketin gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Önemli olan kişinin suçun icrasına katkısının suçun gerçekleşmesinde önemli bir etki oluşturmasıdır. Suçun işlenmesine sunulan katkıyı önemli kılan katkıyı sağlayan suç ortağının suçu işlenebilir kılmasıdır.[35] Kasten öldürme suçunda A'nın B'nin göğsüne bıçak saplayabilmesi için B'nin kollarını tutan C'nin fiili kasten öldürmenin tipik hareketi olmamakla birlikte, iş bölümü çerçevesinde suçun işlenmesini mümkün kılması nedeniyle C suçtan müşterek fail olarak sorumludur. İrade hakimiyetinde kişi suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bir başkasını araç haline getirmek suretiyle yerine getirmektedir. İradi hakimiyeti kurarak suç işlenmesini sağlayan kişi dolaylı faildir. Suç işlenmesine yönelik irade, suçun hareketlerini gerçekleştiren kişinin değil dolaylı failin iradesidir.[36]

Dolaylı fail kişinin hatasından, bilgisizliğinden faydalanarak onu araç haline getirebileceği gibi suç işlemek amacıyla kişiyi tehdit ederek onu suçun kanuni tanımında yer alan hareketlerde bulunmaya zorlayabilmektedir. Kusur yeteneği bulunmayanların veya kusur yeteneği yeterince gelişmemiş olanların hataya düşürülmeleri ve suçta araç haline getirilmeleri daha kolaydır. Bir akıl

---

[31] Muhammed Demirel, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 65; Mustafa Ruhan Erdem, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", S. 5, 2005, Hukuk Perspektifleri Dergisi, s. 205.

[32] Çelen, 2020, s. 188.

[33] İzzet Özgenç," Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", C. 4., S.1-2, 1994, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 161-162.

[34] Çelen,2020, s. 189-190.

[35] Özgenç, 1996, s. 145.

[36] Çelen, 2020, s. 197.

hastasının diğer bir kişiyi yaralaması için yönlendirildiği, kişinin kafasına silah dayanarak ve tehditle diğer bir kişiyi öldürmesinin sağlandığı durumlarda kusurlu olmayan kişinin suçta araç olarak kullanılması ve dolaylı faillik söz konusudur. Kusurlu olmayan kişinin araç olarak kullanılması durumunda araç kişinin hareketleri tipik olsa da olmasa da suç işlemeye yönlendirenin dolaylı fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır.[37] Bu durumlarda arka plandaki şahıs olan dolaylı failin irade hakimiyeti fiil üzerinde hakimiyeti sağlamaktadır.[38]

Suç işlenmesine sağlanılan katkının fiil üzerinde hakimiyeti gerçekleştirmediği durumlarda azmettirme ve yardım etme şeklinde şeriklikten sorumluluk söz konusudur. Yardım etmede kişi gerçekleştirdiği fiillerle tipik hareketi gerçekleştirmemektedir ancak suç işlenmesine yardım etmek suretiyle işlenmekte olan suçun daha kolay işlenmesini sağlamaktadır. Bıçakla bir kişiyi yaralamak isteyene suç aracını temin eden, suç işledikten sonra yardım edeceğini söyleyen veya kişinin suç işleme kararının doğru bir karar olduğunu belirterek bu yöndeki iradesini güçlendiren kişi suça yardım eden olarak iştirak etmektedir. Azmettirmede ise suç işleyen kişinin iradesi veya hareketi üzerinde doğrudan bir hakimiyet bulunmamaktadır ancak hiç aklında suç işleme noktasında bir karar bulunmayan kişinin suç işleme yönünde irade oluşturması sağlanmaktadır. Azmettiren suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştirmemektedir. Dolaylı faillikte doğrudan kişinin iradesine hakim olunarak suç işlenmesi sağlanmakta ve fiil üzerinde de hakimiyet kurulmaktadır. Fakat azmettirmede azmettirilen kişinin zihninde olmayan suç işleme fikri zihnine yerleştirilmekte ve kişinin iradesi manipüle edilmektedir. Azmettirmede suç işlemeye yönlendirilen kişinin doğrudan suç işlemeyi istemesi gerekmektedir. Suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde etki oluşturması nedeniyle azmettirmeyle dolaylı faillik kavramları birbirine benzemektedir.

Kişi suç işlemeye yönlendirilerek hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğunun kaldıran bir nedenin bulunduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşürüldüğünde kişinin iradesini yönlendirenin dolaylı fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır. Suça yönlendirilen bu kişinin hatasının kaçınılmaz olmadığı durumlarda ise kişi fiiliyle suç işlediğinden ve fiilinden dolayı kusurlu kabul edildiğinden kişiyi suç işlemeye yönlendiren azmettiren olarak sorumludur.[39] İcra hareketlerini gerçekleştiren kişinin fiil hakimiyetini elinde bulundurmaya devam etmesi halinde dolaylı faillikten söz edilememektedir. Kişinin suç işlemesine neden olabilecek bir konuda hataya düşürülmesi halinde tipikliğe ve hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetine veya kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedene ilişkin bir yanılgı söz konusu değildir. Bu nedenle kişi araç haline getirilmemekte, bizzat kendi iradesiyle haksızlığı gerçekleştirmektedir. Haksız tahrik kusurluluğu azaltan bir nedendir ve bu kapsamdadır. Kişi haksız tahrik şartlarının oluştuğu konusunda hataya düşürüldüğünde, suç işlenmesinde araç olarak kullanılmamakta, doğrudan kendi iradesiyle suçu işlemiş olmaktadır. Örnek verecek olursak C, A'ya zarar vermek üzere, B'ye eşinin A ile cinsel ilişki yaşadığını iletmiş ve B, A'yı dövmüştür.

---

37 Demirbaş, 547-548; Koca/Üzülmez, s. 465 vd.

38 Rıfat Murat Önok, Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 221 vd.

39 Çelen, 2020, s. 199-200.

Somut olayda C, B'yi kasten yaralamaya azmettirmiş, B ise kasten yaralama suçunu doğrudan fail olarak işlemiştir.[40]

Ç. ŞERİKLERİN CEZALANDIRILMASI

Doğrudan suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeyen şerikler TCK'nın 40. maddesi uyarınca bağlılık kuralına göre cezalandırılmaktadır.[41] Şerik suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar gerçekleştirmemesine rağmen, suçun işlenişine katkı sağlayan bu nedenle haksızlıkla fiili arasında illiyet bağı bulunan kişidir. Bu bakımdan fiiliyle doğrudan suç işlemese de suçla korunan hukuki değeri ihlal etmektedir.[42] Şerik, suçun konusu ile doğrudan bağlantısı olmasa da suç işlenmesi sürecinde faille doğrudan ilişki içerisindedir ve bağlılık kuralı ile suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmeyen şerik, failin fiiline bağlanarak suça sunduğu katkının niteliğine göre cezalandırılmaktadır.[43] Şerikin fail tarafından işlenilen hangi fiilden sorumlu olduğu ve fiilin hangi nitelikleri haiz olması gerektiğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.[44] Hukukumuzda bu görüşlerden sınırlı bağlılık kuralı kabul edilmiştir.[45] Sınırlı bağlılık kuralına göre şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin tipikliği gerçekleştirmesi ve fiilinin hukuka aykırı olması aranmaktadır. Suça iştirak edilebilmesi için failin işlenilen suça yönelik kastının bulunması gerekmektedir. Bu şart kapsamında ayrıca, şerikin fail tarafından işlenilen suça iştirak etme yönünde bir iradesinin bulunması, gerçekleştirdiği fiil ile suç arasında illiyet bağı olması ve suça iştirak kapsamındaki fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması lazımdır.[46] Suça iştirak nedeniyle şeriklerin ceza sorumluluğunun doğabilmesi için diğer bir şart fail tarafından işlenilen suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmasıdır. Bu şart bağlılık kuralının niceliğe ilişkin yönünü oluşturmaktadır.[47]

Şerik olarak cezai sorumluluğunun belirlenmesinde kusurluluğu etkileyen durum yalnızca etkili olduğu suç ortağı bakımından uygulanmaktadır. Kusurluluğa ilişkin değerlendirmeler suça iştirak edenlerin kendi fiillerine göre belirlenmektedir. Bu şart bağlılık kuralının niteliğe ilişkin yönünü ortaya koymaktadır.[48] Bağlılık kuralı gereğince iştirak halinde işlenilen suçlarla herkes kendi kusuruna göre cezalandırılmaktadır. Bu nedenle iştirak halinde işlenilen suçlarda şeriklerden birinin cezalandırılmasını engelleyen kişisel neden suça

---

40 Çelen, 2020, s. 202.

41 Demirbaş, s. 549; Özgenç, 2023, s. 597; İçel, s. 554-555; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 896.

42 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 783.

43 Özgenç, 1996, s. 141.

44 Bağlılık kuralının görünüm biçimleri, failin tipik fiili gerçekleştirmesinin gerektiği asgari bağlılık kuralı, fiilin tipikliğiyle birlikte hukuka aykırı olmasının da arandığı sınırlı bağlılık kuralı, bu şartlara ek olarak failin fiili dolayısıyla kusurlu olmasının arandığı aşırı bağlılık kuralı ve bütün bu sayılan şartlara ek olarak failin cezalandırılabilir olmasının da arandığı katı bağlılık kuralından oluşmaktadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, s. 486; Demirel, s. 315 vd.

45 Demirel, s. 332; Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", C. XIV, S.1, 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 182.

46 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 784; Hakeri, s. 510 vd.

47 Demirel, s. 334; Özgenç, 2023, s. 646.

48 Demirel, s. 357 vd.;

iştirak eden diğer bir kişinin cezalandırılmasında dikkate alınmamaktadır.[49] On beş ila on sekiz yaş aralığında bir çocuğun suça azmettirilmesi halinde çocuğun yaş küçüklüğü kusurluluğu azaltan bir neden olarak değerlendirmeye alınırken bu durum azmettiren bakımından dikkate alınmayacak ve hatta TCK'nın 38. maddesinin 2. fıkrasına göre çocuğun suça azmettirilmesi nedeniyle alacağı ceza arttırılacaktır. Kusurluluğu etkileyen nedenlerle birlikte şahsi cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler de bu kapsamdadır.[50] Suç ortaklarından birinin etkin pişmanlığı söz konusu ise bu durum yalnızca pişman olan kişi bakımından kıymeti haizdir, şeriklerin ceza sorumluluğunu etkilememektedir.[51]

Bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40. maddesinde iştirak halinde işlenilen suçlardan şeriklerin hangi suretle sorumlu tutulacağı açıklandığından iştirak halinde işlenilen suçlarda nitelikli hallerin ne şekilde şeriklere sirayet edeceğine ilişkin başkaca bir kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir.[52] TCK sistematiğinde kabul edilen sınırlı bağlılık kuralına göre şerikin sorumluluğu failin şahsına ve şerikin iradesine, diğer bir ifadeyle kastına göre belirlenmektedir.[53] Bu bağlamda A babasını öldürmesi için B'yi azmettirirse, B kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu olacağından A da kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olmaktadır. Suçu işleyen B'nin fiiline göre A'nın şerik olarak katıldığı suç nedeniyle ceza sorumluluğu belirlenmektedir.[54] Somut olayda da B'nin cezasının artırılmasını gerektiren herhangi bir nitelikli hal bulunmamaktadır. Şerikin katıldığı suça ilişkin kastı da sorumluluğunun tayininde önemlidir. Örnek verecek olursak A, C'yi öldürtmek üzere B'yi azmettirmektedir ancak C'nin B'nin babası olduğunu bilmemektedir. Bu durumda A kastının suçun temel şekline yönelik olması dolayısıyla B'yi kasten öldürme suçunun nitelikli hali (TCK m. 82/1-d) yerine kasten öldürme suçunun

---

49 Meral Balcı, Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 179.

50 Koca/Üzülmez, s. 487.

51 Akbulut, s. 203; Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır ancak TCK'nın 168. ve 248. maddelerinde olduğu gibi zararın bir sanık tarafından karşılanması halinde etkin pişmanlık hükümleri diğer sanıklara da sirayet ederek uygulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Çelen, 2020, s. 142.

52 Beril Taşkın Kapusuzoğlu, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 155; Demirel, s. 503 vd.; TCK'nın 40. maddesinin nitelikli hallere iştirak halinde işlenilen suçlarda sirayeti açıklamakta yetersiz kaldığından ayrıca açık bir düzenleme yapılması ihtiyacının bulunduğuna dair görüş için bkz. Seydi Kaymaz, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenilen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", C. XVI, S. 2, 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 148; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 534.

53 Koca/Üzülmez, s. 489; Özgenç, 2023, s. 649 vd.; Ahmet Gökcen/Murat Balcı, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", C. XVII, S. 1-2, 2011, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 95 vd.; Çelen, 2020, s. 145.

54 Aksi yönde A'nın babasının öldürülmesine azmettirmesi nedeniyle kasten öldürmenin (TCK m. 82/1-d) nitelikli haline azmettirmeden sorumlu olacağına ilişkin görüş için bkz. Kaymaz, s. 151; aksi yönde iştirak halinde işlenilen suçlarda ceza sorumluluğunun tayininde nitelikli hale ilişkin sirayetin şerikten faile doğru da olabileceğine ilişkin diğer bir görüş için bkz. Demirbaş, s. 565-566; şerikin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde fiile bağlı nitelikli haller ve şahsa bağlı nitelikli haller ayrımı yapılarak gerçekleştirilen inceleme için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 537-538.

temel şekline (TCK m. 81) azmettirmekten sorumludur. Şerikin sorumluluğunun tayinine ilişkin Yargıtay uygulaması da açıklamalarımız doğrultusundadır.[55]

TCK'nın 40. maddesinin 2. Fıkrasında bağlılık kuralının özgü suçlara ilişkin düzenlemesi yer almaktadır. Yalnızca belirli nitelikleri haiz faillerce işlenebilen suçlar bu nitelikleri taşımayan kişilerce işlenememektedir. Bu suçlara gerçek özgü suç denilmektedir. Suçun temel şeklinin herkesçe, nitelikli halinin ise belirli nitelikleri haiz kişilerce işlenebildiği suçlara gerçek olmayan özgü suç denilmektedir. Gerçek özgü suçlara özel fail niteliği taşımayan kişilerce gerçekleştirilen katkılar şeriklik kapsamında fiilin mahiyetine göre azmettirme veya yardım etme olarak değerlendirilmektedir. Görünüşte özgü suçlarda ise suçu birlikte işleyenlerden özel faillik niteliğini taşımayanlar, suçun temel şekli herkes tarafından işlenebildiğinden suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Görünüşte özgü suçlarda kişinin suça katkısı suçun temel şeklinden fail olarak sorumluluğunu gerektirebileceği gibi suçun nitelikli şekline azmettirme veya yardım etme olarak da nitelendirilebilir. Bu durumda faillik şerikliğe kıyasla asıl olduğundan kişinin suçun temel şeklinden sorumluluğu söz konusudur.[56] Suç işlenebilmesi için özel faillik niteliğine sahip olunması gereken suçlarda bağlılık kuralıyla bu vasfı taşımayan kişilerin katkılarından sorumlu tutulabilmeleri mümkün olmaktadır.[57]

---

[55] Bkz. *"Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler."* Yargıtay 1. CD., 1428/3654, T. 25.06.2014, aktaran: Koca/Üzülmez, s. 489; *"asli failin fiiline göre şeriklerin hukuki durumlarının belirleneceği, sanık ...'nün kardeşinin öldürülmesi eylemini bizzat işlememesi ve kardeşi olan maktulün eşi olan sanık ... tarafından öldürülmesine yardım etmesi nedeniyle bağlılık kuralı gereğince, yardım edenin sorumluluğu failin filline bağlı olup, işlenen suçun cezası ile cezalandıracağından sanık ...'nün 5237 sayılı Kanun'un 81 ... maddesinin birinci fıkrası yerine 82 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca cezalandırılmasında, hukuka aykırılık bulunmuştur."* Yargıtay, 1. CD., E: 2022/9794, K: 2023/4140, T. 13.06.2023, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-ceza-dairesi-e-2022-9794-k-2023-4140-t-13-6-2023); *"Sanığın, inceleme dışı sanıklar ... ve ...ı azmettirmesi eylemi nedeniyle asıl faillerin eyleminden doğan sorumluluğun kaynağının TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı olduğu, sanık ...'nın babasının öldürülmesi eylemini bizzat işlememesi ve babası olan maktul ...'in aralarında akrabalık ilişkisi bulunmayan inceleme dışı sanıklar tarafından tasarlanarak öldürülmesi nedeniyle; bağlılık kuralı gereğince, azmettirenin sorumluluğu failin filline bağlı olup, işlenen suçun cezası ile cezalandıracağından TCK'nın 82/1-d maddesinin uygulanması olanağının bulunmadığı,"* (Yargıtay CGK, E: 2022/42, K: 2022/574, T.22.09.2022, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2022-42-k-2022-574-t-22-9-2022); Yargıtay 1. CD., E: 2020/4542, K: 2021/10614, T. 15.06.2021, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-ceza-dairesi-e-2020-4542-k-2021-10614-t-15-6-2021).

[56] Koca/Üzülmez, s. 493-494.

[57] Özgenç, 2006, s. 529.

II. ÇOCUKLARIN SUÇ İŞLENMESİNDE ARAÇ OLARAK KULLANILMASI BAKIMINDAN DOLAYLI FAİLLİK VE AZMETTİRME

A. DOLAYLI FAİLLİK

1. Genel Olarak

Dolaylı faillik TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Dolaylı fail bir başkasını araç olarak kullanarak suç işleyen kişidir. Dolaylı fail tarafından suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar gerçekleştirilmemektedir. Dolaylı faillik, araç kişi tarafından gerçekleştirilen davranışların arka planda yer alan davranışları yönlendiren kişiye isnat edilebilmesini sağlayan hukuki zemindir.[58] Bu bakımdan ceza hukuku sistemimizde dolaylı failliğe yer verilmek suretiyle suçun kanuni unsurlarını doğrudan gerçekleştirmeyen ancak iradi hakimiyet kurarak bir başkası aracıyla suçun işlenmesini sağlayan kişinin cezalandırılabilmesi mümkün kılınmıştır.[59] Dolaylı faillikte ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmak suretiyle suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi sağlanarak suç işlendiği sırada arka planda kalınmaktadır. Bu suretle arka plandaki kişi tarafından suçun işlenmesi sevk ve idare edilmektedir.[60] Ancak burada araç olarak kullanılan kişinin hareketinin fiil niteliğini haiz olması önem arz etmektedir. Vitrin camının önünde duran kişinin ittirilmesiyle vitrin camının kırılması durumunda belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yöneltilmiş, dış dünyada cereyan eden iradi bir insan davranışı bulunmamaktadır. Camı kıran kişi, ittiren kişiye mekanik olarak karşı koyamamaktadır ve mutlak kuvvet altındadır. Bu durumda ittiren kişi vitrin camının kırılmasından doğrudan fail olarak sorumludur çünkü araç kişinin davranışı fiil teşkil etmemektedir.[61]

Araç durumundaki kişinin arka plandaki kişi tarafından işlenmesi istenilen suça ilişkin sınırı aştığı durumlar da olabilmektedir. Bu durumda dolaylı failin kastının kapsamına göre ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Arka plandaki kişinin kastı suçta araç olarak kullanılan kişinin sınırı aşan kısmını kapsıyorsa arka plandaki kişi bu fiillerin tamamından dolaylı fail olarak

---

58 Mustafa Ruhan Erdem, "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", C.II, S. 1-2, 2014, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 13.

59 Centel/Zafer/ Yenerer Çakmut, s. 502; Hakeri, s. 541.

60 Erdem, 2005, s. 208; Özgenç, 2023, s. 626; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 908; Artuk/Gökcen/Alşahin/ Çakır, s. 761; *"Suç teşkil eden haksızlık bazen başka bir kişinin araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Dolaylı faillik olarak tanımlanan bu durumda, arka plandaki kişi (dolaylı fail), görünüşte suçun icrasına doğrudan bir katkıda bulunmamakla birlikte, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahıs ile bu şahsın hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmakta ve bu hâkimiyet nedeniyle de araç olarak kullanılan kişi, dolaylı failin işlemeyi kastettiği suçun kanuni tanımındaki hareketleri gerçekleştirmektedir."* Yargıtay CGK, E: 2021/353, K: 2023/370, T. 21.06.2023, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2021-353-k-2023-370-t-21-6-2023); aynı yönde diğer bir karar için bkz. Yargıtay CGK, E: 2020/449, K: 2022/514, T:04.07.2022, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2020-449-k-2022-514-t-4-7-2022).

61 Özgenç, 1996, s. 197,201.

sorumludur. Aksi bir durumda ise ancak araç olarak kullanılan kişinin eylemi öngörülmesine rağmen arka plandaki kişi tarafından herhangi bir tedbir alınmamış veya dikkatsiz davranılmışsa aşkın kısımdan taksirli sorumluluk gündeme gelmektedir.[62] Örnek vermek gerekirse, safça bir kişi eşyanın kendisine ait olduğu ve diğer kişide bulunduğu hususunda hataya düşürülmüştür. Bu kişinin hem eşyayı alması hem de eşyanın esas sahibi olan kişiyi yaralaması durumunda arka plandaki kişi hırsızlık suçundan dolaylı fail olarak, taksirle yaralamadan ise müstakil fail olarak sorumludur.[63]

2. İhmali Suçlarda Dolaylı Faillik

İhmali davranışla dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır.[64] Bir görüşe göre suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan kişinin ihmal göstererek bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde gerçekleşen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Kolluğun suç işlenmesini önleme ve işlenilen suçu bastırma görevi bulunmaktadır. Bu kapsamda suç işlendiğini gören kolluk görevlisinin müdahale etmeyerek bir kişinin diğer bir kişiyi öldürmesine neden olması durumunda kolluk görevlisinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) dolaylı fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır. Doktrinde bu görüş kabul görmemektedir. Doktrinde kabul gören diğer görüşe göre ise ihmali davranışla dolaylı failliğin mümkün olmadığını ancak ihmali suçlarda dolaylı failliğin söz konusu olduğunu savunulmaktadır. Bu görüşe göre yukarıda verdiğimiz örnekte kolluk görevlisinin olaya müdahale etmeyerek kişinin ölümüne neden olduğu durumda kolluk görevlisi kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) doğrudan fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır.[65] Suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişinin diğer bir kişi tarafından yükümlülüğüne uygun davranması cebir, tehdit veya hile ile engellenmesi durumunda işlenilen suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususundaki değerlendirmelere özgü suçlarda dolaylı faillik bölümünde detaylı olarak yer verilmiştir.

3. Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik

Özgü suçlarda dolaylı faillik konusu iki ayrı duruma göre farklı şekillerde değerlendirilmektedir.[66] Bu bakımdan ilk ayrım suçta araç olarak kullanılan kişinin özel faillik vasfını taşımayan bir kişi olması ancak arka plandaki kişinin özel faillik vasfını taşıması halidir. İkinci ayrım ise suçta araç olarak kullanılan kişinin özel faillik vasfının taşıması ancak arka plandaki kişinin özel faillik vasfını taşımaması halidir. Bizzat icra etmesi gereken fiili diğer bir kişiyi cebir, tehdit veya hileyle araç haline getirerek suç işlenmesini sağlayan kişinin dolaylı fail

---

62 Koca/Üzülmez, s. 480; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 763.

63 Örnek için bkz. Koca/Üzülmez, s. 480.

64 Koca/Üzülmez, s. 473; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 762-763; Özgenç, 1996, s. 254.

65 Koca/Üzülmez, s. 473; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 763; Özgenç, 1996, s. 254; Hakeri, s. 546; Demirbaş, s. 549; Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 148.

66 Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, Özgü Suç, 1. Baskı, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul, 2021, s. 277,297.

olarak suçtan sorumlu olacağı kabul edilmektedir.[67] Araç olarak kullanılan kişinin kastının bulunduğu durumlarda, bu kişi suça yardım eden olarak şerik statüsündedir.[68] Görünüşte özgü suçun söz konusu olduğu durumlarda ise özel faillik sıfatını taşımayan kişinin suçun temel şeklinden sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Ruhsat işlemleri için idareye başvuru evrakını tam ve zamanında teslim eden kişi, işlerin hızlı ve olumlu sonuçlanması için ilgili birimden sorumlu yetkili kişiye belirli miktarda parayı nakit olarak ulaştırması gerektiği hususu kamu görevlisi olmayan üçüncü kişi tarafından iletilerek parayı yetkiliye temin etmeye mecbur hissettirilmiş ve parayı nakit olarak ulaştırmıştır. İrtikabın icbar suretiyle işlenmesine aracılık eden kamu görevlisi olmayan üçüncü kişi ilgili birimin yetkilisi tarafından cebir ve tehdide uğramıştır ve bu nedenle yetkili kişinin yapmasını istediklerini yerine getirerek mağdurla görüşmüştür. İrtikap suçu (TCK m. 250) kamu görevlisi olmayan kişilerce işlenemediğinden kamu görevlisi olmayan üçüncü kişinin fiili irtikap suçuna yardım niteliğindedir. Birim yetkilisi ise dolaylı fail olarak icbar suretiyle irtikap suçundan (TCK m. 250/1) sorumludur. Kamu görevlisi düzenleme yetkisi dahilindeki sahte belgeyi özel faillik niteliğine sahip olmayan üçüncü kişiye cebir veya tehditle düzenletmesi durumunda arka plandaki kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçundan (TCK m. 204/2) dolaylı fail olarak sorumluyken, araç olarak kullanılan kişi resmi belgede sahtecilik suçundan (TCK m. 204/2) yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelmektedir. Ancak faillik şeriklikten asıldır. Resmi belgede sahtecilik suçu görünüşte özgü suç olduğundan ve suçun temel şekli herkes tarafından işlenebildiğinden suçta araç olarak kullanılan kişi suçun temel şeklinden (TCK m. 204/1) müstakil fail olarak sorumludur[69]. Ancak bu kişinin her iki örnekte de cebir veya tehdit altında gerçekleştirdiği fiillerinden (TCK m. 28) dolayı kusurlu olmadığı kabul edildiğinden cezalandırılması söz konusu değildir.

Araç olarak kullanılan kişinin belirli yönde davranışta bulunmasının sağlanması için cebir veya tehdide maruz kalması halinde suça yönelik kastının bulunduğu kabul edilmektedir. Hile ile veya kişinin bir yanılgısından faydalanıldığı durumlarda ise kişinin hatasının kusurluluğunu mu kaldırdığı yoksa suça yönelik kastını mı kaldırdığına göre araç olarak kullanılan kişinin suçu işlemeye yönelik kastının bulunup bulunmadığı somut olayın koşullarına göre TCK'nın 30. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Araç olarak kullanılan kişinin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatasının kastını kaldırması söz konusu olduğundan ne fail ne şerik olarak sorumluluğuna gidilememektedir.

Diğer durum ise suçta araç olarak kullanılan kişinin özel faillik vasfını taşıması ancak arka planda yer alan kişinin özel faillik vasfını taşımamasıdır. Bu durumda özel faillik vasfının taşıyan kişinin kasten hareket edip etmediği önem arz etmektedir. Suçta araç olarak kullanılan özel faillik vasfını taşıyan kişinin suçun işlenmesine yönelik kastının bulunduğu, suç işleme iradesi gösterdiği durumlarda arka plandaki kişi suça azmettiren olarak sorumludur.[70] İşlenilen suçun görünüşte özgü suç olması halinde arka plandaki kişinin suçun temel

---

67 Kitapçıoğlu Yüksel, s. 278-283; Özgenç, 1996, s. 250; Hakeri, s. 546.

68 Özgenç, 1996, s. 252.

69 Koca/Üzülmez, s. 475.

70 Özgenç, 1996, s. 231; Kitapçıoğlu Yüksel, s. 308.

şeklinden müstakil fail olarak sorumluluğu söz konusudur.[71] Failliğin şeriklikten asıl olması nedeniyle arka plandaki kişi suçun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Bir kamu görevlisine tehditle resmi bir belgeyi sahte olarak tanzim etmesi sağlanmışsa, kamu görevlisi tarafından TCK'nın 204. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suçun nitelikli şekli işlenmiştir. Arka planda kamu görevlisini tehdit eden kişinin bu suçtan azmettiren olarak sorumluluğu gündeme gelmektedir. Ancak suçun görünüşte özgü suç olması ve temel şeklinin herkes tarafından işlenebilir olması nedeniyle arka plandaki kişinin suçun temel şeklinden (TCK m. 204/1) müstakil fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır.[72] Tehditle suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştiren kamu görevlisi ise fiili nedeniyle TCK'nın 28. maddesi uyarınca kusurlu değildir.

Suçta araç olarak kullanılan kişinin suça yönelik kastının bulunmadığı durumlarda ise işlenilen diğer bir suç yoksa araç olarak kullanılan kişi tarafından işlenilen herhangi bir suç bulunmadığından arka plandaki kişinin bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olduğu bir suç yoktur. Bir kişi müşterinin talimatı varmış gibi göstererek müşteri temsilcisine müşterisinin banka hesabındaki parayı kendi banka hesabına aktartmıştır. Bu durumda müşteri temsilcisinin kastı bulunmadığından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun[73] 160. maddesinde yer alan bankacılık zimmeti suçu gerçekleşmemiştir ancak hileyle müşteri temsilcisinin normalde yapmayacağı bir tasarruf işlemi gerçekleştirmesini sağlayarak dolandırıcılık yapan kişi TCK'nın 157. maddesinden müstakil fail olarak sorumludur.[74]

4. Görünüm Şekilleri

Dolaylı fail araç olarak kullandığı kişinin bazı yönlerden eksik olduğunu bilmekte ve bundan faydalanarak kişiyi suçta araç haline getirmektedir. Araç olarak kullanılan kişideki bu eksiklik kusur yeteneğine ilişkin olabileceği gibi kişinin bilgisizliğinden veya yanlış yönlendirilmesinden kaynaklanabilir. Kişinin kusur yeteneği cebir veya tehditle ortadan kaldırılarak kişi suçun icra hareketlerini gerçekleştirmek noktasında araç haline getirilebileceği gibi yaş küçüklüğü, akıl hastalığı şeklinde kusur yeteneğinin bulunmadığı veya suçun icrai hareketleri bakımından kusur yeteneğinin ortadan kalktığı durumlarda da araç haline getirilebilmektedir. Kişinin yanlış yönlendirilerek veya bir konudaki hatasından faydalanılarak irade yeteneğinin zayıflatılması ve suç teşkil eden davranışın icra ettirilmesiyle de dolaylı faillik söz konusu olmaktadır.[75] Kişinin yanlış bilgisinin suçun unsurlarına yönelik olması gerekmektedir, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesini sağlamayan yanılgı hali dolaylı faillik kapsamında değildir.

Bu bakımdan açıklamalarımız doğrultusunda dolaylı failliğin araç haline getirilen kişinin hareketlerinin tipikliği gerçekleştirmediği haller, hukuka uygun

---

71 Özgenç,1996, s. 209.

72 Kamu görevlisinin hataya düşürülerek sahte belgenin tanzim edilmesine ilişkin örnek ve detaylı bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, s. 474 vd.

73 RG, 01.11.2005, S. 25983 (Mükerrer).

74 Kitapçıoğlu Yüksel, s. 307-308.

75 Koca/Üzülmez, s. 465-466; Özgenç, 2023, s. 626.

olduğu haller ve araç kişinin kusurlu olmadığı haller olarak üç farklı görünümü olduğu söylenilebilir.[76]

a. Araç Kişinin Hareketinin Tipik Olmaması

Tipiklik suçun kanuni tanımındaki unsurlardan diğer bir deyişle suçun maddi ve manevi unsurlarından oluşmaktadır. Suçun maddi ve manevi unsurlarına uygun olmayan hareketler tipik değildir, çünkü gerçekleşen durum suçun kanuni tanımına uymamaktadır. Araç olarak kullanılan kişinin hareketlerinin tipikliği gerçekleştirmemesi şahsın hatasından, araç kişinin kendisine karşı suç işlemesi veya işlenilmek istenilen suçun özgü suç olmasından kaynaklanabilmektedir.[77]

Kamu görevlisinin göreve ilişkin sırrı açıklama suçunu (TCK m. 258) işlemek üzere içeriğinden habersiz arkadaşına çekmecesinde bulunan dosyayı bir gazeteye ulaştırılmasını rica ettiği, arkadaşının da bu isteğini yerine getirdiği olayda kamu görevlisi olmayan kişi suçun özgü suç olması nedeniyle tipikliği gerçekleştiremez.[78] Ancak kamu görevlisinin dolaylı fail olarak göreve ilişkin sırrı açıklama suçundan sorumluluğu bulunmaktadır.

Kişi bir eşyanın kendisine ait olduğunu söyleyerek diğer bir kişiye kendi eşyasına zarar vermesini sağlarsa bu kişi mala zarar verme suçunu kendisine karşı işlemekte, kendi işlediği suçun mağduru haline gelmektedir. Kişi hataya düşerek kendi malına yönelik olarak mala zarar verme suçunun işleyemeyeceğinden ve mala zarar verme suçunun ancak diğer bir kişinin eşyasına yönelik gerçekleşmesi mümkün olduğundan kişinin hareketleri tipik değildir. Ancak arka planda yanılgıya neden olan kişi dolaylı fail olarak mala zarar verme suçundan sorumludur.[79] Kişinin kendisine karşı suç işlemek suretiyle araç haline getirilmesi iradesinin zayıflığı, zorlamaya maruz kalması veya hatasından kaynaklanabilmektedir. Kişinin intihar etmesinin sağlandığı durumlar için TCK'nın 84. maddesinin 4. fıkrasında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemeye göre fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olanlarla bu yeteneği ortadan kaldırılmış olanları intihara sevk edenler ile cebir veya tehditle kişiyi intihara sevk edenler kasten öldürmeden sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu düzenleme olmasa bile dolaylı faillik kurumuna göre kişiyi bu suretle kendini öldürmesi noktasında araç olarak kullanan kişinin kasten öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olduğu söylenebilecektir.[80]

Kişinin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda hataya düşürülmesi durumunda veya maddi unsurlara ilişkin bir bilgisizliğinin düzeltme olanağı bulunan diğer bir kişi tarafından düzeltilmediği hallerde kişinin gerçekleştirdiği

---

76 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 435 vd.; Demirbaş, s. 547-548.

77 Hakeri, s. 542-543; Koca/Üzülmez, s. 467.

78 Benzer bir örnek için bkz. Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım II, Ed. Yener Ünver, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 274.

79 Hakeri, s. 542-543; İlhan Üzülmez, "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)", C.1, S. 2, 2006, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 86.

80 Hasan Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", C.6, S. 15, 2011, Ceza Hukuku Dergisi, s. 67-68.

davranış üzerinde iradi bir hakimiyet söz konusudur.[81] Örnek vermek gerekirse bir kütüğe ateş ettiğini söyleyerek kişi diğer bir kişi tarafından yanlış yönlendirilmekte ve bir insanın öldürülmesine neden olmaktadır. Bu noktada ateş edenin diğer kişi tarafından suçun maddi unsurlarında hataya (TCK m. 30/1) düşürüldüğü açıktır.[82] Bu durumda ateş edenin taksirle öldürmeden sorumluluğu bulunmaktadır ancak hatası kastını kaldıracağından kasten öldürme suçu bakımından tipiklik gerçekleşmemiştir. Hataya düşüren kişinin ise kasten öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır. Kişinin mevcut bilgisizliğinden faydalanıldığı durumlarda da dolaylı faillik gündeme gelmektedir. A'nın ateş etmek istediği yerde kütük yerine bir insanın bulunduğunu görmesine rağmen silahını ona uzatan B, kişinin kendiliğinden var olan bilgisizliği ve hatasından kaynaklı olarak bir insanı öldürmesini sağlamaktadır ve dolaylı fail olarak kasten öldürmeden sorumludur.[83]

b. Araç Kişinin Hareketinin Hukuka Uygun Olması

Araç kişinin hareketinin hukuka uygun olması halinde iradi hakimiyet kurularak araç kişi hukuka uygunluk durumunun oluşturulmasında kullanılmaktadır[84]. Araç kişi hukuka uygunluk nedeninin varlığı hususunda yanıltılmaktadır.[85] A, B'nin kendisini öldüreceği hususunda yanıltılmış olması nedeniyle B'yi ilk gördüğünde silahına davranır, ancak B daha hızlı davranarak A'yı öldürür. Arka plandaki kişi somut olayda meşru savunma şartlarının oluşturarak A'nın B tarafından öldürülmesini sağlamıştır. Bu durumda A'nın öldürülmesinden A'yı yanıltan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir.[86] Ancak arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumluluğuna gidilebilmesi için gerek kışkırttığı A gerekse de meşru savunma halindeki C üzerinde fiili egemenliğinin bulunması gerekmektedir[87]. Bu bakımdan silah taşıyan ve iyi atıcı olduğu bilinen C'nin üzerine A'yı yönlendirerek somut olayda meşru savunmanın şartlarının oluşması sağlayan arka plandaki kişinin olayda fiil egemenliği bulunduğundan kasten öldürmeden sorumlu olduğu söylenebilecektir. Diğer bir örnekte ise A saldırdığı B tarafından etkisiz hale getirilmiştir ancak o sırada oradan geçen arkadaşı C'ye B'nin kendisine saldırdığını ve kurtarmasını söyler, bunun üzerine C, B'ye saldırır ve B'yi yaralar. Somut olayda A herhangi bir meşru savunma hali yokken C'yi meşru savunma halinin mevcut olduğu hususunda aldatır ve C bu hususta kaçınılmaz bir hataya düşer. Bu bakımdan her ne kadar somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktaysa da C bu hatasından faydalanır ve cezalandırılmaz, A ise C'yi araç haline getirdiği kasten yaralama suçundan dolaylı fail olarak sorumludur.

Kişi hakkında gerçek dışı bir suç ihbarında bulunularak yakalanması hatta tutuklanmasına neden olunması mümkündür.[88] Bu noktada suç ihbarı üzerine

---

81 Üzülmez, s. 87-88.

82 Benzer bir örnek için bkz. Sınar, s. 65-66.

83 Üzülmez, s. 87-88.

84 Erdem, 2005, s. 209.

85 Sınar, s. 66.

86 Sınar, s. 66; Hakeri, s. 544.

87 Özgenç, 1996, s. 211.

88 Hakeri, s. 544.

gerçekleştirilen koruma tedbirleri kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirildiğinden hukuka uygun olacaktır ancak kişinin bu suretle hürriyetinden yoksun kalmasına neden olunacağından asılsız ihbarda bulunan kişi dolaylı fail olarak sorumludur (TCK m. 267/4). Kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasında devletin resmi makamları, yargı merci ve yakalamayı yapan kolluk görevlileri araç olarak kullanılmaktadır.

c. Araç Kişinin Kusurlu Olmaması

Kişinin suç işlenmesinde araç haline getirilmesinde kusur yeteneğine ilişkin zayıflıktan faydalanılabildiği gibi kişi cebir veya tehditle zor kullanmak suretiyle iradi hakimiyet altına da alınabilmektedir. Kusur yeteneği bulunmayan veya zayıf olan kişilerin suçta araç olarak kullanılması veya suçun bu kişilerle birlikte işlenmesi etki altına alınmalarındaki kolaylıktan kaynaklanmaktadır.[89] Bu bağlamda kusur yeteneği bulunmayan veya kusur yeteneğinde zayıflık bulunanlar akıl hastaları, çocuklar (yaşça küçükler), sağır ve dilsizler, geçici nedenler ve alkol ile uyuşturucu madde etkisinde olan kişilerdir. TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasına göre kusur yeteneği bulunmayanların suçta araç olarak kullanılması dolaylı failin cezasının üçte birden yarısına kadar arttırım sebebi olarak düzenlenmiştir.[90]

Çocukların suçta araç olarak kullanılması çalışmanın da konusunu oluşturmaktadır. Çocuğun yaşça küçük olması ve buna bağlı olarak algılama ve iradesini yönlendirme yeteneğinin tam olarak gelişmemesi nedeniyle çocuklar suç işlenmesinde araç haline getirilmektedir. Henüz altı yaşında olan bir çocuğun babasının telkini ile diğer bir kişinin kafasına kürekle vurması sonucu gerçekleşen kasten öldürmeden çocuğun babası dolaylı fail olarak sorumludur. Kürekle bir kimseye vurmanın hukuki anlam ve sonucunu anlaması güç olan küçük somut olayda babası tarafından kasten öldürme suçunda araç olarak kullanılmıştır. Sağır ve dilsizlerin, fiziksel engelleri nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlamakta yaşadıkları güçlüğün kusur yeteneklerinin gelişimini de etkilediği kabul edilmektedir.[91] Bu bakımdan çocukların kusurluluğuna ilişkin TCK'nın 31. maddesinde yer verilen yaş aralığına benzer şekilde sağır ve dilsizlerin de on iki-on beş, on beş-on sekiz ve on sekiz-yirmi bir şeklinde üç ayrı yaş aralığına göre kusur yeteneklerinin mevcudiyeti değerlendirilmektedir. Kusurluluk değerlendirmesi de bu yaş aralıklarına sırasıyla çocuklar için belirlenen sıfır-on iki yaş, on iki-on beş yaş ve on beş-on sekiz yaş aralığı çocuklara uygulandığı gibi uygulanmaktadır. Sağır ve dilsizlerin kusur yeteneklerinin zikredilen yaş aralıklarına uygun olarak bulunmaması veya zayıf olması suçta araç olarak kullanılmalarına kolaylık sağlamaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran ve kişinin suçta araç olarak kullanılmasını kolaylaştıran diğer bir sebep ise geçici nedenler ile alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma halidir. Geçici nedenler kişinin hayatı boyunca devam etmeyen ancak geçici bir süreliğine algılama ve irade yeteneğinin ortadan kalkmasını veya önemli ölçüde

---

89 Mahmut Koca, "İntihara Yönlendirme Suçu", C. 5, S. 12, 2010, Ceza Hukuku Dergisi, s. 29.

90 Özgenç, kusur yeteneği bulunmayanları suçta araç olarak kullananların fail olarak sorumlu tutulmasına ilave olarak TCK'nın 37.maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalarında arttırıma gidilmesinin ceza siyaseti bakımından izahının güç olduğu savunmaktadır. Bkz. Özgenç, 2023, s. 627.

91 Sınar, s. 72.

azalmasını sağlayan nedenlerdir. Geçici nedenlerin muteber olabilmesi için söz konusu nedenin kişinin kendi fiilinden doğmamış olması lazımdır.[92] Bu bakımdan kişinin hipnotik telkinden henüz tam anlamıyla çıkamadığı durumlar, şeker hastalığı nedeniyle geçirilen atakların öncesi ve sonrasında kişinin tepkileri ile iradesi arasındaki uyumu yitirdiği haller, epilepsi krizleri öncesi ve sonrasındaki bilinç bozuklukları, zehirlenme ve ağır ateşli hastalık nedeniyle yaşanan bilinç bozuklukları geçici nedenlere örnek olarak sayılabilir.[93] Henüz şeker atağı geçirmiş ve tam olarak kendine gelememiş kişinin vestiyerde asılı bir başkasının paltosunu getirmesi istendiğinde davranışının sonuçlarını algılayamadan paltoyu getirmesi halinde kişi hırsızlık suçunda araç olarak kullanılmaktadır. Kişinin iradesi dışında aldığı alkol ve uyuşturucu madde nedeniyle de kusur yeteneğinin zayıflaması veya ortadan kalkması[94] mümkün olup bu durumda da suçun işlenmesinde araç olarak kullanılabilmektedir. Baş ağrısını kesmesi için arkadaşının verdiği ağrı kesici olarak bildiği ancak uyuşturucu madde olan hapı yutan kişinin madde etkisinde bilinç bozukluğu yaşaması ve bu sırada durumun farkında olan diğer bir kişinin bu kişiyi hasmı olan diğer bir kişiyi dövmesini söylemesi ve bu kişinin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadan kasten yaralama suçunu işlemesi halinde dolaylı faillik söz konusudur. Geçici neden altında veya alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olan kişinin bu durumunun dolaylı fail tarafından kullanılması gerekmektedir ancak bu durumun dolaylı fail tarafından hazırlanmış olmasına gerek yoktur.

Akıl hastalarının da hastalıklarının somut olayda gerçekleştirdikleri fiiller üzerindeki etkisine bakılarak kusur yeteneklerinin mevcudiyeti tespit edilmektedir.[95] Kleptomani hastası olduğunu bildiği bir kişiye kendisi için marketten kavanoz çalmasını söyleyen kişi gerçekleşen hırsızlık suçundan dolaylı fail olarak sorumludur. Ancak anksiyete bozukluğu bulunan bir kişinin hırsızlık suçunda araç olarak kullanılması istenildiğinde hastalığın hırsızlık suçu bakımından algılama ve irade yeteneğine herhangi bir etkisi bulunmadığından arka plandaki kişi azmettirmeden sorumlu olacaktır. A, B'nin çocuklarını öldürmekle tehdit ederek C'ye cinsel saldırıda bulunması istediğinde B gerçekleştirdiği cinsel saldırı suçu nedeniyle kusurlu değilken A cinsel saldırı suçunda B'yi araç olarak kullandığından suçtan dolaylı fail olarak sorumludur. Kusurluğu kaldıran bir nedene ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşülmesi durumunda da kişi bu hatasından faydalanmaktadır.

Zorunluluk halinin mevcudiyetine ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından faydalanmaktadır ve cezalandırılmamaktadır. Ancak onu bu hataya düşürerek herhangi bir suç işlemesini sağlayan kişinin dolaylı fail olarak bu suçtan sorumluluğu bulunmaktadır.[96] A ve B birlikte yürüyüşe çıkmıştır, A özellikle B'yi C'nin evinin bulunduğu sapa bir yere götürür. Havanın

---

92 Koca/Üzülmez, s. 331-332.

93 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 795-796; hipnotik telkin altındaki kişinin veya şeker atağı, epilepsi nöbeti geçiren kişinin davranışları ceza hukuku anlamında fiil teşkil etmeyeceğinden bu kişileri atak sırasında suçta araç olarak kullananlar doğrudan fail olarak sorumludur; bu konuda fiilin niteliğine ilişkin bkz. Özgenç, 2023, s. 184.

94 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ömer Çelen, "Sarhoşluğun Hareket ve Kusur Yeteneği Üzerinde Etkisi", C. VIII, S. 2, 2013, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 481 vd.

95 Koca/Üzülmez, s. 326-331.

96 Koca/Üzülmez, s. 468-469.

kararmasıyla bulundukları yerin iklimine ilişkin yeterince bilgi sahibi olmayan B'ye A buralarda akşam ani bir soğuk yaşandığını ve soğuk nedeniyle insanların donma tehlikesi yaşadığını söyler. Bunun üzerine akşam olmasıyla, yakınlardaki tek barınak olan C'nin evinin kapısını B hayatta kalma güdüsüyle kırar ve evin içine girer. B zorunluluk haline ilişkin kaçınılmaz hatası nedeniyle cezalandırılamaz ve bu hatasından faydalanır ancak A mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından dolaylı fail olarak sorumludur. Aynı durum arka plandaki kişinin, araç haline getirdiği kişiyi kaçınılmaz bir haksızlık yanılgısına düşürdüğü hallerde de geçerlidir.[97] Hollanda'dan Türkiye'ye gelecek olan Hollanda vatandaşı A'ya Türk arkadaşı B tarafından Türkiye'de esrarın belirli miktarda bulundurulmasının meşru olduğunu söylemesi üzerine A Türkiye'ye gelirken beraberinde esrar getirmiştir. A havaalanında üzerinde esrarla yakalanmıştır ancak belirli miktarda esrar bulundurmanın haksızlık teşkil etmeyeceğine ilişkin kaçınılmaz bir hataya düştüğünden bu hatası nedeniyle kusurlu kabul edilmemekte ve cezalandırılmamaktadır. Ancak A'yı hataya düşüren B uyuşturucu madde bulundurma suçundan (TCK m. 191) dolaylı fail olarak sorumludur.

B. AZMETTİRME

1. Genel Olarak

Azmettirme henüz ortada bir suç işleme kararı bulunmazken faile suç işleme kararı verdirilmesidir.[98] Bu nedenle azmettirenin iradesi işlenilen suçta esas nedeni oluşturmaktadır. Azmettiren faili suça yönlendirmeseydi suçun işlenmeyeceği söylenilerek azmettirmenin suçun işlenmesindeki nedensel etkisi ortaya koyulmaktadır.[99] Azmettirmede kişi üzerinde iradi bir etki söz konusudur, azmettiren normal şartlar altında suç işlemeyecek kişiyi manevi olarak etkileyerek suç işlemeye sevk etmekte ve suç yoluna sokmaktadır.[100] Suça manevi olarak sebep olma hali suça sınırlı katılımı ortaya koymakta ve bu noktada azmettirmeyi müşterek faillikten ayırmakta hem de azmettirmenin haksızlık muhtevasını ortaya koymaktadır.[101] Azmettirmenin şartları suç işleme kararı vermemiş bir kişiye suç işleme kararı verdirilmesi ve azmettirilen fiilin kasten işlenmesi veya en azından bu fiilin teşebbüs aşamasında kalmasıdır.

---

97 Koca/Üzülmez, s. 468-469.

98 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 913.

99 Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 503-504; Muhammed Demirel/Melik Kartal, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.XXI Özel Sayı, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 459.

100 Halid Özkan, Ceza Hukukunda Azmettirme,1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 197; Hakeri, s. 547.

101 Koca/Üzülmez, s. 494-495.

2. Azmettirmenin Şartları

a. Suç İşleme Kararı Verdirilmesi

Failin zihninde suç işlemeye karar vermeden önceki aşamada ancak azmettirme söz konusu olabilmektedir. Suç işleme kararı olmayan kişi suça azmettirilebilmektedir. Daha önce suç işleme kararı almış olan kişinin aynı suça yönelik suç işlemeye teşvik edilmesi azmettirme değil, manevi yardımdır.[102] Ancak önceden bir başka suçu işlemeye karar vermiş failin kararını değiştirerek başka bir suç işlemesinin sağlanmasında azmettirme söz konusudur. Örnek vermek gerekirse hırsızlık yapmayı düşünen birinin dolandırıcılık yapması yönünde karar değiştirmesinin sağlanması azmettirmedir. Bu suretle işlenmesi planlanan suçun değiştirildiği azmettirmeye döndüren azmettirme denilmektedir. Azmettirme faile suç işleme kararı verdirilmesi nedeniyle suça yöneltmenin en yoğun halidir. Azmettirme basit bir tavsiye ve telkinden ibaret değildir. Azmettirme failin üzerinde suç işleme yönünde kesin bir etki yaratmalı[103] bu yönüyle suç işleme yönünde karar almaya neden olacak nitelik ve ağırlıkta olmalıdır.[104]

Azmettirenin kasten hareket ederek kişiye suç işleme kararı aldırması gerekmektedir. Azmettirmenin suçun kanun tanımındaki unsurları kapsaması, belirli bir kişiye, belirli bir fiil işlemeye yönelik olarak azmettirenin kastının somut olması lazımdır. Ancak azmettirenin fiilin zamanın tayinini de bu kapsamda somutlaştırmış olması ve fiilin icra tarzının detaylandırılması gerekli değildir.[105] Azmettiren, azmettirilen kişi tarafından suç işleneceğini bilerek ve bu suçun işlenmesini isteyerek azmettirileni suç işlemeye yönlendirmektedir.[106] Azmettirenin faili suç işlemeye olası kastla da azmettirmesi mümkündür. Azmettirilen suçun muhtemel ve mümkün görünen neticelerinden azmettiren sorumludur.[107]

Suç işleme kararı almış kişinin işleyeceği suçun nitelikli haline veya temel şekline yönelik suç işlemeye teşvik edilmesi halinde azmettirmenin mevcut olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır.[108] Suçun basit halini işleme kararı alan kişiye suçun nitelikli halinin işleme kararı verdirilmesine eklenen azmettirme denilmektedir.[109] Doktrinde suçun temel şeklini işleme kararı halihazırda bulunan kişinin suçun nitelikli halini işlemeye karar verdirilmesi hali için azmettirmenin mevcut olduğunu savunan görüşler[110] olduğu gibi bu durumda

---

102 Özgenç, 2006, s. 517; Balcı, s. 300.

103 Özkan, s. 213; Hakeri, s. 548.

104 Bkz. Yargıtay 4. CD., E.:2010/20823, K: 2012/166, T. 09.01.2012, (aktaran: Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 767).

105 Özgenç, 2023, s. 630-631; Önder, s. 484, 506.

106 Özkan, s. 111.

107 Mafya babasının kalabalık bir sokakta bulunan bir evdeki hasmına yönelik öldürme talimatı vermesi neticesinde meydana gelebilecek diğer ölüm ve yaralanmalardan mafya babası azmettiren olarak sorumludur. Bkz. Özkan, s. 121; Hakeri, s. 548.

108 Hakeri, s. 549-560; Balcı, s. 299.

109 Özkan, s. 215 vd.

110 Koca/Üzülmez, s. 496.

ancak manevi yardımın söz konusu olduğunu savunan görüşler[111] de bulunmaktadır. Kanaatimizce bu durumda suçun nitelikli şekline yönelik suç işleme kararı aldırılırken, faildeki suç işleme kararı önemli ölçüde değiştirilmekte ve yoğunluğu arttırılmaktadır. Bu nedenle azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gereklidir. Failin suçun nitelikli şekline yönelik suç işleme kararının bulunduğu ancak failin suçun basit şeklini işlemesi yönünde karar aldırılması durumunda ise eksiltilen azmettirmenin söz konusu olduğu söylenmektedir.[112] Her ne kadar durumun tanımlanmasında azmettirme kavramından faydalanılmış olsa da burada failin suç işleme kararının önemli ölçüde değiştirilmesi söz konusu olmayıp failin suçta başarıya ulaşması bakımından fiilin riskinin azaltılması söz konusudur ve azmettirmeden söz edilemez. Bu durumda suç işleme kararına yönelik etkinin manevi yardım kapsamında olduğunun kabulü gereklidir.[113]

İhmali davranışla suça azmettirilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak ihmali suçlarda icrai bir davranışta bulunma hususunda yükümlülüğü bulunan garantörlerin ihmal göstererek suç işlemelerine azmettirme mümkündür.[114] Bu durumda suça yönlendirenin herhangi bir özel faillik vasfı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ihmali davranışla bu şekilde karar alınması arasında illiyet bağını sağlaması yeterlidir.[115] Trafik kazasına müdahale etmek üzere olay yerine gelen sağlık ekibi, olay yerinde bulunan bir kişi tarafından yaralananların adli sicillerinin kabarık olduğundan bahisle müdahale etmemeleri noktasında ikna edilmiştir. Sağlık ekibinin müdahale etmemesine bağlı olarak gerçekleşen ölüm olayından sağlık ekibi kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan doğrudan fail olarak, sağlık ekibini müdahale etmeme kararı aldıran üçüncü kişi ise bu suçtan azmettiren olarak sorumludur.

b. Azmettirilen Fiilin Kasten İşlenmesi veya En Azından Teşebbüs Aşamasında Kalması

Azmettirmeden söz edilebilmesi için kasten işlenen tipik ve hukuka aykırı bir fiilin mevcut olması gerekmektedir (TCK m. 40/1).[116] Bu fiil azmettirmenin konusunu oluşturmaktadır. Fiilin doğrudan, dolaylı veya müşterek fail olarak hangi faillik türünde gerçekleştirildiğinin önemi bulunmamaktadır.[117] Azmettirenin ceza sorumluluğunun doğması için failin azmettirmenin konusu fiili tamamlaması veya en azından bu fiilin teşebbüs aşamasında kalması lazımdır (TCK m. 40/3). Bağlılık kuralına göre fail tarafından icra hareketlerine başlanılmamış, işlenilmemiş bir suça azmettirmeden kişi cezalandırılamamaktadır.

Akim kalan (sonuçsuz kalan) azmettirme, azmettirmenin gerçekleşmesine rağmen failin suçun işlenmesine yönelik herhangi bir girişiminin bulunmamasına bağlı olarak azmettirilen suçun işlenmeye teşebbüs dahi

---

111 Hakeri, s. 549; karşılaştırma için bkz. Balcı, s. 317 vd.; Erdem, 2005, s. 211.

112 Hakeri, s. 550.

113 Hakeri, s. 550; Özkan, s. 215; benzer diğer bir görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 496.

114 Koca/Üzülmez, s. 502; Hakeri, s. 553.

115 Özkan, s. 100.

116 Özgenç, 2023, s. 631-632; Demirel/Kartal, s. 471 vd.

117 Koca/Üzülmez, s. 497.

edilmemesidir.[118] Kişi diğer bir kişiyi suç işlemeye yönlendirmiş ve suç işleme kararı aldırarak tehlikeye neden olmuşsa da failin tipik hareketleri gerçekleştirmemesi nedeniyle azmettirmeden dolayı ceza sorumluluğu doğmamaktadır.[119] Herhangi bir özel düzenleme bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre akim kalan (sonuçsuz kalan) azmettirmeden dolayı kişi cezalandırılamamaktadır. Ancak doktrinde bu durumun azmettirmenin işlenilen suçtan ayrı olarak haksızlık muhtevasına sahip olduğu ve tehlikelilik arz ettiğinden eleştirildiği görülmektedir.[120]

Azmettirenin kastı iştirak ettiği suçu, hangi ölçüde iştirak ettiğini ve sorumluluğunu belirlemektedir.[121] Failin azmettirenin kastını aşan fiillerinden azmettirenin sorumluluğu bulunmamaktadır, azmettirenin ancak azmettirdiği suçtan sorumluluğuna gidilebilmektedir.[122] Bu bakımdan işlenilen suçta, azmettirilen suçun nitelik ve nicelik olarak sınırının aşılması hallerinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Nitelik yönünden sınırın aşılmasında fail azmettirilen suçtan başka bir suçu işlemektedir. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu azmettirilen suç ile işlenilen suçun konularının aynı olması, aynı nitelikte olmaları ve işlenilen fiilin azmettirilen fiili kapsamasına göre belirlenmektedir. Hırsızlığa azmettirilen failin yağma suçunu işlemesi halinde suçların malvarlığına yönelik suçlar olması, aynı konuya yönelik işlenmesi ve yağma suçunun hırsızlık fiilini kapsaması nedeniyle azmettiren işlenilen suçtan değil azmettirdiği suç olan hırsızlıktan sorumlu olmaktadır.[123] İşlenilen suçun bambaşka bir suç olması durumunda işlenilen suç dolayısıyla azmettirenin sorumluluğu bulunmamaktadır.[124]

Nicelik yönünden sınır aşılması azmettirenin suçun temel şeklini kastetmesine rağmen failin suçun nitelikli halini işlemesidir. Azmettiren kasten yaralamanın temel şeklinin gerçekleştirilmesi hususunda faili yönlendirmişken fail mağdurun gözünü kör etmesi veya kemiklerini kırması şeklinde nitelikli kasten yaralama gerçekleştirmesi bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu kastın kapsamına göre belirlenmektedir ve failin işlemiş olduğu suçtan değil azmettirilen suçtan sorumluluğu cihetine gidilmektedir.[125] Azmettirilen suçun neticesi sebebiyle ağırlaştığı durumlarda azmettirenin ağırlaşan netice bakımından en azından taksirinin bulunması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşan suça azmettirmeden sorumluluğu

---

118 Özgenç, 2006, s. 519.

119 Erdem, 2005, s. 212; Özkan, s. 227.

120 Koca/Üzülmez, s. 502-503; Özgenç, 2006, s. 520; Demirel, s. 348-350.

121 Özkan, s. 116.

122 Erdem,2005, s. 211.

123 Kasten yaralamaya azmettirilen failin kasten öldürme suçunu işlemesine ilişkin olayın aynı yönde değerlendirmesi için bkz. Yargıtay 1. CD., E:2020/33, K: 2020/557, T. 17.02.2020, (aktaran: Artuk /Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 769-770); diğer bir karar için bkz, Yargıtay CGK, E: 2012/1488, K: 2013/426, T. 22.10.2013, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2012-1-1488-k-2013-426-t-22-10-2013).

124 Koca/Üzülmez, s. 498-499.

125 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 770.

bulunmaktadır.[126] Bu noktada azmettirenin kastının kapsamına ilişkin kural esnetilmektedir.

Yanılma ve hedefte sapma durumlarının da gerçekleşen suç bakımından azmettirenin sorumluluğunun belirlenmesinde incelenmesi gerekmektedir. Fail tarafından mağdurun kimliğinde hata yapılarak şahısta hataya düşülmesi suçun konularının aynı olması durumunda gerçekleşen haksızlığın muhtevasını ve azmettirenin sorumluluğunu etkilememektedir.[127] Failin hırsızlık yapacağı veya öldüreceği kişide hata yapması durumunda işlenilen suçun konusu hakkındaki hata önemsizdir ve azmettiren de fail de işlenilen suçtan sorumludur. Mağdurun kimliğinin suçun nitelikli halinin unsuru olması TCK'nın 30. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmektedir ve o halde şahısta hata nitelikli hale ilişkin olacağından önemlidir.

Hedefte sapma durumunda araçların elverişsizliği, kullanma hatası veya diğer nedenden dolayı fail neticeyi istediği konu üzerinde gerçekleştirememektedir. Bu kapsamda failin istediği neticeyi gerçekleştirmesine ek olarak başka bir konu üzerinde de bu neticeyi gerçekleştirmesi söz konusu olabileceği gibi istediği neticeyi gerçekleştiremeyip bu neticeyi başka bir konu üzerinde gerçekleştirmesi de söz konusu olabilir.[128] Neticenin üzerinde gerçekleştiği konunun farklı nitelikte bir konu olması da mümkündür.[129] Birini yaralamak için atılan taş diğer bir kişinin yaralanmasına sebep olabileceği gibi birini yaralamak üzerine atılan taş hem kişinin yaralanmasına hem de camın kırılmasına neden olabilmektedir. Bu durumda failin ve azmettirenin sorumluluklarının nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. B'nin C'yi yaralaması konusunda A, B'yi azmettirmiştir. B'nın C'yi yaralamak üzere attığı taş C'nin bulunduğu yerin arkasında duran camı kırmış ancak B yaralanmamıştır. Bu durumda B kasten yaralamaya teşebbüs ve olası kastla mala zarar verme suçlarından TCK'nın 44. maddesine göre farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre sorumlu olacaktır. A kasten yaralamaya teşebbüs edilmesine azmettirmeden sorumludur. Ancak gerçekleşen mala zarar verme suçundan azmettiren olarak sorumlu olabilmesi için en azından bu suça yönelik olası kastının bulunması gerekmektedir.[130] A, B'nin C'yi yaralamak üzere gerçekleştireceği saldırıyı apartmanın önünde gerçekleştireceğini öngörmekteyse bu bakımdan saldırı neticesinde gerçekleşebilecek mala zarar vermeye ilişkin olası kastının varlığı kabul edilebilir.

---

126 Koca/Üzülmez, s. 500; Mustafa Ruhan Erdem, Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 257 vd.; karşı görüş için bkz. Balcı, s. 338.

127 Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", C. 63, S. 1-2, 2005, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 106; Özgenç, 2006, s. 419.

128 Koca/Üzülmez, s. 502

129 Özgenç, 2006, s. 571 vd.

130 Mahmutoğlu, s. 106; Balcı, s. 343-344.

C. ÇOCUKLARIN SUÇ İŞLENMESİNDE KULLANILMASINDA DOLAYLI FAİLLİK VE AZMETTİRME AYRIMI

1. Dolaylı Faillik ve Azmettirme Ayrımı

Azmettirme failde suç işleme kararının aldırılmasını sağlayan bir şeriklik şekliyken, dolaylı faillik suçun araç haline getirilen diğer bir kişi üzerinden işlendiği bir faillik türüdür. Kişinin suçun kanuni tanımındaki hareketi işlemeye yönlendirilmesi bakımından bu kavramlar arasında benzerlik bulunmaktadır.[131] Azmettirme ve dolaylı faillikte suçta ön planda olan kişinin iradesi üzerinde etki oluşturulması söz konusu olduğundan bu iki kavram birbirine karıştırılmaktadır. Azmettirmede suç işleme iradesinin kazandırılması yani failin suç işlemeye iknası söz konusudur. İkna suretiyle kişide suç işleme iradesi oluşturulmaktadır. Dolaylı faillik de ise suçta araç olarak kullanılacak kişinin iradesini arka plandaki kişiye devretmesi söz konusudur. Bu bakımdan suçta araç olarak kullanılan kişi ile dolaylı fail arasında obje ve süje ilişkisi yani fiilin icrasında hakim olma noktasında üstünlük durumu mevcuttur.[132] Dolaylı faillikte suçta araç olarak kullanılan kişi suç işlediğini bilmemektedir ya da cebir veya tehditle suç işlemek durumunda kalarak dolaylı failin objesi haline gelmektedir. Dolaylı faillikte suçta araç olarak kullanılacak kişi suistimal edilmekte ve süreç tamamen dolaylı failin kontrolü ve hakimiyeti altında yönetilmektedir.[133]

Azmettirmede, fail ile azmettiren arasında ortak bir suç işleme iradesi vardır.[134] Failde bulunan suç işleme fikri azmettiren tarafından inşa edilmektedir.[135] Fail özgür iradesiyle suç teşkil eden haksızlığı azmettirenin suç işletme yönündeki iradesinden etkilenerek ve iradesinin yozlaştırılmasıyla işlemektedir.[136] Bu bakımdan azmettirenle fail arasında kişisel bir ilişki bulunmaktadır. Dolaylı faillikte failin özgür iradesi bulunmamaktadır. Suçta araç haline getirilen kişi dolaylı failin iradesi doğrultusunda hareket etmekte, suç işleme kararını irade serbestisiyle almamaktadır. Azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki ayrım suç işlenirken ön plandaki kişinin iradesinin ne ölçüde kontrol edildiğine dayandığından, bu ayrımın fiil hakimiyeti teorisi ile açıklanması mümkündür.[137] Dolaylı faillikte irade üzerinde kurulan hakimiyetle fiil hakimiyeti sağlamakta, azmettirmede ise failin fiilinin nedenselliği sağlanmakta ancak fiil failin serbest iradesi doğrultusunda icra edilmekte, fiil üzerinde arka plandaki kişinin hakimiyeti bulunmamaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 20.01.2014 tarihli kararında azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki fark *"Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki en önemli fark ise, arkadaki kişi fiilin icrası safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettirme de ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir*

---

131 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 921.

132 Centel/Zafer/ Yenerer Çakmut, s. 503; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 921.

133 Özgenç, 1996, s. 199-200; Ali Kemal Yıldız, "Dolayısıyla Faillik", (ed. Kayıhan İçel), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 235-236.

134 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 921.

135 Özkan, s. 237.

136 Özgenç, 2023, s. 631.

137 Özkan, s. 236.

başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren azmettirdiği suçun işlenişi safhasında olayların seyrine hakim olamamakta, suçun işlenişi bakımından azmettirilene tabi olmaktadır. Azmettirmede aracı kişide suç işleme iradesi oluşturulurken, dolaylı faillikte aracının suç işlemeye zorlanması ve aslında suç işlemek istemeyen kişiye suç işletilmesi söz konusudur." şeklinde ifade edilmiştir.[138] Azmettirme ile dolaylı faillik arasında ayrıma ilişkin Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin görüşüyle aynı yönde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. [139] Azmettirmede faile suç işleme kararının aldırılması ve serbest iradesiyle suç işlemesinin sağlanması söz konusu iken dolaylı faillikte ön plandaki kişinin suçun kanuni tanımındaki hareketi işlemesi için iradesi ve fiilinin üzerinde hakimiyet kurularak suçta araç olarak kullanılması söz konusudur.

2. Çocukların Suç İşlenmesinde Kullanılması Bakımından Dolaylı Faillik ve Azmettirme Ayrımına İlişkin Değerlendirmeler

Çocuk, TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde *"henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi"* şeklinde tanımlanmaktadır. Çocuklara yönelik koruyucu yaklaşım ceza mevzuatımıza da yansımıştır. Ceza mevzuatımızda çocukların yargılanması ve cezanın infazına ilişkin özel hükümler bulunmaktadır.[140] Suç mağdurunun çocuk olması nitelikli hal olarak düzenlenerek suçun yaptırımı ağırlaştırılmıştır. Suça iştirak hükümlerine de bu durum yansımıştır. Çocukların suça azmettirilmesi, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hal olarak TCK'nın 38. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Suç işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaktadır (TCK m. 37/2). Dolaylı failin kusur yeteneği bulunmayan bir kişiyi araç olarak kullanması durumu da cezanın arttırılmasını gerektiren bir hal olarak madde kapsamında düzenlenmiştir. Çocukların suça yönlendirilerek suç işlenmesinde ön planda bulunduğu durumlarda çocuğun suça azmettirilmesi ve suçta araç olarak kullanılması bakımından dolaylı faillik söz konusu olmaktadır. Suçun icra hareketlerinin çocuklar tarafından gerçekleştirildiği suçlarda suça iştirak eden kişilerin iştirak statülerinin ve haliyle ceza sorumluluklarının tespitinde dolaylı faillik ve azmettirmenin karıştırılmaması önem taşımaktadır.

Çocuğun kusur yeteneğinin bulunmaması çocuğun suistimalinde kolaylık sağlamaktadır. Kusur yeteneği bulunmayanlarca da suç işlenmesi ve suça iştirak edilmesi mümkündür. Bu bakımdan kusur yeteneği bulunmayan bir kişinin suçun işlenişine katkıda bulunması bu kişinin mutlaka dolaylı fail olmasını gerektirmemektedir.[141] Dolaylı faillikten söz edilebilmesi için kusur yeteneğinin bulunmamasının veya zayıflığının sağladığı kolaylıkla kişinin iradesi ve dolayısıyla fiili üzerinde hakimiyet kurularak suçta araç olarak kullanılması gerekmektedir. Fiil hakimiyetinin bulunmadığı durumda kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması suça azmettiren olarak iştirak edilmesine engel

---

[138] Yargıtay 12. CD., E: 2013/2231, K: 2014/832, T. 20.01.2014, (https://karararama.yargitay.gov.tr/#).

[139] Koca/Üzülmez, s. 465; Hakeri, s. 541; Özgenç, s. 626-628; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 529; Centel/Zafer/Çakmut, s. 503; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 765.

[140] Detaylı açıklamalar için bkz; Hakeri, s. 363-369.

[141] Kayıhan İçel/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu /Yener Ünver, Suç Teorisi İkinci Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 400.

değildir[142]. Bu bakımdan suç işlenmesinde çocukların kullanılması durumunda azmettirme ile dolaylı faillik kavramlarının ayrımın yapılmasında fayda bulunmaktadır.

TCK'nın 31. maddesinde çocuklar kusur yeteneklerine göre üç ayrı yaş grubuna ayrılmıştır. Sıfır-on iki yaş aralığındaki çocuklar algılama ve irade yetenekleri bulunmadığından işlenilen suç nedeniyle kusurlu kabul edilmezler. Bu yaş gurubundaki çocuklar için TCK'nın bir ön kabulü bulunmaktadır. On iki-on beş yaş aralığındaki çocuklar bakımından ise böyle bir ön kabul bulunmamaktadır. Her somut olayda işlenilen suç bakımından çocuğun işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mevcudiyeti değerlendirilmektedir. On beş-on sekiz yaş aralığındaki çocuklar bakımından ise çocuğun gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algıladığı ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirebildiği ancak kusur yeteneğinin erişkin bir bireye göre zayıf olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda yakın tarihli Yargıtay içtihatlarında çocuğun kusur yeteneğinin incelenmesiyle çocuklar tarafından işlenilen suçlarda dolaylı fail tarafından araç olarak mı kullanıldıkları yoksa suça mı azmettirildiklerinin değerlendirildiği görülmektedir. Sıfır-on iki yaş aralığındaki çocukların kusur yetenekleri bulunmadığından suçta ancak araç olarak kullanılabilecekleri kabul edilirken, on iki-on beş yaş aralığındaki çocukların somut olayda suça ilişkin algılama ve irade yeteneğinin mevcut olup olmadığının incelenmesiyle azmettirme mi yoksa dolaylı failliğin mi mevcut olduğuna karar verilmektedir. Kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlarda çocuğun suçta araç olarak kullanıldığı kabul edilmektedir. On beş-on sekiz yaş aralığındaki çocukların yaş küçüklüğüne bağlı kusur yetenekleri erişkinlere kıyasla daha az gelişmiş olsa da gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anladıkları ve kusur yeteneklerinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu yaş grubundaki çocukların dolaylı fail tarafından suçta araç olarak mı kullanıldıkları yoksa suça mı azmettirildikleri erişkinlerdeki şekliyle genel hükümlere göre değerlendirilmektedir. Şeriklik ve faillik değerlendirmesi bakımından yaş küçüklüğünün etkisi bulunmamaktadır

On iki yaşından küçük çocuğun suçta araç olarak kullanılmasına ilişkin Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 13.03.2019 tarihli kararında lokantadan çanta çalmaya yönlendirilen dokuz yaşındaki çocuğun kusur yeteneği bulunmadığından, çocuğu çantayı çalmaya yönlendirenin suça azmettirmekten değil kusur yeteneği bulunmayan çocuğu suçta araç olarak kullanmaktan sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.[143] Yargıtay 17. Ceza Dairesi tarafından

---

142 Aydın, s. 149.

143 *"Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimin takdirine göre; suçun sanık tarafından işlendiğini kabulde, usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmış, diğer temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir. Ancak; 1)Olay yerinde olan sanığın, suçun işlenmesinde kullandığı çocuklardan birinin 2001 doğumlu olup suç tarihinde 9 yaşında olduğu ve kusur yeteneği olmadığı gözetildiğinde, sanığın "azmettiren" değil, "dolaylı fail" sıfatını haiz olduğu gözetilmeden, 5237 sayılı TCK'nın 37/2. maddesi yerinde 38/2. maddesi sevkiyle uygulama yapılması, 2)Sanığın suçu işlemede kullandığı çocukların, lokantada yemek yiyen müştekinin çantasını çalmaya teşebbüs etmelerinden ibaret eylemlerinin TCK'nın 142/1-b. maddesinde yer alan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanunun 141. maddesinin uygulanarak eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş,"* Yargıtay 13. CD., E: 2018/10887, K: 2019/3772, T. 13.03.2019, (https://karararama.yargitay.gov.tr/#); aynı yönde sıfır-on iki yaş grubu çocuklara yönelik tespit için bkz. *"Suça konu cep telefonunu işyerinden çalan şahıslar olan ve suç tarihinde 12 yaşından küçük olup cezai sorumluluğu bulunmayan ... ile suça sürüklenen*

gerçekleştirilen incelemede TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca kusur yeteneği bulunmayanların suçta araç olarak kullanılmasına ceza arttırımı öngörüldüğü ifade edilerek yaş küçüklüğü kapsamında bu arttırımın sıfır-on iki yaş aralığındaki çocukların kusur yeteneklerinin bulunmadığı, on iki-on beş yaş aralığındaki çocukların ise somut olayda incelenmek üzere gerçekleştirdikleri fiile ilişkin kusur yeteneklerinin bulunmadığı durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir.[144] Görüleceği üzere on beş-on sekiz yaş aralığındaki çocukların yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneklerinin bulunmadığı kabul edilmemekte ve bu bağlamda yaş küçüklüğüne dayalı olarak kusur yeteneklerinin bulunmadığından bahisle dolaylı fail tarafından suçta araç olarak kullanılamamaktadırlar. Bu yaş aralığındaki çocuğun suçta ön planda kullanılması söz konusuysa ve araç haline getirilmesine ilişkin akıl hastalığı, cebir veya tehdit kullanılması gibi yaş küçüklüğünden ayrı bir neden yoksa suça azmettirme ve doğrudan faillik hususları değerlendirilmelidir.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında ve doktrinde bazı yazarlar tarafından çocukların kusur yeteneklerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın çocukların suça yönlendirilmeleri durumunda işlenilen suçta azmettirmenin bulunduğu savunulmuştur.[145] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.1945 tarihli kararında on iki yaşından küçük çocuğun köye götürülmek ve elbise alınmak şeklindeki vaat ile kandırılıp annesinin paralarını getirmesinin sağlanmasında azmettirmenin varlığı kabul edilmiştir. Bu görüş savunulurken, azmettirmenin mevcut olması için failin kusurlu olmasının gerekmemesi, fail tarafından azmettirenin yönlendirdiği suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleştirilmesi ve eylemin hukuka aykırı olmasının bağlılık kuralı açısından yeterli olması gerekçe gösterilmektedir.[146] Çocuğun gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve mahiyetini tam anlamıyla kavrayabilecek durumda olmasa da fiilinin haksızlık muhtevasını belirli ölçüde algıladığı ve bu yönde iradesini oluşturduğu kabul edilerek de bu görüşün savunulması mümkündür.[147] Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin de benzer şekilde gerekçelendirdiği bir kararı

çocuğun kardeşi ...'ın, suçta kullanılması nedeniyle suça sürüklenen çocuğun dolaylı fail olarak kabul edilip TCK md.37/1,2 delaletiyle hüküm kurulduğunun belirtilmesi karşısında, suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCK'nın 37/2. maddesi uyarınca cezasından artırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi," Yargıtay 6. CD., E: 2021/2105, K: 2021/16872, T. 02.11.2021, (https://kararararama.yargitay.gov.tr/#); Yargıtay 13. CD., E: 2011/16513, K: 2012/20933, T. 10.10.2012, (https://kararararama.yargitay.gov.tr/#); Yargıtay 11. CD., E. 2021/36544, K: 2022/8291, T. 12.05.2022, (https://kararararama.yargitay.gov.tr/#).

144 "*Bu bağlamda akıl hastası, 12 yaşından küçükler veya 12-15 yaş arası olup da işlediği fiilin hukuki anlamını ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş bir kişiyi suçta kullanan kişinin belirlenen temel cezası bu madde uyarınca arttırılacaktır."* Yargıtay 17. CD., E: 2015/1562, K: 2015/4345, T. 17.06.2015, (https://kararararama.yargitay.gov.tr/#); ilk derece mahkemesi tarafından sanığın on iki-on beş yaş aralığındaki kardeşini suçta araç olarak kullandığına ilişkin gerçekleştirilen değerlendirmenin sanığın doğrudan suça katılmış olması ve kardeşini ne şekilde araç olarak kullandığının denetime olanak verecek şekilde gösterilmediğinden yerinde olmadığına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 6. CD., E: 2012/23727, K: 2014/21476, T. 04.12.2014, (https://kararararama.yargitay.gov.tr/#).

145 Yargıtay CGK, 81/78, K. T. 19.02.1945, (Aktaran: Hakeri, s. 545).

146 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hakeri, s. 545.

147 Sınar, s. 70.

bulunmaktadır.[148] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun eski tarihli bu kararını destekleyen görüşe göre çocukların suça azmettirilmesi mümkün olduğundan, kusur yeteneği bulunmayan çocukların suça yönlendirilmesi üzerine işlenen suçlarda çocuğun fiili üzerinde hakimiyeti söz konusuysa dolaylı failliğin aksi takdirde ise suça yönlendirme nedeniyle azmettirmenin mevcut olduğu kabul edilmektedir.[149] Bu bağlamda on iki yaşın altındaki bir çocuğun suça yönlendirildikten sonra kendi özgür iradesiyle suç işleme yönünde karar vererek hareket ettiği durumlarda suça yönlendiren kişinin azmettirmeden sorumlu olduğu ifade edilmektedir[150].

Kanaatimizce, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun eski tarihli kararında bu yönde değerlendirme yapmasının nedeni 765 sayılı (mülga) TCK'daki suça iştirake ilişkin düzenlemelerdir. 765 sayılı (mülga) TCK'nın 64. ve 67. maddeleri arasında suça iştirak şekilleri asli ve fer'i iştirak şeklinde ikiye ayrılmıştır. Asli iştirakin asli maddi olarak faillik ve asli manevi olarak azmettirme şeklinde iki şekli bulunmaktayken, fer'i iştirakin iki görünümü ise fer'i maddi yardım etme ve fer'i manevi yardım etmedir. 765 sayılı (mülga) TCK'da dolaylı failliğe ilişkin düzenleme bulunmadığından azmettirme hükümleri uygulanma cihetine gidilmiştir. Ancak bu uygulamada da 765 sayılı (mülga) TCK'nın kusuru suçun unsurlarından kabul etmesi dolayısıyla kusur yeteneğini haiz olmayan çocuklar tarafından suç işlenemeyeceğinden bu çocukların suça azmettirilmesinden de söz edilemeyecektir. Bu bakımdan karar 765 sayılı (mülga) TCK'ya aykırı olmuştur. Yargıtay kararına konu olayı incelediğimizde on iki yaşından küçük algılama ve irade yeteneğinin bulunmayan çocuğun köye götürülmek ve elbise alınmak şeklindeki vaatlerle kandırıldığı ve annesinin paralarını kendisini yönlendiren kişiye teslim ettiği görülmektedir. Somut olayda çocuğu yönlendiren kişinin hedefi çocuğun annesinin parasını çalmaktadır. Bu kişi çocuğu paranın tesliminde araç haline getirmiş, kandırarak paraların teslimi noktasında iradesi ve fiili üzerinde hakimiyet kurmuştur. Çocuğun suçta araç olarak kullanılmasının nedeni suçun gerçekleşmesi bakımından risklerin en aza indirilmesidir. Suç işlendikten sonra da çocuğun suça ilişkin görgü ve bilgisini ifade etmesindeki zorluk nedeniyle çocuğu suça yönlendiren kişi yakalanmamayı amaçlamıştır. Somut olayda çocuğu yönlendiren kişi çocuğu paraya uzanmak için adeta bir maşa olarak kullanmıştır. Yürürlükteki ceza hukuku sistemimize göre çocuğu suça yönlendiren kişi hırsızlık suçunu dolaylı fail olarak işlemiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun zikredilen kararına konu olayın benzeri Yargıtay'ın 11. Ceza Dairesi'nin 12.05.2022 tarihli kararına konu olmuştur[151]. Karara konu olayda, suça sürüklenen çocuk ile on yaşındaki

---

148 Kişi on üç yaşındaki yeğenini yangın çıkartmada araç olarak kullanmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi, çocuğun gerçekleştirdiği fiilin anlam ve sonuçlarını tam olarak kavrayabilecek durumda değilse de fiilinin haksızlık içeriğine haiz olduğu yeterli ölçüde idrak edebilecek seviyede olduğunu vurgulayarak somut olayda azmettirmenin mevcut olduğunu kabul etmiştir. (Özgenç, 1996, s. 234-235).

149 Çelen, 2020, s. 104.

150 Çelen, 2020, s. 104, dn. 279.

151 "*Suça sürüklenen çocuğun 10 yaşındaki mağdur ile komşu, mağdurun annesi ile suça sürüklenen çocuğun kanser hastalığından ölen annesinin samimi arkadaş oldukları, suça sürüklenen çocuğun*

çocuğun annelerinin arkadaş oldukları, suça sürüklenen çocuğun annesinin kanserden hayatını kaybettiği, suça sürüklenen çocuğun on yaşındaki çocuğa bacağındaki yaraları göstererek annesi gibi kanser hastası olduğunu ve bazı jeller kullanması gerektiğini belirterek kendisine para getirmesini sağladığı görülmektedir. Suça sürüklenen çocuğun hangi yaş grubunda olduğuna kararda açıkça yer verilmemiştir ancak değerlendirmelerden işlediği suç bakımından kusur yeteneğine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, ikna suretiyle on yaşındaki çocuğun evden para getirmesi sağlanarak üzerinden menfaat temin edildiğinden hırsızlık suçundan suça sürüklenen çocuğun dolaylı fail olarak sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun zikredilen eski tarihli kararından farklı yöndedir ve on iki yaşının altındaki çocuğun iradesine ve fiiline hakim olunarak suçta araç olarak kullanılması bakımından görüşümüz doğrultusundadır. Suça sürüklenen çocuk çalmak istediği parayı on yaşındaki çocuğun yeterince olgunlaşmamış olmasından faydalanarak ve onu anlattığı hikaye ile yönlendirerek temin etmiştir. On yaşındaki çocuk hırsızlık suçunda araç haline getirilmiş ve parayı temin noktasında üzerinde hakimiyet kurulmuştur. On yaşındaki çocuğun kolaylıkla üzerinde hakimiyet kurulmasının nedenini ise algılama ve irade yeteneği bakımından yetersiz olmasıdır.

Yukarıda da yer verildiği üzere Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında yer alan görüşüne göre ise, somut olayda suça yönlendirilen ve suç kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren çocuğun gerçekleştirdiği fiile yönelik kusur yeteneğin bulunup bulunmaması çocuğu suça yönlendiren kişinin azmettiren mi yoksa dolaylı fail mi olduğunu ortaya koymaktadır. Çocuğun gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamaması, kusur yeteneğinin bulunmaması arka planda yer alan kişiyi dolaylı fail haline getirmektedir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, TCK'nın iştirake ilişkin düzenlemeleri doğrultusunda çocuğun gerçekleştirdiği fiile yönelik algılama ve irade yeteneğinin bulunmadığı durumlarda çocuğun fiili üzerinde hakimiyet ve suçta araç olarak kullanılması söz konusu olduğundan dolaylı

---

kendi bacağındaki yara, bere ve çizikleri mağdura göstererek kendisinin de kanser hastası olduğunu bazı jeller kullanması gerektiğini, aksi takdirde kendisinin de annesi gibi öleceğini söyleyerek 2008 yılının kasım ayının ilk haftasında farklı tarihlerde toplam 6 kez 3.750 TL menfaat temin ettiği, mağdurun para getirmek istememesi üzerine bilahare suça sürüklenen çocuğun yağma suçunu işlediği, yağma suçundan kurulan hükümlerin Yargıtay denetiminden geçtiği, dolandırıcılık suçundan açılan bir davanın bulunmadığının belirtilerek bu suçtan kurulan hükmün de bozulduğu, ilk derece mahkemesinin ihbarı üzerine suça sürüklenen çocuk hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan açılan kamu davası neticesinde; ilk derece mahkemesince mükerrer dava sebebiyle verilen ret kararı suça sürüklenen çocuğun fiilinin yağmaya dönüşmeden önceki halinin mevcudiyetini koruduğu, yağma suçunda teselsül hükümlerinin uygulanmasının hukuken mümkün bulunmadığı nazara alınarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Ceza Dairesince kaldırılarak nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de; 10 yaşındaki mağdurun iradesinin hukuken geçerliliğinden bahsedilemeyeceği, bu sebeple var olmayan iradenin hile ile fesada uğratılmasının da hukuken mümkün olmadığı, 10 yaşındaki mağduru evden para getirmesi konusunda ikna ederek dolaylı fail olan suça sürüklenen çocuğun menfaat temin etme eyleminin suç tarihi itibariyle yürürlükte bulunan TCK'nin 142/1-b maddesinde düzenlenen nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğu belirlenerek yapılan incelemede; …". Yargıtay 11. CD, E: 2021/36544, K: 2022/8291, T:12.05.2022, (https://karararama.yargitay.gov.tr/#).

faillik mevcuttur.[152] Yargıtay'ın yakın tarihli yerleşik uygulaması bu görüş doğrultusundadır. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise çocuğun kusur yeteneğinin bulunmaması arka planda çocuğu yönlendiren kişi tarafından bilinmekteyse arka plandaki kişinin suça yönelik iradi hakimiyeti ve bilgisi bulunduğundan dolaylı fail olarak sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak çocuğun kusur yeteneğinin var olduğuna ilişkin bir kanıyla çocuğun yönlendirilmesi söz konusuysa yani çocuğun bu hali suistimal edilmiyorsa arka plandaki kişinin azmettirmeden sorumlu olduğu kabul edilmektedir.[153] Doktrindeki diğer bir görüş tarafından da sıfır-on iki yaş arası çocukların kusur yeteneklerinin bulunmadığından suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirdikleri durumda arka planda çocuğu yönlendiren şahsın dolaylı fail olduğu, bu yaş grubundaki çocukların azmettirilmesinin dolaylı faillik anlamına geldiği, on iki-on sekiz yaş aralığındaki çocuklar bakımından ise suça azmettirmeye ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceğinden bahisle çocuğun kusur yeteneği olmasa dahi suça azmettirilebileceği ve bu suretle suç işlenmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır.[154] Çocuğun işlediği fiile ilişkin kusur yeteneğinin bulunduğu durumlarda ise uygulamaya ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Çocuğa suç işleme kararının aldırıldığı durumda azmettirme, çocuğun iradesine ve fiiline hakim olunarak suçta araç olarak kullanıldığı durumda ise dolaylı faillik söz konusudur.

Dolaylı faillik ve azmettirme arasındaki ayrımda esas olan arka plandaki kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren kişinin iradesine ve gerçekleştirdiği fiile hakimiyetidir. Bu bakımdan suça yönlendirilen çocuğun iradesi ve fiili üzerinde hakimiyetin bulunmasına göre ikili bir ayrım yapılarak somut olayda dolaylı failliğin mi yoksa azmettirmenin mi bulunduğuna karar verilebilmektedir. Ancak çocuğun bulunduğu yaş aralığı algılama ve irade oluşturma yeteneğini etkilediğinden somut olaydaki fiili gerçekleştiren çocuğun yaş küçüklüğü kapsamında hangi yaş aralığında bulunduğu suçta araç olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti bakımından önem arz etmektedir. Çocuğun bulunduğu yaş aralığı ve buna bağlı kusur yeteneği çocuğun suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirirken arka plandaki kişinin hakimiyeti altında olup olmadığında belirleyicidir. Şeklen kusur yeteneği bulunmayan çocuğun suça azmettirilmesinden söz edilebilirse de kusur yeteneği bulunmayan çocuğun suça yönlendirilmesi durumunda çocuğun bu durumunun suistimal edilerek suçta araç haline getirildiğinin kabulü gerekmektedir.[155] Çünkü gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan bir çocuğun fiiline yönelik kastı da tartışma konusudur. Bu bakımdan

---

152 Özgenç, 2023, s. 627, dn. 1136; Sınar, s. 70-71; Aydın, s. 151.

153 Koca/Üzülmez, s. 472; Hakeri, s. 545; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem,2019, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 736.

154 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 529-530.

155 Özgenç, 2023, s. 627, dn. 1136.

kanaatimiz, Yargıtay'ın yakın tarihli içtihatları ve aynı yöndeki görüşler doğrultusundadır.[156]

SONUÇ

Dolaylı fail ile azmettirenin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde etki göstermeleri bu kavramları birbirine yaklaştırmakta hatta kavramların karıştırılmasına neden olmaktadır. TCK sistematiğinde fail ile şerik arasındaki ayrım fiil hakimiyeti teorisine göre yapılmaktadır. Fiil hakimiyeti teorisi ile suçun işlenmesinde iradi hakimiyet kurularak suç teşkil eden haksız fiilin denetim ve kontrol altında işlenmesini sağlayan, suçta bir başkasını araç olarak kullananın dolaylı fail, faili suç işleme kararı aldırarak bu yönde irade oluşturmasında etkili olan, bu nedensellik haricinde suçun işlenişine başka bir katkı sunmayanın ise azmettiren olduğu sonucuna varılmaktadır.

Çocukların kusur yeteneklerinin erişkinlere kıyasla yeterince gelişmemiş olması, çocukların kötü niyetli kişilerce suçta kullanılmalarına neden olmaktadır. Çocukların suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişi olmaları durumunda çocukları suçta ön planda, görünür şekilde kullanan kişilerin iştirak statülerinin tespiti ve ceza sorumluluklarının tayini önem arz etmektedir. Çocukların kusur yetenekleri, suçta arka plandaki kişinin aracı olarak kullanılmalarında kolaylık sağlamaktadır. Bu bakımdan çocukların suç işlemeye yönlendirilmeleri durumunda arka plandaki kişinin suça azmettiren mi yoksa dolaylı fail mi olduğunun ortaya koyulması lazımdır. Bu noktada çalışmada Yargıtay içtihatlarından örnekler ve doktrindeki görüşlere yer verilerek konuya ilişkin tartışmalara yer verilmiştir. İştirak statüsünün belirlenmesinde esas olan fiil hakimiyetinin bulunup bulunmadığıdır. Çocukların suçta araç olarak kullanılıp kullanmadıkları TCK sistematiğine uygun olarak arka plandaki kişinin fiil hakimiyetinin mevcut olup olmadığı incelenerek tespit edilmelidir. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli içtihatlarında da görüleceği üzere çocukların gerçekleştirdikleri fiile yönelik algılama ve irade oluşturma yeteneklerinin de bulundukları yaş aralığına göre bu kapsamda incelenmesi gerekmektedir. Çocuğun yaş küçüklüğüne bağlı algılama ve irade oluşturma yeteneği somut olayda arka plandaki kişinin hakimiyeti altına girip girmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. On dört yaşındaki bir çocukla, on yedi yaşındaki bir çocuğun veya beş yaşındaki çocuğun gerçekleştirdiği fiiller üzerinde aynı şekilde ve ayı kolaylıkla hakimiyet kurulamamaktadır. Somut olayda çocuk tarafından gerçekleştirilen fiil aynı olsa da çocuğun TCK'nın 31. maddesi kapsamında dahil olduğu yaş aralığına bağlı olarak algılama ve irade oluşturma yeteneği farklı olacağından yaşına ve bu bağlamda kusur yeteneğine bağlı olarak bir örnekte suçun işlenmesinde arka plandaki kişinin dolaylı failliğinden diğer bir örnekte ise azmettirmesinden söz edilebilir.

Şeklen, kusur yeteneği bulunmayanlar da suça azmettirilmektedir ancak buna dayanılarak çocukların bulundukları yaş aralıkları ve kusur

[156] Özgenç, 2023, s. 627, dn. 1136; Sınar, s. 70-71; Aydın, s. 151.

yeteneği göz ardı edilmemelidir. Yargıtay'ın eski tarihli kararına konu olayda[157] on iki yaşından küçük çocuğun köye götürülerek üzerine elbise alınacağından bahisle annesine ait paraları getirmesinin sağlanmasında çocuğa menfaat vaadiyle suç işleme kararı aldırılmamakta, çocuğun kusur yeteneğindeki eksiklikten faydalanılarak çocuk suçta araçsallaştırılmaktadır. TCK sistematiğine göre algılama ve irade oluşturma yeteneği bulunmayanların da kastla hareket edebileceği kabul edilmekte, kusur yeteneği suçun manevi unsurundan ayrı değerlendirilmektedir. Ancak azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki farkın suça yönlendirilen kişinin özgür iradesiyle suç işleme kararı almasıyla, dolaylı failin iradesi doğrultusunda yönlendirilmesi olduğundan kusur yeteneğinin bulunup bulunmaması bu noktada ayırt edici olmaktadır. Suça yönlendirilen çocuğun gerçekleştireceği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamaması ve bu doğrultuda iradesini yönlendiremiyor oluşu özgür iradesiyle suç işleme kararı almasını engellediği gibi çocuğu suçta araç haline getirmektedir. Çocuğun gerçekleştirdiği fiile yönelik kusur yeteneğinin bulunmaması bu fiile yönelik iradesinin başkalarına bağımlı olduğunu ve özgür iradesiyle suç işleme kararı almasını engellediğine karine teşkil etmektedir.

[157] Yargıtay CGK, 81/78, K. T. 19.02.1945, (Aktaran: Hakeri, s. 545).

KAYNAKÇA

Akbulut B, "Bağlılık Kuralı", C. XIV, S.1,2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.167-214.

Artuk M E/Gökcen A/Alşahin M E/ Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Balcı M, Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Centel N/ Zafer H/Yenerer Ç Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

Çelen Ö, "Sarhoşluğun Hareket ve Kusur Yeteneği Üzerinde Etkisi", C. VIII, S. 2, 2013, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 481-513.

Çelen Ö, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Demirel M, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Demirel M/ Kartal M, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.XXI Özel Sayı, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 457-490.

Dönmezer S/Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, 14 .Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

Erdem M R, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", C. 14, S. 5, 2005, Hukuk Perspektifleri Dergisi, s. 204-215.

Erdem M R, Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

Erdem M R, "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", C.II, S. 1-2, 2014, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 255-307.

Gökcen A/ Balcı M, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", C. XVII, S. 1-2, 2011, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 95-218

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım II, (ed. Yener Ünver), 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.

İçel K/Sokullu A F/Özgenç İ/Sözüer A/Mahmutoğlu F S/ Ünver Y, Suç Teorisi İkinci Kitap, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Kaymaz S, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenilen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", C. XVI, S. 2, 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 117-168.

Kitapçıoğlu Y, Tülay Ö, Suç, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul, 2021.

Koca M, "İntihara Yönlendirme Suçu", C. 5, S. 12, 2010, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 19-40.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Mahmutoğlu F S/Karadeniz S, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Mahmutoğlu F S, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", C. 63, S. 1-2, 2005, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 57-112.

Otacı C, "Türk Ceza Hukukunda İştirak", 2007, Ceza Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi, ss.77-110.

Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,1992.

Önok R M, Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Özgenç İ, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", C. 4., S.1-2,1994, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.159-190.

Özgenç İ, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, 1. Baskı, İBB Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996.

Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Özkan H, Ceza Hukukunda Azmettirme,1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Öztürk B/Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Öztürk B/Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Öztürk M K, "Türk Ceza Kanunu'nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)", C.13, S. 1, 2023, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 255-307.

Sınar H, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", C.6, S. 15, 2011, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 59-86.

Taşkın K B, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, "İştirak", https://sozluk.gov.tr/, (s.e.t. 19.11.2024).

Üzülmez İ, "Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)", C.1, S. 2, 2006, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 79-95.

Yıldız A K, "Dolayısıyla Faillik", (ed. Kayıhan İçel), Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26-27 Mart 1997), 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.

CEZAEVİ OMBUDSMANLIĞI: ABD VE İNGİLTERE SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

Prison Ombudsman:A Comparative Analysis of the U.S. and England's System

Sibel GÜZELDAĞ*

"Bir ulusun gerçekten tanınabilmesi, ancak hapishanelerine girildiğinde mümkündür, derler. Bir ulus, en ayrıcalıklı vatandaşlarına nasıl davrandığına göre değil, dezavantajlı bireylerine ve mahkûmlarına nasıl muamele ettiğine göre değerlendirilmelidir."[1]

Öz: Cezaevi ombudsmanlığı, mahkûm haklarının korunması, cezaevi koşullarının iyileştirilmesi açısından önemli bir denetim mekanizmasıdır. 20'nci yüzyılın ortalarından itibaren ombudsmanlık sistemi, birçok ülkede insan hakları ihlâllerini önleme ve cezaevi yönetimde hesap verebilirliği sağlamayı hedeflemiştir. ABD'de eyalet düzeyinde, İngiltere'de ise merkezi bir yapılanma göstermektedir. Her iki sistem de mahkûm şikâyetlerini ele alma, insan hakları ihlâllerini önleme ve rehabilitasyon süreçlerinde önemli rollere sahiptir. ABD modelinde farklı yerel uygulamalar avantaj sağlarken, İngiltere modelinde sürece göçmen geri gönderme merkezlerinin dahil edilmesi ve gözaltında ölüm olaylarının soruşturulması yapıyı daha etkili hâle getirmektedir. Makalede, her iki modelin benzer ve farklı yönleri incelenmiş, uygulamaya dair örneklere yer verilmiştir. Cezaevlerinin insan onuruna yakışır bir standarda kavuşturulması, iyi yönetişim ilkelerinin ve bağımsız denetim mekanizmalarının benimsenmesiyle mümkündür.
Anahtar Kelimeler: Ombudsman, Cezaevi Ombudsmanlığı, Denetimli Serbestlik, Mahkûm Hakları, İyi Yönetişim

Abstract: Prison ombudsman is an important oversight mechanism to protect prisoners' rights and improve prison conditions. Since the mid-20th century, the ombudsman system in many countries has aimed at preventing human rights violations and ensuring accountability in prison administration. It is organised at the state level in the U.S. and at a centralised level in England. Both systems have important roles in handling prisoner complaints, preventing human rights violations and rehabilitation processes. In the U.S. model, different local practices provide advantages, whereas in English model, the inclusion of immigration removal centres and the investigation of deaths in custody make the structure more effective. In this article, similar and different aspects of both models are analysed and examples from practice are given. The restoration of prisons to a standard befitting human dignity is possible through the adoption of good governance principles and independent oversight mechanisms.
Keywords: Ombudsman, Prison Ombudsman, Probation, Prisoner Rights, Good Governance

* Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, sibelsguzeldag@gmail.com
ORCID: 0000-0002-8596-521X DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676857

1 Nelson Mandela, Long Walk to Freedom, Back Bay Books, 1994, s. 136.

Makale Geliş Tarihi: 24.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 13.03.2025

GİRİŞ

Yirmi bir yaşındaki Timothy Joe Souders, olaylar ölümcül bir hâl aldığında, tutuklanmaya direnme, saldırı ve polis malına zarar verme suçlarından Michigan'daki bir hapishanede bir ila dört yıl arasında hapis yatmaktaydı. Manik depresyon ve psikoz tedavisi gören Souders, 2 Ağustos 2006 tarihinde bazı "asi davranışlar" gösterdi. Bunun üzerine *gömme dolap büyüklüğünde çelikten bir tecrit hücresine* yerleştirildi ve burada tutuldu. Yakındaki bir hücrede tutulan ve görme engelli bir mahkûm olan Henry Franklin, susuz kalan Souders'ın boğulur gibi olduğunu ve su istediğini duydu, kendi hücresinin kapısını tekmeleyerek ve gardiyanlara bağırarak Souders'a yardım etmeye çalıştı. Kendisine "çeneni kapa ve işine bak" denildi. Franklin'in çabalarına rağmen, Souders hayatının son dört gününü bu çelik hücrede geçirdi: Çıplak olarak, elleri ve ayaklarından çelik yatağa bağlı hâlde, kendi idrarında içerisinde yatıyordu. Bulunduğu hücrenin sıcaklığı 41 dereceydi ve ne doktor ne de psikiyatrik bakım hizmeti vardı. Souders'ın ölümünü ortaya çıkaran ve mahkeme tarafından atanan cezaevi gözlemcisi Dr. Robert Cohen, bu ölümün "korkunç, gereksiz bir trajedi" olduğunu yazdı.[2]

Timothy Joe Souders'ın trajik ölümü, cezaevi sistemindeki denetimsizlik, kayıtsızlık ve ihmâller zincirini gözler önüne sermektedir. Souders, insani olmayan koşullarda hayatını kaybetmiş; bu durum, cezaevi sistemlerinde bağımsız ve adil bir denetim mekanizmasına duyulan ihtiyacı çarpıcı bir biçimde ortaya koymuştur. İnsan hakları ihlâllerine yol açan bu yapısal sorunlar, "yaşam hakkı"nı dahi göz ardı eden bir sistemin varlığının kanıtıdır. Oysa iyi yönetişim ilkelerine dayalı cezaevi sistemi, bu tür trajedileri önleyebilecek niteliktedir. Bağımsız denetim mekanizmalarının varlığı, diğer bir ifade ile cezaevi ombudsmanlığı kurumları, bu yapısal sorunların çözümünde kilit role sahiptir.

I. CEZAEVİ OMBUDSMANLIĞI

A. CEZAEVİ OMBUDSMANLIĞININ ORTAYA ÇIKIŞI

Cezaevi ombudsmanlığı, bazı ülkelerde mahkûm haklarının korunması, cezaevi şartlarının iyileştirilmesi, şikayetlerin yönetime iletilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Mahkûmların temel ihtiyaçlarının karşılanmaması, insan hakları ihlâlleri, cezaevlerinin yetersiz fiziksel koşulları, şiddet olayları ve güvenlik zafiyetleri gibi sorunlar, cezaevlerinin temel problemleridir. Bu ve benzer sıkıntılar kaos yaratmakta ve zamanla isyana yol açmaktadır. 1960'lar ve 1970'lerde, cezaevlerinde yaşanan sorunların değerlendirilmesi, mahkûm haklarının korunması ve etkin şikâyet mekanizmasının oluşturulması amacıyla cezaevi ombudsmanlığı konusunda önemli çalışmalar yapılmıştır. ABD, İngiltere Almanya gibi ülkelerde bu ombudsmanlık türü "mahkûm haklarını koruma" amacına yönelmiş ve etkili denetim modeli olarak cezaevi ombudsmanlığı sistemini kabul etmiştir.[3] Yapıları ve fonksiyonları zaman zaman farklı olsa da

---

[2] Brian D. Heskamp, "The Prisoner's Ombudsman: Protecting Constitutional Rights and Fostering Justice in American Corrections", C. 6, S. 2, 2008, Ave Maria Law Review, s. 528, Heinonline.

[3] S. Mustafa Önen/ Selin Engin, "Birleşik Krallık'ta Cezaevi Ombudsmanlığı: Türkiye'ye Uygulanabilirliği, Ombudsman Akademik", C. 5, S. 10, 2019, s. 18, [https://dergipark.org.tr/tr/pub/ombudsmanakademik/issue/47302/559533; (s.e.t.

cezaevi ombudsmanlığının en temel amacı cezaevlerinde yaşanan sorunları çözüme kavuşturmaktır. Ombudsman kamu kurumları ve çalışanlarına dair şikayetleri inceleyerek aksaklıkları tespit eder, çözüm yolları geliştirir ve bu konularda öneriler sunar. Ayrıca, aksaklıkların giderilmesiyle ilgili tavsiyede bulunur ve durum hakkında rapor hazırlar.[4] Ombudsmanların, cezaevi yönetiminden bağımsız olarak çalışmaları, "güvenilirlik" açısından kritik öneme sahiptir.

B. TANIMI VE TARİHÇESİ

Ombudsmanlık sisteminin kuruluşu 19'uncu yüzyılın başlarına uzanmaktadır. İsveç Kralı XII. Charles'ın ordusu Poltava Meydan Savaşı'nda (1709) yenilgiye uğrar, Kral ve beraberindeki heyet Osmanlı Devleti'ne sığınır. Beş yıl boyunca sürgünde kalan Kral'ın ülkesinde ise "rüşvet, insan kayırma, vergide adaletsizlik ve yolsuzluk" baş gösterir. Bu sorunlarla başa çıkmak ve Kral adına hareket eden kamu görevlilerini denetlemek amacıyla 1713 yılında "Yüksek Vekil" ("*Hogste Ombudsmannen- Supreme Procurator*") olarak bir kişi atanmıştır. "*Uzaktaki kralın gözü ve kulağı*" olarak görev yapan bu denetçiler, yüz yıl boyunca Kral tarafından atanmış ve anayasal statüye ancak 1809 yılındaki anayasa reformu ile kavuşmuşlarıdır.[5] Böylece tarihteki ilk "parlamento ombudsmanlığı" kurumu oluşmuştur.[6] Zaman içinde anayasal gelişmelerle birlikte ombudsmanlık sistemi farklı alanlarda ilerleme göstermiştir.[7] Ombudsmanın temel görevleri arasında şunlar yer almaktadır: Temel hak ve özgürlüklerin korunması, kötü yönetimin varlığı hâlinde vatandaşları idare karşısında savunulması, idare ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ve yolsuzlukla mücadeledir.[8] Tabii bu bahsettiklerimiz ombudsmanın genel görevlerine örnektir; ülke uygulamalarına göre görev alanları çeşitlilik göstermektedir. Genel bir ifade ile Ombudsmanın görev ve yetkilerini altı başlık altında toplamak mümkündür: "Şikâyetleri inceleme ve değerlendirme, inceleme ve denetim, mevzuatı geliştirme, danışma ve raporlama" şeklindedir.[9]

Cezaevi ombudsmanlıkları farklı adlarla anılsa da benzer roller üstlenmektedir. Örneğin, ABD'de bu sistem "Cezaevi Ombudsmanı" ("*Prison/Corrections Ombudsman*"), İngiltere ve Galler'de ise "Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanı" ("*Prison and Probation Ombudsman*") olarak adlandırılmaktadır.[10]

10.11.2024)]; "Ombudsmanlık (Dünyada Uygulanan Özel Amaçlı Ombudsmanlık Türleri ve Uygulamaları)", (ed.) Oğuzhan Erdoğan, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 96.

4 Hasan Tahsin Fendoğlu, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 63; Muhammed Serkan Şahin, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Uygulama Örnekleri, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 21.

5 Şahin, s. 21; Fendoğlu, s. 61; Geoffrey Sawer, Ombudsmen, Melbourne University Press, 1964, s. 7.

6 Robert H. Fulmer, "The Prison Ombudsman, Social Service Review", C. 55, S. 2, 1981, s. 306, http://www.jstor.org/stable/30011474; Stig JAGERSKIOLD, "The Swedish Ombudsman", C. 109, S. 8, 1961, University of Pennsylvania Law Review, s. 1080 [(https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol109/iss8/2, (s.e.t. 11.11.2024)].

7 Fendoğlu, s. 61; Şahin, s. 60.

8 Fendoğlu, s. 65; Şahin, s. 30.

9 Fendoğlu, s. 66-69.

10 Fendoğlu, s. 87.

C. OMBUDSMANLIK YAPISININ SUÇ VE CEZA SİSTEMİNDEKİ YERİ

Bir cezaevinin işleyişinde uyumsuzluğa ve kişiler arası çatışmaya yol açan pek çok neden vardır. Cezaevlerinin sınırlı yapısı göz önüne alındığında, mahkûmların aile bireylerinden fiziksel ve psikolojik olarak uzak kalması, diğer mahkûmlarla zorunlu yakınlık, mahkûm ve personel arasındaki sorunlar, ceza sürelerinin doğasından kaynaklanan etkiler gibi unsurlar ön plana çıkmaktadır.[11] Bu nedenle, cezaevlerinde yönetim ve mahkûmlar arasında denge sağlayabilecek bir mekanizmaya, yani bir arabulucuya ihtiyaç olduğu açıktır. Bu bağlamda, Ombudsman kavramı "denge ihtiyacına iyi bir yanıt" olarak değerlendirilebilir. Ombudsmanlık, cezaevlerinin "insanileştirilmesi" yönünde önemli bir adım olarak görülmektedir.[12] Cezaevlerinin yanı sıra nezarethaneler, göçmen ve sığınmacıların tutulduğu geri gönderme merkezleri türü yerlerde denetleme yetkisine sahip ombudsmanlar, sorunların etkin ve hızlı çözülmesine katkıda bulunmaktadır.[13] Bu durum, yalnızca insan hakları ile ilgili değil; bireyin ve kurumun doğasında var olan bütünlük ve değerler arasındaki sağlıklı gerilimin (denge durumun) oluşturulması ve tanınmasından kaynaklanmaktadır.

ABD ve İngiltere, farklı yönetsel ve yasal yapılar sahip olmalarına rağmen, cezaevi ombudsmanlık sistemleri aracılığıyla, mahkûm haklarına ilişkin "etkili" denetim mekanizmaları kurmuşlardır.

II. ABD'DE CEZAEVİ OMBUDSMANLIK MODELİ: YAPISAL ÖZELLİKLER VE İŞLEYİŞ

A. ABD'NİN POLİTİK VE İDARİ YAPISI

ABD'nin politik ve idari yapısı, federal devlet modeli ve başkanlık sistemi üzerine inşa edilmiştir.[14] Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında dengeli güç ve yetki paylaşımı ("*checks and balances*") bulunmaktadır. Yasama ve yürütme birbirinden kesin olarak ayrılmıştır; Başkan, Meclis'i feshedemez, Meclis de istisnai hâller dışında Başkanı azletme yetkisine sahip değildir.[15] Yasama yetkisi iki meclisten oluşan Kongre'ye aittir.[16] Temsilciler Meclisi eyaletlerin nüfusa göre temsil edildiği, dört yüz otuz beş üyeden oluşmaktadır. Üyeler, halk tarafından iki yıllık süre için seçilir. Senato ise yüz üyeden oluşmaktadır. Her eyalet iki senatör tarafından temsil edilir ve altı yıllık süreler için seçilir. Kongre, federal bütçeyi onaylama, savaş ilan etme, vergileri belirleme ve federal yasaları kabul etme yetkisine sahiptir.[17] Yürütme yetkisi hem devletin hem de yürütmenin başı olan ABD Başkanı'na aittir. Başkan dört yıllık süre için ve iki aşamalı halk

---

11 Fulmer, s. 302.
12 Fulmer, s. 302-303.
13 Fendoğlu, s. 67-68.
14 İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, s. 117; Bekir Parlak/ Caner Cantürk, Karşılaştırmalı Siyasal ve Yönetsel Yapılar, Değişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 148.
15 Atilla Yayla, Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2014, s. 70.
16 Parlak/ Cantürk, s. 153.
17 https://www.congress.gov/, (s.e.t. 13.11.2024).

oylamasıyla seçilir.[18] En fazla iki dönem görev yapabilir. Başkanın yetki ve görev alanı: Federal yasaların uygulanması, uluslararası anlaşmaların müzakere edilmesi ve onaylanmak üzere meclise sunulması, veto yetkisi, Bakan ve yüksek yargı mensuplarının atanması, kongre ya da meclisi olağanüstü toplantıya çağırma ve silahlı kuvvetlerde başkomutan sıfatıyla görevin icrasıdır.[19] Federal Anayasa'ya göre federal hükümetin yetki alanına girmeyen yetkiler eyaletlere ve halka aittir. Her eyaletin kendi anayasası ile ayrı yasama, yürütme ve yargı organı bulunmaktadır. Eyaletler ve federal hükümet arasındaki yetki paylaşımı, Federal Anayasa ve Yüksek Mahkeme kararıyla düzenlenmiştir.[20] Yargı yetkisi ise Yüksek Mahkeme ve Kongre tarafından oluşturulan diğer mahkemelere aittir.[21] Bu yetki, federal kanunların yorumlanması ve uygulanmasını, eyaletler arası hukuki uyuşmazlıkların çözümünü ve Anayasa'ya aykırılık iddialarını içermektedir. ABD'de adli ve idari yargı ayrımı bulunmamaktadır.[22] İdari yapı açısından değerlendirildiğinde, eyaletler kendi içlerinde il, ilçe ve diğer alt birimlere ("*country, municipality, town, township*") ayrılmaktadır.[23] Her eyaletin görev ve yetkileri eyalet yasaları ile belirlenmiştir. Eyalet yürütme gücünün başında ise vali bulunmaktadır.

B. OMBUDSMANLIK SİSTEMİNİN ABD'DEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

1960'lar, ABD'de ombudsmanlık sisteminin gelişmeye başladığı dönem olarak kabul edilmektedir. O dönemde ABD cezaevleri oldukça kalabalık, sağlık hizmetleri yetersiz ve mahkûmlara yönelik kötü muamele yaygındır. Bu süreçte ombudsmanlık sistemi, mahkûmları hak ihlâllerine karşı korumak amacıyla yaygınlaşmıştır. İlk "klasik ombudsmanlık ofisi" 1969 yılında Hawaii'de kurulmuştur. Bu kurum, hükümetin idari süreçlerinin vatandaşlar üzerindeki etkilerini ele alan "bağımsız denetim mekanizması" olarak tasarlanmıştır.[24] Amerikan modelinde, bu kurumlar yasa ile kurulmakta ve geniş soruşturma yetkilerine sahip olmaktadır.[25]

---

18 Kaboğlu, s. 117; Parlak/ Cantürk, s. 161-162; Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı. Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 599; Ayrıca bkz. https://constitution.congress.gov/browse/essay/intro.7-2/ALDE_00000031/ (s.e.t. 22.11.2024).

19 Parlak/ Cantürk, s. 162; Göze, s. 540 vd.; Cengiz Derdiman, Anayasa Hukuku, Alfa Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 79.

20 Bekir Parlak, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Ombudsmanlık Kurumu: Yapısal ve İşlevsel Analiz", (Ed.) Bekir Parlak/ Kadir Caner Doğan, Karşılaştırmalı Ombudsman İncelemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 165-166.

21 https://constitution.congress.gov/browse/essay/intro.7-2/ALDE_00000031/ (s.e.t. 22.11.2024).

22 Parlak, "Ombudsman...", s. 168.

23 https://www.usa.gov/state-local-governments (s.e.t. 22.11.2024).

24 Larry B. Hill, "The Ombudsman Revisited: Thirty Years of Hawaiian Experience", Public Administration Review, C. 62, S. 1, 2002, s. 24[http://www.jstor.org/stable/3110280 (s.e.t. 22.11.2024)].

25 Fendoğlu, s. 150.

Mahkûm şikayetleri cezaevi ombudsmanlığı sisteminin gelişiminde oldukça önemli bir role sahiptir gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır.[26] Örneğin, 1971 yılında yaşanan *Attica Hapishane İsyanı*, cezaevlerindeki şikâyet mekanizmalarının yetersizliğini net bir şekilde gözler önüne sermiştir.[27] 1975 yılından itibaren ABD'de cezaevi ombudsmanlık sistemi, yerel ve federal düzeyde "Cezaevi Ombudsmanı" ("*Prison Ombudsman*") adı altında uygulanmaya başlamıştır.[28] Bu sistemde cezaevi ombudsmanlığı, Ombudsmanlık Ofisi" ("*Office of the Ombudsman*") çatısı altında faaliyet göstermektedir.

Mahkûm haklarının korunması, cezaevi koşullarının yetersizliği, sistematik sorunlar ile hak ihlâlleri, cezaevlerinde yaşanan temel problemlerdir. Bu bağlamda cezaevleri, yalnızca ceza infaz mekânları olarak görülmemelidir; mahkûmların rehabilitasyon sürecini destekleyen, insan onuruna yakışır bir ortam olarak yeniden ele alınmalıdır. Bu noktada, ombudsmanın rolü son derece önemlidir. Ombudsmanlık, ihlâllerin tespit etmek, çözüm geliştirmek ve ceza infaz sistemini daha insancıl bir hale getirmek için kritik bir işleve sahiptir. Ayrıca yargı sürecin yavaş ve maliyetli olması nedeniyle ombudsmanlık, alternatif çözüm yolu olarak öne çıkmaktadır.[29]

20'nci yüzyılın ikinci yarısında, bazı eyaletlerde ombudsmanlık ofisleri kurulmuş (Colorado, Delaware ve Washington hariç)[30] ve mahkûm haklarının korunması açısından önemli bir adım atılmıştır.[31] ABD'de merkezi yapıda cezaevi ombudsmanlık sistemi bulunmamaktadır. Her eyalet, kendi yasal düzenlemelerine göre bağımsız veya yarı bağımsız ombudsmanlık yapıları oluşturmuştur. Bu yapılar, cezaevlerinde meydana gelen ihlâlleri incelemek, ayrıca mahkûmlara ve ailelerine başvuru yapabilecekleri bir kanal sunmak amacıyla faaliyet göstermektedir.[32]

"Ombudsman" kurumunun işlevselliği açısından "dört temel kriter" belirlenmiştir: "Etkinlik, adalet, kamu hesap verilebilirliği ve ombudsmanın soruşturma yetkisine sahip olanlardan bağımsız" olmasıdır.[33] Bu sistem bağımsız, şeffaf ve hızlı bir mekanizma vasıtasıyla mahkûm haklarının korunmasını ve cezaevi yönetimi ile mahkûmlar arasında bir "denge kurulmasını amaçlamaktadır.[34] Ombudsman, bir avukat olarak düşünülmemelidir. Savunma, bir strateji olarak kullanılabilse de bu felsefe ombudsmanın temel işlevi değildir. Bir ombudsmanlık ofisi için üç temel özellik aranmaktadır: İdari

---

26 William G. Haemmel, "The Ombudsman, or Citizens' Defender-The North Carolina Experience", North Carolina Central Law Review, C. 10, S. 2, 1979, s. 232, [https://archives.law.nccu.edu/ncclr/vol10/iss2/4, (s.e.t. 22.11.2024)].

27 Lance Tibbles, "Ombudsmen for American Prisons", North Dakota Law Review, C. 48, S. 3, 1971, s. 383.

28 Fendoğlu, s. 92.

29 Tibbles, s. 389-400.

30 Beş eyalette: Hawaii (1969), Nebraska (1971), Iowa, Alaska (1972), Alaska (1975), Arizona (1976)'da İskandinav türü "klasik ombudsman"lık ofisleri oluşturulmuştur [https://www.usombudsman.org/about/history-of-the-public-sector-ombudsman/ (s.e.t. 13.11.2024)].

31 Hill, s. 24; Haemmel, s. 232; Fendoğlu, s. 92.

32 Hill, s. 24.

33 https://www.usombudsman.org/essential-characteristics-of-a-classical-ombudsman/ (s.e.t. 13.11.2024).

34 Theartrice Williams, "The Minnesota Corrections Ombudsman", Social Work, C. 20, S. 6, 1975, s. 488, https://doi.org/10.1093/sw/20.6.488

sorumluluklardan muafiyet, soruşturmaya tam erişim hakkı, hukuk davalarında sınırlı dokunulmazlık hâlidir. Cezaevi ombudsmanlığı sistemine baktığımızda, bu sistemin ilk olarak Minnesota eyaletinde "Düzeltme ve İyileştirme Ombudsmanı" ("*Corrections Ombudsman*") adı ile uygulandığı görülmektedir.[35] Bu model, mahkûmlar ve cezaevi personeli için bağımsız bir başvuru mekanizması sağlayarak şeffaflık ve hesap verebilirliği artırmıştır.

C. ABD CEZAEVİ OMBUDSMANI GÖREV ALANI

İdari sorumluluklardan muafiyet, genellikle bürokratik ve siyasi baskılardan uzak bir çalışma ortamı sağlamak amacıyla düşünülmektedir. ABD'deki cezaevi ombudsmanlarının bu baskılardan korunmasına yönelik iki örnek olarak Güney Carolina ve Ohio eyaletlerinde bulunan ombudsman ofisleri gösterilebilir. Her iki eyalette de bu ofisler, cezaevi sistemlerinin departman yapıları içerisinde yer almaktadır.[36] İlk ceza infaz ombudsmanının bulunduğu eyalet olan Minnesota'da, ombudsman vali tarafından atanmaktadır. Bu sistemde, eyalet ve ilçe ceza infaz kurumlarına atanmış ombudsmanlar, bürokrasiden bağımsız bir yapı sergilemekle birlikte, yalnızca valilik makamının siyasi olarak gölgesinde kalma riski taşımaktadır. Ülke geneli düşünüldüğünde, Minnesota Ombudsmanlık Programı genel anlamda başarılı bir model olarak kabul edilmiştir. Bu program mahkûmlara, personele ve idareye yardım sağlamakla birlikte onlarla iletişimi muhafaza ederek, görünürlüğü ve güvenilirliği korumuştur.[37] Geniş yetkilere sahip olan bu ombudsmanlık modeli; hapishanelere erişim, mahkûmlarla gizli görüşme yapma, Ceza İnfaz Kurumu'nun kayıt ve belgelerine sınırsız erişim hakkı ve sistematik sorunlara yönelik çözüm önerileri sunma gibi yetkilerle donatılmıştır.[38] Şikayetlerin hızlı şekilde çözümlenmesi ve sistematik reformların hayata geçirilmesi açısından bu model, etkili bir örnek teşkil etmektedir.[39]

Ombudsmanlık kurumunun yapısındaki ikinci temel unsur, ombudsmanın soruşturmalara erişim hakkına sahip olması ve şikâyetçilerin ombudsmana kolayca ulaşabilmesidir. Bireylerin kolaylıkla ombudsmanla iletişime geçmesi ve şikâyette bulunması sağlanmalıdır. Bunun için: Dava süreçlerinin tamamlanması ya da diğer hukuki yolların tüketilmesi, şikâyetlerin yazılı olarak yapılması veya başvuru ücretinin alınması şeklinde formaliteler talep edilmemelidir. Bazı eyaletlerdeki ombudsmanlık ofisleri (örneğin Minnesota, Connecticut), cezaevi kurumlarını düzenli olarak ziyaret ederek, bilgiye doğrudan erişim sağlamaktadır. Diğer eyaletlerde (örneğin Iowa) ombudsmanlık faaliyetlerinin büyük bölümü posta ve telefon yoluyla yürütülmektedir. Her iki yöntemin de farklı vakalar üzerinde belirgin etkileri bulunmaktadır. Şikâyet alındıktan ve soruşturma açılmasına karar verildikten sonra, ombudsman, şikâyetin çözümlenmesi için her türlü bilgiye erişim hakkına sahip olmalıdır.[40] Hawaii ve Iowa uygulamalarını incelendiğinde, bu bağımsız

---

35 Williams, s. 488.

36 Fulmer, s. 307.

37 Fulmer, s. 308; Williams, s. 488.

38 Williams, s. 488.

39 Roger Henham, "Some Alternative Strategies for Improving the Effectiveness of the English Prisons Ombudsman Scheme", C. 39, S. 3, 2000, Howard Journal of Criminal Justice, s. 293, HeinOnline.

40 Fulmer, s. 308.

ofislerin mahkûm haklarını koruma ve cezaevi personeli ile mahkûmlar arasındaki iletişimi sağlama konularında başarılı oldukları görülmektedir.[41]

ABD'nin California eyaletindeki ombudsmanlık sistemini incelediğimizde, meselenin yüzü farklılaşmaktadır. California Cezaevi Ombudsman Ofisi ("*CDCR Ombudsman Office*"), California Ceza İnfaz ve Rehabilitasyon Departmanı'na bağlıdır.[42] Bu ofis, mahkûmlardan ve ailelerden gelen şikâyetleri değerlendirip çözüm önerileri sunarken aynı zamanda kendi inisiyatifiyle mahkûm sağlığı ve güvenliği konularında araştırmalar yapabilmektedir.[43] Belirli durumlarda soruşturma açmayı reddetme yetkisi de bulunmaktadır.[44]

İdeal ombudsman, yaratıcı metodoloji geliştirme yeteneğine, güven ve istikrara sahip olmalı; bunların yanında en önemlisi "vicdan" sahibi bir kişilik taşımalıdır.[45] Etkili bir cezaevi ombudsmanı, mahkûmların görüşlerini iletebilmeleri için bir platform sağlamalıdır.[46] Cezaevi yapısı içerisinde mahkûm haklarının güvence altına alınmadığı durumlarda, insan onurunu koruyacak alternatif yollar aranmalıdır. Cezaevi ombudsmanları, cezaevlerinin demokratikleşmesi, insan hakları ve hukuka dayalı dayalı yeni yaklaşımların geliştirilmesi çabalarının mantıklı bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir.[47]

1. Bağımsızlık

Bağımsız bir ombudsmanın en önemli görevlerinden biri, ofisin vakalarını, bulgularını ve sonuçlarını açıklayan bir Yıllık Rapor hazırlayarak bu raporu yasama organına ve valiye sunmaktır.[48] Ombudsman, yasama organına bağlı bir görevli olmasına rağmen, bağımsızlık açısından İskandinav modeli takip edilmiştir. Bu modelde, ombudsmanın görevlerini siyasi ve idari baskılardan tamamen bağımsız bir şekilde yürütmesi amaçlanmıştır.[49] Minnesota'da ombudsman vali tarafından atanmaktadır ayrıca genel eğilim, ombudsmanlık ofisinin yasama ya da yürütme organlarından bağımsız bir kurum olması yönündedir.[50] California eyaletine bakıldığında, Cezaevi Ombudsman Ofisi ("*CDCR*") bağımsız bir yapıya sahip değildir. Bu ofis, California Ceza İnfaz Kurumu Müdürü'ne halkla ilişkiler ve iletişim alanında destek sağlamak amacıyla kurulmuştur.[51] Ancak, bu ofisin eleştirilen yönü, ombudsmanın CDCR'ye

---

41 *Hawaii*- Office of the Ombudsman State of Hawaii Fiscal Year 2022-2023 Report 54 [https://www.ombudsman.hawaii.gov/wp-content/uploads/2023/12/Annual-Report-54-For-Web.pdf, (s.e.t. 17.11.2024)]; *Iowa*- Iowa Office of Ombudsman Annual Report 2024 [https://ombudsman.iowa.gov/reports/categories/71399c07797a4b85b244a95ce7b86e65, (s.e.t. 17.11.2024)].

42 Arthur L. Alarcon, "Prescription for California's Ailing Inmate Treatment System: An Independent Corrections Ombudsman", Hastings Law Journal, C. 58, S. 3, 2006, s. 592.

43 Alarcon, s. 594, 614.

44 1-Şikâyetçinin bir başka hukuki yolu denemesi beklenir, 2- Şikâyet iyi niyetle yapılmamıştır, 3- Şikâyet sürecinde geç kalınmıştır, 4- Şikayetçi, mağdur kişi sıfatına haiz değildir, 5- Soruşturma için yeterli kaynak bulunmamaktadır, 6- Dikkate değer başka şikâyetler bulunmaktadır (Alarcon, s. 615).

45 Fulmer, s. 310.

46 Fulmer, s. 132.

47 Alarcon, s. 599.

48 Alarcon, s. 599.

49 Hill, s. 33.

50 Williams, s. 489.

51 Alarcon, s. 595.

doğrudan rapor vermesidir. Bu durum, mahkûm şikayetlerinin tarafsız bir biçimde ele alınması zorlaştırmakta ve ombudsmanlık kurumunun "etkili çalışma" kapasitesini sınırlamaktadır. Bu bağlamda, bağımsız bir ombudsmanlık ofisinin oluşturulması, öneriler arasında yer almaktadır. Bağımsız bir ombudsman, devam eden reform çabalarında güvenilirlik ve şeffaflık sağlamakla kalmaz, aynı zamanda halkın ceza infaz sistemine olan güvenini yeniden kazanmaya yardımcı olmaktadır.[52]

Bir ombudsmandan beklenen, mahkûmların insan haklarını savunurken kararlı, esnek inandırıcı ve kişisel yaklaşım sergileyebilmesidir. Ombudsmanın, avukat olması beklenmemekle birlikte, "hukuk" eğitimi geçmişine sahip olması tercih edilmektedir. Ayrıca, müzakere kabiliyeti, vaka analizi, araştırma ve kaynaklara odaklanma yeteneği, uyuşmazlıkları barışçıl yöntemlerle çözebilme gibi özellikler, ombudsmanlık görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi açısından oldukça önemlidir.[53] Eyalet bazında yapılan araştırmalar, cezaevlerinde ombudsmana yapılan başvuruların, vatandaşlardan gelen şikâyet sayısına nazaran daha fazla olduğunu göstermektedir.[54] Bu durum, ombudsmanın şikâyetleri çözmedeki etkinliği ve mahkûmların adalete erişimdeki rolünün önemini ortaya koymaktadır.

2. Erişim ve İletişim

Şikâyetler genellikle telefon, mektup, e-posta ve faks yoluyla ombudsmanlık ofisine iletilmektedir.[55] California uygulamasında ise mahkûmlardan ve ailelerden gelen mektuplar, kurum ziyaretleri, cezaevi bahçelerine konulan kutular ve yasama organından gelen sorular gibi farklı kanallardan şikâyetler alınmaktadır.[56]

3. Şikâyet Süreci ve İnceleme Yöntemleri

Ombudsmanlık Yasası gereği şikâyetler gizlidir. Ombudsman, gerek duyduğunda bilgi ve belge talep edebilir, tanıklığa zorlayabilir, kurum binalarını denetleme yetkisine sahiptir.[57] Bir şikâyetin incelemesi tamamlandıktan sonra, Ombudsman, vardığı sonuçları ya da önerileri şikayetçiye bildirir. Gerekli durumlarda, ilgili departman tarafından alınan ya da alınması planlanan önlemler de paylaşılmaktadır.[58] Bazı şikayetler neticesinde, devlet kurumlarında politika ve uygulama değişikliğine gidildiği gözlemlenmiştir.[59] Örneğin, Iowa eyaletinde İspanyolca konuşan mahkûmların yaşadığı bir sorun, bağımsız ombudsmanlık mekanizmasının aracılığıyla çözüme kavuşturulmuştur. Bu olayda, mahkûmlar, İspanyolca dilinde kuralların bulunmaması, avluda İspanyolca konuşma yasağı ve İspanyolca yazılmış İncil'e erişim sorununu cezaevi yönetimine iletmişlerdir. Ombudsman, bu konuda kilit rol oynamış; mahkûmlar ile cezaevi yetkilileri arasında iletişim sağlayarak her iki tarafın da

---

52 Alarcon, s. 593-594.

53 Fulmer, s. 309; Fendoğlu, s. 65.

54 Hill, s. 32.

55 Hill, s. 25.

56 Alarcon, s. 594.

57 Hill, s. 35.

58 Alarcon, s. 616.

59 Hill, s. 29.

politikaları daha iyi anlamasını sağlamış ve sorun mahkemeye taşınmadan çözülmüştür.[60]

Mahkûm haklarıyla ilgili örnek bir olay, dudak piercinginin çıkartılması sırasında yaşananlar üzerinden, Iowa Cezaevi Ombudsmanlığı sisteminin ne denli kritik bir rol oynadığını ortaya koymuştur. İki infaz koruma memurunu tıbbi ekipman ve yetki olmaksızın pense ve ip kullanarak müdahalede bulunması, mahkûmun ciddi sağlık sorunları yaşamasına neden olmuştur[61]. Bu olay sonrası, hapishane yönetimi prosedürlere uyulmadığını kabul etmiş ve daha güvenli uygulamaları hayata geçirilme yolunda adımlar atmıştır. Yeni politikalar kapsamında, mahkûmların takılarının çıkarılması işleminin yalnızca tıbbi personel tarafından yapılması ve güvenlik gerekçeleriyle alınacak kararların sıkı denetimden geçirilmesi kararlaştırılmıştır. Bu vaka, cezaevi ombudsmanlık ofisinin hesap verebilirliğini artırma ve mahkûmların temel haklarını koruma konusundaki önemini vurgulamaktadır[62].

Benzer şekilde, *Rhodes v. Robinson*[63] davası, ombudsmanlık sisteminin tarafsızlık ve bağımsızlık açısından karşılaştığı zorluklara dikkat çekmiştir. Bu davada, CDCR'ye bağlı bir ombudsman şikâyet dosyasını düzgün şekilde işleme koymamak ve infaz koruma memuruyla "komplo kurmak" ile suçlanmıştır.[64] Özellikle mahkûm sayısının yüksek olduğu California gibi eyaletlerde, ombudsmanlık ofislerindeki personel yetersizliği sistemin etkinliğini olumsuz yönde etkilemektedir.[65] Bu dava, ombudsmanlık mekanizmalarının tarafsızlık ilkesine olan ihtiyacı gündeme taşımıştır.

Diğer yandan, *Hearns v. Terhune* davası, cezaevi yönetiminin ihmâl ve kötü muamele iddialarını ele alarak bu tür sorunların önemini ortaya koymuştur. Davacı, diğer mahkûmların saldırılarından korunmadığı, dokuz ay boyunca disiplin tecrit ünitesinde "insanlık dışı" koşullarda tutulduğunu ve cezaevi yönetiminin iddialarını ciddiye almadığını ileri sürmüştür.[66] Bu dava sonucunda mahkûmları kötü muamele iddiaları anayasal bir çerçeveye oturtulmuş ve ABD Anayasası'nın Sekizinci Değişikliği ("*Eight Amendment*") temel alınarak mahkûmların fiziksel ve psikolojik haklarının korunması güvence altına alınmıştır.[67] Ayrıca, mahkûm şikâyetlerinin bağımsız ve tarafsız şekilde değerlendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda cezaevi ombudsmanlığının, hak ihlâllerini önlemede oldukça önemli bir role sahip olduğu bir kez daha anlaşılmıştır.

---

60 Alarcon, s. 600.

61 Piercingi çıkarmak için yapılan başarısız girişimlerden sonra mahkûm, piercingin arkasına ipin sıkıştığı ve bu yüzden dudağının iltihaplanıp şiştiğini söylemiştir.

62 *Iowa-* Iowa Office of Ombudsman Annual Report 2024, s. 23, [https://ombudsman.iowa.gov/reports/categories/71399c07797a4b85b244a95ce7b86e65, (s.e.t. 12.12.2024)].

63 *Rhodes v. Robinson* 408 F.3d 559 (9 th Cir. 2005) [https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/caedce/1:2002cv05018/9682/238/, (s.e.t. 17.11.2024)].

64 Alarcon, s. 596.

65 Alarcon, s. 597. Ayrıca bkz. https://www.cdcr.ca.gov/ombuds/; https://www.ombudsman.hawaii.gov/; https://ombudsman.iowa.gov/, (s.e.t. 17.11.2024).

66 *Hearns v. Terhune* 413 F.3d 1036 (9th Cir. 2005).

67 https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/, (s.e.t. 22.11.2024).

4. ABD Cezaevi Ombudsmanlığı Uygulamasının Sonuçları

Ombudsman, yürüttüğü soruşturmanın ardından vardığı sonuçları Bakanlığa bildirir. Bu sonuçlar; bir kuralın değiştirilmesi, iptali, ihmâlin düzeltilmesi, şikâyetçiye tazminat ödenmesi veya başka bir eylemde bulunulması gibi önerileri içerebilir. Ayrıca, yasayla ilgili uygulama sorunları tespit edildiğinde, yasama organına ya da Bakanlığa, mevzuatta değişiklik yapılması gerektiğine dair bilgi verir. Lâkin bu süreç, görüş bildirme niteliğinde olmalı; idari işlemin değiştirilmesi hususunda "zorlama" olarak algılanmamalıdır. Ombudsman, uygulamada karşılaşılan eksiklikleri ve hataları işaret eden bir denetim mekanizması konumundadır. Adaletsiz sonuçlar doğuran uygulamalarda ise mevzuatın değiştirilmesi yönünde tavsiyelerde bulunabilir.[68]

Ombudsman sistemi, yalnızca bireysel şikayetlerin çözümüne odaklanmakla kalmaz aynı zamanda hükümetin vatandaşlara yönelik genel yaklaşımını iyileştirme sürecine de katkıda bulunur. Ombudsmanlık ofislerinin hazırladığı raporlar hem yerel yönetimler hem de uluslararası ombudsmanlık toplulukları tarafından referans alınmaktadır. Özellikle Minnesota ombudsmanlık sistemi gerek mahkûmlar gerek hapishane yönetimi tarafından "yararlı" olarak değerlendirilmiştir. Bu sistem, insan hakları ihlâllerini önlemek ve cezaevi koşullarını iyileştirmek açısından "etkili denetim aracı" olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca, mahkûm haklarının yasal süreç başlatılmadan korunmasına ve dava sayılarının azaltılması açısından da önemli bir örnek olmuştur.[69] Bu sistemin başarısı, cezaevi ombudsmanlığının etkinliğinin bir kanıtıdır. İnsan haklarını merkeze alan bu yaklaşımlar, sistemin toplum nezdinde güvenilirliğini artırmıştır.

II. İNGİLTERE CEZAEVİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK OMBUDSMANLIK MODELİ: YAPISAL ÖZELLİKLER VE İŞLEYİŞ

A. İNGİLTERE'NİN POLİTİK VE İDARİ YAPISI

İngiltere, Birleşik Krallık'ın diğer ülkeleriyle birlikte, Monark liderliğinde "*Westminster Modeli"* adı verilen parlamenter demokrasi sistemiyle yönetilmektedir. Yazılı bir anayasası yoktur; ancak "anayasa geleneği" olarak adlandırılan gelenek ve teamüllerden oluşan bir sistemle yönetilmektedir.[70] Yürütme yetkisi Monark ve Başbakan başkanlığındaki kabine arasında paylaşılırken, yasama yetkisi çift meclisli Parlamento tarafından yerine getirilir.[71] Yasama ve yürütme erkleri eşit statüde olup birbirlerine müdahale etmez; aksine, işbirlikçi bir ilişki içinde organik bir bağ ile faaliyet göstermektedir. Bu yapı, karşılıklı etkileşim ve uyum içerisinde "fonksiyonel bir ortaklık" anlayışını temsil etmektedir.[72] Parlamento, monarşiye dayalı rejimde güçlü bir role sahiptir.[73]

---

68 Alarcon, s. 618.
69 Williams, s. 489.
70 Yayla, s. 104.
71 Fendoğlu, s. 482; https://cdn.tbmm.gov.tr, (s.e.t. 17.11.2024).
72 Sezen Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak 'Westminster Modeli' Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme", C. 22, S. 2, 2016, MÜHFHAD,s. 170.
73 Bekir Parlak/ Caner Cantürk (2020), Karşılaştırmalı Siyasal ve Yönetsel Yapılar, Değişim Yayınları, İstanbul, s.191; Önen/ Engin, s. 17.

Ayrıca parlamento: Taç, Lordlar Kamarası ve Avam Kamarasından oluşan üçlü bir yapıdadır. Avam Kamarası ("*House of Commons*") halk tarafından seçilmiş milletvekillerinden oluşur ve temel yasama yetkisini elinde bulundurur.[74] Lordlar Kamarası ("*House of Lords*") atanmış ya da miras yolu ile üyelik kazanmış kişilerden oluşur. Devletin başında ise Kral/Kraliçe (Monark) bulunmaktadır. Parlamentonun başlıca işlevleri; yasaların kabulü, vergilerin düzenlenmesi, devlet bütçesinin yönetimi ve ayrıca hükümet politikalarının denetlenmesidir.[75] İngiltere'de Monark'ın görev ve yetkileri, anayasal çerçevede törensel ve semboliktir.[76] Bu yetki, Bakanların tavsiyesi ve parlamento onayı ile kullanılmaktadır. Monarkın başlıca görev ve yetkileri arasında Başbakan'ın atanması, kraliyet onayı, parlamentonun toplanması ve feshi bulunmaktadır. Ayrıca silahlı kuvvetler başkomutanlığı ve diplomatik temsil diğer yetkileri arasındadır. Başbakan, Avam Kamarasında çoğunluğu sağlayan partinin lideri olup hükümetin başıdır.[77] Bakanlar Kurulu ise Başbakan tarafından atanır ve Avam Kamarasına karşı sorumludur.[78] Sağlık, eğitim, güvenlik gibi temel kamu hizmetleri Westminster'daki merkezi hükümet tarafından düzenlenirken, yerel yönetimler konut, ulaşım, çevre planlaması hizmetlerinden sorumludur. İdari yapı büyükşehirler (Londra, Manchester vd.) ile ilçeler ("*counties*") ve ilçelere bağlı alt birimler ("*districts*") ve daha küçük yerel yönetimlerden oluşur.[79] Yargı sistemi ise "Common Law" temeline dayanır. Yazılı bir anayasa olmadığından, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi bulunmamaktadır.[80] İngiltere'de yargı bağımsız olup temel görevleri arasında adaletin sağlanması, anayasal ve hukuki uyumluluğun denetlenmesi ve kişi haklarının korunması bulunmaktadır. Ancak, parlamenter parlamenter egemenlik ilkesi nedeniyle mahkemeler, yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine ("*judicialreview*") sahip değildir.[81] Yüksek Mahkeme ("*Supreme Court*") ülkedeki en üst yargı organı olarak temyiz davalarına bakmaktadır.[82]

B. OMBUDSMANLIK SİSTEMİNİN İNGİLTERE'DEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

İsveç'te 18'inci yüzyılda başlayan kamu denetimi mekanizması, Birleşik Krallık'ta 20'nci yüzyılın ortalarında benimsenmiştir. İngiltere'de ombudsmanlık sistemi, 1967 yılında kabul edilen *Parlamenter Komiserlik Kanunu* ("*Parliamentary Commissioner Act 1967*") ile yasal güvenceye kavuşmuştur.[83] Bu yasa ile Parlamento'ya bağlı bir ombudsmanlık ofisi kurulmuş ve vatandaşların kamu

---

[74] Parlak/ Cantürk, s. 196; Göze, s. 493; Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", C. 25, S. 1, 1968, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 61, [https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42774/516544, (s.e.t. 19.11.2024)].

[75] Önen/ Engin, s. 17-18.

[76] Yayla, s. 63, Göze, s. 505; Tutal, s. 128.

[77] Önen/ Engin, s. 18.

[78] J. Krieger, "Britain", Introduction to Comparative Politics (7th ed.), M. Kesselman, J. Krieger, & W. Joseph (Ed.), Cengage Learning, Boston, 2014, s. 56.

[79] Hazell, s. 73.

[80] Yayla, s. 105.

[81] Krieger, s. 61.

[82] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/13/contents, https://ppo.gov.uk/, (s.e.t. 17.11.2024).

[83] Tutal, s. 128.

yönetimiyle ilgili şikâyetlerini inceleme yetkisi tanınmıştır. Ombudsman, hükümetin önerisi üzerine Monark tarafından atanmaktadır.[84] İngiltere'de bağımsız bir idare hukuku alanı ve idari yargı bulunmaması, ombudsmanlığın önemini artırmıştır.[85] Başlangıçta Parlamento İdare Komiseri ("*Parliamentary Commissioner for Administration")* ünvanıyla oluşturulan bu yapı, merkezi yönetim birimlerinin ve kamu otoritelerinin idari işlemlerini bağımsız bir şekilde denetlemekle görevliydi. Ombudsman, kamu hizmetlerinde "kötü yönetim" ("*maladministration*") vakalarını belirleyerek vatandaşın şikâyetlerini değerlendirir ve bu konuda çözüm önerileri sunar.[86]

İngiltere'de cezaevi ombudsmanlığı,1994 yılında kurulmuştur. Bu kurumun ortaya çıkışı, 1990 yılında cezaevi isyanlarının ardından gerçekleşmiştir. Söz konusu dönem Birleşik Krallık'ta cezaevleri açısından zorlayıcı bir süreci ifade etmektedir.[87] İsyanların ardından 1991 yılında hazırlanan *Woolf Raporu* doğrultusunda, cezaevlerindeki şikâyetlerin bağımsız şekilde ele alınması amacıyla Cezaevi Ombudsmanlığı Ofisi kurulmuştur.[88] Bu yapı, cezaevi hizmet belgeleriyle yetkilendirilmiş ve öncelikle mahkûm şikayetlerini ele almak için tasarlanmıştır.[89] Zamanla, göçmen gözaltı merkezleri ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri ("*NPS*") gibi alanlarda da yetkileri genişlemiştir.[90] 2001 yılında, ombudsmanlık ofisinin yetki alanı "denetimli serbestlik" hizmetlerini kapsayacak şekilde genişletilmiş ve adı "Cezaevleri ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanı" ("*Prison and Probation Ombusdman - PPO*")[91] olarak değiştirilmiştir.[92] Bu gelişmeyle

---

84 Zekeriya Temizel, Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı Ombudsman, Kent, Ankara, 1997, s. 103.

85 Tutal, s. 129.

86 Tutal, s. 130; Kemal Özden, Ombudsman (Kamu Denetçisi) ve Türkiye'deki Tartışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 66-68.

87 HMP Strangeways (şimdiki adıyla HMP Manchester) ve diğer yirmi cezaevinde şiddet eylemleri başlamıştır. Bu süreci takiben 25 Şubat 1991 yılında *Cezaevi Huzursuzlukları*: *Woolf Raporu* ("*Prison Disturbances*: *Woolf Report* / Cm 1456) yayınlanmıştır. *Woolf Raporu*, İngiltere ve Galler'deki cezaevi sisteminin reformuyla ilgili dönüm notası niteliğinde bir belge olup, cezaevlerinde adalet ve meşruiyet eksikliğinin yarattığı huzursuzlukları göz önüne sermiştir. [Stephen Shaw, "The Ombudsman's Role in Probation", Probation Journal, C. 58, S. 2, 2011, s. 127, https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0264550510390110, (s.e.t. 19.11.2024)]. Ayrıca bkz. https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1991/jul/23/prison-disturbances-the-woolf-report, (s.e.t. 19.11.2024); Rapora göre cezaevi sisteminin sağlıkl bir biçimde işleyebilmesi "güvenlik, kontrol ve adalet" unsurlarına bağlıdır [Andrew Coyle, Cezaevi yönetiminde İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, International Centre for Prison Studies, s. 57, https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf, s.e.t. 22.11.2024)].

88 Shaw, s. 127; Nicola Padfield, "Monitoring prisons in England and Wales: who ensures the fair treatment of prisoners?", Crime Law Social Change, C. 70, 2018, s. 67, Springer, [https://doi.org/10.1007/s10611-017-9719-x, (s.e.t. 19.11.2024)].

89 Çeliksoy/ Bayan, 2020: 98.

90 Mary Seneviratne, "The Prisons and Probation Ombudsman: A review", Nottingham Law Journal, C. 19, S. 2, 2010, s. 1, [https://www4.ntu.ac.uk/nls/document_uploads/112697.pdf, (s.e.t. 20.11.2024)].

91 İngiltere ve Galler, ortak bir cezaevi ombudsmanlığı sistemine sahiptir. İskoçya ve Kuzey İrlanda ise kendi bağımsız ombudsmanlık mekanizmalarına sahiptir. Bu çalışmada İngiltere'de uygulanan *PPO* sistemi ele alınmıştır. Makalenin devamında bu kavram *PPO* kısaltmasıyla ifade edilmiştir.

birlikte hem cezaevlerindeki mahkûm şikâyetleri hem de denetimli serbestlik süreçlerinde yaşanan sorunlar ombudsmanlık sisteminin kapsamına dahil edilmiştir.

C. İNGİLTERE CEZAEVİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK OMBUDSMANI GÖREV ALANI

İngiltere Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Ombudsmanı (PPO) iki temel işlevi yerine getirmektedir: Mahkûmlar, gözaltı merkezleri ya da denetimli serbestlik gözetimindeki kişilerden gelen şikayetler incelenmektedir. İkinci olarak, gözaltında yaşanan ölüm vakaları hakkında bağımsız soruşturmalar yürütülmektedir. Bu soruşturmalar, özellikle şüpheli ölümler, intihar gibi vakaları kapsamaktadır. PPO'nun yetki alanı, *Woolf Raporu*'nda belirtilen kapsamdan daha geniş bir alana yayılmıştır. Ancak, hali hazırda hukuk ya da ceza davalarına konu olan şikayetler PPO'nun görev alanı dışında kalmaktadır. Ayrıca, yargı organları, polis, Kraliyet Savcılık Servisi, Şartlı Tahliye Kurulu ve Sekreteryası tarafından alınan kararlar ve verilen tavsiyeler PPO'nun yetki alanına dahil değildir.[93] Bu sınırlandırmalar, PPO'nun yalnızca belirli alanlarda faaliyet gösterebilmesini ve o alanlara odaklanmasını sağlamaktadır.

1. Bağımsızlık

PPO, idari düzenleme ile oluşturulmuş, Adalet Bakanlığı'na bağlı ve bakanlık tarafından finanse edilen bir kurumdur. Kanuni bir statüsü olmayan PPO, Adalet Bakanı'na karşı sorumludur ve yıllık raporlarını Parlamento'ya sunulmak üzere Bakan'a iletir. PPO'nun talebi üzerine Bakan, diğer soruşturma raporlarını da Parlamento'ya sunma imkânına sahiptir.[94] Ofisin bütçesi Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir; personeli memurlardan oluşur ve çalışma alanları Bakanlık tarafından sağlanır. Bu yapısıyla PPO, bakanlık sistemi ile bütünleşmiş bir kurum olup bağımsız bir ombudsman değildir. Bunun yanı sıra, stratejik ve operasyonel karar alma süreçlerinde sınırlı bir özerkliğe sahiptir.[95]

PPO mahpus şikâyetlerinin ele alınmasında yeni yöntemler geliştirmiş bu alanlarda önemli destek sağlamıştır. Ayrıca ölüm olaylarının soruşturulması hususunda etkili bir şekilde çalışmış ve yüzlerce mahpus için çözüm üreterek, cezaevi şikâyet sistemine meşruiyet kazandırmış ve bu vesileyle başarılı olmuştur. Ölümlü vakaların araştırılması ombudsmanlığın standart bir alanı değildir; bu durum daha detaylı araştırma sürecine ihtiyaç duyulan, önemli bir iştir. Ancak PPO'nun bağımsız bir statüye sahip olmaması, kuruluşundan itibaren önemli bir eleştiri noktası olmuştur. Ofisin yasal statüye kavuşturulması gerektiği ifade edilse de bu yöndeki girişimler, mevzuatın bağımsızlık açısından yetersiz kaldığını göstermektedir.[96]

---

92 Shaw, s. 128.
93 Seneviratne, s. 3.
94 Önen/ Engin, s. 19.
95 Seneviratne, s. 12.
96 Seneviratne, s. 21.

2. Erişim ve İletişim

PPO'ya başvuru yapabilmek için Cezaevi Servisi, Denetimli Serbestlik Servisi veya Birleşik Krallık Sınır Ajansı tarafından işletilen iç şikâyet mekanizmalarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Ancak bu durum, bazı mahkûmların "başvuru yollarını bilememesi" açısından sorun teşkil etmiştir.[97] Bununla birlikte, başvuruların yazılı yapılması şartı aranmamıştır. Okumu-yazma güçlüğü çekenler için telefonla veya temsilci aracılığıyla başvuru yapılabilmektedir.[98] Ayrıca resmi posta adresine, e-posta ya da çevrimiçi form yoluyla başvurular kabul edilmektedir.[99]

3. Şikâyet Süreci ve İnceleme Yöntemleri

PPO'nun ana görevi mahkûm şikâyetlerini incelemektir.[100] Süreç ilgili makam tarafından ölümün bildirilmesiyle başlar.[101] 2004 yılı itibarı ombudsmanın görev alanı genişlemiş: AİHS'nin 2'nci maddesi kapsamında, kapalı kurumlarda meydana gelen ölüm olaylarını araştırmak ve bazı ad hoc soruşturmalar yürütmekle görevli kılınmıştır.[102] Bu yetki, yalnızca mahkûmların değil, aynı zamanda göçmen geri gönderme merkezlerindeki kişileri, Denetimli serbestlik (NPS) yurtlarında kalanları ve refakat altında tutulan kişileri ve ölümleri de kapsamaktadır. Soruşturmalar genellikle madde bağımlılığı, intihar ve doğal ölümler gibi vakalar üzerinde yoğunlaşmaktadır.[103] Mahkûmlardan gelen şikayetler PPO çalışmalarının büyük kısmını oluşturmaktadır.[104]

Şikâyetçinin, konuyu öğrenmesinden itibaren "on iki" aylık süre içerisinde başvuru yapma hakkı bulunmaktadır.[105] Ombudsman, uzlaşma sağlamayı hedefler, ancak uzlaşma sağlanamaması durumunda ön değerlendirme yapar ve şikâyetin incelenebilir olup olmadığını denetler. İç süreçler tamamlanmışsa ve başvuru uygun görülürse inceleme süreci başlatılır. Bu süreden itibaren soruşturma "on iki" hafta içinde tamamlanmalıdır.[106] Bu süreçte ilgili belge ve evraklara erişim sağlanabilir, ayrıca çalışanlar ve diğer kişilerle görüşme yapmak da mümkündür tamamlanmalıdır.[107]

PPO bireysel ölümleri inceler ve Cezaevleri Müfettişliği ile karşılıklı bilgi paylaşımında bulunur.[108] Ölümlü olaylarda PPO tarafından hazırlanan ölümcül

---

97 Seneviratne, s. 8.
98 Seneviratne, s. 8; Önen / Engin, s. 24.
99 Seneviratne, s 8.
100 Seneviratne, s. 3.
101 https://ppo.gov.uk/what-happens-during-an-investigation/ (s.e.t. 20.11.2024).
102 Seneviratne, s. 3-4; Padfield, s. 67, Cezaevi disiplin süreçleri, AİHS'nin 6'ncı maddesiyle bağlantılı "Adil yargılanma Hakkı" ve kararın PPO üzerindeki etkileri için bkz. ilgili bkz *Ezeh and Connors v. United Kingdom*, App. No. 39665/98, 400086/98, (ECtHR, 15.07.2002); İngiltere'de cezaevinde intihar eden, cezaevinin kötü koşulları ve devletin sorumluluğu ile ilgili bkz. *Keenan v. United Kingdom*, App. No. 27229/95 (ECtHR, 03.04.2001). Ayrıca, İngiltere'de gözaltında ölümler ve devletin etkili soruşturma yükümlülüğüyle ilgili bkz. Sibel Güzeldağ, Yaşam Hakkı ve Sınırları, On İki Levha, İstanbul, 2021.
103 Shaw, s. 128, 134.
104 Seneviratne, s. 7.
105 Çeliksoy/ Bayan, s. 98.
106 Seneviratne, s. 9; Çeliksoy/ Bayan, s. 98.
107 Seneviratne, s. 10.
108 Shaw, s. 131.

olay raporları, adli tabipler tarafından kullanılmakta ve bu raporlar, soruşturmaların ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir.[109]

Bir mahkûmun intihar ettiği vakada PPO'nun raporu, cezaevi personelinin mahkûmun intihar riskiyle ilgili açık sinyalleri fark edemediğini ve gerekli önlemleri almadığını ortaya çıkarmıştır. Örnek olay otizmli Bayan N'nin trajik hikâyesidir. Cezaevine ilk geldiğinde, eskort aracında kendisine zarar vermiş ve gergin bir hâlde getirilmiştir. Personel ACCT prosedürlerini[110] başlatmış olsa da Bayan N'nin sıkıntıları devam etmiş ve kendisine zarar vermeyi sürdürmüştür. Gürültülü koğuş ortamında zorlanan Bayan N, zorbalığa uğradığını belirtmiş ve hücresine dönmeyi reddetmiştir. Kısa bir süre sonra ise hücresinde asılı halde bulunmuş ve hastanede hayatını kaybetmiştir. PPO'nun konuyla incelemesi sonucunda, ACCT süreçlerinin kötü yönetildiği ve risklerin yeterince değerlendirilmediği anlaşılmıştır. Bu olay, cezaevlerinde risk yönetimi ve personel eğitiminin hayati yönünü vurgulamaktadır. Yaşananları takiben cezaevlerinde intihar önleme politikaları gözden geçirilmiş ve bu alanda personel eğitimi artırılmıştır.[111]

Konuyla ilgili bir başka örnek ise Yarl's Wood Göçmen Geri Gönderme Merkezi'nde yaşanan olaylardır. 28-29 Nisan 2023 tarihlerinde bu merkezde yaşanan karışıklık neticesinde on üç tutuklu kaçmıştır[112]. Bu olay, Yarl's Wood'daki yönetimsel ve güvenlik uygulamalarının tekrar gözden geçirilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. İçişleri Bakanlığı, bu olayın ardından PPO tarafından yürütülen bir soruşturma ile güvenlik açıkları ve yönetim zafiyetlerinin tespitini amaçlamıştır. Ekim 2023'te İçişleri Bakanlığı'na sunula nihai raporda, on üç maddelik önerilerde bulunmuş ve tamamı kabul edilerek uygulamaya konulmuştur[113]. Bu soruşturma, Yarl's Wood'daki güvenlik ve yönetim uygulamalarının gözden geçirilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. PPO'nun soruşturması ve önerileri, benzer olayların tekrarını önlemek amacıyla atılan önemli bir adımdır. Bu yönde yapılacak iyileştirmeler hem gözaltında bulunanların hem de merkezin etkin yönetimini sağlama açısından önem taşımaktadır.

---

109 Seneviratne, s. 10.

110 ACCT ("*Assessment, Care in Custody, and Teamwork*") İngiltere ve Galler'deki cezaevlerinde intihar ve kendine zarar verme riski taşıyan mahkûmlara destek sağlama amacıyla uygulanan bir bakım planlama sürecidir. Türkçe'de "Değerlendirme, Gözaltında Bakım ve Takım Çalışması" anlamına gelen bu süreç, mahkûmların güvenliğini artırmayı, refahlarını desteklemeyi ve kendine zarar verme davranışlarını en aza indirmeyi hedeflemektedir. Söz konusu bakım planıyla mahkûmların düzenli gözlemlenmesi ve desteklenmesi sağlanmaktadır [Assessment, Care in Custody and Teamwork – User Guidance (ACCT), s. 2, pogp.hmppsintranet.org.uk, (s.e.t. 12.12.2024)].

111 PPO Annual Report 2022-2023, s. 41 [https://ppo.gov.uk/corporate_document/annual-report-2022-23/, (s.e.t. 12.12.2024)].

112 Hasta güvenliği, sağlık hizmetleri kayıtlarının yetersiz tutulması, olayların eksik raporlanması, güvenlik koşullarının yetersizliği, aşırı kalabalık ve ortak kullanım alanlarının yetersizliği bu kaçısın zeminini hazırlayan gerekçeler arasındadır [Report on an unannounced inspection of Yarl's Wood Immigration Removal Center (by) HM Chief Inspector of prisons, 2023, s. 4 vd. [(www.justiceinspectorates.gov.uk), (s.e.t. 12.12.2024)].

113 Report on an unannounced inspection of Yarl's Wood Immigration Removal Center, s. 4 vd.; www.justiceinspectorates.gov.uk), (s.e.t. 12.12.2024); https://ppo.gov.uk/news/ppo-conduct-special-investigation-at-yarls-wood-immigration-removal-centre/ (s.e.t. 12.12.2024).

Cezaevi sistemindeki olumsuzlukların arasında yer alan uzun süreli başvuru ve inceleme süreçleri, mahkûm şikâyetlerinin gecikmesine ve sistemin üzerindeki yükün artmasına neden olmaktadır.[114] Bunun yanı sıra cezaevindeki risk yönetimi ve sağlık hizmetlerinde yaşanan aksaklıklar, mahkûmlar açısından ciddi sorunlar doğurmaktadır. Ancak bu zorluklar zamanla, risk yönetimi, bilgi paylaşımı ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesine yönelik çözümler geliştirilmesine ve bu alanda önemli ilerlemelere zemin hazırlamıştır. İngiltere cezaevleri için sürecin en önemli yanı, özellikle kırılgan bireylerin desteklenmesi ve ölümlerin önlenmesi açısından koruma mekanizması sağlanmasıdır.

4. İngiltere Uygulamasının Sonuçları

PPO, her bir şikâyetiyle ilgili olarak nihaî karar alır ve bu kararı hem ilgili kişiye hem de ilgili kuruma "yazılı" olarak bildirir.[115] Kararda, konuyla ilgili tavsiye ve önerilere yer verilerek sorunların çözümüne yönelik tespitlerde bulunulur. Bu nedenle, raporların en önemli özelliği cezaevleri sisteminde "hesap verilebilirliğin" sağlanmasıdır.[116] Bu sistemin en önemli yanı, mahkûm şikâyetleri ile gözaltında yaşanan ölümlerin bağımsız soruşturulması suretiyle cezaevi sisteminin iyileştirilmesi yönünde sağladığı katkılardır.

Cezaevi istemindeki olumsuzluklar arasında, başvuru ve inceleme süreçlerinin uzunluğu dikkati çekmektedir. Bu durum mahkûm şikâyetlerinin çözümünde gecikmelere yol açarak sistemin yükünü artırmaktadır.[117] Ayrıca cezaevlerinde risk yönetimi ve sağlık hizmetlerindeki aksaklıklar mahkûmlarla ilgili ciddi yaratmıştır. Zaman içerisinde bu sorunların ele alınması; risk yönetimi, bilgi paylaşımı ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi yönünde önemli ilerlemeler sağlamıştır.

IV. ABD VE İNGİLTERE CEZAEVİ OMBUDSMANLIĞI SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. YÖNETİM VE ORGANİZASYON YAPISININ KARŞILAŞTIRILMASI

ABD ve İngiltere'deki cezaevi ombudsmanlık sistemlerinin yapısı ve işleyişi birbirinden önemli farklılıklar göstermektedir. ABD'de eyaletlere göre farklı ombudsmanlık yapıları bulunmaktadır. Federal düzeyde genel bir cezaevi ombudsmanı bulunmamakla birlikte, eyalet bazında cezaevi ombudsmanlık ofisleri oluşturulmuştur. Yetki alanı açısından düşünüldüğünde, eyaletler arası uygulama da değişiklik göstermektedir: Bazı eyaletlerde ombudsmanlık ofisleri

---

114 Seneviratne, s. 8.

115 2023/24 döneminde bir önceki yıla kıyasla, şikâyet sayısında %2'lik artış yaşanmıştır: Cezaevleri ile ilgili 4345, denetimli serbestlikle ilgili 219, göçmen geri gönderme merkezleriyle ilgili 9 şikâyet alınmıştır. 1830 soruşturma tamamlanmış, 115'i reddedilmiş ve 29'u geri çekilmiştir. Ölüm olgularıyla ilgili olarak, 2023/24 döneminde 360 ölüm vakası hakkında soruşturma başlatılmıştır. [https://www.gov.uk/government/publications/prisons-and-probation-ombudsman-2023-to-2024-annual-report, (s.e.t. 26.11.2024)].

116 Seneviratne, s. 11.

117 Seneviratne, s. 8.

mahkûm hakları ve cezaevi koşulları ile ilgili şikâyetleri incelerken, diğer eyaletlerde rehabilitasyon ve yeniden topluma kazandırma daha ön plandadır.

İngiltere'de ombudsmanlık ofisi merkezi yapıya sahip olmasıyla, tutarlı ve sistematik bir yaklaşım sergilemektedir. Bu yapı, cezaevlerinde hesap verilebilirliği sağlama ve mahkûm haklarının korunmasında önemli bir işleve sahiptir. Bu sistemin ayırt edici yanı mahkûm şikayetlerinin yanında ölüm vakaları gibi kritik olayların araştırılması da bulunmaktadır. ABD'de ombudsmanlık uygulaması daha bölgesel nitelikte iken, İngiltere'de merkezi bir yapı bulunmasına rağmen bağımsızlığı eleştirilmektedir. Özellikle Hawaii, Iowa gibi eyaletlerde, İngiltere'de uygulanan klasik bağımsız ombudsmanlık modeline benzer bir sistemin izlendiği dikkat çekmektedir.[118] Ayrıca, her iki sistemde de ofis vakalarını, bulgurlarını ve sonuçlarını açıklayan bir rapor hazırlamaktır.[119]

B. ŞİKÂYET SÜREÇLERİ VE DENETİM

ABD'de ombudsmanlar, şikâyetlerin hızlı şekilde çözülmesi ve mahkûm haklarının korunmasında etkili bir role sahiptir. Bağımsızlık ve doğrudan erişim ABD sisteminde öne çıkan avantajlardır. İngiltere'de ise PPO'nun hazırladığı raporlar vasıtasıyla mahkûmların sorunlarına pratik çözümler aranmaktadır. Örnek olarak, bir mahkûm "gözlük yerine lens" talebinde bulunmuştur, bu gibi bireysel meseleler yargı yoluna başvurmadan, etkili biçimde çözülmektedir.[120] Raporun önemi açısından konu incelendiğinde, ilgili tarafların ve kamuoyunun hangi şikâyetleri yaptığı, bunların nasıl çözüme kavuşturulduğu, politika değişiklikleri sistemin şeffaflığına katkıda bulunmaktadır.

C. HER İKİ MODELİN GÜÇLÜ VE ZAYIF YÖNLERİ

ABD'de CDCR sistemindeki en ciddi sorun ofisin bağımsız olmamasıyla ilgilidir. Bu durum, mahkûm şikayetlerinin tarafsız olarak incelenmesini engellemektedir. Sessizlik Kodu ("*Code of Silence*") gibi hapishane kültüründe yer alan olumsuz unsurlar, personel hatalarının üzerini örtmektedir.[121] İngiltere açısından bakıldığında ise PPO'nun denetimli serbestlikteki etkinliği maalesef daha sınırlıdır. Ayrıca cezaevi hizmetleriyle ilgili aksaklıklara kıyasla, denetimli serbestlikte şikâyet sayıca düşüktür.[122] Mahkûmlardan bu sayının yüksek olmasının nedeni toplumdan uzak yaşamaları bağlamında düşünülebilir. İngiltere sisteminin olumlu yanı, kapalı kurumlarda ölüm olaylarının araştırılması konusudur. Bu yönü ile cezaevi sisteminde iyileştirmeler yapılmış ve kamu hizmeti değer kazanmıştır. Sistemin olumsuz yanı ise, PPO şikâyet sisteminin karmaşık yapısı, erişim zorluğu ve sürecin yavaş işlemesiyle ilgilidir.[123]

---

118 Alarcon, s. 599.

119 Örnek raporlar için bkz. *Minnesota*- Office of the Ombuds for Corrections Annual Report 2023, [https://mn.gov/obfc/reports/ (s.e.t. 17.11.2024)]; *Washington*- Office of the Corrections Ombuds Annual Report 2023, [https://oco.wa.gov/data-publications-reports/reports/annual-reports-and-updates (s.e.t. 17.11.2024)]; İngiltere için bkz. Prison and Probation Annual Report 2023-2024, [https://ppo.gov.uk/corporate_document/annual-report-2023-24/, (s.e.t. 17.11.2024)].

120 Alarcon, s. 599.

121 Alarcon, s. 602.

122 Denetimli serbestlik sürecinde her beş yüz kişiden, sadece bir kişi ile her bin kişiden, yalnızca bir kişi ombudsmana şikâyette bulunmaktadır (Shaw, s. 130).

123 Shaw, s. 129-130.

Cezaevlerinde iç şikâyet yolunun tüketilmesi şartı hem süreci uzatmakta hem de mahkûmlar üzerinde olumsuz bir etkiye yaratmaktadır.[124] Oysa bağımsız bir ombudsman şikâyetleri etkili bir biçimde ele alabilir; böylece mahkûm sayısından yaşanan düşüş, maddi kaynaklar üzerinde tasarruf anlamına da gelecektir.[125]

V. KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMEDE ANA BULGU VE ÇIKARIMLAR

Bağımsız bir ombudsmanlık ofisi, mahkûmların şikayetlerini çözmek amacıyla cezaevi dışında yer alan bir otorite sayılmaktadır. İyi yönetişim ilkeleri açısından düşündüğümüzde, cezaevi ombudsmanlığının bu ilkeye uygun olarak güçlendirilmesi hem mahkûm hakları hem de cezaevlerinin rehabilitasyon işlevini daha etkili bir hâle getirmektedir. Böylece, adalet sistemine olan güven artmakta ve daha insani bir ceza adaleti sistemi kurgulamak mümkün hâle gelmektedir.

İngiltere ekseninde düşündüğümüzde, İngiltere Ombudsmanlık şeması mahkûmların haklarının korunması konusunda destek sunmasına rağmen, yasal ve operasyonel eksiklikler nedeniyle sınırlı bir etkiye sahiptir. İngiltere'de PPO'nun yasal statüye kavuşturulması, ABD'de ise federal düzeyde koordineli bir yapının oluşturulması, sistemin güvenilirliğinde olumlu etki yaratabilecektir. Her iki sistem ekseninde düşünüldüğünde, Ombudsman bürokratik hataların düzeltilmesi, vatandaş-kamu yönetimi arasında güvenin artırılması ve şikâyetlerin etkili biçimde ele alınması için çaba göstermektedir.

SONUÇ

Cezaevi ombudsmanlığı, mahkûmların seslerini duyurmalarına, sorunların etkin bir şekilde çözülmesine ve cezaevlerinde bağımsız denetimin sağlanmasına katkıda bulunan önemli bir mekanizmadır. Ombudsmanlık kurumu, cezaevi ve mahkûmlar arasında adil bir denge kurarak insan onuruna yakışır şartların sağlanmasında "kilit rol" üstlenmektedir. Bu yapı, mevcut sorunları çözmenin haricinde, taraflar arası çatışmaları önleyerek bir güven ortamı oluşturmayı hedeflemektedir. Ombudsman ise bu ilişkide denge gözeten bir role sahiptir. Bu denge sağlanamadığında -tarafsızlık ve şeffaflık ilkesinden sapıldığında- makalede de vurgulandığı üzere, isyan ve kaos gibi ciddi sorunlarla karşılaşılmaktadır.

Mahkûmların şikâyet mekanizmasından yararlanabilmesi için 1960'lar ve 1970'lerde cezaevi ombudsmanlığı için önemli çalışmalar yapılmıştır. ABD, İngiltere örneklerinde cezaevi ombudsmanlığı, mahkûm haklarını koruma ve cezaevi şartlarını iyileştirme amacına yönelmiştir. ABD'de eyalet uygulamaları yapıya esneklik kazandırırken, merkezi sistemin eksikliği hissedilmektedir. İngiltere özelinde ise PPO'nun geri gönderme merkezleri ile denetimli serbestlik hizmetlerini kapsayan bir yapıdan oluşması, mahkûm hakları lehindedir. Topluma kazandırma sürecinde sorunları çözmek, ayrıca gözaltında ölüm olgularını soruşturmak bu kurumun güçlü yapısını işaret etmektedir.

---

[124] Padfield, s. 66.

[125] Alarcon, s. 603.

Gelişen insan hakları standartları, cezaevi ombudsmanlık sistemlerini daha bağımsız, şeffaf ve etkili hâle getirmektedir. Bu bağlamda, uluslararası iyi uygulama örneklerinin incelenmesi ve deneyim paylaşılması; cezaevi koşullarının iyileştirilme ve insan onuruna yakışır muamele görme açısından oldukça önemli bir adımdır. Bu sistemler, adalet sistemine güveni artırırken, mahkûmların rehabilitasyon süreçlerini desteklemekte ve onları yeniden topluma kazandırmaktadır. İyi yönetişim ilkelerine dayanan bir cezaevi sistemi, Sounders ve daha nicelerinin hikâyesini değiştirebilecek niteliktedir. Bu bağlamda, cezaevi ombudsmanlığı kurumları, yapısal sorunların giderilmesinde merkezi öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

Alarcon A L, "Prescription for California's Ailing Inmate Treatment System: An Independent Corrections Ombudsman", Hastings Law Journal, C. 58, S. 3, 2006, ss. 591-622.

Coyle A, Cezaevi yönetiminde İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, International Centre for Prison Studies, https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf

Çeliksoy E/ Bayan B, "Genel ve Özel Amaçlı Ombudsmanlık Örnekleri: İngiltere ve Türkiye", Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, ss. 92-103. https://doi.org/10.33712/mana.714918

Derdiman C, Anayasa Hukuku, Alfa Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2013.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Fendoğlu H T, *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık),* Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Fulmer R H, "The Prison Ombudsman, Social Service Review", C. 55, S. 2, 1981, ss. 300-313, http://www.jstor.org/stable/30011474

Göze A, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Güzeldağ S, Yaşam Hakkı ve Sınırları, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Haemmel W G, "The Ombudsman, or Citizens' Defender-The North Carolina Experience", North Carolina Central Law Review, C. 10, S. 2, 1979, ss. 227-247, https://archives.law.nccu.edu/ncclr/vol10/iss2/4

Hazell R, Devolution and the Future of the Union, Constitution Unit, University College London, 2015.

Henham R, "Some Alternative Strategies for Improving the Effectiveness of the English Prisons Ombudsman Scheme", Howard Journal of Criminal Justice, C. 39, S. 3, 2000, pp. 290-305, HeinOnline.

Heskamp, B D, "The Prisoner's Ombudsman: Protecting Constitutional Rights and Fostering Justice in American Corrections", Ave Maria Law Review, C. 6, S. 2, 2008, pp. 527-558. Heinonline.

Hill L B, "The Ombudsman Revisited: Thirty Years of Hawaiian Experience", Public Administration Review, C. 62, S. 1, 2002, ss. 24-41 http://www.jstor.org/stable/3110280

İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, TBBM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, 2019, https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/1565b3e9-7048-4591-80b2-c8b4dda1f874.pdf

Jagerskiold S, "The Swedish Ombudsman", University of Pennsylvania Law Review, C. 109, S. 8, 1961, ss. 1077-1099, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol109/iss8/2

Kaboğlu İ, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2006.

Kama S, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme", MÜHFHAD, C. 22, S. 2, 2016, ss. 61-201.

Krieger J, "Britain", Introduction to Comparative Politics (7th ed.), M. Kesselman, J. Krieger, & W. Joseph (Ed.), Cengage Learning, Boston, 2014, ss. 36-75.

Mandela N, Long Walk to Freedom, Back Bay Books, 1994.

Ombudsmanlık (Dünyada Uygulanan Özel Amaçlı Ombudsmanlık Türleri ve Uygulamaları) (2020), (ed.) Oğuzhan ERDOĞAN, Nobel, Ankara.

Önen S M / Engin S, "Birleşik Krallık'ta Cezaevi Ombudsmanlığı: Türkiye'ye Uygulanabilirliği, Ombudsman Akademik", C. 5, S. 10, 2019, ss. 15-37, https://dergipark.org.tr/tr/pub/ombudsmanakademik/issue/47302/559533

Özbudun E, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1968, ss. 60-79, https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42774/516544

Özden K, Ombudsman (Kamu Denetçisi) ve Türkiye'deki Tartışmaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Parlak B/ Cantürk C, Karşılaştırmalı Siyasal ve Yönetsel Yapılar, Değişim Yayınları, İstanbul, 2020.

Parlak B/ Doğan K C, Karşılaştırmalı Ombudsman İncelemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Parlak B, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Ombudsmanlık Kurumu: Yapısal ve İşlevsel Analiz", (Ed.) Bekir Parlak/ Kadir Caner Doğan, Karşılaştırmalı Ombudsman İncelemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, ss. 161-182.

Padfield N, "Monitoring prisons in England and Wales: who ensures the fair treatment of prisoners?", Crime Law Social Change, C. 70, 2018, pp. 57–76, Springer.

Sawer G, Ombudsmen, Melbourne University Press, 1964.

Seneviratne M, "The Prisons and Probation Ombudsman: A review", Nottingham Law Journal, C. 19, S. 2, 2010, pp. 1-21, https://www4.ntu.ac.uk/nls/document_uploads/112697.pdf

Shaw S, "The Ombudsman's Role in Probation", Probation Journal, C. 58, S. 2, 2011, ss. 126-136, https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0264550510390110

Şahin M S, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Uygulama Örnekleri, Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Temizel Z, Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı Ombudsman, Kent, Ankara, 1997.

Tibbles L, "Ombudsmen for American Prisons", North Dakota Law Review, C. 48, S. 3, 1971, ss. 383-422.

Tutal E, Dünya'da ve Türkiye'de Ombudsmanlık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Williams T, "The Minnesota Corrections Ombudsman", Social Work, C. 20, S. 6, 1975, pp. 488-490, https://doi.org/10.1093/sw/20.6.488

Yayla A, Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2014.

Raporlar

Hawaii- Office of the Ombudsman State of Hawaii Fiscal Year 2022-2023 Report 54, https://www.ombudsman.hawaii.gov/wp-content/uploads/2023/12/Annual-Report-54-For-Web.pdf

Iowa- Iowa Office of Ombudsman Annual Report 2024 https://ombudsman.iowa.gov/reports/categories/71399c07797a4b85b244a95ce7b86e65

Minnesota- Office of the Ombuds for Corrections Annual Report 2023, https://mn.gov/obfc/reports/

Washington- Office of the Corrections Ombuds Annual Report 2023, https://oco.wa.gov/data-publications-reports/reports/annual-reports-and-updates

Birleşik Krallık- PPO Annual Report 2023-2024, https://ppo.gov.uk/corporate_document/annual-report-2023-24/

Birleşik Krallık- PPO Annual Report 2022-2023, https://ppo.gov.uk/corporate_document/annual-report-2022-23/

Birleşik Krallık- Assessment, Care in Custody and Teamwork – User Guidance (ACCT) pogp.hmppsintranet.org.uk

Prison & Probation Ombudsman Annual Report 2023/2024, (https://ppo.gov.uk/corporate_document/annual-report-2023-24/)

Report on an unannounced inspection of Yarl's Wood Immigration Removal Center, (by) HM Chief Inspector of Prisons, 2023, www.justiceinspectorates.gov.uk

Mahkeme Kararları

Hearns v. Terhune 413 F.3d 1036 (9th Cir. 2005) https://www.casemine.com/

Rhodes v. Robinson 408 F.3d 559 (9 th Cir. 2005) https://law.justia.com/

Ezeh and Connors v. United Kingdom, App. No. 39665/98, 400086/98,

(ECtHR, 15.07.2002)

Keenan v. United Kingdom, App. No. 27229/95 (ECtHR, 03.04.2001).

Web Adresleri

https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1991/jul/23/prison-disturbances-the-woolf-report

https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/3019

https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/3019/text

https://www.cdcr.ca.gov/ombuds/

https://ombudsman.iowa.gov/

https://www.ombudsman.hawaii.gov/

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/13/contents,

https://ppo.gov.uk/

https://ppo.gov.uk/what-happens-during-an-investigation/

https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/

https://www.congress.gov/

https://www.usa.gov/state-local-governments

https://constitution.congress.gov/browse/essay/intro.7-2/ALDE_00000031/

https://ppo.gov.uk/news/ppo-conduct-special-investigation-at-yarls-wood-immigration-removal-centre/

ADLİ SİCİL VE ARŞİV KAYITLARININ SİLİNMESİ KOŞULLARI BAĞLAMINDA 5352 SAYILI ADLİ SİCİL KANUNU'NUN 12. MADDESİ İLE GEÇİCİ 2. MADDESİNE DAİR BİR DEĞERLENDİRME

An Evaluation of article 12 and Temporary article 2 of the Criminal Record La No. 5352 ithin the Context of Conditions for Deletion of Criminal Record and Archive Records

Nagihan Arife ÇİFTÇİ*

Öz: Toplumsal düzenin korunması açısından, kanunlara ve hukuk sistemine aykırı olan filler çeşitli cezalara tabi tutulmuştur. Cezaların yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi ve infazlarının takip edilebilmesi, aynı zamanda tekrar eden suçların önlenmesi için resmi makamlar tarafından bu müeyyidelerin kayıt altına alınması gerekmektedir. Hukukumuzda şahısların tabi tutuldukları ceza ve güvenlik tedbirleri, adli sicil adı verilen belge ile kayıt altına alınmaktadır.

Adli sicil ve arşiv bilgilerinin tutulması, denetlenmesi ve silinmesi hususlarına ilişkin görev Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Kayıtların ve kayıtlara ilişkin şartların değerlendirilmesinde yeknesaklığın sağlanması amacıyla, tek bir birimin yetkili olması tercih edilmiştir. Silinme koşullarının detaylı bilgi içermesi, bu konularda hakim olmayı zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, bu alanda uzmanlaşmış hâkimler tarafından inceleme ve denetim gerçekleştirilmesi, ilgililerin aleyhine olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını önlemek adına son derece yerinde bir uygulamadır.

Bu çalışmada kayıtların silinmesi ile ilgili olarak 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ve bu konuyu düzenleyen özel kanunlardaki düzenlemelere dair açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bağlamda, adli sicil ve arşiv kayıtlarına işlenebilen kayıt türleri ile işlenmesi mümkün olmayan kayıt türleri, mevcut kayıtların silinme süreleri ve bu sürelerin belirlenmesinde etkili olan müesseseler üzerine bir değerlendirme yapılmıştır. Silinme sürelerinin genel kurallardan farklılaştığı noktalar olan yaş küçüklüğü, taksirli suçlar, akıl hastalığı, Türk vatandaşları hakkında yabancı ülkelerden verilen mahkûmiyetlere ilişkin hususlar ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ayrıca güncel kurallar aktarılırken, süreç içinde farklı kanunlarla ortaya çıkan kuralların yarattığı eşitsizlikler ve hakkaniyette ters düşen durumlar da vurgulanmıştır. Mülga kanunda düzenlen ancak mevcut kanunda düzenleme altına alınmayan yaşı küçüklere ilişkin kayıtların silme koşullarındaki eksiklikler, yasaklanmış hakların silinme süreleri üzerindeki etkileri, Adli Sicil Kanunu'nun özel kanunlar ile pasifize edilmesinin neticeleri açıklanmıştır. Bunun yanı sıra Adli Sicil Kanunu'nda revize edilmesi gereken maddeler ve bu bağlamda yapılabilecek öneriler de açıkça belirtilmiştir. Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi ile geçici 2. maddesindeki düzenlemelerin uygulamada yarattığı sorunlar, bu konudaki değişiklik ihtiyacı ve öneriler detaylı şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adli sicil kaydı, arşiv kaydı, Adli Sicil Kanunu, silme süreleri, yasaklanmış hakların geri verilmesi, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

Abstract: In order to protect social order, acts that are contrary to the la and the legal system have been subject to various penalties. In order to monitor hether the penalties have been carried out and to follo up on their execution, as ell as to prevent repeat crimes, official authorities must record these sanctions. In our la, the penalties and security measures that individuals are subject to are recorded in a document called a criminal record.

The General Directorate of Criminal Records and Statistics is tasked ith keeping, monitoring and deleting criminal records and archive information. In order to ensure uniformity in the evaluation of records and the conditions related to the records, it has been preferred that a single unit be authorized. The fact that the conditions for deletion contain detailed information makes it difficult to be a judge on these issues. For this reason, it is an extremely appropriate practice to have examinations and inspections carried out by judges ho are experts in this field in order to prevent negative consequences against the relevant parties.

In this study, explanations ere made regarding the regulations in the Criminal Records La No. 5352 and special las regulating this issue regarding the deletion of records. In this context, an evaluation as made on the types of records that can be processed in criminal records and archive records and the types that cannot be processed, the periods for deletion of existing records and the institutions that are effective in determining these periods. The points here the deletion periods differ from the general rules, such as being underage, negligent crimes, mental illness, and foreign convictions against Turkish citizens, ere explained in detail. In addition, hile the current rules ere conveyed, the inequalities created by the rules that emerged ith different las in the process and the situations that contradicted fairness ere also emphasized. The deficiencies in the erasure conditions of records related to minors, hich ere regulated in the repealed la but not regulated in the current la, the effects of prohibited rights on the erasure periods, and the consequences of the passivation of the Criminal Records La by special las are explained. In addition, the articles that need to be revised in the Criminal Records La and the suggestions that can be made in this context are clearly stated. The problems created in practice by the regulations in Article 12 and temporary Article 2 of the Criminal Records La, the need for change in this regard and the suggestions are examined in detail.

Keyords: Criminal records, archive records, Criminal Records La, erasure periods, return of prohibited rights, General Directorate of Criminal Records and Statistics.

* Yargıtay Tetkik Hâkimi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi SBE Doktora Öğrencisi, nagihanarife@gmail.com,

ORCİD: 0009-0009-8595-6055

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676869

Makale Geliş Tarihi: 29.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 25.03.2025

GİRİŞ

Adli sicil kayıtları, kaydın ilgilileri, yargı mercileri ve hukuki belirlilik ilkesinin sağlanması açısından devlet için büyük önem taşımaktadır. Kişisel veri kapsamına giren bu kayıtlar, kanunen gizli bilgi niteliğinde düzenlenmiştir. Adli sicil kayıtlarının tutulması güncellenmesi ve silinmesi hususlarında yeknesaklığın sağlanması son derece önemli bir konuyu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, 5352 sayılı yasa ile bu yetki, tek elde toplanarak Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Ancak, yetkinin yalnızca Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne verilmesi, amaçlanan yeknesaklığın sağlanması bakımından yeterli olmamıştır. Zaman içinde, belirli meslek gruplarında görev alacak kişilerin seçilmesine yönelik ihtiyaçlar, bu kurumlar tarafından özel kanunlar aracılığıyla farklı düzenlemelerin yapılmasını beraberinde getirmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, tüm adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi konusunda uygulama alanı bulması, Adli Sicil Kanunu'nun tek yetkili kanun olma özelliğini yitirmesine neden olmuştur. Süreç içerisinde özel kanun düzenlemelerinin sayısındaki artış, getirilen kuralların adaletli olmadığı durumların ortaya çıkmasına neden olmakta ve bu da uygulamada çeşitli olumsuz sonuçların yaşanmasına yol açmaktadır.

5352 sayılı yasanın temel amacı, Adli Sicil Kanunu'nu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) temel felsefesiyle uyumlu hale getirmekti. Ancak yapılan düzenlemeler ile söz konusu amaca aykırılık teşkil eden durumlar ortaya çıkmıştır. 5352 sayılı yasada yer alan ve 5237 sayılı TCK'nın hedeflediği esaslara aykırılık teşkil eden unsurlar, 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştirl. İptal gerekçesinde, düzenlemenin adil olmadığı ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmediği vurgulanmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile adil bir düzenleme oluşturulması amaçlanmış olsa da, iptal kararının ardından 6290 sayılı kanunla gerçekleştirilen düzenlemeler ve akabinde özel kanunlar ile oluşan kurallar, uygulanan kayıtların silinmesi kurallarının beklenen amaca ulaşmasına engel olmuştur. Bu durum, yapılan düzenlemelerin hedeflenen sonuçlardan uzak olduğunun bir göstergesidir.

Çalışmamızda Adli Sicil Kanunu çerçevesinde güncel adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinme kurallarını, adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi bakımından özellik arz eden durumları ve yasaklanmış hakların geri verilmesi kararına ihtiyaç duyulan halleri ele almış bulunuyoruz. Ayrıca, yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesenin kayıtların silinmesi bakımından taşıdığı önem ve silinme koşullarında dikkate alınması gereken özel kanunları da açıklamış bulunmaktayız. Tüm bu yasal düzenlemelerin hem kayıt sahibi ilgililer bakımından hem de kayıtlarla ilgili işlem yapma görevine haiz kurum olan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü bakımında yarattığı olumsuzluklar aktarılmıştır. Mevcut kuralların uygulamada yarattığı adil olmayan durumlar ve bu durumların ortadan kaldırılmasına ilişkin revizyon önerileri de inceleme konusu yapılmıştır.

I. ADLİ SİCİL KAVRAMI VE HUKUKİ GELİŞİMİ

Kesinleşmiş mahkeme ilamına dayanılarak şahıslar hakkında ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin bilgilerin kaydedildiği sisteme "adli sicil" denilmektedir. Adli sicil kaydı, vatandaşın devlet nazarında kayıt altına alınan suç geçmişine dair bilgileri içermektedir. Adli sicil kaydına halk arasında sabıka kaydı da denilmektedir.

---

[1] Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2008/44, K.2011/21, T. 20.01.2011, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-21-nrm.pdf , Erişim Tarihi: 02.01.2025.

Toplumda kişiler sosyal bir varlık olmaları nedeniyle kurumlarla ve diğer kişilerle sürekli etkileşim ve iletişim halinde bulunmaktadır. Bazı durumlarda bu etkileşim içerisinde meydana gelen, kişilerin olumsuz davranışları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak nitelendirilen davranış sınıfı içinde kalmaktadır. Bu tür filler bakımından gerek caydırıcılığı sağlamak gerekse de eylemlerin tekrarı halinde yine TCK'daki bazı müesseselerin uygulanabilmesi açısından, bu kişilerin eylemlerinin resmi kayıtlara işlenmesi önemli bir rol oynamaktadır. Bu sayede, söz konusu eylemlerin takibinin sağlanması süreci de kolaylaşmış olacaktır. Adli sicil kayıtlarının resmi kayıtlar altında işlenmesi ve toplanmasının usul ve esaslarını belirleyen kanuni düzenlemeler yapılmıştır. İlk olarak 22.11.1999 tarihli ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu ile yasal düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kanun yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyumlu şekilde düzenlenmiştir. Bu kanun çerçevesinde hazırlanan yönetmelik ile adli sicil kayıtları için uygulanacak kanuni düzenlemeler şekillenmiştir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle Türk Ceza Kanununda köklü değişiklikler yapılmıştır. 5237 sayılı TCK ile benimsenen temel yaklaşımlarda da değişiklikler oluşmuştur. Ceza sistemi daha basitleştirilmeye çalışılmıştır. Bu değişiklik 765 sayılı TCK'nın felsefesi ile oluşan diğer kanunlarda da değişiklik yapılmasını beraberinde getirmiştir. Bu nedenle de 28.04.2005 tarihinde TBMM'ye yapılan bir teklif ile mevcut Adli Sicil Kanunu yerine yeni bir Adli Sicil Kanunu hazırlanması sağlanmıştır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ile yapılan düzenlemeler 5237 sayılı TCK'nın temel felsefesine uygun şekilde hazırlanmıştır. 3682 sayılı yasada benimsenen kayıtların ilgililerin sicilinde ömür boyu tutulması anlayışı terk edilmiştir. Süreç içerisinde 5352 sayılı yasada düzenlenen hükümlerde de değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yine çalışmanın ilerleyen bölümünde detaylı şekilde açıkladığımız üzere Anayasa Mahkemesi tarafından Kanundaki bazı düzenlemeler iptal edilmiştir. 6290 sayılı Adli Sicil Kanunu ile Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile de 5352 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmıştır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanun ile 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu mülga edilmekle birlikte, iki kanunda düzenleme konusu yapılan bazı hususlarda farklılıklar oluşmuştur. 3682 sayılı yasa döneminde kaleme alınan hükümlerden bazılarına ilişkin olarak 5352 sayılı yasada düzenleme yapılmaması, uygulamada tereddütlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Makalenin asıl konusunun 5352 sayılı yasanın güncel silinme ve arşive alma koşulları çerçevesinde 12. maddesi ve geçici 2. maddelerindeki düzenlemedeki aksaklıklar ile buna ilişkin çözüm önerileri oluşturduğundan 5352 sayılı Kanun ile 3682 sayılı kanun arasındaki farklılıklara gereken noktalarda değinilmekle yetinilmiştir.

5352 sayılı yasa ile birlikte, Adli Sicil Yönetmeliği de benzer bir yönde düzenlenerek yasalar arasında kanun birliği sağlanmıştır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 9.,12. ve geçici 2. maddeleri ile Adli Sicil Yönetmeliğinin 10. ve 12. maddeleri, silme ve arşivleme koşullarının değerlendirilmesine temel dayanak oluşturmaktadır.

Adli sicil kayıtlarının silinmesinde ve arşivlenmesinde temel kanun 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu olmakla birlikte, makalenin ilerleyen kısımlarında oluşturduğu aksaklıklar da belirtildiği üzere süreç içerisinde birçok özel kanun düzenlemesi ile sicil kayıtlarının silinme sürelerine etki eden düzenlemeler de yapılmıştır. 23.06.1981 tarihli 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, 19.06.1986 tarihli 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun, 26.06.2004 tarihli 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, 14.06.2007 tarihli 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 23.01.2008 tarihli 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 22.06.2012 tarihli Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu gibi çeşitlilik arz eden özel kanun düzenlemeleri ile işlem yapılmasını ve kayıtların silinme

sürelerini karmaşıklaştıran, ilgililer bakımından da bazı adil olmayan uygulamaların ortaya çıkmasına neden olan özel kanunlarla düzenlemeler yapılmıştır2.

II. ADLİ SİCİL VE ARŞİV KAYITLARININ ÖNEMİ

Bireylerin kişilikleri ve toplumdaki davranışlarının hukuki metinlere yansıması, hem toplum güvenliği bakımından hem de kişilerin birbirleriyle etkileşimlerindeki bazı tercihlerin önemi bakımından büyük bir anlam taşımaktadır. Sürekli artan nüfus ve gelişen ülke sınırları nedeniyle, şahısların birbirleriyle olan kişisel bağları giderek zayıflamakta, bu durum sosyolojik bakımdan da farklı sorunların ortaya çıkışına zemin hazırlamaktadır. Gelişen teknoloji ile sınır mefhumunun ortadan kalkması ve haber kaynaklarının da genişlemesi ile artık suç metotlarının da yayılımı oldukça hızlanmaktadır. Bu durum insanların suç işlemeye yönelik eğilimlerinin artmasına da etki etmektedir. Hem kişiler bakımından hem de devlet ve kurum ile kuruluşlar bakımından şahısların suç eğilimlerinin tespitinde yasal kaynaklar daha da önem taşır hale gelmiştir.

Adli sicil, bireylerin devlet makamları tarafından kayıt altına alınmasını ifade eder. Kişiler için lekelenmeme hakkının korunması önem taşımakla birlikte, ceza kanununa aykırı davranışların ya da diğer özel kanunlarda suç olarak nitelendirilen davranışların gerçekleşmesi halinde, hukuk düzeni bakımından bu eylemlerin de kayıt altına alınması gerekmektedir. Bu sayede bir kurumda işe başvuruda bulunan, bir haktan yararlanmak veya bir yetkiyi kullanmak isteyen ya da tekrar suç işlediği iddiası ile karşılaşan bireyler hakkında resmi kayıtlar aracılığıyla takip yapabilmektedir. Devlet kurumlarında yapılacak görevlendirmelerde, keza özel iş alanlarında işe tercih edilecek personel seçiminde artık en belirleyici unsurlardan birisini adli sicil kayıtları oluşturmaktadır. Milletvekilliği adaylıkları, kamu kurumlarındaki farklı düzeylerdeki memuriyet görevlendirilmeleri, özel sektördeki iş başvurularında şahıslardan adli sicil ve arşiv kayıtlarını gösteren belgeler talep edilmektedir. Ayrıca, kişisel ilişki düzeyinde dahi bireylerin adli sicil ve arşiv kayıtlarında özellikle yüz kızartıcı kayıtların bulunması, toplumda bu kişilere karşı çekimser tutumların oluşmasını beraberinde getirmektedir. Elbette ki adli sicil ve arşiv kayıtlarının bu önemi göz önünde bulundurularak gizli bilgi niteliğinde olduğu kanuni düzenleme altına alınmıştır. Ancak devlet ve kurumlar ile özel iş merkezlerinin şahıslardan bu belgeyi ibraz etmelerini talep hakkı da bulunduğundan, kişilerin bizzat veya özel yetkili yasal vekil aracılığıyla temin ettikleri adli sicil ve arşiv kaydı belgelerindeki suç bilgilerine göre değerlendirmeye tabi tutulmaları güncel yaşamın bir gerçeğidir. Bu yönüyle bir nevi şahısların toplumdaki düzen kurallarına ve kanuni düzenlemelere riayet eder nitelikte bir yapıda olup olmamalarının tespiti bakımından, adli sicil ve arşiv kayıtları kişilerin yaşamlarını doğrudan etkileyen bir faktör durumundadır.

Çalışmamızda belirtileceği üzere adli sicil ve arşiv kayıtlarının bir kısmının silinme süreleri ciddi uzun sürelere tabi tutulmuştur. Şahıslar tarafından genellikle basit nitelikte olarak kabul edilen kasten yaralama, hakaret, tehdit gibi suçlar bakımından dahi suçun işlendiği tarih ve verilen ceza miktarı değerlendirmesine bağlı olarak on beş ve otuz yıllık silinme sürelerinin oluşma durumları söz konusu olabilmektedir. Ancak vatandaşlar tarafından bu duruma ilişkin farkındalık olmadığından, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne yapılan başvuru metinlerinde de sık sık rastlanıldığı üzere suçların beş yılda silinmesi gerektiği algısı hakim olmaktadır. Kanaatimce, suçların adli sicil ve arşiv kayıtlarından silinme sürelerinin bir insan hayatı için ciddi sürelere tekabül ettiği bilincinin oluşması ve bu durumun özellikle işe alımlarda önlerine çıkacak en temel sorun olduğu bilincinin

---

2 Bu hususun yarattığı uygulamadaki sorunlar ve çözüm önerileri için bkz. VIII. nolu başlık altındaki açıklamalar.

yaygınlaşması, suç işlemekten çekinme algısının artmasına vesile olabilecektir. Burada vurgulanması gereken bir husus bulunmaktadır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, suçların silinme süreleri, yüz kızartıcı nitelikte olup olmamaları ve özel kanunlarda yapılan düzenlemelerin kapsamına girip girmemeleri, suçun işlendiği tarih, verilen ceza miktarı gibi kriterlere bağlı olarak farklılık göstermektedir. Yine 14.06.2007 tarihinde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesi ile yapılan kanun değişikliği ve yine 29.06.2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun m.10/f hükmü ile yapılan değişiklik ile ilgili tarihlerden sonra işlenen suçlarda verilen ceza miktarlarına bağlı olarak silinme sürelerinde değişkenlik gerçekleşmiştir. Özellikle son yapılan düzenlemelerle birlikte, 29. 06. 2012 tarihinden sonra işlenen suçlar için taksirli suçlar ve istisnai bazı durumlar hariç olmak üzere, bir gün bile hapis cezası alınması halinde suçun silinme süresi on beş ve otuz yıllık yasal süreye tabi kılınmıştır. Bu da şöyle bir durumu ortaya çıkarmıştır; Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK m. 179) ile hırsızlık (TCK m. 141),dolandırıcılık (TCK m.157),zimmet (TCK m. 247) gibi yüz kızartıcı suçlar aynı kriter altında değerlendirilen bir suç haline gelmiştir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan yapılan yargılama neticesinde 10 ay hapis cezasına mahkûm edilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının mevcut olmaması nedeniyle cezai müeyyidenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına çevrilemediği durumlarda, kişinin sabıka kaydından ilgili kaydın silinebilmesi için, cezanın yerine getirme tarihinden itibaren yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının alınması halinde on beş yıllık yasal sürenin geçmesi, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının alınmaması halinde ise yine yerine getirme tarihinin üzerinden otuz yıllık yasal sürenin geçmesi gerekmektedir. Benzer şekilde hırsızlık, dolandırıcılık, rüşvet, zimmet, irtikâp gibi kanunda da açıkça yüz kızartıcı suç kapsamında sayılan suçların işlenmesi nedeniyle hakkında 1 yıl 8 ay, 2 yıl 6 ay ve daha yüksek oranda cezalara hükmolunan kişinin söz konusu kayıtlarının silinebilmesi de yasaklanmış hakların geri verilmesi şartına bağlıdır. Bu durumda da yasaklanmış hakların geri verilmesi durumunda yerine getirme tarihinden itibaren on beş, verilmediğinde ise otuz yıllık sürenin geçmesi koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır. Kanun koyucu son değişiklik ile yüz kızarıcı suçlar ile yüz kızartıcı olmayan suçların silinme sürelerini eşit hale getirmiştir. Ancak, ceza miktarının yanı sıra suçların niteliğinin de göz önüne alınarak kategorize yapılmasının, hakkaniyet bakımından daha yerinde bir uygulama olacağı kanaatindeyim. Nasıl ki kanunda suçların müeyyidelerinin miktarları toplum düzenini sağlamak ve tekrarlanmayı azaltmak amaçlarıyla, suçların niteliklerine göre farklılık gösteriyorsa, adli sicil ve arşiv kaydından silinme süreleri bakımından da benzer şekilde bir düzenlemenin daha uygun olacağı kanaatindeyim. Çünkü uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı üzere, gerek resmi kurumlarda gerekse de özel müesseselerde kişilerin adli sicil kayıtlarında yer alan suçların niteliği ve talep konusu işe kabul edilme durumuna engel teşkil edip etmediğine dair tereddütler hâsıl olmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne kurumlar tarafından "ilgili şahıs kurumumuzda X görevinde görevlendirilme talebiyle başvuruda bulunmaktadır. Adli sicil kaydındaki suçun bu görev için engel teşkil edip edilmediğinin tarafımıza bildirilmesi" şeklinde başvurularla sıkça karşılaşılmaktadır. Keza özel müesseslere yapılan başvurularda da benzer tereddüt hali ortaya çıkmaktadır. Şahısların adli sicil kayıtlarında bulunan hakaret suçu gibi birçok ülkede suç niteliğinden çıkarılan suçlar bulunduğu durumlarda yeterli hukuki bilgiye sahip olunmaması nedeniyle, bunların yüz kızartıcı suçlardan ayırt edilememesinden kaynaklanan vatandaşların taleplerinin reddedildiği durumlara da oldukça sıklıkta rastlanılmaktadır. Bu nedenle suç vasıflarının da dikkate alınarak yapıldığı bir ayrım ile adli sicil kayıtlarının silinme sürelerinin belirlenmesi daha hakkaniyetli bir uygulama olacaktır.

Adli sicil ve arşiv kayıtlarının doğru şekilde kayıtlara işlenmesinin hem yargılama makamları hem de ilgililer tarafından önem taşıdığı bir başka nokta da tekerrür hükümlerinde görülmektedir. Tekerrür hükmünün uygulanması için ilk şart,

ilgilinin daha önce işlediği bir suç nedeniyle kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunmasıdır3. Bu bilginin temin edilebilmesindeki en güncel belge ise adli sicil belgesidir. Tekerrüre ilişkin mahkûmiyetin her türlü delil ile ya da tanık beyanları ile ispatlanmasına kanun koyucu yer vermemiş, resmi belge ile bunun tespitinin sağlanmasını zaruri görmüştür. Bu nedenle adli sicil kayıtlarının sürekli güncellenmesi ve doğru şekilde kayıtların işlenmesi, ilgililerin hak kaybı yaşamamaları bakımından büyük önem taşımaktadır. Çünkü mahkeme makamı, adli sicil belgesinin adli sicil kayıtlarının tespit ve muhafazası ile bilgilendirme fonksiyonunu dikkate alarak sicil kayıtlarına güvenerek işlem yapmaktadırlar4. Hatalı bir kayıt girişi olması halinde ilgilinin sehven tekerrür uygulamasına tabi olmasına sebep olarak infaz aşamasında mağduriyet doğurucu bir netice ile karşılaşması söz konusu olabilmektedir.

III. ADLİ SİCİL KAYITLARINA İŞLENEN BİLGİLER

Kişilerin işledikleri TCK'da suç olarak tanımlanan eylemlerden hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirlerinin, kanun yolları incelemesinden geçerek ya da geçmeden kesinleşmesi akabinde adli sicil kayıtlarına işlenmesi mümkün olmaktadır. Ancak, TCK'da ya da özel kanunlarda suç olarak değerlendirilmeyen eylemlerin adli sicil kayıtlarına işlenmesi mümkün değildir.

Hapis cezaları kesinleşmeleri halinde kayıtlara işlenen niteliktedir. Hapis cezası nedeniyle cezaevinde gerekli sürenin geçirilmesi akabinde kişinin şartlı tahliye (koşullu salıverilme) kararı ile tahliye edilmesi halinde, bu şartlı tahliye kararı da tali karar fişi olarak adli sicil kayıtlarına işlenmektedir. Yine, koşullu salıverilmenin geri alınması halinde de, bu durum tıpkı şartlı tahliyede olduğu gibi tali karar fişi olarak kayıtlara işlenmektedir.

Bir kişinin cezasını yerine getirmesi durumunda, bu işlemin gerçekleştiği tarih yerine getirme fişi olarak kayıtlara geçmektedir. Kanunumuza göre silinme sürelerinin belirlenmesinde esas alınan unsur, cezanın yerine getirilme tarihidir; bu nedenle, söz konusu kaydın resmi belgede yer alması son derece önemlidir.

Kişinin mahkûm edildiği hapis cezasının koşulları bulunması halinde ertelenmesi de mümkündür. 765 sayılı kanundan farklı olarak 5237 sayılı Kanunda erteli hapis cezaları denetim süreleri sonunda infaz edilmiş sayılmaktadır. Diğer ifadeyle belirlenen denetim süresi içinde kişi tarafından yükümlülüklerin ihlal edilmemesi halinde, denetim süresinin sonunda ceza yerine getirilmiş olmaktadır. Bu nedenle erteli ilamlarda, yerine getirme fişi düzenlenirken mahal tarafından denetim süresi içinde yükümlülüklere uygun davranılıp davranılmadığı tespit edilmekte ve buna göre yerine getirme fişi tanzim edilmektedir. Adli sicil kayıtlarında bir cezaya ilişkin olarak sadeliği sağlamak amacıyla birden fazla ceza fişi girişi yapılmaması öncelik olduğundan cezanın erteli olması halinde, bunu ifade eden TCK 51. madde ibaresi ceza miktarını gösteren ceza fişinin içine derc edilmektedir. Ancak şahıslar tarafından belirlenen denetim süresi içinde denetim yükümlülüklerine riayet

---

[3] Tekerrür bakımından 5237 sayılı TCK'da mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması yeterli olarak kabul edilmiş, ayrıca cezanın yerine getirilmiş olması gerekliliği aranmamıştır. Bu nedenle kararın kesinleştirilmesi işlemi yapılarak infazı için savcılığa gönderilmesi kafi olmaktadır. Bkz. Osman Atalay, İnfaz Hukuku ve İlamların İnfazı,Türkiye Adalet Akademisi Yayınevi, Ankara,2015,s.9. Cezanın infaz edilmiş olması tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından değil, tekerrür sürelerinin işlemesi bakımından önemlidir. Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem,Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2022, s.594.

[4] Esra Alan, Ceza Hukukunun Yeni Boyutuyla Tekerrür, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.141.

edilmemesi de söz konusu olabilmektedir. Bu durumda suçun erteli olma vasfı sona ermekte ve artık belirlenen cezanın aynen infazı gerekmektedir. Gerek mahkeme ve savcılıklar, gerekse de merkez birim olan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından kayıtlarda yapılan inceleme ve denetimde bu durumun fark edilebilmesi için, erteli olma durumu ortadan kalkan kayıtlar için kayıtlara aynen infazı gösteren tali karar fişi girişi yapılmaktadır.

Adli para cezasına ilişkin hükümler de kesinleşmeleri halinde adli sicil kayıtlarına işlenen niteliktedir. Cezalandırma bakımından suçun kanunda belirlenen cezası doğrudan adli para cezası olabileceği gibi hapis ile birlikte adli para cezasına hükmedilmesi şeklinde de olabilmektedir. Hapis ile birlikte işlenen adli para cezalarında her iki cezanın tek ceza fişi ile şahısların sicil kayıtlarına işlenmesi tercih edilmektedir. Yine adli para cezasının yerine getirilmesi halinde, ilgili kayda ilişkin yerine getirme fişi girişi yapılmaktadır. Adli para cezasının ödenmemesi halinde, mahkeme tarafından hapis cezasına çevrilmesi durumunda yerine getirme fişinde adli para cezasının hapis cezasına çevrilerek infaz edildiği de belirtilmektedir. Adli para cezasının tazyik hapsine çevrilmek suretiyle kısmen ya da tamamen yerine getirilmesi, adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle yerine getirilmesi hususu da adli sicil kaydına işlenmektedir.

Kişilerin tabi tutuldukları cezai müeyyidenin hapis cezası olması halinde, söz konusu yaptırım neticesinde kişilerde cezanın uyarıcı fonksiyonunun gerçekleşmesi ve etkin pişmanlık duygusunun oluşması, tekrar suç işlemeyi önlemeye yönelik ıslah mekanizmasının oluşması amaçlanmaktadır. Kişilerin aldıkları eğitim, yaşadıkları sosyal çevre gibi unsurlar, suç olan eylemden daha hızlı şekilde pişmanlık duygusunun gelişmesini ortaya çıkarabilmektedir. Bu tür durumlarda kişilerin ceza infaz kurumlarında cezalarını infaz etmeleri toplum barışı açısından da bir zorunluluk teşkil etmeyebilir. Kanunda kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumlarında yerine getirilmesinin yaratabileceği olumsuzlukları ortadan kaldırmak amacıyla, bu kapsamdaki cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesi sistemi getirilmiştir. TCK 50. madde çerçevesinde kısa süreli hapis cezaları şartların mevcut olması halinde kanunda belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir. Cezanın niteliği seçenek yaptırıma dönüştüğünde, yerine getirilmesinin akabinde ilgili yerine getirme fişi de aynı nitelikte kaydedilmektedir. Bu nedenle ceza fişi ve yerine getirme fişi girişlerinde seçenek yaptırımını belirten şekilde giriş yapılmaktadır.

İşlenen suçun sonuçları, kişilerin belirli haklarını kullanma yetisinden mahrum kalmalarına yol açmaktadır. TCK 53. maddede düzenlenen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma müessesesi bir güvenlik tedbiri olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hükmün sonuç doğurması bakımından mahkemenin mutlaka bu konuda bir karar verme zorunluluğu da bulunmamaktadır[5]. Ancak, bu konuda kanunda düzenlenen tedbirlerinden bazılarının ortaya çıkması hâkimin takdirine bırakılmıştır. Belirli haklardan yoksun bırakılma kapsamında belli bir hak ve yetkinin kullanılmasının veya belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar da adli sicil kaydına işlenmektedir.

Türk vatandaşları bakımından yabancı mahkeme tarafından verilen ve kesinleşen ilamlar da adli sicil kaydına işlenmektedir.

Kesinleşmiş ve infaz kabiliyeti olan bir ceza mahkûmiyetinin belli bir süre geçmesi ile infaz kabiliyetinin ortadan kalkması ceza zamanaşımı olarak ifade edilmektedir. Ceza zamanaşımı ile kanunda belirtilen süreler içinde cezanın infaz edilmemesi halinde, devletin sahip olduğu cezayı yerine getirme hakkı artık son

---

[5] Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Serkan Meraklı/ Pınar Bacaksız/ İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 663.

bulmaktadır6. Cezaların niteliklerine göre tabi oldukları zamanaşımı süreleri TCK 68. madde hükmünde düzenlenmiştir. Bu süreler içerisinde cezanın infaz edilmemesi halinde ceza zamanaşımının dolduğunun tespitine ilişkin verilen karar da T fişi olarak arşiv kaydına işlenmektedir. Ceza zamanaşımı kararı ile ilgili kayıt arşiv kısmına alınmakta ve ceza zamanaşımını gösteren tali karar fişinin kaydı da arşiv kaydı kısmına yapılmaktadır.

Yine özel af halinde, özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı da sicil kaydına işlenmektedir.

Askeri Ceza Kanunu'na göre verilmiş ilamların sicil kayıtlarına işlenip işlenmemesi hususunda ayrım yapılması gerekmektedir. Askeri Ceza Kanunundaki bazı suçlar sırf askeri suç niteliğine tabi iken, bazı suçların TCK'da da karşılığı bulunduğundan sırf askeri suç kapsamında kalmamaktadır. Hukukumuzda sırf askeri suçların sicil kayıtlarına işlenmesi mümkün olmamaktadır. Ancak bunun dışındaki Askeri Ceza Kanununda düzenlenen ve sırf askeri suç kapsamında kalmayan suçların kayıtları da sicile yapılmaktadır.

Yaşı küçükler tarafından işlenen ve kesinleşen ilamlar da mahsus sicile işlenmektedir.

Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar ceza fişi olarak sisteme işlenmektedir. Söz konusu güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi halinde girilen yerine getirme fişi akabinde silme süresi dolmakla kaydın silme işlemi de yapılmaktadır.

IV. ADLİ SİCİL KAYITLARININ SİLİNMESİNDE YETKİ

Adli sicil kayıtları şahısların özel ve resmi makamlara yaptıkları birçok başvuru ve işlemde önem teşkil etmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, 5352 sayılı Kanunun 11. maddesindeki açık düzenlenme neticesinde adli sicil ve arşiv kayıtları gizli bilgi niteliğindedir. Kişisel veri niteliğine haiz olmasından dolayı adli sicil ve arşiv bilgilerinin üçüncü şahıslarla paylaşımına kanun imkân vermemiştir. Bu nedenle de Adli Sicil Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlendiği üzere, kullanım amacı da belirtilmek suretiyle kişilerin bizzat kendilerinin veya vekâletnamede özel yetki ile yetkilendirilmiş vekili dışında ya da kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dışındaki kişilerce bilgi edinilmesi ve paylaşılması yasaktır. Kişisel veri niteliği ve gizli bilgi özelliği nedeniyle kanun koyucu genel vekâletname ile yetkilendirilmiş vekile talep yetkisi tanımamış, adli sicil belgesi ve silme, arşivleme işlemlerini talep etme yetkisini belirten özel vekâletname ile vekilin yetkilendirilmiş olması şartını aramaktadır7. Kişisel verilerin yalnızca kanuni dayanağa sahip olması halinde işleme tabi olacağını düzenleyen Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde, söz konusu kayıtların adli sicil sisteminde tutulmasına dayanak olarak 6352 sayılı Adli Sicil Kanunu düzenlenmiştir.

Şahsi bilgi niteliği taşıması ve şahısların eğitim, iş hayatı, sosyal yaşam gibi birçok alanda önlerine çıkacak derecede önemli olması nedeniyle sicil ve arşiv kayıtlarına bilgi işleme ve silme koşullarını değerlendirme hususları da ciddi öneme sahiptir. Bu önem sebebiyle 5352 sayılı Kanun ile mülga 3682 sayılı kanun arasında yapılan ilk farklılık, kayıtların silinmesi ve arşivlenmesi bakımından yetkili organ

---

6 Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, 2024, s.796.

7 Bkz. 25/02/2021 tarihli Adlî Sicil Bilgilerinin Vekâletname ile İstenmesi konulu Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü genelgesi, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/genelge-ve-genel-yazilar, Erişim Tarihi: 06.12.2024.

noktasında yapılmıştır. 5352 sayılı yasa öncesi dönemde adli sicil ve arşiv kayıtlarını silme yetkisi mahal mahkemelerine verilmişti. Ancak, uygulamada farklılıkların oluşması, işlemin teknik bilgi içermesi ve hem özel kanunlardaki düzenlemelerin hem de kanuni değişikliklerin getirdiği kriterlerin detaylar içermesi, mahkemeler tarafından silme ya da arşivleme koşullarının doğru tahlilinde aksaklıkların yaşanmasını beraberinde getirebilmekteydi. Şahısları doğrudan etkileyen bu önemdeki bir duruma ilişkin telafisi zor neticelerin önlenmesini isteyen kanun koyucu, 5352 sayılı yasa ile mahkemelerdeki yetkiyi sonlandırmış ve merkez idare birimi olan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü bünyesinde işlemlerin yapılmasını düzenlemiştir8. Bu sayede merkezden arşivleme ve silme işleminin yapılması ile bu işte uzman hâkimler ve oluşturulmuş komisyon tarafından taleplerin değerlendirilerek daha sağlıklı ve doğru işlem yapılması sağlanmaktadır. Böylece hem uygulama yeknesaklığı sağlanmış hem de vatandaşların mağduriyet yaşama durumlarının önüne geçilmiştir. İlk düzenleme olan 5352 sayılı yasanın 9. maddesi ile arşive alınma koşulları oluşan kayıtların adli sicil kaydından arşive aktarılma yetkisini Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne vermiştir. Yine, yürürlük tarihi 11.04.2012 olan ve 28261 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6290 sayılı Adli Sicil Kanunu ile Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrası (b) bendi ile arşiv kayıtlarının silinmesi koşulları yeniden düzenlenmiş ve anılan Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca arşiv kayıtlarının silinmesi işleminin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce yapılacağı hükme bağlanmıştır. Böylece kişiler hakkındaki kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine dair verilen mahkûmiyet kararlarını kayıt altına alan adli sicil ve arşiv kayıtlarını resmi olarak toplama, belgelendirme, sınıflandırma, değerlendirme, muhafaza etme ve gerektiğinde ilgililere bildirme görevi ile adli sicil ve arşiv kayıtlarında arşivleme ve silme yapma yetkisi tek elde toplanarak, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yetkisine tabi kılınmıştır.

Yasal düzenleme ile adli sicil ve arşiv kayıtlarına ilişkin arşivleme, silme, düzeltme ve değişiklik yapma yetkisi artık sadece Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne verildiğinden, 11 Nisan 2012 tarihi itibarıyla Cumhuriyet Başsavcılıkları ya da mahkemelere yapılan talepler doğrudan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilmektedir9. Ancak uygulamada mahkemelerin yetki aşımı ile kendilerine yapılan başvurularda, silinme koşullarının oluştuğu değerlendirilerek "adli sicil kaydının silinmesine" şeklinde kararlar verilerek Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderildiği görülmektedir. Fonksiyon gaspı niteliğinde olan bu karalara karşı kesinleşmenin gerçekleşmediği durumlarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) itiraz yoluna, kesinleşmesi halinde ise kanun yararına bozma yoluna gidilmesi gerekmektedir10. Uygulamada Yargıtay'a bu hususa

---

8 Nejat Özkan/ Muharrem Songür, Teknik ve Hukuki Yönleriyle Türk Adli Sicil Sistemi, Ankara, 2005, s. 211.

9 3682 sayılı saya döneminde talepler doğrudan mahkemeler yapılmakta ve taleplerin değerlendirilip neticelendirilmesi yetkisi de mahkeme makamına ait kılınmıştı.

10 "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, 17.01.2024 tarihli ve KYB-2024/3311 sayılı kanun yararına bozma isteminin;

"Karar tarihinden önce 11.04.2012 tarihli ve 28261 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6290 sayılı Adli Sicil Kanunu ile Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrası (b) bendi ile arşiv kayıtlarının silinmesi koşullarının yeniden düzenlendiği ve anılan Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca arşiv kayıtlarının silinmesi işleminin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce yapılacağının hükme bağlandığı nazara alındığında, 11.04.2012 tarihinden itibaren adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi işleminin münhasıran Adli

ilişkin yansıyan birçok konu bulunmaktadır11. Burada şu hususu belirtmek önem teşkil etmektedir. 5352 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yetki ayrımı açıkça belirtilmiştir. Madde lafzında mahalli ve merkezi adli sicil ayrımı ve bu birimlerin görevleri açıkça belirtilmiştir. Merkezi adli sicil birimi olan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne adlî sicil kayıtlarının güncelleştirilmesi, düzenlenmesi, düzeltilmesi ve mahalli adlî sicil birimlerine ulaştırılması görevi verilmiştir. Mahalli adli sicil birimlerine ise adlî sicil bilgilerinin bilgisayara girilmesi, bu bilgilerin merkezî adlî sicile aktarılması ile merkezî adlî sicilden bilgilerin alınıp ilgili şahıs ve kurumlara iletilmesi görevi tanımlanmıştır. Diğer ifadeyle, adli sicil verilerini kayıtlara girme görevi halen mahal adli sicilde bulunmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, mahal adli sicil birimi tarafından hatalı girilen veriler ile yasal düzenlemelerdeki değişiklikler sonucunda meydana gelen kayıtlar üzerinde güncel düzenlemelere uygun olarak veri girişlerini güncelleme, silme ve arşivleme işlemlerini gerçekleştirme görevini üstlenmektedir. Bu kapsamda, gerekli denetimleri yaparak ilgili kayıtların silinme ve arşivleme işlemi yapma görevine sahiptir.

V. ADLİ SİCİL KAYITLARININ DÜZENLENME SİSTEMİ

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ile 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu mülga olmuş ve adli sicil kayıtlarının silinmesi koşullarında farklı bir sistem benimsenmiştir. 5352 sayılı yasa ile 3682 sayılı yasa arasında yetki hususu dışında düzenlenen diğer farklılık oluşturan nokta da burada ortaya çıkmıştır. 3682 sayılı yasada yalnızca adli sicil kayıtları mevcut iken 5352 sayılı yasada adli sicil ve arşiv kayıtları şeklinde iki aşamalı bir sistem benimsenmiştir. Bu tasnifin temel amacı, silinme koşulları oluşan ve oluşmayan kayıtların adli sicil kayıtlarında farklı kısımlarda belirtilmesi, bu sayede kayıtların daha sade ve düzenli bir şekilde görünmesinin sağlanmasıdır. Aynı zamanda, kayıt sahipleri açısından aleyhe bir durum oluşmamasına da dikkat edilmektedir. Başka bir deyişle, sicil kaydı sahiplerinin hak ihlallerine yol açabilecek sorunların ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Zira, sicil kayıtları ile arşiv kayıtları farklı sicil sorgulama türlerinde yer almaktadır. Dolayısıyla, bir kişinin resmi bir kuruma ibraz edeceği adli sicil kaydı ile özel bir müesseseye ibraz edeceği adli sicil sorgu kaydı, sicil ile arşiv kayıtlarının görünürlüğü bakımından farklılık taşımaktadır. Adli sicil kaydının ilk kısmını "adli sicil kayıtları" başlığı altındaki kısım oluşturmaktadır. Kaydın bu kısmında yerine getirmesi henüz yapılmamış ya da ceza

---

Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde arşiv kaydının silinmesine karar verilmesinde isabet görülmemiştir." şeklinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün silme yetkisine müdahale niteliğindeki kesinleşen hükümler Yargıtay ilgili dairesi tarafından kanun yararına bozma incelemesi ile bozulmaktadır. Yargıtay 5. CD., E: 2024/1200, K: 2024/4752, T:25.04.2024, (UYAP).

11 "…Hükümlünün arşiv kayıtlarında yer alan hırsızlık suçu, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçlardan olup, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'nun geçici 2. maddesinin 2. fıkrasında 6290 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, Anayasa'nın 76. maddesi ile bazı özel kanunlarda yer alan ve bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetlerin, arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren Yasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrasındaki koşulların oluşması halinde silinmesi olanaklı hale gelmekle birlikte, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı bulunup bulunmadığı anlaşılamadığından, anılan maddede öngörülen süreler dolmadığı gibi, 11.04.2012 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6290 sayılı Kanun'la, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'nun geçici 2. maddesine eklenen 3. fıkra uyarınca, 11.04.2012 tarihinden itibaren arşiv kaydının silinmesi işlemlerinin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce yerine getirileceğinin gözetilmemesi hukuka aykırı bulunmuştur." şeklindeki karar için bkz. Yargıtay 2. CD., E: 2024/1024, K: 2024/11059, T: 09.09.2024, (UYAP).

zamanaşımı henüz dolmamış olması nedeniyle arşive alınması mümkün olmayan kayıtlar yer almaktadır. İkinci kısmı oluşturan "adli sicil arşiv kaydı"12 kısmını ise, yerine getirilmiş ya da ceza zamanaşımı dolmuş olması ancak silinme koşulları henüz oluşmamış olması nedeniyle adli sicil kaydı kısmından arşiv kaydı kısmına alınan kayıtlar oluşturmaktadır. Bu kısımdaki kayıtlar silme süreleri dolana kadar arşiv kaydı kısmında bekletilmektedir.

Adli sicil kayıtlarının sisteme işlenmesi ve düzenlenmesi hususu bakımından ilk olarak hangi kayıtların sicile işlenecek nitelikte olduğunun tespiti gerekmektedir. 5352 sayılı yasanın 4. maddesindeki düzenlemede bu konuda aranan ilk şart kararın kesinleşmiş olmasıdır. Mülkilik ilkesi13 gereğince kararın, Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olması ve Türk vatandaşı ya da yabancılar tarafından işlenen suçlar hakkında verilmiş olması şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Yine mütekabiliyet ilkesinin geçerli olduğu yabancı ülkeler tarafından Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilen ve bu yabancı ülkede Türk vatandaşlarının işledikleri suçlardan olması gerekmektedir.

Kayıtların gösterim şekilleri "fiş" olarak ifade edilmektedir. Her kayıt türü niteliğine göre farklı harflerle gösterilmektedir. Kayıtlarda sadeliği sağlamak adına, harfler fişlerin açılımlarının kısaltması şeklinde adli sicil kayıtlarına girilmektedir. Mahkeme tarafından verilen cezayı gösteren ceza fişleri "C" harfi ile, yerine getirme fişleri "Y" harfi ile, tali karar fişleri14 ise T harfi ile belirtilmektedir15.

Ceza ve yerine getirme fişi kayıtları adli sicil ve arşiv kayıtları kısmında görülebilen nitelikteki kayıtlardır. Yine ceza fişine bağlı olarak girilen şartlı tahliye fişi de bu görünüme sahip olan ve T harfi ile gösterilen bir kayıt türüdür. Bunun dışında kayıtlara işlenen ancak "mahsus sicil" denen gizli kayıtlara işlenmesi sebebiyle yalnızca mahkeme ve savcılık makamı tarafından görülebilen kayıt türü bulunmaktadır16. Bu kayıtlar da T harfi ile sicil kayıtlarına işlenmektedir. Yaşı küçüklerin işlediği suçlara ilişkin kayıtlar, 4616 sayılı yasadan verilen erteleme ilamları, kovuşturmanın ertelenmesi kayıtları, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, etkin pişmanlık

---

12 Uygulamada bu kısım için "arşiv kaydı" ifadesi kullanıldığından bundan sonraki kısımlarda bu şekilde anılacaktır.

13 Mülkilik diğer ifadeyle ülkesellik ilkesi, failin ve mağdurun vatandaşlığından bağımsız olarak, ülkenin coğrafi olarak sahip olduğu sınırları içinde işlenen yer devletinin ceza kurallarının uygulanması olarak açıklanabilmektedir. Ülkesellik, devletin kendi ülke sınırları içindeki hakimiyetinin bir uzantısıdır. Devlet cezalandırma tekelini kamu adına elinde bulundurmaktadır. Bu tekelin neticesi olarak da devletin cezalandırma yetkisini kullanması, vatandaşlar üzerindeki otoritesinin hissedilmesine yönelik araçlardan birisi olmaktadır.Bkz. Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Rıfat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 84; Rona Aybay/ Esra Dardağan, Yasaların Uluslar arası Düzeyde Çatışması, İstanbul, Aybay Yayınevi, 2001, s.19.

14 Tali karar fişleri C fişine bağlı olarak düzenlenen şartlı tahliye niteliğinde olabileceği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 4616 sayılı yasa ile verilen ilamları gösteren ya da mahkumiyete dair daha sonra yapılan değişiklikleri gösteren ve uygulamada "karar değişikliği T'si" şeklinde ifade edilen kayıtlar gibi kayıtları ifade etmektedir.

15 Mustafa Artuç, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.464-465.

16 "...hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuken hiç sonuç doğurmayan bir karar olmadığını, aksine, sanığın belirli sürelerle denetime tabi kılındığını, hagb kararının adli sicile işlenmese de kendine mahsus bir sisteme kaydedildiğini..." Yargıtay 2.CD, E: 2023/11918, K:2024/4162, T. 12.03.2024,(UYAP).

hükümleri17, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahsus sicile işlenen kayıt türleridir.

Aynı suçtan hem hapis hem de para cezasına mahkûm olan kişilerin sicil kayıtları, her iki yaptırımın tek bir C fişi altında kaydedilmesiyle gerçekleşmektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün kayıtların sadeleştirilerek tutulması yönünde bir eğilimi de bulunmaktadır. Örneğin; 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesi kapsamında işlenen suç hem hapis hem da para cezasına mahkûmiyeti gerektirmektedir. Uygulamada, aynı esastan ve aynı suçtan verilen hapis ve para cezaları, mahal adli sicil birimi tarafından sıklıkla ayrı ayrı C fişleri şeklinde kayıtlara girilmektedir. Bu hem sicil kayıtlarında kalabalıklık ve kargaşa yaratmakta, hem de ilgililer tarafından tek bir suç işlemiş olmasına rağmen birden fazla sabıkası varmış gibi algılandığı şeklinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne başvurular yapılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle mahal tarafından bu şekilde girilen kayıtlar da Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından birleştirme yapılarak amaçlanan sadeleştirme gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

VI. ADLİ SİCİL VE ARŞİV KAYITLARININ SİLİNMESİ

Adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesinde 5352 sayılı kanunun 9.,12. ve geçici 12. maddeleri ile değişiklikler yapılarak mevcut uygulanan silme ve arşivleme koşulları oluşmuştur. Bu nedenle suç tarihi 01.06.2005 ve sonrası olan suçlar ile öncesine dair suçlara ilişkin uygulanacak silme koşulları bakımından ayrım yapılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıma temel teşkil eden tarihte "suç tarihinin" esas alındığına özellikle dikkat çekmek isteriz. Söz konusu tarihten sonra özel kanunlar çerçevesinde yapılan değişiklikler de, silinme hususunun değerlendirilmesinde farklı tarihleri de rol oynar hale getirmiştir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 14.06.2007 tarihi, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu ile 29.06.2012 tarihi cezaların silinme sürelerinin belirlenmesinde temel teşkil eden özel düzenlemelerden bazılarını oluşturmaktadır. Çalışmamızda yeni kanuna ilişkin uygulamada aksamalar yaratan noktalar ve çözüm önerileri aktarılacağından 5352 sayılı kanundaki adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinme ve arşive alınma hususlarına ilişkin değerlendirmeler üzerinde daha ağırlıklı durulacaktır.

---

17 "...İlk Derece Mahkemesince sanık hakkında karşılıksız yararlanma suçundan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163/3, 168/5. 62. ve 51. maddeleri uyarınca erteli 6 ay 20 gün hapis cezasına hükmedildiği, sanığın istinaf talebi üzerine, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesince, duruşma açılmadan, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmü kaldırılarak, sanığın atılı suçtan aynı Kanun'un 163/3, 168/5. maddeleri gereğince davanın düşürülmesine karar verildiği anlaşılmakla,...

Sanık hakkında verilen düşme kararına istinaden, karar kesinleştiğinde bir suretinin Adli Sicil Kanunu'nun 6/2. maddesi uyarınca mahsus siciline kaydı için Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi," nedeniyle bozulmasına hükmedilmektedir. Yargıtay 2. CD., E: 2021/20652, K: 2024/11994, T: 12.09.2024, (UYAP); "...Kurum zararını kovuşturma safhasında gideren sanık hakkında 5237 sayılı Kanun'un 168/5. ve 5271 sayılı Kanun'un 223/8. maddesi uyarınca kovuşturma koşulunun sonuçları benzer sonuçları doğurması nedeni ile düşme kararı verilmesi karşısında, karar kesinleştiğinde bir suretinin Adli Sicil Kanunu'nun 6/2. maddesi uyarınca mahsus siciline kaydı için Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi" gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay 2. CD., E: 2021/20748, K:2024/12005, T: 12.09.2024, (UYAP).

A. ADLİ SİCİL KAYITLARININ SİLİNMESİ

1. Genel Silme Koşulları

Adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi 5352 sayılı kanun ve sonrasında yapılan birçok özel kanun düzenlemesi neticesinde bazı genel kurallara ve bu kurallara istisna teşkil eden birçok kurala tabi olarak yapılacak değerlendirmeye göre gerçekleşmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Adli Sicil Kanunu ile sicil belgesinde, sicil kayıtlarının olduğu kısım ve arşiv kayıtlarının olduğu kısım olarak iki aşamalı bir sistem benimsenmiştir. Dolayısıyla bu iki aşamalı sistem gereğince kaydın sicilden arşive aktarılması ile arşivden de tamamen silinmesi farklı koşulların gerçekleşmesine tabi tutulmuştur.

5352 sayılı yasanın 9. maddesinde adli sicil kayıtlarının silinme koşulları düzenlenmiştir. Kayıtta yer alan cezanın yerine getirilmesi, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması, genel af, cezaya ilişkin suçun suç olmaktan çıkarılması, kanun yararına bozma ya da yargılamanın yenilenmesi ile beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararları verilmesi hallerinde koşulları oluşan kayıtlar silinmektedir. Silinme koşulları oluşmayan kayıtlar da arşive alınmaktadır. Detaylı şekilde açıklayacağımız üzere kayıt sahibinin ölmesi halinde, ilgili belgenin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne ulaşması akabinde kayıtların tamamı silinmektedir.

Silme koşulları suçun işlenme tarihine, suçun niteliğine göre yerine getirme tarihinin üzerinden belli sürelerin geçmesi kriterleri değerlendirilerek tespit edilmektedir. Bir kaydın silinebilmesi için ilk kriter cezanın yerine getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle de sicil kayıtlarına, ceza fişini simgeleyen "C" harfinin altında, ona bağlı olan yerine getirmeyi ifade eden "Y" harfi ile gösterilen fişin de kayıtlara intikal etmesi gerekir. Silme koşullarının oluşmasında geçmesi beklenen süreler ilk olarak yerine getirme fişinin kayıtlara işlenmiş olması halinde bu sürenin üzerine eklenerek, yerine getirme fişinin mevcut olmaması halinde ise ceza zamanaşımı süresinin üzerine eklenerek tespit edilmektedir.

Yerine getirme tarihi üzerine cezanın ve suçun niteliğine göre kanunda aranan süreler olan beş, on beş ve otuz yıllık sürelerin eklenmesi halinde inceleme tarihinde söz konusu süreleri dolduran kayıtlar için silme işlemi uygulanmaktadır. Silinme sürelerinin belirlenmesinde başlangıç noktası olarak yerine getirme tarihinin esas alınmasının istisnasını oluşturan durumlar da bulunmaktadır. Kurala istisna oluşturan hususu, 765 sayılı kanun döneminde verilen ve 647 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince ertelenen suçlar oluşturmaktadır. Bu suçların silinmesi bakımından yerine getirme tarihi değil karar tarihi esas alınmaktadır.

Genel kural olarak silinme koşullarına bakıldığında, temel kuralı oluşturan husus, adli sicil kayıtlarına işlenen suçların yerine getirme tarihinden itibaren beş yıllık sürenin dolması akabinde silinmesidir. Beş yıllık süre kasıtlı suçlardan basit suç olarak nitelendirilen suçlar ile taksirli suçlar bakımından geçerli süre olarak kabul edilmektedir. Ancak 5352 sayılı yasada, Anayasa 76. madde[18] ve özel kanunlarda

[18] Anayasanın 76. Maddesinde sayılan suçlar şu şekildedir: zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, Resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçları.

belirtilen ve basit suç kavramı dışında kalan19 suçlar bakımından yerine getirme tarihinden itibaren on beş ve otuz yıllık sürelerin geçmesi akabinde silinme koşulları oluşabilmektedir. On beş ve otuz yıllık sürelerin ayrımını oluşturan noktayı ise "yasaklanmış hakların geri verilmesi" müessesesi oluşturmaktadır. 5352 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerden birisi de burada karşımıza çıkmaktadır. Bu suçlar bakımından yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının alınması halinde yerine getirme tarihinden itibaren on beş yıl geçmesi, alınmaması halinde ise otuz yıl geçmesi halinde kaydın ya da kayıtların silinme koşulları oluşmaktadır. Bu kurallara istisna teşkil eden birçok silinme koşuluna etki eden kural bulunmaktadır. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı gerektiren suçlara uygulamada nitelikli suç denilebilmektedir. Bu nedenle makalemizde de on beş ve otuz yıllık silinme koşuluna tabi suçlar bakımından kısaca belirtmek adına "nitelikli suç" kavramı kullanılmıştır. Yasaklanmış hakların geri verilmesini gerektiren suçlara ilişkin ayrım yapma noktasında uygulamada sıkça hatalı kararlar oluşmaktadır. Hangi suçların basit suç, hangi suçların nitelikli suç kıstası kapsamında kaldığını, 765 sayılı TCK dönemindeki suçlar bakımından daha ağırlıklı olmakla birlikte, tespitinde uygulamada yaşanan sorunlar doğru olmayan kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Adli sicil kayıtlarının silinmesi bakımından 3682 sayılı yasa ile 5352 sayılı yasa arasındaki farklılıklardan birisini talep hususu oluşturmaktadır. 3682 sayılı yasa döneminde kayıt sahibi, Cumhuriyet savcısı ya da Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine hükmü veren mahkeme ya da talebin yapıldığı yer asliye ceza mahkemesi tarafından duruşma açılmaya gerek olmaksızın işlemin yapılması mümkün olmaktaydı20. Ancak 5352 sayılı yasayla birlikte, kayıt sahibinin bizzat müracaat etmesi ya da özel vekâletname ile yetkilendirilen vekilinin talebi gereklidir. Ayrıca, 6763 ve 7188 sayılı yasalar çerçevesinde, sanığın lehine yapılan düzenlemeler neticesinde verilen "düşme" kararları ve ceza mahkûmiyetini tüm sonuçları ile ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme durumlarına bağlı olarak mahkemeler tarafından verilen ilgili kararların Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne iletilmesi üzerine, ilgili silme ya da arşivleme işlemleri yapılabilmektedir.

2. Genel Müdürlük Tarafından Re'sen Silme İşleminin Uygulandığı Kayıtlar

Adli sicil kayıtlarına işlenen fişlerin kayıtlara girilmesinde kural olarak mahal adli sicil birimi görevli olmakla birlikte, bazı kayıtların girişi Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yapılmaktadır21. Bu kriterlere aykırı olarak girilen kayıtlar da bulunabilmektedir. Hatalı girilen bu tür kayıtlara ilişkin silme ve güncelleme işlemleri Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından re'sen yapılabilmektedir.

---

19 Bu kavram ile kastedilen husus şöyle açıklanabilir: Kanunda ve anayasada, özel kanunlarda sayılan bazı suçlar için silinme süreleri bakımından yerine getirme tarihinden itibaren 15 ve 30 yıllık silinme süreleri aranmıştır. Bu süreler daha uzun silinme süreleri oluşturduğundan uygulamada nitelikli suç kavramı ile ifade edilmektedir. Bunlar dışında kalan suçlar ise basit suç olarak adlandırılabilmektedir. Bu sürenin ayrımını oluşturan husus bir alt başlıkta açıklanmaktadır.

20 İbrahim Çiçek, " 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'na Göre Adli Sicil Ve Arşiv Kaydının Silinmesi Ve Memnu Hakların İadesi", C.3, S.19, Mart 2008, Terazi Hukuk Dergisi,s.112.

21 Bu ayrım Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 19/11/2012 tarihli bildirme fişleriyle ilgili 29733 sayılı genelgesinde açıklanmıştır.https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/genelge-ve-genel-yazilar. Erişim Tarihi: 06.12.2024.

Re'sen silme işleminin uygulanmasını ortaya çıkaran hususlardan bazıları ise idarenin eylemlerine tabi olmayan durumlardan kaynaklanmaktadır. Bu tür durumlarda kesinleşerek adli sicil kayıtlarına işlenen bazı kayıtların silme işlemlerinin yapılmasında talep unsurunun aranması işin niteliği gereği mümkün olmadığından re'sen silme işlemi gerçekleştirilmektedir. Bu hallerden birisini "ölüm" hali oluşturmaktadır. Ölüm ile kayıt sahibinin kişiliği sona erdiğinden22 artık söz konusu kayıtların tutulmasında hukuki yarar bulunmadığından ölü kişilere ait kayıtlar, nüfus kayıtlarından yapılan tespit üzerine ya da mahkemelerce ölüm sebebiyle verilen düşme kararları üzerine Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından otomatik olarak ve re'sen silinmektedir23.

Re'sen silme işleminin uygulandığı diğer kayıt türünü ise, genel af uygulanan cezalar oluşturmaktadır. Genel af, kamu davasını, hükmolunan cezaların ve mahkûmiyetin tüm neticelerini ortadan kaldıran aftır. Anayasanın 87. maddesi çerçevesinde genel af çıkarılması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile gerçekleşmektedir24. Affın niteliğinin genel af olması uygulandığı sanık ve hükümlerin kapsamından kaynaklanmamaktadır. Affa genel af niteliği veren unsur, hükmün hukuki sonuçlarının, cezaların ve mahkûmiyetin bütün neticelerini ortadan kaldırması oluşturmaktadır. Affın çıkarıldığı tarihte suç ile ilgili henüz kovuşturma başlamamış ise kovuşturma yapılmaz. Yargılama yapılması esnasında affın gerçekleşmesi halinde ise, davanın düşmesine karar verildiğinden yine adli sicil kayıtlarına işlenmesi mümkün olmamaktadır25. Kesinleşip kayda işlenen suçlar hakkında af çıkarılması durumunda ise, bu kayıtlar Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından re'sen sicil kaydından silinerek arşive alınmaktadır. Burada dikkat edilecek husus, 5352 sayılı yasanın 9. maddesinde belirtildiği üzere, genel af halinde kayıt tamamen silinmemekte, sicil kaydından arşiv kaydına alınma işlemi yapılmaktadır. Çünkü genel af cezayı ortadan kaldırmamakta mahkûmiyeti sona erdirmektedir26. Cezanın infazının gerekliliğini ortadan kaldırdığından ancak ceza varlığını koruduğundan arşivleme işlemi yapılarak yasal silinme sürelerinin dolması halinde arşivden tamamen silinme işlemi uygulanmaktadır.

Fiilin kanun ile suç olmaktan çıkarılması halinde de, bu suça ilişkin sicil ve arşiv kayıtlarına talep aranmaksızın Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından silme işlemi yapılmaktadır. İdari para cezasına çevrilen kayıtlar bu kapsama girmektedir. Mülga 3682 sayılı Kanun'un m. 8/2. fıkrası ile idari para cezasına çevrilen mahkûmiyet hükümlerinin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından re'sen silineceği düzenlenmişti. Her ne kadar 5352 sayılı yasada bu hükme açıkça yer verilmemiş olsa da, uygulama aynı şekilde devam etmektedir. Örnek olarak; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 48/5. fıkrasındaki alkollü araç kullanma, artık idari para cezası niteliğinde olduğundan sicil kayıtlarına işlenecek nitelikte değildir. Bu tür bir kaydın işlenmesi halinde re'sen silme işlemi uygulanmaktadır.

Kanun yararına bozma27 veya yargılamanın yenilenmesi28 neticesinde verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararları kesinleşmeleri halinde, ilgili

---

22 İhsan Erdoğan/ A.Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 320.

23 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.9/2.

24 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.707.

25 Dülger, 2023, s.1041.

26 Öztürk/ Erdem, 2022, s.595.

27 Kanun yararına bozma, olağan kanun yolları olan istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı başvurulabilen olağanüstü kanun yoludur. Maddi

belgelerin Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne ulaşması akabinde önceki mahkûmiyete ilişkin adlî sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından herhangi bir silinme koşulu aranmaksızın doğrudan silme işlemi uygulanacak kayıtlardan bazılarını da sehven işlenen kayıtlar oluşturmaktadır. 5352 sayılı yasanın 5. maddesinde sicile işlenemeyecek kayıt türleri açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda disiplin suçları ve tazyik hapsine ilişkin ilamlar, idari para cezaları TCK kapsamındaki cezai sahada bulunmaması nedeniyle adli sicil kayıtlarına işlenmemektedir. Yine 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na göre sırf askeri suç niteliğindeki suçlarda verilen mahkûmiyet hükümleri de adli sicil kayıtlarına işlenmemektedir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda sırf askeri suçların ne olduğu veya hangi suçların sırf askeri suç niteliğinde olduğu somut olarak belirtilmemiş, Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 11.06.1975 tarih ve 1975/5-2 sayılı kararında, hangi suçların sırf askeri suç olacağının kazai yoldan çözümlenmesi gerektiği ifade edilmişti. Ancak, 30.06.2021 tarihli Resmi gazetede yayımlanan 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1.maddesinde, 1632 sayılı kanuna eklenen Ek 11. madde ile sırf askeri suçlar madde numaraları gösterilmek suretiyle belirtilmiştir29. Nitekim, disiplin suçları, tazyik hapsi,1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda sayılan sırf askeri suçlardan verilen mahkûmiyetlere ilişkin adli sicil kayıtlarına giren kayıtlar re'sen silme işlemine tabi tutulmaktadır. İdari para cezaları ile, ilk etapta hapis ya da adli para cezası niteliğinde olup kanun değişiklikleri ile suç olmaktan çıkarılarak idari para cezasına dönüştürülen ilamlar da adli sicil ve arşiv kayıtlarından re'sen silinecek kayıt niteliğindedir.

Yine hatalı olarak adli sicil kaydına işlenen kayıt türlerinden bir diğerini de TCK 53. maddede düzenlenen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması kayıtları oluşturmaktadır. Belirli haklardan yoksun bırakılması yaptırımı kasten işlenen suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasının kanuni sonucu olduğundan30 ayrı bir ceza fişinde gösterilmesi gerekmemektedir. Ancak uygulamada sıklıkla belirli haklardan yoksun bırakılması yaptırımı da ceza fişi olarak girilmekte ve akabinde bu kayda ilişkin yerine getirme fişi girişleri de yapılmaktadır. Buna ilişkin yapılan ceza ve yerine getirme girişleri, girilmemesi gereken nitelikte olduğundan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından re'sen silinmektedir.

---

hukuka ve yargılama hukukuna ilişkin oluşan hukuka aykırılıkların denetimine imkan vermektedir. Bkz. Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku,12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.303. Kanun yararına bozma neticesinde ilk verilen mahkumiyet hükmü tamamen ortadan kalkıp beraat kararına hükmedildiğinde artık adli sicil kaydına işlenen nitelikte bir hüküm ortada kalmamaktadır.

28 Yargılamanın yenilenmesi de kesinleşen kararlara karşı başvurulan olağanüstü kanun yoludur. Kanun yararına bozmadan farklı olarak, kararın ne şekilde kesinleştiği önem arz etmemektedir. Hükmün kesinleşmesinin akabinde infaz aşamasında ya da infaz tamamlandıktan sonra hükümde yanlışlık olduğu fark edilebilir. Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu ile bu yanlışlığın giderilmesi için başvurulmaktadır. Bkz. Şahin/ Göktürk, 2022, s.309. Yargılamanın yenilenmesi neticesinde kanun yararına bozmada olduğu gibi ilk mahkumiyet hükmünü ortadan kaldıran yeni bir karar verilebilir ve halde yeni karar neticesinde kayıtlarda güncelleme yapılması, ortadan kalkan eski karara ilişkin kayıtların silinmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

29 Sırf askeri suç kapsamında kalması nedeniyle sicil kaydına girilmeyecek 1632 sayılı yasanın kanun maddeleri: 60,62, 66, 67, 68, 70, 79, 82, 84, 85, 87, 88,89, 90, 91, 93, 94, 97, 98, 100, 101, 102, 136.

30 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s.975.

5237 sayılı TCK'nın 191/2. maddesi de özellik arz eden durumlardandır. Madde lafzında da belirtildiği üzere, kullanmak için uyuşturucu satın alan, bulunduran kişi hakkında herhangi bir cezai müeyyide uygulanmamakta, doğrudan denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır. Durma niteliğinde olan bu tür kayıtların adli sicil kayıtlarına işlenmesi mümkün olmadığından sehven işlenmeleri halinde re'sen silinmeleri gerekmektedir.

3. Taksirli Suçlarda Silme Koşulları

Taksirli suçlar bakımından özel kanunlar ile getirilen silme koşullarının bir etkisi ortaya çıkmamıştır. Taksirli suçlarda, suç tarihi ile verilen ceza miktarı bakımından da herhangi bir ayrım yapılmamaktadır. Dolayısıyla, taksirle işlenen suçun niteliği, suç tarihi ve verilen ceza miktarı ne olursa olsun yerine getirme tarihinden itibaren beş yıllık sürenin dolması ile kaydın silinme koşulları oluşmaktadır.

4. Yaş Küçüklüğü Halinde Silme Koşulları

Yaş küçüklüğü halinde işlenen suçların adli sicil kayıtlarına işleneceği 5352 sayılı yasanın m. 10/3. fıkrasında düzenlenme altına alınmıştır. Ancak mülga 3682 sayılı kanunda yaşı küçüklere ilişkin kayıtlara dair özel düzenlemeler mevcut iken, 5352 sayılı yasada bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun giderilmesi bakımından kanuni düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyim31.

Yaş küçüklüğü halinde işlenen suçlar genel silme kurallarının istisnasını oluşturmaktadır. Kanun koyucu cezalandırma sürelerinin belirlenmesinde yaş küçüklüğünü indirim ya da cezasızlık sebebi olarak düzenlemiştir32. Adli sicil kayıtlarının silinmesi ve arşive alınması bakımından da genel kurallardan farklı kurallar uygulanmaktadır. Yaş küçüklüğü olan kayıtlarda silme süresi suçun, yasaklanmış hakların geri verilmesini gerektiren suçlar kapsamında olup olmadığına dair bir ayrım olmaksızın, yerine getirme tarihinden itibaren beş yıllık yasal sürenin geçmesi halinde silinme koşullarının oluşmasına imkân tanınmıştır. Bu kuralın temelinde ise yaş küçüklüğü uygulanan ilamlar bakımından TCK 53. maddedeki hak yoksunluğu hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmaması nedeniyle suç, nitelikli suç kapsamında kalsa dahi yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesine ihtiyaç duyulmaması hususu bulunmaktadır.

Mülga 3682 sayılı yasa döneminde 18 yaşından küçüklerin adli sicil kayıtlarının silinebilmesi için ikili bir ayrım söz konusuydu. 18 yaşından küçüklerin işledikleri suç 3682 sayılı Kanunun m. 8/b bendindeki mahkûmiyetler kapsamında kalması halinde cezanın yerine getirilmesinden itibaren beş yıllık sürenin dolması ile sicilden silinmesi gerçekleşebilmekteydi. İşlenen suçun bu kapsamda kalmayan diğer suçlardan olması halinde ise, cezanın yerine getirilmesinden itibaren iki yıllık sürenin dolması ile sicilden silinmesi mümkün olabilmekteydi. Burada belirmek gerekir ki, yaşı küçüklerin aldıkları ceza miktarının silinme süresine etkisi bulunmamaktaydı. 5352 sayılı yasa ile mülga Adli Sicil Kanunu'ndaki bu ikili ayrım sonlandırılarak daha sade bir düzenleme yapılmış ve yaşı küçükler bakımından silinme kıstası olarak tek kural uygulanmaktadır. Yine mülga kanun ile benzer şekilde yaşı küçüklerin aldıkları ceza

---

31 Benzer görüş için Bkz. İbrahim Çiçek, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, Ankara, 2013, s. 43.

32 Özgenç, 2024, s.472-480.

miktarı ve suçun niteliği herhangi bir önem taşımaksızın cezanın yerine getirilmesinden itibaren beş yıllık sürenin geçmesi ile silinme koşulu oluşmaktadır.

5. Akıl Hastalığı Halinde Silinme Koşulları

Akıl hastalığı nedeniyle kişilerin işledikleri fiille ilgili olarak kusur yetenekleri ve ceza sorumlulukları mevcut olmamaktadır. Bu kişiler hakkında mahkeme tarafından akıl hastalığına özgü güvenlik tedbirlerine karar verilmektedir. Söz konusu güvenlik tedbirine ilişkin karar adli sicil sistemine ceza fişi olarak girilmektedir33.

Akıl hastalarına yönelik koruma tedbirlerinin amacını koruma ve tedavi fonksiyonu oluşturmaktadır. Bu şekilde hem toplum söz konusu kişinin topluma aykırı davranışlarından korunmakta hem de akıl hastası kişinin tedavi edilmesi söz konusu olmaktadır34.

Akıl hastası hakkında hükmedilen koruma ve tedavi amaçlı güvenlik tedbirinin süresi, akıl hastasının toplum açısından ortaya çıkardığı tehlikeliliğin ortadan kalmasına veya önemli ölçüde azalmasına olan ihtiyaca göre belirlenmektedir. Akıl hastası hakkında uygulanan güvenlik tedbirinin yeterli düzeyde tedaviyi sağladığına ilişkin hastanın tedavi edildiği sağlık kurulu tarafından rapor tanzim edilmektedir. Söz konusu rapor üzerine, mahkeme tarafından güvenlik tedbirinin yerine getirildiğine dair karar verilmektedir35. Bu karar ile ceza fişinde girilen kaydın artık infaz edildiğini göstermek amacıyla güvenlik tedbirine ilişkin yerine getirme fişi girişi yapılmaktadır. Akıl hastalığına ilişkin güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi halinde, kaydın silinmesi bakımından diğer kayıtlardan farklı bir durum söz konusu olmaktadır. Akıl hastalığına dair güvenlik tedbirinin yerine getirildiği tarih itibariyle kaydın silinme koşulu oluştuğundan silme işlemi yapılmaktadır. Bu kayıtlar için yerine getirme tarihinin üzerinden beş, on beş ve otuz yıllık sürelerin geçmesi gibi bir kıstas bulunmamaktadır.

6. Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilmiş Olan Mahkûmiyetlerin Silinme Koşulları

Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerde işledikleri suçlara ilişkin fişler, mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde ilgili ülkelerden Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne bildirilmektedir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen fişlerdeki suçların TCK'daki suçların kapsamına girip girmediği ya da silinme koşullarının oluşup oluşmadığına dair tek tek inceleme yapılmaktadır. Çünkü, her ülkenin kendi kanunları çerçevesinde suç olarak kabul ettiği eylemler farklılık gösterebilmektedir. Bu fişlerden sicile ya da arşive işlenme niteliği haiz olanlar belirlenerek resmi kayıtlara girişleri yapılmaktadır.

5352 sayılı Kanun'un m. 9/3. fıkrasında bu kayıtlara ilişkin silme koşulları ayrıca düzenlenmiştir. Çünkü, yabancı mahkemelerden ilgili mahkûmiyetlere ilişkin ceza fişleri gönderilmekte, suçun infazına ilişkin bilgilerin takibi mümkün olamamaktadır. Bu durum da, Türk hukukunda silinme koşullarının yerine getirme tarihine göre belirlendiği bir sistemin hâkim olması nedeniyle, bu kayıtların hiçbir zaman silinememesi gibi bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Kanun koyucu da bu durumu engellemek adına yabancı kayıtların silinme koşullarını farklı şekilde

---

33 İzzet Özgenç/ İlhan Üzülmez, Ceza Genel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s.186.

34 Özgenç/ İlhan, 2024, s.186.

35 Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, 2024, s.390.

düzenlemiştir36. Buna göre bu kayıtlardaki hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin kayıtlar için, kesinleşme tarihine mahkûmiyet kararında belirlenen ceza süresi ilave edilerek tespit edilen tarihte infaz edilmiş sayılma koşulu oluşmaktadır. Söz konusu tarih itibarıyla kaydın sicil kaydından çıkarılarak arşiv kaydına alınma koşulu gerçekleşmiş olmaktadır. Suçun nitelikli olması halinde bu süreden geçerli olmak üzere ve yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının temin edilip edilmemesine göre on beş ve otuz yıllık süreler değerlendirilerek silme koşulları tespit edilmektedir. Diğer deyişle infaz edilmiş sayılma durumunun sağlandığı tarihten sonraki silme koşulları genel kurallar çerçevesinde işlemektedir. Yabancı mahkeme tarafından mahkûm edilen ve kesinleşen cezadan adli para cezası ya da erteli hapis cezalarına ilişkin kayıtlar, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilmektedir.

7. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kararı Gerekliliğini Ortaya Çıkaran Silinme Koşulları

Yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi, 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu döneminde yer almayan, ancak 5352 sayılı kanun döneminde kayıtların silinmesinde etkili olan bir hukuki kurumdur.

Hak yoksunluğu, kasten işlenen suçların neticesinde hükmedilen hapis cezasının kanuni bir sonucudur. Dolayısıyla, hapis cezasına ilişkin olarak mahkemenin kurmuş olduğu hükümde ayrıca hak yoksunluğu hakkında bir karar verilmese de yoksunluk doğmaktadır37.

Hak yoksunluğunun oluşmasına istisna teşkil eden durumlar da bulunmaktadır. TCK m. 53/3. fıkraya göre, 18 yaşından küçükler hakkında kasıtlı suç olsa dahi hak yoksunluğuna karar verilmesi mümkün olmamaktadır. Yine, TCK m.53/4. fıkra uyarınca hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezası ertelenen kişi hakkında da hak yoksunluğu uygulanmamaktadır.

Hak yoksunlukları kural olarak, hükmedilen hapis cezasının infaz edilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Ancak bazı özel kanunlarda, ömür boyu hak yoksunluğuna sebebiyet veren düzenlemeler de bulunmaktadır38. Bu durum da hak yoksunluklarının sona ereceği zamana ilişkin tereddütleri beraberinde getirmiştir. Oluşan tereddütlere çözüm olarak da yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi getirilmiştir. Adli Sicil Kanunu m. 13/A'da düzenlenen hüküm ile TCK dışında özel kanunlar ile ortaya çıkan hak yoksunluklarının ortadan kaldırılacağı süreye ilişkin tespit sağlanabilmektedir. Düzenlemeye göre, hak yoksunluğu doğuran kaydın, arşiv kayıtlarına alınma imkânından itibaren yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının alınması halinde on beş yıl, kararın alınmaması halinde otuz yıl geçmesi akabinde silinebileceği düzenlenmiştir.

5352 sayılı yasanın geçici 2. maddesinde yapılan ek düzenleme ile diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçu işlemesi nedeniyle hapis cezasına ya da belirli suçlar sebebiyle bir cezaya mahkûm edilen kişilerin süresiz olarak hak yoksunluklarına tabi tutulmalarına ilişkin hüküm saklı tutulmuştu. Söz konusu düzenlemenin kanunun amaç ve ilkeleri ile uyuşmaması ve uygulamada yarattığı problemler ilgili hükümde revizyon yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. 5352 sayılı yasada 2006 yılında 5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle TCK dışındaki yasalardan verilen mahkûmiyetler

---

36 Muharrem Songür,"5352 Sayılı Adli Sicil Kanununa Göre Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi", C.2, S.11, Temmuz 2007, Terazi Hukuk Dergisi, s. 92.

37 Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.1020.

38 Dülger, 2023 , s.1021.

neticesinde oluşan cezalara ilişkin de yasaklanmış hakların geri verilebileceği düzenlenmiştir.

TCK kapsamında düzenlenen suçlardan hapis cezasına hükmedilmesi ve yine TCK 53. maddeye hükmedilen cezalarda, Anayasa 76. madde kapsamında kalan suçlarda ve özel kanunlarda belirtilen suçlarda, hak yoksunluğunun ortadan kalkabilmesi için yasaklanmış hak kararının alınıp alınmamasına göre oluşan alternatifli süreler değerlendirilmektedir.

B. ARŞİV KAYITLARININ SİLİNMESİ

Adli sicil bilgilerinin arşiv kaydı kısmını, yerine getirme fişinin sicil kayıtlarına işlenmesi ya da ceza zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle sicil kaydı kısmından arşive alınan kayıtlar oluşturmaktadır. Arşive alınan kayıtlar da tabi oldukları beş, on beş ve otuz yıllık süreler geçinceye kadar bu kısımda bekletilmekte, sürelerin dolması ile de silinmektedir.

Arşiv kayıtlarının silinmesi için gereken koşullar 5352 sayılı yasanın 12. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin kanun sistematiğindeki düzenlenişine ilişkin karışıklık yaratan bir durumu da burada belirtmek yerinde olacaktır. Kanunun 9. maddesinin başlığı "Adlî sicil bilgilerinin silinmesi" şeklinde, 12. maddesinin başlığı ise "Adlî sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 12. maddesinde hem arşiv kayıtlarının hem de sicil kayıtlarının silinmesine ilişkin hususlar belirtilirken, 9. maddede de yine sicil kayıtlarının silinmesine ilişkin hususların düzenlenmiş olması mükerrer hüküm düzenlemesi yapılmasına ve karışıklığa sebep olmaktadır. Oysaki adli sicil kayıtlarının silinmesine dair koşulların ve hususların kanunun 9. maddesinde, arşiv kayıtlarının silinmesi koşulları ve hususlarının da 12. maddesinde düzenleme yapılması tercih edilseydi, hem kanun sistematiğinin daha düzenli olması sağlanacak hem de karışıklıkların yaşanmasının önüne geçilebilecektir.

VII. 5352 SAYILI ADLİ SİCİL KANUNU'NDAKİ SİLME KURALLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Zamanla gerçekleştirilen yasal düzenlemeler, adli sicil kayıtlarının silinme süreleriyle ilgili farklı kriterler ve süreler belirlemiştir. Özellikle özel kanunlar çerçevesinde yapılan düzenlemeler, bazı durumlara ilişkin olarak hakkaniyet kıstasına uymayan neticelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Silme koşullarının belirlenmesinde, suçun işlendiği tarih ve hükmedilen ceza miktarı ile suçun niteliği temel esasları oluşturmaktadır. Anayasa 76. maddede sayılan suçlar nitelikli suç kıstasına dâhil olmaktadır. Dolayısıyla nitelikli suç terimi içinde kalan bu suçlar için yerine getirme tarihinden sonra yasaklanmış hak kararının mevcut olup olmamasına göre on beş ve otuz yıllık süreler geçmesi gerekmektedir. Bunun haricinde de, genel silme kuralı olarak nitelikli suç kıstasına girmeyen suçlar için yerine getirme tarihinden itibaren beş yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Ancak özel kanunlar ile yapılan düzenlemelerden bazıları ile, suç bakımından basit suç niteliğinde kalan bazı suçların da nitelikli suçların tabi olduğu on beş ve otuz yıllık sürelere tabi olması gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkarması söz konusu olmuştur. Konuyu örneklendirmek gerekirse; 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu[39] ile yapılan düzenlemeden önceki bir tarihte, TCK 86, 125, 106 gibi maddelerden hükmedilen bir

[39] Bkz. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5684&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi: 10.01.2025.

yılın altındaki hapis cezaları, yerine getirme tarihinin üzerinden beş yıl geçmesi halinde silinebilme koşulunu taşır hale gelmekteydi. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 14.06.2007 tarihi ve bu tarihten sonra işlenen suçlar bakımından ise 30 gün ve altında verilen hapis cezaları beş yılda silinebilen kapsama dahil edilmiş, 30 günden fazla süreli hapis cezaları on beş ve otuz yıllık silinme sürelerine tabi hale getirilmiştir. Söz konusu süre 29.06.2012 tarihinden sonra da iyice kısaltılmıştır. 29.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu40 ile de bu tarihten sonra işlenen suçlarda bir gün ve üzerinde hapis cezası alınması halinde artık silinme süreleri bakımından on beş ve otuz yıllık sürelerin uygulanmasını gerektirmektedir. Diğer deyişle, aynı kişi TCK 86, 125, 106 gibi maddeler kapsamındaki suçu işlemesi akabinde bir ay hapis cezasına hükmedilirse, bu suçu 14.06.2007 tarihinden önce işlerse beş yılda silinebilecekken, 14.06.2007 tarihinden sonra işlemesi halinde on beş ve otuz yıllık silinme süreleri ile karşı karşıya kalacaktır. 29.06.2012 tarihinden sonra aynı suçların işlenmesi halinde ise bir gün dahi hapis cezası alması halinde, silinmesi için on beş ve otuz yıllık silinme sürelerinin geçmesi gibi oldukça ağır bir netice ile karşı karşıya kalınması sonucu ortaya çıkmaktadır. Özellikle 29.06.2012 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından artık nitelikli suç kıstasında kalan suçları işleyip 2, 3, 6 yıl olarak hükmedilen hapis cezaları ile basit suç niteliğinde işlenen ve bir gün ve üzerinde hapis cezasına hükmedilen suçların silinme sürelerinin eşitlenmesi gibi hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hususun kasıtlı suçlar bakımından ortaya çıktığını tekraren belirtmek isteriz. Çünkü taksirli suçlar bakımından silinme süresi yerine getirme tarihinden itibaren beş yıl olarak gerçekleşmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasının sebebini ise, özel kanunlar ile suç niteliği bakımından herhangi bir tasniflendirme yapılmaksızın genel kural olarak sadece ceza miktarı ve suç tarihi göz önüne alınarak silinme sürelerinin belirlenmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hakkaniyete aykırılığın ortadan kaldırılması bakımından 5352 sayılı Kanun'da revizyon yapılma ihtiyacı hasıl olmakta ve özel kanunlar ile getirilen kuralların mülga olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu revizyonda da, sürelerin olabildiğince sistemleştirilmesi ve suçların nitelikleri de göz önüne alınarak silinme sürelerinin belirlenmesinin daha adil olacağı kanaatindeyim. Önerimiz de bu kıstasa yönelik olarak şekillenmiştir.

VIII. 5352 SAYILI ADLİ SİCİL KANUNU'NUN 12. MADDESİ İLE GEÇİCİ 2. MADDESİNE DAİR DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da yer alan ömür boyu hak yoksunluğu sistemi kabul edilmeyerek hak yoksunluğu süre ile sınırlandırılmıştır.5237 sayılı TCK'ya göre verilen mahkûmiyet hükmü nedeniyle ortaya çıkan hak yoksunluğu, cezanın yerine getirilmesi ile sona ermektedir. TCK dışındaki kanunlardan verilen mahkûmiyet neticesinde doğan hak yoksunlukları ise, 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi gereğince hükmün infaz edilmesinin üzerinden yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının olup olmamasına göre değişiklik gösteren, kanunda aranan belli sürelerin geçmesi şartıyla ortadan kalkabilecektir.

5352 sayılı yasanın geçici 12. maddesinin ilk halinde; arşiv bilgilerinin silinebilmesi için kaydın girişinin yapılmasının üzerinden seksen yıl geçmesi ya da kişinin vefat etmiş olması gerekmektedir. Yine fiilin suç olma vasfının sona ermesi durumunda da herhangi bir talebe gerek olmaksınız silinmesi düzenlenmiştir. Kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi neticesinde yeni hükmün beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı olması halinde de artık sicile işlenecek nitelikte bir hüküm bulunmadığından silme işlemi yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme

---

40 Bkz. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6328&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi: 10.01.2025.

ile, kayıtların ilgililerin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir netice ortaya çıkmaktadır. Düzenleme ile arşiv kayıtları TCK sistematiğine aykırı şekilde çok uzun süre muhafaza edilmektedir. Ayrıca düzenleme ile suçların ve cezaların ağırlıkları ve niteliklerine dair herhangi bir ayrım yapılmaksızın tek bir süre belirlenmesi de hakkaniyet bakımından adil nitelikte değildir. Yine kişinin belli bir tarihte aldığı mahkûmiyet hükmüne ilişkin kaydın bu kadar uzun bir süre silinmeden arşiv kaydında muhafaza edilmesi, Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların amacının ıslaha yönelik olması ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Arşiv kaydının silinmesini oldukça zorlaştıran 12. maddenin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından 20.01.2011 tarihli, 2008/44 E. ve 2011/21 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu iptal kararından sonra yapılan ve 11.04.2012 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile suçların nitelikleri ya da ceza miktarları nedeniyle sınıflandırılan bazı suçlar bakımından yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı aranmış, kararın alınması ve alınmamasına göre yerine getirme tarihinden itibaren on beş ve otuz yıllık sürelerin geçmesi ile kayıtların silinebileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi ile geçici 2. maddesi hakkında verdiği iptal kararı ve ortaya çıkan yasal boşluğun doldurulması için belirtilen 1 yıllık süre41 sonrasında, kanun koyucu tarafından 6290 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Bu düzenlemeler ile madde metinlerinde yer verilen "hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler" ifadesiyle, arşiv kayıtlarının tutulmasında ve silinmesinde, 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki madde metinlerinde mevcut olmayan farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, beklenenin aksine hem adli sicil ve arşiv kayıtlarının tutulmasını ve düzenlemesini zorlaştırmış, hem de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına temel oluşturan Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde42belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamıştır. Hak yoksunluğu doğuran birçok suç için bu derece uzun bir sürenin belirlenmesi, sicil kayıtlarının arşiv kaydına alınmasındaki amaç ile orantılı ve makul olmamakta, ayrıca adil ve hakkaniyete uygun bir nitelik taşımamaktadır.

Buna göre, Adli Sicil Kanununun 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde geçen "Anayasanın 76. maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak

---

41 Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümlerinin iptal edilmesi halinde, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlükleri son bulmaktadır. Gerek duyulması halinde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilmektedir. Ancak bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden itibaren bir yılı geçememektedir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin, iptal kararı neticesinde oluşan hukuki boşluğun kamu düzenini tehdit ya da kamu yararını ihlal niteliğinde görülmesi halinde, kanun ile verilen yetkisi çerçevesinde bu duruma müdahale edebilmesi mümkündür. Yukarıda belirtilen değişiklik için Anayasa Mahkemesi iptal kararının, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine oybirliği ile karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2008/44, K.2011/21, T. 20.01.2011, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-21-nrm.pdf , Erişim Tarihi: 14.01.2025.

42 Anayasa'nın 5. maddesinde, 'İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama' Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 17. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler" ile aynı kanunun Geçici 2. maddesinde geçen "Anayasanın 76. maddesi ile bazı özel kanunlarda yer alan ve bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler" ifadelerinin ortaya çıkardığı bazı sakıncalar ile bu düzenlemelerde değişiklik yapılması ile gerçekleşmesi beklenen faydaları belirtmek yerinde olacaktır.

Kanun koyucunun getirdiği bu düzenlemeler, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nu adli sicil ve arşiv kayıtlarının tutulması hususunda tek ve yetkili kanun olmaktan çıkararak bu yetkiyi tamamıyla özel kanunlara bırakmıştır. Şöyle ki, Adli Sicil Kanunu "Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda", "bazı özel kanunlarda yer alan" ve "hak yoksunluğuna neden olan" mahkûmiyetler ifadelerini kullanmak suretiyle, kayıtların oluşumu ve denetlenmesi yetkisini tamamen kendisi dışındaki kanunlara verdiğini baştan kabul etmiştir. Konuyu somut olarak örneklendirmek gerekirse; 14.06.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Baş denetçi ve denetçilerin nitelikleri" başlıklı 10. maddesinin (f) bendi43, "26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile "kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına" ya da affa uğramış olsa veya "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile" Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından "mahkûm olmamak" şeklinde düzenlenmiştir. 5352 sayılı kanunun 12. maddesindeki "Anayasanın 76. maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler" ifadesi gereği, suçun niteliği herhangi bir önem teşkil etmeksizin (hakaret, tehdit, basit yaralama, imar kirliliğine neden olma, suçu bildirmeme vs.) hükmedilen hapis cezası bir gün ve üzerinde ise, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından, kişinin kamu denetçisi olma ihtimali nedeniyle, cezanın infazı gerçekleşinceye kadar kayıt sicilde muhafaza edilmekte, infazın gerçekleşmesiyle de arşiv kaydına alınmaktadır. Arşiv kaydından söz konusu kaydın tamamen silinebilmesi için de, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının alınması koşuluyla on beş yıl, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesi gerekmektedir. Yılda bir seçilecek bir kamu denetçisi için, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir gün hapis cezası almış olsa dahi, denetçi olmakla ilgili ya da ilgisiz konumda bulunan kişilerin basit kasıtlı suçlardan doğan mahkûmiyet kayıtları yerine getirme tarihinden itibaren on beş ile otuz yıllık süreler boyunca arşivde muhafaza edilmektedir. Daha da ötesinde, aynı bentte yer alan "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile" ibaresi, 5271 sayılı CMK ile getirilen ve 231. maddenin 13. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının bu kayıtlara özgü olarak mahsus sisteme kaydedildiği, ancak soruşturma ve kovuşturma mevcut olması halinde Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından madde kapsamındaki amaçlara istinaden kullanılabileceği düzenlemesini aşarak söz konusu yetkiyi hükümde sayılanlar dışındaki kişilere tanımaktadır. Hükmün açılanmasının geri bırakılması kararında da mahkeme tarafından bir mahkûmiyet hükmü kurulmakta ancak kurulan mahkûmiyet hükmündeki cezanın 2 yıl ve altında hapis ya da adli para cezası olması gerekmektedir. Sanık tarafından daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması, mahkemede sanığın tekrar suç işlemeyeceğine ilişkin kanaat oluşmuş olması, suç işlenmesinden kaynaklı oluşan mağdurun ve kamunun zararının giderilmesi ve

---

43 Bkz. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6328&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi: 12.01.2025.

müessesenin uygulanmasının sanık tarafından açıkça reddedilmemesi halinde kurulan mahkûmiyet hükmü, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına çevrilebilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının temelinde de açıklanması koşula dayalı olarak geriye bırakılan mahkûmiyet hükmü bulunmaktadır44. Ancak bu mahkûmiyet hükmü, sanığın lehine olan ve kesinleşmiş bir hüküm olarak nitelendirilmeyen hükmün açıklanmasını geri bırakılması kararına çevrilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK m. 223/1.fıkrada sayılan nihai kararlardan olmadığından hüküm niteliğinde değildir45. Ceza uyuşmazlığını esastan çözmemesi nedeniyle son karar da değildir. Mahkûmiyet hükmünün şekli anlamda kesinleşmesini ve buna bağlı olarak da maddi anlamda kesinleşmesini engelleyen ve uyuşmazlığın belirli bir süre derdest kalmasını sağlayan bir karardır46. Dolayısıyla mahkemenin dosyadan elini çekmesi mümkün olmamaktadır47. Müessesenin niteliğinden kaynaklı olarak ortada kesinleşmiş bir ilam bulunmamakta, ancak sağının lehine olarak verilen bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Sanık kararda denetim süresine tabi tutulmakta, bu denetim süresinde sanığın kasıtlı yeni bir suç işlemesi ve yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde açıklanması geriye bırakılan hüküm açıklanmaktadır. Denetim süresinde yükümlülüklere uygun davranılması halinde ise 5271 sayılı CMK m. 231/10. fıkra hükmü çerçevesinde düşme kararı verilmektedir. Bunun mahkeme ve savcılık tarafından takibinin yapılabilmesi için de adli sicil kayıtlarına işlenmesi gerekmektedir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanığın lehine olması sebebiyle uygulandığından sicil kayıtlarında da bu lehe durumun devamlılığını sağlamak adına mahsus sicile kaydı yapılmaktadır. Yargıtay uygulanmalarında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları kesin nitelikte olmadığından kesin nitelikteki kararlara bağlanan sonuçların bu kararlar bakımından uygulanması mümkün olmamaktadır. Söz konusu düzenleme Yargıtay uygulamasına48 da aykırılık teşkil etmektedir. Öyle ki, CMK'nın m. 231/10. fıkrasındaki yasal denetim sürelerine uygun davranılması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verileceği düzenlemesine engel olarak, adeta hükmün açıklanmasının geri bırakılması

---

44 Erhan Günay, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.165; Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.189.

45 Denizhan Horozgil, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması , Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s.8; Kumbasar, 2012, s.44,45. Doktrinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının hüküm niteliğinde olduğunu ancak temyiz kanun yoluna değil itiraza tabi olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır. Bkz. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.534; Bahattin Aras, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar", C.3, S.22, Haziran 2008, Terazi Hukuk Dergisi, s.73.

46 Can Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.102; İzzet, Özgenç, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi-Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, (Ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.49; Şahin/Göktürk, 2022, s.184.

47 İsmail Ercan, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul, 2009, s.371.

48 "...hukuk güvenliği bakımından sanık hakkında verilen mahkumiyet kararının hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kişilerin üzerinde ömür boyu gölge düşürmesinin kabul edilemeyeceği, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi akabinde, kararın kesinleşmesinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra sanığın anılan kararın adli sicilinden silinmesi için hukuki bir menfaatinin bulunduğu durumlar olabileceği..." Yargıtay 12. CD., E: 2023/5963, K:2024/2989, T. 05.06.2024; Yargıtay 8. CD., E: 2023/1805, K:2024/7922, T. 23.10.2024, (UYAP).

kararlarına ilişkin tali karar fişlerinin de on beş ve otuz yıl sicilde tutulmasına neden olmaktadır.

Ayrıntılı olarak açıklanan düzenlemeden de tespit edildiği üzere, kanunumuz Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda" ve "bazı özel kanunlarda yer alan" ve "hak yoksunluğuna neden olan" mahkûmiyetler şeklindeki ifadeler ile sahip olduğu yetkisini devretmiş, kural koyan olma statüsünden çıkmıştır. Bu durum kayıtları tutma, silme ve arşivleme koşullarını değerlendirmede tek yetkili kurum olan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü bakımından sürekli olarak değişikliğe uğrayan ve yeni yürürlüğe giren özel kanunları takip etme zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bunu önlemek için, az ama öz ve istikrarlı kurallar belirlemenin önemi de ortadadır.

Özel kanunlara yapılan yetki devri, değişiklikleri takip zorluğu yanında kayıtların tutulması, arşivlenmesi ve silinmesi işlemleri bakımından da karmaşıklık yaratmaktadır. Özel kanunların her birinin ortaya çıkardığı hak yoksunluğunun türü, sınırı, sayısı ve uygulama tarihi farklı ve zaman içinde de değişkenlik göstermektedir. Bu durum Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün istikrarlı karar almasına ve uygulamasına engel oluşturmakta, vatandaşlar nazarında da güvensizlik ortamı yaratmaktadır. Bu durumu açıklayan en somut örnek; 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun[49] "Kurucu/Kurucu Temsilcisinin Nitelikleri Ve Kurum Binaları" başlıklı 4. maddesidir. Madde düzenlemesinde özel öğretim kurumlarının gerçek kişi kurucuları ile tüzel kişi kurucularının yönetim organları, kurucu temsilcileri ve personelinin, TCK 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa dahi kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıl ve daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilmesi, devletin güvenliğine, anayasal düzene, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve maddede sayma usulü ile sayılan suçların[50]işlemesi, devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ya da iltisakı halinde görevlendirilmelerinde engel oluşturacağı düzenlenmiştir.

Madde hükümde yer alan "bir yıl" ibaresi 2018 yılında yapılan düzenleme ile getirilmiştir. Değişiklikten önce sınır olarak "altı ay"lık süre benimsenmişti. Değişiklik tarihine kadar Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce altı ay hapis ve üzeri cezaların hak yoksunluğu doğurduğu kabul edilmiş, ancak değişiklikten itibaren bu kabul de sona ermiştir. Keza, 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Mülga Askeri Hakimler Kanununun "Askeri hakim ve askeri savcı olmak için genel şartlar" başlıklı 1. maddesinin c bendinin "Taksirli suçlar hariç olmak üzere; affa veya zamanaşımına uğramış yahut ertelenmiş olsa bile, bir suçtan hükümlü olmamak, ceza soruşturması veya kovuşturması altında olmamak yahut bir suçtan yargılanıp da hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunmamak" hükmü de benzer şekilde 19.07.2003 tarihinden itibaren, 1 gün hapis cezasına mahkûm olmanın hak yoksunluğu doğurduğunu kabul etmiştir. Yine silme süreleri de on beş ve otuz yıllık sürelere tabi tutulmuştur. Bu durumun uygulamada hem Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü bakımından hem de vatandaşlar bakımından doğrudan yansıması olmuştur. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından kayıtları silinen ya da silinmeyen ilgililere bilgilendirme yapılmaktadır. 357 sayılı Kanun 2017 anayasa değişikliği referandumu ile askeri mahkemelerin kaldırılmasıyla zımnen mülga olmuştur. Bu sürece kadar sicil kayıtlarının silinmesi için başvuru yapan ilgililere, kapsam dâhilinde kalması halinde

---

[49] Bkz. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5580&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 , Erişim Tarihi: 11.01.2025.

[50] Casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bu kapsamda maddede açıkça sayılmıştır.

silinme koşulu olarak geçmesi gereken sürelere ilişkin olarak on beş ve otuz yıllık süreler bildirilmiştir. Bu tarihten sonra ise söz konusu hak yoksunluğunun kalktığı kabul edildiğinden ilgililerin durumu yeniden değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmış ve verilen bilgilerin niteliği de değişmiştir.

Tüm bu değerlendirmelere ilave olarak, yetki devri, en çok kayıtların muhatabı olan vatandaşları olumsuz olarak etkilemektedir. Özel kanunlara konulan hükümler, anayasada yerini alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta, vatandaşa hukuk güvencesini sağlamamaktadır. Kamu denetçiliği, hakimlik, mali müşavirlik, turist rehberliği gibi belli sayıdaki kişi tarafından ifa edilen görevler için, milyonlarca kişinin kaydının beş yıl yerine on beş ile otuz yıl kadar tutulmasına neden olmaktadır. Zira, üst norm olan Anayasanın kendisi bile, hak yoksunluğu doğuracak süreli hapis cezasını bir yıl ve üzeri hapis olarak kabul etmiştir. Özel kanunlar bu sınırın çok altında bir süreyi kabul ederek, bir gün süreli hapis cezalarını bile hak yoksunluğu gerektiren nitelikte düzenlemiştir. Bu durum, 2011 yılında Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla belirttiği anayasal ilkelere de aykırı olup, uygulamayı yeniden bu iptal kararı öncesindeki duruma yaklaştırmıştır.

Tüm bu mahsurları ortadan kaldırmak için, 6290 sayılı kanunla Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi ve Geçici 2. maddesinde özel kanunlara tanınan hakların ve yetkilerin, yapılacak bir kanuni değişiklik ile yeniden 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, 5352 sayılı Kanunda azami silme süresine tabi olacaklar şeklinde tahdidi olarak sayılacak suçların türleri ve cezaların nitelikleri dışında kalanların da, arşive alınma şartları oluştuğu tarihten itibaren en erken beş yıl içinde arşiv kaydından silinebileceğini söyleyebiliriz.

Buna göre, önerdiğimiz değişiklik teklifleri şu şekildedir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu Mevcut 12. Madde Metni

a) İlgilinin ölümü üzerine,

b) Anayasanın 76. maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren;

1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle,

2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle,

c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle,

tamamen silinir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu Mevcut 12. Madde Metni Değişiklik Önerisi

a)Devletin güvenliğine ve anayasal düzene karşı suçlar (TCK m. 302-339 arasındaki maddeler), terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarına ilişkin mahkûmiyetler bakımından yerine getirme tarihinden itibaren 30 yıl içinde,

b) Anayasanın 76. maddesinde sayılan bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına, zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlara, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarına ilişkin mahkûmiyetler ile bazı özel kanunlarda

sayılan ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması, yalan yere şahitlik, suç uydurma, iftira, tefecilik, görevi kötüye kullanma, bilişim sistemini engelleme, bozma ve verileri yok etme veya değiştirme, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, haksız mal edinme, fuhuş suçları ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin mahkûmiyetler bakımından yerine getirme tarihinden itibaren 20 yıl içinde,

c) a ve b bentlerinde sayılan suçlar dışında kalan mahkûmiyetler ile 18 yaşından küçüklerle ilgili olan mahkumiyetler bakımından yerine getirme tarihinden itibaren beş yıl geçmesi ile,

tamamen silinir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu Mevcut Geçici Madde 2. Metni

(2) (Değişik: 5/4/2012-6290/3 md.) Bu Kanunun yayımı tarihinde, Anayasanın 76. maddesi ile bazı özel kanunlarda yer alan ve bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından, arşive alınan veya şartları oluştuğu halde ya da henüz şartları oluşmadığı için arşive alınmayan kayıtlar hakkında 12. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu Geçici Madde 2. Metni Değişiklik Önerisi

(2) Bu kanunun yayımı tarihinde,

a) Devletin güvenliğine ve anayasal düzene karşı suçlar (TCK m. 302-339 arasındaki maddeler), terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarına ilişkin mahkumiyetler bakımından, arşive alınan veya şartları oluştuğu halde ya da henüz şartları oluşmadığı için arşive alınmayan kayıtlar hakkında 12. maddenin 1. fıkrasının a bendi hükmü,

b) Anayasanın 76. maddesinde sayılan bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlara, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarına ilişkin mahkumiyetler ile bazı özel kanunlarda sayılan ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması, yalan yere şahitlik, suç uydurma, iftira, tefecilik, görevi kötüye kullanma, bilişim sistemini engelleme, bozma ve verileri yok etme veya değiştirme, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, haksız mal edinme, fuhuş suçları ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin mahkumiyetler bakımından, arşive alınan veya şartları oluştuğu halde ya da henüz şartları oluşmadığı için arşive alınmayan kayıtlar hakkında 12. maddenin 1. Fıkrasının b bendi hükmü uygulanır.

SONUÇ

Kanuni düzenlemeler, süreç içerisinde uygulamadaki gereksinimler ve yaşanan olumsuzluklar tespit edilerek bazı güncellemeler ile revize edilmesi ihtiyacı ile karşı karşıya kalabilmektedir. Söz konusu ihtiyaca uygun bir revizyonun gerçekleşmesinde de mevcut düzenlemenin eksiklerinin doğru tahlil edilmesi gerekmektedir. Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda uygulamada oluşan ve ilgililer bakımından da hakkaniyete aykırılık oluşturan bazı olumsuzlukların ortaya çıkması sebebiyle revize ihtiyacı hasıl olmuştur. Süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi kararı ile kanundaki bazı düzenlemelere müdahale edilmekle ve akabinde kanuni değişiklikler de yapılmakla birlikte, amaçlanan adil bir düzenlemeye ulaşılması mümkün olmamıştır. Aksine özel

kanunlara, Adli Sicil Kanunu'nun yetkisine müdahil olma imkanının tanınması ile süreç daha da sıkıntılı uygulamaların gelişmesine neden olmuştur.

Hukuk devletinde, toplumun adil ve hakkaniyete uygun hukuk kurallarına tabi olma beklentisi en doğal beklentidir. Ancak kanuni düzenlemelerdeki bu niteliğe uygun olmayan uygulamalar, ilgililerin güven duygusunda da olumsuzluklar yaratmaktadır. Çalışmamızda, özel kanunlar ile getirilen kuralların yarattığı sıkıntıların ciddi boyutta olduğu detaylı ve örneklendirmeler ile ifade edilmiştir. Suçların nitelikleri değerlendirme konusu yapılmaksızın suç tarihi ve ceza miktarı dikkate alınarak silinme sürelerinin belirlenmesi adil olmayan neticeleri ortaya çıkarmaktadır. Yine konuya ilişkin olarak kuralların oluşmasında özel kanunlar aktif rol oynar hale getirilerek, yetkinin asıl sahibi olan Adli Sicil Kanunu'nun neredeyse etkisizleşmesine neden olunmuştur. Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi ile geçici 2. maddesindeki düzenlemede yer alan bazı hususlar uygulamada yaşanan olumsuzlukların temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle de söz konusu iki maddede revizyon gerçekleştirilmesi ve bu revizyonda yapılabilecek değişiklikler belirtilmiştir. Her iki maddede belirtilen hususların güncellenmesi halinde, hem adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinme sürelerinde daha sadelik ve hakkaniyete uygunluk sağlanabilecek, hem de kanunun işlevselliği ve yetkisinin güçlendirilmesi sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Alan E, Ceza Hukukunun Yeni Boyutuyla Tekerrür, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Aras B,"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu Ve Uygulamadaki Sorunlar", C.3, S.22, Haziran 2008, Terazi Hukuk Dergisi.

Artuç M, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Atalay O, İnfaz Hukuku ve İlamların İnfazı,Türkiye Adalet Akademisi Yayınevi, Ankara, 2015.

Aybay R/ Dardağan E, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması,İstanbul, Aybay Yayınevi, 2001.

Çiçek İ, " 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'na Göre Adli Sicil Ve Arşiv Kaydının Silinmesi Ve Memnu Hakların İadesi", C.3,S.19, Mart 2008, Terazi Hukuk Dergisi, ss.109-118.

Çiçek İ, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, Ankara, 2013.

Dülger M.V., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Ercan İ, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul,2009.

Erdoğan İ/ Keskin A D,Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

Günay E, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Horozgil D, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

Koca M/ Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Kumbasar E, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Özgenç İ, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi-Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, (Ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.49-59.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Özgenç İ/ Üzülmez İ, Ceza Genel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Özkan N/ Songür M, Teknik ve Hukuki Yönleriyle Türk Adli Sicil Sistemi, Ankara, 2005.

Öztürk B/ Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2022.

Songür M, "5352 Sayılı Adli Sicil Kanununa Göre Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi", C.2, S.11, Temmuz 2007, Terazi Hukuk Dergisi, ss.75-94.

Şahin C/ Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Tezcan D/ Erdem M R/ Önok R M, Uluslararası Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.

Veli Ö Ö/ Koray D/ Serkan M/ Pınar B/ İsa B, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Yalçın C, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku,12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2008/44, K.2011/21, T. 20.01.2011.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 2. CD., E: 2024/1024,K: 2024/11059, T: 09.09.2024.

Yargıtay 2.CD, E: 2023/11918,K:2024/4162, T. 12.03.2024.

Yargıtay 5. CD.,E: 2024/1200, K: 2024/4752, T:25.04.2024.

Yargıtay 2. CD., E: 2021/20652,K: 2024/11994,T: 12.09.2024.

Yargıtay 2. CD., E: 2021/20748, K:2024/12005,t: 12.09.2024.

Yargıtay 12. CD., E: 2023/5963, K:2024/2989, T. 05.06.2024.

Yargıtay 8. CD., E: 2023/1805, K:2024/7922, T. 23.10.2024.

Yargıtay 2. CD., E: 2024/1024,K: 2024/11059, T: 09.09.2024.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

25/02/2021tarihliAdlî Sicil Bilgilerinin Vekâletname ile İstenmesi konulu Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü genelgesi,https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/genelge-ve-genel-yazilar

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 19/11/2012 tarihli bildirme fişleriyle ilgili 29733 sayılı genelgesi,https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/genelge-ve-genel-yazilar

https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6328&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5

EVRENSEL İNSAN HAKLARI STANDARTLARINI "ÇEŞİTLİLİK" ANLAYIŞIYLA YORUMLAMA VE KÜLTÜREL RÖLATİVİZM

Universal Human Rights Standards Interpretation With the Understanding of "Diversity"and Cultural Relativism

Muhammed Mustafa COŞAR*

Öz: Uluslararası insan hakları hukukunun evrensel düzeyde uygulamasının geçerli kaygılara yol açtığı bilim insanlarınca ifade edilmektedir. Kültürel rölativizmi savunanlarca sunulan etik eleştiriler, evrensel insan hakları teorisinin uygulanmasında en çok tartışılan hususlardan biri olarak kabul edilmektedir. Makale, hem evrenselci hem de rölativist görüşlere ilişkin endişeleri ve evrensel insan hakları teorisiyle birlikte uygulamaları dikkate alarak dinamik ve etkili yeni bir sürece olan ihtiyacı vurgulamaktadır. Öte yandan makale, evrensel insan hakları teorisi ile kültürel rölativizm perspektiflerini açıklayarak, taraflar arasındaki diyaloğun önemini ortaya koymaktadır. Bunun etkisiyle, kültürel rölativistler tarafından öne sürülen rölativist gerekçelendirmeye ağırlık verilmesi gerektiği görüşü de değerlendirilmektedir. Devletin ve sivil toplumun, insan hakları ihlallerine ilişkin uygulamalara, adaletsizliğe işaret eden görünümlere, ihlal edilen hakların telafi edilmesine yönelik olarak iç dinamiklerin ne derecede eyleme geçmesi gerektiğine de değinilmektedir. Yine, evrensel insan hakları teorisinin standart bileşeni olarak görülmesi gereken kültürel rölativist görüşünün bu eylemlerdeki yeri incelenmektedir. Buna göre, makale, akademisyenlerin görüşleri ve kültürel açıdan farklı toplumlarda insan hakları uygulamalarına ilişkin Avrupa Konseyi kılavuzu ışığında bu hususları incelemektedir.

Anahtar sözcükler: Kültürel Rölativizm, Evrenselcilik, Uluslararası İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Teorisi, Diyalog

Abstract: Scholars recognise that the universal application of international human rights law raises valid concerns. The ethical criticisms offered by advocates of cultural relativism are recognised as one of the most controversial issues in the application of universal human rights theory. The article emphasises the need for a dynamic and effective new process, taking into account the concerns of both universalist and relativist views and the applications of universal human rights theory. On the other hand, the article explains the perspectives of universal human rights theory and cultural relativism, demonstrating the importance of dialogue between the two. As a consequence, it also evaluates the view put forward by cultural relativists that relativist justification should be emphasised. The extent to which the state and civil society should act on practices of human rights violations, on manifestations of injustice, and on internal dynamics to redress violated rights is also addressed. Again, the place of the cultural relativist view, which should be seen as a standard component of universal human rights theory, in these actions is analysed. Accordingly, the article analyses these issues in the light of the views of scholars and the Council of Europe guidelines on human rights practices in culturally diverse societies.

Keywords: Cultural relativism, Universalism, International Human Rights, International Human Rights Theory, Dialogue

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, ab122445@adalet.gov.tr
ORCID: 0000-0003-4107-6178 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676874
Makale Geliş Tarihi: 13.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.03.2025

GİRİŞ

Çağımızı nispeten karmaşık, teknik ve birçok nedenden dolayı anlaşılamaz olarak tarif edilebiliriz. "İnsan ol!" sloganlarını işleyen protestolar, internet ve sosyal medyanın kamusal ve özel yaşamlarımıza etkileri, sanal ve artırılmış gerçeklik dünyaları, "metaverse" evreni, kripto para birimleri ve blockchain teknolojilerindeki yeni çağ tüccarları, uluslararası hükümet dışı ve finansal güçler veya farklı kültürlerin çeşitlilikleri çağımızın karmaşık yapılarından sadece birkaçıdır. Makale, işte bu çeşitliliklere işaret eden kültürel rölativizm görüşünün öneminin altını çizmekte ve temelini keşfetmeye yönelmektedir.

Bu çerçevede öncelikle; kültürlerarası farklılıklarımızı *(cultural diversity)* hangi sınırlar içerisinde savunabileceğimizi, ahlaki değerlerimize ve kültürel önceliklerimize uygun duygusal ve mantıksal desteği evrensel ölçekte ne derecede ileri sürebileceğimizi sorgulamak gerekmektedir. Bu gibi sorular, önümüzde duran ve devam etmekte olan yaşamın sunduğu bazı problemleri içinde barındırmaktadır. Hem etik hem de yasal düzeylerde; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB, 1948) insan hakları hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi şüphesiz bir ilerlemedir ve insan hakları ile demokrasi açısından önemli bir kazanımdır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararları, insan hakları fikrinin bölgesel düzeyde uygulanabilirliğini göstermiştir. Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Konseyi (AK) gibi hem uluslararası hem de bölgesel kuruluşlar, evrensel insan hakları söyleminde pratik başarılar sağlanabileceğini kanıtlamıştır. Bununla birlikte, kültürel rölativizm görüşü dikkate alınarak dünya çapında insan haklarını korumak ve geliştirmek için çok daha derin bir anlayış ile öngörüye ihtiyaç vardır. 2024 yılının ortalarını yaşadığımız günümüzde, İsrail'in tutumu başta olmak üzere farklı topraklarda uluslararası hukuk kurallarının göz ardı edilmesi, terörizmin yükselişi ile göçmen ve mülteci geçişleri toplumlar kaygılarını ve sonucunda da güvenlik ihtiyacını arttırmaktadır. Öte yandan, yabancılara karşı hoşgörüsüzlüğün artmasına rağmen, çeşitliliklere saygı fikrine daha sıkı bağlı kalmamız gerektiği görüşü ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda makale, kültürel farklılıkların ekonomik, sosyal ve politik bir fayda olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşünü de irdelemektedir.

İlk olarak makale, kültürel rölativizm kavramından ne anlamamız gerektiğine ışık tutmaktadır. Kültürel rölativizmin, insanlar arası etkileşimi ve kültürlerarası ilişkileri teşvik eden bir durum yarattığı ifade edilmelidir. Kültürlerarası bir ilişkide, farklı geçmişlere sahip bireyler, geleneklerinden bağımsız olarak birbirlerini tanıma, saygı duyma ve anlamaya başlarlar. Tipik olarak, kültürlerarası ilişki, insanları yakınlaştırmaya yardımcı olan farklılıkların diğerleri tarafından tanımlanacağına dair umut verici bir duruma işaret etmektedir. Bu amaca ulaşmak için bireyler, farkında olmadan, örneğin, kültürel rölativizm gibi faktörleri uygulama eğilimindedirler. Bu nedenle, kültürel rölativizmin amacının, doğal olarak kendi bireysel kültürünün parçası olmayan kültürel uygulamaları kabul etmek ve ötekileştirmemek olduğu söylenebilecektir. Aynı şekilde, kültürel rölativizm görüşü, özellikle bir ahlâk, hukuk ve siyaset sistemi söz konusu olduğunda, hiçbir toplumsal kültürün diğerinden üstün olmadığı algısını benimsemeyi amaçlamaktadır. Öte yandan, belirli bir toplumsal perspektif içinde normların ve değerlerin anlamının kavranmasını tetikleyen bir kavram olarak da algılanabilir. İkinci olarak kültürel rölativizm, demokrasi ve siyasi kültürle ilişkisi dikkate alınarak, temel hakların etkili bir şekilde gerçekleştirilmesine yardımcı olan bir araç olarak incelenmektedir. Son olarak, kültürel rölativizm ile evrenselcilik arasındaki ilişkileri tematize etmek

gerektiğinden; kültürel rölativizme sahip insan hakları kavramlarına nasıl başvurulabileceğini belirlemek için İHEB'in ve diğer uluslararası veya bölgesel araçların ötesindeki insan hakları anlayışlarına odaklanılmaktadır.

I. İNSAN HAKLARINI YORUMLAMAK

A. İNSAN HAKLARININ ETKİNLİĞİ BAKIMINDAN EVRENSELCİ İNSAN HAKLARI YORUMUNUN YALNIZLIĞI

İnsan hakları kavramıyla ilgili tek mutabakat noktası, kavramın doğası ve gerekçesi konusunda herhangi bir uzlaşının olmamasıdır.[1] Bununla birlikte, kavramın belirli bir tarihsel ve politik ortam tarafından tasavvur edilebilir hale getirilen felsefi mülahazalardan kaynaklandığı kabul edilebilir.[2] "İnsan hakları" terimi ahlaki bir kavramı ima ettiğinden, bunlar temelde ahlaki haklar olarak görülebilir veya insan haklarının büyük ölçüde yasal veya siyasi haklar olduğuna ve bunların siyasi bir fikir olması gerektiğine inanılabilir.[3] Bu bağlamda, insan hakları teorilerindeki bölünmenin temel nedeni basitleştirilebilir. Bir grup, uygulamadan bağımsız[4], geleneksel, etik odaklı bir insan hakları vizyonu ile ilgiliyken; diğer grup ise sözde metafizikten bağımsız, insan haklarının kesinlikle uygulamaya bağlı olduğu bir siyasi yaklaşımdan yanadır.[5] Uygulamada, evrensel yorumu benimseyen uluslararası ve bölgesel insan hakları örgütlerinin birincil amacı, farklı inanç ve kültürlerin bir arada yaşamasına olanak sağlayan insan haklarını koruyup geliştirerek çeşitliliği sürdürmek ve yönetmektir. Bununla birlikte, bir yandan, uluslararası insan hakları kuralları, dünyanın birçok kıtasında hızla yükselen siyasi ve sosyal illiberalizm ve güçlendirilmiş otoriterlik çağında, devlet egemenliğine gayri meşru müdahale olarak görülmekte ve giderek daha fazla tartışılmakta ve hatta reddedilmektedir.[6] Öte yandan, başta ifade özgürlüğü olmak üzere insan haklarının güvence altına alınması ve "kırıcı, sarsıcı veya rahatsız edici" görüşlerin iletilmesi hakkının güvence altına alınması, aynı zamanda gelenek veya inançları nedeniyle bireylere veya gruplara yönelik nefret veya şiddete tahrikten kaçınılması zorluk barındıran konulardandır.

Posner gibi bazı akademisyenler, insan haklarının hiçbir zaman gerçekten evrensel olmadığını, insan hakları mevzuatının hedeflerine ulaşmada başarısız olduğunu ve insan hakları mevzuatının yaşamlarımızı iyileştirdiğine dair hiçbir kanıt olmadığını ileri sürmektedir.[7] Bu anlamda, mevcut eleştiri ve tehditlere

---

1 Bufacchi V, Theoretical Foundations For Human Rights (66 Political Studies 2017), sayfa 601

2 Bouchet D, A Transdisciplinary And Cross-Cultural Introduction To The Issue Of Human Rights In A “Glocal” World (18 Politeja 2021), sayfa 20

3 Bufacchi V, Theoretical Foundations For Human Rights (66 Political Studies 2017), sayfa 601

4 Altman A, Buchanan, A. Human Rights, Legitimacy, And The Use Of Force (Oxford University Press, 2010), sayfa 90

5 Rawls J, The Law of Peoples (Cambridge, MA: Harvard University Press. Rodríguez Garavito C, and Gomez K, Rising To The Populist Challenge Prospects to Cultural Relativism 35 1999), sayfa 224

6 de Búrca G, Reframing Human Rights in a Turbulent Era (Oxford University Press 2021), sayfa 9

7 Posner E, The Twilight Of Human Rights Law (Oxford University Press 2014), sayfa 7

nasıl yanıt verileceği son derece önemli bir konudur.[8] Simmons, devlet aktörlerini davranışlarını değiştirmeye ve hakların gerçekleştirilmesini destekleyecek şekilde hareket etmeye motive edecek, güçlendirecek ve donatacak yerli aktörlerin yokluğunda, anlaşmaların onaylanmasının çok az şey başaracağını savunmaktadır.[9] Bununla birlikte, çok sayıda bilim insanı, insan hakları anlaşmalarını imzalamanın ve onaylamanın hükümet uygulamalarını veya insan refahını iyileştirmediğini ve bazı ülkelerde durumun daha da kötüleştiğini iddia etmektedir.[10] Bu kapsamda, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin sadece onaylanmış olmasının yeterli olmadığını vurgulamak gerekmektedir.[11] Üstelik, iç dinamiklerin aktif katılımı ile karakterize edilen uygulamalara ihtiyaç her geçen kendini biraz daha fazla göstermektedir.[12]

Tüm uluslararası ve bölgesel insan hakları örgütlerinin birbirine bağımlı olduğu göz önüne alındığında, farklı kültürler üzerindeki etkilerinin sınırlı olduğu sonucuna varabilir ve tüm dünyada bu hususta yeni fikir ve uygulamaların ortaya çıkması gerektiğini söyleyebiliriz. Bu uygulamalardan mahrum kalma olasılığı, tüm uluslarda ve kültürlerde yüksek bir enerji, motivasyon ve güçlü dinamiklerin gerekliliğine işaret edecektir.

Yukarıda açıklanan şema, aşağıdaki bölümlerde kültürel rölativizm ile evrensel insan haklarının etkinliği arasındaki önemli bağlantıyı anlamamıza yardım edecektir. İnsan haklarının etkililiği ile ilgili yukarıda belirtilen koşullar göz önüne alındığında, bu makalenin temel zorluğu yeni yaklaşımlara nasıl geçileceği ile ilgilidir. Uluslararası insan hakları hukuku ve kurumlarının rolünü kamu otoriteleri ve iç dinamikler arasında dengeleyerek bu zorluğu aşmak mümkün olabilecektir.[13]

B. KÜLTÜREL RÖLATİVİZME ANTROPOLOJİK BAKIŞ

Kültürel rölativizm kavramı yasal bir zemine sahip değildir ve hem antropolojiden hem de ahlâk felsefesinden türemiştir.[14] Bu bakımdan, "tüm medeniyetler ve değer sistemleri, farklı olmasına rağmen, eşit derecede meşrudur" fikrine dayanan antropolojik bir kavramdır.[15]

---

8 César A Rodríguez Garavito and Krizna Gomez, Rising To The Populist Challenge. (2018), sayfa 250

9 Simmons Beth A., Mobilizing for Human Rights (International Law in Domestic Politics 2009), sayfa 57

10 Hollyer J, and Rosendorff B, Why Do Authoritarian Regimes Sign The Convention Against Torture? Signaling, Domestic Politics And Non-Compliance (SSRN Electronic Journal 2011)

11 de Búrca G, Human Rights Experimentalism (111 American Journal of International Law 2017)

12 de Búrca G, Reframing Human Rights in a Turbulent Era (Oxford University Press 2021), sayfa 9

13 Ibid, sayfa 9

14 Fernando R. Teson, `International Human Rights and Cultural Relativism` (1985) 25 VA. J. INT'L L. 869

15 Perrin A.K, Human Rights and Cultural Relativism: The "Historical Development"Argument and Building A Universal Consensus (3 2005)

20. yüzyılda, sosyal ve kültürel antropoloji, duygusal çekiciliğe ve bilimsel amaçlara dayanan geleneksel uygulamayı geliştirmeye çalışmıştır.[16] Bu hedefe ulaşmak için, kültürel rölativizm görüşü, etnosentrizm ve yabancı düşmanlığı gibi bazı inançların reddedilmesinde önemli bir husus haline gelmiştir. Etnosentrizmde birey, belirli bir kültürün en güzel olduğu ve diğerlerine göre daha avantajlı olduğu konusunda etkilense de, kültürel rölativizm görüşü bu dengesizliği gidermeye çalışmaktadır. Bu bağlamda, kültürel rölativizme göre, birkaç toplum neyin doğru neyin yanlış, neyin iyi neyin kötü olduğu konusunda farklı fikirlere sahiptir ve fikirler her toplumda mutlaka uyumlu olmayabilmektedir.[17] Aynı şekilde Boas, bireysel bir kültürün aracılık edebileceği, insanların farklı gruplardan beklentilerini azaltan bir koşul yaratmak istemiştir.[18] Bu itibarla Boas, kültürel rölativizmin, bir kişinin doğal çevre ile sosyal gruba dayalı davranışıyla bağlantılı zihinsel ve fiziksel tepkileri ve eylemleri içerdiğini göstermiştir. Dahası, kültürel yüzleşme tekniği, dünyaya karşı belirli bir kaçınılmaz önyargıyla bağlantılı olan bireysel bir kültürün bilinçsiz bağlarından kaçmaya yardımcı olmaktadır.[19] Aynı şekilde, yaklaşım, etkileşimi geliştirmek için yenilikçi yolları tetikleyen alışılmadık bir kültürü anlamlandırmaya yardımcı olmaktadır.

Bilim insanlarının belirli davranışları anlamaları için, büyüme üzerindeki etkilerine ve ortamdaki bireylerin uyguladığı davranış türüne dayalı bir geleneği kavramaları gerekmektedir. Bu nedenle, bir bilim insanının belirli bir kültürde bir çalışma yürütmesi gerekiyorsa, etnosentrizmin sınırlamalarından kurtulmalarına yardımcı olacak yaklaşımlar uygulaması gerekmektedir. Söz konusu prosedür, farklı kültürleri güçlü veya zayıf olarak algılamaktan kaçınmaya yardımcı olacak, bu da belirli hedeflere ulaşmak için bir koşul oluşturacaktır.

C. KÜLTÜREL RÖLATİVİZM VE EVRENSELCİLİĞİN HUKUKSAL DURUMU

Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası hukuk, özellikle 1948'den beri temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesine yardımcı olan güçlü bir araç haline gelmiştir. Bu bağlamda, uluslararası hukuk, hükümetlerin insanları ve grupları insan hakları ihlallerine karşı korumasını ve temel haklardan yararlanmalarına izin vermesini gerektirmektedir.[20] Bu nedenle batı dünyası, onlarca yıldır kıtalar genelinde aynı evrensel insan hakları standartları çerçevesinde insan onurunu yükseltmek için evrenselleşme çabası içinde olduğunu ileri sürmektedir.[21] Ancak

---

16 Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 612

17 Hilde Hey, Universal Human Rights and Cultural Diversity, 1 Human Rights and Human Welfare 2, 17 (2001).

18 Donnelly J. Cultural Relativism and Universal Human Rights (Human Rights Quarterly , Nov., 1984, Vol. 6, No. 4), sayfa 419

19 Donnelly, sayfa 419.

20 Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 619

21 Johansson, sayfa 619.

ya uluslararası ve bölgesel kurumların yetersizliği ya da yetersiz ulusal uygulamalar bu çabayı etkisiz kılmaktadır. Bununla birlikte, ülke egemenliği ile uluslararası insan hakları standartlarının uygulanması arasında hala bir gerilim olsa da, kültürel rölativizm bu sorunun yönetilmesine yardımcı olabilecektir. Uluslararası insan haklarının uygulanmasına ilişkin sunduğu argüman bağlamında, kültürel rölativizm, insanlara garanti edilen medenî ve siyasî özgürlüklerin varlığı ve kapsamı tarafından belirlenen yerel geleneklere dayalı bir görüş olarak algılanabilecektir. Bu itibarla, kültürel rölativizm, uluslararası ve bölgesel ölçekte bir baskı aracı olarak kullanılan insan hakları ihlali iddialarını ortadan kaldıran merkezi meşru bir dayanak noktası vazifesi görebilecektir.[22] Aynı şekilde, kültürel rölativizm, temel evrensel insan hakları standartlarının bölgesel ahlaki değerlere veya geleneklere göre farklılaştığını da gösterebilmekte ve örneğin, bir toplulukta insan hakları ihlali olarak algılanan bir hususun, başka bir toplulukta tamamen yasal olarak kabul edilebileceğine işaret etmektedir.

Öte yandan, uluslararası insan hakları standartları evrenseldir çünkü tüm insanların eşit olduğu ve sadece insan olmanın bir sonucu olarak sahip oldukları hakların kültürden bağımsız olarak aynı olduğu önermesine dayanmaktadır.[23] Özünde bu, BM tarafından uluslararası düzeyde ve ayrıca Avrupa Konseyi tarafından bölgesel olarak ifade edilen ideallerin temeli olarak düşünülmelidir.[24] Evrenselci nitelikteki bu görüşün bir sonucu olarak insanların ait oldukları kültürlerinden bağımsız bir şekilde eşit olması anlayışının yanlış olduğu ileri sürülemeyecektir. Çünkü, kültürel nedenlere dayalı farklılıklar eşitlik anlayışına aykırı değildir. Bununla beraber, evrenselcilik anlayışına dayalı uluslararası insan hakları hukukunun uygulamadaki etkisiz görünümünün insanların evrensel manada eşit olmadığı sonucunu ortaya çıkardığı düşünülebilir. Fakat aşağıda da değinileceği üzere, gerek evrenselcilik gerekse kültürel rölativizm görüşlerinin birbirini tamamlayabilmesi esastır. Bu itibarla, bu makalede her iki görüşün tam anlamıyla insan haklarının etkililiğini sağlayamadığı ve bir arada değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Uluslararası insan haklarını uygulamak konusunda evrenselcilik görüşü, bireysel değerlere ve kültürel geleneklere bakılmaksızın tüm bireyler arasında hoşgörüyü ve haklara ve özgürlüğe saygıyı teşvik etmektedir. Bu nedenle, evrenselcilik görüşü zaten, insan hakları standartları açısından dünya çapında önemli bir argüman olmaya devam etmektedir. Argümanın arkasındaki ana fikir, uluslararası insan hakları hukukunun meşruiyetinin, kültürü, toplumu ve siyaseti aşan mevcut temel adalet kurallarına dayandığı iddiasıdır. Bu argüman, bazı geleneksel pratikleri zedeleyen radikal evrenselcilik tarafından da tetiklenmektedir. Benzer şekilde, radikal kültürel rölativizm, diğer yönleri göz ardı eden ahlâkî hakların veya ilkelerin tek geçerlilik kaynağının kültür olduğu fikrini savunmaktadır.[25] İkinci yaklaşım uyarınca, temel hak ve özgürlükler

---

22 Johansson, sayfa 619.

23 Shestack JJ, The Philosophic Foundations of Human Rights (Human Rights 2017), sayfa 203

24 James A, Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era (The International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, no. 2), sayfa 460

25 Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 615

toplumda kültürel olarak belirlenmektedir. Aynı şekilde, radikal evrenselcilik, kültürel konumun ahlâkî hak ve kuralların geçerliliği ile ilgili olmadığını göstermektedir. Kültürel rölativizm ile evrenselcilik arasındaki perspektifleri anlamak için, bu konuların tarihsel gelişiminin hangi bağlamda gerçekleştiğine bakmak gerekmektedir. 1993 Viyana Deklarasyonu ve Program Eylemi, BM'nin pozisyonuna ilişkin faydalı bir özet sunmaktadır:[26] "Bütün insan hakları evrensel, bölünmez ve birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum, insan haklarını küresel olarak aynı temelde ve aynı vurguyla adil ve eşit bir şekilde ele almalıdır. Ulusal ve bölgesel özelliklerin ve çeşitli tarihi, kültürel ve dini geçmişlerin öneminin akılda tutulması gerekirken, siyasi, ekonomik ve kültürel sistemleri ne olursa olsun, tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri geliştirmek ve korumak devletlerin görevidir."

Bazı akademisyenler evrensel insan haklarının kültürel pratikler kapsamına alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşın, 'evrensel' insan hakları korunsa bile, kabul edilebilir bir yerel alan olabilir ve bu, evrenselliğin reddi anlamına gelmeyecektir.[27] Bu nedenle Ahamd Ali Sawad, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ifade edilen evrensellik iddiasının uygunluğunu göstermek için evrenselleşmenin farklı kültürel sistemler üzerindeki etkisini değerlendirmenin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, devletler çeşitli insan hakları sözleşmelerine çok sayıda çekince koyarak, bu standartların, çeşitli topluluklar tarafından ne ölçüde kabul edilirse kabul edilsin, tüm topluluklar ve kültürler için geçerli olduğu fikrinden zaten uzaklaşmaktadırlar.[28] Bu bağlamda, kültürel rölativizmin, insan haklarını gözetme yetkisine karşı yasal bir savunma oluşturabileceği söylenebilecektir. Tipik olarak, devletler, insanların özgürlük ve haklardan yararlanmasına izin veren koşulları yaratmakla görevlidir. Böylece uluslararası hukuk, tüm ülkelerin uyması gereken belirli kuralları belirleyen bir ortam oluşturmaya çalışmaktadır. Ancak hukuki pozitivizm modeli, uluslararası hukuku, kaynağı devletten üstün olan evrensel insan haklarına ilişkin ilke ve düzenlemeler olarak göstermektedir.

Tipik olarak, yerel kültürel gelenekler, toplumda herkesin sahip olduğu medenî ve siyasî hakların kapsamını belirlemektedir. Bu yaklaşım uyarınca, kültürel rölativizm, uluslararası hukukun gelişimine karşı daha temel bir cephe açmaktadır. Dolayısıyla kültürel rölativizm, uluslararası hukukun toplum ve kültür temelinde geliştirildiği yöntemi reddetmektedir. Bunun yerine kültürel rölativistlere göre uluslararası hukuk, çeşitli kültürlerde belirli insani değerleri geliştirmek ve değiştirmek için oluşturulmuştur. Bu durumda söz konusu değerler, kişilerin belirli bir şekilde davranmalarını etkileyen bazı unsurları içinde barındırmaktadır. Kültürel rölativizm, insan haklarının belirli bir sosyal bağlamın özelliklerine dayandığını da ifade etmektedir, bu nedenle insan hakları ilkeleri de, insanların nasıl davranacağını etkileyen değer yargıları olarak kabul edilmelidir.

---

[26] https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx

[27] James A, Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era (The International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, no. 2), sayfa 471

[28] Ahamd Ali Sawad, University, T., 2021. 'Islamic Reservations' to Human Rights Treaties and Universality of Human Rights within the Cultural Relativists Paradigm. [online] Academia.edu. Available at: https://humanrights.mofidu.ac.ir/article_33265_d7704f7fa407d06ae8009b7d81485021.pdf [Accessed 30 December 2021], sayfa 103

Aynı şekilde, evrensel insan hakları düşüncesi, ulusal egemenliğin tüm evrensel standartlardan daha üstün olduğu düşüncesinden bu açıdan ayrılmaktadır. Bu durumda evrensel insan hakları, toplumsal normlar içinde gelişen kültür ve toplum içinde kendine bir yer bulabilecektir. Bu değerler aracılığıyla insan hakları, insanın statüsüne ilişkin inançlardan türetilebilir ve bu nedenle kültür bağlamına da girebilir.[29] Rölativizm, kültürel farklılıkların katılımını artırmak için, uluslararası kanun yapımına eşit katılımı teşvik eder. Bu yaklaşım, tüm insan haklarının kültürel temellere dayandığını kabul etmeye yardımcı olur ve tüm insanlar arasında ortak değer yargısı oluşturmayı hedefler. Ne var ki, kültürel rölativistler insan haklarını tamamen kültürel değerlere indirgemekte ise de, ortak değer yargılarını nasıl temin edecekleri konusunda tutarlı bir görüş ileri sürememişlerdir.

Geleneksel olarak batı toplumlarının, insan haklarının her insanın evrensel ve devredilemez hakları olduğuna inandığı ileri sürülmektedir. Kültürel rölativistler ise tam tersine, batıda evrensel haklar olarak kabul edilen hususun, batılı liberaller tarafından oluşturulan ve sürdürülen öznel görüşten başka bir şey olmadığını ve bu nedenle güvenilir olmadığını savunmaktadırlar. Buna göre, diğer devletler, kendi kültürlerine en uygun normları takip etme hakkına sahiptir, bu nedenle evrensel insan hakları standartları diğer toplumlara dayatılmamalıdır.[30] Bu bakımdan Jack Donnelly, "kültürel rölativistler" ve "evrenselciler" tartışmasını, "insan hakları teorisinde en çok tartışılan konu" olarak adlandırmaktadır.[31]

Bu aşamada, kültürel rölativistler ile evrenselciler arasında bir uzlaşma olmadığını ve gelecekte de olmayacağını düşünerek, yeni bir vizyon oluşturmak zorunda olunduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, çağdaş insan hakları anlayışlarına yönelik son dönemdeki eleştirileri ve bunların "batılı aydınlanma düşüncesi" tarafından şekillendirildiğini ve bu nedenle "batılı aydınlanma düşüncesinin" bir başka tezahürü olduğunu ifade eden Linda Briskman'a atıfta bulunulması uygun olacaktır. Evrensel insan haklarını bir kenara atmak yerine, onları "batı modernizmi"nin prangalarından kurtarmaya çalışmak ve daha dinamik, kapsayıcı ve kültürler arası bir şekilde yeniden inşa etmek gerekmektedir. Dahası, insan hakları terimi olarak adlandırılmasa da, evrensel insan hakları kavramlarının tüm büyük dini geleneklerde ve birçok farklı kültürel formda bulunduğu bilincinde olmak gerekmektedir.[32]

Bielefeldt, insan hakları fikrinin batı toplumlarından kaynaklandığını kabul ederken, bunun yalnızca batı kültürü ve felsefesiyle ilişkilendirildiği ve bu nedenle yalnızca batı toplumları için geçerli olduğu sonucunun çıkmadığını savunmaktadır. Bu nedenle evrensel insan haklarının, batılı değerlerin küresel olarak dayatma anlamına gelmediği; bunun yerine farklı dinleri, kültürleri ve

---

[29] Ida E, In the Legal Discipline Some of These Thoughts on Cultural Relativism have been Presented as the Theory of 'legal pluralism or 'legal polycentricity (Legal Human Rights on Common Grounds: The Quest for Universality,139. 2021), sayfa 172

[30] Lea B, Tian H, The Illogic of Cultural Relativism in Global Human Rights Debate (The Global Community Yearbook of International Law), sayfa 18

[31] Donnelly J, Human Rights in Theory and Practice (2003). Hey H, Universal Human Rights and Cultural Diversity, Human Rights and Human Welfare, (2001), sayfa 7

[32] Briskman L, Creating Understandings for Peace, Justice and Human Rights (15 Hum Rts 125, 2020)

düşünce tarzlarını kapsayan çoğulculuğun ve çeşitliliğin tanınmasını amaçladığı kabulünden hareket edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.[33]

II. KÜLTÜREL RÖLATİVİZM GÖRÜŞÜ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

A. KÜLTÜREL RÖLATİVİZM

Evrensel insan hakları kavramı, radikal kültürel rölativistler tarafından batı dışında hiçbir değeri olmayan batılı liberal bir fikir olarak görülmektedir. Bu görüşe göre, bir topluma başka bir sosyal adalet sisteminden türetilen değerleri dayatmak haksızlık teşkil etmektedir. Bu değerlerin ancak içinden geldikleri topluma uygulanabilir olduğunun bilinmesi gerekmektedir.[34] Ancak radikal kültürel rölativistlerin bu iddiayla kendi aralarında çelişme riski bulunmaktadır.[35] Fernando Teson, evrensel ahlâkî ilkeler yoksa, o zaman bir kültürel rölativistin kültürel rölativizm ilkesinin evrensel olarak geçerli olduğunu belirtirken kendi kendisiyle çeliştiğini belirtmektedir.[36] Ayrıca, Alison Dundes Renteln'e göre, tüm reçetelerin göreceli olacağına dair mutlak bir reçete içerdiği iddiasıyla kültürel rölativizmin kendi kendini çürüttüğü iddia etmektedir.[37]

Öte yandan, kültürel rölativizmin, ahlâkî değerler konusunda sadece kendi değerlendirmelerini benimseyen bir yapıya sahip olmadığı görüşü de dikkate alınmalıdır. Kültürel rölativizm, bir ülkenin, halkın geleneklerine müdahale etmeden bazı ahlâkî ilkeleri benimsemesini de ifade etmektedir. İnsanların, mahkemenin onları kendilerini ait hissettiği kültürlerine göre yargılamasını sınırlayan bir koşula tabi tutulması yerine, kültürel rölativizm, hâkimlerin belirli yerel normlara dayalı kararlar verebilmelerini etkilemektedir.[38] Aynı şekilde, devletlerin toplum nezdinde adil olmayan bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilecek bazı kültürel etkiler nedeniyle gerçekleşebilecek anlaşmazlıkları kontrol etmesine yardımcı olmaktadır.

Kültürel ahlâkî değerler ve evrensel insan hakları standartlarının dengelenmesi açısından, hukuk ve adalet alanında kültürel rölativizmin, insan haklarından etkilenen toplumsal standartlara göre ahlâkî kodlar oluşturmaya yardımcı olabileceği dikkate alınması gereken bir görüştür. Kültürel rölativizm, hâkimlerin toplumsal standartlara göre bir kararın doğru mu yoksa yanlış mı

---

[33] Bielefeldt H, Muslim Voices In The Human Rights Debate (17 Human Rights Quarterly, 1995), sayfa 590

[34] A An-Na'im 'Human Rights in the Muslim World' 3 Harvard Human Rights Journal (1990) 13

[35] James A, Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era (The International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, no. 2),), sayfa 474

[36] Fernando R. Teson, `International Human Rights and Cultural Relativism` (1985) 25 VA. J. INT'L L. 888

[37] Alison Dundes Renteln `International Human Rights--Universalism Versus Relativism` Sage Publications New York (1990)

[38] Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 620

olduğunu belirlemesine izin veren bir koşul oluşturmaktadır. Böylece, kültürel rölativizm, sosyal meselelerin yönetilmesinde, hükümetlerin insan haklarını geliştirmek için atması gereken hareket tarzını belirlemeye yardımcı olabilecektir.

B. KÜLTÜREL RÖLATİVİZMİN ZORLUKLARI

Kültürel rölativizm, insan hakları standartlarının yerel düzeyde etkili uygulanmasını teşvik eden bir durum oluştursa da, bu durum çeşitli zorluklarla bağlantılıdır. Örneğin, bu yaklaşım çeşitlilik ve evrenselcilik eksikliği ile ilişkilidir. Bunun yerine, belirli bir kültürden geliştirilen ve diğerlerini göz ardı edebilen bir sürece dayanmaktadır.[39] Aynı şekilde, kültürel rölativizm, hukukun üstünlüğünü tesis etmede diğer kültürlerin rolünü baltalayan tek yanlı bir bakış açısını teşvik edebilmektedir. Ek olarak, her insan sürekli değişken olan ahlâkî kurallar tarafından yönlendirilme eğiliminde olduğundan, bu yaklaşım artan bir dirençle de ilişkilidir. Örneğin, sıra dışı da olsa bir kişi adaleti satın almayı ahlâkî yönden doğru olarak algılayabilir. Hâkimlerden, adaleti teşvik etmeye yönelik belirlenmiş kuralları baltalayan değişken ve belirlenmemiş ahlâkî kurallarına uymaları istenebilir.

Evrenselciliğe göre, içkin evrensel insan hakları, uluslararası düzeyde olduğu kadar yerel düzeyde de geçerlidir. Ayrıca, bu evrensel insan haklarının varlığı, diğer devletlere, temel hak ve hürriyetleri ihlal eden devletlere davranışlarını değiştirmeleri için baskı yapma imkanı verebilir. Örneğin, diğer bir devlet insan hakları standartlarını ihlal ederse, devletlerin içişlerine karışmama kuralı askıya alınabilir.[40] Üye devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini tespit eden nihai kararlarının yanı sıra dostane çözüme dikkat çeken Mahkeme kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir (bkz. Madde 46 ve Sözleşmenin 39.4).[41] Gerekli infaz tedbirlerinin alınması, Mahkeme Kararlarının İnfaz Dairesi tarafından desteklenen 46 Üye Devletin hükümetlerinin temsilcilerinden oluşan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (Bakanlar Komitesi) tarafından denetlenir. Devletlerin tespit edilen ihlalleri gidermek için yasal bir yükümlülüğü vardır, ancak kullanılacak araçlar konusunda bir takdir marjına sahiptir. Alınacak önlemler, ilke olarak, Bakanlar Komitesinin gözetiminde ilgili devlet tarafından belirlenir.[42] Bununla birlikte, kültürel rölativizmde hangi değerlerin geçerli olduğu konusunda nesnel bir görüşe sahip olmanın zorluğu kabul edilmektedir. Kültürel rölativistler, diğer devletleri bağlayan evrensel standartlara bağlı kalmak yerine, herhangi bir uluslararası veya bölgesel organizasyonun denetimine sahip

---

39 Donnelly J. Cultural Relativism and Universal Human Rights (Human Rights Quarterly , Nov., 1984, Vol. 6, No. 4), sayfa 419

40 Lea B, Tian H, The Illogic of Cultural Relativism in Global Human Rights Debate (The Global Community Yearbook of International Law), sayfa 28

41 https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process

42 Ibid.

olmamayı tercih ederler.[43] Bu bağlamda, kültürel rölativistler dünya çapında yeni ve orijinal komünal özerkliklere neden olurlar.[44]

Toplumlar arasında temel kültürel farklılıkların ve sıradan yaşama dair seçkin algıların olduğu açıktır. Örneğin; batı toplumlarında insanlar bireyciliğe ve onun maddi çıkarlarına önem verirler. Ancak doğu toplumları, grup üyeliğine ve topluma karşı görevlerine ağırlık verir.[45] Dahası, kültürel rölativistler, ahlâkî mutlakların var olmadığını ve insanların yargılarının kültürel olarak göreceli olduğunu[46] iddia ederken, başka bir kültürü eleştirmenin "kaçınılmaz olarak etnosentrik" olduğunu ve bir tür kültürel emperyalizm olduğunu iddia ederler.[47] Ayrıca, bir devletin kültürel birimleri arasında, devletlerin kendi aralarında olduğundan daha büyük kültürel farklılıklar olabilir. Farklı kültürlerin farklı insan hakları fikirleri olsa da bu, devletlere farklı muamele edilmesi gerektiği anlamına gelmez.[48] Dolayısıyla bu göstergeler, evrenselcilikte kültürel rölativizm üzerine orta yol oluşturmanın uygunluğunu ve gerekliliğini ima etmektedir.

III. EVRENSELCİLİK VE KÜLTÜREL RÖLATİVİZM ARASINDA ORTA YOL BULMAK

Lamichhane'ye göre, bir grup insanın veya bir topluluğun davranışını, genel kabul gören bir norma aykırı olarak kabul etmeden önce, bu davranışları anlamak gereklidir.[49] Batı'nın medeni ve erdemli olarak kabul edilip, dünyanın geri kalanının medeni olmadığı kabulü son derece zararlıdır.[50] Bu bakımdan Lamichhane ayrıca, “adalet” hususunun bir tanımının yapılamamasının gerekçelerinden birinin, kişilerin kendi adalet yorumunu başkalarına dayatması riski olduğunu belirtmektedir.[51]

Evrenselcilik ile kültürel rölativizm arasındaki önemli farklılıklara rağmen, günümüzün çeşitli unsurlarına saygıyı destekleyen toplumlarında dahi insan haklarına yönelik zayıf bir kültürel rölativizm yaklaşımı bulunmaktadır. Buna göre insan hakları, kültürel farklılık ve zorunluluklar nedeniyle yalnızca belirli bir ölçüde evrensel olarak uygulanabilir ve yorumlanabilir.[52] Bununla birlikte,

---

43 Lea B, Tian H, The Illogic of Cultural Relativism in Global Human Rights Debate (The Global Community Yearbook of International Law), sayfa 18

44 Donnelly J. Cultural Relativism and Universal Human Rights (Human Rights Quarterly , Nov., 1984, Vol. 6, No. 4)

45 Engle E, Universal Human Rights: A Generational History (Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 12: Iss. 1, Article 10 2006), sayfa 244

46 Melville J. Herskovits, Cultural Relativism; Perspectives in Cultural Pluralism (New York Random House 1972)

47 John J. Tilley, 'Cultural Relativism' (2000) 22 Human Rights Quarterly.

48 Lea B, Tian H, The Illogic of Cultural Relativism in Global Human Rights Debate (The Global Community Yearbook of International Law), sayfa 19

49 Lamichhane S, Universal Human Rights versus Domestic Courts: Reshaping the Cultural Relativist Debate in Nepal (12 NJA LJ 233 2018), sayfa 126.

50 Lamischhane, sayfa 126.

51 Lamischhane, sayfa 126.

52 Sibian C, Female Genital Mutilation/Circumcision: Reconciling the Ongoing Universalist/ Cultural Relativist Debate to Promote a Cross-Cultural Dialogue (2013), sayfa 95

evrensel insan haklarının özünü oluşturan insan onuru kavramının kapsamı ile kültürel farklılıkları dillendiren kültürel rölativizm arasında derin bir uçurum olmadığı da açık olarak görülmektedir.[53]

İnsan hakları standartları, ancak uygulama alanı bulduğu takdirde bir anlam ifade edecektir. Bu bakımdan, evrenselci ilkeleri farklı kültürlere doğrudan nakletmek ve belki de yerel hassasiyetleri göz ardı etmek yerine, kültürlerarası evrensel bir standardı oluşturmanın anahtarı iç dinamikleri ve yerel halkı aydınlatmaktan geçebilir.[54] Sonuç olarak, insan haklarının evrensel ölçekte uygulanmasının uzun vadeli bir şekilde sürdürülebilir olabilmesi için, kültürlerarası diyalog ve işbirlikçi bir çaba gerekmektedir.[55]

Farklı kültürler ile evrensel insan hakları rejimlerinin talepleri arasında uygulanabilir bir orta yol gözetilmelidir.[56] Bu stratejiyle ilerlemek için, kültürel rölativizmin makul iddiaları ile insan haklarını batı emperyalizmi olarak gören görüş arasında ayrım yapmak gerekmektedir.[57]

Yararlanıcı bir bakış açısıyla, insan hakları uzmanları, geleneklerin uluslararası insan hakları normlarıyla uzlaştırılmasına yardımcı olarak, bir kültürün değişimine katkıda bulunabilir ve onu uluslararası insan hakları standartlarına daha uyumlu hale getirebilir.[58] AİHM'in kendi yetki alanındaki bu tür durumları ele alırken kullandığı "takdir payı" kavramını benimsemesinin nedenlerinden biri de budur.[59] Kişisel özelliklere rağmen, Dundes Renteln, tüm uluslar tarafından paylaşılan ve küresel ahlâkî kodları rasyonalize etmek için kullanılabilecek bazı kültürlerarası ahlâkî gerçeklerin olduğunu öne sürmüştür.[60] Daha da önemlisi, Dembour, uluslararası insan hakları hukuku yürütülürken yerel kaygıların dikkate alınmasını sağlayan bir geçiş pozisyonu alınması konusunda ısrar etmektedir.[61] Ayrıca An-Na'im, çalışması sırasında uluslararası insan hakları ilkelerinin kültürel ve yerel geçerliliğini oluşturmaya çalışmıştır. Ona göre, uluslararası insan hakları mevzuatının yerel meşruiyeti, ancak belirli

---

53 Demir S, İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması, Yüksek Lisans Tezi, 2006, sayfa 106

54 Lewis H, Between Irua and 'Female Genital Mutilation': Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide, (8 Harv Hum Rts J 1 1995)

55 Celestine N, How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries (41 Harv Int'l LJ 381 at 394 2000), sayfa 417

56 Donnelly J. Cultural Relativism and Universal Human Rights (Human Rights Quarterly , Nov., 1984, Vol. 6, No. 4), sayfa 419

57 University, T., 2021. 'Islamic Reservations' to Human Rights Treaties and Universality of Human Rights within the Cultural Relativists Paradigm. [online] Academia.edu. Available at: [Accessed 30 December 2021], sayfa 137

58 Lakatos I, Thoughts on Universalism versus Cultural Relativism, with Special Attention to Women's Rights (Ppcs Journal of International and European Law - 2018/I), sayfa 25

59 Müllerson R, Human Rights Diplomacy, (Routledge 1997, p. 79-80).

60 Patel G, How 'Universal 'Is the United Nations 'Universal Periodic Review Process? An Examination of the Discussion Held on Poligamy. (Human Rights Review 2017 Vol 18, p. 465)

61 Patel, sayfa 465.

bir toplumdaki bireylerin kendi kültürel normları tarafından kabul gören standartları kabul etmeleri halinde sağlanabilecektir.[62]

A. AK BAKANLAR KOMİTESİ TARAFINDAN KABUL EDİLEN YÖNERGELER VE AVRUPA KONSEYİ STANDARTLARI

Kültürel rölativizm ile evrenselciliği uzlaştırmaya ilişkin daha pek çok örnek olabileceği gibi, bu makalede, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Kılavuz İlkeler ve Avrupa Konseyi standartları örneği üzerinde durulacaktır. İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi'ne (CDDH), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kültürel açıdan farklı toplumlarda insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yürütme görevi verilmiştir. Komite tarafından yürütülen bir çalışma, CDDH tarafından düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ilkeleri ve kültürel ihtiyaçları vurgulamak için diğer insan haklarına bağlantılar ile ilgili Avrupa Konseyi standartlarının bir derlemesinin detaylandırılmasıyla sonuçlanmıştır.[63]

Kültürel rölativizm ile evrenselcilik arasında denge kurmaya çalışan kılavuzun önsözünde önemli açıklamalar bulunmaktadır. Buna göre, Bakanlar Komitesi, her bireyin doğal ve eşit onuruna saygı temelinde, farklı kültürlerde zorlukların nasıl üstesinden gelineceğine ve insan hakları ile temel özgürlüklerin daha iyi korunmasının nasıl sağlanacağına dair pratik öneriler sunan yönergeleri onaylamıştır. Yine, Bakanlar Komitesi, demokratik toplumlarının temellerinden birinin insan haklarına saygının yanı sıra kültürel geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin, dini ve kültürel dinamiklerin ve çeşitliliğin gerçek anlamda tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi olduğunu önsözde vurgulamaktadır.[64] Ayrıca, Avrupa topluluklarında artan kültür çeşitliliğinin bilincinde olduğunu ifade eden Bakanlar Komitesi, çeşitliliğin karşılıklı anlayış ve saygıyı içeren bir gelişme kaynağı olduğunun altını çizmektedir.[65] Benzer şekilde, sosyal uyum ve birlikteliğin toplumun tüm üyelerinin refahını sağlamaya, eşitsizlikleri en aza indirmeye ve özdeş olmayan kültürler arasındaki kutuplaşmayı önlemeye yardımcı olduğu vurgulanmaktadır.[66] Son olarak Komite, demokratik ve kültürel açıdan farklı toplumların tüm üyelerinin insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam ve eşit şekilde yararlanmalarının barış ve istikrara doğrudan katkıda bulunduğuna ve potansiyel olarak şiddet ve çatışmalara yol açabilecek hoşgörüsüzlüğün önlenmesine yardımcı olabileceğine inandığını belirtmektedir.[67]

Pratik olarak, Rehber'in 5. maddesi uyarınca, Üye Devletlerin, hakları dengelerken rekabet halindeki insan hakları ve temel özgürlüklerin kullanılmasından kaynaklanabilecek çatışan çıkarlar arasında adil bir denge bulmaya çalışması gerekmektedir.[68] Bu bağlamda, Üye Devletlerin, davanın

---

62 Patel, sayfa 465.

63 Human Rights in culturally diverse societies - Human Rights</br>Intergovernmental Cooperation (coe.int)

64 https://rm.coe.int/guidelines-hr-in-culturally-diverse-societies/168073dced

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Ibid.

68 Ibid.

koşullarına ve ilgili hak ve özgürlüklere bağlı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini nasıl uygulayacakları konusunda bir takdir payına sahip olduğu vurgulanmaktadır.[69]

Özetle, Komite, 7. maddede kültürel rölativizmin önemini ifade etmektedir. 7. maddeye göre, Üye Devletler, bireylerin ve grupların çeşitlilikleri içinde birlikte yaşamalarına ve demokratik bir toplumun ayırt edici özellikleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin ifade edilmesine izin veren koşulları sağlamaya çalışmalıdır. Bu "birlikte yaşama"nın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik meşru amaçla ilişkilendirilebilir. Bu bağlamda, bazen bireysel çıkarların bir grubun çıkarlarına tabi kılınması gerekli olsa da, demokrasi sadece çoğunluğun görüşlerinin her zaman üstün geleceği anlamına gelmemekte: çoğunluğa ve azınlığa adil davranılmasını sağlayan bir denge sağlamaktadır. Çoğulculuk ve demokrasi aynı zamanda diyaloga ve demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için bireyler veya gruplar adına çeşitli tavizleri zorunlu olarak gerektiren bir uzlaşma ruhuna dayanmalıdır.[70]

B. TAKDİR MARJI DOKTRİNİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının uygulanmasını geliştirmenin bir yolu olarak, hukuk sisteminin işleyişini düzenleyen yasal bir doktrin olan takdir marjı doktrinini oluşturmuştur.[71] Özellikle takdir marjı doktrini, durumu ne olursa olsun tüm insanların haklardan yararlanmasını sağlayan bir koşul oluşturmaktadır. Doktrin özellikle mahkemenin işleyişini etkileyerek adil yargılanma hakkı gibi hususları teşvik etmektedir.[72] Aynı şekilde, doktrin yargı sisteminde insan haklarının güçlendirilmesine yardımcı olmaktadır.[73] Bu yaklaşımı geliştirmek için doktrin, hâkimlerin yargılamalarda iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki farklılıkları gözlemlemelerini ve anlamalarını gerektirir.[74] Bu husus, bireysel hakları ve ulusal çıkarları dengelemeye yardımcı olabilir. Bu çerçevede "takdir marjı", Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından oluşturulan ve yargılamayı etkileyen aracı bir norm görevi görür.[75] Bu durum sayesinde, yargı sistemi kamu yararını koruyabilir ve dış etkenlerden korunabilir.

Ek olarak, takdir marjının oluşturulması, içtihatlardaki standartlardan ve orantılılık ilkelerinden etkilenmektedir. Yaklaşım, hakların doğasının korunmasına yardımcı olan bir durum oluşturmaktadır. Yaklaşımı geliştirmek için yerel mahkemeler, toplum yaşamıyla ilişkilendirilen yasal gerekliliklere bağlı

---

69 Ibid.

70 Ibid.

71 Teson, Fernando. 'International Human Rights and Cultural Relativism. [2017]. In International Law of Human Rights, 90.

72 Teson, sayfa 90.

73 Colchester M, Cultural Relativism And Indigenous Rights: Rethinking Some Dilemmas In Applied Anthropology Part 1 (Anthropology Today Prospects to Cultural Relativism 2021), sayfa 16

74 Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 624

75 Ibid.

kalmalıdır. Bu yaklaşım, koşul ne olursa olsun mahkemeyi insan haklarını koruma konusunda etkiler. Takdir marjı doktrini, toplumun genel çıkarlarının korunması ile temel insan haklarına saygıyı nasıl dengelediği, yargıçların mahkemede nasıl çalıştığını etkileyen kritik bir husustur. Öte yandan, bireylerin hak ve özgürlükleri, mahkemenin sürdürmesi gereken kilit bir unsurdur ve bu, hükümetin etkisi gibi sorunları azaltabilir.

İnsan haklarının gözetilmesi konusunda, takdir marjı hâkimlerin farkındalığını artıran bir durum oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, takdir marjının uygulanmasını geliştirmek için, devletlerin bir ceza yargılamasında insan hakkının önemini yansıtmasına izin veren bir koşul yaratmaya yardımcı olan kültürel rölativizm gibi yöntemlerin uygulanmasını teşvik etmektedir.[76] Bu durumda, kültürel rölativizm, hukuk mahkemesinin normlarını güçlendirmeye odaklanan uluslararası insan hakları rejimlerinin uygulanmasını teşvik etmekte ve bu, doktrinin küresel toplumda daha çekici olmasını sağlamaktadır.

Ayrıca, takdir marjı, mahkemenin insan haklarını korumak ve kollamak için benimsemesi gereken bir usul sunmaktadır. Bu durumda mahkeme, herkesin insan haklarına uymasını ve saygı duymasını sağlama yetkisine sahiptir, bu da yargı sistemindeki faaliyetlerin yürütülme şeklini etkilemektedir. Takdir marjı doktrini, mahkemeyi hükümetler arasında karşılıklı bir anlaşmayı zorlamak yerine insan haklarının etkili bir şekilde korunmasına odaklanmaya teşvik etmektedir.[77] Aynı şekilde mahkeme de toplumdaki norm ve değerleri gözeterek yorumlamakla yükümlü olduğu için insan haklarının anlaşılmasına yardımcı olma yetkisine sahiptir. Takdir marjı doktrini, mahkemenin hakları ulusal egemenliğe saygı temelinde yorumlamasını kısıtlamaktadır. Tipik olarak, kuralların hükümetin ihtiyaçlarına göre yorumlanması, mahkemenin kararını etkileyebilecek olan kamunun çıkarlarını zedeleme eğilimindedir. Kültürel göreliliğin uygulanması, devleti insan haklarını korumak için kullanılacak prosedürü geliştirme konusunda etkileyen ikincillik ilkesini teşvik etmektedir.[78] Yerellik sürekli olarak evrensellikle çatışsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümetlerin insan haklarına müdahaleden kaçınmak için benimsemesi gereken bir çerçeve sunmaktadır.

SONUÇ

Evrenselci insan hakları tasarımı tartışmasız ortak değerler listesi olarak algılanırken, çeşitli kültürel bağlamların toplumları nasıl şekillendirebildiği göz ardı edilmektedir. Evrenselci anlayışın yanında kültürel rölativizmin de insan hakları hukukunun yorumunda önemli bir rol oynayabileceği vurgulanmalıdır. Kültürel rölativizmin savlarını dikkatle değerlendirerek kültürel olarak farklı

---

[76] Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021), sayfa 623

[77] Ida E, In the Legal Discipline Some of These Thoughts on Cultural Relativism have been Presented as the Theory of 'legal pluralism or 'legal polycentricity (Legal Human Rights on Common Grounds: The Quest for Universality,139. 2021)

[78] Colchester M, Cultural Relativism And Indigenous Rights: Rethinking Some Dilemmas In Applied Anthropology Part 1 (Anthropology Today Prospects to Cultural Relativism 2021), sayfa 16

toplumlardaki bireylerin haklarına yönelik daha kapsayıcı, hoşgörülü ve derin bir anlayış geliştirebilmeliyiz.

Uluslararası ve bölgesel örgütler, çeşitli iddialarla insan haklarına saygı gösterilmesi ve evrensel olarak kabul gören insan hakları standartlarının uygulanmadığını ileri sürerek devletlere baskı yapabilme hakkını kendilerinde görebilmektedirler. Bu durum karşısında sunmuş olduğumuz analizimiz, sözleşmesel hakların ve tanımların farklı kültürler tarafından ancak kendi kültürel anlama kabiliyetleri doğrultusunda anlaşılabildiğini, netice olarak evrensel olarak kabul gören insan hakları ilkelerinin kültürel farklılıklara dayalı yorumlarının, evrensel ölçekte standart olarak uygulanmaları önünde engel teşkil ettiğini göstermektedir. Bu noktada, kültürel rölativizm, insan haklarının uygulanmasını destekleyen bir araç görevi görmektedir. Bu yaklaşım sayesinde, kültürel rölativizm, devletleri insan haklarını korumak ve sürdürmek için etkileyen bir koşul oluşturmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde örneğin, insan haklarının uygulanmasını geliştirmenin bir yolu olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yasal bir doktrin olan takdir marjını oluşturmuştur.

Farklı kültürel kökenden etkilenen insan hakları uygulamalarına dayalı eşitsizlikleri hafifletmeyi başarmanın bir yolu kültürlerarası iletişimin kurulabilmesi amacıyla diyaloğa girmek ve diğer kültürlere karşı dayatma yolunu tercih etmemektir. Çeşitli kültürlerarası diyaloglar, özellikle sosyal kimlik ve sosyal tabakalaşma ile ilgili olanlar olmak üzere karmaşık sorunları çözmemiz için bizi teşvik etmektedir. Bu tür diyaloglar ayrıca, insanları sosyal kimliklerin anlamlarını keşfetmeye ve sosyal gruplar arasındaki ilişkileri incelemeye sevk etmektedir.

Bireyler veya gruplar, diyalog yoluyla ön yargılara ve yanlış anlamalara karşı cevap haklarını kullanabileceklerdir. Öte yandan, diyalog yoluyla farklı kültürler arasındaki potansiyel zorlayıcı sorular cevaplanabilir. Sonuç olarak, toplumlarımızdaki sosyal adaletsizliğin mirasıyla yüzleşmek ve daha eşitlikçi toplumlara nasıl ulaşılacağını belirlemek için diyalog yolunu kullanmanın kritik öneme sahip olduğu fikrini benimsemeliyiz.

Evrensel insan hakları teorisi, çoğulculuk ve demokrasi aynı zamanda diyaloğa ve demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için bireyler veya gruplar adına çeşitli tavizleri zorunlu olarak gerektiren bir uzlaşma ruhuna dayanmaktadır. Bu açıdan, batın kültürünün benimsediği ve diğer kültürlere dayatmaya çalıştığı iddia edilen insan hakları anlayışından uzaklaşarak, kültürel rölativizm görüşüne saygı duyan insan hakları anlayışına yer açılması için yeni ortak zeminlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Katı bir tutum yerine orta yol bir yaklaşım, evrenselcilik ile kültürel rölativizm arasındaki uçurumu kapatmaya yardımcı olabilecektir. Bu yaklaşım, evrensel insan haklarının önemini kabul ederken aynı zamanda kültürel çeşitliliğe saygı duyma ihtiyacını dikkate alacaktır. Orta yol düşüncesi, günümüzün baskın görüşü olan evrenselcilik ile azınlıkta kalan kültürel rölativizm arasında ortak bir zemin bulmayı ve hakların evrenselliği ile kültürel duyarlılığı dengeleyen bir çerçeve oluşturmayı içermektedir.

Bu bakımdan, evrenselcilik ve kültürel rölativizmi dengelemek için dikkate alınması gerekli bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Bunların başında, farklı kültürler arasında açık ve saygılı diyaloğu teşvik eden, farklı bakış açılarını anlamaya çalışan ve ortak bir zemin bulmak için çabalamayı ifade eden diyalog ve katılım gelmektedir. İkinci olarak, değişik kültürler arasında ayrımcılık yapmama ilkesinin desteklenmesi, hiç kimsenin kültürel geçmişine dayalı olarak

temel haklarından mahrum bırakılmamasını sağlamak sayılabilir. Son olarak, kesinlikle evrensel olarak uygulanabilir bir dizi temel insan hakkı belirlemek ve bunların dışında kültürel çeşitliliğe izin vermek de ulaşılabilir bir sonuç olarak görünmektedir.

Ayrıca eğitim, evrenselcilik ile kültürel görecelik arasında bir orta yol bulmada çok önemli bir rol oynayabilecektir. Farklı kültürler ve onların ilgili insan hakları uygulamaları hakkında farkındalığı ve anlayışı teşvik ederek empati, saygı ve hoşgörüyü geliştirebilmek mümkün olabilecektir. Eğitim aynı zamanda bireyleri, küresel toplumumuzu zenginleştiren değerlere ve geleneklere saygı gösterirken baskıcı kültürel normlara meydan okuma konusunda da güçlendirebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kültürel rölativizm hakkındaki eleştiriler genel olarak, kültürel rölativizmin insan hakları ihlallerini meşrulaştırmak veya evrensel standartları zayıflatmak için yanlış kullanılabileceği hakkındadır. Bununla birlikte, gerçekten insan onurunun korunmasını teşvik eden kültürel uygulamalar ile temel insan haklarını ihlal eden uygulamalar arasında ayrım yapmak gereklidir. Kültürel rölativizm, kültürel farklılıklara dayana tüm uygulamaların sorgulanmadan kabul görmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Bunun yerine, temel insan hakları prensiplerine bağlı kalarak çeşitli perspektifleri anlama ve kabul etme çerçevesi sunmalıdır.

KAYNAKÇA

Altman A/Buchanan A. Human Rights, Legitimacy, And The Use Of Force (Oxford University Press, 2010)

Briskman L, Creating Understandings for Peace, Justice and Human Rights (15 Hum Rts 125, 2020)

Bielefeldt H, Muslim Voices In The Human Rights Debate (17 Human Rights Quarterly, 1995)

Bouchet D, A Transdisciplinary And Cross-Cultural Introduction To The Issue Of Human Rights In A "Glocal" World (18 Politeja 2021)

Bufacchi V, Theoretical Foundations For Human Rights (66 Political Studies 2017)

Celestine N, How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries (41 Harv Int'l LJ 381 at 394 2000)

Colchester M, Cultural Relativism And Indigenous Rights: Rethinking Some Dilemmas In Applied Anthropology Part 1 (Anthropology Today Prospects to Cultural Relativism 2021)

Dundes Renteln A, International Human Rights--Universalism Versus Relativism (Sage Publications New York 1990)

de Búrca G, Reframing Human Rights in a Turbulent Era (Oxford University Press 2021)

de Búrca G, Human Rights Experimentalism (111 American Journal of International Law 2017)

Donnelly J. Cultural Relativism and Universal Human Rights (Human Rights Quarterly , Nov., 1984, Vol. 6, No. 4)

Donnelly J, Human Rights in Theory and Practice (2003). Hey H, Universal Human Rights and Cultural Diversity, Human Rights and Human Welfare, (2001).

Engle E, Universal Human Rights: A Generational History (Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 12: Iss. 1, Article 10 2006)

Guyora Binder, Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law (Buffalo Human Rights L. Rev. 219 1999)

Hollyer J, and Rosendorff B, Why Do Authoritarian Regimes Sign The Convention Against Torture? Signaling, Domestic Politics And Non-Compliance (SSRN Electronic Journal 2011)

Ida E, In the Legal Discipline Some of These Thoughts on Cultural Relativism have been Presented as the Theory of 'legal pluralism or 'legal polycentricity (Legal Human Rights on Common Grounds: The Quest for Universality,139. 2021)

Johansson D, Searching for a Middle Ground: Anthropologists and the Debate on the Universalism and the Cultural Relativism of Human Rights (The International Journal of Human Rights 2021)

Lakatos I, Thoughts on Universalism versus Cultural Relativism, with Special Attention to Women's Rights (Ppcs Journal of International and European Law - 2018/I)

Lamichhane S, Universal Human Rights versus Domestic Courts: Reshaping the Cultural Relativist Debate in Nepal (12 NJA LJ 233 2018)Lea B, Tian H, The Illogic of Cultural Relativism in Global Human Rights Debate (The Global Community Yearbook of International Law).Lewis H, Between Irua and 'Female Genital

Mutilation': Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide, (8 Harv Hum Rts J 1 1995)

Jurisprudence 2014: Volume I, Published to Oxford Scholarship Online: October 2015 DOI: 10.1093/acprof:oso/9780190270513.001.0001

Melville J. Herskovits, Cultural Relativism; Perspectives in Cultural Pluralism (New York Random House 1972)

Müllerson R, Human Rights Diplomacy, (Routledge 1997, p. 79-80).

Patel G, How 'Universal 'Is the United Nations 'Universal Periodic Review Process? An Examination of the Discussion Held on Poligamy. (Human Rights Review 2017 Vol 18, p. 465)

Perrin A.K, Human Rights and Cultural Relativism: The "Historical Development"Argument and Building A Universal Consensus (3 2005)

Posner E, The Twilight Of Human Rights Law (Oxford University Press 2014)

Rawls J, The Law of Peoples (Cambridge, MA: Harvard University Press. Rodríguez Garavito C, and Gomez K, Rising To The Populist Challenge Prospects to Cultural Relativism 35 1999)

Simmons Beth A., Mobilizing for Human Rights (International Law in Domestic Politics 2009)

Shestack JJ, The Philosophic Foundations of Human Rights (Human Rights 2017)

Sibian C, Female Genital Mutilation/Circumcision: Reconciling the Ongoing Universalist/ Cultural Relativist Debate to Promote a Cross-Cultural Dialogue (2013)

James A, Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era (The International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, no. 2)

Tilley J, Cultural Relativism (22 Human Rights Quarterly 2000)

Ahamd Ali Sawad, University, T., 2021. 'Islamic Reservations' to Human Rights Treaties and Universality of Human Rights within the Cultural Relativists Paradigm. [online] Academia.edu. Available at: [Accessed 30 December 2021].

https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/workcompleted/human-rights-diverse-societies

Ekiz S, İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelik, (insan-haklarini2022102414282184.pdf (izmirbarosu.org.tr) Erişim Tarihi: 04.07.2023)

HOUSING AS A HUMAN RIGHT: ANALYSING LEGAL MECHANISMS AND STANDARDS AT THE UN AND REGIONAL SYSTEMS *

Bir İnsan Hakkı Olarak Barınma: BM ve Bölgesel Sistemlerdeki Yasal Mekanizmaların ve Standartların İncelenmesi

Safa ERŞAN**

Abstract: The right to housing is secured under international and regional human rights instruments, ensuring security of tenure and liveable conditions for a dignified life. Despite these guarantees, many people suffer from insecure housing and inadequate conditions due to economic policies that prioritise market dynamics over human rights. At the international level, Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights guarantees the right to housing, while General Comments No. 4 and 7 provide further details. UN treaty bodies and special procedures oversee its enforcement. Regionally, the right to housing is addressed in Europe through the European Convention on Human Rights (ECHR) and the European Social Charter; in Africa through the African Commission on Human and Peoples' Rights with broad interpretations of rights, and in the Inter-American system, primarily in the context of indigenous peoples' rights. Each system has strengths and weaknesses: the European system, although comprehensive and well-founded, lacks sufficient safeguards against evictions; the African system is interpretative and lacks explicit provisions; the Inter-American system focuses on indigenous peoples' rights and thus offers limited protection. Considering these varied approaches, the United Nations system, with its detailed framework that takes into account economic developments and trends in the modern world, stands out as the strongest model for the protection of the right to housing. This study aims to provide a comprehensive understanding of different approaches to housing rights protection through a comparative analysis of international and regional systems and their protection mechanisms.

Key words: Right to Housing, Legal Security of Tenure, Habitability of Housing, International and Regional Human Rights Systems and Protection Mechanisms,

Öz: Barınma hakkı, uluslararası ve bölgesel insan hakları belgeleri kapsamında güvence altına alınmış olup, onurlu bir yaşam için kira güvenliğinin ve yaşanabilir koşulların sağlanmasını temin etmektedir. Bu güvencelere rağmen, piyasa dinamiklerine insan haklarından daha fazla öncelik veren ekonomi politikaları nedeniyle pek çok insan güvencesiz barınma ve uygun olmayan koşullardan muzdariptir. Uluslararası düzeyde, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 11. maddesi barınma hakkını güvence altına alırken, 4 ve 7 No'lu Genel Yorumlar bu korumayı daha ayrıntılı olarak ele almakta, Birleşmiş Milletler sözleşme organları ve özel prosedürleri ise bu hakkın denetimini gerçekleştirmektedir. Bölgesel düzeyde barınma hakkı, Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı aracılığıyla, Afrika'da Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu tarafından hakların geniş yorumlanmasıyla, Amerikalılar arası sistemde ise daha çok yerli halkların hakları bağlamında ele alınmaktadır. Her sistemin güçlü ve zayıf yanları vardır: Avrupa sistemi kapsamlı ve iyi temellendirilmiş olmasına rağmen tahliyeler konusunda yeterli güvence sağlayamamaktadır; Afrika sistemi ise açık hükümler içermeyen, yorumlayıcı bir yapıya sahiptir; Amerikalılar arası sistem ise konuyu daha çok yerli halkların hakları üzerinden ele aldığından geniş kapsamlı bir koruma sunamamaktadır. Bu farklı yaklaşımlar göz önüne alındığında, Birleşmiş Milletler sistemi, ekonomik gelişmeler ve modern dünyadaki eğilimleri dikkate alan ayrıntılı çerçevesiyle, barınma hakkının korunması için en güçlü model olarak öne çıkmaktadır. Bu çalışma, uluslararası ve bölgesel sistemlerin barınma hakkını ele alış biçimlerini ve koruma mekanizmalarını karşılaştırmalı bir analizle inceleyerek, barınma hakkının korunmasına yönelik farklı yaklaşımlar hakkında kapsamlı bir anlayış sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Barınma Hakkı, Kiracının Yasal Güvenliği, Konutun Yaşanabilirliği, Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Sistemleri ve Koruma Mekanizmaları

---

* There is no requirement of Ethics Committee Approval for this study.

This article is an extended version of an assignment prepared for the "Economic, Social and Cultural Rights in Context" module in the Master's program at the University of Essex.

** Public Prosecutor, LLM in International Human Rights Law, PhD Candidate, safa.ersan@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-2915-3604 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676877

Makale Geliş Tarihi: 25.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 12.03.2025

Introduction

Access to adequate housing is a fundamental human right enshrined in a variety of international and regional human rights instruments. This right includes ensuring security of tenure and the habitability of housing conditions, enabling individuals and communities to live in security and dignity. Notwithstanding such protections, large numbers of people around the world continue to experience threats to their housing security and live in inadequate or unsafe conditions. Historically, housing has been considered a matter of economic policy rather than a human right, largely due to its intertwining with market dynamics and property laws. Moreover, this perception ignores the critical role that state policies and legal frameworks play in securing this right. State economic policies and legal measures concerning rental laws play an important role in protecting the right to housing. While economic considerations undeniably influence housing policies, the fundamental human right to housing extends beyond these economic dimensions.

The United Nations (UN) has recognised that international and regional human rights obligations are crucial to ensuring adequate housing and has established extensive criteria for the protection of this right. The right to an adequate standard of living, as defined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) encompasses the right to housing. This right obliges states to respect the freedom of individuals to meet their standard of living, to protect them from unethical practices and to ensure their access to necessary resources. Housing is not just a matter of economic policy but also a cornerstone of human dignity and social justice. International human rights law imposes obligations on states to respect, protect and fulfil housing rights. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) addresses individual complaints and issues General Comments to provide guidance to States on their obligations. General Comment 4 of the CESCR outlines the basic principles and seven conditions for adequate housing, while General Comment 7 emphasises procedural protections in cases of forced evictions and the provision of alternative accommodation. In addition, Special Rapporteurs of the UN Human Rights Council assess global progress in the protection of housing rights and provide further oversight and recommendations.

Regional human rights systems also have an important stake in the protection of housing rights, each with its own mechanisms and approaches tailored to the specific contexts of their respective regions. In Africa, the African Commission on Human and Peoples' Rights addresses housing rights violations through individual complaints and state reports. The Commission has developed a broad interpretative approach to housing rights, often linking them to other fundamental rights such as the right to life, dignity, and property. This approach provides a comprehensive protection framework that recognises the interdependent nature of human rights. In the Americas, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights protect housing rights through individual complaints and thematic hearings. The Commission investigates violations and makes recommendations, while the Court's judgements are binding on member states. This dual mechanism allows for both preventive and remedial measures. The Inter-American system often addresses housing rights in the context of indigenous peoples and vulnerable populations, emphasising the importance of cultural vulnerability and historical contexts in its decisions and recommendations.

In Europe, the right to housing has an important practical application through the case- jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the European Committee of Social Rights (ECSR's) monitoring and reporting mechanisms. The ECtHR addresses issues such as forced evictions under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and highlights the complex interplay between the right to housing and the right to property. The Court's judgements underline the importance of proportionality and the need to balance these competing rights. However, the ECtHR has been criticised for not consistently applying the proportionality test, particularly in the private rental sector, which can exacerbate social inequality and disadvantage marginalised groups. Meanwhile, the ECSR, through the European Social Charter, explicitly elaborates on the right to housing, focusing on economic and cultural dimensions and emphasising the obligations of states to promote access to adequate housing, prevent homelessness, and ensure affordability. The focus on Europe in this analysis is due to its comprehensive and well-developed legal frameworks, which provide valuable insights into the practical implementation of housing rights.

Through a comparative analysis of these international and regional mechanisms, this study provides a comprehensive understanding of the different approaches to the protection of housing rights. This analysis helps illuminate the strengths and weaknesses of various legal frameworks and identifies best practices that can be adopted to enhance the protection of housing rights globally. Furthermore, understanding the effectiveness of these mechanisms yields valuable insights on how states can better fulfil their obligations and ensure that housing rights are respected, protected, and fulfilled. This study examines the role of treaty bodies, special procedures and human rights courts in addressing housing-related violations, including analyses of relevant cases and practices, and sheds light on the various approaches used to ensure housing security and habitability for all.

I. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM

The right to housing is protected under various international instruments, mainly Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Additionally, it is either explicitly mentioned or implied in treaties such as the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Rights of the Child, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, and the Convention Relating to the Status of Refugees.[1]

Article 11 of the ICESCR safeguards the right to an adequate standard of living, which falls under economic, social, and cultural rights. This right serves as an umbrella, encompassing not only adequate food and clothing but also suitable

[1] Asbjørn Eide and Wenche Barth Eide, '10. Adequate Standard of Living' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (Oxford University Press 2022) 195 <https://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780198860112.001.0001/he-9780198860112-chapter-10>.

housing, all aimed at continuously improving living conditions.[2] Before delving into the scope of the right to housing, addressing some fundamental principles regarding economic, social, and cultural rights and their monitoring mechanisms would be helpful.

A. FUNDAMENTAL PRINCIPLES

States have general and specific duties under the ICESCR. General obligations established by the ICESCR include the obligation of the state to progressively realise Covenant rights 'to the maximum of its available resources' and to do so 'by all appropriate means, particularly through the adoption of legislative measures[3] on non-discrimination[4], including equal rights of women and men to the enjoyment of Covenant rights. Other general obligations that have been developed by the CESCR in General Comments and concluding observations include the concept of minimum core obligations and non-retrogression. Specific State obligations encompass the obligations to respect, protect, and fulfill.[5]

Under the right to an adequate standard of living, states have three main responsibilities.[6] Firstly, they must respect individuals' freedom to choose how they meet their standard of living, whether alone or with others. Secondly, they must protect individuals' freedom of choice and prevent actions like fraud and unethical trade practices that hinder access to basic needs like food and housing. Lastly, when necessary, states must ensure everyone has access to resources for their livelihood. This could involve providing information and education, or directly offering aid or social security, especially during times of crisis or for marginalised groups.[7]

B. MONITORING MECHANISMS

Under the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR-OP), the Committee on Economic, Social and Cultural Rights is authorised to address individual complaints of ICESCR breaches once domestic remedies are exhausted. Its communications and recommendations to ICESCR member states form a growing body of legal interpretation. The CESCR has produced extensive material on the right to adequate housing. Additionally,

---

2 Jessie Hohmann and Beth Goldblatt (eds), *The Right to the Continuous Improvement of Living Conditions: Responding to Complex Global Challenges* (Hart Publishing 2021) 3 <http://www.bloomsburycollections.com/book/the-right-to-the-continuous-improvement-of-living-conditions-responding-to-complex-global-challenges> accessed 11 April 2024.

3 ICESCR Article 2(1).

4 ICESCR Article 2(2).

5 Daniela Ikawa, 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Optional Protocol' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 18 <https://www.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00009.xml> accessed 15 April 2024.

6 Eide and Eide (n 1) 190.

7 ibid.

the UN Human Rights Council has established "special procedures" to monitor human rights implementation, including the appointment of experts known as Special Rapporteurs. These procedures generate substantial material relevant to interpreting and enforcing UN human rights instruments, though they are not directly tied to treaty obligations.[8]

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights issues General Comments focusing on the right to an adequate standard of living, and providing concluding observations and recommendations based on state reports. The thematic mechanisms developed by the UN Human Rights Council and its predecessor, the Commission on Human Rights, further promote the implementation of the right to an adequate standard of living. Special Rapporteurs or Independent Experts, focusing on areas like food, housing, health, water, and poverty elimination, play a crucial role in assessing global progress and shortcomings in realizing this right through their reports.[9]

C. SCOPE OF THE RIGHT TO HOUSING AND STATES' DUTIES

The right to housing is enshrined under the right to an adequate standard of living in both the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), suggesting that it encompasses more than just a basic concept of shelter.[10] The Special Rapporteur on the right to housing draws attention to its correlation with the right to life. According to her, addressing the right to adequate housing and the right to life separately has perpetuated a prevalent sense that violations of housing rights are not as significant as other violations. Hence, housing rights should be considered unacceptable violations of the right to life.[11]

The Committee offers a comprehensive view of the right to adequate housing in its General Comment 4, considering factors such as privacy, security, space, lighting, ventilation, basic infrastructure, and location. Additionally, it provides a well-known seven-dimension scheme to evaluate how effectively the right has been fulfilled in specific cases.[12] The right to housing encompasses several key elements: legal security of tenure to prevent forced eviction; availability of services such as water and sanitation; affordability ensuring that housing costs do not compromise basic needs; habitability standards for health and safety; accessibility for disadvantaged groups; strategic location near essential services; and cultural sensitivity in housing policies. These elements

---

8 Stuart Wilson, 'The Right to Adequate Housing' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 182 <https://www.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00018.xml> accessed 14 April 2024.

9 Eide and Eide (n 1) 206.

10 Wilson (n 8) 184.

11 Special Rapporteur on adequate housing, 'Adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living' (UN General Assembly, UN Doc A/71/30, August 2016) para 5.

12 'CESCR General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 1991 para 7.

reflect the diverse needs and multifaceted nature of housing rights, which are essential to ensure the well-being and dignity of all individuals.

While housing is often perceived as a private commodity, the lens of human rights reframes this notion, asserting that housing is, in fact, a public good.[13] Furthermore, as an economic and social right, the right to housing is subject to progressive realisation principle.[14] Article 2 of the ICESCR envisages a progressive realisation that imposes obligations with immediate effect, also recognising the constraints owing to the limited available resources. General Comment 4 clarifies the nature and scope of state obligations to facilitate the realisation of the right to housing in all its aspects. It places the responsibility on States to establish a comprehensive framework for the effective realisation of this right, covering policy, legislation and administration.[15]

One of the most important problems related to the right to housing is forced evictions[16], which often arise due to the tension between private property rights and the right to housing.[17] Evictions, particularly those related to mortgage defaults, can cause significant problems.[18] To address this issue, the Committee subsequently adopted General Comment 7[19], which focuses specifically on eviction provisions. General Comment 7 begins by emphasizing security of tenure as a fundamental component of the right to housing and identifies forced evictions as a form of interference with this right. However, it is important to note that General Comment 7 does not outright prohibit forced evictions.[20] Instead, it outlines the strict circumstances under which evictions should be carried out.[21] In this context, failing to pay or causing damage to a rented house would be a justification for an eviction[22], yet the grounds for eviction must also be consistent with the Covenant. The fact that eviction may seem justified at first glance does not guarantee that it aligns with the principles of the Covenant. States must ensure that eviction is the last resort, only pursued after exhaustively considering all feasible alternatives. This means that even if there is a compelling public or private interest, it may not justify eviction if alternative solutions, explored in consultation with the affected individual, are available.

Evictions must be the last resort, considered only after exploring all feasible alternatives. [23] General Comment 7 emphasizes strict procedural protections, including: (a) genuine consultation with affected individuals; (b)

---

13 Eide and Eide (n 1) 196.

14 Sandra Fredman, 'The Right to Housing' in Sandra Fredman (ed), *Comparative Human Rights Law* (Oxford University Press 2018) 265 <https://doi.org/10.1093/oso/9780199689408.003.0009> accessed 8 April 2024.

15 Wilson (n 8) 185.

16 Eide and Eide (n 1) 196.

17 Wilson (n 8) 181.

18 Fredman (n 14) 268.

19 'The Right to Adequate Housing (Art.11.1): Forced Evictions: CESCR General Comment 7.' (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 1997).

20 Wilson (n 8) 186.

21 'The Right to Adequate Housing (Art.11.1): Forced Evictions : CESCR General Comment 7.' (n 19) para 9.

22 ibid 11.

23 ibid 7.

adequate notice prior to eviction; (c) providing information on the eviction and alternative land use; (d) presence of government officials during eviction, especially for vulnerable groups; (e) proper identification of those carrying out the eviction; (f) avoiding evictions in bad weather or at night without consent; (g) offering legal remedies; and (h) providing legal aid where possible for seeking redress in court.[24] The ICESCR's primary safeguard is that eviction should not result in homelessness or leave the evicted individual vulnerable to further human rights violations. This entails providing suitable alternative accommodation and support, such as resettlement or access to productive land, when the evicted person cannot provide for themselves. States must take all necessary measures, within their available resources, to ensure the availability of adequate alternative housing or support.[25]

Addressing some important communications regarding the right to housing would be demonstrative. The Committee's second communication concerning a housing complaint, *Djazia and Bellili v. Spain*[26], illustrates the broad impact of investigating the fairness of possible termination of residence rights. In this case, a couple and their two children faced eviction for non-payment of rent. While the Committee found the eviction justified on procedural and substantive grounds, it criticised the Spanish government for failing to provide suitable alternative housing. Although the government acknowledged its obligations, it cited an oversubscribed social housing programme and a backlog as reasons for not providing alternative housing. However, the Committee found this unjustified, especially given that the social housing stock had already been sold. Furthermore, providing shelter to separate the family is inconsistent with the obligation to protect family unity under Article 10 (1) of the ICESCR. Consequently, the Committee recommended that the Spanish Government comprehensively assess the family's situation and provide public housing or other appropriate accommodation.[27]

In *Lopez Alban v. Spain,*[28] The Committee considered a Spanish housing policy that disqualified persons illegally occupying a house from social housing

---

24 ibid 15.

25 ibid 16.

26 CESCR, Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v. Spain, CESCR, Communication No. 5/2015, UN Doc. E/C.12/61/D/5/2015 (20 June 2017).

27 Ibid paras. 18, 19, 20: (18) "*Given all the information provided and the particular circumstances of this case, the Committee considers that, in the absence of reasonable arguments on the part of the State party regarding all the measures taken to the maximum of its available resources, the authors' eviction, without a guarantee of alternative housing by the authorities of the State party as a whole, including the regional authorities of Madrid, constituted a violation of their right to adequate housing*. (19) "*The Committee, acting pursuant to article 9 (1) of the Optional Protocol, is of the view that the State party violated the authors' right under article 11 (1), read separately and in conjunction with articles 2 (1) and 10 (1) of the Covenant. In the light of the Views contained in the present communication, the Committee makes the following recommendations to the State party.*" (20) "*The State party has an obligation to provide the authors with an effective remedy, in particular: (a) in the event that the authors do not have adequate accommodation, to assess their current situation and, following genuine consultation with them, to grant them public housing or any other measure enabling them to enjoy adequate accommodation, taking into account the criteria established in these Views; (b) to award the authors financial compensation for the violations suffered; and (c) to reimburse the authors for the legal costs reasonably incurred in the processing of this communication*." Also, see para. 21 for the General Recommendation.

28 CESCR, Lopez Alban v Spain (11 October 2019) E/C.12/66/D/37/2018.

assessment. The complainant, a mother of six children living in a vacant bank-owned flat, was refused social housing on the basis of her illegal occupation. She was subsequently evicted with her children and faced inadequate emergency shelter. While recognising the legitimacy of protecting the bank's property rights, the Committee found that Spain had violated its ICESCR obligations. The lack of proportionality assessment of evictions in Spanish law and the disproportionate response to the complainant's housing situation were criticised. The exclusion from social housing was considered particularly harsh given the urgency of his need. The Committee recommended the establishment of a legal framework for proportionality assessments in evictions, genuine counselling procedures for those facing eviction, and a comprehensive social housing plan without serious exceptions.[29]

The financialisation of housing, exemplified by firms such as Blackstone, poses inequality as stated in the Special Rapporteurs' Report.[30] Blackstone, a large real estate private equity firm, has adopted the practice of buying undervalued assets, often housing low-income tenants, and raising rental prices.[31] This reduces housing affordability and leads to increased evictions and homelessness. In justifying its actions by citing market forces and legal compliance, Blackstone is contributing to the financialisation of housing, which prioritises profit over its social function.[32] The failure of states to regulate the property market exacerbates these problems and constitutes a breach of their duty to protect housing rights. Laws enabling such actions should be considered deliberately retrogressive measures as they contribute to the erosion of housing rights.[33]

As described so far, individuals facing issues concerning security of tenure and the habitability of housing conditions would rely on the right to housing guaranteed in Article 11 of the ICESCR. General Comment 4 serves as a significant instrument that elaborates on the fundamental principles, particularly the seven conditions of habitability, regarding housing quality. On the other

---

29 Ibid para. 17; para 14, 15, 16: (14) "*On the basis of all the information provided and in the particular circumstances of this case, the Committee considers that the eviction of the author and her children without an assessment of proportionality by the authorities constituted a violation of their right to adequate housing. Moreover, the Committee considers that the refusal of the author's application for public housing without taking into account her situation of necessity and solely on the basis that she was occupying a property without legal title in itself amounts to a violation of her right to adequate housing.*" (15) *"The Committee, acting under article 9 (1) of the Optional Protocol, is of the view that the State party violated the author's and her children's right under article 11 (1) of the Covenant. The Committee also considers that the State party has violated article 5 of the Optional Protocol. In the light of the Views in the present communication, the Committee makes the following recommendations to the State party."* (16) *The Committee, acting under article 9 (1) of the Optional Protocol, is of the view that the State party violated the author's and her children's right under article 11 (1) of the Covenant. The Committee also considers that the State party has violated article 5 of the Optional Protocol. In the light of the Views in the present communication, the Committee makes the following recommendations to the State party.*

30 Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context (26 December 2019) A/HRC/43/43 paras 64 to 69.

31 David Birchall, 'Human Rights on the Altar of the Market: The Blackstone Letters and the Financialisation of Housing' (2019) 10 Transnational Legal Theory 446, 447.

32 Mark Jordan, 'Contesting Housing Inequality: Housing Rights and Social Movements' (2024) 87 The Modern Law Review 52, 67.

33 Birchall (n 31) 470.

hand, security of tenure is another crucial aspect of the right to housing. For this matter, General Comment 7 provides guidance, detailing the conditions for eviction as a last resort. In terms of individual petitions, individuals can apply to the CESCR with allegations of violations of the right to housing under the Optional Protocol against states that have ratified it.

II. REGIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEMS

The right to housing is explicitly or implicitly protected under regional human rights systems. While the European Convention on Human Rights (ECHR) does not explicitly mention the right to housing, the European Court of Human Rights' (ECtHR) interpretation includes the right to housing in terms of forced evictions. Furthermore, the right to housing is explicitly protected in the European system under the European Social Charter (ESC) in Article 31, focusing on the economic, social, and cultural aspects of housing.[34] Both the African and Inter-American system, while there is no explicit provision on the right to housing in African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and American Convention on Human Rights (American Convention), this right is protected through interpretation under different rights.[35]

Regional human rights mechanisms play a crucial role in protecting the right to housing. While the ECtHR addresses cases concerning forced evictions, the European Committee of Social Rights (ECSR) oversees compliance with the ESC, particularly Article 31. It deals with state reports and collective complaints related to housing violations.[36] The African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) monitors states' performance on the African Charter through individual petitions, investigations, and reports, addressing housing rights violations.[37] Likewise, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) ensures compliance with the American Convention, protecting housing rights through individual petitions, investigations, and reports.[38] Both the Inter-American and African systems employ an 'opt-in' approach for individuals to access regional human rights courts. Commissions in both systems refer cases to the court if states consent. In the African system, member states can alternatively accept the direct jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights

---

[34] Eide and Eide (n 1) 195.

[35] Wilson (n 8) 183.

[36] Colm O'Cinneide, 'The European System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 48 <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00011.xml> accessed 16 April 2024.

[37] Lilian Chenwi, 'The African System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 39 <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00010.xml> accessed 16 April 2024.

[38] Viviana Krsticevic, 'The Inter-American System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 73 <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00012.xml> accessed 16 April 2024.

without referral by the African Commission.[39] In the Inter-American system, the American Court addresses individual petitions only when referred by the commission. Protection mechanisms in both systems primarily focus on the efforts of commissions rather than courts.

A. EUROPEAN SYSTEM

Economic and social rights are protected under the European Social Charter, and the revised charter expands their scope, including the right to housing in Europe. However, economic and social rights often linger in the shadow of the ECHR and EU law.[40] Nevertheless, concerning the right to housing and its scope, Article 31 of the ESC is of paramount importance as it elaborates on the right to housing and places responsibilities on states. According to Article 31:

The right to housing with a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed: (1) to promote access to housing of an adequate standard; (2) to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination; (3) to make the price of housing accessible to those without adequate resources.

On the other hand, within the scope of forced evictions, this aspect of the right to housing is addressed under Article 8 of the ECHR.

The European Social Charter provides several mechanisms to protect economic and social rights, including the right to housing. Two crucial mechanisms for protecting and monitoring the right to housing, along with others, are the collective complaint procedures and the reporting system. Firstly, through the Collective Complaints Procedure (Additional Collective Complaints Protocol of 1995), organizations such as trade unions and NGOs can raise concerns about violations of the Charter to the European Committee of Social Rights (ECSR), facilitating monitoring of state compliance.[41] Secondly, states are required to report regularly to the ECSR on their implementation efforts, with the Committee providing assessments and recommendations for evaluating progress.[42] Alongside these prominent mechanisms, promoting integration into national legal systems strengthens the implementation of individuals' Charter rights at the national level. Regarding forced evictions, the ECtHR addresses allegations of violations under Article 8 of the ECHR.

In Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands[43], DCI alleged that the Netherlands' laws and practices denying illegally present children access

---

[39] Christof Heyns and Magnus Killander, '23. Africa' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (4th edn, Oxford University Press 2022) 500.

[40] O'Cinneide (n 36) 51.

[41] Steven Greer and Lewis Graham, '22. Europe' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (4th edn, Oxford University Press 2022) 466.

[42] O'Cinneide (n 36) 63.

[43] European Committee of Social Rights, *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*, Complaint No. 47/2008, Decision on the merits, 20 October (2009). This complaint concerns the Netherlands' failure to provide adequate housing for

to adequate housing violated Article 31 of the European Social Charter. The DCI argued that housing is necessary to protect human dignity and that denying it to foreign nationals, even if they are in the country illegally, is contrary to the Charter. However, the Committee held that Article 31 (1) and Article E were not applicable in this case. It concluded, however, that Article 31 (2) and Article 17 (1) had been violated. The Committee found that states must provide adequate shelter to children unlawfully present within their jurisdiction, as failure to do so would amount to a denial of their human dignity and a neglect of their particularly vulnerable situation.[44]

FEANTSA lodged a Collective Complaint against France,[45] alleging violations of its right to housing under Article 31 of the Revised Social Charter. FEANTSA alleged that France had failed to adequately promote access to adequate housing, prevent homelessness, and ensure affordability for those in need, despite improvements in housing quality over three decades.[46] In June 2008, the ECSR found six violations of Article 31 by France, including insufficient progress in eliminating substandard housing, insufficient measures to prevent evictions and provide rehousing solutions, insufficient efforts to reduce homelessness, lack of accessible social housing for low-income groups, flaws in the social housing allocation system and deficiencies in the legislation on stopping places for Travellers.[47]

In terms of equality and the right to housing, The European Committee of Social Rights has condemned Greece for persistent and widespread discrimination against Roma in housing rights.[48] In an unprecedented re-examination of a complaint jointly submitted by *INTERIGHTS* and the Greek Helsinki Monitor, the Committee unanimously upheld all the main allegations. The complaint highlighted Greece's failure to provide adequate housing and infrastructure for Roma, as well as more than 20 forced evictions and systematic discrimination since 2004. Despite the government's claims of adequate

---

undocumented migrant children. The European Committee of Social Rights (ECSR) ruled that this constituted a violation of children's rights, emphasizing that states must ensure access to housing and basic services for all children, regardless of their immigration status.

44 Ibid para. 71.

45 European Committee of Social Rights, *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, 5 December (2007). This complaint concerns France's failure to ensure effective access to adequate housing for homeless individuals and vulnerable groups. The European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) filed a complaint, arguing that France did not meet its obligations under the European Social Charter. The European Committee of Social Rights (ECSR) ruled that France's lack of sufficient housing policies and support measures constituted a violation of the right to housing, highlighting the state's duty to protect vulnerable populations.

46 Ibid para. 109-111.

47 Ibid para 166.

48 European Committee of Social Rights, *INTERIGHTS v. Greece,* Complaint No. 49/2008, Decision on the merits, 11 December 2009. This complaint concerns Greece's failure to provide adequate housing and protection for Roma individuals. The European Committee of Social Rights (ECSR) ruled that Greece's actions, including forced evictions and systematic discrimination, violated the right to housing under the European Social Charter.

guarantees, the Committee emphasized that uniform treatment alone is insufficient for true equality, especially for Roma who face unique challenges.

On the other hand, forced evictions are addressed under Article 8(1) of the ECHR, which stipulates that "*Everyone has the right to respect for their private and family life, their home, and their correspondence.*" The jurisprudence of the ECtHR can be categorised into two clusters: disputes concerning the public sector rental and those concerning the private rental sector. This paragraph focuses on the former, while the subsequent paragraph will concentrate on the latter. In the *McCann v. United Kingdom*,[49] the case concerned a man who lived in a council house in the UK with his family. After his marriage broke down, the tenancy agreement remained in his ex-wife's name, and the local authority initiated possession proceedings against him, resulting in his eviction. McCann argued that this eviction, without a proper proportionality assessment or consideration of his personal circumstances including his continued residence, lack of alternative housing, and risk of homelessness by an independent tribunal, violated his rights under Article 8 of the ECHR. The Court emphasised that anyone faced with such a significant interference should, in principle, have the proportionality of the eviction measure determined by an independent court. Therefore, the ECtHR found that the eviction constituted a serious interference with his right to respect for his home, and that the absence of a possibility to challenge the proportionality of the measure in court was incompatible with Article 8. In public sector rental cases, the ECtHR has applied a rigorous standard, in contrast to the usual deferential approach to social and economic policies.[50] This is because the right to housing is recognised as an extremely important right affecting an individual's identity, autonomy, physical and moral well-being, relationships, and community ties.[51] This principle was emphasised in *Cosic v. Croatia*, where the Court held that the loss of one's home amounted to a gross violation of the right to respect for one's home.[52]

With regard to the private rental sector, the case of *F.J.M. v. the United Kingdom,*[53] is particularly significant. In this case, a woman who had been living in private rental housingin the UK faced possession proceedings after the death of her mother, who had been the legal tenant. Despite her long-term residence in the property, mental health issues, lack of alternative accommodation, and overall vulnerability, the domestic courts did not carry out an independent proportionality assessment before ordering her eviction. In the admissibility decision in this case, ECtHR limited the application of the principle set out in *McCann v. the United Kingdom* (2008) to the public sector, holding that Article 8 the ECHR does not require a proportionality test for evictions in the private

---

[49] McCann v United Kingdom (App. No.19009/04), judgment of 13 May 2008, paras. 12-17.

[50] See. McCann v United Kingdom, paras. 50-55. See for this view in detail: Fredman (n 14) 271.

[51] Connors v UK (2005) 40 EHRR 9 (European Court of Human Rights) para 82.

[52] Cosic v Croatia [2011] 52 EHRR 39 (European Court of Human Rights) para 22. This case concerns Croatia's eviction of a tenant from a state-owned apartment without considering her personal circumstances. The ECtHR ruled that this violated Art. 8 ECHR, emphasizing that evictions must be proportionate and that national authorities must assess the impact on the individual's private and family life before enforcing such measures. The Court stressed the need for adequate procedural safeguards to protect tenants from arbitrary displacement.

[53] FJM v United Kingdom (App. No.76202/16), decision of 6 November 2018, paras 6-9.

rental sector.[54] The *McCann* principle, established in relation to public sector evictions, suggests that the loss of one's home requires the proportionality of an eviction measure to be determined by an independent court. In the *FJM* judgement, the Court held that Section 21 evictions in England and Wales, which allow private landlords to evict tenants without fault or cause, did not breach the right to housing. The Court expressed concern about the potential negative impact on the private rental sector of tenants being able to request a proportionality assessment prior to eviction, stating that it would be unpredictable and damaging.[55] However, critics argue that such an assessment is required for all evictions, regardless of ownership, and call for a reconsideration of the ECtHR's interpretation of Article 8 requirements. The FJM judgement has wider implications beyond the UK, potentially affecting tenancy security protection across Europe and sparking debate about the impact of European law on national tenancy laws.[56]

In summary, individuals concerned about the right to housing in the European system find protection under both the ESC and the ECHR, particularly in cases of forced evictions. The ECSR ensures compliance with the ESC through collective complaints and state reports, while the ECtHR addresses cases arising from forced evictions. However, while the ECSR's approach to the right to housing aligns with international standards, the ECtHR's approach to forced evictions does not fully meet the criteria outlined in General Comment 7. This interpretation not only exacerbates social inequality, but also further disadvantages marginalised groups. Therefore, it is imperative for the ECtHR to adhere to the criteria outlined in General Comment 7.

B. AFRICAN SYSTEM

The right to housing, along with the right to food, is protected under the the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR), as stated by the African Commission in its decision in *SERAC v Nigeria*[57], despite the absence of explicit articles in the African Charter.[58] In *SERAC v Nigeria*, the complainants alleged that the Nigerian government violated the Ogoni community's right to adequate housing due to environmental degradation caused by oil exploitation

---

[54] Sarah Fick and Michel Vols, 'Horizontality and Housing Rights: Protection against Private Evictions from a European and South African Perspective' (2022) 9 European Journal of Comparative Law and Governance 118, 123.

[55] FJM v United Kingdom, para 15.

[56] Casla, Koldo, 'Unpredictable and Damaging? A Human Rights Case for the Proportionality Assessment of Evictions in the Private Rental Sector' [2022] European Human Rights Law Review 253, 2.

[57] Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (African Commission on Human and Peoples' Rights). This Communication concerns Nigeria's failure to protect the rights of its citizens to a healthy environment and adequate housing. The Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and others filed a complaint against Nigeria for its involvement in the destruction of oil-producing communities in the Niger Delta, leading to environmental degradation and forced displacement of residents. The African Commission on Human and Peoples' Rights ruled that Nigeria violated the African Charter on Human and Peoples' Rights, particularly the right to health, housing, and a healthy environment, due to the government's actions and failure to prevent the harm caused by oil companies.

[58] Eide and Eide (n 1) 195.

and attacks by security forces. Although the right to housing is not explicitly mentioned in the African Charter, the African Commission has interpreted it as encompassing[59] the right to shelter or housing derived from the rights to property[60], protection of the family,[61] and health[62]. The right to housing goes beyond mere shelter and encompasses the right to peace and privacy.[63]

In general, states' responsibilities concerning the right to adequate housing are understood in terms of four levels of obligation: to respect, protect, promote and fulfil. This four-tier obligation, consisting of both positive and negative duties, was recognised by the African Commission in the SERAC case.[64] The Commission emphasised that all rights entail obligations, including the duty to protect citizens against violations of their rights by non-state actors. Furthermore, although the African Charter does not explicitly state that economic and social rights are subject to the principles of progressive realisation, immediate implementation, and minimum core obligations, the African Commission acknowledges that these principles are to be implemented.[65]

The African Commission plays a central role in mechanisms to protect economic and social rights, in particular the right to housing in Africa. The ACHPR monitors state compliance with the African Charter, including their obligations under Article 14 on the right to housing. The Commission receives individual complaints and state reports, conducts investigations, and issues recommendations to address violations.[66] In addition, the ACHPR has adopted several resolutions and guidelines strengthening the right to housing. For instance, Resolution on the right to adequate housing and protection from forced evictions[67] stipulates the criteria very similar to those outlined in General Comment 7, that states should follow. Likewise, The Principles and Guidelines of the African Commission outline various responsibilities concerning national plans, policies, and systems to fulfill the right to adequate housing.[68]

As stated, the right to housing in the African regional human rights system finds protection in the African Charter. Although the right to housing is not explicitly mentioned in the Charter, there is limited jurisprudence; the African Commission has broadly interpreted the right to housing in accordance with international standards.[69] The African Commission's approach particularly

---

59 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria (n 36) para 36.

60 African Charter of Rights and Freedoms, Article 14.

61 African Charter of Rights and Freedoms, Article 16.

62 African Charter of Rights and Freedoms, Article 18

63 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria (n 56) para 61.

64 SERAC para 44.

65 Chenwi (n 37) 33.

66 Heyns and Killander (n 39) 497.

67 Resolution on the right to adequate housing and protection from forced evictions ACHPR/Res.231(LII)2012

68 African Commission Principles and Guidelines paras 79 (iv-xiii).

69 Lilian Chenwi, 'The Right to Adequate Housing in the African Regional Human Rights System: Convergence or Divergence between the African Commission and South African Approaches' (2013) 17 Law, Democracy & Development 342, 359.

emphasises the importance of housing for human dignity and well-being. Furthermore, with regard to forced evictions, the Commission has recognised the severe impact on affected individuals and emphasised that evictions should be a measure of last resort, consistent with the principles set out in General Comment 7.

C. INTER-AMERICAN SYSTEM

The right to adequate housing is explicitly protected neither in the American Convention on Human Rights (American Convention) nor in the Protocol of San Salvador, which expands the scope of economic, social, and cultural rights. This right has been protected mainly by Articles 11 (prohibition of interference in the home, 21 (right to property), and 22 (freedom of movement and residence) of the American Convention. While the American Court has addressed cases involving indigenous communities in temporary settlements, it has more extensively elaborated on this aspect in other relevant cases.[70]

The case of *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*[71] stands as a seminal legal dispute decided by the Inter-American Court, centred on the right of the Yakye Axa Indigenous Community to adequate housing in Paraguay. For decades, the community has faced severe poverty and deprivation, enduring precarious conditions in temporary settlements lacking adequate housing, sanitation and basic services. The Court ruled in favour of the Yakye Axa Indigenous Community, finding that Paraguay had violated their rights under the American Convention.[72] The judgement required urgent action, highlighting Paraguay's failure to protect the community's housing rights under international human rights law. Paraguay was directed to implement effective measures to ensure the community's access to adequate housing, basic services and infrastructure.

The *Maria Mejia case*[73] also played an important role in establishing housing as a human right in the Inter-American System.[74] The case was decided

---

[70] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 'Social Rights in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights', *Research Handbook on International Law and Social Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 179 <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788972123/9781788972123.00020.xml> accessed 17 April 2024.

[71] Yakye Axa Indigenous Community. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125 (June 17, 2005). This case concerns the Yakye Axa Indigenous Community's claim against Paraguay for violations of their right to land, housing, and cultural integrity. The Inter-American Court of Human Rights found that Paraguay had failed to guarantee the community's right to property by not restoring their ancestral lands, which had been taken for agricultural use. The Court ruled that Paraguay violated the community's rights under the American Convention on Human Rights, specifically the right to property, the right to live in conditions of dignity, and the right to a healthy environment. The Court ordered reparations, including the return of the land and compensation for the damages suffered by the community.

[72] Ibid, para 164.

[73] María Mejía v. Guatemala, Report N. 32/96 - Case 10.553, par. 1 (Inter-American Commission on Human Rights, October 16, 1996). The María Mejía v. Guatemala case concerns the forced eviction and destruction of María Mejía's home by state agents. Mejía and her family lived in Guatemala when security forces raided, burned down their

directly under Article 22 of the American Convention, which guarantees freedom of movement and residence. This judgment implied that freedom of residence inherently includes the right to housing, since individuals have the autonomy to choose where to live and the State must not impede this choice but rather respect and promote it. The Commission further expanded its interpretation, stating that this right would be violated if the State or its agents forcibly remove individuals from their homes through violence or threats of violence. Furthermore, any measure taken by the State to restrict an individual's access to his or her home was also recognised as a violation of this right.[75]

Regarding protection mechanisms for economic and social rights, particularly right to housing, The IACHR is responsible for the promotion and protection of human rights throughout the Americas, including monitoring the implementation of housing rights. The IACHR assesses the situation of economic and social rights, particularly housing rights through mechanisms such as receiving petitions[76] and organising thematic hearings, and makes recommendations to states, often conducting on-site visits and publishing reports.[77] For instance, the Commission has reported cases of forced evictions impacting campesinos in Paraguay, obstacles to accessing maternal health services in Mexico, and challenges related to obtaining adequate food and housing.[78] Furthermore, in its 2017 report on Venezuela, the Commission underlined that human rights violations and the collapse of the rule of law have contributed to a general weakening of institutions in the country. This has led to a significant increase in poverty and difficulties in accessing basic needs such as food, health and housing.[79]

In brief, in the Inter-American System, the right to housing is not explicitly protected. Therefore, individuals concerned about tenure security or the habitability of their homes must rely on various articles in the American Convention, such as the right to property, prohibition of interference in the home, or freedom of movement and residence. It is important to note that,

---

home, and forcibly removed them, leaving them homeless. The Guatemalan government failed to investigate the incident or provide any redress. Mejía brought the case before the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), arguing that her right to freedom of movement and residence (Art. 22 ACHR) had been violated. The IACHR ruled in her favor, stating that the right to housing is inherent in the right to residence and that forced evictions by the state violate human rights.

[74] Erin Elizabeth Davis, 'Housing as a Human Right within an Era of International Exceptionalism' (2021) 7 Constitutional Review 241, 254.

[75] María Mejía v. Guatemala, para 65.

[76] Krsticevic (n 38) 73.

[77] Mikael Rask Madsen, 'The Narrowing of the European Court of Human Rights? Legal Diplomacy, Situational Self-Restraint, and the New Vision for the Court' (2021) 2 European Convention on Human Rights Law Review 180, 145.

[78] Cavallaro (n 40) 798.

[79] Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi and Julia Cortez da Cunha Cruz, 'The Protection of Social Rights by the Inter-American Commission on Human Rights', *Research Handbook on International Law and Social Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) 169 <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788972123/9781788972123.00019.xml> accessed 17 April 2024.

unlike in the European or possibly African systems, there is not as much abundant jurisprudence specifically addressing the habitability conditions of houses within the Inter-American System. Additionally, it is worth noting that the right to housing often intersects with the rights of indigenous peoples in the American system.

CONCLUSION

The right to housing is protected under the international human rights system, particularly Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the Committee's General Comments No 4 and 7. Furthermore, at the regional level, the right is enshrined in three leading human rights systems: European, African, and Inter-American systems. Within the European system, the explicit article in the European Social Charter (ESC) covers the economic and cultural aspects of housing, while the European Convention on Human Rights (ECHR) plays an important role in addressing forced evictions. However, within the European system, forced evictions "related to the right to housing deviate from the international human rights system and are a cause for concern as the European Court of Human Rights (ECtHR) has not consistently applied a proportionality test, particularly in the private rented housing sector. In the African system, while there is no explicit provision, this right is protected through a broad interpretation of the different rights, which is in line with the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) international standards on both housing security and, to some extent, housing habitability. Similarly, in the Inter-American system, while there is no explicit provision for the right to housing, this right is protected through interpretation under different rights. In particular, in this system, the right to housing often arises in connection with the rights of indigenous peoples.

International and regional human rights systems provide different levels of protection for housing security and habitability. In the international system, collective complaints can be lodged under the Optional Protocol (OP). In the European system, state ratification is required to collectively apply to the European Committee of Social Rights (ECSR). However, individuals can apply directly to the ECtHR. Both the African and Inter-American systems grant individuals (against states which ratified the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and the American Convention on Human Rights (American Charter) respectively) access to human rights commissions, while human rights courts are accessible through an "opt-in" process, with commissions referring cases if states consent. In the African system, member states can alternatively accept the direct jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) without referral by the African Commission. In the Inter-American system, the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) addresses individual petitions only when referred by the Inter-American Commission on Human Rights (Inter-American Commission).

Considering the various international and regional systems, it is evident that the UN system provides the most comprehensive and detailed framework for the protection of housing rights. The UN system offers the most comprehensive framework for protecting housing rights, combining the ICESCR with robust mechanisms from UN treaty bodies and special procedures. This multi-pronged approach addresses housing issues through progressive realisation and non-discrimination, ensuring housing security and habitability.

Article 11 of the ICESCR guarantees the right to an adequate standard of living, including housing. States must progressively realise this right, ensuring non-discrimination and gender equality, respecting individuals' freedom to secure their living standards, protecting against actions hindering access to basic needs, and fulfilling by providing essential resources. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) and UN Special Rapporteurs monitor compliance. Housing rights encompass security of tenure, availability of services, affordability, habitability, accessibility, strategic location, and cultural adequacy. Forced evictions should be a last resort, with safeguards and alternative accommodation. The financialisation of housing by firms like Blackstone exacerbates inequality, necessitating state regulation. Individuals can seek redress through the CESCR for violations by ratified states.

On the other hand, each regional system has its strengths and weaknesses. The European system, despite its advanced legal frameworks, struggles with the inconsistent application of proportionality tests in forced evictions. The African system, while broad in its interpretative approach, lacks explicit provisions and relies heavily on the interpretation of other rights. The Inter-American system often ties housing rights to indigenous rights, which can limit the broader application of these protections. In conclusion, while each regional system contributes uniquely to the protection of housing rights, the UN system's comprehensive approach and its blend of legal and procedural mechanisms provide the most effective framework for safeguarding the right to housing. Identifying and addressing the specific shortcomings of each system can help enhance the global protection of housing rights, ensuring that these fundamental rights are upheld universally.

BIBLIOGRAPHY

Birchall D, 'Human Rights on the Altar of the Market: The Blackstone Letters and the Financialisation of Housing' (2019) 10 Transnational Legal Theory 446.

Casla, Koldo, 'Unpredictable and Damaging? A Human Rights Case for the Proportionality Assessment of Evictions in the Private Rental Sector' [2022] European Human Rights Law Review 253

Cavallaro JL, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System* (1st edn, Oxford University Press 2019) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780190900861.001.0001/law-9780190900861> accessed 17 April 2024.

'CESCR General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)' (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 1991)

Chenwi L, 'The Right to Adequate Housing in the African Regional Human Rights System : Convergence or Divergence between the African Commission and South African Approaches' (2013) 17 Law, Democracy & Development 342 'The African System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00010.xml> accessed 16 April 2024.

Davis EE, 'Housing as a Human Right within an Era of International Exceptionalism' (2021) 7 Constitutional Review 241.

Eide A and Eide WB, '10. Adequate Standard of Living' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (Oxford University Press 2022) https://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780198860112.001.0001/he-9780198860112-chapter-10.

Fick S and Vols M, 'Horizontality and Housing Rights: Protection against Private Evictions from a European and South African Perspective' (2022) 9 European Journal of Comparative Law and Governance 118.

Fredman S, 'The Right to Housing' in Sandra Fredman (ed), *Comparative Human Rights Law* (Oxford University Press 2018) <https://doi.org/10.1093/oso/9780199689408.003.0009> accessed 8 April 2024.

Greer S and Graham L, '22. Europe' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (4th edn, Oxford University Press 2022)

Heyns C and Killander M, '23. Africa' in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (ed), *International Human Rights Law* (4th edn, Oxford University Press 2022).

Hohmann J and Goldblatt B (eds), *The Right to the Continuous Improvement of Living Conditions: Responding to Complex Global Challenges* (Hart Publishing 2021) <http://www.bloomsburycollections.com/book/the-right-to-the-continuous-improvement-of-living-conditions-responding-to-complex-global-challenges> accessed 11 April 2024.

Ikawa D, 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Optional Protocol' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020)

https://www.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00009.xml> accessed 15 April 2024.

Jordan M, 'Contesting Housing Inequality: Housing Rights and Social Movements' (2024) 87 The Modern Law Review 52.

Krsticevic V, 'The Inter-American System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00012.xml> accessed 16 April 2024.

Mac-Gregor EF, 'Social Rights in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights', *Research Handbook on International Law and Social Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788972123/9781788972123.00020.xml> accessed 17 April 2024.

Madsen MR, 'The Narrowing of the European Court of Human Rights? Legal Diplomacy, Situational Self-Restraint, and the New Vision for the Court' (2021) 2 European Convention on Human Rights Law Review 180.

O'Cinneide C, 'The European System' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00011.xml> accessed 16 April 2024.

Piovesan F, Antoniazzi MM and Cruz JC da C, 'The Protection of Social Rights by the Inter-American Commission on Human Rights', *Research Handbook on International Law and Social Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://china.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788972123/9781788972123.00019.xml> accessed 17 April 2024.

'The Right to Adequate Housing (Art.11.1): Forced Evictions: CESCR General Comment 7.' (UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 1997)

Wilson S, 'The Right to Adequate Housing' in Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi (ed), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2020) <https://www.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781788974165/9781788974165.00018.xml> accessed 14 April 2024.

Cases/ Communications

CESCR, Djazia and Bellili v. Spain, Complaint No. 5/2015, CESCR, 20 June 2017. CESCR, Lopez Alban v Spain (11 October 2019) E/C.12/66/D/37/2018.

Cosic v Croatia [2011] 52 EHRR 39 (European Court of Human Rights).

European Committee of Social Rights, *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*, Complaint No. 47/2008, Decision on the merits, 20 October (2009.

European Committee of Social Rights, *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, 5 December (2007).

European Committee of Social Rights, *INTERIGHTS v. Greece,* Complaint No. 49/2008, Decision on the merits, 11 December 2009.

McCann v United Kingdom (App. No.19009/04), judgment of 13 May 2008.

Connors v UK (2005) 40 EHRR 9 (European Court of Human Rights).

FJM v United Kingdom (App. No.76202/16), decision of 6 November 2018.

María Mejia v. Guatemala, Report N. 32/96 - Case 10.553, par. 1 (Inter-American Commission on Human Rights, October 16, 1996).

Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (African Commission on Human and Peoples' Rights).

Yakye Axa Indigenous Cmty. v. Para., Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125 (June 17, 2005).

BAŞIBOŞ SOKAK KÖPEKLERİ SORUNUNA HUKUKİ BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: YAŞAMA HAKKI ZARAR GÖREN İNSANLAR BAKIMINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A Legal Solution to the Problem of Stray Dogs: The State's Positive Obligation in Respect of People Whose Right to Life is Damaged

Arş. Gör. Enes ERSÖZ*

Öz: Sahipsiz köpekler Türkiye'de sokak hayvanları açısından önemli bir sorun haline gelmiştir. Kısırlaştırma ve aşılama ile kontrol altına alınamayan bu hayvanlar, insanlara zarar verebilmekte, şehir hayatı bakımından sorun teşkil etmektedir. Sokak köpeklerinin saldırıları, özellikle savunmasız çocuklar ve yaşlılar için can kayıplarıyla sonuçlanabilmektedir. Bu sorun farklı boyutlarıyla birlikte ele alındığında sorunun sosyolojik ve psikolojik bir vaka haline geldiği bir gerçektir ancak Türkiye bir hukuk devleti olduğuna göre çözüm de ancak hukuk eliyle mümkündür. Hayvanları Koruma Kanunu'nun mevcut hali sorunu çözmek için yetersizdir ve çözüm kanundan geçmelidir. Sokak hayvanlarının saldırısı nedeniyle hayatını kaybeden insanların yaşam hakkının korunması için konunun yasal yollardan detaylı bir şekilde ele alınması gerekmektedir. Devletin yaşam hakkının korunması bakımından pozitif yükümlülüğü vardır ve öncelikle hayvanları koruma kanununda değişiklik yapmalıdır. Yaşama hakkına saldırının yegâne kaynağı olan artan hayvan popülasyonunu kontrol altına alacak tedbirlerin Hayvanları Koruma Kanunu'na eklenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda diğer ülkelerdeki yasal mevzuat incelenmiş, Türkiye için bir hukuki düzenleme önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: devletin pozitif yükümlülüğü, hayvanları koruma kanunu, insan haklarının yatay etkisi, sokak köpekleri, yaşam hakkı.

Abstract: Stray dogs have become an important problem for stray animals in Turkey. These animals, which cannot be controlled by sterilisation and vaccination, can harm people and pose a problem for urban life. Attacks by stray dogs can result in loss of life, especially among vulnerable children and the elderly. Looking at this problem in its various dimensions, it is a fact that the problem has become a sociological and psychological case, but since Turkey is a state of law, the solution is only possible through law. The current version of the Animal Protection Law(APL) is not sufficient to solve the problem and the solution must be through the law. In order to protect the right to life of people who lose their lives as a result of attacks by stray animals, the issue should be addressed in detail by legal means. The state has a positive obligation to protect the right to life and must first amend the APL. Measures to control the increasing animal population, which is the sole source of attacks on the right to life, should be added to the APL. In this context, the legislation of other countries has been analysed and a legal regulation for Turkey has been proposed.

Keywords: positive obligation of the state, animal protection law, the horizontal effect of human rights, stray dogs, right to life.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eersoz@erbakan.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4911-2604 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676888
Makale Geliş Tarihi: 15.10.2024, Makale Kabul Tarihi: 6.03.2025

GİRİŞ

Sahipsiz sokak hayvanları genelinde sahipsiz köpekler meselesi, uzun süredir Türkiye'nin gündemini meşgul eden konulardan biri haline gelmiştir. Peki neden bu konu böylesine büyük bir sorun haline dönüşmüştür?

Sahipsiz hayvanlara yönelik nasıl bir yaklaşımda bulunulması gerektiği bir defa her şeyden evvel toplum sağlığını ilgilendiren bir konudur ki bu da meselenin tıbbi ya da başka bir deyişle bilimsel yönünü teşkil etmektedir. Zira gün geçtikçe sayısı artan bu hayvanlar birbirleriyle mücadeleye girebilmekte[1] ve bunun sonucu olarak bir kısmı yaşamını sürdürürken bir kısmı da sadece kendi aralarındaki bu mücadeleden kaynaklı olarak can verebilmektedir. Ölen hayvanların toplum sağlığı açısından çevreye zararlı etkileri olabileceği de apaçık ortadadır.[2] Dolayısıyla bu hayvanların çoğalması ve yaşamını sürdürmesi süreçlerinin kontrol edilmesi ve elbette bunun da devlet eliyle yapılması gerekmektedir. Sahipsiz hayvanların sorun haline dönüşmesinin bir diğer sebebi ise çalışmamızın da başlığını teşkil ettiği üzere insanlara saldırmasıdır. Bu saldırılar neticesinde özellikle çocuk ve yaşlı bireylerden hayatını kaybedenler olmaktadır.

Sokak hayvanları bakımından dünyanın farklı ülkelerinde farklı uygulamalara rastlamak mümkündür. Türkiye'de sokak hayvanları genelinde sokak köpekleri meselesinin problem haline geldiğini de göz önünde bulundurduğumuzda çalışmada bu konuda alternatif çözümler üretmiş ve faaliyete geçebilmiş ülke örnekleri incelenmiştir.

Çalışmada öncelikle yaşama hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğü konusu teorik ve içtihadi boyutta kısaca ele alınmış, ardından sahipsiz köpek sorunuyla bağlantısı kurulmuştur. Devamında Hayvanları Koruma Kanunu başta olmak üzere konuyu ilgilendiren yasal mevzuat incelenmiştir. Hukuki boyutun ortaya konması ve ihtiyaçlarımızın tespiti açısından burası önem arz etmektedir. Ardından sahipsiz köpeklerle ilgili bazı ülkelerin yasal düzenlemeleri ele alınmıştır. Zira bazı ülkelerin bu konuyu sorun haline gelmeden başarıyla çözdüğü söylenebilir. Türkiye'nin yaşadığı problemi göz önünde bulundurduğumuzda başarılı örneklerin incelenmesi faydalı olacaktır. Son olarak sahipsiz hayvanlar ile ilgili hukuki anlamda sorunların tespiti ve bunlara sunulan çözüm önerileriyle çalışma nihayete ermektedir.

Literatürde sahipsiz hayvanlar hakkında farklı alanlarda çalışmaların olduğu görülmektedir. Bu çalışmalar hayvanların refahı ve bu bağlamda kısırlaştırılması, barındırılması[3], hayvan barınaklarında hekimlik müessesesi[4],

---

1 Murat Aydoğdu, "Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması", Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı, 2019, DEÜHFD, s. 2132.

2 Yalnızca ölen hayvanlar değil, aynı zamanda gerekli aşıları ve sağlık bakımı yapılmayan sahipsiz hayvanların kuduz başta olmak üzere birçok hastalığa sebebiyet vereceği belirtilmektedir. Yıllar içerisinde sahipsiz köpek nüfusundaki artışa paralel olarak kuduz vakalarındaki artışlar da bunun en temel göstergesidir. Bkz. *Sahipsiz Başıboş Köpekler Raporu*, Mazlumder, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Eroğlu, Musa Kazım Argun, Editörler: Gökhan Türkoğlu, Nuri Yılmaz, https://www.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurt-ici-raporlar/3/sahipsiz-basibos-kopekler-raporu/1219 (erişim tarihi 25.03.2024).

3 Ali Bilgili, "Sahipsiz Hayvanların Şehir, Çevre ve Halk Sağlığı, Hayvan Sağlığı ve Hayvan Refahı Yönünden Kontrolünde Bakanlıklar Arası İşbirliğinde Karşılaşılan Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri", Cilt 5, Sayı 4, 2021, ICONTECH; Hür Mahmut Yücer/Beyhan Ay

hayvanları koruma kanunun tarihsel gelişimi[5], sosyolojik açıdan soruna bölgesel anlamda bir bakış tahlili[6] başta olmak üzere farklı konularda yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmalarda Hayvanları Koruma Kanunu'na yer verilmekle birlikte insan hakları boyutuyla ve özellikle devletin pozitif yükümlülükleri yönüyle konunun ele alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmada yaşama hakkı bakımından hayvanların saldırıları sonucu vücut bütünlüğü zarar gören insanlar bakımından devletin pozitif yükümlülüğü incelenmek istenmiştir. Çalışmayı diğer çalışmalardan farklı ve özgün kılan yönünün bu olduğunu söylememiz gerekir.

Yapılan incelemelerde literatürde "sahipsiz hayvan" ifadesinin kullanıldığı görülmekle birlikte çalışmamızın başlığında "başıboş sokak köpekleri" ifadesi bilinçli bir şekilde kullanılmıştır. Bilindiği üzere güncel tartışmalar özellikle bu kavram üzerinden yürütülmektedir. Her ne kadar çalışmanın akademik bir çalışma olması hasebiyle içeriğinde öğreti ve pozitif hukukun dili ve kavramsallaştırması kullanılsa da farklı alanlardan konuya ilgi duyan kimselerin elektronik ortamda konuyla ilgili yapacağı araştırmalarda çalışmaya hızlı erişimini kolaylaştırmak maksadıyla "başıboş sokak köpekleri" ifadesi yalnızca başlıkta yer almak kaydıyla kasıtlı olarak kullanılmıştır.[7]

I. YAŞAMA HAKKI BAKIMINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yaşama hakkının unsurlarının uzun uzadıya incelenmesi ve ele alınması bu makalenin konusunu teşkil etmemektedir. Burada yalnızca sahipsiz köpeklerin saldırısı ile hayatını kaybeden insanlar bakımından yaşama hakkının nasıl ihlal edildiği ve burada devletin sorumluluğunun hangi boyutta olduğu ortaya konulmak istenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere birçok uluslararası sözleşmede koruma altına alınan, aynı zamanda anayasamızda da koruma altına alınmış yaşama hakkının sahibi "herkes" yani insanlardır, yükümlüsü ise devlettir.[8] Ayrıca sözleşmeye hakim prensiplerin düzenlendiği sözleşmenin

---

Kıran, "Sosyal Sağlık Perspektifinden Hayvan Sevgisi ve Karşıtlığı: Sokak Köpekleri ve Yeni Toplumsal Riskler", Cilt 5, Sayı 2, 2023, Academic Platform Journal of Halal Lifestyle.

4 Ali Yiğit/Gökhan Aslım/Hilal Can, "Türkiye'de Sahipsiz Hayvan Barınakları ve Barınak Hekimliği Üzerine Bir Değerlendirme", Cilt 26, Sayı 1, 2020, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi.

5 Ayşe Menteş Gürler/Şule Osmanağaoğlu, "Türkiye'de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi", Cilt 15, Sayı 3, 2009, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi.

6 Handan Koçoğlu, "Bir Toplumsal Problem Olarak Sahipsiz Köpeklere Afyonkarahisar Halkının Bakışı Üzerine Bir Araştırma", Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2024.

7 Bize göre "Galât-ı meşhur, lügat-i fasihten evladır." sözü, mevcut durumu açıklar niteliktedir.

8 Osman Doğru, Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 4.

başında yer alması sebebiyle yaşama hakkının bir genel hukuk ilkesi olarak görülebileceği de ifade edilmektedir[9].

Devletin diğer haklar bakımından olduğu gibi bu hak bakımından da negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir başka deyişle devletin, bir kimsenin yaşamının son bulmasından önce yapması ve yapmaması gerekenler bulunabilir[10]. Yapması gerekenleri yani pozitif yükümlülüklerini, yapmaması gerekenleri yani negatif yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde devletin yaşama hakkı bakımından ihlale yol açan bir müdahalesinin varlığından söz edilebilir.[11] Sahipsiz hayvan saldırıları sonucu yaşamı son bulan ya da vücut bütünlüğü zarar gören kişiler bakımından devletin negatif yükümlülüğünü yerine getirmemesi değil pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu, başka bir deyişle devletin ihmali neticesinde yaşama hakkı ya da özel hayatın korunması hakları bakımından bir ihlal söz konusu olabilir. Metin'e göre pozitif yükümlülükler, "*üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak tecavüzleri önlemek için ceza hükümleri koyma, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve failleri cezalandırma*"[12] şeklinde farklı unsurlarla tanımlanabilir.

Yükümlü sıfatıyla devlet, bizatihi kendi eylemleri sonucu bireylerin yaşamının son bulmasına sebebiyet verebileceği gibi üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan bir ölümde de yükümlü sıfatını haizdir. Zira bu durum insan haklarının yatay etkisi bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır[13]. Üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan müdahalelerde, devletin gerekli tedbirleri alarak koruma ve gerçekleştirme yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle bu ihlallerin önüne geçmesi beklenmektedir. Burada bir husus önemlidir ki o da devletin sorumluluğunun doğabilmesi için üçüncü kişilerin fiillerine karşı Devletin sessiz kalması, bunu hoş görmesi gerektiğidir. Ancak bu durumda devletin yükümlülüğü gündeme gelecektir[14]. Sahibi olan köpekler bakımından bu yatay etki gündeme gelebilecektir ki örneğin kimi zaman Türkiye'de izin verilen türlerin saldırısı ile zarar ortaya çıkabileceği gibi kimi zaman da Türkiye'de yasaklanmış türleri bulunduran kişilerin verdiği zararlardan da insan haklarının yatay etkisi bağlamında devlet sorumlu olacaktır. Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirirken usuli birtakım tedbirler almalı, hukuki anlamda konunun doğru bir biçimde düzenlenmiş olmasını sağlamalı ve

---

9 Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Cilt 7, Sayı 27, 2010, Uluslararası İlişkiler, s. 116; Ayşe Özkan Duvan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", Cilt 24, Sayı 2, 2018, MÜHF-HAD, s. 661.

10 Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Çev. Özgür Heval Çinar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi, Belçika, 2008, s. 16.

11 Doğru, s. 20.

12 Metin, s. 114.

13 Reyhan Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", Cilt 23, Sayı 1, 2015, SÜHFD, s. 29.

14 Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 73; Osman Can, "'Dolaylı Etki' ve 'İyi Yönetişim' Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", Cilt 35, 2018, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 28.

düzenlenen hukuk kurallarının uygulanmasını yani etkin bir soruşturmayı gerçekleştirmelidir[15].

Sahipsiz köpekler bakımından devletin yükümlülüklerini ele aldığımızda öncelikle yukarıda ifade edilen usuli yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği incelenecektir. Bir başka deyişle bu hayvanların saldırıları neticesinde yaşamını yitiren ya da zarar gören kişiler bakımından, bu tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik yasal düzenlemeler önem arz etmektedir. Zira hakların sınırlandırılması ve korunması noktasında gerek Anayasa Mahkemesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "kanunun kalitesi"ne dikkat çektiği görülmektedir[16]. Yani bir konuda yapılan düzenlemenin kamu gücü tarafından keyfi davranışları engelleyecek, erişilebilir, öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir[17]. Yalnızca bu da yeterli değildir, ayrıca saldırıya uğrayan bireyler bakımından yargı organlarının etkin soruşturma gerçekleştirmesi gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da durumun gereklerine göre ceza ya da hukuk yargılaması eliyle usuli yükümlülükler kapsamında etkili ve bağımsız bir yargılama sürecinin gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[18]. Zira sahipsiz hayvanların saldırılarında da engelleme yükümlülüğü bulunan kimselerin sorumluluğunu yerine getirip getirmediği bu etkin soruşturma ve yargılama süreçleri sonunda anlaşılacaktır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA SOKAK HAYVANLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME ÖRNEKLERİ

A. TÜRKİYE'DE SOKAK HAYVANLARIYLA İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Yukarıda ifade edildiği üzere devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında etkin soruşturma yürütmesi ve gerekli hukuki tedbirleri alması beklenmektedir. Türkiye bakımından sahipsiz köpekler bağlamında dikkate alınması gereken temel hukuk metni Hayvanları Koruma Kanunu'dur. 24 Haziran 2004 yılında kabul edilen 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile hayvanlara iyi muamele ve yaşam şartlarının geliştirilmesini sağlamak amaçlanmıştır.[19]

Çalışmanın devamında söz konusu kanunun mevcut sorunun çözümü için nasıl yorumlanabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Sorunun çözümü her ne kadar mevcut düzenlemeyle belli ölçüde mümkün olabilirse de yukarıda ifade edilen "kanunun kalitesi" standardı bakımından eksikler barındıran kanunda hangi değişikliklerin yapılması gerektiği tespit edilecektir. Akabinde bazı ülkelerden

---

15 Simay Doğmuş, AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 170.

16 Haşim Özpolat, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri", Cilt 9, Sayı 33, 2018, TAAD, s. 613.

17 Volkan Aslan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", Cilt 78, Sayı 2, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 820.

18 Lopes De Sousa Fernandes v. Portekiz, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 56080/13, K.T. 19.12.2017, par. 214-215.

19 Bilindiği üzere 30 Temmuz 2024 tarihi itibariyle kabul edilen 7527 sayılı Kanunla birlikte bazı değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda bu değişikliklere değinilecek, bu değişikliklerde eksik görülen hususlar açıklanmaya çalışılacaktır.

konunun düzenlenişine dikkat çekilecek ve bu örnekler doğrultusunda bir düzenleme önerisinde bulunulacaktır.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 6. maddesi, sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların nasıl korunacağını ve bu konuda yetkili ve sorumluların kimler olduğunu düzenlemektedir. Buna göre maddenin 3. fıkrasındaki *"Sahipsiz hayvanların korunması, bakılması ve gözetimi için yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde, yerel yönetimler yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemeler ile çevreye olabilecek olumsuz etkilerini gidermeye yönelik tedbirler, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı ile eşgüdüm sağlanarak, diğer ilgili kuruluşların da görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."*[20] ifadesinden yola çıkarak yetkili ve sorumlu kurumların yerel yönetimler, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu hükmün devamında ise bu hayvanların bakımı için gerekli arazi ve binanın Hazine kaynaklarından tahsis edilebileceği, bu konuda da Maliye Bakanlığı yetkili olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla Hayvanları Koruma Kanunu'na göre birincil yetkili ve sorumlu kurumların yerel idare olduğu, onları Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı'nın takip ettiği görülmektedir.

Söz konusu hüküm uyarınca belediyelerin bu süreçte asli yetkili ve sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca yönetmeliğin 5. maddesinde il müdürlüğünün görev ve sorumlulukları sayılmış[21], 6. maddede İl Hayvanları Koruma Kurulu'ndan söz edilmiş ve bunların görev ve sorumlulukları düzenlenmiştir. HKK'nin 15. maddesi incelendiğinde valinin başkanlığında toplanan İl Hayvanları Koruma Kurulu'nun üyelerinin belirlenmiş olduğu görülmektedir. Bu maddeye göre kurulun üyeleri arasında belediye başkanları, Çevre ve Şehircilik, İklim Değişikliği İl Müdürünün, il milli eğitim müdürü, il müftüsü ve daha birçok kişinin yer aldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla sahipsiz köpekler tarafından saldırıya uğrayan kişiler bakımından belediyelerin yanında Valilik, Bakanlıkların il müdürlükleri gibi o ilin merkez idare teşkilatı yöneticilerinin de hizmet kusuru olduğunu söylememiz mümkündür[22]. Nitekim Danıştay 8. Dairesi'nin 2020/7528 E. 2021/1532 K. numaralı kararında ilçe belediyesi, büyükşehir belediye ve valiliğin müteselsil sorumlu olduğu ifade edilmiştir[23].

Yukarıda ifade edilen kararın verilmiş olması saldırıya uğrayıp mağdur olmuş bireylerin adı geçen kurumlara karşı maddi ve manevi tazminat davaları açması halinde zararlarını tazmin etmelerini sağlayacaktır. Sahipsiz köpek

---

[20] 5199 Sayılı K., RG, 01.07.2004, S. 25509.

[21] Burada zikredilen il müdürlüğünün Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü olduğu anlaşılmaktadır. Zira yönetmeliğin 4. maddesi p bendinde, il müdürlüğü ile Çevre ve Orman Müdürlüğü'nün kastedildiği belirtilmiştir. Çevre ve Orman Bakanlığı'nın ismi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olduğu için söz konusu müdürlüğün de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü olduğu anlaşılmaktadır.

[22] Yunus Eraslan, "Türkiye'de Sahipsiz Sokak Köpek Saldırılarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", Cilt 94, Sayı 495, 2022, Türk İdare Dergisi, s. 99-100.

[23] "Olayda; ilgili mevzuat gereği sahipsiz hayvanların kontrolünü takip etmek, sahipsiz hayvanlarla ilgili sorunların tespiti ve bu sorunların çözümlerini karara bağlama konusunda görevli ve yetkili olduğu görülen Konya Valiliği'nin ve sahipsiz hayvanlara barınak yapmak/yaptırmak, işletmek/işlettirmek görev ve sorumluluğu olan Konya Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın da hasım mevkiine alınması gerekmektedir." https://www.legalbank.net (erişim tarihi 29.01.2024).

saldırılarıyla hayatını kaybeden kişiler bakımından bunların yakınlarının da maddi ve manevi tazminat talebinde bulunması mümkündür[24].

Hayvanları Koruma Kanunu'nun (HKK) ilgili hükümleri uyarınca hazırlanan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 20. maddesinde sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların toplatılması ve bakılmasına ilişkin esaslar tespit edilmişti. Bu hükme göre belediyelerin ehil kişilerden oluşturacağı toplama ekipleriyle, belli durumlarda veteriner gözetmenliğinde bu hayvanları toplatması, aşılatıp kısırlaştırarak toplatıldıkları yerlere geri bırakılması gerekmekteydi. Ancak Hayvanları Koruma Kanunu'nun 6. maddesi 4. fıkrasının son cümlesi *"Bakımevlerine alınan hayvanlar Bakanlık veri sistemine kaydedilir ve rehabilite edilen köpekler, sahiplendirilinceye kadar hayvan bakımevlerinde barındırılır."* şeklinde değiştirilmiştir[25]. Ayrıca burada bir hususun da altını çizmemiz gerekmektedir, Hayvanları Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikler dolayısıyla Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin yeniden hazırlanması gerekmektedir. Zira yapılan değişikliğin 13. maddesi son cümlesi uyarınca hayvanların ötanazisine ilişkin usul ve esasların bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir[26].

İç hukukta maddi ve manevi tazminat yoluyla zararın tazmini tek başına yeterli olmayacaktır. Zira maddi ve manevi tazminatın alınması, yaşam hakkının ihlal edilmesini önlediğini söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorusu akla gelecektir. Sahipsiz köpeklerin saldırıları sebebiyle yaşam hakkının ihlallerinin son bulması için bu saldırıların engellenmesi gerekmektedir. Bu da yukarıda ifade edildiği üzere kanunun kalitesinin artırılması ile mümkün olabilir. Bir sonraki başlıkta da incelenecek olan karşılaştırmalı hukuk örneklerinde görüleceği üzere kimi ülkeler, belli şartları sağlamayan sahipsiz köpeklerin uyutulması (ötenazi) şeklinde bir düzenlemeye gitmiştir. Gerçekten de hayvan barınaklarının hayvan kapasitesi, Türkiye'deki sahipsiz hayvan popülasyonu göz önünde bulundurulduğunda ötenazi uygulamasının aşağıda belirtmeye çalıştığımız ve belli ölçüde 7527 sayılı Kanunda da kabul edilen kıstaslar ışığında uygulanması elzem hale gelmiştir. Zira yukarıda da ifade edilen gerekçelerle kişilerin yaşam hakkı ihlal edilmekte, bu husus bize göre devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

Türkiye'de sahipsiz hayvanların korunması ve kontrolüne ilişkin incelemeye gittiğimizde Hayvanları Koruma Kanunu'nun 6. maddesi 1. fıkrası "*Sahipsiz ya da güçten düşmüş hayvanların, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı Zabıtası Kanununda öngörülen durumlar dışında öldürülmeleri yasaktır.*" diyerek yalnızca belli şartlar altında bu hayvanların öldürülebileceğini, aksi takdirde bunun yasak olduğunu ifade etmekteydi. Hayvan Sağlığı Zabıtası Kanunu incelendiğinde ise yalnızca hastalıklı (kuduz vb. hastalıklar) hayvanların öldürülebileceği belirtilerek sahipsiz köpek sorununa çözüm teşkil etmekten uzak olduğu görülmektedir. Ancak 7527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*3285 sayılı Hayvan Sağlığı Zabıtası Kanununda öngörülen durumlar dışında*" kısmı "*kanuni istisnalar hariç*" şeklinde değiştirilmiştir.

---

[24] Barkın Özyurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'nin Dolaylı Mağdur (Indirect Victim) Kavramına Yaklaşımı, 01.02.2023, İHMBilkent, https://ihm.bilkent.edu.tr/blog-4 (erişim tarihi: 17.09.2024).

[25] 7527 Sayılı K., RG, 02.08.2024, S. 32620.

[26] 7527 Sayılı K., RG, 02.08.2024, S. 32620.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun eski halinde 13. maddesi geniş yorumlanmak suretiyle sahipsiz köpeklerin itlafını mümkün kılabilirdi. HKK'nin 13. maddesi 1. fıkrası *"Kanunî istisnalar ile tıbbî ve bilimsel gerekçeler ve gıda amaçlı olmayan, insan ve çevre sağlığına yönelen önlenemez tehditler bulunan acil durumlar dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanlar öldürülemez."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan "*insan ve çevre sağlığına yönelen önlenemez tehditler bulunan acil durumlar*" ifadesi, söz konusu durumlarda bu hayvanların öldürülebileceği şeklinde yorumlanabilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi söz konusu yorum, uygun yorum ilkesi doğrultusunda, hükmün iptali ve değiştirilmesi gerekmeksizin anayasaya uygun şekilde yeniden yorumlanması şeklinde ifade edilebilir[27]. Dahası diğer hükümlerde yer alan öldürmenin sınırlarının net bir biçimde belirlenmiş olması lafzi yorum ilkesi ile düşünüldüğünde uygun yorum ilkesinin kullanılmasını güçleştirmektedir. Zira bir konuda lafzi yorum açıkça sonuca ulaştırıyorsa diğer yorum yöntemlerinin kullanılması çok daha güç hale gelmektedir, esas olan lafzi yorumdur[28].

O halde sahipsiz köpeklerin sayısında kontrol edilemez artışın meydana geldiği bir düzlemde mevcut hukuki düzenlemelerin yetersiz kaldığından söz etmek gerekir. Sayıları on milyonları bulan bir sahipsiz hayvan popülasyonunun varlığından söz edilen ortamda[29] devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında bu hayvanların tamamına barınak tahsisinin mümkün olmadığı söylenebilecektir. Bu denli büyük sayıların söz konusu olduğu bir düzlemde devletin bu hayvanların verebileceği zararları yönetmesi de oldukça güçtür. Dolayısıyla mevcut popülasyonun azaltılması gerekmektedir. Hayvanların Korunması Kanununda yer alan kısırlaştırma, barınaklarda toplama ve sahiplendirme gibi yöntemler ancak hayvan popülasyonunun sabit kalmasını sağlayabilirdi. Ancak mevcut koşullar altında sahipsiz hayvan saldırılarının insanların yaşama hakkına verdiği zararı ve devletin pozitif yükümlülüğünü göz önünde bulundurduğumuzda, devletin alabileceği en makul tedbirin titizlikle unsurları belirlenmiş bir ötenazi olacağı görülmektedir. 7527 sayılı Kanunda getirilen ötenazi uygulaması bize göre büyük ölçüde bu ihtiyacı karşılar niteliktedir. Zira bulaşıcı ve tedavi edilemeyen sahipsiz hayvanlar bakımından ötenazi uygulaması aşağıda incelenen ülkelerin önemli birçoğunda uygulanan bir yöntemdir. 7527 sayılı Kanunda buna ek olarak olumsuz davranış gösteren insan ve hayvan hayatı bakımından tehlike teşkil eden sahipsiz hayvanlar bakımından da ötenazi uygulamasının söz konusu olabileceğidir. Bu yönüyle incelendiğinde, toplu bir ötenazi uygulamasından söz etmek mümkün değildir.

---

[27] Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Cilt 32, Sayı 1, 2016, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 257.

[28] Ünal Narmanlıoğlu, "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması", Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE'ye Armağan Özel Sayı, 2001, DEÜHFD, s. 103.

[29] Türk Veteriner Hekimleri Birliği Başkanı Prof. Dr. Murat Arslan'ın ifadelerine göre Türkiye'de 8 milyon dolaylarında sahipsiz köpek varlığından söz edilmektedir. Bkz. "Başıboş sokak hayvanı popülasyonu giderek artıyor", https://www.aa.com.tr/tr/gundem/basibos-sokak-hayvani-populasyonu-giderek-artiyor/2934567_(erişim tarihi 20.02.2024). Valilikler aracılığıyla yapılan bir sayımda Türkiye genelindeki sayının 2,8 milyon olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. "Başıboş köpek sorunu nasıl çözülecek?", https://www.haberturk.com/basibos-kopek-sorunu-nasil-cozulecek-o-calismanin-detaylarina-haberturk-ulasti-3645207 (erişim tarihi 20.02.2024).

Çalışmanın devamında karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelenmiş, sahipsiz köpeklerle ilgili nasıl bir yol izledikleri ele alınmıştır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise bu örneklerden ve Türkiye'deki yasal düzenlemelerden yola çıkarak bir çözüm önerisinde bulunulacaktır.

B. HAYVAN HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER BAKIMINDAN BAZI ÜLKE ÖRNEKLERİ

1. Bölgesel Koruma Mekanizmaları Boyutuyla Sahipsiz Köpek Sorunu

Hayvanların korunması hususunda birçok ülkede farklı uygulamalara rastlamak mümkündür. Birazdan aktarılacağı üzere hayvanların uyutulmasını bir yöntem olarak kullanan ülkeler olduğu gibi önemli bir çoğunluğun, sıkı tedbirler uyguladığı ve bu hayvanları belediyeler ve kolluk kuvvetleri marifetiyle toplayarak sokakların güvenliğini sağlamaya çalıştığı söylenebilir.

Evcil Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesinde taraflardan birinin sahipsiz hayvan sayısının bir sorun teşkil ettiğini düşünmesi halinde hayvanlarda kaçınılabilir acı ve ıstıraba yol açmadan bu hayvanların yakalanması, yakalanan hayvanlara ister barınaklarda bakılsın isterse de öldürülsün bunun da yukarıda ifade edildiği üzere en az acı ve ıstırapla gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir[30]. Buradan anlaşıldığı üzere söz konusu sözleşme, sokak hayvanlarının kontrolünü büyük ölçüde devletlerin inisiyatifine bırakmış ve bu konuda belli bir takdir marjı sağlamıştır.

Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından 15/07/2003 tarih 4934 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 20/10/2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır[31]. Bu bağlamda Türkiye'deki yürürlükteki mevzuatta yapılması muhtemel bir değişiklik, imza edilen uluslararası sözleşmelere de aykırılık teşkil etmeyecektir.

Sahipsiz hayvanların yol açtığı zararlara ilişkin çok fazla vakaya rastlamak mümkün değildir zira modern dünyada bu sorunun birçok Avrupa ülkesi tarafından kontrol altına alındığı söylenebilir. Bu bağlamda 2011 yılında sahipsiz köpeklerle alakalı olarak verilen *Berü v. Türkiye* kararı dikkat çekici bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevcut sorun ışığında doğrudan Türkiye'nin taraf olduğu bu vakanın ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması çalışmamız bakımından yararlı olabilir.

Burada köyün dışındaki bir alanda bulunan sahipsiz köpeklerin saldırısı sonucu Gazal Berü'nün hayatı sona ermiştir. Bunun üzerine yerel mahkemelerde yapılan yargılama sonrası ölen çocuğun ailesi tarafından AİHM'ye yapılan başvuruda mahkeme Türkiye'yi yaşama hakkı bakımından bir ihlalinin söz konusu olmadığını tespit etmiştir. Mahkemenin bu kararı almasında şu hususlar etkili olmuştur:

---

[30] Bkz. Evcil Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi 12. madde, https://rm.coe.int/168007a67d (erişim tarihi 25.01.2024).

[31] RG, 20.10.2003, S. 25265.

- Söz konusu olaydan önce de köyün dışında bulunan köpeklerin başka kişileri de yaraladığı ve onlara zarar verdiği, bunun üzerine jandarma komutanının köylülere isterlerse köpekleri vurabileceğini söylediğine dikkat çekilmiştir.[32]

- Mahkeme, yabani hayvanlar tarafından kişilerin yaşamı ve fiziksel bütünlüğüne yönelik gerçek ve acil bir risk oluşturduğu durumlarda gerekli önleyici tedbirler alması gerektiği ve bu konuda pozitif yükümlülüğü bulunduğunu tespit etmektedir.[33]

- Mahkeme söz konusu sahipsiz köpeklerin köyün dışında bulunması, gerçek ve acil bir risk oluşturmadığı, dolayısıyla birkaç başıboş köpeğin sebep olduğu trajik bir kaza olduğu hususunu vurgulamaktadır.[34]

Mahkemenin yukarıdaki vakada dikkat çektiği hususları doğru anlamak çalışmamız ve güncel sorunun çözümü bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu vakada sahipsiz hayvanların jandarmaya ait olduğu şayiası karşısında jandarmanın köylülere isterlerse sahipsiz hayvanları vurabileceklerini söylediği ifade edilmiştir. Mahkeme, acil ve gerçek bir risk oluşturan durumlarda devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Ancak olayda sahipsiz hayvanların köyün dışında bulunması, bu acil ve gerçek riskin ortaya çıkmasını engelleyen bir unsurdur. Dolayısıyla güncel sorun bakımından düşündüğümüzde şehir merkezlerinde yoğun bir biçimde bulunan sahipsiz köpekler bakımından bu riskin ortaya çıktığını söylemek mümkün olabilir. Söz konusu vakayı bu yönüyle değerlendirmek, ileride mahkeme önünde ortaya çıkabilecek yeni vakaların ve mahkemenin bunlara yönelik muhtemel yaklaşımının anlaşılması bakımından önemlidir.

Nitekim AİHM'nin de *Georgel ve Georgeta Stoicescu v. Romanya* kararında sahipsiz köpek sorunu gibi zor konularda devletlerin alacağı tedbirler hususunda takdir marjının geniş yorumlandığı ifade edilmiştir[35]. Bununla birlikte söz konusu başvuruda mahkeme, taraf devletin yeterli tedbirleri almayarak başvurucunun 8. madde kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir[36]. Yine başvurucunun eşinin hastanede enfeksiyon kapması ve tıbbi ihmal ve dikkatsizlik sonucu ölmesi üzerine mahkemenin önüne gelen başka bir vakada, *Georgel ve Georgeta Stoicescu v. Romanya* kararına atıfta bulunularak, devletlerin gerekli tedbirleri almayarak bireyin yaşamına veya sağlığına zarar veren güvenli olmayan bir ortam yaratıldığında, mahkemenin AİHS 2. ve 8. maddeler yönünden bir inceleme yaptığı ve ihlal kararı verdiği ifade edilmiştir[37]. Dolayısıyla çalışmamızın başlığını teşkil ettiği üzere sahipsiz köpek sorunu, hem AİHS 2. madde yani yaşama hakkı bakımından hem de 8. madde yani özel hayata saygı hakkı bakımından gündeme gelebilecektir.

---

32 Berü v. Türkiye, AİHM 2. Daire, Başvuru No: 47304/07, K. T. 11.01.2011, par. 45.

33 Berü v. Türkiye, AİHM 2. Daire, Başvuru No: 47304/07, K. T. 11.01.2011, par. 46.

34 Berü v. Türkiye, AİHM 2. Daire, Başvuru No: 47304/07, K. T. 11.01.2011, par. 47.

35 Georgel ve Georgeta Stoicescu v. Romanya, AİHM 3. Dairesi, Başvuru No: 9718/03, K. T. 26.10.2011, par. 59.

36 Georgel ve Georgeta Stoicescu v. Romanya, AİHM 3. Dairesi, Başvuru No: 9718/03, K. T. 26.10.2011, par. 62.

37 Lopes De Sousa Fernandes v. Portekiz, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 56080/13, K. T. 19.12.2017, par. 45-46.

Son yıllarda hayvanların refahı kavramına yönelik gelişmeler ışığında AİHM'nin taraf devletlerce bazı haklar bakımından yapılan müdahalelere yönelik devletlerin takdir marjını geniş yorumladığı görülmektedir[38]. Bu noktada hayvanların kesilmesinde mutlak surette bayıltma yönteminin kullanılabileceğini öngören Belçika'daki yasal düzenlemenin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edildiği iddiasıyla yapılan başvuru *Executief van de Moslims van België and Others v. Belçika* vakasında AİHM, taraf devletin hayvanların refahı kapsamındaki bu düzenlemesinin meşru amaca uygun olduğu gerekçesiyle söz konusu hak bakımından bir ihlal olmadığı yönünde karar tesis etmiştir[39]. Hayvanların refahına yönelik artan bilinç ve yaşanan gelişmeler elbette yadsınamaz[40]. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkelerinden birini teşkil eden yaşama hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü bakımından mahkemenin aynı yaklaşımı sergilemesi mümkün olmayabilir. Bu bağlamda sahipsiz hayvanlar bakımından insanların yaşama hakkı ile hayvan refahı bağlamında mahkemenin *Georgel ve Georgeta Stoicescu v. Romanya* kararındaki yaklaşımının büyük ölçüde korunması beklenebilir. Elbette her vakanın kendine has özellikler barındırdığı ve barındıracağı bu noktada unutulmamalıdır.

2. Sahipsiz Köpek Sorununa Bazı Ülkelerin Getirdiği Çözümler, Hukuki Düzenleme Örnekleri

Türkiye tarafından da imzalanan Ev Hayvanlarının Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi bağlamında sahipsiz hayvan nüfusunun kontrol edilmesinin ve onların verebileceği zararların kontrol edilmesinin, taraf devletlerin inisiyatifinde olduğu AİHM kararlarında da belirtilmektedir. Gerek Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa sözleşmesinden gerek sahipsiz köpek sorunuyla hukuki düzenlemeler eliyle sistematik bir biçimde mücadelenin daha yoğunlukta yapılması sebebiyle Avrupa ülkelerinden bazı örnekler incelemeye tabi tutulmuştur. Ülke tercihlerinde hayvan ötenazisi uygulamasına yer verenler, bir dönem yer verenler ve halen yer verenler olmak üzere farklı tipolojilerin mevcut olması aranmıştır. Bu üç tipoloji de Türkiye açısından önemlidir zira Türkiye, Hayvanları Koruma Kanunu'nda yapılan değişikliklerden önce bilindiği üzere ötenaziyi bir araç olarak kullanmamaktaydı. Fakat gelinen noktada bu araç kanuna eklenmiştir. Aşağıda da görüleceği üzere İtalya örneğinde iç hukukunda ötenazi uygulamasına yer verilirken bu kaldırılmış fakat gelinen noktada sahipsiz hayvan sayılarındaki yoğun artış üzerine yeniden bu konunun tartışmalı hale geldiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ülke örnekleri konuya ilişkin farklı ihtimalleri bünyesinde barındıracak şekilde belirlenmeye çalışılmıştır. Buradaki örneklerin

---

38 Elien Verniers, Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium: the ECtHR's perspective on balancing animal welfare with religious freedom, https://strasbourgobservers.com/2024/05/08/executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-the-ecthrs-perspective-on-balancing-animal-welfare-with-religious-freedom/ (erişim tarihi: 24.09.2024).

39 Executief van de Moslims van België and Others v. Belçika, AİHM 2. Daire, Başvuru No: 16760/22, K.T. 24.06.2024.

40 Narayanan'a göre insan-insan olmayan (non-human) şeklindeki ayrım, insanların yeryüzünü kolonize etme sürecinde kullandığı bir argümandır. Bkz. Yamini Narayanan, "Street dogs at the intersection of colonialism and informality: 'Subaltern animism' as a posthuman critique of Indian cities", Cilt 35, Sayı 3, 2017, Environment and Planning D: Society and Space, s. 479.

Rusya dışında tamamının Avrupa Konseyi üyesi ülkelerinden belirlendiğini söylemek gerekir. Rusya'yı çalışmaya eklenmeye değer kılan son yıllarda tıpkı Türkiye'de olduğu gibi sahipsiz köpek popülasyonundaki artışa bağlı olarak ötenazi uygulamasını yeniden yürürlüğe sokmasıdır. Bu noktada benzer bir uygulama olduğu için incelenmeye değer hale gelmiştir.

Hayvan ötenazisi uygulamasına yer vermemesine rağmen sokak köpeklerinin sorun olmasını engelleyebilen ülke örneklerinden biri Almanya'dır. Almanya'da Hayvanların Refahı Kanunu'na göre köpeklerin öldürülmesi ancak tamamen deney amacıyla yetiştirildiği ve deney sonucunda hayatta kalması halinde, tedavisinin hayvana uygulanacak olan ötenaziden daha büyük acı vereceği durumda öldürülmesi hukuka uygun görülmektedir[41]. Ancak bununla birlikte Alman Medeni Kanunu'nda hayvan bulunduranın sorumluluğunun çok katı bir biçimde düzenlendiği görülmektedir. Zira hayvanın öngörülemez yapısı itibariyle verebileceği her türlü zarardan sahibinin sorumlu olduğu açık bir biçimde düzenlenmiştir[42]. Hollanda bakımından da ötenazinin uygulanmadığı[43], sıkı denetleme ve barınak imkanlarının güçlendirilmesiyle sokak köpekleri popülasyonunun kontrol altına alındığı belirtilmektedir[44].

Fransa'da doğrudan ötenazi zikredilmemekle birlikte Fransız Ceza Kanunu'nun 132-75. maddesinde suç işlemek maksadıyla kullanılan şeylerin silah kabul edildiği, bu bağlamda suç saikiyle kullanılan bir hayvanın da silah niteliği taşıyacağı belirtilmektedir. Bu niteliği haiz hayvanlar bakımından mahkeme kamu yararına çalışan bir kuruma hayvanın verilmesine hükmedebileceği gibi imha edilmesi yönünde de karar verebilmektedir[45].

---

41 Bkz. Almanya Hayvanların Refahı Kanunu Tierschutzgesetz (Animal Welfare Act) 9. madde 2. paragraf 7. cümle, https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act (erişim tarihi 22.01.2024). Belçika'da ise Almanya'daki usullerin takip edildiği ancak hayvan bakımevlerine yerleştirilemeyen sahipsiz köpeklerin uyutulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Fatih Kırışık/Kübra Öztürk, "Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu", Sayı 69, 2021, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 363.

42 Bkz. Almanya Medeni Kanunu (Bundesgesetzblatt) 833. madde, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0267 (erişim tarihi 23.01.2024).

43 Artık uygulanmadığını söylememiz daha doğru olacaktır zira özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda sahipsiz hayvan popülasyonunun ciddi bir biçimde artması üzerine yoğun bir itlaf politikası yürütüldüğü literatürde ifade edilmektedir. Kuduz salgınlarının ortaya çıkmasına bağlı olarak büyük miktarda köpeğin itlaf edildiği dile getirilmiştir. Hatta bu dönemde köpek yakalayıcılığının önemli bir meslek haline geldiği de belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Isabelle Sternheim, How Holland Became Free of Stray Dogs, http://www.doctordog.nl/EN/DR_Dutch_Straydogs[1].pdf (erişim tarihi: 15.03.2023).

44 Bkz. Konuyla ilgili yazılan yazılar, Tanishka Sharma, The Netherlands: World's First Country with Zero Stray Dogs - How They Achieved It, https://www.linkedin.com/pulse/netherlands-worlds-first-country-zero-stray-dogs-how-achieved#:~:text=Out%20of%20an%20estimated%20200,to%20have%20no%20stray%20dogs (erişim tarihi 20.07.2024); Freya Sawbridge, How did the Netherlands become the first country without stray dogs?, https://dutchreview.com/culture/how-did-the-netherlands-become-the-first-country-to-have-no-stray-dogs/ (erişim tarihi 20.07.2024).

45 Bkz. Fransa Ceza Kanunu (French Penal Code) 132-75. madde, https://sherloc.unodc.org/cld/document/fra/1992/penal_code_en.html (erişim tarihi 23.01.2024).

İtalya'da 1991'de kabul edilen 281 Sayılı İtalyan Ulusal Kanunu'na göre tedavi edilemez bir hastalığa sahip oldukları ya da tehlike oldukları kanıtlanmadığı müddetçe sahipsiz köpeklere ötenazi uygulanması yasaklanmıştır.[46] Diana Levi, 1991'de kabul edilen bu kanundan önce yöntemleri tasvip edilmemekle birlikte ötenazi uygulamasının bulunduğunu belirtmekte, bugün gelinen noktada kamu barınaklarındaki aşırı doluluk sebebiyle sokaklarda sayıca artan köpeklerin vahşileştiği ve tehdit unsuru haline geldiğini ifade etmektedir. Ayrıca tamamen sağlıklı ve uyumlu olan ancak sahiplendirilemeyen köpeklerin dahi kamu maliyesi açısından makuliyet sınırlarını aşan bir yük getirdiğini söylemektedir.[47] Zira idari mercilere orantısız yük getiren tedbirler devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında düşünülemeyecektir[48].

Portekiz'e gelindiğinde ise sahipsiz köpeklerin sayısı yönetilebilir boyutları aştığı takdirde bunların şehirlerde sorun teşkil etmesi halinde belediyelerin gerekli tedbirleri alarak bunları azaltabileceği ifade edilmişti[49]. Ancak 2016 yılında yapılan bir değişiklikle nüfus kontrolü amacıyla hayvanların ötenazisi yasaklanmıştır. Bunun yerine Türkiye'de mevcut düzenlemeye benzer bir biçimde *"Ötenazi, resmi hayvan toplama merkezlerinde veya veteriner bakım merkezlerinde, bir veteriner hekim tarafından, açıkça tedavi edilemez hastalığın kanıtlanmış vakalarında ve hayvanın telafisi mümkün olmayan acı ve ıstırabını ortadan kaldırmanın tek ve vazgeçilmez yolu olduğu gösterildiğinde gerçekleştirilebilir."* ifadesiyle sınırlı hale getirilmiştir[50]. 7527 Sayılı Kanun'la Hayvanları Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikte de "*Bakımevine alınan köpeklerden; insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen, bulaşıcı veya tedavi edilemeyen hastalığı bulunan ya da sahiplenilmesi yasak olanlara...*" şeklinde benzer bir sınırlandırma getirilmiştir. Portekiz'dekine ek olarak saldırgan davranışlar gösterenler bakımından da ötenazinin uygulanacağı Türkiye'deki düzenlemede öngörülmektedir. Dolayısıyla sokak hayvanlarının topluca öldürüleceği yönündeki iddia ve yaklaşımlar gerçeği yansıtmamaktadır.

Avusturya,[51] İspanya[52] başta olmak üzere birçok örnekte de ötenazi uygulamasının yalnızca tedavisi mümkün olmayan yahut tedavisinin ötenaziden daha acı verici nitelikte olduğu hayvanlar bakımından kullanılabileceği yönünde hükümler yer almaktadır.

---

46 S. Cafazzo vd., "Behavioural and physiological indicators of shelter dogs' welfare: Reflections on the no-kill policy on free-ranging dogs in Italy revisited on 3 the basis of 15 years of implementation", Sayı 133, 2014, Physiology&Behaviour, s. 224.

47 Diana Levi, "Evolution Stray Dog's in Italy", Cilt 2, 2020, Journal of Applied Animal Ethics Research, s. 90. Aynı yönde bkz. S. Adriani, M. Bonanni, Andrea Amici, "Is the Italian strategy to face the problem of stray dogs sustainable? A case study of two small municipalities in central Italy", 2011, Julius-Kühn-Archiv, s. 103.

48 Özkan Duvan, s. 670.

49 Hülya Tamzok, Mustafa Kük, Nesrin Çobanoğlu, "Hukuki ve Etik Boyutlarıyla Sokak Hayvanları", Cilt 4, Sayı 1, 2013, AÜ Sosyal Bilimler Dergisi, s. 262.

50 Bkz. 23 Ağustos tarihli ve 27/2016 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 6. fıkrası, https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/27-2016-75170435 (erişim tarihi: 24.09.2024).

51 Bkz. Avusturya Hayvanları Refahı Kanunu 6. maddesi, https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/austria/erv_2004_1_118.pdf (erişim tarihi: 24.09.2024).

52 Bkz. İspanya Hayvan Hakları ve Refahının Korunması Kanunu 27. maddesi, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-7936 (erişim tarihi: 24.09.2024).

İngiltere'ye gelindiğinde ise sahipsiz köpeklere ilişkin en ayrıntılı düzenlemelerden birine sahip olduğu görülmektedir. Çevrenin Korunması Kanunu'nun 149. maddesinde sahipsiz köpeklere nasıl bir uygulamanın takip edileceği düzenlenmiştir. Öncelikle her yerel makamın sahipsiz köpeklerle ilgilenen bir görevlisi ve birimi olması gerekmektedir. Özel mülk olmayan, kamuya ait alanlarda bulunan sahipsiz köpekler, üzerinde birine ait olduğunu gösteren bir yazı vs. varsa söz konusu kişiye durumu bildiren bir ihbarda bulunulur. Böyle bir durum yoksa köpek ilgili görevli tarafından barınakta alıkonularak yedi gün boyunca bekletilir. Bu süre içerisinde hayvan sahibi gelirse ya da sahibi yoksa görevli tarafından bu hayvan satılabilir veya uygun gördüğü bir kişiye sahiplendirilebilir; sokak köpeklerine bakılan bir kuruluşa verilebilir; köpek uyutularak yaşamına son verilebilir[53]. Bu noktada Birleşik Krallık, hayvanların uyutulmasına bir usul olarak açık bir biçimde hukuki düzenlemelerinde yer veren ender örneklerden biridir.

İngiltere'dekine benzer şekilde Rusya'da da ötenazi uygulamasına izin veren yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Rusya'nın federe bölgelerine yetki veren, sahipsiz hayvan popülasyonunun dengelenmesi konusunda ötenazinin de bulunduğu gerekli tedbirlerin alınması hususunu kapsayan yasal düzenleme 24 Temmuz 2023'te onaylanmıştır. Hatta bu kapsamda Buryatia bölgesi, barınaklarda tutulan ve belirli bir süre boyunca sahiplenilmeyen köpeklerin itlaf edilmesi yönünde karar almıştır. Elbette bu karar ötenazinin koşullarının belirlenmemesinden dolayı hayvan hakları savunucuları tarafından eleştirilmektedir.[54] Gerçekten de ötenazi öngören bir yasal düzenleme olması halinde bunun nasıl gerçekleştirileceği açık bir biçimde düzenlenmeli, hayvanın acı ve ıstırap duymasının mümkün olduğunca önüne geçilmelidir.

İsveç'in konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelendiğinde, öldürme yönteminin belirli koşullar altında kullanılabileceği ifade edilmiştir. İsveç Hayvanların Refahı Kanunu (2018), hayvanların iyi bir çevrede yaşamlarını sürdürebilmesi bakımından devletin gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Kanun doğrudan sokak hayvanlarına ilişkin bir hükme yer vermese de hasta hayvanlara ilişkin yapılan düzenlemelerin sokak hayvanlarına kıyasen uygulanabileceği düşünülebilir. Buna göre Kanunun 4. bölümünün 1. kısmında yaralanan veya hastalanan bir hayvana derhal gerekli sağlık müdahalesi yapılması ya da öldürülmesi gerektiği düzenlemesine yer verilmiştir. Yine benzer şekilde hastalanan ya da yaralanan hayvana yapılacak tıbbi müdahalelerde hayvanın çekeceği acı hafifletilemeyecek kadar ağır olduğunda o hayvanın öldürülebileceği hükme bağlanmıştır.[55] Benzer bir düzenlemenin Finlandiya'da da olduğu görülmektedir. Finlandiya Hayvanların Refahı Kanunu 14. maddesinde yaralı veya hasta hayvanların hayatta tutulmasının onlara daha büyük acı

---

53 Bkz. Birleşik Krallık Çevreyi Koruma Kanunu (Environmental Protection Act) 149. maddesi, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43/section/149 (erişim tarihi 23.01.2024).

54 Sofia Sorochinskaia, 'Death Sentence': Russia Passes Law Permitting Euthanization of Stray Animals, https://www.themoscowtimes.com/2023/08/10/death-sentence-russia-passes-law-permitting-euthanization-of-stray-animals-a81959 (erişim tarihi 20.07.2024).

55 Bkz. İsveç Hayvanların Refahı Kanunu (Animal Welfare Act) 4. Bölüm 1. Kısım, https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/sweden/animal-welfare-act-2018-english.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

vereceği hallerde öldürülebileceği düzenlenmiştir[56]. Macaristan'da devam eden uygulama da bu şekildedir.[57]

Bosna Hersek'te ancak hayvan yaralıysa ve yaşaması onun için daha büyük bir acı ve ıstırap verecekse bu durumda ötenazi uygulanabilir.[58] Bunun dışında yerel makamların sahipsiz hayvanlar için barınak ve sağlık hizmeti sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak barınakların finanse edilmesi ve kurulması ciddi bir mali yük getirdiğinden yerel makamlar bu konuda gerekli adımları atmamakta, kanun uygulanabilirlik noktasında zayıflamaktadır.[59] Benzer eleştirilerin Türkiye'de yapılan kanun değişikliği ile de ortaya çıktığı söylenebilir. Ülkemizde halihazırdaki hayvan popülasyonunun çok altında kalan barınak imkanları yoğun bir biçimde barınak yapım faaliyetleri gerektirmekte ve bu da ciddi bir mali yük doğurmaktadır. Söz konusu barınaklaşma faaliyetleri için belirli bir bütçe ayırmak ve barınak yapmak zorunluluğu 31 Aralık 2028 tarihine kadar geçerli olacağı Kanun'da belirtilmektedir. Yani bu tarihten önce yeterli barınağa sahip olmayan Belediyeler bakımından kanunen bir sorumluluktan söz etmek zor görünmektedir. Öte yandan sahipsiz hayvanların sokaklarda bulunamayacağı yine Kanun'da hüküm altına alınmış ve bu konuda sorumluların belediyeler olduğu ifade edilmiştir. Barınaklaşma için ötelenmiş bir tarih söz konusuyken sahipsiz hayvanların sokaktan toplanmasını beklemek çelişkili bir durum doğurmaktadır. Zira toplanan hayvanların hayvan barınaklarında tutulacağı göz önünde bulundurulduğunda yetersiz hayvan barınak şartları altında yine etkin bir toplama faaliyetinin yürütülmesi güç görünmektedir.

Romanya'da 2001'den bu yana sahipsiz hayvanların ötenazisi aktif bir biçimde uygulanmaktadır. Bu konuda ötenazinin koşulları ve sürecin yönetimiyle alakalı Romanya devletinin AB Konseyi'ne şikayet edilmesine karşılık Konsey, bu konunun Üye devletlerin sorumluluğu altında olduğunu ifade etmiştir.[60] Bu ülkede yakalanan sahipsiz hayvanlar 14 gün süre ile sahiplendirilmeye çalışılmaktadır. Sürenin sonunda sahiplendirilemeyen hayvanların ötenazisi gerçekleştirilmektedir.[61] Bu yönüyle bakıldığında İngiltere'ye çok benzer bir uygulamanın Romanya'da devam ettiği görülmektedir.

---

56 Bkz. Finlandiya Hayvanların Refahı Kanunu (Animal Welfare Act) 14. madde, https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/finland/en19960247.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

57 Toth'a göre sahipsiz köpeklerin belli sayıda gün bekledikten sonra öldürülmesi ötenazi olarak sayılamaz. Zira ötenazi genellikle hayvanların lehine olan uygalamalara verilen isimdir. Zoltan J. Toth, "Animal Protection and Animal 'Rights' in Hungary", Sayı 4, 2012, Jogelméleti Szemle/ Journal of Legal Theory, s. 171.

58 Bkz. Bosna-Hersek Hayvanların Refahı Kanunu (the Act of the Protection and Welfare of Animals) 27. Madde, https://faolex.fao.org/docs/pdf/bih148359.pdf (erişim tarihi: 17.03.025).

59 Muhamed Katica vd., "Widespread of Stray Dogs: Methods for Solving The Problem in Certain Regions of Bosnia and Herzegovina", Cilt 5, Sayı 6, 2015, International Journal of Research-Granthaalayah, s.420.

60 Bkz. "The EU and Stray Dogs", https://paws2rescue.com/the-eu-and-stray-dogs/ (erişim tarihi: 17.03.2025).

61 TH. Papavasili vd., "Review of Stray Dog Management: Dog Days In The European Countries", Cilt 27, Sayı 2, 2024, Bulgarian Journal of Veterinary Medicine, s. 332.

Bulgaristan'ı incelediğimizde sahipsiz sokak hayvanlarını ayrıntılı bir biçimde inceleyen nadir örneklerden biri olduğunu görmekteyiz. Zira Bulgaristan Hayvanların Korunması Kanunu'nda doğrudan "Sokak Hayvanları (Stray Animals)" başlığı ile konu ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir. Bulgaristan Hayvanların Korunması Kanunu'nun 47. maddesi 3. fıkrasına göre toplanan sokak hayvanları tıbbi bakımları yapılıp kısırlaştırıldıktan sonra alındıkları yere bırakılır[62]. Ancak aynı kanunun 51. maddesinde Veterinerlik Uygulamaları Kanunu'na atıfta bulunarak belli şartlar altında hayvanlara ötenazi uygulanabileceği belirtilmektedir. Veterinerlik Uygulama Kanunu'nun 179. maddesi bu konuyu şu şekilde düzenlemiştir: *"Ötenaziye şu hallerde izin verilebilir: 1. Geri dönüşü olmayan patolojik değişikliklere sahip, acı ve ıstırap çekmelerine neden olan tedavi edilemez derecede hasta hayvanlar; 2. insan veya hayvan sağlığı için tehlike oluşturan bulaşıcı bir hastalığın sınırlandırılması ve ortadan kaldırılması; 3. patolojik değişikliklere yol açarak hayvanların acı ve ıstırap çekmesine neden olan hayvan deneylerinin sona erdirilmesi; 4. saldırgan davranışları insan ya da hayvan yaşamı ve sağlığı için kanıtlanmış bir risk oluşturan hayvanlar."*[63] Görüldüğü üzere saldırgan davranışları ile risk oluşturan hayvanlar ve bulaşıcı hastalık riski taşıyan hayvanlara ötenazi uygulanabileceği ifade edilmektedir.

Hayvanların korunmasına ilişkin hukuki düzenlemesi bulunan elbette başka ülkeler de vardır. Ancak genel itibariyle sokak hayvanlarına nasıl bir yaklaşım sergileneceği hususunda birkaç tipoloji bulunduğu görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere ötenaziye yer veren ülkeler olduğu gibi sadece belli şartlar altında ötenazi uygulayan ülkeler de bulunmaktadır. Bunların yanı sıra ötenaziyi hiçbir şekilde gündemine almayan, kısırlaştırma ve sahiplendirme gibi yöntemleri etkin kullanarak sahipsiz köpek sorununu başarılı şekilde çözmüş ülkeler de bulunmaktadır. Dolayısıyla bu konudaki tipolojiler genel itibariyle verilen örnek etrafında şekillenmektedir. Yukarıdaki örnekler, konuyla ilgili farklı yaklaşımların uygulanabildiğini ve bunların hayvan haklarına aykırılık teşkil etmediğini göstermesi açısından önemlidir. Zira Türkiye'de özellikle hayvan ötenazisine şiddetle karşı çıkan toplumun belli bir kesimi olduğu yadsınamaz. Yukarıdaki örnekler, konuyla ilgili her türlü uygulamanın görülebildiğini ve bunların insan ve hayvan hakları bakımından sorun teşkil etmediğini göstermesi bakımından değerli ve bizim mevcut hukuki düzenlemelerimizde nasıl değişiklikler yapmamız gerektiği gerektiğiyle ilgili yol gösterici niteliktedir.

SONUÇ

Türkiye'nin özellikle son yıllarda ortaya çıkan ve gün geçtikçe derinleşen sahipsiz hayvanlar özelinde sahipsiz köpekler sorunu yukarıda anlatıldığı ve açıklandığı üzere mevcut hukuki düzenlemelerin yetersizliği ile yerel idari makamların inisiyatif almaktan ve sorumluluklarını yerine getirmekten kaçınmalarından ileri gelmektedir. Mevcut şartlar altında sahipsiz köpeklerin saldırıları sonucu hayatını kaybeden yahut devamlı hareket kısıtı yaşayan, engelli hale gelen kimseler bakımından bir çözümsüzlük iklimi söz konusudur. Zira bu

---

[62] Bkz. Bulgaristan Hayvanların Korunması Kanunu 47. madde 3. fıkrası, https://www.globalanimallaw.org/database/national/bulgaria/ (erişim tarihi 24.01.2024).

[63] Bkz. Bulgaristan Veterinerlik Uygulamaları Kanunu 179. madde, https://www.woah.org/app/uploads/2022/04/veterinary-practice-act-bulgaria.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

kişilerin idari makamlardan tatmin edici sonuçlar alması mümkün olmamaktadır. Sahipsiz köpek popülasyonu bu denli artmadan önce yerel idari makamlar aşılama, kısırlaştırma ve barınak hususlarında kararlı politikalar ortaya koysaydı sorun çözülebilirdi. Ancak bugün gelinen noktada köpek popülasyonundaki tahminlerin çok üzerinde meydana gelen artış[64], ötenazi uygulamasının belli koşullar altında uygulanması gerekliliğini doğurmuştur[65]. Türkiye'nin bu konudaki uygulamasının önünde hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye'nin de taraf olduğu Ev Hayvanlarının Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi önlenebilir acı ve ıstırap vermemek koşuluyla bu konuyu taraf devletlerin inisiyatifine bırakmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarda da taraf devletlerin inisiyatifi vurgulanmış, böylesine zor konularda devletlerin takdir marjının geniş yorumlandığı ifade edilmiştir. Son yıllarda gelişen non-human rights ve yukarıda ele alınan *Executief van de Moslims van België and Others v. Belçika* vakasında da görüleceği üzere mahkemenin hayvan refahına yönelik artan duyarlığı, söz konusu tedbirlerin alınmasında bize göre engel teşkil etmeyecektir. Her ne kadar resmi bir veri elimizde bulunmasa da bazı derneklerin ve haber kaynaklarının paylaştığı sayılar ışığında kontrol edilebilir düzeyi aşan hayvan popülasyonunun onların refahını sağlamak ve non-human rights anlayışının hayata geçirilebilmesi bakımından da engel teşkil ettiği apaçık ortadadır. Mevcut veriler ışığında bu popülasyondaki sahipsiz hayvanların bakımı mümkün olmamakta, kendi aralarındaki mücadeleler sonucunda daha acı ve ıstırap duyarak can verebilmektedirler. Bize göre saldırgan olanlarının ve tedavisi mümkün olmayanların ötenazisi kararlı bir şekilde uygulandığı takdirde zaten hayvan popülasyonu yönetilebilir düzeye gelecektir. Bu süreçte yerel makamların barınaklaşmaya ağırlık vermesi ve bu konudaki yatırımlarını artırması da sorunun temelli ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Saldırgan ve tedavisi mümkün olmayanlara yönelik uygulanacak ötenaziyi deyim yerindeyse "toplu katliam" olarak nitelendirmek hukuken ve ahlaken isabetli değildir. Zira yukarıda verilen ülke örneklerinde de tedavisi mümkün olmayanlar bakımından ötenazi uygulamasının gerçekleştirilmesi "toplu bir katliam" olarak nitelendirilmemektedir. O halde Türkiye'nin bu konuda farklı ülke mevzuatlarındakine ek olarak yalnızca saldırganlık kıstasını eklediği görülmektedir ki bu da yine her bir hayvanın ayrı ayrı müşahedesi sonucu ortaya çıkacağından, toplu bir öldürme faaliyetinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Türkiye'nin bu konuda üreteceği çözümün siyasi boyutları bu çalışmanın kapsamında değildir. Bu çalışmada dünyadan örnekler ele alınarak Türkiye için hukuki bir düzenleme örneği ve çözümü sunulmak istenmektedir. Zira bu adım atılmadığı ve sorun çözüme kavuşturulmadığı takdirde Türkiye'den AİHM'ye yapılacak başvuruların artması ve ihlal kararlarının ortaya çıkması kuvvetle

---

64 Sahipsiz köpek popülasyonundaki bu ivmeli artışın temel sebebi bu hayvanların yapısal özelliğinden kaynaklanmaktadır. Yapılan bir çalışmada sağlıklı, doğurgan bir çift köpek ve yavrularının 6 yıl içerisinde 67.000'e kadar yavru doğurabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Katica vd., Widespread of Stray Dogs, Cilt 5, Sayı 6, 2015, International Journal of Research-Granthaalayah, s. 415.

65 Sadece İstanbul'daki barınak kapasitesi, mevcut sokak köpeği sayısının yüzde 6'sına bile tekabül etmediği belirtilmektedir. Bkz. "İstanbul'daki barınakların kapasitesi, sokak hayvanlarının yüzde 6'sına bile yetmiyor", https://www.haberturk.com/istanbul-daki-barinaklarin-kapasitesi-sokak-hayvanlarinin-yuzde-6-sina-bile-yetmiyor-3650608 (erişim tarihi 28.01.2024).

muhtemeldir. Dolayısıyla Türkiye'nin bu sorunu en kısa zamanda çözmesi ve hukuki adımları atması gerekmektedir.

Türkiye'de mevcut hukuki düzenlemelerin, sorunun çözümünde yetersiz kaldığı görülmektedir. Burada yetersizliğin sebeplerini doğru tespit etmek gerekir. Birincisi, Türkiye'de mevcut barınak ve hayvan bakım kapasitesinin ne kadar olduğu ve bunun hangi düzeye çıkarılabileceğidir. Elbette mevcut barınak ve bakım ünitesi şartları yetersiz olabilir ve bunların geliştirilmesini istemek hayatın olağan akışına uygun olacaktır. Ancak Türkiye'deki sahipsiz köpek nüfusunun on milyona ulaştığını ifade eden konuşmaları göz önünde bulundurduğumuzda[66] bunların tamamına yetecek şekilde barınak tesisleşmesine gitmenin beklenmesi makul bir beklenti olmayacak, devletin pozitif yükümlülüğü bakımından düşünüldüğünde ise bu, devlete makul sınırları aşan bir yük atfetmek anlamına gelecektir.

Mevcut sorunu ve çözüm yöntemlerini, dünyadaki uygulamaları göz önünde bulundurduğumuzda sokak hayvanları bakımından öncelikle sokakta yaşamaları hususunun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Hayvanları Koruma Kanunu'nun eski haline göre bakımları yapılan sahipsiz hayvanların toplandıkları yere geri bırakılması, mevcut sorunun yinelemesi için en temel etkenlerdendi. Yapılan yeni düzenlemeyle sahipsiz hayvanların toplandıkları yere geri bırakılması usulü kaldırılmıştır. Bununla birlikte mevcut barınak olanakları ve hayvan sayıları göz önünde bulundurulduğunda ötenazi uygulamasının hayata geçirilmesi ve kanunda tanınan bu imkanın uygulanması mecburi hale gelmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere mevcut hayvan nüfusunun başka bir biçimde kontrolünden bahsetmek gerçekçi bir yaklaşım olmayabilir. Burada elbette bilinçsiz ve topyekûn bir ötenaziden söz edilmemektedir. Örneğin belli bir yaş grubunun altındaki köpeklerin barınaklarda kısırlaştırılmak suretiyle tutulması, bunların belli bir yaşa kadar hastalık vb. ihtimaller haricinde ötenazi uygulamasının mutlak istisnası olarak öngörülmesi de yine bir başka mantıklı yaklaşım olabilirdi. Ayrıca bu hayvanların sahiplendirilmesi noktasında teşvik edici unsurların, sahiplenen kimselere ise bu sorumluluğunu yerine getirmemesi halinde maddi olarak ağır cezaların hukuki mevzuatta yerini alması, çözüme katkı sunabilir. Almanya, Hollanda gibi başarılı örneklerin elde ettiği başarıda bu uygulamaların rolü olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin ihtiyacı olan hukuki düzenleme bakımından üç tane sac ayağının olması gerektiği söylenebilir: ötenazi, sahiplendirme, kısırlaştırma.

Ötenaziye ilişkin koşulların belirlenmesi noktasında Cumhurbaşkanlığı yahut Sağlık Bakanlığı nezdinde kurulacak bir Bilim Kurulu vasıtasıyla Türkiye'deki sahipsiz hayvanlara ilişkin demografik yapı süratle çıkartılmalı, buna göre yukarıda ifade ettiğimiz ötenazi koşullarının daha detaylı halini içeren bir hukuki düzenleme hazırlanmalıdır. Ne yazık ki Türkiye'de sokak hayvanlarının hangi yaş aralıklarında oldukları, genel sağlık durumları vb. hususları içeren detaylı bir çalışmaya rastlamak mümkün değildir. Bu konuda idari araçlar etkin bir şekilde kullanılarak ivedi bir şekilde söz konusu

---

66 Tarım ve Orman Bakanı Prof. Dr. Vahit Kirişci yaptığı açıklamada sahipsiz köpek nüfusunun 10 milyona ulaştığını, kısırlaştırma faaliyetinin ise 200 binlerde kaldığını ifade etmektedir. Bkz. "Bakan Kirişci: Sokak hayvanı sayısı 10 milyona ulaştı, arzumuz kısırlaştırmanın 2 milyona çıkması", https://sputniknews.com.tr/20220425/bakan-kirisci-sokak-hayvani-sayisi-10-milyona-ulasti-arzumuz-kisirlastirmanin-2-milyona-cikmasi-1055832683.html (erişim tarihi 29.03.2024).

hayvanların özellikleri veri haline getirilmelidir. Bu veriler ışığında ötenaziye ilişkin unsurların tespit edilmesi daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır.

Sonuç olarak ötenazi uygulamasının Türkiye'nin bu konuda yaşadığı sorunları da göz önünde bulundurarak açıklanan nedenlerle hukuki düzenlemede daha ayrıntılı bir biçimde yerini alması gerekmektedir. Mevcut yapılan düzenlemede sahiplendirilememiş hayvanların sahiplendirilinceye kadar hayvan bakımevlerinde bakılması yönündeki düzenleme de bize göre uygulanması mümkün olmayan, makuliyet sınırlarını aşan bir düzenlemedir. Bunun yerine İngiltere'de olduğu gibi bir mühlet tayini söz konusu olabilir. Burada elbette İngiltere'de uygulanan bir haftalık süre oldukça kısadır. Bunun yerine saldırgan yahut tedavisi mümkün olmayan sahipsiz hayvanların ivedi bir biçimde itlafı, akabinde 3 ya da 6 ay gibi bir süre tayin edilerek bu süre sonunda sahiplendirilmeyen ve ötenazinin yukarıda ifade edilen mutlak istisnası dışında kalan sahipsiz hayvanlar bakımından ötenazi uygulamasının gündeme gelmesi, daha önce de ifade ettiğimiz gibi daha gerçekçi görünmektedir. Bu istenmeyen uygulamanın ortaya çıkmasını güçleştirmek için sivil toplum kuruluşları eliyle barınaklaşma ve sahipsiz hayvanların bu barınaklara sevkinin kolaylaştırılması, devletin bu konuda teşviki de sorunun çözümüne katkı sunacaktır. 7527 sayılı yeni düzenlemede yalnızca arazi ve demirbaş tahsisi ele alınmıştır. Bu teşvik unsurlarının çeşitlendirilmesi ve artırılması mümkün olabilir. Öncelik hayvanların kısırlaştırılması ve sahiplendirilmesi olmalı, son çare olarak ötenazi uygulanmalıdır. Ancak bir hususun altını kalın bir şekilde çizmemiz yerinde olacaktır: başıboş, saldırganlaşma tehlikesi barındıran sahipsiz köpeklerin doğal yaşam alanı sokaklar değildir.

KAYNAKÇA

Adriani S/Bonanni M/Amici A, "Is the Italian strategy to face the problem of stray dogs sustainable? A case study of two small municipalities in central Italy", 2011, Julius-Kühn-Archiv, ss. 103-104.

Akandji-Kombe, Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa Konseyi, Belçika, 2008.

Almanya Hayvanların Refahı Kanunu Tierschutzgesetz (Animal Welfare Act), https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act (erişim tarihi 22.01.2024).

Almanya Medeni Kanunu (Bundesgesetzblatt), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0267 (erişim tarihi 23.01.2024).

Aslan V, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu", Cilt 78, Sayı 2, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 809-835.

Aydoğdu M, "Sahipsiz Köpeklerin Popülasyonunun Kontrol Altına Alınması ve Buna İlişkin Hukuki Altyapının Oluşturulması", Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayı, 2019, DEÜHFD, ss. 2129-2159.

"Bakan Kirişci: Sokak hayvanı sayısı 10 milyona ulaştı, arzumuz kısırlaştırmanın 2 milyona çıkması", https://sputniknews.com.tr/20220425/bakan-kirisci-sokak-hayvani-sayisi-10-milyona-ulasti-arzumuz-kisirlastirmanin-2-milyona-cikmasi-1055832683.html (erişim tarihi 29.03.2024).

Bilgili A, "Sahipsiz Hayvanların Şehir, Çevre ve Halk Sağlığı, Hayvan Sağlığı ve Hayvan Refahı Yönünden Kontrolünde Bakanlıklar Arası İşbirliğinde Karşılaşılan Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri", Cilt 5, Sayı 4, 2021, ICONTECH, ss. 33-43.

Birleşik Krallık Çevreyi Koruma Kanunu (Environmental Protection Act), https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43/section/149 (erişim tarihi 23.01.2024).

Bulgaristan Hayvanların Korunması Kanunu, https://www.globalanimallaw.org/database/national/bulgaria/ (erişim tarihi 24.01.2024).

Bulgaristan Veterinerlik Uygulamaları Kanunu, https://www.woah.org/app/uploads/2022/04/veterinary-practice-act-bulgaria.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

Cafazzo S vd., "Behavioural and physiological indicators of shelter dogs' welfare: Reflections on the no-kill policy on free-ranging dogs in Italy revisited on 3 the basis of 15 years of implementation", Sayı 133, 2014, Physiology&Behaviour, ss. 223-229.

Can O, "'Dolaylı Etki' ve 'İyi Yönetişim' Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", Cilt 35, 2018, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 23-44.

Doğmuş S, AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Doğru O, Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

Eraslan Y, "Türkiye'de Sahipsiz Sokak Köpek Saldırılarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", Cilt 94, Sayı 495, 2022, Türk İdare Dergisi, ss. 89-112.

Eren A, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Sayı 33, 2016, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 231-301.

Evcil Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi, https://rm.coe.int/168007a67d (erişim tarihi 25.01.2024).

Finlandiya Hayvanların Refahı Kanunu (Animal Welfare Act), https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/finland/en19960247.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

Fransa Ceza Kanunu (French Penal Code), https://sherloc.unodc.org/cld/document/fra/1992/penal_code_en.html (erişim tarihi 23.01.2024).

"İstanbul'daki Barınakların Kapasitesi Sokak Hayvanlarının Yüzde 6'sına Bile Yetmiyor.", https://www.haberturk.com/istanbul-daki-barinaklarin-kapasitesi-sokak-hayvanlarinin-yuzde-6-sina-bile-yetmiyor-3650608 (erişim tarihi 28.01.2024).

İsveç Hayvanların Refahı Kanunu (Animal Welfare Act), https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/sweden/animal-welfare-act-2018-english.pdf (erişim tarihi 24.01.2024).

Katica M vd., "Widespread of Stray Dogs: Methods for Solving The Problem in Certain Regions of Bosnia and Herzegovina", Cilt 5, Sayı 6, 2015, International Journal of Research-Granthaalayah, ss. 414-422.

Kırışık F/Öztürk K, "Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu", Sayı 69, 2021, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 360-388.

Koçoğlu H, "Bir Toplumsal Problem Olarak Sahipsiz Köpeklere Afyonkarahisar Halkının Bakışı Üzerine Bir Araştırma", Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2024.

Levi D, "Evolution Stray Dog's in Italy", Cilt 2, 2020, Journal of Applied Animal Ethics Research, ss. 85-93.

Menteş G A/ Osmanağaoğlu Ş, "Türkiye'de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi", Cilt 15, Sayı 3, 2009, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, ss. 325-330.

Narmanlıoğlu Ü, "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması", Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE'ye Armağan Özel Sayı, 2001, DEÜHFD, ss. 93-118.

Özpolat H, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri", Cilt 9, Sayı 33, 2018, TAAD, ss. 609-622.

Özyurt B, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'nin Dolaylı Mağdur (Indirect Victim) Kavramına Yaklaşımı, 01.02.2023, İHMBilkent, https://ihm.bilkent.edu.tr/blog-4 (erişim tarihi: 17.09.2024).

Papavasili T H. vd., "Review of Stray Dog Management: Dog Days In The European Countries", Cilt 27, Sayı 2, 2024, Bulgarian Journal of Veterinary Medicine, ss. 322-342.

Sahipsiz Başıboş Köpekler Raporu, Mazlumder, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Eroğlu, Musa Kazım Argun, Editörler: Gökhan Türkoğlu, Nuri Yılmaz, https://www.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/yurt-ici-raporlar/3/sahipsiz-basibos-kopekler-raporu/1219 (erişim tarihi 25 Mart 2024).

Salihpaşaoğlu Y, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Sawbridge F, How did the Netherlands become the first country without stray dogs?, https://dutchreview.com/culture/how-did-the-netherlands-become-the-first-country-to-have-no-stray-dogs/ (erişim tarihi 20.07.2024).

Sharma T, The Netherlands: World's First Country with Zero Stray Dogs - How They Achieved It, https://www.linkedin.com/pulse/netherlands-worlds-first-country-zero-stray-dogs-how-achieved#:~:text=Out%20of%20an%20estimated%20200,to%20have%20no%20stray%20dogs. (erişim tarihi 20.07.2024).

Sorochinskaia, S., 'Death Sentence': Russia Passes Law Permitting Euthanization of Stray Animals, https://www.themoscowtimes.com/2023/08/10/death-sentence-russia-passes-law-permitting-euthanization-of-stray-animals-a81959 (erişim tarihi 20.07.2024).

Sternheim, I., How Holland Became Free of Stray Dogs, http://www.doctordog.nl/EN/DR_Dutch_Straydogs[1].pdf (erişim tarihi: 15.03.2023).

Sunay R, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", Cilt 23, Sayı 1, 2015, SÜHFD, ss. 9-52.

Tamzok H/ Kük M/ Çobanoğlu N, "Hukuki ve Etik Boyutlarıyla Sokak Hayvanları", Cilt 4, Sayı 1, 2013, AÜ Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 245-280.

"The EU and Stray Dogs", https://paws2rescue.com/the-eu-and-stray-dogs/ (erişim tarihi: 17.03.2025).

Toth Z J, "Animal Protection and Animal 'Rights' in Hungary", Sayı 4, 2012, Jogelméleti Szemle/ Journal of Legal Theory, ss. 166-175.

Verniers E, Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium: the ECtHR's perspective on balancing animal welfare with religious freedom, https://strasbourgobservers.com/2024/05/08/executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-the-ecthrs-perspective-on-balancing-animal-welfare-with-religious-freedom/ (erişim tarihi: 24.09.2024).

Yiğit A/ Aslım G/ Can H, "Türkiye'de Sahipsiz Hayvan Barınakları ve Barınak Hekimliği Üzerine Bir Değerlendirme", Cilt 26, Sayı 1, 2020, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi.

Yücer H M./ Ay Kıran B, "Sosyal Sağlık Perspektifinden Hayvan Sevgisi ve Karşıtlığı: Sokak Köpekleri ve Yeni Toplumsal Riskler", Cilt 5, Sayı 2, 2023, Academic Platform Journal of Halal Lifestyle.

ÖZEL HUKUK

SÜRDÜRÜLEBİLİR ÜRÜN
AB EKO-TASARIM TÜZÜĞÜ ve TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLEME İMKANLARI

Sustainable Product, EU Eco-Design Regulation and Regulation Possibilities in Turkish Law

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER*

Öz: Avrupa Komisyonu, 11.12.2019 tarihinde açıkladığı Avrupa Yeşil Mutabakatında[1] "sürdürülebilir bir gelecek için AB ekonomisinin dönüşümü" politikasının bir parçası olarak "temiz ve döngüsel bir ekonomi için sanayinin harekete geçirilmesi" hedefiyle alınması gereken bir dizi tedbirin ana hatlarını çizmiştir. Bu bağlamda, "sürdürülebilir ürünler" için bir strateji de içeren Daha Temiz ve Daha Rekabetçi Bir Avrupa için Yeni Bir Döngüsel Ekonomi Eylem Planını (kısaca Eylem Planı) 11.3.2020'de yayınlanmıştır. Burada yer alan tedbirleri gerçekleştirmeye yönelik olarak Komisyon bir dizi mevzuat çalışması yapmıştır. Bunlardan doğrudan doğruya ürünlere ilişkin sürdürülebilirlik standartlarını belirleyen Sürdürülebilir Ürünler İçin Eko-tasarım Gerekliliklerinin Belirlenmesine Yönelik Bir Çerçeve Oluşturan Tüzüğü (kısaca Eko-Tasarım Tüzüğü) ile sürdürülebilir ürüne yönelik diğer AB düzenlemeleri ve Türk Hukukunda bu bağlamda ortaya çıkan düzenleme imkan ve ihtiyaçları bu çalışma kapsamında ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Sürdürülebilirlik, Sürdürülebilir Ürün, Döngüsel Ekonomi, Eko-Tasarım.

Abstract: In the European Green Deal, announced on 11.12.2019, the European Commission outlined a series of measures to be taken with the aim of 'mobilising industry for a clean and circular economy' as part of the policy of ' transforming the EU economy for a sustainable future'. In this context, the Action Plan for a New Circular Economy for a Cleaner and More Competitive Europe (Action Plan for short), including a strategy for 'sustainable products', was published on 11.3.2020. In order to realise the measures contained therein, the Commission has carried out a series of legislative works. Of these, the Regulation Establishing a Framework for the Determination of Ecodesign Requirements for Sustainable Products (in short, the Ecodesign Regulation), which sets out the sustainability standards directly related to products, and other EU regulations on sustainable products and the regulatory opportunities and needs arising in this context in Turkish Law are discussed within the scope of this study.

Key Words: Sustainability, Sustainable Product, Circular Economy, Eco-Design

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cetiner@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1437-8739 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676913

Bu çalışma TÜBİTAK 2219 Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Burs Programı kapsamında yürütülen araştırma sonucunda hazırlanmıştır.

[1] The European Green Deal, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

Makale Geliş Tarihi: 5.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 14.03.2025

GİRİŞ

Bugün ürün tasarımı, tüm yaşam döngüsü boyunca sürdürülebilirliği yeterince teşvik etmemektedir. Bunun sonucu olarak, ürünler sık sık yenisiyle değiştirilmekte, yeni ürünlerin üretilmesi ve dağıtılması, eski ürünlerin ise imha edilmesi gerektiğinden önemli miktarda enerji ve kaynak tüketimine ve yine devasa boyutlarda atık üretimine yol açmaktadır. Bu ise neticede ciddi çevre sorunlarını beraberinde getirmektedir. Gerçekten de AB üye ülkelerinde her yıl sadece beş milyon ton elektrikli alet kullanım ömrünü tamamlamadan çöpe atılmak zorunda kalmaktadır[2]. Benzer şekilde TUİK'in açıkladığı 2022 yılı Atık İstatistiklerine göre imalat sanayi işyerleri, maden işletmeleri, termik santraller, organize sanayi bölgeleri (OSB) ve hane halklarında 2022 yılında 29,4 milyon tonu tehlikeli olmak üzere toplam 109,2 milyon ton atık oluşmuş; bunun dışında Belediyelerce de toplam 30,3 milyon ton atık toplanmıştır[3].

Öte yandan sayıları giderek artan ve geniş yankı uyandıran büyük ölçekli şirketlere karşı açılan özel hukuk kaynaklı çevre davaları[4] da esasen bu şirketler tarafından piyasaya sürülen ürünlerin sürdürülebilir özellikte tasarlanmamış olmalarının doğrudan ve dolaylı sonuçlarına dayanmaktadır. Şöyle ki; fosil yakıtlar veya gerçek kullanımda belirtilen egzoz emisyon sınırlarına uymayan dizel araçlar veya çevreye ve sağlığa zararlı içeriğe sahip plastik şişeler ve kolay bozulan ve tamiri mümkün olmayan elektrikli aletler örneklerinde olduğu gibi piyasaya sürülen ürünün kendisi çevreye zararlı emisyonlara neden olmakta, çevreye zarar vermeden bertaraf edilememekte yahut onarımları mümkün olmadığından kullanım ömürleri dolmadan atığa dönüşmektedirler. Dolayısıyla tüm bu hallerde *ürün temelli* çevre zararları söz konusu olup, bunların günümüzde yalnızca idari düzenlemelere değil, söz konusu zararlara maruz kalan kişilerce açılan özel hukuk sorumluluk davalarına da konu olabilmektedirler. Bu durumun şirketler için giderek çok daha yüksek maliyete yol açması ve bunların ürün bedeli içerisinde tüketicilere yansıtılması nedeniyle neticede yine tüketicilerin zarar görmesine yol açmakta olduğu şüphesizdir.

Tüm bu sebeplerle *Daha Temiz ve Daha Rekabetçi Bir Avrupa için Yeni Bir Döngüsel Ekonomi Eylem Planınında*[5], AB pazarına sunulan tüm ürünlerin giderek daha sürdürülebilir hale gelmesini ve döngüsel ekonomide hayatta kalabilmesini sağlayacak kapsamlı kurallar getirilmesinin artık kaçınılmaz olduğu ortaya

---

2 https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/Umwelt-Energie/Abfallaufkommen.html

3 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Atik-Istatistikleri-2022-49570 (Görülüş tarihi 4.12.2024).

4 Bkz. örneğin Mercedes Benz davası LG Stuttgart v. 13. 9. 2022 – 17 O 789/21, juris.; dizel otomobil davaları için BGH v. 25. 5. 2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316.

5 Communication From The Commıssion To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe, COM/2020/98 final, s. 3 vd.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN.

Bu strateji planı korona salgının etkisi ve daha sürdürülebilir, dijital, dirençli ve rekabetçi bir ekonomiye doğru dönüşümü sağlayabilmek amacıyla 11 Mayıs 2021'de aktüalize edilmiştir. Revize hali için bkz. https://commission.europa.eu/document/download/9ab0244c-6ca3-4b11-bef9-422c7eb34f39_en?filename=communication-industrial-strategy-update-2020_en.pdf&prefLang=de.

konmuş ve Avrupa'nın 2050'ye kadar ilk iklim-nötr kıta olması hedefinin gerçekleşebilmesi için tedbirler alınması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı doğrultuda 16.7.2021 tarih ve 31543 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Yeşil Mutabakat Eylem Planı Genelgesi ile hem ülkemizin sürdürülebilir, kaynak-etkin ve yeşil bir ekonomiye geçişine katkı sağlamak hem de Avrupa Yeşil Mutabakatı ile öngörülen değişikliklere uyum sağlanması için Ticaret Bakanlığına Yeşil Mutabakat Eylem Planı hazırlama görevi verilmiş ve Bakanlık 2021 yılında söz konusu eylem planını yayımlamıştır[6]. Bu Eylem Planında "*ürünlerin sürdürülebilirliğini ve bu çerçevede dayanıklılığı, yeniden kullanımı, malzeme ile kaynak verimliliği ile geri dönüşümü ve enerji verimliğini geliştirmeyi hedefleyen AB'nin, sürdürülebilir ürün politikası kapsamında hayata geçireceği yasal çerçeveye ülkemizce de uyum sağlanması hedeflenmekte ve gerekli mevzuat çalışmalarının gerçekleştirilmesi amaçlanmakta"* olduğu açıkça belirtilmiştir.

İşte ürünlerin sürdürülebilirliğine yönelik olarak Komisyon bir dizi mevzuat çalışması başlatmış, bunları Mart 2022'den itibaren açıklamaya başlamış ve önemli bir kısmının yasalaşma süreci 2024'te tamamlanmıştır. Bu kapsamda ürünlerin ve ambalajlarının gerekli teknik özellikleri sağlamasına yönelik olarak iki temel metin karşımıza çıkmaktadır: *Sürdürülebilir Ürünler İçin Eko-tasarım Gerekliliklerinin Belirlenmesine Yönelik Bir Çerçeve Oluşturan Tüzük*[7] (kısaca *Eko-Tasarım Tüzüğü*) ve *Ambalaj ve Ambalaj Atıkları Tüzüğü*[8] (kısaca *Ambalaj Tüzüğü*).

Tüketiciler tarafından satın alınan ürünlerin çeşitli sebeplerle (örn. ayıplı olması, teknolojisinin geri kalması vb.) zamanından önce elden çıkarılmasını engellemek ve tüketicileri bunları daha uzun süre kullanmaya teşvik etmek için, Avrupa Parlamentosu tarafından Nisan 2024'te *Malların Tamirini Teşvik Eden Ortak Kurallara ilişkin Direktif* kabul edilmiş ve Konsey tarafından onaylanmasının ardından 10.07.2024 tarihinde AB Resmî Gazetesinde yayımlanarak 31.07.2024'te yürürlüğe girmiştir. Kısaca *Onarım Hakkı Direktifi* olarak adlandırılan bu düzenlemeyi üye devletler 31.07.2026 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmakla yükümlü tutulmuşlardır.

Kişilerin, ürünlerin sürdürülebilir olma özellikleri ve çevreye duyarlı olma özellikleri ile ilgili doğru ve yeterli biçimde aydınlatılmasına ve haksız reklamların önlenmesine yönelik tedbirler kapsamında ise karşımıza ilk olarak 06.03.2024 tarihli AB Resmî Gazetesinde yayımlanan *Haksız Uygulamalara Karşı Daha İyi Koruma ve Daha İyi Bilgilendirme Yoluyla Yeşil Geçiş İçin Tüketicilerin Güçlendirilmesine İlişkin Direktif*[9] (kısaca *Güçlendirme Direktifi*) çıkmaktadır. Bunun yanında Komisyon *Açık Çevresel Beyanların Doğrulanması ve İletişimine İlişkin Direktif Teklifini*[10] (kısaca *Green Claim Direktifi*) de sunmuş olmakla birlikte henüz yasalaşma süreci tamamlanmamıştır.

---

6 https://ticaret.gov.tr/data/640f220d13b8761b449ccb42/YESIL%20MUTABAKAT%20Eylem%20Planı.pdf.

7 AB 2024/1781, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401781

8 AB 2025/40, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202500040

9 AB 2024/825, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400825

10 KOM (2023) 166 Final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0166

O halde buraya kadar anlatılanlar ışığında sürdürülebilir ürünle bağlantılı düzenlemeleri üç temel grupta toplamak mümkündür:

- Sürdürülebilir ürünün tasarımı ve ambalajlanması konusundaki düzenlemeler,
- Ürünlerin sürdürülebilir olma özelliklerini devam ettirebilmelerini temin amacıyla onarımlarını sağlamaya yönelik kuralları içeren Onarım Hakkı Direktifi,
- Sürdürülebilir ürünlere dair reklam, ilan ve diğer beyanlara karşı tüketicilerin korunması ve ürünlerin özelliklerine ilişkin aydınlatılmalarına dair düzenlemeler,

Bu çalışmamızda yukarıda sayılan AB düzenlemelerinden sürdürülebilir ürünün özelliklerine yönelik standartların genel çerçevesini belirleyen Eko-Tasarım Tüzüğü ile bunu belirli noktalarda tamamlayan Onarım Hakkı Direktifi ele alınacak; Türk Hukuku'nda söz konusu düzenlemelere uyum sağlama hedefine yönelik olarak düzenleme ihtiyacı bulunup bulunmadığı belirlenecektir.

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR ÜRÜN

AB piyasasında dolaşıma giren ürünlerin sürdürülebilirlik açısından taşıması gereken özellikleri en kapsamlı biçimde düzenleyen temel metin Eko-Tasarım Tüzüğüdür. Nitekim Tüzük'te düzenlemelerin gerekçesi ve amacı ortaya konulurken aynı zamanda sürdürülebilir ürüne dair özellikler de belirlenmektedir: "*Bu Tüzükle, iklim nötr ve kaynak verimli döngüsel ekonominin ihtiyaçlarını karşılayan ürünlerin yaratılmasına, atıkların azaltılmasına ve sürdürülebilirlik özelliğinin tüm ürünlerde genel norm haline gelmesine katkıda bulunan yasal bir çerçeve oluşturularak, iklim, çevre, enerji, kaynak kullanımı ve biyoçeşitlilik hedefleri de dahil olmak üzere Birliğin genel sürdürülebilirlik hedefleriyle uyumlu üretim ve tüketim modelleri teşvik edilmektedir. Tüzük; dayanıklılık, güvenilirlik, onarılabilirlik, yükseltilebilirlik, yeniden kullanılabilirlik ve geri dönüştürülebilirliği geliştirmek, ürünlerin onarım ve bakım imkanlarını genişletmek, ürünlerdeki tehlikeli kimyasalların varlığına engel olmak ile enerji ve kaynak verimliliğini artırmak için yeni eko-tasarım gereklilikleri belirlemeyi amaçlamaktadır"*[11].

Tüzük gerekçesinde yer alan özellikleri de dikkate alarak sürdürülebilir ürünü şu şekilde tanımlayabiliriz: *Dayanıklı, güvenilir, onarılabilir, yükseltilebilir, yeniden kullanılabilir, geri dönüştürülebilir, onarım ve bakıma elverişli, tehlikeli kimyasallar içermeyen ve enerji ve kaynak verimliliği sağlayan ürün*. Dolayısıyla sürdürülebilir ürün, *döngüsel ekonominin* en önemli unsurlarından biridir. Döngüsel ekonomi, "kaynakları al, kullan ve at" zihniyetine dayanan mevcut *doğrusal ekonomiye* alternatif bir çözümdür. Kısaca bu ekonomik model, bütünsel bir süreci olan, ürün ve hammaddelerin yeniden kullanımını mümkün kılabilen, atıkların geri kazanıldığı, enerji ve tüm kaynakların verimli kullanıldığı, neredeyse hiç atık üretmeyecek şekilde temiz üretimin yapıldığı bir model ve sürdürülebilirlik açısından önemli bir araç olarak tanımlanmaktadır[12]. Bu sebepledir ki, döngüsel ekonomik modelin temelinde yatan ilkelerden atık

---

[11] Gerekçe madde 6.

[12] Veral, Döngüsel Ekonomi: Engeller, Stratejiler ve İş Modelleri, Ankara Üniversitesi Çevrebilimleri Dergisi, 8(1), 2021, s. 8.

üretiminden ve çevre kirliliğinden kaçınılmasını gerçekleştirebilecek en önemli araç sürdürülebilir bir ürün politikasıdır. Gerçekten de dayanıklı ve onarılabilir ürün tasarımı sayesinde kullanım ömrünün sonuna kadar bir üründen faydalanılabilmesi mümkün olacağı gibi atık üretiminde azalma ve kaynakların verimli kullanımı da sağlanabilecektir. Ayrıca geri dönüştürülebilir, karbon salınımı düşük, tehlikeli kimyasallar içermeyen ürünler çevre kirliliği ve buna dayalı çevre zararlarının da daha ürünün tasarımı aşamasında önüne geçilebilmesine imkan sağlar.

Bununla birlikte ürünlerin sürdürülebilir özelliklere sahip olmaları sağlanırken, işletmelerin rekabet gücü üzerinde orantısız bir olumsuz etki yaratılmamasına da özen gösterilmesi gerekir. Gerçekten de işletmelerden, halihazırda sahip olmadıkları bir teknoloji ile üretim yapmaları beklenemeyeceği gibi üretim maliyetlerinin ölçüsüz biçimde artmasına yol açacak standartlar getirilmesi de tüketicilerin ürünlere erişimini kısıtlayacak ve hedeflenen amacın tersine kayıt dışı ürün piyasasının oluşmasına neden olacaktır. Bu sebeple Eko-Tasarım Tüzüğü'nde bir menfaatler dengesi kurabilmek amacıyla 2009/125/EC sayılı Direktife dayalı olarak, sanayinin Tüzükte belirlenen amaç ve kriterlere aykırı olmamak kaydıyla kendi düzenleyici tedbirlerini yapmasına imkân sağlanmıştır[13]. Ayrıca Tüzük m. 4/4'te Komisyon'a Tüzüğe dayalı olarak eko-tasarım koşullarını belirlemek için hazırlayacağı hukuki düzenlemelerde işletmelerin, özellikle KOBİ'lerin ihtiyaçlarını dikkate alarak, uyum sağlamalarını kolaylaştırmak için yeterli zaman tanınması gerektiği vurgulanmıştır. Nitekim Komisyon tarafından "Döngüsel Ekonomi Eylem Planında kullanılan 'döngüsel ekonomi" terimi, Avrupa'nın "doğrusal ekonomiden döngüsel ekonomiye" geçiş hedefini ortaya koymakla birlikte, aynı zamanda ekonomik çıkarları da (AB'nin küresel rekabet gücü, sürdürülebilir ekonomik büyüme, yeni iş alanları) gözetmektedir. Birbirini güçlendirebilen ama aynı zamanda birbiriyle gerilim içinde olan amaçların ikiliği, AB düzenlemelerine de yansımıştır[14].

II. EKO-TASARIM TÜZÜĞÜ'NDE BELİRLENEN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK GEREKLİLİKLERİ

A. GENEL OLARAK EKO-TASARIM

Sürdürülebilir ürün politikasının çevresel ve hukuki yönleri dışında önemli bir unsuru da ekonomik ve sosyal olgulardır. Bu bağlamda araştırmalar ortaya koymaktadır ki; ürünle ilgili tüm çevresel etkilerin % 80'inden fazlası, ürünün tasarımı aşamasının sonuçları olarak ortaya çıkmaktadır[15]. Örneğin, dönüştürülebilir olarak tasarlanmayan bir ürünün kullanım ömrü sonunda tabiata gönderilmesi kaçınılmazdır. İşte eko-tasarım (yahut sürdürülebilir tasarım veya yeşil tasarım), ürünün daha tasarımı aşamasında çevresel yönünü ön plana çıkaran bir tasarım modelidir[16]. Eko-Tasarım Tüzüğü de bu modeli merkezine alan ve ürünün; doğal kaynaklardan hammaddelerinin çıkarılması

---

13 Tüzük Gerekçe 53.

14 Petersen, Die Produktverantwortung im Kreislaufwirtschaftsrecht, NVwZ 2022, s. 922.

15 https://www.wrap.ngo/media-centre/press-releases/wrap-announces-circular-design-toolkit-help-reduce-textiles.

16 Has, Sustainable Products, 2nd Edition, 2024, s. 172.

veya üretilmesi, ön işlem, üretim, depolama, dağıtım, satış, kurulum, kullanım, bakım, onarım, yenileme, tadilat ve yeniden kullanım ve kullanım ömrünün sona ermesinden oluşan tüm yaşam döngüsü aşamalarında (Tüzük m. 2/b. 12) yaşam döngüsü boyunca tabi olacağı eko-tasarım gerekliliklerini belirleyen bir metindir.

B. TÜZÜĞÜN UYGULAMA ALANINA GİREN ÜRÜNLER

Lastikler gibi otomobillerin bütünleyici parçaları ve ara ürünler de dahil olmak üzere piyasaya sürülen veya hizmete sunulan *tüm maddi ürünler için* eko-tasarım gerekliliklerinin belirleyen Tüzük, mümkün olan en geniş ürün yelpazesini dikkate almıştır. Bununla birlikte belirli ürünler bakımından Eko-Tasarım Tüzüğünü uygulama imkânı bulunmadığı da bir gerçektir. Bunların ortak özellikleri; çevresel sürdürülebilirlikleri için eko-tasarım gerekliliklerine ihtiyaç bulunmaması, eko-tasarım gerekliliklerine uyulduğunda yerine getirilemeyecek bir amaçları olması veya çok küçük miktarlarda üretildikleri için yahut ürünün pazarının özelliği ve büyüklüğü dikkate alındığında özel muafiyetler sağlanmasının zorunlu olmasıdır. Ayrıca, Tüzük eko-tasarım gerekliliklerinin uygun olmayacağının zaten açık olduğu veya diğer AB düzenlemelerinin bu tür gereklilikleri özel olarak belirlediği ürünleri madde 1/f. 2'de uygulama alanı dışında bırakmıştır. Bunlar; 178/2002/EC sayılı Tüzükte tanımlanan gıda ve yemler, 2001/83/EC sayılı Direktifte tanımlanan tıbbi ürünler, 2019/6 sayılı Tüzükte tanımlanan veterinerlik tıbbi ürünleri, canlı bitkiler, hayvanlar ve mikroorganizmalar, insan kaynaklı ürünler, bitki ve hayvanların gelecekteki üremeleri ile doğrudan ilgili ürünler ile 167/2013 sayılı Tüzük (m. 2/f. 1), 168/2013 sayılı Tüzük (m. 2/f. 1) ve 2018/858 sayılı Tüzükte (m. 2/f. 1) atıfta bulunulan araçlardır. Araçlar, 2000/53/EC ve 2005/64/EC sayılı Direktifleri ve (AB) 2018/858 sayılı Tüzük gibi Birlik düzenlemeleri kapsamında ürüne özgü gerekliliklere ve farklı uyumlaştırılmış tip onayı sistemlerine tabidir. Bu sebeple, araçlara yönelik ilave uyumlaştırılmış gereklilikler, örneğin lastiklere yönelik çevresel gereklilikler gibi hâlihazırda ele alınmayan hususlarla sınırlı tutulmuştur. Tüzüğün uygulama alanı dışında bırakılan bir başka ürün grubu da savunma sanayii ürünleri ile milli savunmaya hizmet eden ürünlerdir (Tüzük m. 5/f. 5).

Tüzük m. 2/f. 2 ve m. 5./f. 5'te sayılanlar dışındaki bazı ürünler, özellikle kimyasallar, ambalajlar ve atıklar bakımından yürürlükte olan AB düzenlemeleri, Tüzüğün uygulanmasına engel olmadığı gibi bunlarda yer alan yetkilerin aksi belirtilmediği sürece Eko-Tasarım Tüzüğünde yer alan yetkileri sınırlandırmayacağı da gerekçede açıkça ifa edilmiştir[17]. Bu kapsamda örneğin ambalajların nihai ürün olarak piyasaya sürülmesine ilişkin gereklilikler Ambalaj ve Ambalaj Atıkları Tüzüğü kapsamında belirlenmiştir. Ancak Eko-Tasarım Tüzüğü de piyasaya sürüldüğünde belirli ürünlerin ambalajına odaklanan ürün bazlı gereklilikler belirleyerek bu Direktifi tamamlayacaktır[18]. Yine ürün sürdürülebilirliği açısından önem taşıyan kimyasallar bakımından da (AT) No 1935/2004, (AT) No 1907/2006, (AT) No 1272/2008, (AT) No 1223/2009, (AB) 2017/745 ve (AB) 2019/1021 sayılı Tüzükler ve 2009/48/AT sayılı Direktiflerde özel koşullar bulunmakla beraber, ürünlerin performans gerekliliklerinin

[17] Gerekçe madde 20.

[18] Gerekçe madde 25.

belirlenmesinde insan sağlığı veya çevreye yönelik önemli risklerin azaltılması ve endişe verici maddelerin varlığına ilişkin bilgi gereklilikleri bakımından Eko-Tasarım Tüzüğü ile ayrıca tedbirler alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır[19]. Hatta Tüzüğe dayalı olarak çıkarılacak düzenlemelerde, ürünlerde bulunan veya üretim süreçlerinde kullanılan ve ürünlerin sürdürülebilirliğini olumsuz etkileyen maddelerin belirli koşullar altında kısıtlanması da alınacak tedbirler kapsamında gündeme gelebilir[20].

Yapı ürünleri bakımından ise Tüzük, yalnızca nihai ürünlerle sınırlı olmak üzere tali uygulama kabiliyetine sahiptir. Şöyle ki; söz konusu ürünler için gereklilikler, sadece Yapı Ürünleri Tüzüğü[21] tarafından oluşturulan yükümlülüklerin ve bunların uygulanmasının Eko-Tasarım Tüzüğü tarafından takip edilen çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine yeterince ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda belirlenecektir[22]. Bu durum örneğin ısıtıcılar, kazanlar, ısı pompaları, su ve alan ısıtma cihazları, fanlar, soğutma ve havalandırma sistemleri ve binaya entegre fotovoltaik paneller hariç fotovoltaik ürünler için geçerlidir.

Türkiye gibi üçüncü ülkelerden birlik pazarına giren ürünler de, ürün, bileşen veya ara ürün olarak ithal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu Tüzüğe ve bu Tüzük uyarınca kabul edilen diğer AB mevzuatının uygulama alanı kapsamına girecektir. Belirtelim ki, AB, 2022 yılında 103,1 milyar dolar ile ihracatımızdan %40,6 oranında pay almakta olup toplam ihracatımızda ilk sırada yer aldığı gibi ülkemiz AB'nin toplam ithalatında ise 2022 yılında %3,3'lük payla 6. sırada gelmektedir[23]. Dolayısıyla Eko-Tasarım Tüzüğünde belirlenen eko-tasarım ürün gerekliliklerinin geçerli olduğu geniş bir ürün yelpazesi, ülkemizin AB'ye ihraç ettiği ürünleri de büyük oranda kapsamaktadır. Örneğin, Almanya'ya 2023 yılında 1 milyar 652 milyon USD'lık otomotiv ana ve yan sanayi ürünleri, 530 milyon USD'lık elektrikli makine ve kablo, 599 milyon USD'lık mobilya ve yine 2 milyar doların üzerinde hazır giyim ürünleri ihracatımız bulunmaktadır[24].

C. EKO-TASARIM GEREKLİLİKLERİNİN TÜRLERİ

Tüzükte eko-tasarım gereklilikleri iki ana gruba ayrılmıştır: Performans gereklilikleri (*performance requirements*) ve bilgi gereklilikleri (*information requirements*).

Bunlardan performans gerekliliklerine ilişkin temel kurallar Tüzük m. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre performans gereklilikleri Tüzük Ek I'de atıfta

---

19 Gerekçe madde 26.

20 Gerekçe madde 26.

21 AB 305/2011, Regulation of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 laying down harmonised conditions for the marketing of construction products and repealing Council Directive 89/106/EEC https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011R0305.

22 Gerekçe madde 51.

23 https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/yani-basimizdaki-dev-pazar-avrupa-birligi#:~:text=AB%2C%202022%20yılında%20103%2C1,aralarında%20yaptığı%20ticaret%20hariç%20tutulduğunda).

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://ticaret.gov.tr/data/5b8a711513b87616347e68cb/almanya-web-sanmatris2024.pdf.

bulunulan ilgili ürün parametrelerine dayanmalı ve uygun olduğu ölçüde belirli bir ürün parametresi veya bunların bir kombinasyonu ile ilgili minimum veya maksimum seviyeleri ve /veya söz konusu ürün parametrelerinden biri veya daha fazlası ile ilgili performansı iyileştirmeyi amaçlayan nicel olmayan gereklilikleri içermelidir (Tüzük m. 6/f. 2). Ayrıca bu gereklilikler kimyasal güvenlikle ilgili nedenlerden dolayı, ürünlerin içindeki maddelerin varlığını kısıtlamamalı ancak gerektiğinde insan sağlığı veya çevreye yönelik önemli riskleri de azaltacak özellikte olmalıdır (Tüzük m. 6/f. 3).

Bilgi gereklilikleri ise Komisyon tarafından yetki devrine dayanan tasarruflarda belirlenecek olmakla birlikte bunların açık, kolay anlaşılır ve ilgili ürün gruplarının belirli özelliklerine ve bilginin hedeflenen alıcılarına göre belirleneceği Tüzük m. 7/f. 1 ve f. 2/c'de öngörülmektedir. Bunların asgari içeriği; Tüzük m. 7/f. 2/a'ya göre Tüzük Bölüm III'te belirtilen dijital ürün pasaportuna ilişkin gereklilikler ve Tüzük m. 7/f. 5'te belirtilen endişe verici maddelere ilişkin gerekliliklerden ibarettir. Ancak Komisyon bunların yanında ayrıca gerekiyorsa ürüne şu bilgilerin eklenmesini de sağlamalıdır:

(i) Tamir edilebilirlik değeri, dayanıklılık değeri, karbon ayak izi veya ekolojik ayak izi dahil olmak üzere Ek I'de atıfta bulunulan bir veya daha fazla ürün parametresiyle ilgili olarak ürünün performansına ilişkin bilgiler;

(ii) Çevre üzerindeki etkisini en aza indirmek ve optimum dayanıklılığı sağlamak için ürünün nasıl kurulacağı, kullanılacağı, bakım ve onarımının nasıl yapılacağı, ilgili durumlarda üçüncü taraf işletim sistemlerinin nasıl kurulacağı, yenileme veya yeniden üretim için nasıl toplanacağı ve kullanım ömrü sonunda ürünün nasıl iade edileceği veya kullanılacağı hakkında müşteriler ve diğer aktörler için bilgiler;

(iii) Kullanım ömrü sonunda sökme, yeniden kullanma, yenileme, geri dönüşüm veya bertaraf ile ilgili arıtma tesislerine yönelik bilgiler;

(iv) Müşteriler için sürdürülebilir ürün seçimlerini ve ürünün üretici dışındaki taraflarca uygun kullanımını, değerini koruyan işlemleri ve kullanım ömrü sonunda doğru işlemlere tabi tutulmasını kolaylaştırmak için yapılması gerekenleri etkileyebilecek diğer bilgiler.

Görüldüğü üzere Eko-Tasarım Tüzüğü, ürünlerin eko-tasarım gerekliliklerine ilişkin temel kuralları ortaya koymakla birlikte bunların ürün grupları bazında somutlaştırılmasını Tüzük m. 4/f. 1'te yapılan yetki devri uyarınca Komisyon tarafından çıkarılacak hukuki tasarruflara (*yetki devrine dayanan tasarruflar*) bırakmıştır (Tüzük m. 6/f. 1, m. 7/f. 1). Ancak bu konuda Komisyon tamamen serbest de bırakılmamıştır. Her şeyden önce performans gerekliliklerinin belirlenmesi usul ve yöntemine ilişkin Tüzük Ek II'de belirli kurallar getirilmiştir. Bunun dışında, Komisyon Tüzüğün uygulama alanına giren bir ürün grubu için hiçbir eko-tasarım gerekliliği ihtiyacının bulunmadığına karar verememektedir (Tüzük m. 4/f. 3). Ayrıca bu tasarrufların asgari içeriği Tüzük m. 8 ile belirlenmiştir. Buna göre tasarrufta örneğin, düzenlemenin ilişkin olduğu ürün grubu ve buna ilişkin eko-tasarım gereklilikleri yanında kullanılacak test, ölçüm veya hesaplama standartları veya yöntemleri, ürün grubunun gerekliliklere uygunluğun kontrolü için gerekli bilgilerin içeriği, sunulacağı format, şekil ve düzen ile kontrolün ne zaman yapılacağı ve geçiş sürecine dair unsurlar mutlaka yer almalıdır.

Komisyon, çıkaracağı hukuki tasarruflarda belirli ürün gruplarına öncelik vermek durumundadır. Bunu yaparken ürünlerin Birlik iklim, çevre ve enerji verimliliği hedeflerine ulaşılmasına potansiyel katkısını belirli kriterlerden hareketle belirlemekle yükümlü tutulmuştur (Tüzük m. 18/f. 1). Bu kriterler;

ölçüsüz giderlere yol açmadan ürün özelliklerini iyileştirme potansiyeli, ürünün Birlik içerisindeki satış ve ticaret hacmi, bu ürünlere ilişkin iklim ve çevresel etkilerin, enerji kullanımının, kaynak kullanımının ve atık üretiminin değer zincirindeki dağılımı, yetki devrine dayalı tasarrufların teknolojik ve piyasadaki gelişmeler ışığında düzenli olarak gözden geçirilmesi ve uyarlanması ihtiyacı olarak belirlenmiştir (Tüzük m. 18/f. 1/a-d).

Komisyon tasarruflarında Tüzük m. 5'te yer alan ürün özelliklerini[25] geliştirmek amacıyla eko-tasarım gereklilikleri belirlenirken Tüzük Ek I'de yer alan ürün parametreleri kullanılacaktır. Bunlara örnek vermek gerekirse; ürünün dayanıklılığı ve güvenilirliğine ilişkin göstergeler kapsamında ürünün garanti edilen veya teknik kullanım ömrü; tamir edilebilirlik ve bakım kolaylığına ilişkin göstergeler kapsamında yedek parçaların özellikleri, bulunabilirliği, teslim süresi ve satın alınabilirliği; güçlendirme, yeniden kullanım, yeniden imalat ve onarım kolaylığı göstergeleri kapsamında kullanılan malzeme ve bileşen sayısı, standart bileşenlerin kullanımı, tahribatsız sökme ve yeniden montaj kolaylığı, ürün verilerine erişim koşulları, gerekli donanım ve yazılıma erişim veya kullanım koşulları; geri dönüşüme ilişkin göstergeler kapsamında kolay geri dönüştürülebilir malzemelerin kullanım oranı; ürünün ekolojik, karbon ve malzeme ayak izi; ürünün yaşam döngüsünün bir veya daha fazla aşaması sırasında havaya, suya veya toprağa salınan emisyonlar; plastik ve ambalaj atıkları dahil olmak üzere üretilen atık miktarı ve yeniden kullanım kolaylığı ve üretilen tehlikeli atık miktarı gibi.

Her ne kadar eko-tasarım ürün gruplarını ve bunlara ilişkin gereklilikleri Komisyon belirleme yetkisine sahip olsa da Tüzük bu konuda *piyasa katılımcılarına*[26] da, yetki devrine dayanan tasarrufların kapsamına girmeyen veya Komisyon çalışma planında yer almayan ürünler için Komisyona, eko-tasarım gerekliliklerini belirleyen düzenleme teklifi sunma imkanı sağlamıştır (Tüzük m. 21). Kısaca *özdenetim önlemleri* diye ifa edebileceğimiz bu gerekliliklerin uygun bulunması halinde Komisyon bunları içeren bir uygulama tasarrufu çıkabilecektir (Tüzük m. 21/f. 3). Ancak bunun için söz konusu önlemlerin en az iki piyasa katılımcısı tarafından sunulmuş olması, bu katılımcıların söz konusu ürünler bakımından en az % 80 pazar payına sahip olması ve genel olarak önerilen tedbirlerin Tüzükte belirlenen temel esas ve kriterler (özellikle de Tüzük Ek VI'da özdenetim önlemleri kriterleri olarak belirtilenler), Tüzüğün amacı, Birlik hukuku ve Birliğin uluslararası ticari taahhütleri ile uyumlu olması gerekir (Tüzük m. 21/f. 3).

---

[25] Bunlar sırasıyla: (a) dayanıklılık,(b) güvenilirlik, (c) yeniden kullanılabilirlik, (d) yükseltilebilirlik, (e) tamir edilebilirlik, (f) bakım ve yenileme olasılığı, (g) endişe verici maddelerin varlığı, (h) enerji kullanımı ve enerji verimliliği, (i) su kullanımı ve su verimliliği, (j) kaynak kullanımı ve kaynak verimliliği, (k) geri dönüştürülmüş içerik (l) yeniden üretim imkanı, (m) geri dönüştürülebilirlik, (n) malzemelerin geri kazanımı imkanı, (o) karbon ayak izi ve çevresel ayak izi dahil olmak üzere çevresel etkiler, (p) beklenen atık üretimi.

[26] Tüzük m. 2/46'ya göre piyasa katılımcıları "üreticiler, temsilciler, ithalatçılar, distribütörler (dağıtıcılar), satıcılar ile edimi yerine getirme hizmeti sağlayanlardır".

Ç. DİJİTAL ÜRÜN PASAPORTU

1. Genel Olarak

Tüzüğün AB piyasasında ürünlerin sürdürülebilir olması hedefini gerçekleştirmeye yönelik en önemli enstrümanı dijital ürün pasaportudur (Tüzük m. 9-15). Diğer hususların yanı sıra, dijital ürün pasaportu, müşterilerin ürün ile ilgili bilgilere erişimini kolaylaştırarak bilinçli seçimler yapmalarına yardımcı olması hedeflenmiştir. Ayrıca üreticiler, ithalatçılar, distribütörler, bayiler ve edimlerin yerine getirilmesi hizmeti sağlayıcıları gibi ürün zincirinde yer alan tüm aktörler ile geri dönüşümcüler, piyasa gözetimi ve gümrük makamları, sivil toplum örgütleri, araştırmacılar, sendikalar ve Komisyon veya bunlar adına hareket eden herhangi bir kuruluş, ilgili verilere erişme, bunları tanıtma veya güncelleme ve gizli ticari bilgilerin korunmasını tehlikeye atmadan görevlerini yerine getirme imkanına kavuşturulmuş olacaktır[27].

Dijital ürün pasaportu *sürdürülebilirlik* ve *dijitalleşme* gibi günümüzün önde gelen iki kavram ve söylemini tek bir hukuki kurumda bir araya getirmiş olması yönüyle de önem arzetmektedir. Esasen bu iki temel söylemin birbirleriyle olan ilişkilerinin karşılıklı olarak birbirini şekillendirme ve etkileme şeklinde geliştiğini söylemek mümkündür. Şöyle ki; bir yandan, dijitalleşme araçları sürdürülebilirliği mümkün kılmakta iken (*dijitalleşmenin sürdürülebilirlik hedefleri üzerindeki kolaylaştırıcı etkisi*) diğer taraftan, sürdürülebilirlik taahhütlerinin de dijitalleşmenin gelişimini ve dolayısıyla yasal çerçevesinin oluşmasını etkilediğini görmekteyiz. Bunu, dijitalleşme için sürdürülebilirlik çerçevesi veya tasarım işlevi olarak tanımlayabiliriz[28]. Bu durum dijital ürün pasaportları için de geçerlidir. Bunlar öncelikle lendirme amacı taşımakta, dolayısıyla piyasalardaki bilgi asimetrisini azaltmaya hizmet etmektedir. Nitekim AB yasa koyucusu son zamanlarda sürdürülebilirliği teşvik eden çok sayıda bilgi yükümlülüğü getirmiştir. Örneğin, Sürdürülebilirlik Raporlaması Direktifi[29] ve Finansal Olmayan Raporlama Direktifi[30], sermaye piyasası şirketlerini finansal raporlamalarının bir parçası olarak sürdürülebilirlik bilgilerini yayınlamakla yükümlü kılmıştır. Yine ürün hukuku alanında da başta Eko-tasarım Tüzüğü olmak üzere birçok milli düzenleme (örneğin, Alman Tedarik Zinciri Özen Yükümlülüğü Kanunu[31]) de kapsamlı bilgilendirme yükümlülüğü düzenlemeleri öngörmektedir. İşte bu şekilde ortaya çıkan çok sayıda bilgilendirme yükümlülüğü hükmünün yarattığı aşırı yük, dijital ürün pasaportu tüm bilgileri kolaylıkla erişilebilir kılarak ve ilgili paydaşların kapsamlı sürdürülebilirlik raporlarını okumak zorunda kalmasını önleyerek hafifletmektedir[32]. Diğer taraftan Tüzük ile oluşturulan bu yasal çerçeve aynı zamanda dijitalleşme açısından da bir sürdürülebilirlik çerçevesi oluşturmaktadır.

---

27 Gerekçe madde 32.

28 Mittwoch, Der digitale Produktpass der Ökodesign-Verordnung, RDi 2024, s. 62, 63.

29 (EU) 2022/2464.

30 2014/95/EU.

31 Gesetz uber die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.7.2021, BGBl. 2021 I 2959.

32 Mittwoch, s. 63, 64.

Piyasa katılımcısı ürünü piyasaya sürerken bağımsız *üçüncü kişi dijital ürün pasaportu hizmet sağlayıcısı* aracılığıyla dijital ürün pasaportunun yedek bir kopyasını temin etmelidir (Tüzük m. 10/f. 4). Üçüncü kişi dijital ürün pasaportu hizmet sağlayıcısı ise Tüzükte, dijital ürün pasaportundaki verileri erişim hakkına sahip kişiler için ürünü piyasaya süren veya hizmete sunan piyasa katılımcısı adına işleyen ve depolayan kişiler olarak tanımlanmıştır (Tüzük m. 2/b.32).

2. Dijital Ürün Pasaportu İçeriği

Dijital ürün pasaportunda hangi spesifik bilgilerin yer alacağı, Tüzük Ek 3'te yer alan ek kriterler de dikkate alınarak Tüzük m. 9/f. 2-4'e göre belirlenecektir. Bu kapsamda öncelikle ürüne dair genel bilgilere, yani ürünü ilişkin tanımlamalar, tekil ürün tanımlayıcısı[33], ürünün Tüzük ve/veya diğer mevzuatta yer alan düzenlemelere uygunluğuna dair beyan ve dokümanlar, kullanım kitapçıkları veya talimatları ile üretici, ithalatçı veya ticari temsilcilere ilişkin bilgilere pasaportta yer verilmelidir.

Etkin bir dijitalleşmenin sağlanabilmesi açısından sürdürülebilirliği teşvik eden diğer yasal düzenlemelerin gerekliliklerivle pasaport içeriğinin ilişkilendirilmesi de büyük önem taşımaktadır[34]. Örneğin, Sürdürülebilirlik Raporlaması Direktifi belirli şirketleri, üretim süreçleri ve tedarik zincirleri gibi sürdürülebilirlik hususları hakkında kapsamlı bilgi sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Yine Taksonomi Tüzüğü[35] şirketleri çevresel açıdan sürdürülebilir olarak kategorize edilebilecek ekonomik faaliyetlerini açıklamakla zorunluluğu öngörmektedir. Dolayısıyla şirketlerin zaten açıklamak zorunda olduğu tüm bu bilgiler, dijital ürün pasaportlarına da aktarılabilir.

Dijital ürün pasaportunun içeriğinin kimler tarafından oluşturulacağı, saklanacağı ve güncelleneceği konusu Tüzük m. 9/f. 1/g'de Komisyonun yetki devrine dayanan tasarrufuna atıfla düzenlenmektedir. Aynı şekilde dijital ürün pasaportundaki verilere erişebilecek kişiler ve bunların hangi verilere erişebilecekleri de söz konusu tasarrufla düzenlenecek bir konu olarak belirlenmiştir (Tüzük m. 9/f. 1/f). Bunlar muhtemelen müşteriler, üreticiler, ithalatçılar ve distribütörler, profesyonel tamirciler, bağımsız operatörler, yeniden üretim ve geri dönüşüm şirketleri, piyasa gözetim makamları, sivil toplum kuruluşları, bilim insanları, sendikalar ve diğer kuruluşlar olacaktır. Yalnız bu kişiler ürüne ilişkin her bilgiye değil yalnızca tasarrufta erişime yetkili oldukları belirtilen bilgileri elde edebileceklerdir. Dijital ürün pasaportunun, veri türüne ve paydaşların tipolojisine bağlı olarak dijital ürün pasaportundaki verilere *farklılaştırılmış erişime* izin verecek şekilde tasarlanması ve uygulanmasının temelinde verilere erişimi optimize etmek ve aynı zamanda fikri mülkiyet haklarını koruma düşüncesi yatmaktadır[36].

---

33 *Tekil ürün tanımlayıcısı* Tüzük m. 2/30'da şu şekilde tanımlanmıştır: "*bir ürünün tanımlanması için kullanılan ve aynı zamanda dijital ürün pasaportuna bir web bağlantısı da sağlayan benzersiz (*tekil*) karakter dizisi".*

34 Mittwoch, s. 66.

35 (EU) 2020/852

36 Gerekçe m. 33.

3. Veri Taşıyıcılarına İlişkin Gereklilikler

Dijital ürün pasaportu için kullanılacak veri taşıyıcısının türü ve ilgili olduğu ürün üzerindeki sunumu da bilgilere kolay erişim açısından büyük öneme sahiptir. Tüzük m. 10/f. 1/b, c'de bu konuyu düzenlerken yine Komisyonun yetki devrine dayanan tasarrufuna atıf yapmakla beraber veri taşıyıcısının ürünün kendisi veya ambalajı veya ürüne eşlik eden belgeler üzerinde olması gerektiğine işaret etmiştir. Bu konuda akla ilke gelen seçenekleri Tüzük Gerekçesi (madde 37) filigran veya QR-Kod olarak sıralamıştır. Yine Gerekçeye göre ürünlerin niteliğine, boyutuna veya kullanımına bağlı olarak istisnalar mümkün olmakla birlikte verilerin ürünün yaşam döngüsü boyunca erişilebilir kalmasını sağlamak için veri taşıyıcısının ürünün kendisinde olmasının daha faydalı olacağına vurgu yapılmıştır.

4. Dijital Ürün Pasaportu Sicili ve Web Portalı

Tüzük m. 13/f. 1'te Komisyon, 19 Temmuz 2026 tarihine kadar dijital ürün pasaportlarında yer alan bilgilerden en azından tekil ürün tanımlayıcısının güvenli bir şekilde saklandığı bir dijital sicil oluşturmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca Komisyon yetki devrine dayanan tasarruflarında dijital ürün pasaportunda yer alanlar dışında Tüzük m. 13/f. 2'de sayılan belirli ihtiyaçların ortaya çıkması halinde sicilde saklanacak diğer verileri de yetki devrine dayanan tasarruflarında belirleyebilir.

Sicilin yönetimi ve sicilde kayıtlı verilerin güvenliği ile bu verilerin özellikle kişisel verileri koruma düzenlemelerine uygun biçimde işlenmesi bakımından Komisyon yetkili kılınmıştır (Tüzük m. 13/f. 1). Komisyonun bu yetkisini kullanırken vereceği zararlardan dolayı sorumluluğu da ayrıca Tüzük m. 13/f. 3'te düzenlenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesi bağlamında sorumluluğu hususunda ilgili düzenleme Kişisel Verilerin İşlenmesi Tüzüğüne[37] atıf yapmaktadır.

Tüzük hükümlerine tabi ürünleri piyasaya sunan veya ticaretini yapan *piyasa katılımcıları* da Tüzük m. 13 kapsamına giren bilgileri sicile kaydedebilme imkânı tanınmıştır (Tüzük m. 13/f. 4). Piyasa katılımcısı ilgili verileri sicile yüklediğinde, sicil otomatik olarak bu kişiye bir *sicil tanımlayıcısı* (*Registierungskennung/registration identifier*) verir. Ancak kayıt kuruluşu tarafından yapılan bu bildirim, yapılan kaydın Tüzük veya diğer Birlik hukukuna uygunluğunun kanıtı olarak değerlendirilmeyeceği de Tüzük m. 13/f. 5'te ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla ürüne ilişkin bilgileri eksik veya hatalı olarak sicile kaydeden piyasa katılımcısının Tüzükten doğan yükümlülükleri devam edecektir.

Dijital ürün pasaportu sicilinin ülkemizi de özellikle yakından ilgilendiren yönü Komisyonun sicili oluşturması ile birlikte gümrük makamlarının, (AB) 2022/2399 sayılı Tüzüğü ile oluşturulan *Gümrükler İçin AB Tek Pencere Ortamı* (*EU Single Window Environment for Customs*) aracılığıyla sicile doğrudan erişebilecek ve kendilerine sağlanması veya sunulması gereken ürünün sicil tanımlayıcısının ve gümrük başvurusunda yer alan diğer bilgilerin, sicilde yer alan veriler ile uyumlu olup olmadıklarını kontrol edebilecek olmalarıdır. Bu şekilde gümrük makamları

---

[37] AB 2018/1725, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1725.

ithal edilecek ürüne ait bir dijital ürün pasaportunun mevcut olup olmadığını da rahatlıkla belirleyebileceklerdir.

Nihayet Komisyon, Komisyon, dijital ürün pasaportlarında yer alan verileri araması ve karşılaştırmasına olanak tanıyan kamuya açık bir web portalı kurmak ve yönetmekle de yükümlü tutulmuştur (Tüzük m. 14). Bu portal söz konusu verileri incelemede *menfaati bulunan tüm ilgililere*, yani müşterilere, piyasa katılımcılarına ve diğer ilgili tüm piyasa aktörlerine açık olacaktır ve buna uygun şekilde tasarlanacaktır.

D. ÜRÜN ETİKETLERİ

Komisyonun yetki devrine dayanan tasarruflarında, Tüzük m. 7/f.7/c uyarınca ürün etiketleri üzerinde yer alması gereken bilgilere ilişkin bilgi gerekliliklerini nasıl belirlemesi gerektiği Tüzük m. 16 ve 17'de düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu gerekliliklerin kapsamında etiketlerin içeriği, tasarımı, müşterilere ne şekilde görünür kılınacağı ve gerekiyorsa etiketlerin oluşturulmasında kullanılacak elektronik araçlar ilgili Komisyon tasarrufunda ortaya konmalıdır.

Komisyon tasarrufunda belirlenecek kriterler dışında Tüzük de ayrıca bazı gereklilikleri doğrudan kendisi belirleme yoluna gitmiştir. Bu kapsamda örneğin, etiketin tasarımı açık ve kolay anlaşılır olmalı ve müşterilerin ilgili ürün parametresiyle ilgili olarak ürün performansını kolayca karşılaştırabilmelerini ve daha iyi performans gösteren ürünleri seçebilmelerini sağlamalıdır (Tüzük m. 16/f. 2). Gerçekten de özellikle tüketiciler için, fiziksel etiketler satış yerinde ek bir bilgi kaynağı oluşturmaktadır. Tüketicilerin belirli bir ürün parametresi ile ilgili performanslarına göre ürünler arasında ayrım yapabilmeleri için hızlı bir görsel bilgi temeline sahip kılınmaları önem taşımaktadır. İşte bunun ilk etapta ürün üzerinde yer alan etiketlerdeki bilgiler ve akabinde yine bu etiketlerde bulunan web sitesi adresleri, dinamik QR kodları, çevrimiçi etiketlere bağlantılar veya tüketici odaklı herhangi bir uygun araç ile kolaylıkla sağlanabileceğinde şüphe yoktur. Ancak bunun için etiketler üzerinde yer alan bilgilerin ve yönlendirmelerin hatalı olmaması gerekir. Bu sebeple Tüzük m. 17'de başka etiketleri taklit eden etiketleri veya müşterileri yanıltan yahut veya kafalarını karıştıran bilgileri taşıyan ürünlerin piyasaya sürülmesi yasaklanmıştır.

E. SATILAMAYAN TÜKETİCİ ÜRÜNLERİNİN İMHASI YASAĞI

Eko-Tasarım Tüzüğünün döngüsel ekonomi ve kaynakların verimli kullanımına yönelik getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de hiç şüphesiz satılmayan ürünlerin imhası yasağıdır (kısaca *imha yasağı*). Bu kural Tüzük m. 23'te şu şekilde ifade edilmektedir: "*Piyasa katılımcıları, satılmayan tüketici ürünlerinin imha edilmesi ihtiyacını önlemek için kendilerinden beklenebilecek gerekli tedbirleri alırlar*". Bu yasağın uygulama alanına hükmün başlığından da anlaşılacağı üzere yalnızca *satılmayan tüketici ürünleri* girmektedir. Bu kavram Tüzük m. 2/36, 37'de göz önünde tutularak şu şekilde tanımlanabilir: Bütünleyici parçalar ve ara ürünler hariç tüketiciye yönelik ürünlerden cayma hakkı kullanılarak tüketici tarafından iade edilen veya ihtiyaç fazlası, stok fazlası yahut ölü envanter olarak satılamamış olan ürünler.

İmha yasağını etkin kılmaya yönelik olarak Tüzük m. 24'te *şeffaflık yükümlülüğü* tedbiri getirilmiştir. Yalnız bu yükümlülüğün kişi yönünden uygulama alanına mikro ve küçük işletmeler dahil değildir (Tüzük m. 24/f. 1/4). Orta büyüklükteki işletmeler için ise söz konusu yükümlülük 19.07.2030 tarihinden itibaren geçerli olacaktır (Tüzük m. 24/f. 1/5). Satılmamış tüketici ürünlerini doğrudan atan veya satılmamış tüketici ürünlerini kendi adlarına attıran piyasa katılımcılarının şeffaflık yükümlülüğünün kapsamına şunlar girmektedir:

(a) her yıl atılan satılmamış tüketici ürünlerinin ürün türü veya kategorisine göre ayırım yapılarak sayısı ve ağırlığı;

(b) ürünlerin atılma nedenleri ve uygulanabilir olduğu durumlarda Madde 25/f. 5 kapsamındaki istisnalar;

(c) doğrudan veya üçüncü kişi aracılığıyla aşağıdaki faaliyetlerin birine tabi tutulmak üzere atılan ürünlerin oranı: 2008/98/EC sayılı Direktifin 4. maddesinde tanımlanan atık hiyerarşisine uygun olarak yenileme ve yeniden üretim, geri dönüşüm, enerji geri kazanımı dahil diğer geri kazanım ve bertaraf etme işlemleri dahil olmak üzere yeniden kullanıma hazırlama;

(d) satılmayan tüketici ürünlerinin imha edilmesini önlemek amacıyla alınan tedbirler ve planlanan tedbirler.

Şeffaflık yükümlülüğü kapsamındaki son unsur, şirketlerin ürün imhası konusunda daha istekli ve planlı hareket etmeleri konusunda baskı aracı olarak düşünülmüştür. Böylelikle şirketlerin yetersiz çözümler ve tedbirler sunmaları ya da hiç sunmamaları halinde, kamuoyunda kötü bir imaj yaratmış olacaklardır ki bu da satın alma kararlarını ekolojik kriterlere dayandıran tüketiciler üzerinde önemli bir etki yaratacaktır[38]. Aynı amaçla piyasa katılımcıları yukarıda sayılan bilgileri en azından internet sitelerinin kolay erişilebilir bir sayfasında açık ve görünür bir şekilde açıklamak yahut yükümlü iseler sürdürülebilirlik raporlamalarına dahil etmekle de yükümlü tutulmuşlardır (Tüzük m. 24/f. 1/2).

Hangi tüketici ürünlerinin imha yasağı kapsamına girdiğinin belirlenmesi Komisyon tasarruflarına bırakılmış olsa da Tüzük Ek VII'de bazı ürünler (kıyafetler ve ayakkabılar) bakımından 19.07.2026 tarihinden itibaren söz konusu yasağın geçerli olacağı doğrudan Tüzük m. 25/f. 1/1'de düzenlenmiştir. Yalnız bu yasak da yine mikro ve küçük işletmeler için geçerli olmayıp, orta ölçekli iletmeler bakımından ise 19.07.2030'dan itibaren yürürlüğe girecektir. Komisyon tasarrufları ile imha yasağı getirilecek tüketici ürünleri belirlenirken esas alınacak temel kriter Tüzük m. 25/f. 3'te "*ürünün imhasının çevresel etkisi*" olarak öngörülmüştür. Bunu değerlendirmeyi yaparken Komisyon söz konusu ürünlerin imha edilmesinin yaygınlığını ve çevresel etkilerini, piyasa katılımcılarının Tüzük m. 24/f. 1 uyarınca açıkladığı verileri ve bu konudaki analizlere ve etki değerlendirmesi raporlarını dikkate alacaktır (Tüzük m. 25/f. 4). Bununla birlikte Tüzük m. 25/f. 5'te yetki devrine dayanan tasarrufta orantılılık ilkesinden hareketle imha yasağına istisnalar da getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda hükümde şu sebepler sıralanmıştır: sağlık, hijyen ve güvenlik; ürünlerde taşıma sırasında meydana gelen veya ürünler iade edildikten sonra fark edilen ve uygun maliyetle onarılamayan hasarlar; teknik standartları dikkate

[38] Petersen/Massow, Die EU-Ökodesign-Verordnung und das „Warenvernichtungsverbot", ZUR 2023, s. 73.

alındığında ürünün amaca uygun olmaması; ürünlerin bağış olarak kullanılmak üzere reddedilmesi; ürünlerin yeniden kullanıma veya yeniden üretime hazırlanmak için uygun olmaması; sahte ürünler de dahil olmak üzere fikri mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle ürünlerin satılamaması; imhanın çevresel açıdan en az olumsuz etkiye sahip seçenek olması.

F. PİYASA KATILIMCILARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tüzük gerekçesinde de ifade edildiği üzere piyasa katılımcıları tedarik zincirindeki rolleriyle bağlantılı olarak, ürünlerin iç pazarda serbest dolaşımını sağlamak ve sürdürülebilirliklerini geliştirmek amacıyla, her birinin ayrı ayrı ürünlerin eko-tasarım gerekliliklerine uygunluğundan sorumlu olmaları büyük önem taşımaktadır[39]. Bunun için de Tüzükte her bir katılımcı özelinde ayrıca yükümlülükler belirlenmesi yoluna da gidilmiştir. Türk şirketleri bu zincirde çoğunlukla üretici konumunda olmakla birlikte AB mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde ülkemizde yapılacak kanun çalışmalarına ışık tutması açısından diğer piyasa aktörlerinin yükümlülüklerine de yakından bakmakta fayda bulunmaktadır.

1. Üreticinin Yükümlülükleri

Üreticilerin, Tüzükte genel hatlarıyla düzenlenen eko-tasarım gereklilikleri yanında, Komisyonun yetki devrine dayanan tasarruflarında ürün grupları bazında somutlaştırdığı gereklilikleri de karşılamaları onların temel yükümlülüklerini oluşturmaktadır (Tüzük m. 27/f. 1). Piyasaya bir ürün sürmeden önce üretici Tüzük m. 39 vd. ile yetki devrine dayanan tasarruflarda düzenlenen *uygunluk değerlendirme prosedürünü* yerine getirmek zorundadır. Bu şekilde bir ürünün mevcut gerekliliklere uygunluğunun söz konusu prosedür sonucunda kanıtlanması halinde, üreticiler Tüzük m 44 uyarınca bir *AB Uygunluk Beyanı* hazırlar ve Tüzük m. 46 uyarınca CE işaretini buna iliştirir (Tüzük m. 27/f. 2/2). Ancak, Komisyon'un Madde 4(6), bent (d) uyarınca alternatif kurallar belirlediği durumlarda, imalatçı bu kurallara uygun olarak uygunluk işaretini iliştirir. AB Uygunluk Beyanı/CE Deklarasyonu ile üretici, teste tabi tutulan numunelerle aynı özellikte üretim yapacağını taahhüt etmiş olur.

Üretici aynı zamanda müşteriler ve diğer piyasa katılımcılarının kendisiyle daha kolay irtibata geçebilmesi için dijital ürün pasaportunun herkese açık kısmına ve ürünün kendisi yahut ambalajı veya eşlik eden dokümanlarına adını, tescilli ticaret unvanını, tescilli ticari markasını, yazışma adresini ve elektronik haberleşme araçlarını yazmakla yükümlüdür (Tüzük m. 27/f. 6). Ayrıca müşterilerin ürünlerin olası uygunsuzluğuna ilişkin şikayetlerini veya endişelerini iletebilmeleri için, engelli kişilerin erişilebilirlik ihtiyaçlarını da dikkate alarak, telefon numarası, e-mail adresi veya web sitelerinin özel bir bölümü gibi kamuya açık iletişim kanalları oluşturmalı ve gelen şikayetlerin en az beş yıl süreyle kaydını tutmalıdır (Tüzük m. 9).

Üreticiler bakımından Tüzük ile getirilen en önemli yenilik ise *dijital kullanma talimatı* düzenleme yükümlülüğüdür. Dijital kullanım talimatları her zaman erişilebilir olacak şekilde indirilebilecek ve elektronik bir cihazda saklanabilecek bir formatta sunulmalı ve ürünün beklenen kullanım ömrü

[39] Gerekçe madde 61.

boyunca ve her koşulda ürün piyasaya sürüldükten veya hizmete alındıktan sonra en az on yıl boyunca çevrimiçi olarak erişilebilir kılınmalıdır (Tüzük m. 27/f. 7/4). Bunlar açık, anlaşılır ve kolay okunabilir olmaları gerektiği gibi dijital ürün pasaportuna da dahil edilmeli ve ilgili veri taşıyıcısı aracılığıyla erişilebilir hale getirmelidir. Dijital ürün pasaportu hükümlerine tabi olmayan ürünlerde ise ürün üzerinde veya bu mümkün değilse ambalajında veya beraberindeki belgelerde dijital kullanım talimatlarına nasıl erişilebileceğini belirtilmelidir (Tüzük m. 27/f. 7/3).

Üreticiler yazılı olarak kendilerine bir *yetkili temsilci* de atayabilirler. Tüzükte yetkili temsilci, "*üreticinin bu Tüzük kapsamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde belirli görevlerle ilgili olarak kendi adına hareket etmek üzere üreticiden yazılı bir yetki almış olan Birlik içerisinde yerleşik gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Temsilci Tüzük m. 27/f. 1'de yer alan yükümlülükler ile teknik dokümanları hazırlama dışında üretici tarafından kendisine tevdi edilen görevleri yerine getirir (Tüzük m. 28/f. 2).

2. İthalatçı, Distrübütör (Dağıtıcı) ve Satıcı ile Online Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri

Sürdürülebilir ürün politikasının etkin biçimde uygulanabilmesi için yalnız AB üyesi ülkelerde üretilenler değil, üçüncü ülkelerden Birlik pazarına giren ürünlerin, Eko-Tasarım Tüzüğü ve Komisyon tasarruflarına uygunluğunun sağlanması gerektiği açıktır. Üreticinin üçüncü ülkelerde bulunduğu böylesi durumlarda üreticinin yükümlülüklerinin yerine getirilmiş olmasından ithalatçı sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle, üreticilerin ithal edilen ürünler için uygunluk değerlendirme prosedürlerini gerçekleştirmiş olmalarının sağlanması, CE işaretinin ve üreticiler tarafından hazırlanması gereken belgelerin yetkili ulusal makamlar tarafından denetlenebilmesi imkanının oluşturulması ithalatçının yükümlülükleridir. Nitekim Tüzük m. 29/f. 2'de ithalatçının bir ürünü piyasa sürmeden önce Komisyonun yetki devrine dayanan tasarruflarındaki gereklilikleri yerine getirmesi yanında üreticinin uygunluk değerlendirme sürecini tamamlamış ve teknik dokümanları oluşturmasını sağlamış olduğu, dijital ürün pasaportunun ve üçüncü kişi dijital ürün pasaportu hizmet sağlayıcısı tarafından saklanan güncel versiyonunun bir yedek kopyasının bulunduğu ve CE işareti ile AB Uygunluk Beyanının sağlandığının ithalatçı tarafından ortaya konulması gerektiği düzenlenmektedir.

Üretici ile birlikte ithalatçının da dijital ürün pasaportunun herkese açık kısmına ve ürünün kendisi yahut ambalajı veya eşlik eden dokümanlarına adını, tescilli ticaret unvanını, tescilli ticari markasını, yazışma adresini ve elektronik haberleşme araçlarını yazmakla yükümlüdür (Tüzük m. 29/f. 3). Bununla birlikte ürünün boyutunun bu tür bir etiketlemeye izin vermediği veya ithalatçıların ürünün üzerine isim ve adres yazmak için ambalajı açmak zorunda kalacağı veya ürünün bu tür bilgileri göstermek için çok küçük olduğu durumlar söz konusu yükümlülüğün istisnası hallerdir (Gerekçe m. 64).

Distribütörün[40] yükümlülükleri ise Tüzük m. 30/f. 2'de ürünün CE belgesine, uygunluk işaretine sahip olması; gerekiyorsa etiketlenmiş olması veya

[40] Distribütör (dağıtıcı) Tüzük m. 2/b. 45'te şu şekilde tanımlanmıştır: "*tedarik zincirinde yer alan, üretici veya ithalatçı dışında, bir ürünü piyasada bulunduran herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir*".

dijital ürün pasaportunun bulunması; ürünle birlikte müşteriler tarafından kolayca anlaşılabilecek bir dilde gerekli dokümantasyon ve dijital kullanım talimatlarının sunulması ile üretici ve ithalatçının yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarını sağlaması şeklinde belirlenmiştir.

Nihayet satıcı, mesafeli satış sözleşmeleri de dahil olmak üzere tüm satış işlemlerinde müşterilerine yahut potansiyel müşterilerine ürüne ilişkin tüm gerekli bilgilere, özellikle de dijital ürün pasaportuna kolaylıkla ulaşma imkânı sağlamakla yükümlüdür (Tüzük m. 31/f. 1 ve 2). Bu kapsamda etiketlerin kolay okunur biçimde sunumu, görsel reklamlarda veya belirli bir modele ilişkin teknik tanıtım materyalinde etiketlere atıfta bulunulması, müşterileri eko-tasarım gerekliliklerine ilişkin olarak yanıltıcı veya kafalarını karıştırması muhtemel etiketler, işaretler, semboller veya yazıları kullanmamak Tüzük m. 31/f. 3'te özel olarak düzenlenen yükümlülükleridir.

Online alışveriş platformu ve online arama motoru sağlayıcıları, AB Dijital Hizmetler Tüzüğü (EU 2022/2065) m. 11 ve m. 30'da yer alan genel yükümlülükleri dışında ayrıca piyasa gözetim makamlarının talebi üzerine ve belirli durumlarda, çevrimiçi pazaryerlerinin hizmetleri aracılığıyla çevrimiçi olarak satışa sunulmuş veya sunulmakta olan bir ürünün eko-tasarım gerekliliklerine uygunsuzluğunu önlemek veya bunun mümkün olmadığı durumlarda ise azaltmak için alınan önlemleri desteklemek üzere piyasa gözetim makamlarıyla işbirliği yapmakla yükümlü tutulmuşlardır (Tüzük m. 35).

III. ÜRÜNÜN SÜRDÜRÜLEBİLİR OLMASINI SAĞLAMAYA YÖNELİK TEDBİRLER

A. EKO-TASARIM TÜZÜĞÜ UYARINCA ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU

Ürünün Tüzük ve Komisyon tasarrufları ile belirlenen eko-tasarım gerekliliklerine uygun olmaması nedeniyle zarara uğrayan tüketiciler bakımından Tüzük m. 76'da bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür. Sorumlu kişi kural olarak üreticidir. Ancak üreticinin AB içerisinde yerleşik olmaması halinde üreticinin sorumluluğu devam etmekle birlikte ithalatçı veya üreticinin yetkili temsilcisinin sorumluluğuna da gitmek mümkün olabilecektir. İthalatçının Birlik içerisinde yerleşik olmaması veya üreticinin bir yetkili temsilcisinin bulunmaması halinde ise *edimi yerine getirme hizmeti sağlayan kişiler* sorumlu tutulabileceklerdir. Bununla birlikte üreticiye karşı sahip olunan bu tazminat hakkı tüketicinin, örneğin satıcıya karşı ürünün ayıplı olması nedeniyle AB 2019/771 Mal Satışı Direktifi uyarınca sahip olduğu diğer haklarını kullanımına engel değildir. Bu durum Tüzük m. 76/f. 2'de özellikle vurgulanmıştır.

Her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da sorumluluğun koşulu olarak kusur aranmamıştır. Eko-tasarım gerekliliklerinin yerine getirilmemiş olmasında üreticinin kusurlu olduğunun ispatı tüketiciden beklenemez, zira bunlar çoğu zaman üreticinin hakimiyet alanında olan ve teknik konular içeren hususlardır. Bu nedenle Tüzüğün söz konusu şartı aramaması isabetli olmuştur.

Tüketicinin hangi zararlarının karşılanacağı hükümde, *ürünün eko-tasarım gerekliliklerine uygun olmaması sebebiyle oluşan zararlar* şeklinde ifade edilmiştir. Bunun kapsamına özellikle üreticinin bilgi gerekliliklerini, örneğin dijital ürün talimatı yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olması nedeniyle

tüketicinin uğradığı olumlu zararların gireceğinde şüphe yoktur. Aynı şekilde ürünün etiketinde yahut dijital ürün pasaportunda yazan performans gerekliliklerine uygunluğuna dair bilgilerin yanlış veya eksik olması halinde de buna bağlı olarak tüketicinin uğradığı zararların da Tüzük m. 76 kapsamında tazmini istenebilecektir. Tabi burada ürünün kendisinden beklenen işlevi yerine getiriyor olması halinde -örneğin çevreye duyarlı denilen sabun temizlik ve dezenfeksiyon işlevi bakımından hatasız ise- tüketicinin zarar kalemlerinin nelerden oluştuğunun belirlenmesi ayrıca önem arzedecektir. Bu kapsamda öncelikle ürünün sürdürülebilirlik gerekliliklerine uygun biçimde üretilmemiş olması onun daha düşük bir piyasa değerine sahip olması anlamına gelecektir ki tüketicinin fazladan ödediği bedeli Tüzük m. 76 kapsamında talep edebilmesi mümkündür. Ayrıca bu konuda Alman Federal Mahkemesinin meşhur *Diesel* olaylarına ilişkin içtihatı da dikkate alınabilir. Buna göre bizzat çevreye duyarlı olmayan bir ürüne ilişkin satış sözleşmesi yapılmış olması da haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilecek bir zarardır. Matematiksel olarak bir eksi ile sonuçlanmayacak olan fark teorisi bu noktada "*değerden bağımsız bir hesaplama işlemini temsil ettiği için her zaman normatif kontrole tabi olmalıdır"*[41]. Dolayısıyla Federal Mahkeme tüketicinin çevreye duyarlı olduğu inancıyla satın aldığı ürünlerin bu özelliği taşımamaları nedeniyle oluşan normatif zararın da tazmininin mümkün olduğunu kabul etmektedir[42]. Bu itibarla, Tüzük m. 76'nın eko-tasarım gerekliliklerine uymayan ürünler nedeniyle tüketicilerin normatif zararlarının tazmini bakımından yeterli bir hukuki dayanak oluşturmaktadır.

B. ONARIM HAKKI DİREKTİFİ VE MAL SATIŞI DİREKTİFİNDE ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER

Bir ürünün sürdürülebilir olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken özelliklerden birisi de *dayanıklı* olması yanında *onarılabilir* olmasıdır. İşte bunu sağlamak, onarılabilirliği ürünler için bir eko-tasarım gerekliliği olarak öngören Eko-Tasarım Tüzüğünü tamamlamak ve desteklemek için Onarım Hakkı Direktifi ile (m. 16/f. 1), Mal Satışı Direktifinde[43] (AB 2019/771) belirli değişiklikler yapmıştır. Bunlardan ilki satılan malın sözleşmeye uygunluğu koşulları içerisine onun "onarılabilirliğinin" bir objektif kriter olarak eklenmesidir. Buna göre Mal Satışı Direktifi m. 7/f. 1/d yeni haliyle şu şekildedir: Satılan mal *"miktar, kalite ve diğer özellikleri bakımından - dayanıklılık, onarılabilirlik, işlevsellik, uyumluluk ve güvenlik de dahil olmak üzere - aynı türden mallar için alışılagelmiş olana ve malın niteliği göz önünde bulundurulduğunda ve kamuoyuna yapılan açıklamalar dikkate alındığında tüketicinin makul beklentilerine uygun olmalıdır…*". Böylelikle bir ürün ancak hasarın intikali anında dayanıklı ve onarılabilir olma özelliklerine sahipse ayıpsız bir ürün olarak kabul edilebilecektir. Bu şekilde ürünün ayıpsız olması ile sürdürülebilir olması özellikleri bir araya getirilmek suretiyle üreticilerin

---

41 BGH 25.5.2020 – VI ZR 252/19 Rn. 45, BGHZ 225, 316.

42 Normatif zarara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* İstanbul 2024, N. 774 vd.

43 Directive (EU) 2019/771 of The European Parliament And Of The Council of 20 May 2019 On Certain Aspects Concerning Contracts For The Sale Of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and Repealing Directive 1999/44/EC, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0771.

piyasaya sürecekleri ürünlerin sürdürülebilir olmalarını sağlamaya yönelik önemli ve etkili bir tedbir öngörülmüştür.

Onarılabilirlik hasarın geçişi anında üründe bulunması gereken objektif bir özellik olarak belirlenmiş olduğundan ürünün bu özelliği taşımıyor olması tek başına onarım hakkı da dahil ayıptan doğan tüm hakların kullanımının yolunu açacaktır[44]. Bir başka deyişle ürünün onarılabilir olup olmadığının anlaşılabilmesi için mutlaka önce onarım hakkının kullanılmış ve fakat başarıya ulaşmamış olması gerekli değildir. Dolayısıyla kazan rulmanı değiştirilebilir özellikte olmayan bir çamaşır makinesi, hiçbir rulman arızası yaşamasa ve dolayısıyla onarımı gerekmese bile ayıplı olarak kabul edilecektir.

Onarım Hakkı Direktifi ile ürünlerin sürdürülebilir olmasını teşvik amacıyla getirilen bir diğer imkân satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamı dışında meydana gelen veya ortaya çıkan ayıplar nedeniyle tüketicilerin üreticilere onarım talebiyle başvurabilmeleridir (Direktif m. 1/f. 2, m. 5). Onarım hakkının gerek kanuni sorumluluk süresi içerisinde gerekse bu sürenin dışında üreticiye yöneltilmesinde birçok pratik fayda bulunmaktadır. Öncelikle üretici, ürüne ait yedek parçalara, gerekli teknik donanım ve teknolojiye, servis ağına ve hepsinden önemlisi onarım için gerekli olabilecek fikri mülkiyet haklarına sahiptir[45]. Ayrıca satıcının sorumlu olduğu durumlarda da onarım talebi üzerine onarımı fiilen gerçekleştiren genellikle üreticidir. Üreticiden bir malı doğrudan onarması istenebilirse, onarım daha çevre dostu olacağı gibi, satıcı aracı olmadan daha hızlı gerçekleştirilebilir ki bu durumun tüketicilerin onarım yolunu tercih etmesinde önemli bir etkiye sahip olacağında şüphe yoktur[46].

Nihayet Onarım Hakkı Direktifi m. 5/f. 4 uyarınca üreticiler, Ek II'de listelenen mallar için belirli bir süre boyunca yedek parça ve donanım sağlamakla yükümlü oldukları gibi bunları onarımdan caydırmayacak makul bir fiyattan da sunmalıdırlar. Gerçekten de bağımsız onarım işletmelerinin en önemli sorunu (ucuz) yedek parçalara ve onarım talimatlarına erişimlerinin olmamasıdır ki bu da onarım faaliyeti yürütmelerini ve üreticiye bağlı onarım işletmesi ile rekabet etmesini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır[47]. İşte bu nedenle Eko-Tasarım Tüzüğüne (AB 2024/1781) dayalı Komisyon tasarrufları ile Enerji İlişkili Ürünler Direktifinde (AT 2009/125)[48] öngörülen uygulama tedbirlerinde belirtilen gereklilikleri sağlayabilmek için üreticiler, yedek parçalara, tamir ve bakım bilgilerine, tamir ve donanım yazılımına veya benzer araçlara erişim

---

44 Atamer/Küng, Recht auf Reparatur, Jusletter, November 2024, s. 5.

45 Augenhofer, 'EC's Public Consultation on Sustainable Consumption – Promoting Repair and Reuse, Response of the European Law Institute' (Vienna 2022), s. 14; Terryn, 'A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law' (2019) (4) European Review of Private Law 851, 864–867.

46 Augenhofer/Atamer/Południak-Gierz, 'European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods, Feedback of the European Law Institute' (Vienna 2023), s. 21.

47 Terryn, A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law, ERPL 2019, s. 864.

48 Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0125.

sağlamakla yükümlü tutulmuştur[49]. Dolayısıyla bir ürünün söz konusu gerekliliklere uygun ve sürdürülebilir ürün özelliğinde olduğundan söz edebilmek için o ürün kategorisi için belirlenmiş süreyle onarım için gerekli parça ve donanımın isteyenlere uygun bir ücret karşılığı sağlanması zorunludur[50].

C. AMBALAJ TÜZÜĞÜ

Gerekçesinde de belirtildiği üzere bu Tüzük, ambalajı bir ürün kategorisi olarak ele alıp düzenlememiş olan Eko-Tasarım Tüzüğünü tamamlayıcı niteliktedir[51]. Tıpkı Eko-Tasarım Tüzüğünde olduğu gibi bu Tüzüğün de temel amacı, ambalaj ve ambalaj atıklarının çevre ve insan sağlığı üzerindeki zararlı etkilerini önlemeye yönelik ambalajın tüm yaşam döngüsünü kapsayan kurallar ortaya koymak suretiyle döngüsel ekonomiye geçişe katkıda bulunmaktır[52].

Ambalaj Tüzük m. 3'te, ürünün bir parçası olup olmadığına bakılmaksızın, bir ürünü kullanım ömrü boyunca dayanıklı kılmak veya korumak için gerekli olan ve ürünle birlikte kullanılması, tüketilmesi veya atılması amaçlanan bir eşya olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında ürünün yalnızca dağıtımı için tasarlanan "hizmet ambalajları", satış noktasında ürünün konulduğunu tek kullanımlık eşyalar (poşet, kesekağıdı gibi), çağ, kahve veya diğer içerecekler için tasarlanmış geçirgen poşetler veya bunlar için makinede kullanılması amaçlanan ve ürünle birlikte kullanılıp atılan tek servislik üniteler de Tüzük anlamında ambalaj kavramına dahil edilmişlerdir (Tüzük m. 3/f. 1/d-g).

Tüzükte (2. Bölüm) ambalajların sürdürülebilir olmaları için öngörülen gerekliliklerin şu şekilde sıralanmıştır: Endişe verici maddelerin en az kullanılması (madde 5), geri dönüştürülebilirlik (madde 6), plastik ambalajlarda geri dönüştürülmüş içeriğin azaltılması (madde 7) ve biyolojik hammadde oranının artırılması (madde 8), uygun ambalajların kompostlanması (madde 9), ambalajların ağırlık ve hacminin azaltılması (madde 10), yeniden kullanılabilirlik (madde 11).

Sürdürülebilirlik açısından Tüzüğün en önemli hükmü artık piyasa sürülen tüm ambalajların kural olarak geri dönüştürülebilir olmak zorunda olmasıdır (Tüzük m. 6/f. 1). Bunun için şu iki koşulun gerçekleşmiş olması gerekir: Ambalajın geri dönüştürülebilir biçimde tasarlanmış olması (Tüzük m. 6/f. 2/a) ve atık haline geldiğinde ayrı olarak toplanabilir, diğer atık akışlarının geri dönüştürülebilirliğini etkilemeden belirli atık akışlarına ayrılabilir ve büyük ölçekte geri dönüştürülebilir olması (Tüzük m. 6/f. 2/b). Gerçekten de ambalajı, ambalaj atığı haline geldiğinde geri dönüştürülebilecek şekilde tasarlamak, ambalajın geri dönüştürülebilirliğini geliştirmenin, ambalaj geri dönüşüm

---

49 Direktif Gerekçe madde 18.

50 Örneğin, AT 2009/125 sayılı Direktif uyarınca Akıllı Telefonlar, Akıllı Olmayan Cep Telefonları, Kablosuz Telefonlar ve Kayar Tabletler İçin Eko-tasarım Gerekliliklerinin Belirlenmesine Dair AB 2023/1670 sayılı Tüzük Ek II, B./1./1.1./1/c. uyarınca akıllı telefonlar için pil/piller, ekran düzeneğini, şarj cihazı, SIM kart ve hafıza kartı tutucusu en az yedi yıl süreyle yetkili onarımcılar ve son kullanıcılar için hazır bulundurmakla yükümlüdür. Bu kural 20 Haziran 2025'ten veya ürün piyasaya sürülme tarihinden bir ay sonra (hangisi daha sonra ise) geçerli olacaktır.

51 Tüzük Gerekçe 9.

52 Tüzük Gerekçe 2.

oranlarını artırmanın ve ambalajda geri dönüştürülmüş malzemelerin kullanımını teşvik etmenin en etkili yollarından biridir.

Tüzük m. 12/f. 1 ile piyasaya sürülen ambalajların, tüketicilerin daha sonra atık ayrıştırmasında zorlanmaması için malzeme bileşimine ilişkin bilgilerle etiketlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca etiketin taşıması gereken özellikler şu şekilde belirlenmiştir: Piktogramlara[53] dayanmalı, engelli insanlar için bile anlaşılması kolay nitelikte olmalı, eğer koşulları varsa malzemenin kompostlanabilir olduğunu ancak evde kompostlama için uygun olmadığını ve kompostlanabilir ambalajın doğaya atılmaması gerektiğini belirtmeli, yeniden kullanılabilir olduğunu belirten bilgi içermeli, geri dönüştürülmüş ve biyolojik hammadde içeriğine ilişkin bilgiler içermeli, ambalajın üzerine kolayca çıkarılamayacak şekilde görünür, açıkça okunabilir ve silinmez bir şekilde yapıştırılmalı, basılmalı veya kazınmalı, bilgiler, ambalajın piyasaya sunulacağı üye devlet tarafından belirlendiği şekilde, son kullanıcılar tarafından kolayca anlaşılabilecek bir veya daha fazla dilde olmalıdır.

SONUÇ

AB'nin döngüsel ekonominin temellerini kurmak amacıyla benimsediği sürdürülebilir ürün politikası Cumhurbaşkanlığı Yeşil Mutabakat Eylem Planı Genelgesi ve buna dayalı olarak hazırlanıp yayımlanan Ticaret Bakanlığı Yeşil Mutabakat Eylem Planı ile de benimsenmiştir. Söz konusu Eylem Planında, AB'nin sürdürülebilir ürüne yönelik yapacağı düzenlemelerin ülkemizde de uyum çalışmaları kapsamında yasal düzenlemelere dönüştüreleceği taahhüt edilmiştir. İşte bu politika gereği yayımlanan AB Eko-Tasarım Tüzüğü ile Ambalaj Tüzüğünde yer alan yahut bunlara dayalı olarak çıkarılacak Komisyon tasarruflarında yer alacak performans ve bilgi gerekliliklerinin ülkemizde de hızlı biçimde yasal çerçeveye kavuşması AB ile olan ticaret hacmimiz düşünüldüğünde hayati öneme sahiptir.

Bunun dışında ayrıca ülkemizde de piyasaya sürülen ürünlerin sürdürülebilir olmalarını temin etmek amacıyla ürünün genel kullanım ömrünü tamamlamadan atığa dönüşmesine engel olacak tedbirlerin alınması elzemdir. Bu kapsamda ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin kanun hükümlerinde ayıba ilişkin objektif kriterler içerisinde açıkça ürünlerin dayanıklı ve onarılabilir olmaları gerektiğine vurgu yapılması yerinde olacaktır. Her ne kadar TKHK m. 11/f. 2 uyarınca ayıplı ifa halinde tüketici onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkını üretici ve ithalatçıya karşı da kullanabiliyorsa da bu hakkın ayıptan doğan sorumluluk süresi (2 yıl) ile sınırlı tutulmaması ve tıpkı Onarım Hakkı Direktifinde olduğu gibi her bir ürünün kullanım normal kullanım ömrü boyunca tüketiciye makul bir ücret karşılığı üreticiye karşı kullanabileceği bir onarım hakkı tanınması isabetli olacaktır. Nitekim Onarım Hakkı Direktifi m. 5'te tüketicilere bu şekilde tanınmış bir onarım hakkı mevcuttur.

AB'nin 2050 iklim-nötr Avrupa hedefinin bir parçası olarak ülkemizde de 2050 iklim-nötr Türkiye bir hedef olarak benimsendiğinden bunu sağlayacak en önemli enstrümanın söz konusu düzenlemeler olduğunu vurgulamakta fayda vardır.

---

[53] Piktogram ya da piktograf bir eşyayı, bir objeyi, bir yeri, bir işleyişi, bir kavramı resmetme yoluyla temsil eden semboldür. Bu sembollere dayalı yazı sistemine "piktografi" denir.

KAYNAKÇA

Arnold S, Recht auf Reparatur, Nomos V., Baden-Baden 2024.

Atamer Y M, Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu denRegulierungsmöglichkeiten, ZSR/RDS Band 141 (2022) I Heft 3, s. 285 vd.

Atamer Y M/ Augenhofer S / Küter R / Południak-Gierz K, Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM[2023] 155 final), https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

Atamer Y M./Küng J, Recht auf Reparatur, Die neue EU-Reparaturrichtlinie: Ausstrahlung auf Schweizer Hersteller und Anpassungsbedarf des schweizerischen Rechts, Jusletter, 18. November 2024.

Augenhofer S, Kuter Rebecca, Recht auf oder Pflicht zur Reparatur?, VuR 2023, s. 243 vd.

Croon-Gestefeld J, Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache, NJW 2022, s. 497 vd.

Croon-Gestefeld J, Das Recht auf Reparatur – Vorschläge aus Brüssel, ZEuP 2024, s. 379 vd.

Has M, Sustainable Products, 2nd Edition, De Gruyter, 2024

Luedtke A, Verordnungsvorschlag der EU-Kommission für eine Ökodesign-Verordnung für nachhaltige Produkte, DB 2022, 1691.

Mittwoch A C, Der digitale Produktpass der Ökodesign-Verordnung, Passierschein zur erfolgreichen Zwillingstransformation im Produktrecht?, RDi 2024, 62 vd.

Petersen F, Die Produktverantwortung im Kreislaufwirtschaftsrecht, NVwZ 2022, 921 vd.

Petersen F / Massow M, Die EU-Ökodesign-Verordnung und das "Warenvernichtungsverbot", ZUR 2023, 67 vd.

Terryn E, A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law, ERPL 2019, s. 851 vd.

Veral E S, Döngüsel Ekonomi: Engeller, Stratejiler ve İş Modelleri, Ankara Üniversitesi Çevrebilimleri Dergisi, 8(1), 2021, s. 7-18.

GEMİLERİN ADLİ SATIŞINA İLİŞKİN PEKİN SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE SÖZLEŞMENİN TÜRK HUKUKUNA ETKİLERİ

General Characteristics of the Convention on the Judicial Sale of Ships and Its Effects on Turkish Law

Prof. Dr. Hacı KARA*

Öz: Gemilerin Adli Satışının Uluslararası Etkilerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 07.12.2022 tarihinde BM tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin amacı alıcının uluslararası seyrüsefer yapan geminin mülkiyeti konusunda yasal kesinlik sağlamaktır. Sözleşme, adli satış usulünü ve adli satışın temiz mülkiyet sağladığı durumları düzenleyen iç hukuku korurken, adli satışlara uluslararası etki kazandırmak için uyumlaştırılmış bir rejim oluşturmak, amacı taşımaktadır.

Bu temel kural sadece kamu düzenine ilişkin bir istisnaya tabidir. Bu kural gereğince bir geminin adli olarak satışı yapılmışsa, adli satışın yapıldığı devlet dışındaki bir taraf devlette, bir mahkeme bu etkinin diğer taraf devletin kamu düzenine açıkça aykırı olacağına karar vermemiş olması gerekir. Aksi takdirde satışın sonuçları bakımından 6. maddede öngörülen etki gerçekleşmeyecektir.

Bu çalışmada, Sözleşmeye dair genel bilgiler verilecek. Sözleşmenin Türk hukukuna etkileri, Sözleşmenin diğer uluslararası sözleşmelerle kıyaslanması yapılacak ve Türkiye'nin bu Sözleşmeye taraf olması halinde faydaları etkileri belirtilecektir.

Anahtar kelimeler: Deniz Ticareti Hukuku, Uluslararası Yargı Kararları, Gemilerin Adli Satışı, Uluslararası Sözleşmeler ve Gemilerin İcra Vasıtası İle Satışı.

Abstract: Convention on the International Effects of the Judicial Sale of Ships was adopted on 07.12.2022. The purpose of Convention is to provide legal certainty as to the buyer's ownership of a ship engaged in international navigation. Convention aims to establish a harmonized regime to give international effect to judicial sales, while preserving domestic law governing the procedure of judicial sale and the circumstances in which judicial sale provides clear title.

This basic rule is subject only to an exception relating to public order. According to this rule, if a ship has been judicially sold, a court in a State Party other than the State where the judicial sale took place must not have ruled that the effect would be manifestly contrary to the public order of the other State Party. Otherwise, the effect envisaged in Article 6 will not be realized in terms of the consequences of the sale.

In this study, general information about the Convention will be provided. Effects of the Convention on Turkish law, the comparison of the Convention with other international conventions and the beneficial of Turkey's becoming a party to the Convention will be discussed.

Key words: Maritime Law, International Judgments, Judicial Sale of Ships, International Conventions and Sale of Ships by Enforcement.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, haci.kara@medeniyet.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8255-6277 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676919

Makale Geliş Tarihi: 23.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 18.03.2025

GİRİŞ

19 Şubat - 06 Mart 1948 tarihleri arasında Cenevre'de Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından toplanan Birleşmiş Milletler Denizcilik Konferansında[1], Uluslararası Denizcilik Örgütü, Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin almış olduğu 35/IV sayılı karar gereğince, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından hazırlanan, 07 Aralık 2022 tarihli "Gemilerin[2] Adli Satışının[3] Uluslararası Etkilerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ASS, New York 2022) *(United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships (Convention)* imza ve kabule açılmıştır[4].

Sözleşme (Konvansiyon) "Gemilerin Adli Satışına[5] İlişkin Pekin Sözleşmesi *(Beijing Convention on the Forensic Sale of Ships)*" olarak da bilinmektedir[6]. Sözleşmenin 21/1. maddesi uyarınca, *"Bu Sözleşme, üçüncü onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten 180 gün sonra yürürlüğe girecektir"*. Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir[7]. Sözleşme, Sözleşmeye taraf bir devlet tarafından feshedilene kadar o ülke için yürürlükte kalır[8]. Genel Kurul aldığı kararla denizcilik ve seyrüsefere ilişkin uluslararası yasal çerçeveyi güçlendirmek isteyen hükümetlere ve bölgesel ekonomik entegrasyon örgütlerine Sözleşmeye taraf olmayı değerlendirmeleri çağrısında bulunmuştur[9]. "Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, UNCITRAL", *(The United Nations*

---

1 IMCO Meclisi tarafından 14 Kasım 1975 tarihli A.358 (IX) ve 9 Kasım 1977 tarihli A.371 (X) sayılı kararlarıyla [A.358 (IX) sayılı kararın düzeltilmesi (bkz. Bölüm XII.1(d)] kabul edilen değişikliklerin yürürlüğe girmesinin bir sonucu olarak, Hükümetlerarası Denizcilik Danışma Örgütü'nün (IMCO) adı "Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)" olarak değiştirilmiş ve Sözleşmenin başlığı da buna uygun olarak değiştirilmiştir. (https://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/Pages/IMOinUN-default.aspx, s.e.t. 31.10.2024).

2 ASS m.2/b.9: Gemi: Devletin adli satış hukuku uyarınca adli satışa yol açabilecek bir tutuklama veya benzeri bir tedbire konu olabilecek, kamunun denetimine açık bir sicile kayıtlı herhangi bir gemi veya diğer gemi anlamına gelir.

3 ASS m. 2/(a): Bir geminin "adli satışı", bir geminin herhangi bir satışı anlamına gelir.

4 (https://uncitral.un.org/en/judicialsaleofships/status, s.e.t. 02.12.2024).

5 "Zorunlu satış" terimi şu anlama gelmektedir: "1. İcra satışı, 2. Bir borçlunun mali sıkıntı veya alacaklının bir eylemi nedeniyle aceleyle yaptığı satışı" ifade eder. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th Edition, Thomson Reutors, London 2019, s. 1365.

6 Deniz Ticaretini yakından ilgilendiren bu önemli Sözleşme 5 Eylül tarihinde 15 devlet tarafından imzalanmıştır. Bu vesileyle, bu 15 devlet sözleşmeyi imzalayan ilk devletler oldu. Bu devletler arasında Çin, Suudi Arabistan, İsviçre ve Singapur gibi ülkeler yer alıyor.

7 (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-21&chapter=10&clang=_en, s.e.t. 02.12.2024).

8 ASS m. 23: 1. Bir Taraf Devlet bu Sözleşmeyi, saklayıcıya hitaben yazılı olarak yapacağı resmi bir bildirimle feshedebilir. Fesih ihbarı, bu Sözleşmenin uygulandığı birleşik olmayan bir hukuk sisteminin belirli toprak birimleriyle sınırlı olabilir. 2. Fesih, bildirimin depoziter tarafından alındığı tarihten 365 gün sonra yürürlüğe girecektir. Bildirimde feshin yürürlüğe girmesi için daha uzun bir sürenin belirtilmesi halinde, fesih, bildirimin tevdi makamı tarafından alındığı tarihten sonra söz konusu daha uzun sürenin sona ermesiyle yürürlüğe girer. Bu Sözleşme, ihbarın yürürlüğe girmesinden önce 5. maddede atıfta bulunulan bir adli satış belgesi düzenlenmiş olan bir adli satış için geçerli olmaya devam edecektir.

9 (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/741/40/pdf/n2274140.pdf, s.e.t. 02.12.2024).

Commission on International Trade Law) sekretaryası da Sözleşmeyi inceleyen veya uygulayanlara yardımcı olmak amacıyla[10], sözleşme hakkında madde madde ayrıntılı açıklamalar içeren açıklayıcı bir not da hazırlamıştır[11].

Sözleşme rejimi, adli satışın tamamlandıktan sonra nasıl hüküm ifade edeceğini belirleyen ilave kurallar öngörmektedir. Bunlardan ilki, gemi sicilinin geminin kaydını silmesi veya alıcının talebi üzerine kaydı devretmesi gerekliliğidir (madde 7). İkincisi, önceden var olan bir hak veya menfaatten (yani satışla ortadan kalkan bir hak veya menfaatten) kaynaklanan bir talep için geminin tutuklanmasının yasaklanmasıdır (madde 8). Üçüncüsü ise, adli satışa karşı yapılacak bir itiraza[12] bakmak üzere adli satışın yapıldığı devletin mahkemelerine münhasır yargı yetkisi verilmesidir (m. 9).

Rejimin işleyişini desteklemek ve gemide menfaati olan tarafların haklarını korumak için sözleşme iki belgenin düzenlenmesini öngörmektedir: adli satış bildirimi (m. 4) ve adli satış belgesi (m. 5). Ayrıca, bu belgelerin ilgili kişi veya kurumların serbestçe erişebileceği çevrimiçi bir havuzunu da oluşturmaktadır (m. 11). Sözleşme rejimi, yalnızca taraf devletler arasında geçerli olması anlamında "kapalıdır" (madde 3), ancak örneğin daha elverişli iç hukuk rejimleri kapsamında adli satışların yürürlüğe konması için diğer dayanakları ortadan kaldırmaması anlamında "münhasır değildir" (m. 14).[13].

---

[10] ASS m. 1, sözleşmenin temel işleyişini -pozitif terimlerle- beyan etmektedir. Sözleşmenin maddi kapsamını sınırlayan 3. madde ile tezat oluşturmaktadır. Madde 1, sözleşmenin sadece adli satışın "etkileri" ile ilgili olduğunu ve dolayısıyla adli satışın kendisinin yürütülmesi ile ilgili olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu durum 4(1) maddesinde de teyit edilmektedir, ancak sözleşmenin adli satış bildirimine ilişkin hükümlerinin adli satış usulü üzerinde "dolaylı" bir etkisi olabilir. 1. madde, sözleşmenin sadece "adli satışların" etkileri ile ilgili olduğunu ve dolayısıyla bu tür satışlara ilişkin kararların (örneğin, adli satışı emreden, onaylayan veya teyit eden bir mahkemenin kararları) etkileri ile ilgili olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu husus 6. maddede de teyit edilmektedir. Madde 1 ayrıca sözleşmenin sadece (zaten) "temiz mülkiyet" sağlayan adli satışlarla ilgili olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Denizcilik İpotekleri ve Hacizleri Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin (1993) aksine, sözleşme, adli satışın temiz mülkiyet sağlayıp sağlamadığı sorusunu ele almamaktadır; bu soru adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna bırakılmıştır. Bazı hukuk sistemlerinde, konvansiyon anlamında bir adli satış her zaman temiz mülkiyet sağlarken, diğer hukuk sistemlerinde sağlamayacaktır (bkz. madde 2(c) ile ilgili açıklamalar). 3. madde temiz mülkiyet konusunu maddi bir kapsam olarak ele almadığından, sözleşme, rejimini temiz mülkiyet sağlayan adli satışlarla sınırlandırmayı maddi hükümlerine - özellikle 6. Maddeye- bırakmaktadır. Sözleşmenin başlığından farklı olarak, 1. madde adli satışın "uluslararası" etkilerine atıfta bulunmamaktadır. Bu, Sözleşme rejiminin bazı yönlerinin (özellikle 7. ve 8. maddeler) adli satışın yapıldığı Devlette de aynı şekilde uygulanabileceğini kabul etmektedir.

[11] (https://uncitral.un.org/en/judicialsaleofships, s.e.t. 31.10.2024).

[12] Natzie Sefer, Gemilerin Yurt Dışında Cebrî İcra Yoluyla Satışları ve Bunların Tanınmasına Dair Milletlerarası Sözleşme Taslağı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, "Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi", İstanbul 2020, s. 128, (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=9zY1QKRE5wXkrla2cdw7sg&no=8KaXlL4ofAc64l-Nw_cG8A, s.e.t. 27.02.2025).

[13] (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s. 2-3, s.e.t. 27.12.2024).

I- SÖZLEŞMENİN TARİHÇESİ

Bu proje, Comité Maritime International (CMI) tarafından Komisyon'un ellinci oturumunda (Viyana, 3-21 Temmuz 2017) gemilerin adli satışı ile ilgili sınır ötesi konularda gelecekte yapılacak olası çalışmalara ilişkin bir öneriden kaynaklanmıştır (A/CN.9/923). Bu öneride, gemilerin satışını emreden yabancı kararların tanınmaması nedeniyle dünya genelinde ortaya çıkan sorunlara dikkat çekilmiştir. 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi *(the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,1958)*" gibi kısa ve müstakil bir belgenin, gemilerin temiz mülkiyetinin sınırlar ötesinde tanınmasını sağlayarak bu sorunlara çözüm getirebileceği belirtilmiştir. Teklifin ortaya koyduğu soruların hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması teşvik edilirken, sorunun genişliğine ilişkin ilave bilgilerin faydalı olacağı konusunda mutabık kalınmıştır.

Bu nedenle Komisyon, CMI'dan bir kolokyum düzenleyerek teklifi geliştirmesini ve ilerletmesini, böylece Komisyon'a ek bilgi sağlamasını ve zamanı geldiğinde bilinçli bir karar almasını talep etmiştir. Komisyon ayrıca, UNCITRAL'in sekretaryası aracılığıyla Devletlerle birlikte Kolokyumu desteklemesi ve katılması ve konunun gelecekteki bir oturumda tekrar ele alınması konusunda mutabık kalmıştır. Bu amaçla, Malta Hükümeti'nin talebi üzerine UNCITRAL sekretaryası, UNCITRAL'in tüm Üye ve Gözlemci Devletlerine, gemilerin sınır ötesi adli satışı konusunda üst düzey bir teknik kolokyuma katılmaları için resmi bir davette bulunmuştur.

Şubat 2018'de gerçekleştirilen kolokyum bir dizi bulguyla sonuçlanmıştır. Adli satışın alıcıya vermeyi amaçladığı temiz unvana ilişkin yasal kesinlik eksikliğinin" eski bayrağın bulunduğu ülkedeki kayıt silme sürecinde sorunlara yol açtığı konusunda mutabık kalınmıştır. Ayrıca, yasal kesinlik eksikliğinin tüm eski takyidat ve hacizlerin kaldırılması konusunda engeller yarattığı, bunun da masraflı ve uzun süren yargılamalar riski yarattığı ve dolayısıyla ticaret ve nakliyeyi sekteye uğrattığı konusunda da mutabık kalınmıştır. Son olarak, gemilerin adli satışlarının tanınmasına ilişkin bir araç sağlanarak bu boşluğun hukuki açıdan doldurulabileceği konusunda geniş bir mutabakat sağlanmıştır.

Komisyon, elli birinci oturumunda (New York, 25 Haziran-13 Temmuz 2018), İsviçre Hükümeti'nin gemilerin adli satışı ile ilgili sınır ötesi konularda gelecekteki olası çalışmalara ilişkin bir teklifini (A/CN.9/944/Rev.1) değerlendirmiş, kolokyumun sonuçlarını ve vardığı sonuçları özetlemiş ve UNCITRAL'den gemilerin yabancı ülkelerde adli satışı ve bunların tanınmasına ilişkin uluslararası bir araç geliştirmek üzere çalışma yapmasını talep etmiştir.

UNCITRAL tarafından yürütülen çalışmaları desteklemek amacıyla, iflasla ilgili kararların tanınmasına ilişkin Çalışma Grubu V'te yürütülen çalışmalar ile gemilerin adli satışına ilişkin olası bir araç arasında çeşitli paralellikler kurulmuştur. Komisyon, elli birinci oturumunda çalışma programına ilişkin müzakereler bağlamında, gelecekteki çalışmalara yönelik diğer önerilerle birlikte bu teklifi değerlendirmiştir. Tartışmaların ardından, gemilerin adli satışı konusunun Komisyon'un çalışma programına eklenmesi kararlaştırılmıştır.

Otuz beşinci oturumunda (New York, 13-17 Mayıs 2019), Çalışma Grubu, konuyu ilk kez ele almış (A/CN.9/973) ve CMI tarafından hazırlanan ve 2014 yılında CMI Meclisi tarafından onaylanan ("Pekin Taslağı" olarak bilinen) gemilerin yabancı adli satışlarının tanınmasına ilişkin taslak sözleşmenin tartışma için faydalı bir temel sağlayacağına karar vermiştir (a.g.e., para. 25). Komisyon,

elli ikinci oturumunda (Viyana, 8-19 Temmuz 2019), Çalışma Grubu 7 tarafından kaydedilen ilerlemeden duyduğu memnuniyeti ifade etmiştir.

Otuz altıncı oturumunda (Viyana, 18-22 Kasım 2019) Çalışma Grubu, otuz beşinci oturumunda (A/CN.9/1007) Çalışma Grubunun müzakerelerini ve kararlarını içerecek şekilde Sekretarya tarafından hazırlanan Pekin Taslağının (A/CN.9/WG.VI/WP.84) ilk revizyonu temelinde çalışmalarına devam etmiştir. Çalışma Grubu ilk revizyonun bazı kilit hükümlerini değerlendirmiş (a.g.e. para. 11-98) ve aracın bir sözleşme biçimini alması gerektiği yönünde bir ön görüş bildirmiş, ancak bu konudaki nihai kararın gelecekteki bir oturumda verilmesi gerektiği konusunda mutabık kalmıştır (a.g.e., para. 99). Komisyon'un yeniden başlayan elli üçüncü oturumunda (Viyana, 14-18 Eylül 2020), gemilerin adli satışlarının uluslararası etkilerini teyit etmek için gereken yeknesaklık düzeyini yalnızca bir sözleşmenin sağlayabileceği gözlemiyle birlikte, aracın bir sözleşme şeklini alması için destek ifade edilmiştir.8 Komisyon, Çalışma Grubu'nun konuyla ilgili uluslararası bir belge hazırlamak için çalışmalarına devam etmesi gerektiğini teyit etmiştir.

Çalışma Grubu, otuz yedinci oturumunda (Viyana, 14-18 Aralık 2020), Sekretarya tarafından Çalışma Grubu'nun otuz altıncı oturumundaki (A/CN.9/1047/Rev.1) müzakerelerini ve kararlarını içerecek şekilde hazırlanan Pekin Taslağı'nın (A/CN.9/WG.VI/WP.87) ikinci revizyonu temelinde çalışmalarına devam etmiştir. Çalışma Grubu, ikinci revizyonu madde madde incelemeye devam etmiş (a.g.e., para. 19-109) ve belgenin bir sözleşme biçimini alacağı varsayımıyla çalışmaya devam etmeyi kabul etmiştir (a.g.e., para. 15). Çalışma Grubu, otuz sekizinci oturumunda (New York, 19-23 Nisan 2021), Pekin Taslağı'nın üçüncü revizyonu (A/CN.9/WG.VI/WP.90) temelinde otuz yedinci oturumundan kalan bazı meselelerin yanı sıra kaçınma gerekçeleri ve adli satış zamanının tanımlanmasına ilişkin önerileri ele almıştır (A/CN.9/1053). Komisyon'un elli dördüncü oturumunda (Viyana, 28 Haziran-16 Temmuz 2021), Çalışma Grubu tarafından kaydedilen ilerlemeden duyulan memnuniyet ifade edilmiştir.10

Otuz dokuzuncu oturumunda (Viyana, 18-22 Ekim 2021) Çalışma Grubu, Pekin Taslağının dördüncü revizyonu temelinde sözleşme taslağının madde madde gözden geçirilmesine devam etmiş (A/CN.9/WG.VI/WP.92) ve (a) temiz tapulu satışların ele alınması, (b) taslak sözleşme kapsamındaki tanıma rejiminden yararlanan adli satışlar için bildirim gerekliliklerinin içeriği ve işlevi, (c) adli satış belgesinin içeriği ve düzenlenmesi ve (d) önerilen depo mekanizmasının işleyişi dâhil olmak üzere çeşitli açık konuların değerlendirilmesinde ilerleme kaydetmiştir (A/CN.9/1089).

Çalışma Grubu, kırkıncı oturumunda (New York 7-11 Şubat 2022), taslak sözleşmenin maddi hükümlerinin madde madde gözden geçirilmesini tamamlamış ve sekretarya tarafından hazırlanan "Pekin Taslağı "nın beşinci revizyonu temelinde taslak sözleşmenin giriş ve son maddelerini değerlendirmiştir (A/CN.9/WG.VI/WP.94). Çalışma Grubu sekretaryadan sözleşme taslağını oturum sırasındaki müzakerelerini ve kararlarını yansıtacak şekilde revize etmesini ve revize edilmiş taslağı elli beşinci oturumunda görüşülmek ve muhtemel onaylanmak üzere Komisyona iletmesini talep etmiştir (A/CN.9/1095). Çalışma Grubu ayrıca sekretaryadan revize edilmiş taslağı yorum

için tüm Hükümetlere ve ilgili uluslararası kuruluşlara dağıtmasını ve alınan yorumları Komisyon'un değerlendirmesi için derlemesini talep etmiştir[14].

II- SÖZLEŞMENİN AMACI

Sözleşmenin amacı, adli satış usulünü ve adli satışın temiz mülkiyet[15] sağladığı durumları düzenleyen iç hukuku korurken, adli satışlara uluslararası etki kazandırmak için uyumlaştırılmış bir rejim oluşturmaktır. Bilindiği üzere, bir geminin adli satışının amacı, gemi sahibinin alacaklılarını ve bazen de alacakları gemi üzerindeki bir ipotek veya denizcilik rehni veya diğer harçlarla teminat altına alınmışsa gemi sahibi olmayan bir başkasının alacaklılarını satış gelirinden tatmin etmektir. Bu nedenle, geminin mümkün olan en yüksek fiyattan satılması alacaklıların ve gemi sahibinin ortak menfaatine olacaktır. Buna ek olarak, korumalar yalnızca alıcı, armatör ve alacaklılar arasında değil, aynı zamanda gemiyle ilgili tüm alacaklıların hasılatın dağıtılması prosedürüne katılma konusunda eşit fırsata sahip olmalarını sağlamak amacıyla alacaklıların kendi aralarında da gerektiği şekilde dengelenmelidir[16].

Nitekim, ilgili taraflara gönderilecek ön bildirimin yanı sıra, gemilerin adli satış prosedürünü düzenleyen kurallar tarafından ele alınması gereken, değer tespiti, temel fiyat, teklif verme koşulları, açık artırmanın yürütülmesi vb. gibi bir dizi başka husus da bulunmaktadır. Gemilerin adli satış usulünü düzenleyen bir dizi uluslararası kabul görmüş kurala sahip olmak ya da en azından bu usulü düzenleyen kuralların formüle edilmesinde takip edilmesi gereken temel ilkeleri ortaya koymak kesinlikle arzu edilen bir durumdur[17].

Sözleşmenin temel kuralı, bir Taraf Devlette gerçekleştirilen ve alıcıya temiz mülkiyet kazandıran bir adli satışın, diğer tüm Taraf Devletlerde de aynı etkiye sahip olmasıdır (madde 6). Bu temel kural sadece kamu düzenine ilişkin bir istisnaya tabidir (madde 10). Konvansiyon rejimi, adli satışın tamamlandıktan sonra nasıl hüküm ifade edeceğini gösteren ilave kurallar öngörmektedir. Bunlardan ilki, gemi sicilinin geminin kaydını silmesi veya alıcının talebi üzerine kaydı devretmesi gerekliliğidir (madde 7). İkincisi, önceden var olan bir hak veya menfaatten (yani satışla ortadan kalkan bir hak veya menfaatten) kaynaklanan bir talep için geminin tutuklanmasının yasaklanmasıdır (madde 8). Üçüncüsü ise, adli satışa itiraz davalarının görülmesi için adli satışın yapıldığı Devletin mahkemelerine münhasır yargı yetkisi verilmesidir (madde 9).

---

14 History of Convention, s. 3-5, (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s.e.t. 27.12.2024).

15 ASS m. 2/1(c): Temiz mülkiyet, herhangi bir ipotek veya rehinden ve bir ücretten ari olarak anlamına gelir.

16 Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesi'nin tarcümesi için bknz. Cüneyt Süzel/Güneş Karol Işıklar, "Gemilerin Adli Satışının Milletlerarası Etkilerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships)", Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 2, S. 2, s. 339 vd., (https://www.jurix.com.tr/article/36838?u=0&c=0, s.e.t. 27.02.2025).

17 Henry Hai Li, "A Brief Discussion on Judicial Sale of Ships", s. 1, (https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/A-Brief-Discussion-on-Judicial-Sales-of-Ships.pdf, s.e.t. 02.12.2024).

III- SÖZLEŞMEDE İFADE EDİLEN BAZI KAVRAMLAR

Temiz mülkiyet kavramı, sözleşmenin temel kuralı açısından kilit önem taşımaktadır. Buna göre bir Taraf Devlette gerçekleştirilen ve alıcıya temiz mülkiyet kazandıran bir adli satışın diğer tüm Taraf Devletlerde de aynı etkiye sahip olmasıdır. 6. madde ve 5/1. madde ile işlerlik kazanmaktadır.). 6. madde yalnızca adli satış sertifikası verilen adli satışların uluslararası etkiye sahip olduğunu ve 5/1. madde de temiz mülkiyet sağlayan adli satışlara sertifika verilmesini düzenlemektedir.

Unvan kavramı, gemi üzerinde alıcıya verilen mülkiyet haklarına atıfta bulunmaktadır. Adli satıştan hemen önce gemide başka bir kişiye ait olan diğer tüm mülkiyet hakları (yani takyidatlar, "in re aliena" haklar) ortadan kalkmışsa ve önceden var olan tüm ipotekler, hipotekler veya harçlar gemiye bağlı olmaktan çıkmışsa, bu unvan "temiz "dir. Bir satış, yalnızca "yük" olmayan önceden var olan bir hakkı (örneğin gemiye karşı ileri sürülemeyen bir kullanım hakkı) ortadan kaldırmadığı için "temiz mülkiyet" sağlamada başarısız olmaz.

Bir adli satışın temiz mülkiyet sağlayıp sağlamadığı, adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna ilişkin bir konudur. Bazı hukuk sistemlerinde, adli satış yalnızca gemide önceden var olan ve geçerli öncelik kurallarına göre daha düşük dereceli alacaklılara ait olan mülkiyet haklarını ortadan kaldırır (yani, adli satış işlemlerini başlatan alacaklının hakkına göre önceliği olan mülkiyet haklarını ortadan kaldırmaz). Önceden var olan mülkiyet haklarını koruyan bir satış, konvansiyon anlamında "temiz unvan" sağlamaz.

Bazı hukuk sistemlerinde, mülkiyet ancak ek formaliteler yerine getirildikten sonra (örneğin geminin alıcı adına tescil edilmesi) etkili hale gelir (başkalarına karşı ileri sürülebilir olma anlamında). Sözleşme mülkiyetin devrini ele almadığından, adli bir satışın sözleşme anlamında "temiz mülkiyet" sağlayıp sağlamadığı bu ek formalitelerin yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır.

Sözleşme "gemiye" ilişkin temiz mülkiyetle ilgilidir, "gemi "de yer almayan varlıklar üzerindeki mülkiyet haklarıyla değil. Yukarıda belirtildiği üzere (para. 41), "gemi" terimine antlaşma yorumlama kurallarına uygun olarak özerk bir anlam verilmelidir.

Denizcilik İpotekleri ve Rehinleri Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin (1993) aksine, bu sözleşme önceden var olan ipoteklerin veya hipotezlerin veya "alıcı tarafından üstlenilen" harçların korunmasını öngörmemektedir. Adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna göre, önceden var olan bir ipotek, hipotek veya harç gemiye bağlı kalmaya devam ederse, konvansiyon anlamında "temiz mülkiyet" verilmemiş olur ve bu nedenle konvansiyonun temel kuralı uygulanmaz. Buna karşılık, adli satışın gemideki mülkiyet hakları dışındaki hakları (örneğin, eski gemi sahibine karşı açılan bir dava ile icra edilebilecek kişisel haklar) ortadan kaldırıp kaldırmadığının temiz mülkiyetin verilip verilmediği üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bu husus 15/1(b) maddesi ile de desteklenmektedir.

İpotek ve rehin kavramının kanuni ipotekleri de kapsaması halinde adli satışla birlikte tüm ipotek ve rehinler sona erecektir[18]. Bu ister akdi isterse kanuni olsun. Ancak sözleşmenin kanuni ipotekleri kapsamadığı kanaatindeyiz. Bu

[18] Belki de bu durum diğer tüm denizcilik konvansiyonları için de geçerlidir. Bu nedenle, söz konusu konvansiyonlarda "cebri satış" teriminin tam olarak ne tür satışları kapsadığını sormak ilginç olabilir. LI, s. 2.

nedenle, gemi alacaklısı hakkı olarak tanınan ipotek hakkı ve tersanecinin ipotek hakkı sona ermemektedir. Yani kanuni ipotek hakları saklı kalmaktadır.

Harç terimi 2(c) maddesinde yer alan 'temiz mülkiyet' tanımının diğer bileşenidir. Aynı zamanda, sahipleri 4. madde uyarınca adli satıştan haberdar edilme hakkına sahip olan iki tür harç -denizcilik rehinleri ve kayıtlı harçlar- belirlenmesinin de temelini oluşturmaktadır. Denizcilik rehinleri ve kayıtlı harçların ayrı ayrı belirtilmesi, bunların diğer deniz hukuku sözleşmelerindeki özel muamelelerini yansıtmaktadır. Ücret tanımı geniştir ve gemideki her türlü mülkiyet hakkını kapsayacak şekilde tasarlanmıştır. Ücret kavramı, nasıl adlandırıldığı (tanımda belirtilen münhasır olmayan listede belirtildiği gibi) veya gemiye karşı nasıl ileri sürülebileceği (örneğin, tutuklama veya haciz yoluyla) ile sınırlı değildir. Bir ipotek veya hypothèque (ve yarattığı haklar) tipik olarak "ücret" tanımına girecek olsa da, tanım, diğer deniz hukuku sözleşmelerindeki ayrı muamelelerini yansıtmak için bu araçları açıkça hariç tutmaktadır. "Denizcilik rehni" (belirli bir ücret türü) tanımının aksine, 'ücret' tanımı belirli bir Devletin hukuku kapsamında bu şekilde tanınan ücretlere atıfta bulunmamaktadır. Sözleşmenin temel kuralı, bir Taraf Devlette temiz mülkiyet sağlayan bir adli satışın diğer tüm Taraf Devletlerde de temiz mülkiyet sağlaması olduğundan ve temiz mülkiyet tüm "masrafların" ortadan kaldırılmasını içerdiğinden, tanımın bir kanunlar ihtilafı analizi içermesi ne gerekli ne de uygundur. Buna göre, adli satışın yapıldığı Devlet dışındaki bir Taraf Devletin hukukuna göre tanınan önceden var olan bir masraf, sırf masrafın belirli türü adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna yabancı olduğu için gemiye eklenmeye devam etmeyecektir[19].

Bir adli satışın temiz mülkiyet sağlayıp sağlamadığı, adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna bağlıdır. Bazı hukuk sistemlerinde, adli satış yalnızca gemide önceden var olan ve geçerli öncelik kurallarına göre daha düşük dereceli alacaklılara ait olan mülkiyet haklarını ortadan kaldırır (yani, adli satış işlemlerini başlatan alacaklının hakkına göre önceliği olan mülkiyet haklarını ortadan kaldırmaz). Önceden var olan mülkiyet haklarını koruyan bir satış, konvansiyon anlamında "temiz unvan" sağlamaz.

Bazı hukuk sistemlerinde, mülkiyet ancak ek formaliteler yerine getirildikten sonra (örneğin geminin alıcı adına tescil edilmesi) etkili hale gelir (başkalarına karşı ileri sürülebilir olma anlamında). Sözleşme mülkiyetin devrini ele almadığından, adli bir satışın sözleşme anlamında "temiz mülkiyet" sağlayıp sağlamadığı bu ek formalitelerin yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır[20].

1993 tarihli "Denizcilik İpotekleri ve Hacizleri Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin *(International Convention on Maritime Liens and Mortgages, 1993)*[21] aksine, bu sözleşme önceden var olan ipoteklerin veya hipotezlerin veya "alıcı tarafından üstlenilen" hacizlerin korunmasını öngörmemektedir. Adli satışın yapıldığı Devletin hukukuna göre, önceden var olan bir ipotek, hipotek veya harç gemiye bağlı kalmaya devam ederse, konvansiyon anlamında "temiz mülkiyet"

---

19 (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s. 12-13, s.e.t. 27.12.2024).

20 (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s. 6-7, s.e.t. 27.12.2024).

21 (https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en, s.e.t. 27.12.2024).

verilmemiş olur ve bu nedenle konvansiyonun temel kuralı uygulanmaz. Buna karşılık, adli satışın gemideki mülkiyet hakları dışındaki hakları (örneğin, eski gemi sahibine karşı açılan bir dava ile icra edilebilecek kişisel haklar) ortadan kaldırıp kaldırmadığının temiz mülkiyetin verilip verilmediği üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bu husus 15/1(b) maddesi ile de desteklenmektedir.

IV- GEMİNİN SATIŞINA DAİR İÇ HUKUKTAKİ HÜKÜMLER

Birçok Devlette mahkemeler, gemiye veya gemi sahibine karşı açılan bir davayı karşılamak için bir geminin satışını emretme yetkisine sahiptir. Bu tür bir talep genellikle bir gemi ipoteğinin (geri ödemede temerrüde düşülmesi durumunda) paraya çevrilmesi veya gemiye karşı bir denizcilik haczinin uygulanması için açılır. Adli satış prosedürü tipik olarak geminin tutuklanmasından önce gerçekleştirilir.

Uluslararası toplum gemilerin tutuklanmasına ilişkin kuralların uyumlaştırılmasında önemli ilerlemeler kaydetmiş olsa da, gemilerin adli satışına ilişkin kuralların uyumlaştırılmasında çok daha az ilerleme kaydedilmiştir. Bu nedenle, mahkemeleri tarafından hükmedilen adli satışların usulünü ve yasal etkisini düzenleyen kuralları belirlemek her Devlete kalmıştır, ancak birçok Devlette adli satışın alıcıya "temiz mülkiyet" verme gibi bir yasal etkisi vardır (yani ipotek ve denizcilik rehni de dâhil olmak üzere daha önce gemiye bağlı olan tüm hak ve menfaatleri ortadan kaldırır). Ayrıca, yabancı adli satışların kendi yargı yetkisi dâhilindeki yasal etkisini düzenleyen kuralları belirlemek de her Devletin görevidir.

Gemilerin Adli Satışlarının Uluslararası Etkilerine İlişkin Sözleşme bu kuralları uyumlu hale getirmektedir. Başka bir deyişle, adli satışların usulünü ve adli satışların temiz mülkiyet sağladığı durumları düzenleyen iç hukuku korurken, adli satışlara uluslararası etki kazandırmak için uyumlaştırılmış bir rejim oluşturmaktadır. Konvansiyon, alıcının uluslararası seyrüsefer halindeyken gemide edindiği mülkiyete ilişkin yasal kesinlik sağlayarak, geminin piyasada çekebileceği fiyatı ve alacaklılar arasında dağıtılabilecek geliri en üst düzeye çıkarmak ve uluslararası ticareti teşvik etmek üzere tasarlanmıştır[22].

Geminin satışı, özellikle de yabancı bayraklı gemilerin satışı doktrinde ve mevzuatta hep çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmüştür. Gemilerin satışı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) 1383 ile 1388 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

TTK 1383'e göre bir sicile kayıtlı olan Türk ve yabancı bayraklı gemiler, İcra ve İflas Kanununun taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine göre, bir sicile kayıtlı olmayan Türk ve yabancı bayraklı gemiler ise, aynı Kanunun taşınırların satışına ilişkin hükümleri uyarınca paraya çevrilirler.

TTK m. 1384/1 uyarınca da: Yabancı bir sicile kayıtlı geminin satışı istenildiğinde, icra müdürü, o geminin bayrağını taşıdığı devletin konsolosluğuna bu hususu bildirir ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasını gerçekleştirmek için geminin sicil kaydını bildirmekte ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasını gerçekleştirmek için geminin sicil kaydını istemektedir. Bu düzenlemeye rağmen

[22] (https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s. 2, s.e.t. 27.12.2024).

özellikle yabancı gemilerin satışı uygulamada bir takım problemlere neden olmaktadır.

V- SÖZLEŞMENİN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Sözleşmeye göre gemi[23], satış sırasında fiziki olarak adli satışın yapıldığı Devletin sınırları içinde bulunursa, adli satış bir Taraf Devlette yapılır. Devletin sahip olduğu veya işlettiği ve adli satıştan hemen önce sadece hükümetin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan savaş gemilerine, donanma yardımcılarına veya diğer gemilere Sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır (ASS m. 3)[24].

VI- ADLİ SATIŞTAN ÖNCE SÖZ KONUSU GEMİNİN SEFERDEN MEN EDİLMESİ

Geminin adli satışından önce ortaya çıkan bir alacak için bir geminin seferden men edilmesi[25] veya gemiye karşı benzer bir önlem alınması amacıyla bir Taraf Devletin mahkemesi veya diğer adli makamı önünde bir başvuru yapılırsa, mahkeme Yabancı bir mahkeme tarafından yapılan adli gemi satışının geçerliliğine veya etkinliğine itiraz edilebiliyorsa, bu durumda adli gemi satışının geçerliliği veya etkinliği ile ilgili ihtilaflarda ***hangi mahkemenin yetkili olacağı*** sorusu ortaya çıkacaktır.

Bu soru, Great Eagle davasında, Güney Afrika Mahkemesi, böyle bir davanın görülebileceği uygun mahkemenin, itiraz edilen gemi satışının yapıldığı ülkenin mahkemesi olduğu şeklinde cevaplanmıştır. Cevap, iyi bilinen bir ilke olan *"forum non convenience"*[26] temelinde olmuştur.

Ayrıca bu soru, Birlik davasında, Çin Denizcilik Mahkemesi tarafından cevaplanmıştır. Çin Denizcilik Mahkemesi, egemenliklerin eşit olduğunu ve hiçbirinin diğeri üzerinde yargı yetkisine sahip olamayacağı ilkesini vurgulamış ve Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (DPRK) Mahkemesi tarafından satılan geminin DPRK yasalarına uygun olup olmadığını incelemenin ve yargılamanın bu Mahkemenin yetkisi dâhilinde olmadığına ve bu tür bir iddianın DPRK yasalarına uygun olarak DPRK Mahkemesine havale edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Çin Denizcilik Mahkemesi'nin yaklaşımı, öncelikle

---

23 ASS m. 1/1(b): "Gemi", kamunun denetimine açık bir sicile kayıtlı olan ve Devletin adli satış hukuku uyarınca adli satışa yol açabilecek bir tutuklama veya benzeri bir tedbire konu olabilecek herhangi bir gemi veya diğer gemi anlamına gelir.

24 Sefer, s. 115.

25 Bu kural, 80'den fazla ülke veya bölge tarafından onaylanmış veya kabul edilmiş olan 1952 tarihli Deniz Gemilerinin İhtiyaten Haczine Dair Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Sözleşmesi, **(International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Arrest of Sea-Going Ships, 1952 Arrest Convention)**'nin 2. maddesinde yer almaktadır. LI, s. 4.

26 Forum non conveniens doktrini, milletlerarası yetkiyi haiz bir ülke mahkemesinin, diğer bir ülke mahkemesinin olayla daha sıkı ilişkili olması sebebiyle olay hakkında daha iyi karar verebilecek olmasından dolayı, kendi yetkisinden feragat ederek davayı görmeyi reddetmesidir. Ekin Güler Sökmen, "Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan-II, C. 21, Y. 2019, s. 2631 vd., (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/EKIN-SOKMEN-GULER.pdf, s.e.t. 06.12.2024).

yabancı bir mahkeme tarafından yapılan satışı yalnızca hukuki bir olgu olarak nitelendirmek, ardından bu hukuki olgunun doğurabileceği hukuki etki ve/veya sonucu belirlemek için yürürlükteki hukuku uygulamak şeklinde görünmektedir.

Bu yaklaşımla, sadece yabancı bir kararın veya mahkeme emrinin tanınmasından kaçınılmamakta, aynı zamanda başka bir egemenliğin mahkemesi tarafından verilen bir kararın incelenmesi de ortadan kaldırılmaktadır. Yetki konusu ne 1967 Sözleşmesi'nde ne de 1993 Sözleşmesi'nde yer almamıştır. Yukarıdaki cevapların sorunun tek veya en iyi cevapları olup olmadığı tartışılabilir.

Bir gemi seferden men edilirse veya bir mahkeme kararıyla bir gemiye karşı benzer bir önlem alınırsa ya da bir Taraf Devletteki diğer bir adli makamın adli satışından önce ortaya çıkan bir talep için mahkeme veya diğer adli makam, adli sicil belgesinin ibrazı üzerine madde 5'te atıfta bulunulan satış üzerine geminin serbest bırakılması emredilir.

Adli satış belgesi mahkemenin veya başka bir adli makamın resmi dilinde düzenlenmemişse, mahkeme veya başka bir adli makam belgeyi düzenleyen kişiden söz konusu resmi dile onaylı bir tercümesini sunmasını isteyebilir.

Yukarıda anılan mahkeme veya diğer adli makamın, duruma göre, başvurunun reddedilmesinin veya geminin serbest bırakılmasına karar verilmesinin söz konusu Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olacağına karar vermesi halinde uygulanmaz (ASS m. 8).

VII- ADLİ SATIŞIN YAPILMA PROSEDÜRÜ

Adli satış[27], adli satışın yapıldığı Devletin kanunlarına uygun olarak gerçekleştirilir; bu kanunlar aynı zamanda adli satışa tamamlanmasından önce itiraz edilmesine ilişkin usulleri belirler ve bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda satış zamanını tespit eder. Adli satış belgesi ancak geminin adli satışından önce bir adli satış bildiriminde bulunulması halinde ASS m. 5'e[28] uygun olarak verilecektir

Bu konuya bir ***örnek vermek gerekirse***, 16 Aralık 1960 tarihinde, bir Fransız şirketinin açtığı dava üzerine, bir İtalyan şirketine ait olan İtalyan buharlı gemi Acrux İngiltere'de seferden men edilmiştir. Daha sonra, Mahkeme tarafından davaya ilişkin olarak verilen kararın yerine getirilmesi amacıyla geminin değer tespiti ve satışı emredilmiştir. Satış emri, armatörün İtalya'daki tasfiye memurunun başvurusu üzerine askıya alınmış, ancak geminin ipotek sahibi olan bir İtalyan bankasının müdahalesi sonucunda geri alınmıştır. Gemi 27 Nisan 1961 tarihinde Admiralty Marshal tarafından sattırılmıştır. Satıştan elde edilen gelir, ipotek sahiplerinin talep ettiği meblağdan daha az olmuştur. Mahkemeye daha sonra Admiralty Marshal tarafından Acrux'un alıcısının geminin istediği ülkede daimi tescilini sağlayamadığı, çünkü İtalyan Gemi

---

27 ASS m. 2/1(a): Bir geminin "adli satışı", bir geminin herhangi bir satışı anlamına gelir

28 ASS m. 5/1: Adli satışın yapıldığı Devletin kanunları uyarınca gemiye temiz mülkiyet kazandıran ve bu kanunun gereklerine ve bu Sözleşme'nin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen bir adli satışın tamamlanmasının ardından, adli satışı gerçekleştiren mahkeme veya diğer kamu makamı ya da adli satışın yapıldığı Devletin diğer yetkili makamı, kendi yönetmelik ve usullerine uygun olarak, alıcıya bir adli satış belgesi verecektir.

Sicilinden silme belgesi alamadığı, bunun da Admiralty Mahkemesinin satış kararının İtalya'da tanınmadığını kanıtladığı ve İtalyan yasalarına göre ipotek sahiplerinin sadece İtalya'da değil, başka ülkelerde bile gemi üzerinde icra prosedürü başlatabilecekleri bildirilmiştir. Bu nedenle, Mahkeme tarafından ipotek sahiplerinden, Mahkeme önündeki davada ipotek sahipleri tarafından takip edilen taleplerle ilgili olarak Acrux'a karşı yurtdışında ayni veya benzer bir işlem başlatmayacaklarına dair bir taahhüt istenmiştir. İpotek sahipleri tarafından Mahkeme'nin talep ettiği taahhüt verilmiş, ancak alıcının İtalyan Gemi Sicilinden gerekli silme belgesini alması ve geminin istediği ülkede daimi tescilini sağlaması halinde herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır (1961, 1 Lloyd's Rep., s. 405-410)[29].

ASS m. 5/3'e gereğince. Adli satış bildirimin aşağıda sayılan kişilere yapılması gerekir. Bunlar:

(a) Geminin kayıtlı olduğu gemi sicili veya eşdeğer sicil,

(b) Herhangi bir ipotek veya rehnin[30] ve tescil edilmiş herhangi bir ücretin tüm sahiplerine;

(c) Gemi Alacaklısı Hakkı *(Maritime Lien)* ile teminat altına alınan alacağın adli satışını gerçekleştiren mahkemeye veya diğer kamu makamına, adli satış Devletinin yönetmelik ve usullerine uygun olarak bildirimde bulunmuş olmaları kaydıyla, herhangi bir deniz haczinin tüm sahiplerine,

(d) Geminin o andaki sahibine ve

(e) Gemi kira sözleşmesi *(bareboat charter)*:

(i) Bareboat charter sicilinde geminin bareboat çartereri olarak kayıtlı olan kişiye ve

(ii) Gemi kirası siciline,

Adli satış ilanı, adli satışın yapıldığı Devletin kanunlarına uygun olarak verilir ve asgari olarak Sözleşme Ek'inde belirtilen bilgileri içerir (ASS m. 5/4).

Adli satış ilanının aynı zamanda, (a) Adli satışın yapıldığı Devlette mevcut olan basın veya diğer yayın organlarında ilan yoluyla yayınlanması ve (b) Yayınlanmak üzere 11. maddede[31] atıfta bulunulan havuza iletilmesi gerekir (ASS m. 5/5). Bildirimin depoya iletilmesi gerekir. Ancak, adli satış bildirimi deponun çalışma dilinde değilse, ASS ekinde belirtilen bilgilerin bu tür bir çalışma diline çevirisi eklenmesi gerekir (ASS m. 5/6).

---

29 LI, s. 9-10.

30 ASS M. 2/1(d): "İpotek veya rehin" bir gemi üzerinde yapılan ve geminin gemi siciline veya eşdeğer sicile kayıtlı olduğu Devlette tescil edilen herhangi bir ipotek veya rehin anlamına gelir.

31 ASS m. 11/2: Depo, 4. maddenin 5. paragrafı uyarınca iletilen bir adli satış bildirimini, 5. maddenin 3. paragrafı uyarınca iletilen bir adli satış belgesini veya 9. maddenin 3. paragrafı uyarınca iletilen bir kararı aldıktan sonra, bunları zamanında, alındığı biçimde ve dilde kamuya açık hale getirir. Örneğin, 1993 tarihli Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme **(International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 6 May 1993)**'nin 11. ve 12. maddeleri sırasıyla "cebri satış bildirimi" ve "cebri satışın etkileri" başlıklarını taşımaktadır. Benzer hükümler 1967 Sözleşmesi'nde de yer almaktadır. LI, s.1.

Adli satış bildiriminin yapılacağı herhangi bir kişinin kimliğinin veya adresinin belirlenmesinde aşağıdakilere dayanmak yeterlidir:

(a) Geminin kayıtlı olduğu gemi sicilinde veya eşdeğer sicilde veya bareboat charter sicilinde belirtilen bilgilere ve

(b) Gemi sicilinden veya eşdeğer sicilden farklıysa, ipotek veya rehnin veya tescilli ücretin kayıtlı olduğu sicilde belirtilen bilgilere (ASS m. 5/7).

VIII- ADLİ SATIŞTAN VAZGEÇME

Adli satışın yapıldığı Devletin mahkemeleri, bu Devlette yapılan ve gemiye temiz mülkiyet kazandıran bir adli satıştan kaçınmak veya bunun etkilerini askıya almak için herhangi bir iddia veya başvuruyu yargılamak için münhasır yargı yetkisine sahip olacaktır; bu, 5. maddede atıfta bulunulan adli satış belgesinin düzenlenmesine itiraz etmek için herhangi bir iddia veya başvuruyu da kapsayacaktır.

Bir Taraf Devletin mahkemeleri, başka bir Taraf Devlette gerçekleştirilen ve gemiye temiz mülkiyet kazandıran bir adli satıştan kaçınmak veya etkilerini askıya almak için yapılan herhangi bir iddia veya başvuruyla ilgili olarak yargı yetkisini reddedecektir.

Adli satışın yapıldığı Devlet, 5/1. madde uyarınca bir sertifika düzenlenmiş olan bir adli satışın etkilerini önleyen veya askıya alan bir mahkeme kararının, yayınlanmak üzere derhal 11. maddede atıfta bulunulan havuza iletilmesini talep eder (ASS m. 9).

IX- ADLİ SATIŞIN BİLDİRİLMESİ

Adli satış ulusal iç mevzuatı gereğince gerçekleştirilecek ve bu düzenlemeler aynı zamanda adli satışın tamamlanmasından ve bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda satış zamanının belirlenmesinden önce adli satışa itiraz prosedürlerini de sağlayacaktır[32].

Yukardaki hükme bakılmaksızın, 5. madde uyarınca bir adli satış belgesi ancak geminin adli satışından önce aşağıdaki gerekliliklere uygun olarak bir adli satış bildiriminde bulunulması halinde verilebilir.

Adli satışa ilişkin bildirim:

(a) Geminin kayıtlı olduğu gemi sicili veya eşdeğer sicile,

(b) Herhangi bir ipotek veya ipoteğin tüm sahiplerine yapılır. Herhangi bir kayıt ücreti, kayıtlı olduğu sicil ve kayıtlı olduğu Devletin yasalarına uygun olarak tescil edilmesi gereken herhangi bir belge, kamu denetimine açıktır ve sicilden alınabilir ve bu tür belgelerin kopyaları sicilden alınabilir.

(c) Ayrıca mahkemeye bildirimde bulunmuş olmaları koşuluyla, herhangi bir denizcilik haczinin tüm sahiplerine veya gemi alacaklısı hakkı ile teminat altına alınan alacağın adli satışını, adli satış Devletinin yönetmelik ve usullerine uygun olarak gerçekleştiren diğer kamu makamına;

---

[32] Sefer, s. 117.

(d) Geminin mevcut sahibine ve

(e) Gemi çıplak gemi kira siciline tescil edilmişse *(bareboat charter)*:

(i) Geminin kiracısı olarak kayıtlı kişiye ve

(ii) Kira siciline bildirim yapılmalıdır. Adli satış bildirimi geminin bulunduğu

Devletin kanunlarına uygun olarak yapılmalı ve asgari olarak Sözleşme Ek I'de belirtilen bilgileri de içermelidir. Adli satış durumu da basında ilan veya başka bir medya organında yayın yoluyla yayınlanmak üzere havuza iletilir. Havuz "Uluslararası Denizcilik Örgütü Genel Sekreteri veya Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu" tarafından belirlenen bir kurum olacaktır.

Adli satışın Sözleşmede belirlenen dilde olmaması halinde, Ek I'de belirtilen bilgilerin çalışma diline çevrilmesi gerekir.

Geminin kayıtlı olduğu sicilde yer alan bilgilerin farklı olması halinde, ipotek veya ipoteğin veya ipotekli borç senedinin kayıtlı olduğu sicilde belirtilen bilgiler adli satış bildiriminde yer almalıdır (ASS m. 4).

X- SÖZLEŞMENİN DİĞER ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERLE KIYASLANMASI

A- SÖZLEŞMENİN DİĞER ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ

Adli satış belgesinin (ASS m. 5) düzenlendiği bir adli satış, diğer Taraf Devletlerde, geminin temiz mülkiyetinin alıcıya geçmesi sonucunu doğurur (ASS m. 6).

Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, 25 Ocak 1965 tarihinde Cenova'da imzalanan İç Seyir Gemilerinin Tesciline İlişkin Sözleşme *(Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels)*[33] ve "İç Seyir Gemilerinin Haczi ve Mecburi Satışına ilişkin 2 No'lu Protokolü"nün uygulanmasını, bu sözleşme veya protokolde gelecekte yapılacak herhangi bir değişiklik de dâhil olmak üzere etkilemeyecektir.

ASS madde 4/4'e halel gelmeksizin, bu Sözleşmeye taraf olan ve aynı zamanda Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Mahkeme Dışı Belgelerin Yurtdışında Tebliğine İlişkin Sözleşme (1965)'ye taraf olan Devletler arasında, adli satış tebligatı bu sözleşmede öngörülenlerden başka kanallar kullanılarak yurtdışına iletilebilir (ASS m. 13).

B- GEMİLERİN ADLİ SATIŞINA İLİŞKİN PEKİN SÖZLEŞMESİNİN, 1999 TARİHLİ GEMİLERİN İHTİYATÎ

[33] Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels, Status, (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-4&chapter=12&clang=_en, s.e.t. 06.12.2024).

HACZİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Uluslararası yeknesaklığı sağlamak için, 14.10.1955 tarihinde, *"Deniz Gemilerinin İhtiyaten Haczine Dair Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Sözleşmesi* (1999 Sözleşmesi), **("International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Arrest of Sea-Going Ships") isimli bir de Uluslararası Sözleşme imzalanmıştır.** Türkiye'nin taraf olmadığı bu **sözleşme** 24.02.1956'da yürürlüğe girmiştir. İkinci olarak, 12.03.1999 tarihinde, *"Gemilerin İhtiyatî Haczine ilişkin Milletlerarası Sözleşme (1999 Sözleşmesi)* **(International Convention on Arrest of Ships, 1999 Geneva)**[34] akdedilmiştir[35]. Türkiye bu sözleşmeye de taraf olmuştur ve sözleşme hükümleri aynen TTK'ya da alınmıştır[36].

1999 Sözleşmesi deniz alacaklarını *(maritime claims)* saymaktadır. Ayrıca gemilerin deniz alacakları nedeniyle seferden men edilebileceği düzenlenmiştir. Alacağın, bir deniz alacağı olması, ihtiyati haciz sebebidir. Alacağın TTK 1352'nci maddede sayılan alacaklardan olması, ihtiyati haciz kararı verilmesi için gerekli ve yeterli bir sebeptir.

Deniz alacakları Sözleşmeye uygun olarak TTK 1352. maddede de düzenlenmiştir. Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesi Sözleşme, gemiyi adli satış yoluyla edinen iyi niyetli yeni gemi maliklerinin menfaatlerini korumayı ve bu kişilerin "ari mülkiyet" hakkını kazanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Pekin Sözleşmesi, bu Sözleşmede ayrıca tanımlanan "adli satışlar" ve adli satıştan sonraki sürece ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Sözleşmede ayrıca iki belgeye ilişkin kurallar öngörülmektedir. Buna göre adli satışın yapıldığı devlette bir "adli satış bildirimi" yapılması ve bir "adli satış belgesi" düzenlenmesidir. Uluslararası Denizcilik Örgütü, bu bildirimlerin ve belgelerin kamuya açık hâle getirilmesini sağlayan veri saklama havuzunu yöneterek "veri saklama makamı" olarak hareket etmeyi düzenlemektedir[37]. Bu nedenle iki uluslararası Sözleşme farklı konuları düzenlemektedirler.

C- GEMİLERİN ADLİ SATIŞINA İLİŞKİN PEKİN SÖZLEŞMESİNİN, GEMI ALACAKLISI HAKKI VE GEMI IPOTEĞI

---

34 (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025).

35 *International Convention on Arrest of Ships,* https://unctad.org/system/files/official-document/aconf188d6_en.pdf, *s.e.t. 01.09.2022;* Sözleşmenin 14'üncü maddesine göre "1) Bu Sözleşme, 10 Devletin Sözleşme ile bağlı olma rızalarını ifade ettikleri tarihten altı ay sonra yürürlüğe girecektir. 2) Yürürlüğe girme koşulları yerine getirildikten sonra bu Sözleşme ile bağlı olmaya rızasını ifade eden bir Devlet için, bu rıza, bu rızanın açıklandığı tarihten üç ay sonra yürürlüğe girecektir.";

(https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028004ce27&clang=_en, s.e.t. 20.01.2025).

36 12.03.1999 tarihinde Cenevre *(Geneva)*'de imzalanan Sözleşme, 14.09.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeye katılmayı, 02.03.2017 tarih ve 6904 sayılı Kanunla (RG, 25.03.2017, S. 30018) kabul etmiştir. 1034 S. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Konvansiyon Türkiye bakımından yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeye taraf olmuştur (RG, 03.05.2019, S. 30763 1. Mükerrer Sayılı). Sözleşme 11.12.2019 tarihi itibariyle Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu için bkz. (https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0443.pdf, s.e.t. 16.09.2024).

37 Süzel/Işıklar, s. 389.

HAKKINDA 1993 CENEVRE SÖZLEŞMESI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Türkiye, Deniz Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ile Alâkalı Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 10.04.1926 Uluslararası *(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-owned Vessels, signed at Brussels, April 10th 1926, and Additional Protocol)*[38]. Sözleşme, Brüksel'de 24 Mayıs 1934'te imzalanmıştır[39].

Bundan sonra Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi (1993 Sözleşmesi) *(The 1993 Geneva Convention On International Convention On Maritime Liens And Mortgages On Enforcement Law)* Sözleşmeye yirmi bir devlet taraftır[40]. Taraf devletler arasında Türkiye yoktur[41]. Ancak, bu Sözleşme hükümlerinin TTK'ya aynen alınması kararlaştırılmıştır[42].

Gemi alacakları, TTK Beşinci Kitap, Altıncı Kısımda 1320–327 inci maddeler arasında düzenlenmiştir. **Gemi alacaklısı hakkı** *(maritime liens)*, TTK m. 1320'de sayılan alacakları teminat altına almak üzere **gemi üzerinde tanınan bir rehin hakkıdır**. Diğer bir deyişle gemi alacağı, sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde kanuni rehin hakkı verir. **Gemi alacaklısı hakkı için icra takibi yapmaya veya dava açmaya gerek yoktur. Kanunen kendiliğinden doğar.**

Geminin seyrine konu sözleşmenin ifası için, sözleşme tarafları lehine gemi seferine devam ettiği sürece, sözleşmeden kaynaklanan alacaklar dışında üçüncü kişiler lehine de sürekli olarak bir takım alacaklar doğabilmektedir. **Bu alacaklar bakımından bizzat geminin kendisi önemli bir güvence teşkil etmektedir.** Deniz ticaretinin kendine özgü yapısı da göz önünde bulundurulduğunda, bu durum bir takım alacakların gemi bedelinden tahsili için öncelikli haklar oluşturulmasını gerektirmiştir.

Deniz ticaretinin uluslararası nitelikte olması, benzer nitelikteki alacakların farklı devletlerde de geçerli ve öncelikli alacaklar olmasını sağlayan tekdüze (yeknesak) kuralların, uluslararası hukukta düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Böylece, benzer hak ve alacaklara dair kurallar, uluslararası geçerliliğe sahip

---

38 Türkiye bu Sözleşmeye hâlen taraftır. Cüneyt Süzel, "Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesinin Cebrî İcra Hukukuna Etkileri", DEHUKAMDER, Y. 2024, C. 7, S. 2, s. 103,

(https://dergipark.org.tr/tr/pub/dehukamder/issue/89727/1563543, s.e.t. 27.02.2025); (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025); (https://unctad.org/system/files/official-document/aconf162d7_en.pdf, s.e.t. 03.03.2025); https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Status-of-the-Ratifications-of-and-Accessions-to-the-Brussels-International-Maritime-Law-Conventions.pdf, s.e.t. 04.03.2025).

39 https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20439/volume-439-i-6332-english.pdf; s.e.t. 03.03.2025).

40 (https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en, s.e.t. 03.03.2025).

41 Türkiye bu milletlerarası sözleşmeye taraf olma işlemlerini 2017 yılında başlatmasına rağmen hâlen milletlerarası sözleşmenin tarafı olmamıştır. Süzel, s. 101; (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025); (https://unctad.org/system/files/official-document/aconf162d7_en.pdf, s.e.t. 03.03.2025).

42 Süzel, s. 102.

olmaktadır. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği üzere gemiler üzerindeki rehin, ipotek ve diğer imtiyazlı haklar ilk olarak *"1926 Sözleşmesi"* ile düzenlenmiştir. Daha sonra bu sözleşmenin yerine geçmek üzere Birleşmiş Milletlerce hazırlanan *"1993 tarihli Sözleşme"* kabul edilmiştir.

TTK m. 1320 ilâ 1327 arasında düzenlenen gemi alacaklısının kanuni rehin hakkının mehazı 1993 Rehin Sözleşmesidir. TTK m. 1320'de altı bent olarak öngörülen gemi alacakları aynı zamanda TTK m. 1352 anlamında deniz alacağıdır. Türkiye hâlen 1926 Sözleşmesine taraftır. Ancak TTK hazırlanırken 1993 Sözleşmesi kaynak olarak almıştır.

TTK m. 1350/1, Cümle 1 gereğince cebrî icraya ilişkin bütün işlem ve tasarruflar geminin bu işlem ve tasarrufun yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Doktrinde bir görüşe göre cebrî satışın gerçekleştiği yabancı ülke hukukuna göre geminin fiilen satışı esnasında o ülkede bulunmasının şart koşulmaması durumu *forum shopping*[43] teşkil edecek Türk icra hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayacaktır. Türk gemisinin yabancı bir devlette cebrî icra yoluyla satışının Türk kamu düzenini ihlal etmesi hâlinde satışın Türkiye'de sonuç doğurmaması sonucuna varılabilecektir[44]. Bu itirazların Türk kamu düzenini ihlal etmesi hâlinde ileri sürülebileceğini belirtmeliyiz. Ancak Türkiye'nin Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesi'ne taraf olması halinde Sözleşme hükümleri iç hukuk kuralı haline geleceğinden satışın Türk kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesi ile itirazda bulunulamayacaktır.

Yabancı bayraklı gemi üzerinde ihtiyati haciz kararı bakımından Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin kurulabilmesi için TTK m. 1355'te öngörülen yer mahkemesi çevresi içinde geminin kara ile bağlantı kurması ve uğraksız geçiş yapmaması gerekmektedir. Yabancı bayraklı gemiler için verilecek ihtiyati haciz kararı bakımından; Türk mahkemelerinin TTK m. 1355 anlamında yargı yetkisinin kurulamaması, gemi alacaklarının tâbi olduğu bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemesini durdurmamalıdır. Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesi ise gemilerin satış prosedürünü düzenlemektedir. Bu iki uluslararası Sözleşmenin farklı oldukları görülmektedir[45].

SONUÇ

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından toplanan, Uluslararası Denizcilik Örgütü Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 35 (IV) sayılı kararı uyarınca, "Gemilerin Adli Satışının Uluslararası Etkilerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 07 Aralık 2022 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından

---

43 Anglo-Amerikan kaynaklı olan bir devletler özel hukuku terimidir. Forum shopping, bir tarafın kendi lehine en iyi sonucu alabileceği mahkemede dava açmasını ifade eder. Taraf, açacağı davanın sonuçları bakımından çeşitli ülkeleri karşılaştırır ve menfaatine en uygun mahkemede davasını ikame eder. (https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/forum%20shopping, s.e.t. 03.02.2025).

44 Süzel, s. 132.

45 Süzel, s. 132.

hazırlanmış ve imza ile kabule açılmıştır. Sözleşme, "Gemilerin Adli Satışına[46] İlişkin Pekin Sözleşmesi" olarak da bilinmektedir.

Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiş olup, UNCITRAL sekretaryası, Sözleşmeyi inceleyen veya uygulayanlara yardımcı olmak amacıyla, sözleşme hakkında madde madde ayrıntılı açıklamalar içeren açıklayıcı bir not da hazırlamıştır. Genel Kurul 07.12.2022 tarihinde aldığı kararla denizcilik ve seyrüsefere ilişkin uluslararası yasal çerçeveyi güçlendirmek isteyen hükümetlere ve bölgesel ekonomik entegrasyon örgütlerine Sözleşmeye taraf olmayı değerlendirmeleri çağrısında bulunmuştur.

Sözleşme, adli satış usulünü ve adli satışın temiz mülkiyet sağladığı durumları düzenleyen iç hukuku korurken, adli satışlara uluslararası etki kazandırmak için uyumlaştırılmış bir rejim oluşturmak, amacı taşımaktadır.

Sözleşmeye göre gemi, satış sırasında fiziki olarak adli satışın yapıldığı Devletin sınırları içinde bulunursa, adli satış bir Taraf Devlette yapılır. Devletin sahip olduğu veya işlettiği ve adli satıştan hemen önce sadece hükümetin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan savaş gemilerine, donanma yardımcılarına veya diğer gemilere Sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır.

Geminin adli satışından önce ortaya çıkan bir alacak için bir geminin seferden men edilmesi veya gemiye karşı benzer bir önlem alınması amacıyla bir Taraf Devletin mahkemesi veya diğer adli makamı önünde bir başvuru yapılırsa, mahkeme Yabancı bir mahkeme tarafından yapılan adli gemi satışının geçerliliğine veya etkinliğine itiraz edilebiliyorsa, bu durumda adli gemi satışının geçerliliği veya etkinliği ile ilgili ihtilaflarda hangi mahkemenin yetkili olacağı sorusu ortaya çıkacaktır.

Adli satış, adli satışın yapıldığı Devletin kanunlarına uygun olarak gerçekleştirilir; bu kanunlar aynı zamanda adli satışa tamamlanmasından önce itiraz edilmesine ilişkin usulleri belirler ve bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda satış zamanını tespit eder. Adli satış belgesi ancak geminin adli satışından önce bir adli satış bildiriminde bulunulması halinde ASS madde 5'e uygun olarak verilecektir.

Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, İç Seyir Gemilerinin Tesciline İlişkin Sözleşme (1965) ve İç Seyir Gemilerinin Haczi ve Zorla Satışına ilişkin 2 No.lu Protokolünün uygulanmasını, bu sözleşme veya protokolde gelecekte yapılacak herhangi bir değişiklik de dâhil olmak üzere etkilemeyecektir.

İç hukukta, geminin satışı, özellikle de yabancı bayraklı gemilerin satışı doktrinde ve mevzuatta hep çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmüştür. Gemilerin satışı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1383 ile 1388 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK 1383 uyarınca, bir sicile kayıtlı olan Türk ve yabancı bayraklı gemiler, İcra ve İflas Kanununun taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine göre, bir sicile kayıtlı olmayan Türk ve yabancı bayraklı gemiler ise, aynı Kanunun taşınırların satışına ilişkin hükümleri uyarınca paraya çevrilecektirler. TTK m. 1384/1 uyarınca da: Yabancı bir sicile kayıtlı geminin satışı istenildiğinde, icra müdürü, o geminin bayrağını taşıdığı devletin konsolosluğuna bu hususu bildirmekte ve mükellefiyetler listesinin

[46] Black's Law Dictionary'e göre, "zorunlu satış" terimi şu anlama gelmektedir: "1. İcra satışı, 2. Bir borçlunun mali sıkıntı veya alacaklının bir eylemi nedeniyle aceleyle yaptığı satışı" ifade eder. Garner, p. 1365.

hazırlanmasını gerçekleştirmek için geminin sicil kaydını istemektedir. Bu düzenlemeye rağmen özellikle yabancı gemilerin satışı uygulamada bir takım problemlere neden olmaktadır.

Deniz Gemilerinin İhtiyaten Haczine Dair Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Brüksel Sözleşmesi ve Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ile Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesi karşılaştırıldığında Gemilerin Adli Satışına İlişkin Pekin Sözleşmesinin gemilerin satış prosedürünü düzenlediği görülmektedir. Bu iki uluslararası Sözleşmenin, Pekin Sözleşmesinden farklı oldukları görülmektedir.

Gerçi 2004 sayılı İcra İflas Kanunun 132 maddesinde açıkça,

"Alacak bir taşınmaz ile temin edildikten sonra borçlu o taşınmaz üzerinde alacaklının rızası olmaksızın bir irtifak hakkı yahut bir taşınmaz mükellefiyeti tesis ederse bu tesis alacaklının hakkına tesir etmez ve alacaklı taşınmazın o hak ile birlikte veya o haktan ari olarak artırmağa çıkarılmasını isteyebilir.

Taşınmaz haktan ari olarak satılıp ta bedeli alacaklının alacağından fazla çıkarsa o hakkın takdir edilecek kıymeti ödenmek üzere bedelin fazlası hak sahibine tahsis edilir.

İpotek yapılmış olan taşınmazı borçlu alacaklının rızası olmaksızın başkasına kiraya verir ve keyfiyeti tapuya tescil ettirirse bu tescil ipotekli alacaklının hakkına tesir etmez.

Bu hüküm haczedilmiş olan taşınmazlarda da caridir."

denilmiş ve gemilerin satışı gemileri de kapsamasına rağmen, taşınmazlar ibaresine Türk ve Yabancı bayraklı gemilerin de dâhil olduğu ibaresini koymak yerinde olacaktır.

Türkiye'nin de bu sözleşmeye taraf olması ve mevzuatına Sözleşme hükümlerini yansıtması faydalı olacaktır. Yalnız Türkiye'nin bu Sözleşmeye taraf olmaya karar vermesi halinde, Sözleşmeyi imzalarken gemi alacaklısı hakkı olarak tanınan ipotek hakkı ve tersanecinin ipotek haklarının sona ermeyeceği, bu hakların saklı olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir çekince ile iç hukuk ile Sözleşme hükümleri arasındaki paralellik sağlanabilir. Bu uluslararası hukuki düzenlemeye katılmakla özellikle gemilerin yurtdışında satışı konusunda uluslararası hukukla paralellik sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

Garner B A, Black's Law Dictionary, 11th Edition, Thomson Reutors, London 2019.

Ekin G S, "Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan-II, C. 21, Y. 2019, ss. 2629-2658, (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/EKIN-SOKMEN-GULER.pdf, s.e.t. 06.12.2024).

LI HAI, Henry, "A Brief Discussion on Judicial Sale of Ships", https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/A-Brief-Discussion-on-Judicial-Sales-of-Ships.pdf, s.e.t. 02.12.2024).

Sefer N, Gemilerin Yurt Dışında Cebrî İcra Yoluyla Satışları ve Bunların Tanınmasına Dair Milletlerarası Sözleşme Taslağı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, "Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi", İstanbul 2020, (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=9zY1QKRE5wXkrla2cdw7sg&no=8KaXlL4ofAc64l-Nw_cG8A, s.e.t. 27.02.2025).

Süzel C, "Gemi Alacaklısı Hakkı Ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesinin Cebrî İcra Hukukuna Etkileri", DEHUKAMDER, Y. 2024, C. 7, S. 2, ss. 101-171, (https://dergipark.org.tr/tr/pub/dehukamder/issue/89727/1563543, s.e.t. 27.02.2025).

Süzel C/Işıklar G K, "Gemilerin Adli Satışının Milletlerarası Etkilerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships)", Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 2, S. 2, ss. 389-420, (https://www.jurix.com.tr/article/36838?u=0&c=0, s.e.t. 27.02.2025).

(https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v22/029/14/pdf/v2202914.pdf, s.e.t. 27.12.2024).

Genel Kurul Kararları, (https://uncitral.un.org/en/judicialsaleofships/status, s.e.t. 02.12.2024).

Status, (https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Status-of-the-Ratifications-of-and-Accessions-to-the-Brussels-International-Maritime-Law-Conventions.pdf, s.e.t. 04.03.2025).

(https://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/Pages/IMOinUN-default.aspx, s.e.t. 31.10.2024).

Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels, Status, (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-4&chapter=12&clang=_en, s.e.t. 06.12.2024).

(https://dergipark.org.tr/tr/pub/dehukamder/issue/89727/1563543, s.e.t. 27.02.2025).

(https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025).

(https://unctad.org/system/files/official-document/aconf162d7_en.pdf, s.e.t. 03.03.2025).

(https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Status-of-the-Ratifications-of-and-Accessions-to-the-Brussels-International-Maritime-Law-Conventions.pdf, s.e.t. 04.03.2025).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde gerekçesi. (https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0443.pdf, s.e.t. 16.09.2024).

(https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en, s.e.t. 27.12.2024).

(https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025).

(https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025).

(https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en, s.e.t. 27.02.2025).

(https://unctad.org/system/files/official-document/aconf162d7_en.pdf, s.e.t. 03.03.2025).

(https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20439/volume-439-i-6332-english.pdf; s.e.t. 03.03.2025).

(https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en, s.e.t. 03.03.2025).

(https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/forum%20shopping, s.e.t. 03.02.2025).

Status, (https://uncitral.un.org/en/judicialsaleofships, s.e.t. 31.10.2024).

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN UYGUN OLMAYAN TALİMAT İLE BAĞLILIĞI

Contractor's Compliance with Improper Instructions Within the Scope of the Construction Contract

Doç. Dr. Betül TİRYAKİ ÖZLÜK*

Öz: Eser sözleşmesinde, işin uzmanı kabul edilen yüklenicinin sözleşmenin niteliği gereği iş sahibinin talimatlarıyla bağlı kılınması beraberinde birtakım problemler getirmekte, özellikle iş sahibinin uygun olmayan talimatı konusunda uyarılmasına rağmen işe aynı şekilde devam konusunda ısrar etmesi halinde bu talimata uyma yükümlülüğünün olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. TBK m. 476 hükmünün sadece ayıp sorumluluğunu ortadan kaldıran düzenlemesi karşısında, yüklenicinin talimata uymak ve işe devam etmek zorunda olduğu sonucuna varılabilir. Ancak, hükümde yüklenicinin ayıplı olacağını bile bile işe devam etmek zorunda olup olmayacağı, bu durumun işleri geçici süreyle durdurmayı sağlayacak bir def'i hakkı sağlayıp sağlamayacağı veya haklı nedenle fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı konusunda açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce farklı gerekçelere dayansa da yargı kararlarından yola çıkılarak bu imkânlar yükleniciye sağlanabilir. Ancak nihai olarak yüklenicinin içinde bulunduğu belirsizliği ortadan kaldıracak açık bir düzenleme getirilmeli, Alman hukukunda VOB/B (die Verdingungsordnungen für Bauleistungen) düzenlemesinde olduğu gibi yükleniciye işe devam etmeme ve edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınma hakkı tanınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, İş Sahibinin Talimatı, Uygun Olmayan Talimat, Yüklenicinin Talimat ile Bağlılığı, Uygun Olmayan Talimat Karşısında Yüklenicinin Hakları.

Abstract: In construction contracts, holding the contractor, who is considered the expert on the work, bound by the employer's instructions due to the nature of the contract, brings about certain problems. In particular, the question arises as to whether the contractor has an obligation to comply with an instruction if the employer insists on proceeding with the work in the same manner despite being warned about the inappropriateness of that instruction. Article 476 of the Turkish Code of Obligations (TBK) only addresses the elimination of liability for defects, which could lead to the conclusion that the contractor is obligated to follow the instructions and continue the work. However, the provision does not clarify whether the contractor is obligated to continue the work even knowing it will be defective, whether this situation provides a defense allowing temporary suspension of work, or whether it constitutes grounds for termination with just cause. In our opinion, based on court decisions, albeit grounded on different reasons, these options can be afforded to the contractor. Ultimately, however, a clear provision should be introduced to eliminate the ambiguity faced by the contractor, granting them a "right to object" similar to the VOB/B (die Verdingungsordnungen für Bauleistungen) provision in German law.

Key Words: Construction Contract, Client's Instructions, Incorrect instruction, Contractor's Obligation to Follow Instructions, Contractor's Rights in the Face of Improper Instructions

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, btiryaki@etu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-8241-4535 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676922
Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 10.03.2025

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, iş görme borcu doğuran sözleşmelerin başında gelir. TBK m. 470 uyarınca, "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser[1] meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." Yüklenici aynı zamanda meydana getirdiği eseri teslimi de borçlanmaktadır. Bu yönüyle satış sözleşmesine benzese de, satıştan farklı olarak burada eser, iş sahibinin ihtiyacı doğrultusunda onun talimatlarına göre şekillendirilmekte, standart bir üretimden ziyade kişiye özel bir eser meydana getirilmektedir.

Yüklenicinin, iş sahibinin verdiği talimatlara uygun şekilde eseri meydana getirme, diğer bir ifadeyle sözleşme ile amaçlanan sonucu elde etme yükümlülüğünü yerine getirmesi ise, az çok belli bir zaman alacak bir süreci[2] gerektirmektedir. Kanun koyucu ifaya hazırlık faaliyetinin alacağı bu süreci dikkate alarak yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma, araç, gereç ve malzeme sağlama, işin her aşamasında karşılaşılan olumsuzlukları iş sahibine haber verme (genel bildirim) gibi yan yükümlülüklerine ilişkin düzenleme de getirmiştir.

İş sahibinin bedel ödeme yükümlüğüne karşılık, yüklenicinin ağır yükümlülükler altına sokulması onun işin uzmanı, iş sahibine nazaran işi bilen kişi olarak kabul edilmesiyle[3] açıklanabilir. Ancak, yüklenicinin işin uzmanı kabul edilmesine rağmen sözleşmenin niteliği gereği iş sahibinin talimatlarıyla bağlı kılınması beraberinde bazı problemleri getirmekte, özellikle talimatın eksikliği veya yanlışlığı karşısında yüklenicinin nasıl hareket edeceği sorusunun sorulmasına neden olmaktadır. Yüklenicinin öncelikle genel bildirim yükümlüğünü yerine getirmesi gerekir. Bu yükümlülük kapsamında yüklenici, iş sahibinin verdiği talimatı, teslim ettiği arsayı, plan ve projeyi, malzemeyi kontrol etmeli, sözleşme konusu işe elverişli ve uygun olup olmadığını araştırmalı, tespit ettiği olumsuzlukları iş sahibine bildirmelidir. Kanun koyucu, yüklenicinin bildirimi gerçekleştirdikten sonra ne şekilde hareket edeceği konusunda açık bir hüküm sevk etmemiştir. Yüklenici, bu aşamayı takiben nasıl hareket edecektir? Uyarma yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra iş sahibinin yeni bir talimat vermesini mi bekleyecektir? Bu süre içinde işe devam edebilecek mi? İşi

---

1 Eser kavramından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Türk-İsviçre ve Alman hukukunda hâkim görüş, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesinin eserden bahsedilebilmesi için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bağımsız bir hukuki varlık olarak ortaya çıkmayan ve bir bütün oluşturmayan insan emeği sonuçları eser olarak nitelendirilmeye elverişli değildir. Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl.2019, Rn. 3123-3124; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Eren, Özel Hükümler), N. 2015; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Ozel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı Basım, Istanbul, 2010 s. 4 vd.; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara ,2022, s. 443 vd. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/ Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 986; Mustafa Reşit Karahasan, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1997, s. 64; Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 487 vd.; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 760; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul, 1977 (Tunçomağ, Özel), s. 963; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2012, s. 4 vd.

2 Tunçomağ, Özel, s. 955; Huguenin, Rn. 3124-3125.

3 Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N. 1593.

durdurabilecek veya işe bir süre ara verebilecek midir ve bu sürede bedel hakkına sahip olacak mıdır? Nihayetinde, talimatının yanlışlığı konusunda uyarılmasına rağmen iş sahibinin, işe aynı şekilde devam konusunda ısrar etmesi halinde bu talimata uyma yükümlülüğü devam edecek midir? Bu son soru TBK m. 476'da "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz." hükmü ile yetersiz şekilde cevaplanmış sayılabilir. Bu hüküm dikkate alındığında, iş sahibi kendisi tarafından verilen talimatlarla ilgili bildirime rağmen yükleniciden işe devamı istemiş, talimatında herhangi bir değişiklik yapmadan ısrar etmişse, yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Ancak hüküm bundan daha fazlasını düzenlememiş, bu halde yüklenicinin ayıplı olacağını bile bile işe devam etmek zorunlu olup olmayacağı, bu durumun işleri geçici süreyle durdurmayı sağlayacak bir def'i hakkı sağlayıp sağlamayacağı veya haklı nedenle fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı konusunda açıklama yapmamıştır. Çalışmamızın amacı bu soruların cevaplarını karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerini de inceleyerek bulmak ve çözüm önerileri getirmektir. Bunun için öncelikle yüklenicinin talimatla bağlılığı, yanlış veya eksik talimat karşısında bildirim yükümlülüğü ele alınacak, daha sonra yüklenicinin bildirim sonrasında seçenekleri değerlendirilecektir.

I. YÜKLENİCİNİN UYGUN OLMAYAN TALİMATI BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. TALİMAT KAVRAMI

Talimat, sözleşmeye ilişkin konularda yükleniciye verilen bağlayıcı emir olarak tanımlanmakta,[4] bağlayıcı olmayan tavsiye ve öneriler talimat niteliği taşımamaktadır.[5] Bununla birlikte, talimatların sadece yükleniciye iletilen birtakım söz veya yazılardan ibaret olduğu düşünülmemelidir. Ayrıca, işin kapsamına ilişkin yönergeler, özellikle eser sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunu oluşturan inşaat sözleşmelerinde eserin imaline başlamadan önce hazırlanan plan ve projeler "talimat" kavramının kapsamında değerlendirilmelidir.[6] Bir kısım talimatlar edim sonucunu hedefler; binanın yapılacağı arsayı, işin yürütülmesi için gereken süreci, malzemeyi, kalite gerekliliklerini ve performans parametrelerini kapsar. Bazı talimatlar ise daha spesifik bilgiler içeren planlar, inşaat yöntemi, statik, çalışma yöntemi gibi genellikle mimarlar ve mühendisler tarafından verilen teknik talimatlardır. Hedef talimatlar genellikle ihale belgelerinde bulunur ve "şartnamelerin"

---

4 BGE 119 II 127, E. 4.a; Gauch, N. 1923; Eren, Özel Hükümler, N. 2164.

5 Aral/Ayrancı, s. 488; Eren, Özel Hükümler, N. 2164; Klaus D Kapellmann/Burkhard Messerschmidt/ Claus von Rintelen, VOB Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage, 2022, VOB/B § 9 Kundigung durch den Auftragnehmer (Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB/B, § 9), Rn. 119.

6 Gauch, N. 1934; Thomas Siegenthaler/ Roland Hürlimann, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016, s. 614, N. 1; N. 2.

konusunu oluşturur. Teknik talimatlar ise genellikle işin yapımı sırasında sözlü veya yazılı olarak verilen plan ve projelerdir.[7]

Talimatlar, esere veya eserin yapımına ilişkin olabileceği gibi, malzeme ve alt yüklenicinin katılımına[8] yönelik de olabilir. Ayrıca, iş sahibinin eserin tasarımı[9], çalışma yöntemi, işin sırası veya alt yükleniciler arası koordinasyona ilişkin talimat vermesi de mümkündür.[10]

İş sahibinin somut ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir sonucun elde edilmesine hizmet etmeyi hedefleyen eser sözleşmesinde, yüklenicinin iş sahibinin talimatları doğrultusunda eseri şekillendirmesi ve ilerletmesi şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde talimatla bağımlılık hizmet sözleşmesinde olduğu kadar sıkı görülemez. Hizmet sözleşmesinde, işçi edimini, işverenin gözetimi altında ve ona bağlı olarak ifa eder. Bu anlamda, işçi ne edimi kendisi organize edebilmekte ne de faaliyetini planlayabilmektedir.

Yüklenici işçiye oranla, daha bağımsız çalışır.[11] Eserin meydana getirilmesi için gerekli olan aletlerin seçimi, işin düzenlenmesi ve yardımcı kişilerin belirlenmesi gibi konularda özgürdür.[12] Dolayısıyla, iş sahibi ancak yükleniciye ait olan yönetim hakkını ihlal etmeden, işin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi için gerekli olan talimatları verebilecektir.

Aksini kabul, her şeyden önce yüklenicinin işin uzmanı olarak görülmesi ile bağdaştırılamaz. Nitekim her iki sözleşmede iş görenlerin sorumluluğu farklı şekilde düzenlenmiş, yüklenicinin göstermek zorunda olduğu özenin derecesi işçiye nazaran ağırlaştırılmış, yüklenicinin özen derecesinin tespitinde tecrübeli ve uzman bir kimsenin hareket tarzı kriter olarak benimsenmiştir. TBK m. 471'de, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılması yerine, yüklenicinin, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınacağının kabul edilmesi bu durumu açıkça gösterir. Yüklenicinin iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması gerektiği düşünüldüğünde de, işçiye göre talimat alma konusunda daha bağımsız ve buna göre de sorumluluğunun daha ağır takdir edilmesi uygun görülmektedir.[13] Nitekim, hizmet sözleşmesinde işçi, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak ifa ettiği iş görme ediminin sonucundan, kural olarak işverene ve üçüncü şahıslara karşı ayıp nedeniyle sorumlu bulunmamasına karşın, yüklenici sorgulamaksızın talimata uyduğu ve ayıplı bir eserin ortaya çıkmasına neden olduğunda halen sorumludur.

---

7 BGE 95 II 44; Gauch, N. 1394.

8 BGE 116 II 305.

9 BGE 116 II 456; 95 II 44.

10 Theodor Bühler, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zum Obligationrecht Art. 363-379 Zürich, 1998 (Bühler-ZK OR Art 369), N. 28-30.

11 Tandoğan, s. 36; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 554.

12 Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara, 1968, s. 56; Alper, Uyumaz, "Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayrıştırılması", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 501-530, s. 521.

13 Tandoğan, s. 54.

Sonuç itibarıyle, yüklenici hizmet sözleşmesindeki kadar olmasa da iş sahibinin talimatlarıyla kural olarak bağlıdır ve bu talimatları uygulamakla yükümlüdür.[14] Talimatla bağlılık, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ)'nin[15] birçok maddesinde yer bulmakta, yüklenicinin iş sahibi tarafından verilecek talimatlara uymakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Örneğin, YİGŞ m. 9/9'a göre, "iş yerlerinde güvenlik ve düzenin sağlanması için idare tarafından verilen talimata yüklenici uymak zorundadır." YİGŞ m. 11/4-a uyarınca "yüklenicinin yapacağı uygulama projeleri,...idare tarafından kendisine verilen ...talimatlara, esaslara, fen ve sanat kurallarına uygun olarak iş programını aksatmayacak şekilde hazırlanır." YİGŞ m. 15/1'e göre, "yüklenici bütün işleri yapı denetim görevlisinin, sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır." YİGŞ m. 15/6 uyarınca "...kendisine yazılı olarak verilen talimat üzerine, belirlenen süre içinde söz konusu iş kısımlarını ayrıca bir bedel istemeksizin yıkıp yeniden yapmak zorundadır." İdare tarafından talimatların yerine getirilmesi için bazı hallerde süre de verilmektedir. YİGŞ m. 25'e göre, yüklenici, edimini eksik veya ayıplı ifa etmesi halinde idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır. Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini talep eder. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

B. UYGUN OLMAYAN TALİMAT

1. Kavram

Yüklenici kural olarak talimatlarla bağlıdır.[16] Kanunda açık bir hüküm sevk edilmiş olmasa da sözleşmenin niteliği gereği yüklenicinin iş sahibi tarafından verilen talimatlara uygun davranması gerekir. Bununla birlikte, benzer bir sözleşme olan hizmet sözleşmesinde işçilerin dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde talimatlara uyma yükümlülüğü bulunduğu düzenlenmiştir (TBK m. 399). Eser sözleşmesine nazaran daha sıkı bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu bu sözleşmede dahi işçinin her koşulda talimat ile bağlı olmadığı, sınırın "dürüstlük kuralı" ile çizildiğine dikkat çekmek gerekir. Buna göre, eser sözleşmesinde de yüklenicinin her koşulda talimat ile bağlı olacağı savunulamaz.

Talimatın, uygun olmaması halinde yüklenici bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Talimatın, edimin sözleşmeye uygun şekilde ifasına hizmet etmediği, yerine getirilmesi durumunda borçlanılan edimin hiç veya gereği gibi ifa edilememesine neden olması halinde uygun olmadığı kabul edilmektedir. Bir talimatın uygun olup olmadığı dürüstlük kuralı dikkate

---

14 Klaus D Kapellmann/Burkhard Messerschmidt/ Dieter Merken, VOB Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage, 2022, VOB/B § 4 Ausführung (Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, § 4), Rn. 37.

15 https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx.

16 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 27; Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen, 2015, N. 53.

alınarak belirlenecek olsa da, yüklenicinin öznel değerlendirmesi de önem taşımaktadır.[17] Yüklenicinin söz konusu talimatları aldığında özellikle, talimatın sözleşmenin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini engelleyecek ölçüde yanlış, uygunsuz, verimsiz veya tehlikeli olması[18] ve uyarıya rağmen iş sahibinin talimata bağlı kalınması konusunda ısrar etmesi halinde, yüklenicinin talimat ile bağlı olup olmayacağı sorgulanmalıdır. Kanun koyucu ilgili düzenlemelerde sadece yüklenicinin bildirim yükümlülüğü olduğunu belirtmekle yetinmiş, bu yükümlüğünü yerine getirdikten sonra işe devam edip etmeyeceği konusunda açık bir hüküm sevk etmemiştir. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen talimata bağlı kalması konusunda ısrar edildiğinde doğacak sonuçlardan kurtulacağı gerekçe gösterilerek bu sorunun cevaplanmasının bir önemi olmadığı savunulabilir. Ancak, sözleşmeye aykırı sonucun ortaya çıkacağını bile bile işe devam edilmesinin dürüstlük kuralı ile ne derece bağdaşacağı tartışmaya değerdir.

Uygun olmayan talimat karşısında yüklenicinin içine düştüğü belirsiz durum, yükleniciye hukuka ve tekniğe uygun bulmadığı talimatların uygulamasına itiraz ederek, işe devam etmeme ve edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınma hakkı tanınmak suretiyle ortadan kaldırılabilmelidir. Bu halde yüklenici talimatın değiştirilmesine veya düzeltilmesine kadar işe bir süre ara verebilmeli, hatta, yüklenici sadece bu sebeple bile sözleşmeye haklı olarak son verebilmelidir. Nitekim, ayrıntılarına aşağıda yer vereceğimiz Alman hukuku düzenlemelerinde yüklenici sözü edilen imkânlara sahip kılınmıştır.

Yüklenicinin uygun olmayan talimatlar karşısında korunmasının temel nedeni iş sahibinin "kusurlu" davranmasıdır. İş sahibinin konunun uzmanı olarak kabul edilen yüklenicinin uyarısına aldırış etmemesi ve talimatında değişiklik yapmaksızın işe devam konusunda ısrar etmesi başlı başına kusur olarak değerlendirilmektedir.[19] Ancak burada iş sahibinin kusuru, dar anlamda kusur olarak görülmemekte, kusurlu davranışın iş sahibine yükletilebilen herhangi bir nedene dayanması yeterli kabul edilmektedir.[20] Gerçekten de, TBK m. 476 (Art. 369 OR)'nın başlığında "kusur"dan değil "sorumluluk"tan bahsedilmektedir. Ayrıca, hükmün, TBK m. 472/III (Art. 365 Abs. 3 OR) ve TBK m. 483/III (Art. 376 Abs. 3 OR) ile sistematik bağlantısı bu sonucu haklı çıkarmaktadır.[21] Ayıp nedeniyle doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluk niteliğinde olması da kusurun iş sahibine yükletilebilen nedenleri kapsayacak genişlikte anlaşılmasına elverişlidir. Yüklenicinin eserin ayıplı hale gelmesinde kusuru olmasa dahi sorumlu tutulması, iş sahibinin yükümlülükleri bakımından da aynı sonucun kabul edilmesini gerektirir. Bu kabul her şeyden önce tarafların edimleri arasındaki synallagma ilişkisinin sonucudur. Sözleşmenin ifasında iş sahibi tarafından yapılan herhangi bir müdahale ve "iş sahibinin risk alanından"[22] gelen herhangi bir etki, kural olarak yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi veya zamanında ifasını engelleyebilir.

---

17 Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, § 4, Rn. 35.

18 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 11.

19 Gauch, N. 1938.

20 Koller, N. 42; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 17; Yavuz/Acar/Özen, s. 1031; Gümüş, s. 59; Eren, Özel Hükümler, N. 2177.

21 Koller, N. 42; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 17.

22 BGE 116 II 311.

2. Bildirim Yükümlülüğü

Yüklenici, TBK m. 472 (Art. 365 OR) uyarınca, eseri meydana getirdiği sırada iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin veya eserin yapılması için gösterilen yerin ayıplı olduğunun anlaşılması veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkması halinde durumu derhal iş sahibine bildirmek zorundadır. İş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini engelleyecek veya ifayı geciktirecek nitelikte olan yanlış veya eksik talimat verdiği haller de bu kapsamda değerlendirilmektedir.[23] Ayrıca, TBK m. 483 uyarınca, eserin iş sahibi tarafından sağlanan malzeme, arsa veya iş sahibinin talimatı nedeniyle yok olması durumunda da yüklenici doğabilecek olumsuz sonuçları bildirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün bulunduğu haller bunlarla sınırlı olmayıp ayrıca artacak maliyetlerin önüne geçilmesine yönelik TBK m. 482/I ve TBK m. 480/II hükümleri çerçevesinde de yüklenicinin iş sahibini uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bildirim, yüklenicinin iş sahibinin talimatına karşı bu talimatın geri çekilmesi veya değiştirilmesi amacıyla çekince koymasıdır.[24] Hukuki niteliği itibariyle bir irade açıklaması olarak görülmemekte, yüklenicinin sadece düşünce açıklamasında bulunduğu belirtilmektedir.[25] Federal Mahkeme ise bildirimin irade açıklaması olduğu görüşündedir.[26] Bildirimin iş sahibine (veya iş sahibinin yetkili yardımcısına) yöneltilmesi, talimatın hatalı olduğunu ve bu talimata uyulması durumunda eserde bir ayıp ortaya çıkabileceği veya ifanın gecikebileceği konusunda açıklama içermesi gerekir (TBK m. 476, Art. 369 OR). Buna karşılık, yüklenicinin teknik olarak farklı bir şekilde hareket edeceğine veya farklı bir alt yüklenici tercih edeceğine dair genel çekincesi, açıklanan anlamda bir uyarı olarak anlaşılmamaktadır.[27] Bu tür çekinceler, ancak yüklenicinin sözleşmeye konu olan işin başarısı açısından talimatı eleştirdiği, en azından öngörülen şekilde hareket edilmesi halinde ifanın gereği gibi yapılamayacağı konusunda endişelerini dile getirdiği takdirde bir uyarı oluşturabilir. Dolayısıyla, başka bir davranış şekline ilişkin basit bir bilgilendirme veya yüklenicinin inisiyatifinde kalsaydı nasıl hareket edeceğine dair açıklama yeterli değildir.[28]

Yüklenicinin bildiriminde açık ve net bir şekilde verilen talimatın yanlışlığı ve yol açabileceği sonuçları konusunda iş sahibine bilgi vermesi büyük önem taşır. Öyle ki, iş sahibi bu bildirimi aldığında talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin doğacak sonuçlardan sorumlu olmayı reddettiğini anlayabilmelidir.[29] Yüklenicinin yapacağı bildirimde talimatın eserin ayıplı olmasına yol açacağını açık ve net bir şekilde göstermesi, kural olarak, talimatın gerektirdiği uygulamanın sorumluluğunu reddettiği anlamına gelmektedir.[30] Bununla birlikte, yüklenicinin, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde

---

23 Tandoğan, s. 50; Siegenthaler/ Hürlimann, s. 614, N. 1; Aral/Ayrancı, s. 468.

24 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 41.

25 Eren, Özel Hükümler, N. 2169; Tandoğan, s. 211.

26 BGE 95 II 50.

27 BGE 116 II 305, E. 2.c.b; Siegenthaler/Hürlümann, 615, N. 4; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 42; Gauch, N. 1940.

28 BGE 116 II 308; Gauch, N. 1940; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 44.

29 BGer 4C.452/1999, E. 2.b.; Gauch, N. 1938.

30 BGE 4C.452/1999 E 2b.

ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar hakkında iş sahibini uyarması gerekmez. İş sahibinin talimatı ile ilgili somut ve mesleki bir eleştiride bulunması yeterli olur.[31]

Genel bildirim yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülük, yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma yükümlülüğünün başka bir görünümü olarak kabul edilmektedir.[32] Eserin meydana getirilmesi sürecinde aslında iş sahibinin sorumluluğunda olan[33] proje ve planların hazırlanması, masrafların hesaplanması, iklim şartları, arazi yapısı gibi dikkate alınması gereken ön koşulların araştırılmasına ilişkin tüm faaliyetler, yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu kapsamındadır. Bu tür faaliyetler iş sahibi tarafından gerçekleştirilse dahi, uyarma yükümlülüğü çerçevesinde yüklenici iş sahibinin teslim ettiği arsayı, plan ve projeyi, malzemeyi kontrol etmek, uzman bir kişi olarak bunların sözleşme konusu işe elverişli ve uygun olup olmadığını araştırmak, bilmek ve olumsuzlukları bildirmek zorundadır. Yüklenicinin talimatlar bakımından kontrol yükümlülüğü, özellikle iş sahibinin talimatının hatalı olduğu açık olduğunda veya yüklenicinin sahip olduğu uzmanlık bilgisi hatayı tespit etmek için yeterli bulunduğunda mevcuttur. Yine yüklenicinin uzmanlık bilgisinin iş sahibinden açıkça fazla olduğu durumlarda olduğu gibi somut olayın koşulları dahilinde, iş sahibi yükleniciden tüm talimatların kontrolünü bekleme hakkına sahip görülmelidir.[34]

Yüklenicinin uzman kişi olarak görülmesine bağlanan bu yükümlülük, YİGŞ'de de düzenleme konusu yapılmıştır. YİGŞ m. 14'e göre, yüklenici, kendisine verilen projelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin ya da talimatın, sözleşmeye aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde idareye yazı ile bildirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin sorumluluğu ancak, idarenin bu bildirime itibar etmeyip işi kendi istediği gibi yaptırdığı halde ortadan kalkmaktadır (YİGŞ m. 14/3). YİGŞ'ne benzer şekilde Alman hukukunda idarenin taraf olduğu eser sözleşmelerini düzenlemek için oluşturulan VOB (die Verdingungsordnungen für Bauleistungen)[35] kurallarında da yüklenici, iş sahibi tarafından verilen talimatlara, öngörülen uygulama yöntemine, iş sahibi tarafından teslim edilen malzemelerin veya yapı parçalarının kalitesine veya diğer yüklenicilerin işlerine karşı da derhal ve mümkünse işlerin başlamasından önce bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir (§ 4 Abs. 1, Nr. 4 VOB/B).

Nihayetinde, yüklenici her bir faaliyet için sorumluluk taşımaya devam eder; yüklenicinin plan ve projelerde hata olup olmadığı, hesapların doğru yapılıp yapılmadığı ve ön koşullara ilişkin doğru değerlendirme yapılıp yapılmadığını denetlemesi, tespit ettiği yanlış ve eksik hususlarda iş sahibini

---

31 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 45.

32 Tandoğan, s. 49-50; Eren, Özel Hükümler, N. 2109.

33 Torsten Schwarze, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrecht, Berlin, 2003, s. 20; Gauch, Rn. 1334.

34 BGE 116 II 454/457 E. 2c/cc; Thomas Ender, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Aufl., 2021, N. 6.

35 VOB düzenlemesi, inşaat sözleşmelerine ilişkin kurallara yer vermektedir. A, B ve C olarak adlandırılan üç kısımdan oluşmakta, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) eser sözleşmesine ilişkin hükümlerini tamamlamaktadır.

uyarması gerekir. Aksi halde doğabilecek tüm olumsuz sonuçlara kural olarak katlanmak zorundadır.

Bununla birlikte, iş sahibinin de yapılan faaliyetler bakımından işin uzmanı olması veya söz konusu faaliyeti örneğin plan ve projeleri işin uzmanlarına hazırlatması halinde yüklenicinin sorumluluğu sona ermektedir. Sözü edilen uzmanlık, genel bir uzmanlıktan ziyade iş sahibinin veya mimar ya da inşaat mühendisi gibi yardımcılarının verdikleri talimatların doğruluğunu anlamalarına ve hatalarını fark etmelerine olanak tanıyan özel bilgiye sahip olmaktır.[36] Ancak bunun için yüklenicinin talimatın uygun olmadığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir.[37] Diğer bir ifadeyle, yüklenici, talimatın hatalı olduğunu fark ettiğinde[38] veya kendisinden beklenen uzmanlık dikkate alındığında hatalı olduğu incelenerek tespit edilebilecek bir talimatın varlığı halinde uyarma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Yine, sözleşmede kararlaştırılan, teamülün gerektirdiği, yüklenicinin konunun uzmanı olduğu veya işletme ve teknik imkânlar ölçüsünde talimatın hatalı olduğunun kolaylıkla anlaşılabildiği hallerde uyarma yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir.[39]

Bildirim yükümlülüğü ile ilgili ispat yükü yüklenicidedir.[40] Yüklenici, yaptığı uyarıya rağmen iş sahibinin talimatın yerine getirilmesi konusunda ısrar ettiğini de ispat etmek zorundadır. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesinde ısrarcı olduğunu açıkça belirttiği hallerde, örneğin uyarı sonrasında işe devam etmesi konusunda yükleniciye eskiyi tekrar eden bir talimat vermesi halinde, ispat konusunda sıkıntı yaşanmaz. Ancak, iş sahibinin, yüklenicinin haklı bir endişelerine ilişkin uyarıyı hiç incelememesi ve buna tepki vermemesi durumunda hukuki durum belirsizdir. İş sahibi, hatalı talimatının uygulanmasını istediğinde bunun sonuçlarından sorumlu olacağı için bildirime rağmen sessiz kalmayı tercih edebilir. Bu halde, yüklenicinin yine de işe devam etmesi gerektiğinden faaliyeti sonucu ayıplı bir eser ortaya çıktığında ispat problemleri doğacaktır. Sözü edilen durumlarda, yüklenicinin makul bir bekleme süresinin sona ermesinden sonra iş sahibine çalışmalarına devam edeceğini bildirmesi önerilmektedir. Böylece iş sahibinin sessiz kalması nedeniyle, edimin ayıplı olması nedeniyle yükleniciyi sorumlu tutamayacak, ayıplı bir eser meydana getirmek zorunda kalan yüklenici de bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekle önlemek istediği ayıplar için sorumluluktan kurtulacaktır.[41]

Yüklenici, bildirim yükümlülüğü bulunduğu hallerde, bu yükümlülüğü yerine getirse dahi iş sahibinin talimatında ısrar edeceğini ve ayıplı ifanın gerçekleşeceğini ispat ettiği hallerde de bildirim yükümlülüğünden kurtulur.[42] Yüklenicinin, iş sahibinin uyarının konusunu teşkil eden durum ve bağlantılı riskler hakkında bilgi sahibi olduğu ispat etmesi durumunda da sorumluluktan

---

36 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 49; İş sahibine, sadece yardımcı kişinin davranışı değil, aynı zamanda uzmanlığı da atfedilir; BGE 116 II 309 ve 456; Gauch, N. 1921-1923.

37 Gauch, N. 1958; Siegenthaler/ Hürlimann, 616, N. 6.

38 BGH, NJW 1973 S. 518; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 51.

39 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 53.

40 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 63.

41 Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, § 4, Rn. 38.

42 Tandoğan, s. 56; Aral/Ayrancı, s. 490; Eren, Özel Hükümler, 2172; Gauch, N. 1964; Koller, Art. 365 OR N 99.

kurtulacağı kabul edilmektedir.[43] Buna göre, yüklenici talimatın hatalı olduğunu, bildirim yükümlülüğünün yerine getirdiğini; bildirimin gerekli olmadığını iddia ediyorsa iş sahibinin veya yardımcılarının uzmanlığını, bildirimin faydasız olduğunu ispat etmelidir. İş sahibi bu son ihtimalde talimatın hatalı olduğunun açıkça belli olduğuna, sözleşmede yüklenicinin inceleme yükümlülüğünün kararlaştırılmış veya yüklenicinin uzmanlığı dolayısıyla dürüstlük kuralına göre inceleme yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin karşı ispatta bulunabilir.[44]

İş sahibi tarafından bir alt yüklenicinin görevlendirilmesi konusunda verilen talimatlarda (teknik uygulama talimatlarının veya kullanılacak malzeme ile ilgili talimatların aksine), uzmanlık bilgisi sorunu değil, ilgili deneyimler ön plandadır. Önerilen alt yüklenicinin deneyimsizliği, yetersiz kapasitesi veya sektöre aşina olmaması nedeniyle öngörülen faaliyeti sağlamak için genel olarak uygun olmadığı görülmediği sürece, yüklenici uyarı yapmaksızın sorumluluktan kurtulur. Ana yüklenici, iş sahibinin deneyim ve bilgisine dayanarak bu konuda şüphe duymak zorunda olduğunda ise iş sahibini uyarmalıdır.[45]

Yüklenicinin, bildirim yükümlülüğü kapsamında iş sahibine yanlışlık veya eksikliğin giderilmesi için bir "ek süre" vermesi gerekip gerekmediği konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda bu süreye işaret edilmektedir. Yüklenicinin basacağı kitaptaki basılmaya engel olan noksanların giderilmesi için iş sahibi yazarı uyarması ve ona bir süre tanıması gerektiği konusundaki karar örnek verilebilir.[46]

a. Bildirme Yükümlülüğü Yerine Getirildiğinde Doğan Sonuçlar

Yüklenicinin TBK m. 483 kapsamında, eserin iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya arsa ya da iş sahibinin talimatı nedeniyle yok olması durumunda doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmesi, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilmesini sağlamaktadır. İş sahibinin kusurunun bulunduğu hallerde bu taleplere zararın tazmini de eklenir (TBK m. 483/II). Böylece, eserin iş sahibine yükletilebilen nedenlerle yok olması halinde bile bildirim yükümlülüğü büyük önem taşımakta, yükümlülüğünü yerine getirmiş olan yüklenici kendi lehine avantajlı bir durum yaratmış olmaktadır.[47]

Yüklenici, esas itibarıyle TBK m. 472 (Art. 365 OR) uyarınca yükümlü kılındığı, meydana getirilecek eserin tam ve zamanında ifasını etkileyecek ve tehlikeye düşürecek halleri ve bu kapsamda iş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini engelleyecek veya ifayı geciktirecek nitelikte olan yanlış veya eksik talimat verdiği durumlara ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğinde ise, iş sahibinin tutumuna göre farklı sonuçlar doğmaktadır. İş sahibi iki şekilde hareket edebilir;

Öncelikle, yüklenicinin uyarısını dikkate alabilir ve uyarıldığı konuyla ilgili değişiklik veya düzeltme yapmayı uygun bulabilir. Bu halde yüklenici

---

43 Gauch, N. 832; Siegenthaler/ Hürlimann, 614, N. 1.

44 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 64-65.

45 BGE 116 II 305/310 E. 2c/cc; Ender, N. 8; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 54.

46 Yargıtay 15. HD, E: 71, K: 112, T: 10.10.1973 (Tandoğan, s. 56, dpn. 30).

47 Tandoğan, s. 112.

yükümlülüğünü yerine getirerek bir yandan uyarı görevini yerine getirmiş olma dolayısıyla sorumluluktan (TBK m.112 vd.) kurtulmakta, diğer yandan uygun olmayan talimatın sebep olabileceği zararlı sonuçların doğmasına engel olmaktadır. Yüklenicinin yaptığı uyarıya itibar eden iş sahibinin talimatta düzeltme yapamayacağı hallerde yüklenicinin o ana kadarki zararını karşılayıp sözleşmeyi feshetmesi mümkün olduğu gibi (TBK m. 484), maliyetin artmasını engellemeye yönelik bildirim yükümlülüğünün bulunduğunun kabul edildiği diğer hallerde (TBK m. 482/I ve TBK m. 480/II) de sözleşmeye son vermesi mümkündür. Böylece, iş sahibine talimatını değiştirmek suretiyle ileride doğabilecek zararlardan korunma veya zararın azaltılması yönünde hareket imkânı sağlanmış olur.

İş sahibi yüklenicinin uyarısını dikkate almadığında, talimatta herhangi bir değişiklik veya düzeltme yapmayarak işe talimatları doğrultusunda devam edilmesini istediğinde ise, yüklenicinin gereği gibi ifa etmeme nedeniyle sorumluluğu ortadan kalkmaktadır (TBK m. 476, Art. 369 OR). Esasında iş sahibinin uyarıya rağmen verilen talimatta ısrar etmesi onu kusurlu hale getirmektedir.[48] Ancak bu sonucun doğması için yüklenicinin sadece bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması yeterli olmaz, ayrıca iki ek koşulun gerçekleşmesi de gerekir. Bu koşullardan ilki, ayıbın iş sahibinin talimatı veya ona yüklenebilecek diğer bir sebeple ortaya çıkmış olmasıdır. Talimat dışındaki diğer sebeplere örnek olarak hükümde iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin veya önerilen arsanın ayıplı olması nedeniyle eserin ayıplı hale gelmesi gösterilmektedir.[49]

Diğer bir koşul ise ayıbın *münhasıran* iş sahibinin verdiği talimat veya ona yüklenebilen diğer durumlar nedeniyle ortaya çıkmasıdır. Ayıbı ortaya çıkaran nedenlerden birinin talimat olması yüklenicinin ayıp sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.[50] Bu halde, iş sahibi ayıbın ortaya çıkmasına kusuruyla etkili olmuş ise TBK m. 52 (Art. 44 OR)'nin uygulanması ile yüklenicinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı azaltılabilmektedir.[51] Federal Mahkeme, Art. 44 OR'nin ayıplı ifa nedeniyle iş sahibine tanınan kusurdan bağımsız seçimlik haklar bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir yorum yapmamakla birlikte,[52] doktrinde yükleniciye karşı kullanılabilecek olan bedelden indirim ya da onarım hakları bakımından iş sahibinin eserin ayıplı olarak ortaya çıkarılmasında etkisi dikkate alınarak indirim miktarı ve onarım masraflarına katılım oranı belirlenebileceği kabul edilmektedir. Yine, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde yüklenicinin iade edeceği bedelden orantılı bir indirim yapılması da mümkündür.[53] Yüklenici, kusuru ile ayıplı bir eserin meydana gelmesine neden olduğunda ise bu ikinci koşul ortadan kalkmakta, yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması sorumluluktan tamamen kurtulmasını engellemektedir.[54]

---

48 Gauch, N. 1938.

49 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 56.

50 Gauch, N. 1918; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 56.

51 BGE 116 II 454, E. 3.b; Siegenthaler/ Hürlimann, 617, N. 8; Buhler-ZK, Art. 369 OR, N 59; Gauch, N. 2062.

52 BGE 116 II 454/458 E. 3b, 4A_213/2015 (31.8.15) E. 7.2.2; Ender, N. 7.

53 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 59 vd; BGE 119 II 127; BGE 116 II 458; Gauch, N. 2062.

54 Gauch, N. 1919; Bühler-ZK OR Art. 369, N. 57.

Alman hukukunda benzer bir sonuca, dürüstlük ilkesi (§ 242 BGB) dikkate alınarak ulaşılmaktadır. Bu ilke, sözleşmenin yürütülmesini güvence altına alan, tarafların göstermesi gereken özen yükümlülüklerinin temelini oluşturur.[55] VOB/B'de yer alan, yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü düzenleyen hükümlerin (§ 13 Abs. 3 VOB/B ve § 4 Abs. 3 VOB/B) de temelde dürüstlük ilkesine dayandığı, bu nedenle sözü edilen hükümlerin tüm eser sözleşmelerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir.[56] Dürüstlük ilkesi gereğince, yüklenici, talimatlara, planlara ve uygulama belgelerine güvendiği ve güvenebileceği ölçüde sorumluluktan kurtulabileceği gibi, iş sahibi de mevcut olduğuna güvenebileceği yüklenicinin uzmanlığına dayanabilmektedir. Ayrıca, yüklenicinin inceleme yükümlülüğünün kapsamı da güvenin korunması kriteri dikkate alınarak belirlenmekte; yüklenicinin planlardaki bir hatayı fark etmesi bu konuda uyarma yükümlülüğü doğurmasının yanında, diğer plan, proje ve talimatları azalan güven ölçüsünde daha dikkatli incelemesini de gerekli kılmaktadır.[57]

Sonuçta, dürüstlük ilkesi göz önünde bulundurularak yüklenicinin ve iş sahibinin ortaya çıkan zarardaki katkı oranları belirlenir, yüklenici bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğunda, uyarıyı dikkate almayan, talimata uyma konusunda ısrar eden iş sahibi yükleniciye karşı ayıp nedeniyle talep haklarını kaybeder. Hakların kaybı, yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu talimatta ısrar edilmesi anında gerçekleşir. Yüklenicinin talimatta ısrar edildiğine iyi niyetle inandığı veya en azından inanmasının beklendiği andan itibaren iş sahibi talep haklarını kaybetmiş sayılır.[58] İhtar, daha sonra ortaya çıkan ayıplar bakımından da iş sahibinin talimatına bağlı kalmasıyla uygun illiyet bağı bulunması durumunda sorumluluktan kurtarıcı bir etkiye sahiptir.[59]

b. Bildirim Yükümlülüğü Yerine Getirilmediğinde Doğan Sonuçlar

Yüklenici, bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getirmediğinde, bu nedenle doğabilecek zararlardan TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulmaktadır. İş sahibi, yüklenici kendisini uyarmadığı sürece verilen talimatların doğru olduğunu varsayabilecek[60] ve uyarılana kadar yanlış talimatlar vererek eserde bir ayıba neden olursa sorumluluğu da bulunmayacaktır.[61] Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, talimatta değişiklik, düzeltme, sözleşmeye son verme veya talimatında ısrar etme

---

55 Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl., München, 1987, s. 9.

56 Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann/Dirk Seichter, Beck-online Grosskommentar, BGB § 634 Rechte des Bestellers bei Mängeln, 1.01.2025 (BeckOGK/Seichter, BGB § 634), Rn. 761.

57 BGH 23. 10. 1986, VII ZR 48/85, NJW 1987, 643; Hans Ganten/Günther Jansen/Wolfgang Voit/Stephan Bolz, Beck'scher VOB-Kommentar Vergabe-und Vertragsordnung für Bauleistung Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleitungen, 4. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Mängelansprüche (Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13), Rn. 45.

58 BGE 116 II 454, E. 2.c.aa; Bühler-ZK, OR Art. 396, N 49; Siegenthaler/ Hürlimann, 617, N. 8.

59 Siegenthaler/ Hürlimann, 616, N. 5.

60 BGE 23 II 1737.

61 Bühler-ZK OR Art. 369, N. 42.

seçeneklerini kaybedecek iş sahibinin uğradığı zararları yükleniciden talep etmesi son derece normaldir. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, yüklenicinin sadece gereken uyarının yapılmamış olmasından doğan zararlar bir yana bırakılırsa, yüklenici aleyhine başka bir sonuç daha doğurmakta, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinin iş sahibine yüklenebilir olduğu durumlarda dahi yüklenicinin sorumluluğunun devam etmesine neden olmaktadır. Bu halde, örneğin iş sahibinin gösterdiği arsanın ayıplı olduğuna ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğunda yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumlu sayılacak (TBK m. 476) veya iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle eserin telef olması halinde normalde talep edebileceği (TBK m. 483) yaptığı işin değerine ve masraflarına karşılık gelen bedeli talep edemeyecektir.

Alman hukukunda ise, bu son durumda, uygun olmayan talimatı nedeniyle iş sahibi de ortak kusurlu olarak değerlendirilmekte, yüklenici sadece uyarı yükümlülüğünü ihmal etmiş olması nedeniyle zararlardan tek başına sorumlu tutulmamaktadır.[62] Bununla birlikte, iş sahibinin basit bir plan veya talimat hatası karşısında yüklenicinin, uyarı yükümlülüğünü yerine getirmede ağır kusuru zararın tamamından sorumlu olmasına neden olmaktadır.[63] Özellikle, yüklenicinin kendisine iletilen planların ve talimatların yapıda kesinlikle bir ayıba neden olacağını bildiği veya bilmesi gereken hallerde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeksizin işe devam etmesi, talimatları ve planları kontrol etmemesi veya kolayca tespit edilebilecek bir hataya dikkat çekmemesi ağır kusurun varlığını göstermektedir.[64]

II. YÜKLENİCİNİN UYGUN OLMAYAN TALİMATA BAĞLILIĞI

A. HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

İş sahibi kendisi tarafından verilen talimatlarla ilgili bildirime rağmen yükleniciden işe devamı istemiş, herhangi bir değişiklik yapmadan talimatında ısrar etmişse, yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Mevcut hüküm bu sonucu düzenlemekle yetinmiş, ancak bu halde yüklenicinin ayıplı olacağını bile bile işe devam etmek zorunlu olup olmayacağı, bu durumun işleri geçici süreyle durdurmayı sağlayacak bir def'i hakkı sağlayıp sağlamayacağı veya haklı nedenle fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı konusunda açıklama yapmamıştır. Oysa, bu halde, yüklenici işi durdurabilmeli, eserin yapımına başlamayı reddetme ve sonunda sözleşmeyi haklı nedenle feshetme olanağına kavuşmalıdır.[65]

Uygulamada yargı kararları ile en azından yasal düzenlemelere aykırı talimatlar bakımından yüklenicinin talimat ile bağlı olmadığı kabul

---

[62] BGH BauR 1970, 57; OLG Celle BauR 1984, 522; OLG Hamm NJW-RR 89, 982; Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13, Rn. 48.

[63] Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13, Rn. 52.

[64] OLG Stuttgart NJW 2014, 2658; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 331; Klaus D Kapellmann/Burkhard Messerschmidt/Werner Langen, VOB Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage, 2022, § 13 Mängelansprüche (Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB/B, § 13), Rn. 120.

[65] Stephan Cramer, M. M/Roland Kandel/Mathias Preussner, BeckOK VOB/B, 56. Ed., München, 2024 (BeckOK VOB/B/Brüninghaus), Rn. 24.

edilmektedir.[66] Alman hukukunda iş sahibinin yasal düzenlemelere aykırı talimatlarının yüklenici için bağlayıcı olmayacağı açıkça kabul edilmiş, § 4 Abs. 1, Nr. 4 VOB/B'de talimatların "yasal düzenlemelere aykırı olmadığı sürece" yükleyiciyi bağlayacağı belirtilmiştir. Yüklenici, bu kapsamda sadece imar hukuku, ceza hukuku gibi kamu hukuku kurallarına değil, ayrıca komşuluk hukuku ve haksız fiil hükümleri gibi özel hukuk kurallarına aykırılık hallerinde de talimatı yerine getirmekten kaçınabilir.[67]

Yargıtayın bazı kararlarında, yasal düzenlemelere aykırı talimatlar dışında, iş sahibinden kaynaklanan ve işe devamın neredeyse mümkün görülemediği hallerde yüklenicinin işe devam etmeyeceğini bildirmesini de haklı görmektedir.[68] Bu kararlar dikkate alındığında, sözünü ettiğimiz imkânların yükleniciye tanınması dolaylı yoldan da olsa kanaatimizce kabul edilebilir görünmektedir. Esasında, bu kararlarda zikredilmemiş olsa da, yüklenicinin işe devam etmekten kaçınmasını veya bir süre ara vermesini sağlayan iş sahibinin "iş birliği yükümlülüğü" nü ihlal etmiş olmasıdır. İş sahibinin iş birliği yükümlülüğü, kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Doktrinde, bu yükümlülük, eserin özelliklerine ve sözleşmenin içeriğine göre kapsamı belirlenen sözleşme amacına ulaşılması için taraflarca gerçekleştirilmesi gereken eylemleri ifade eden genel bir kavram olarak tanımlanmaktadır.[69] Eser sözleşmesinde, yüklenici tarafından meydana getirilmesi taahhüt edilen sonuç, iş sahibinin isteğine veya ihtiyaçlarına göre belirlendiği için sözleşme süresince iş sahibi edimin ifasına yoğun şekilde katılmakta, yüklenici ile sıkı iş birliğini içinde olmalıdır.

Yargıtay, yüklenicinin uyarısını dikkate almayan, talimatında ısrar eden iş sahibinin davranışını kusur olarak değerlendirmekte,[70] kararlarında açıkça belirtmese de iş sahibinin iş birliği yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, yüklenicinin, iş sahibi tarafından sağlanan uygulama projelerinin ayıplı olduğu gerekçesiyle işe devam etmek istememesi üzerine sözleşmenin iş sahibi tarafından feshini, "*davacı yüklenicinin taleplerinin davalı iş sahibi idarece değerlendirilerek imalat artışı yapılması ve projelerde değişikliğe gidilmesi gerekirken eksik ve hatalı projelerle işe*

---

66 Yargıtay 15. HD, E: 1987/4043, K: 1988/2427, T: 2.03.1988; E: 2006/4121, K: 2007/7713, T: 3.12.2007 (Kazancı Veri Tabanı).

67 Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B § 4 Rn. 40.

68 Örneğin; "davacı su deposu yapımı işini üstlenmiş olup işin devamı sırasında davalı tarafından 18.07.2007 tarihli yazı ile deponun yapılacağı sahanın orman sahasında kalması nedeniyle tahsis işlemleri yapılacağından, bu işlemlerin yapılmasına kadar inşaatın durdurulduğu bilgisi kararda yer almıştır. Davacı yükleniciden inşaata devam etmesinin beklenmesi mümkün olmadığından davalı idarenin feshi haklı kabul edilemez"; Yargıtay 15. HD, E: 2012/3353, K: 2012/4323, T: 11.06.2012 (Kazancı veri tabanı).

69 Maximilian Herberger/ Michael Martinek/ Helmut Rußmann/ Stephan Weth/Markus Würdinger, juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Saarbrüchen Juris 2020, § 642, Rn. 2; K. Dieter Kapellmann, Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, Vertragspflichten und keine Obligenheiten, NZBay 2011, Heft 4, s. 193-197, s. 197.

70 Yargıtay 15. HD, E: 2014/3233 K: 2014/7241 T: 11.12.2014; Yargıtay 15. HD, E: 2019/3927, K: 2020/1965, T: 30.06.2020 (Kazancı veri tabanı).

devam edilmesinin istenmesi idare açısından kusur oluşturmaktadır." tespiti ile haksız olarak nitelendirdiği kararı[71] bu tür kararlara örnek verilebilir.

Esasında, karara konu olan uyuşmazlıkta, idare, yüklenici tarafından projelerin ayıplı olduğu konusunda defalarca bildirim yapmasına ve projelerde düzeltme yapılarak ve kendisine ek süre verilerek işe devam etme yönünde isteğini bildirmesine rağmen, bu talepleri dikkate almayarak iş birliği yükümlülüğünü ihlal etmiş, eser sözleşmesinde taraflardan sürekli olarak sorunlara birlikte çözüm bulma, iş birliği konusunda birlikte çaba gösterme konusunda beklenen özen borcuna da aykırı hareket etmiş bulunmaktadır. Sözü edilen hallerde yüklenicinin bildirimine rağmen iş sahibinin hareketsiz kalması tek başına bir iş birliği yükümlülüğü ihlali olarak değerlendirilmektedir.[72]

Ancak, aynı kararda yüklenicinin, ayıplı projeye göre işe devam etmek istememesinin ve işi yavaşlatmasının yükleniciye kusur olarak yükletilmiş bulunmasına dikkat çekmek gerekir. Yargıtay, her ne kadar iş sahibini uyarıları dikkate almaması nedeniyle kusurlu olarak nitelendirmiş olsa da, yüklenicinin ayıplı talimata rağmen işe devam etmek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Kararda, "*Değişikliğinin kabul edilmemesi halinde sorumluluk idarede olmak üzere yüklenicinin işe devam etmesi gerekirken işi yavaşlatarak iş programının oldukça gerisinde kalması, sözleşmedeki süre ve cezalı ek süre dolmasına rağmen işi tamamlayamaması da yüklenici açısından kusur oluşturmaktadır*." şeklinde tespit edilmiş olan yüklenicinin kusuru, ortak kusur olarak değerlendirilerek, ilk derece mahkemesinin iş sahibini tam kusurlu gören değerlendirmesi hatalı bulunmuştur.[73]

Oysa, ayıplı bir işin ortaya çıkmasına neden olabilecek proje düzeltilmeden, yükleniciden işe devam etmesinin istenmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı gibi, yüklenicinin ödemezlik def'inden, iş sahibinin nihayetinde ayıptan sorumlu olacağı gerekçesiyle mahrum edilmesi de kabul edilemez. İş sahibi tarafından verilen talimatın uygulanması edimin ifa edilememesine veya önemli ayıplarla örneğin oturulması mümkün olmayacak kadar ayıplı bir yapının meydana getirilmesine neden olacağı hallerde de benzer şekilde yüklenicinin bir def'i olarak işe başlamayacağı veya başlamışsa devam etmeyeceği, işi durdurabileceği mümkün görülebilir.

Yüklenici bakımından bu durum aynı zamanda haklı nedenle fesih sebebidir. Bu halde yüklenici haklı nedenle sözleşmeyi feshedip, fesih tarihine kadar tamamladığı işler için ödeme talep edebilir. Haklı neden sayılabilecek durumların tespitinde dürüstlük kuralı dikkate alınmaktadır. Yargıtay da verdiği kararlarda eser sözleşmelerinin TMK m. 2'ye dayanılarak haklı nedenle

---

[71] Yargıtay 15. HD, E: 2014/3233, K: 2014/7241, T: 11.12.2014; Benzer başka bir karar; Yargıtay 15. HD, E: 2019/3927, K: 2020/1965, T: 30.06.2020 (Kazancı veri tabanı).

[72] BGH Kararı, 19.01.1989 - VII ZR 87/8, NJW-RR 1989, 721; Heinz Ingenstau/Hermann Korbion-(Bearbeiter), Kommentar zur VOB Teile A und B, 17. Aufl., Köln 2010 (Ingenstau/Korbion-Bearbeiter, VOB/B), Rn. 19; Fritz Nicklisch/Günter Weick, VOB Teil B-Kommentar, 3. Aufl. München 2001, § 13 VOB/B, Rn. 162 vd.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB/B § 13 Rn. 117.

[73] Yargıtay 15. HD, E: 2014/3233, K: 2014/7241, T: 11.12.2014; Benzer başka bir karar; Yargıtay 15. HD, E: 2019/3927, K: 2020/1965, T: 30.06.2020 (Kazancı veri tabanı).

feshedilebileceğini genel olarak kabul etmektedir.[74] Ancak, yükleniciyi Yargıtay'ın insafına bırakmak kabul edilebilir bir sonuç olarak görülemez. Bunun yerine Alman hukukunda olduğu gibi konunun Alman Medeni Kanunu'nda, § 642 BGB'de hükme bağlanan iş birliği yükümlülüğü ihlali olarak ele alınması ve VOB/B düzenlemesinde olduğu gibi konuya açıklık getirilmesi önerilebilir.

B. ALMAN HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Alman hukukunda iş sahibinin, talimatının uygun olmadığı konusunda uyarılmasına rağmen uyarıyı göz ardı etmesi iş birliği yükümlülüğünü ihlal olarak değerlendirilmekte, yükleniciye bu halde BGB hükümlerine göre süre uzatımı ve tazminat talep hakları yanında VOB (die Verdingungsordnungen für Bauleistungen) hükümleri kapsamında işe devam etmeme ve edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınma ve nihayetinde fesih hakları tanınmaktadır. Kamu inşaat sözleşmelerini düzenlemek için oluşturulan, ihale sürecini takiben sözleşmenin imzalanmasından sonra uygulama alanı bulan bu kurallar, düzenleyici yedek hukuk kuralları nitelikleri dolayısıyla Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) eser sözleşmesine ilişkin hükümlerini tamamladığı ve neredeyse tüm eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulduğu için önem taşımaktadır.

1. İş Sahibinin Talimata İlişkin Uyarıyı Dikkate Almaması

Eser sözleşmesinde, yüklenici sözleşmeye uygun bir eser meydana getirme borcu üstlenirken, iş sahibi yükleniciyle işbirliği içinde bu hedefi gerçekleştirmek için çaba harcamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kapsamında iş sahibi, eserin sözleşmeye uygun yapılmasını ve işin yürütülmesini sağlamak üzere yükleniciye talimat verme hakkına sahiptir (§ 4 Abs. 1 VOB/B). Bu talimatlar, işin ayıplı şekilde meydana getirilmesine neden olsa bile kural olarak yükleniciyi bağlar (§ 13 Abs. 3 VOB/B). Ancak, yüklenici bir yandan da sözleşmede belirlenen edimi gereği gibi ayıpsız şekilde meydana getirmekle yükümlüdür. Çelişkili bu iki yükümlülükle ilgili problem, yüklenici için getirilen üçüncü bir yükümlülük olan "bildirim yükümlülüğü" ile çözülmeye çalışılmıştır. Yüklenici iş sahibinin talimatlarını incelemeli ve içerdikleri riskleri fark ettiği ölçüde iş sahibini uyarmalıdır. Yüklenici, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmekle, hukukumuzda olduğu gibi, eserin ayıplı olması nedeniyle sorumluluktan da kurtulmaktadır (§ 13 Abs. 3 VOB/B).[75] Yüklenicinin uyarı sonrasında, eserin ayıplı olması nedeniyle sorumluluğunun ortadan kalkmasının nedeni esasında onun iş sahibinin siparişi ve talimatına uyması dolayısıyla sözleşmeye uygun davranmak için elinden geleni yapmış olmasıdır. Bu bakış açısıyla, yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş olmayıp, tam aksine niteliği itibarıyla ayıplı bile olsa iş sahibinin isteği doğrultusunda bir eser meydana getirmiştir.[76]

---

[74] Yargıtay 15. HD, E: 2013/1154, K: 2014/3148, T: 7.5.2014; Yargıtay 15. HD, E: 2018/4367, K: 2019/1782, T: 15.4.2019; Yargıtay 15. HD, E: 2010/4513, K: 2011/744, T: 14.02.2011; Yargıtay 15. HD, E: 2014/3930, K: 2014/6183, T: 30.10.2014 (Lexpera veri tabanı).

[75] Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13, Rn. 42; Kapellman/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, § 4, Rn. 31.

[76] Nicklisch/Weick, § 13 VOB/B Rn. 43.

Ancak, ilgili düzenlemelerde bu aşamayı takiben iş sahibinin uyarı karşısında nasıl bir tavır alması gerektiği, yüklenicinin endişelerine karşılık vermesi gerekip gerekmediği, yüklenicinin "bağlayıcı" talimatlardan nasıl kurtulabileceği konusunda açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, her iki tarafında da amacının sözleşmeye uygun bir eserin meydana getirilmesi olduğu ve tarafların bu amacı gerçekleştirmek üzere birlikte hareket etmekle yükümlü oldukları düşünüldüğünde, şu sorunun sorulması gerekir; eserin ayıplı şekilde meydana getirilmesinin sonuçlarına edimini ayıplı ifa eden yüklenici mi yoksa uygun olmayan talimat veren iş sahibi mi katlanacaktır? Sorunun cevabı somut sözleşmede taraflar arasında riskin nasıl paylaşıldığı incelenerek verilebilir.[77] Riskin nasıl paylaşıldığı ise tarafların talimatlar konusundaki tutumu dikkate alınarak ortaya çıkarılabilir. Buna göre, iş sahibi tarafından verilen çok sayıda talimatla karşılaşan yüklenici, bu talimatlardan hangilerine uyabileceğini veya hangilerinin edim sonucunu tehlikeye atabilecek nitelikte olduğunu tespit edebilecek konumda olup, aslında belli talimatları sorgulamadan uyguladığında veya gereken uyarı yükümlülüğünü ihlal ettiğinde riski de üzerine almış bulunmaktadır. Yüklenici, talimatların hatalı olduğunu tespit sonrasında uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğinde ise riskin dağılımı konusunda karar yetkisi iş sahibine geçmektedir. İş sahibi uyarıya rağmen talimatının bağlayıcılığı konusunda ısrar ettiğinde, bunların uygulanmasından doğan riski açıkça kendisinin taşımak istediğini göstermekte ve bu davranış § 254 BGB anlamında iş sahibinin kusurlu davranışı olarak değerlendirilmektedir.[78]

İş sahibinin, verdiği talimatın uygun olmadığı konusunda yüklenici tarafından yapılan uyarıya kayıtsız kaldığı ve işe devamı istediği haller, iş sahibine kusur olarak yükletilmenin yanında iş birliği yükümlülüğüne aykırılık da teşkil etmektedir. Eser sözleşmesinde taraflar sürekli olarak sorunlara birlikte çözüm bulma, iş birliği konusunda birlikte çaba gösterme konusunda özen göstermekle yükümlüdür. Temelinin dürüstlük kuralının oluşturduğu bu yükümlülük, yüklenicinin bildirimine rağmen iş sahibinin hareketsiz kalması halinde ihlal edilmiş sayılır. Diğer bir ifadeyle, iş sahibinin yüklenicinin uyarılarına kayıtsız kalması tek başına bir iş birliği yükümlülüğü ihlali olarak değerlendirilmektedir.[79]

2. Yüklenicinin Hakları

İş sahibinin, talimatının uygun olmadığı konusunda uyarılmasına rağmen işe devam konusunda ısrar etmesi, kusurlu bir davranış olarak değerlendirilmesinin yanında iş birliği yükümlülüğü ihlali olarak da görüldüğünden yükleniciye birtakım haklar tanınmış bulunmaktadır. Hukukumuzda hakkında açık bir düzenleme bulunmayan iş birliği yükümlülükleri, Alman Medeni Kanunu'nda, § 642 BGB'de hükme

---

77 Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13, Rn. 42.

78 Ganten/Jansen/Voit/Bolz, VOB/B § 13, Rn. 6; BGH NJW 1975, 1217; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB/B, § 9, Rn. 118.

79 BGH Kararı, 19.01.1989 - VII ZR 87/8, NJW-RR 1989, 721; Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB/B, Rn. 19; Nicklisch/Weick, Rn. 162 vd.; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB/B § 13 Rn. 117.

bağlanmış,[80] hükümde hangi edimlerin bu kapsamda değerlendirileceğine ilişkin ayrıntılara yer verilmemiş ancak iş birliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde doğacak hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Hükme göre, yüklenici "süre uzatımı" ve bu süre boyunca "uygun bir tazminat" talep hakkına sahiptir.

VOB/B düzenlenmesinde de, yükleniciye, ediminin ifasını veya ifanın gereği gibi yapılmasını engelleyen halleri derhal yazılı olarak iş sahibine bildirmek suretiyle geçici süre ile edimini ifa etmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Edimin ifasından belli bir süre kaçınma BGB anlamında süre uzatımı anlamına gelmekte, uzatılan süre boyunca yüklenici tamamlanan işler için sözleşme bedelinin ödenmesini talep hakkına sahip görülmektedir.[81] Böylece, edim sonucu elde edilmeksizin en azından tamamlanan işler için iş sahibinin bedel borcunun muaccel olduğu kabul edilmektedir. Yüklenici, henüz ifa edilmemiş edimler için bedel talep edememekle birlikte, sözleşme bedellerine dahil edilmiş toplam işin bir parçasını teşkil eden ve halihazırda yapmış olduğu masrafları (malzeme tedariki, şantiye kurulumu gibi)[82] bu kapsamda talep hakkına sahiptir.

Yüklenici tamamlanan işler için sözleşme bedelinin ödenmesi dışında ayrıca uygun bir tazminat (§ 642 BGB) talep hakkına da sahip görülmektedir.[83] Yüklenicinin tazminat hakkına sahip görülmesinin gerekçesi, edimin ifasının iş sahibine yükletilebilen bir sebeple aksaması, onun iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Burada işin gecikmesi, iş sahibinin plan ve projeleri geç teslim ederek inşaatın durmasına veya uzamasına neden olduğu hallerde olduğu gibi, yükleniciye ek maliyet getirmekte ve yüklenicinin yaptığı masrafların ödenmesi tazminat talebini temellendirmektedir. İş sahibinin ağır kusurlu olduğu hallerde yüklenicinin yoksun kalınan kârını da söz konusu tazminat kapsamında talep etmesi mümkün görülmektedir.[84]

Nihayetinde, BGB ve VOB/B hükümlerinin birlikte uygulandığı eser sözleşmelerinde, iş birliği yükümlülüklerinin ihlali halinde yükleniciye tanınan haklar, iş birliği yükümlülüklerinden biri olan yüklenicinin talimat aykırılığı bildirimine rağmen iş sahibinin kayıtsız kalması ve işe devam konusunda ısrar etmesi halinde de kullanılabilmektedir. Yüklenici, kusursuz veya iş sahibine oranla daha az kusurlu olması şartıya,[85] ödemezlik def'i niteliğindeki bu hak kapsamında ek süre vermek koşuluyla işi durdurup, edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınabilir (§ 6 Abs. 5 VOB/B).[86] Örneğin verilen projede yapının statik güvenilirliği ile ilgili bir problem olduğunu fark ettiğinde yüklenici başladığı işi

---

80 Alman hukukundaki düzenlemeler 01.01.2018 reformu sonrasında BGB'de yerini almıştır. Bkz. Schwarze, s. 18-19.

81 Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, Rn. 2778; Günther Jansen/Mark Seibel-(Bearbeiter), VOB/B Kommentar, 6. Auflage, VOB/B § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung, 2025 (Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6), Rn. 110.

82 Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, VOB/B, Rn. 7; BeckOK VOB/B/Brüninghaus VOB/B § 9 Abs. 3, Rn. 2-3; Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6 Rn. 111.

83 Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, Rn. 2778.

84 Kapellmann/Messerschmidt/Markus, VOB/B, § 6, Rn. 47.

85 Yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarına katlanması, § 6 Abs. 5 VOB/B hükmü ile ödüllendirilmemesi amaçlanmakta bu halde ortak kusur hükmü olan § 254 BGB'nin uygulanması önerilmektedir; Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6 Rn. 108.

86 Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, Rn. 2778.

durdurabileceği gibi işe hiç başlamayabilir. Her iki durum da ilgili hükmün kapsamında değerlendirilmektedir.[87] Ancak, yüklenicinin geçici süre ile işi durdurup süre isteyebilmesi için edimin imkânsız hale gelmemiş, tarafların istemesi halinde işe devamın mümkün olması gerekir. [88]

Hukukumuzda da genel hükümlerden hareket edilerek (TBK m. 97) yüklenicinin benzer bir def'i ileri sürebileceği kabul edilebilse de, Alman hukukunda olduğu gibi düzenleme konusu yapılması yüklenici için önemli bir teminat sağlayacaktır.

§ 6 VOB/B hükmü, hukukumuzdaki süre uzatımı talebine yer veren YİGŞ m. 29'daki düzenlemeye benzemektedir. Ancak YİGŞ m. 29 uyarınca, yüklenicinin Alman hukukunda olduğu gibi talimatın, projenin düzeltilmesi için işin durduğu sürelerde tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. Uzatılan sürede yükleniciye fiyat farkı ödemesi ile yetinilmektedir. Uygulamada fiyat farkı, inşaat projelerinin tamamlanmasının genellikle uzun sürmesi nedeniyle fiyat artışları karşısında yüklenicinin korunmasını sağlayan ödemeden ibarettir. Oysa, iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımına gidilmesi halinde, yüklenici fiyat artışlarından kaynaklanan maliyet artışı dışında zarar görebilmekte ve uzayan sürede ek işler yapmak zorunda kalabilmektedir. Yüklenicinin edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınma hakkını kullanarak süre uzatımı istediği hallerde uğradığı tüm zararlar için tazminat hakkı da bulunmalıdır.

Sürecin sonunda, yüklenicinin, iş sahibi tarafından uygulanmasında ısrar edilen talimatın veya planların kullanılamaz veya güvenilmez olması nedeniyle kendi edimini gereği gibi ifa edemeyeceğini kesin olarak varsayabildiği hallerde § 9 Abs. 1 VOB/B uyarınca; işin üç aydan fazla süre ile kesintiye uğraması halinde ise § 6 Abs. 7 VOB/B gereğince sözleşmeye son verebileceği kabul edilmektedir.[89]

Bununla birlikte, talimatlar veya planlar, işlerin yalnızca bir kısmını etkiliyorsa, yüklenicinin işe devam etme yükümlülüğü (§ 6 Abs. 3 VOB/B) bulunmaktadır. Yüklenicinin bu ihtimalde, öncelikle ve mümkün olduğu ölçüde işin geri kalan kısmı için çalışmaya devam etmesi ve sözleşmeye son verme çözümüne son çare olarak başvurması gerekmektedir.[90]

Hukukumuzda benzer fesih sebepleri düzenlenmese de, yüklenicinin sözleşmeye haklı nedenle son verebileceği kabul edilebilir. Sözleşme taraflarının, kendileri için sözleşmenin devamını imkânsız kılan önemli nedenlerin varlığı halinde, bir görüşe göre dürüstlük kuralı gereği,[91] diğer bir görüşe göre ise hukukun yazılı olmayan kuralları gereği (TMK m. 1/II, Art. 1/II, III ZGB) fesih hakkına sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir.[92] Kanaatimizce yüklenici, yaptığı uyarıya rağmen uygun olmayan talimatta ısrar edildiği ve bu talimata

---

87 OLG Brandenburg 28.6.2018 – 12 U 68/17, IBR 2018, 556; J OLG Naumburg 5.4.2016 – 1 U 115/15, IBR 2017, 130; Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6 Rn. 104.

88 Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6 Rn. 107.

89 Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, VOB/B, Rn. 19; Kapellmann /Messerschmidt/ Merkens, VOB/B, § 4, Rn. 37.

90 Rolf Kniffka/ Wolfgang Koeble/Andreas Jurgeleit/Sacher Dagmar/ Alexander Zahn, Kompendium des Baurechts, München, 2008, Teil 7, Rn. 53.

91 Seliçi, Özer: Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 202.

92 Koller, Rn. 1062.

uyması halinde edim sonucunun sözleşmeye aykırı olarak ortaya çıkacağının anlaşıldığı hallerde haklı nedenle sözleşmeye son verebilmelidir.

SONUÇ

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin bedel ödeme yükümlülüğüne karşılık, yüklenici iş sahibinin verdiği talimatlara uygun şekilde eseri meydana getirme, işi sadakat ve özenle yapma, araç, gereç ve malzeme sağlama, işin her aşamasında karşılaşılan olumsuzlukları iş sahibine haber verme (genel bildirim) gibi ağır yükümlülükler altındadır. Yüklenicinin bir yandan işin uzmanı kabul edilmesi diğer yandan da sözleşmenin niteliği gereği iş sahibinin talimatlarıyla bağlı kılınması beraberinde bazı problemler getirmekte; talimatın eksikliği veya yanlışlığı dolayısıyla uygun olmaması karşısında yüklenicinin nasıl hareket etmesi gerektiği, özellikle iş sahibinin talimatın yanlışlığına rağmen işe aynı şekilde devam konusunda ısrar etmesi halinde bu talimata uyma yükümlülüğünün olup olmadığı gibi sorulara cevap bulunması gerekmektedir. TBK m. 476'da "*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz*." hükmü dikkate alındığında, iş sahibi kendisi tarafından verilen talimatlarla ilgili bildirime rağmen yükleniciden işe devamı istemiş, talimatında herhangi bir değişiklik yapmadan ısrar etmişse, yüklenici ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Hükümde yüklenicinin ayıplı olacağını bile bile işe devam etmek zorunlu olup olmayacağı, bu durumun işleri geçici süreyle durdurmayı sağlayacak bir def'i hakkı sağlayıp sağlamayacağı veya haklı nedenle fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı konusunda açıklama yapılmamıştır. TBK m. 476 hükmünün sadece ayıp sorumluluğunu ortadan kaldıran düzenlemesi karşısında, yüklenicinin talimata uymak ve işe devam etmek zorunda olduğu sonucuna varılabilir. Nihayetinde kanun koyucu zaten iş sahibini talimatında ısrar etmesi nedeniyle cezalandırmış, onu ayıplı ifa halinde korumasız bırakmıştır. Oysa, iş sahibinin konunun uzmanı olarak kabul edilen yüklenicinin uyarısına aldırış etmemesi ve talimatında değişiklik yapmaksızın işe devam konusunda ısrar etmesi, geniş anlamda kusur olarak görülmesinin yanında, eser sözleşmesinde taraflardan sürekli olarak sorunlara birlikte çözüm bulma, iş birliği konusunda birlikte çaba gösterme konusunda beklenen özen borcuna aykırı davranış olarak da değerlendirilmektedir. Bu nedenle, yüklenicinin işi durdurabilmesi, eserin yapımına başlamayı reddetmesi ve sözleşmeye son verebilmesi haklı görülmelidir.

Kanaatimizce Yargı kararlarından yola çıkarak bu imkânların yükleniciye sağlanması mümkündür. Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda, iş sahibinden kaynaklanan ve işe devamın neredeyse mümkün görülemediği hallerde yüklenicinin işe devam etmeyeceğini bildirmesi, işe belli bir süre ara vermesi haklı görülmekte, hatta bu hallerde yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay, eser sözleşmelerinde karşı tarafın bildirimini dikkate almayan, önemsemeyen tarafın davranışını başlı başına kusur olarak değerlendirmekte, bu şekilde aslında iş sahibinin iş birliği yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu kararlar dikkate alınarak, iş sahibi tarafından verilen talimatın uygulanması ile ifa edilemeyecek bir edim sonucunun veya önemli ayıplarla örneğin oturulması mümkün olmayacak kadar ayıplı bir yapının ortaya çıkacağı hallerde de benzer şekilde yüklenicinin bir def'i olarak işe başlamayacağı veya başlamışsa devam etmeyeceği, işi durdurabileceği ve hatta sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği mümkün görülebilir.

Bununla birlikte, her olayda yükleniciyi Yargıtay'ın insafına bırakmak yerine, konunun Alman hukukunda § 642 BGB'de hükme bağlanan iş birliği yükümlülüğü ihlali olarak ele alınması ve VOB/B düzenlemesinde olduğu gibi açıklığa kavuşturulması, yükleniciye hukuka ve tekniğe uygun bulmadığı talimatların uygulamasına itiraz ederek edimini ifa etmekten geçici süreyle kaçınma hakkı ve bu kapsamda talimatın değiştirilmesine veya düzeltilmesine kadar işe bir süre ara verme ya da sözleşmeye haklı olarak son verme imkânlarının tanınması belirsizliğe son verecektir.

Eser sözleşmesine nazaran daha sıkı bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu hizmet sözleşmesinde dahi işçi her koşulda talimat ile bağlı olmayıp, "dürüstlük kuralı" nın gerektirdiği hallerde iş verenin isteğinden farklı şekilde hareket edebilmektedir. Eser sözleşmesinde de "dürüstlük kuralı" ile çizilen sınır evleviyetle geçerli olmalı, özellikle, talimatın sözleşmenin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini engelleyecek ölçüde yanlış, uygunsuz, verimsiz veya tehlikeli olması halinde, yükleniciden sözleşmeye aykırı sonucun ortaya çıkacağını bile bile işe devam etmesi beklenmemeli, talimat ile bağlılığın sona ereceği kabul edilmeli, yüklenici, ancak edimin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde talimatlarla bağlı görülmelidir.

KAYNAKÇA

Aral F/ Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Aydoğdu M/Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Bühler T, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zum Obligationrecht, Art. 363-379, Zürich, 1998 (Bühler-ZK OR Art 369).

Cramer M. M. S/Kandel R/Preussner M, BeckOK VOB/B, 56. Ed., München, 2024 (BeckOK VOB/B/Brüninghaus).

Ender T, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Aufl., 2021.

Eren F, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Eren, ÖzelHükümler).

Ganten H/Jansen G/Voit W-(Bearbeiter), Beck'scher VOB-Kommentar Vergabe-und Vertragsordnung für Bauleistung Teil B, Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleitungen, 4. Aufl., 2023 (Ganten/Jansen/Voit/Bearbeiter).

Gauch P, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019.

Gsell B/Krüger W/Lorenz S/Reymann, C- (Bearbeiter), Beck-online Grosskommentar, BGB § 634 Rechte des Bestellers bei Mängeln, 1.01.2025 (BeckOGK/Seichter BGB § 634).

Gümüş M A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Herberger M/Martinek M/Rußmann H/Weth S/Würdinger M, juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Saarbrüchen Juris 2020.

Huguenin C, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019.

Ingenstau H/Korbion H-(Bearbeiter), Kommentar zur VOB Teile A und B, 17. Aufl., Köln, 2010 (Ingenstau, H/Korbion/Bearbeiter, VOB/B).

Jansen G/Seibel M-(Bearbeiter), VOB/B Kommentar, 6. Auflage, VOB/B § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung, 2025 (Jansen/Seibel/Sonntag, VOB/B § 6).

Kapellmann K. D/Messerschmidt B-(Bearbeiter), VOB Kommentar, Teil A/B, 8. Aufl., 2022 (Kapellmann/Messerschmidt-Bearbeiter).

Kapellmann K D, "Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, Vertragspflichten und keine Obligenheiten", NZBay 2011, Heft 4, s. 193-197.

Karahasan M. R, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt I, İstanbul 1997.

Kniffka R/Koeble W/Jurgeleit A/Dagmar S/Zahn A- (Bearbeiter), Kompendium des Baurechts, München, 2008 (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher).

Koller A, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen, 2015.

Larenz K, Lehrbuch des Schuldrechts,Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl., München, 1987.

Nicklisch F/Weick G, VOB Teil B-Kommentar, 3. Aufl., § 13 VOB/B, München, 2001.

Reisoğlu S, Hizmet Akdi, Ankara, 1968.

Seliçi Ö, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

Siegenthaler T/ Hürlimann, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016.

Schwarze T, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrecht, Berlin, 2003.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı Basım, İstanbul, 2010.

Tunçomağ K, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul, 1977 (Tunçomağ, Özel).

Uyumaz A, "Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayrıştırılması", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009.

Yavuz C/Acar F/ Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2014.

Zevkliler A/Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞI VE ILO'NUN MEVZUATIMIZA YÖNELİK GÖZLEMLERİ

The Prohibition of Trade Union Discrimination in Turkish Labour Law and Observations of the Ilo on Our Legislation

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR*
Arş. Gör. Beyza AYDIN**

Öz: Sendikal ayrımcılık, çalışanların sendikal faaliyetlere katılmaları veya sendika üyesi olmaları nedeniyle maruz kaldıkları haksız ve adil olmayan muameleler olarak tanımlanmaktadır. Türk iş hukukunda, başta Anayasa, 4857 sayılı İş Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelerle sendikal haklar güvence altına alınarak, sendikal ayrımcılık yasaklanmıştır. Sendikal ayrımcılık yasağının ihlali halinde işçiler bakımından sendikal tazminat hakkı düzenleme altına alınmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) sendikal ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeleri, işçilerin haklarını koruma ve çalışma hayatında adaleti sağlama açısından büyük bir öneme sahiptir.

ILO, sendikal ayrımcılığı önlemek amacıyla özellikle 87 Sayılı "Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi" ve 98 Sayılı "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi" aracılığıyla üye devletlerin ulusal mevzuatlarını bu standartlara uyumlu hale getirmelerini teşvik etmektedir. Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi ve Sendika Özgürlüğü Komitesi ülkelere yönelik raporlar hazırlamakta ve gözlemlerini ifade etmektedir.

Bu kapsamda, sendikal ayrımcılığa karşı etkin bir korumanın sağlanabilmesi için mevzuatta koruyucu düzenlemelere yer verilmesi, ayrımcılığa ilişkin şikayetlerin hızlı, tarafsız, erişilebilir ve etkili şekilde ele alınmasını sağlayacak yöntemlerin belirlenmesi, önleyici ve düzeltici mekanizmaların kurulması ve kanunlarda caydırıcı, etkili yaptırımların öngörülmesi gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: Sendikal ayrımcılık, sendika üyeliği, sendikal faaliyet, sendikal hak, ILO, Uzmanlar Komitesi

Abstract: Trade union discrimination is defined as unfair and unjust treatment that employees face due to their participation in trade union activities or membership. In Turkish labor law, various legal regulations, including primarily the Constitution, the Labor Law No. 4857, and the Law on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements No. 6356, safeguard trade union rights and prohibit trade union discrimination. In cases of violations of this prohibition, workers are entitled to claim trade union compensation. The regulations of the International Labour Organization (ILO) prohibiting trade union discrimination play a crucial role in protecting workers' rights and ensuring justice in working life.

To prevent trade union discrimination, the ILO encourages member states to align their national legislation with international standards, particularly through Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organize and Convention No. 98 on the Right to Organize and Collective Bargaining. The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and the Committee on Freedom of Association prepare reports and express their observations regarding countries' compliance with these conventions. In this context, ensuring effective protection against trade union discrimination requires the inclusion of protective provisions in legislation, the establishment of procedures that allow discrimination complaints to be examined swiftly, impartially, accessibly, and effectively, the creation of preventive and corrective mechanisms, and the regulation of effective and deterrent sanctions in the law.

Keywords: Trade union discrimination, trade union membership, trade union activities, trade union rights, ILO, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

* Hakim, Ankara, eda_manav@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-3183-0325 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676928
** İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, beyza.aydin@ikc.edu.tr
ORCID: 0009-0001-9221-1870
Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 10.03.2025

GİRİŞ

Sendikal haklar, çalışma hayatının demokratikleşmesi ve işçilerin sosyal haklarının korunması açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu hakların en temel unsurlarından biri olan sendikal ayrımcılık yasağı, çalışanların sendikal faaliyetlere katılmaları nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmamalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Hukukumuzda sendikal haklar ilk olarak Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 51'inci maddesine göre, *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."* 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci ve 18'inci maddeleri ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesi sendikal ayrımcılığı açıkça yasaklamakta ve bu yasağa aykırı davranışların yaptırıma tabi olduğunu düzenlemektedir.

Uluslararası düzeyde, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), sendikal hakların korunmasına yönelik çeşitli sözleşmeler ve tavsiyelerle üye devletlerin mevzuatlarını denetlemekte ve bu alandaki eksikliklere dikkat çekmektedir. Bu bağlamda 87 sayılı "Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi" ile 98 sayılı "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi", sendikal ayrımcılık yasağının temelini oluşturan uluslararası sözleşmelerdir.

ILO, komiteleri aracılığıyla ülkelere yönelik raporlar hazırlamaktadır. ILO Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi üye devletlerin ILO sözleşmelerine ve tavsiye kararlarına uyumunu denetlemekle görevlidir. Bu Komite, Üye devletlerin ulusal mevzuatlarının ve uygulamalarının ILO sözleşmelerine ne ölçüde uyduğunu inceler, üye ülkelerin sunduğu düzenli raporları değerlendirerek, sözleşmelerin uygulanmasında karşılaşılan sorunları tespit eder. Sözleşmelerin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin rehberlik sunar ve uyumsuzluk durumlarında tavsiyelerde bulunur. Üye ülkelerle ilgili resmi gözlemler yayınlayabilir ve doğrudan yazışmalar yoluyla ülkelerden belirli sorunları çözmelerini isteyebilir. Bu bağlamda Komitenin rolü, ILO üye devletlerinde uluslararası çalışma standartlarının uygulanmasına ilişkin tarafsız ve teknik bir değerlendirme sağlamaktır. Uluslararası çalışma standartlarının uygulanmasını incelerken, Uzmanlar Komitesi gözlemler ve doğrudan istekler olmak üzere iki tür yorumda bulunur. Gözlemler, bir devlet tarafından belirli bir sözleşmenin uygulanmasına ilişkin temel konulara yönelik yorumlar içerir. Bu gözlemler, Uzmanlar Komitesinin yıllık raporunda yayımlanır. Doğrudan istekler ise daha çok teknik konulara veya ek bilgi taleplerine ilişkindir. Bu istekler raporda yayımlanmaz, doğrudan ilgili hükümetlere iletilir.[1]

Sendika Özgürlüğü Komitesi, ilgili ülkenin ilgili sözleşmeleri onaylayıp onaylamadığına bakılmaksızın, sendika özgürlüğü ihlallerine ilişkin şikayetleri incelemek amacıyla kurulmuştur.[2]

---

1 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Organization, İsviçre, 2025, s. 9 vd. (https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-02/Report%20III%28A%29-2025-%5BNORMES-241219-002%5D-EN_0.pdf s.e.t. 20.02.2025).

2 Engin Ünsal, Sendika Özgürlüğü ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile T.C. Hükümetleri İlişkileri, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 82.

Bu makalede, öncelikle Türk hukukunda sendikal ayrımcılık yasağının yasal dayanakları ve uygulama sorunları ele alınacak; sonrasında ILO'nun Türkiye'ye yönelik gözlemleri doğrultusunda, yasal çerçevenin uluslararası standartlara ne ölçüde uyum sağladığı incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle sendikal ayrımcılık kavramı, daha sonra uluslararası düzenlemelerde sendikal ayrımcılık yasağı, Türk hukukunda sendikal ayrımcılık yasağı anlatılacaktır Sonrasında Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının uygulanmasına ilişkin Uzmanlar Komitesi'nin 6356 sayılı Kanun'da yer alan sendikal ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere yönelik gözlemleri açıklanarak, buna yönelik değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. SENDİKAL AYRIMCILIK KAVRAMI

Ayrımcılık kavramının tanımı, objektif ya da haklı bir sebep bulunmaksızın, benzer durumlardakilere farklı yahut farklı durumlardakilere benzer şekilde davranmak olarak yapılabilir. Bir diğer deyişle, bir kişiye sahip olduğu ve değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin beklenemeyeceği bir özelliği nedeniyle (cinsiyet, ırk, siyasal görüş, felsefi inancı, dini gibi nedenlerle) diğer kimselerden farklı davranılması suretiyle kişinin mağdur edilmesi ayrımcılık teşkil eder.[3] Bu noktada genellikle birbiri yerine kullanılan eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiyi belirlemek önem arz etmektedir: Eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin iki yönünü oluşturmaktadır. Eşitlik ilkesinin bu iki yönü, *"dar anlamda eşit davranma borcu"* ve *"işverenin ayrım yapmama borcu"* şeklinde işverenin eşit davranma borcuna farklı boyutlar kazandırmıştır.[4] Eşit davranma borcu, eşdeğer durum ve şartlardaki kimselere hakkaniyet esasları doğrultusunda eşit davranmayı, söz konusu kişiler arasında farklı davranmamayı gerektirir.[5]

Ayrım yapmama ve eşit davranma borcu; adalet, dürüstlük ve hakkaniyet, anayasal eşitlik ilkesi gibi çeşitli ilke ve kurallar temelinde açıklanmak

---

[3] Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", S. 12, Y. 3, 2008, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 24; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 69; Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı", C. 2, S. 69 2021, Çalışma ve Toplum, s. 861; Eda Manav, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir, 2014, s. 732; Kübra Demir, İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 10.

[4] Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", C. 4, S. 11, 2006, Çalışma ve Toplum, s. 66; Ugan Çatalkaya, s. 891; Eşit işlem ilkesi ile ayrımcılık yasağını bir madalyonun iki yönü olarak değerlendiren *Gülmez*, ayrımcılık yasağı ile eşit işlem arasındaki ilişkiyi şu ifadelerle açıklamıştır: "*Özellikle hak öznelerinin insan haklarından yararlanmaları bağlamında, eşitlik ve eşit işlem ile ayrımcılık yasağı arasında "bölünmezlik" ve "bütünsellik" ilişkisi vardır ve bu ilkeler, bir tür "siyam ikizleri"dir; aynı gerçeğin yada olgunun birbirinden ayrılamaz, madalyonun biri olumlu ve biri de olumsuz iki yüzünü oluşturan; yazılı hukukta açıkça belirtilmediği durumlarda da örtük olarak birbirini içeren, hatta birbirinin "onsuz olmaz" koşulu sayılması gereken, aynı bütünün parçaları olan, kimi zaman yalnızca olumlu ve ilkesel, kimi zaman da yalnızca olumsuz ve özgül yönüyle düzenlenen "bölünemez" ilkelerdir*". Bkz. Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", C. 2, S. 25, 2010, Çalışma ve Toplum, s. 221.

[5] Emine Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", Özel Sayı, 2017, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 226.

istenmiştir.[6] Hukukumuz bakımından Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun[7] 5'inci maddesi ayrımcılık yasağının ve eşit davranma borcunun temelini oluşturmaktadır.[8]

Ayrımcılık yasağına ve kanun önünde eşitlik ilkesine Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde ise işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, bazı ayrımcılık yasakları da özel olarak düzenlenmiştir.[9] Buna göre dil, cinsiyet, ırk, din ve mezhep, özürlülük, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendikal nedenler ve benzeri sebeplerle işçiye karşı ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu düzenlemeye ek olarak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda[10] da ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeler yer almıştır.[11] 6701 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında bu Kanun kapsamında ırk, dil, cinsiyet, renk, din, felsefi görüş, etnik köken, inanç, siyasi görüş, servet, mezhep, yaş, sağlık durumu, doğum, medeni hal, engellilik temelinde ayrımcılık yasaklanmıştır. Söze konu hükümde "ve benzeri" ifadesine yer verilmediği için Kanun kapsamında yer alan ayrımcılık hallerinin sınırlı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca ilgili Kanun'un 4'üncü maddesinde kanun kapsamındaki ayrımcılık türleri *ayrı tutma*, *ayrımcılık talimatı ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz* ve *varsayılan temele dayalı ayrımcılık* şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise anılan örgütlerin faaliyetlerinde, üyelik ve iç ilişkilerinde ayrım yapılması yasaklanmıştır: "*Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz*". Dolayısıyla sendikal ayrımcılık yasağı 6701 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır.[12]

Ayrımcılık eylemi, doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilebilir. Doğrudan ayrımcılık, bir kişiye, hukuken korunan belirli bir özelliğinden dolayı benzer konumda olan kişilere göre daha olumsuz, daha az lehe bir davranışta bulunması anlamına gelmektedir.[13] Dolaylı ayrımcılık ise görünürde tarafsız bir

---

6 Süzek, 2008, s. 24.

7 RG, 10.06.2003, S, 25134.

8 Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 729; Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat vd. İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 432; Gülmez, 2010, s. 239; Doğan Yenisey, 2006, s. 66.

9 Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", S. 7, 2005, Legal İHSGHD, s. 978.

10 RG. 20.04.2016, Sayı: 29690.

11 Senyen Kaplan, s. 226.

12 Başak Güneş, Türk İş Hukukunda Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 283, dn. 883.

13 Doğan Yenisey, 2006, s. 71.

davranışın, uygulamanın veya yasal düzenlemenin hayata geçirildiğinde, belirli bir gruba veya bazı kişilere karşı eşit olmayan bir durum meydana getirmesidir.[14]

Sendikal nedene dayalı olarak yapılan ayrımcılık da ayrımcılık yasağının kapsamındadır. Ayrıca işveren tarafından yapılan sendikal ayrımcılık eylemi doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilebilir.[15] Bu doğrultuda işe alım aşamasından itibaren iş ilişkisinin devamında ve işin sona ermesinde bir işçiye, meşru kabul edilebilecek bir neden olmaksızın sendika üyeliğinden veya sendikal faaliyetlerinden dolayı benzer konumdaki işçilerden farklı davranılması veya farklı konumdaki işçilerle aynı davranılması sendikal ayrımcılık oluşturacaktır[16]. İşverenler tarafından sendika üyeliği veya faaliyetleri nedeniyle işçilere karşı uygulanan ayrımcılık, başta iş sözleşmesinin feshi olmak üzere, işe almama, askıya alma, transfer, terfide gecikme vb. gibi çeşitli şekillerde olabilir.[17]

Sendikal ayrımcılık, İş Kanunu'nun 5'inci maddesi ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun[18] 25'inci maddesi uyarınca yasaklanmıştır.[19] İş Kanunu 5'inci maddesinin altıncı fıkrasına göre: "*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır*". 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde ise işe alımda, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde kural olarak sendikal nedene dayalı ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmüş; bu hükümlere aykırılığın yaptırımı sendikal tazminata bağlanmıştır.

II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞI

A.ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ SÖZLEŞMELERİNDE SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞI

Sendikal ayrımcılık yasağı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün çeşitli sözleşmelerinde yer almaktadır. Söz konusu yasağın ilk kez tanınması ise

---

14 Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 725; Doğan Yenisey, 2006, s. 71; Manav, 2014, s. 739; ILO Uzmanlar Komitesi'ne göre dolaylı ayrımcılık, görünürde tarafsız olan uygulamaların veyahut düzenlemelerin, cinsiyet, renk, din, ırk gibi belirli özellikler taşıyan grupların üyesi olan kişilere yönelik eşitsiz sonuçlar doğurmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülmez, 2010, s. 228.

15 Freedom of Association Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association, Sixth Edition, International Labour Organization, by., 2018, s. 206. (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_632659.pdf s.e.t. 01.05.2024).

16 Güneş, s. 230-231.

17 J.M. Servais, "Anti-Union Discrimination in the Field of Employment", Volume 115, No. 3, 1977, International Labour Review, s. 293.

18 RG, 07.11.2012, S. 28460.

19 Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, sendikal ayrımcılık yasağı, mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde ve 18. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmemiştir. Kararın tamamı ve kararda yer alan tüm gerekçeler için bkz. Yargıtay 9. HD, E.28028, K. 36272, T. 05.11.2012 (Durmuş Özcan, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 485-486).

ILO'nun temel sözleşmelerinden biri olan 1949 tarihli 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi[20] ile olmuştur.[21]

98 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ilk maddesine göre işçiler, istihdam konusunda sendikal özgürlüklerini ihlal eden her türlü ayrımcı fiile karşı tam ve etkin bir korumadan yararlanacaktır. 98 sayılı ILO Sözleşmesi, işe alımda, iş ilişkisinin devamında ve işe son verilmesinde sendikal ayrımcılığı kapsamaktadır. İlgili Sözleşmenin 1'inci maddesi uyarınca işçinin işe alımını, sendikaya üye olma, olmama yahut sendika üyeliğinden çekilme koşuluna tabi kılmaya yönelik eylemler ile çalışma saatleri haricinde veya işverenin rızası doğrultusunda çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle iş ilişkisini sona erdirmeyi yahut başka şekilde zarar görmesini amaçlayan her türlü ön yargılı, ayrımcılık yaratan eyleme karşı etkin ve tam bir koruma öngörülmüştür (m. 1).[22] Ayrıca 98 sayılı ILO Sözleşmesi, sendika özgürlüğü karşıtı ayrımcı eylemlere karşı bireysel sendika özgürlüğünün olumsuz yönünü de çalışma hakkıyla bağlantılı olarak güvenceye kavuşturmaktadır.[23]

135 sayılı ILO İşçi Temsilcileri Sözleşmesi[24] ve 143 sayılı ILO İşçi Temsilcileri Tavsiye Kararı'nda[25] işçi temsilcilerinin, işçi temsilcisi olmaları, bir sendikaya üye olmaları veya sendikal faaliyetlere katılmaları nedeniyle kendilerine karşı yapılabilecek iş sözleşmelerinin feshi dahil her türlü ön yargılı ve ayrımcı eyleme karşı etkili bir şekilde korunmalarını öngörmektedir.[26]

151 sayılı ILO Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'nde[27] kamu çalışanlarının istihdamları ile ilgili olarak sendikal ayrımcılığa karşı koruma öngörülmüştür. 158 sayılı ILO İşe Son Verme Sözleşmesi[28] ve 166 sayılı ILO

---

20 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı niteliğinde olan 98 sayılı ILO Sözleşmesi, 01.07.1949 tarihinde Uluslararası Çalışma Konferansı'nda kabul edilerek 18.07.1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Sözleşme ülkemiz tarafından 08.08.1951 tarihinde onaylanarak 23.01.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG, 14.08.1951, S. 7884).

21 Protection Against Acts of Ani-Union Discrimination: Evidence from the Updated IRLex Database, International Labour Organization, by., 2022, s. 1 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_protect/%40protrav/%40travail/documents/publication/wcms_862443.pdf s.e.t. 02.05.2024).

22 Ulaş Baysal, "Türk Hukukunda Sendikasızlaştırmanın Derman Olmayan İlacı Sendikal Güvencelerin Sendika Özgürlüğü Komitesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Emeğin Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 433; Servais, s. 293; Protection Against Acts of Ani-Union Discrimination: Evidence from the Updated IRLex Database, s. 1-2.

23 Mesut Gülmez, Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları Oluşumu ve Uygulanması Cilt I, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara, 2014, s. 500.

24 135 sayılı ILO Sözleşmesi, ILO tarafından 23 Haziran 1971 tarihinde kabul edilen 135 sayılı ILO Sözleşmesi, Türkiye tarafından 25 Şubat 1993 ve 21507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

25 143 sayılı ILO Tavsiye Kararı için bkz: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R1 (s.e.t. 01.04.2024).

26 Servais, s. 293.

27 151 sayılı ILO Çalışma İlişkileri Sözleşmesi için bkz. https://www.ilo.org/tr/resource/151-nolu-calisma-iliskileri-kamu-hizmeti-sozlesmesi (s.e.t. 02.04.2024).

28 158 sayılı ILO İşe Son Verme Sözleşmesi için bkz. https://www.ilo.org/tr/resource/158-nolu-hizmet-iliskisine-son-verilmesi-sozlesmesi (s.e.t 02.04.2024).

İstihdamın Sonlandırılması Tavsiye Kararı,[29] sendika üyeliğinin, sendikal faaliyetlere katılmanın veya işçi temsilcisi olarak görev yapmanın iş ilişkisinin sona erdirilmesi için geçerli neden olarak kabul edilmeyeceğini belirterek 98 ve 135 sayılı ILO sözleşmelerinin hükümlerini güçlendirmektedir.[30]

Sendikal ayrımcılığa ilişkin ILO sözleşmelerinin yanı sıra ILO'nun denetim organlarından Sendika Özgürlüğü Komitesi (CFA), incelediği sendikal ayrımcılık iddiaları ile ilgili olarak ciddi bir içtihat oluşturmuştur.[31] ILO'nun diğer denetim organı olan ve sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin raporları denetleyen Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi'nin (CEACR) yorumları ILO sözleşmeleriyle öngörülen ilkelere işlerlik kazandırmıştır.[32] Söz konusu komiteler, sendikaların varlığını tehlikeye atabileceğinden dolayı sendikal ayrımcılığı, sendikal özgürlüğün en ciddi ihlallerinden biri olarak değerlendirmektedir.[33]

B. DİĞER ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞI

Sendika hakkı ILO sözleşmelerinin yanı sıra birçok uluslararası belgede temel bir hak olarak düzenlenmiş olup, sendikal ayrımcılık yasağı ise doğrudan değil, bu kapsamda dolaylı olarak güvence altına alınmıştır. Nitekim örgütlenme ve sendika hakkı Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın[34] 12'nci maddesinde güvence altına alınmıştır: "*Herkes, barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü ile her düzeyde, özellikle siyaset, sendika ve yurttaşlıkla ilgili konularda örgütlenme özgürlüğüne sahiptir. Bu, herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içerir.*" Ayrımcılık yasağı ise söz konusu Şart'ın 21'inci maddesinde ayrıca tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre, "*cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi ya da diğer görüşler, vatandaşlık, azınlığa dahil olma, malvarlığı, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılığın*" yasaklanması gerektiği belirtilmiştir. Bununla beraber

[29] 166 sayılı İstihdamın Sonlandırılması Tavsiye Kararı için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166 (s.e.t. 02.04. 2024).

[30] Protection Against Acts of Ani-Union Discrimination: Evidence from the Updated IRLex Database, s. 2.

[31] Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (Revised) Edition, International Labour Office, Cenevre, 2006, s. 160 vd.

[32] Gülsevil Alpagut, "6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 114.

[33] Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, s. 155. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir: "*Bireysel sendika özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğünün temelidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur. Çalışanların örgütlenmesi önündeki tüm engeller, toplu sözleşme düzeninin varlığını tehdit eder. Sendikal nedenle yapılan fesih, bu engellerden biridir. Feshin ilk bakışta iş sözleşmesi ve işçi üzerinde etkisini göstermesi yanıltıcıdır. Bu haksız fiil, temelde sendikaya ve nihayet toplu sözleşme düzenine yönelmektedir*", Yargıtay 9. HD, E: 2013/13993, K: 2014/10049, T: 25.03.2014 (Yargıtay Karar Arama).

[34] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na ulaşmak için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:charter_fundamental_rights (s.e.t. 03.04.2024).

ayrımcılık kavramının tanımı AB Temel Haklar Şartı'nda yapılmamıştır. Dolayısıyla sendika hakkı Avrupa Birliği müktesebatında temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte sendika hakkına aykırılık hali ayrımcılık olarak değerlendirilmemekte; doğrudan bu hakkın ihlali olarak kabul edilmektedir.[35] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinde sendika hakkı temel bir hak olarak kabul edilmiş ve dernek kurma hakkı içerisinde ele alınmıştır: "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir*."

Birleşmiş Milletler Örgütü'nün İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde sendika hakkı, dernek kurma hakkından ayrı bir maddede sosyal haklarla birlikte ele alınmıştır.[36] Söze konu Beyanname'nin 23'üncü maddesinin dördüncü bendinde ifade edildiği üzere: "*Herkesin çıkarlarının korunması için sendikalar kurma ve bunlara katılma hakkı vardır*." Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 22'nci maddesinde ise sendika hakkı örgütlenme özgürlüğü kapsamında düzenlenmiştir: "*Herkes başkalarıyla bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurma ve sendikaya katılma hakkını da içerir.*" Bu düzenlemelere ek olarak Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi, sendika kurma ve sendikalara katılma hakkını temel bir hak olarak tanımakta ve taraf devletlere bu hakkın korunması ve ihlallerin önlenmesi yönünde yükümlülükler getirmektedir. İlgili hüküm, bireylerin ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak amacıyla sendika kurma ve sendikalara katılma hakkını güvence altına alırken, sendikaların ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenme ve faaliyet yürütme haklarını da tanımaktadır.

III. TÜRK HUKUKUNDA SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞI

Sendikal ayrımcılık yasağı kaynağını her şeyden önce Anayasa'nın 51'inci maddesinin birinci fıkrasından alır.[37] Nitekim söz konusu hükme göre, "*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz*."

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi, sendika özgürlüğünün güvencesini Anayasa'da yer alan düzenlemeye uygun olarak ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan güvence, sendikalı, sendikasız ya da belli bir sendikaya üye olan veya olmayanları, sendikal özgürlüklerine halel getirebilecek eylemlere karşı korumaktadır. 6356 sayılı Kanun'a göre, sendikal ayrımcılık yasağı, yalnızca iş ilişkisinin devamında ve iş ilişkisine son verilmesinde değil, işçiyi işe alma sürecinde de geçerlidir.[38]

---

[35] Gaye Baycık, Özel Sektör ve Kamu Sektöründe Sendikal Ayrımcılığın Tespitine Yönelik Veri Toplama Sistemi Oluşturma Yöntemleri ve Türkiye için Model Önerisi, Ankara, 2019, s. 9.

[36] Melda Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 25.

[37] Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 196.

[38] Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 876.

6356 sayılı Kanun'daki güvence, işçilerin sendika üyeliklerinin yanı sıra sendikal faaliyetleri nedeniyle farklı işleme tabi tutulmaya ve işveren feshine karşı koruma sağlamaktadır. Nitekim söz konusu Kanun'un 25'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereği "*İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde, işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz*".

A. SENDİKAL AYRIMCILIK YASAĞININ KAPSAMI

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde işe alımda, iş ilişkisinin devamında ve iş ilişkisine son verilmesinde kural olarak sendikalı-sendikasız ayrımı yapılamayacağı öngörülmüştür. İlgili maddenin ilk fıkrası işe alımda sendikal ayrım yasağını, sonraki fıkra ise çalışma koşullarında ve iş ilişkisine son verilmesindeki sendikal ayrım yasağını kapsamaktadır.[39]

1. İşe Alım Sürecinde Sendikal Ayrımcılık

a. İş Görüşmelerinde İşverenin İşçinin Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyetine İlişkin Soru Sorması

İş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde işveren yönetim hakkı gereği, çalışacak kişiye ayrılan alanı en iyi şekilde doldurmayı amaçlar.[40] İşveren bu nedenle iş görüşmeleri esnasında bilgi edinmek amacıyla işçi adayına soru sorma hakkına sahiptir. Ancak bu hak işçiyi koruma amacıyla sınırlandırılmıştır.[41] Her ne kadar iş görüşmelerinde işçi-işveren sıfatı oluşmamış olsa da sözleşme görüşmelerine başlamalarıyla sosyal temasta bulunan tarafların arasında edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi doğar.[42]

İşveren, işçiye iş ile ilgili konularda soru sorabilir. Adaya kişilik haklarını zedeleyecek sorular soramaz. Bu kapsamda, işçinin sendikaya üye olup olmaması yahut geçmiş sendikal faaliyetlerine ilişkin sorular hukuka aykırı olduğu gibi sendika üyeliğine ilişkin sorular da hukuka uygun değildir.[43] İşçinin bu soruları yanıtsız bırakması veya söz konusu sorulara doğru cevap vermemesi, işvereni yanıltma olarak değerlendirilemez ve iş sözleşmesi kurulduktan sonra hile ya da esaslı hata nedenlerine dayanılarak iş sözleşmesi feshedilemez. Nitekim

---

39 Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 59; Çelik/ Caniklioğlu, Canbolat vd. s. 875.

40 Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", C. 72, S. 2, 2014, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 541-542; Kübra Demir, "İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu", C. 12, S. 2, 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1078.

41 Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", C. 8 S. 4, 2006, Kamu İş, s. 52-53.

42 Yürekli, s. 550.

43 Betül Erkanlı, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 71; Mehtap Yücel Bodur, "İşverenin İş Görüşmelerinde Soru Sorma Hakkı ve Bunun Sınırları", C. 19, S. 218, 2021, Legal Hukuk Dergisi, s. 671; Yürekli, s. 552; Okur, s. 12.

Anayasa'nın 51'inci maddesi ile 6356 sayılı Kanunu'nun 25'inci maddesinde sendikal özgürlük güvence altına alınmıştır. Bu hükümler doğrultusunda iş sözleşmesinin kurulma aşamasında işçiler arasında sendikalı-sendikasız ayrımı yapılamaz.[44] Bununla birlikte, adayın iş başvurusunun sendikal nedenlerle reddedilmesi durumunda 6356 sayılı Kanun'da tazminat yaptırımı öngörülmüşken; aday işçiye iş başvurusu sırasında sendika üyeliği ya da geçmişte yapmış olduğu sendikal faaliyetleri hakkında soru sorulması hali ise herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Öğretide bir görüşe göre, işe alım aşamasında denetimler yapılarak iş başvuru formlarında adayın sendika üyeliği veya geçmiş sendikal faaliyetlerine ilişkin soruların yer aldığının tespit edilmesi ya da aday tarafından kendisine bu tarz soruların yöneltildiğini tanık, kamera kayıtları ve benzeri delillerle ispatlanması halinde idari para cezaları öngörülmelidir.[45]

b. İşçi Adayını Sendikaya Katılmaya veya Sendika Üyeliğinden Ayrılmaya Zorlayacak Anlaşmalar

Sendika özgürlüğü kapsamında işçiler, diledikleri sendikaya üye olma, üyeliği sürdürme veya üyelikten uzak kalma hakkına sahiptir. Dolayısıyla, işçi adayını, işe alınabilmesi için sendikaya katılmaya veya sendika üyeliğinden ayrılmaya zorlayacak her türlü anlaşma hükümsüz kalacaktır.[46] Nitekim 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin birinci fıkrasında hüküm altına alındığı üzere, "*İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz*." ve aynı maddenin sekizinci fıkrası uyarınca "*toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bu hükme aykırı şartlar konulamaz"* (m. 25/8). Aksi takdirde bu şartlar, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca geçersiz olacaktır.[47] Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre de işverenler tarafından bir işçinin işe alınması, işçinin herhangi bir sendikaya üye olmaması ya da belli bir sendikanın üyeliğinden çıkması koşuluna bağlanamaz.

---

44 Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", C. 19, S. 2, 2015, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 119; Demir, 2022, s. 1088; Erkanlı, s. 71; Okur, s. 140.

45 Güneş, s. 243.

46 Alman hukukunda da kabul edildiği üzere işçiyi sendikaya üye olmaya zorlayan anlaşmalar (*Organisationszwang*) geçersizdir. Bu nedenle toplu iş sözleşmelerine, bir sendikada üyeliği bulunmayan işçilerin çalıştırılmayacakları şartı (*allgemeine Organisationsklausel*) veyahut da belirli bir sendikaya üye olmayanların işe alınmayacağı şartı (*beschraenkte Organisationklaus*el) konulamaz. Bu hususta bkz. Banu Uçkan, "Sendika Güvenliğinin Teorik Çerçevesi ve Endüstri İlişkileri Sistemine Etkisi" C. 56, S. 3, 2001, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 160; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 875; Aynı şekilde işçiyi sendikadan ayrılmaya zorlayan anlaşmalar da geçersiz sayılacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi (BAG), 1987 tarihli bir kararında, işçi adayının işe alınmasının sendikadan ayrılması şartına bağlandığı somut olayda, işverenin bu noktada sözleşme özgürlüğüne dayanamayacağını, söz konusu şartın hukuka aykırı olduğunu değerlendirerek geçersiz kabul etmiştir (Urteil vom 2. Juni 1987, Az. 1 AZR 651/85, s.e.t. https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_651-85). BAG, 2000 tarihli kararında ise aynı yönde bir değerlendirme yaparak işçi adayının istihdamının sendika üyesi olmama şartına bağlı kılınmasının Alman Anayasası'nın 9'uncu maddesinin ihlali olduğu yönünde karar vermiştir. (BAG, Beschluss vom 28. 3. 2000 – 1 ABR 16/99, s.e.t. https://lexetius.com/2000,4328).

47 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 875.

İşverenin bu tür eylemleri 98 sayılı ILO Sözleşmesinin 1'inci maddesine aykırıdır.[48]

ABD'de ve Birleşik Krallık'ta uygulama alanı bulan ancak sonradan kaldırılmış bulunan zorunlu sendikacılık; işçilerinin işe alınmasının taraf sendikaya üye olmaları koşuluna bağlandığı *kapalı işyeri koşulu* (*closed shop clause)* ve günümüzde de kısmen uygulanan, işçilerin işe girişinden itibaren belirli bir süre içinde işverenin istediği sendikaya üye olma ve çalıştığı süre zarfında bu üyeliğini devam ettirme koşuluna bağlandığı *sendikalı işyeri koşulu* (*union shop clause)*[49] hukukumuz bakımından geçersizdir.[50]

c. Kara Liste Uygulamaları

Uygulamada işverenlerin ve bazen de işçi sendikalarının sendikal ayrımcılık yasağına aykırı olarak kara liste (*Mise a l'index*) düzenledikleri görülmektedir. Kara liste uygulamasında birtakım sendika üyesi işçilerin ve işçi temsilcilerinin isimleri yayınlanarak işe alınmalarının engellenmesi amaçlanmaktadır. Böyle bir uygulama sendikal ayrımcılık oluşturacağı gibi, işçilerin kişilik haklarını ihlal eder. İşverenin, işçileri bu uygulamaya tabi tutmasının dayandığı gerekçe ne olursa olsun işverenin bir haklılığı bulunmayacaktır. İşverenin kara liste uygulaması, ILO'nun 87 ve 98 sayılı sözleşmelerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi, kararlarında sendika yetkililerinin veya üyelerinin kara listeye alınmasını içeren tüm uygulamaların sendikal hakların özgürce kullanılmasına yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğunu ve üye devletlerin bu tür uygulamalara karşı sıkı tedbirler alması gerektiğini belirtmektedir.[51] Bu nedenle kara liste uygulamasına karşı, işçiler ve işçi temsilcileri Türk Medeni Kanunu

---

[48] Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association, Protection Against Discrimination, International Labour Organization, General principles, para. 1073. (https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3946840,1).

[49] Uçkan, s. 160-163.

[50] Aziz Can Tuncay/ Burcu Savaş Kutsal/ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2025, s. 114; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 876; Demir, 2021, s. 375; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'inci maddesi kapsamında sendikaya üye olma hakkı olduğu gibi, üye olmama hakkı da madde kapsamındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre olumsuz sendika özgürlüğüne ilişkin olarak kişinin sendikaya üye olmaya zorlanması 11'inci maddedeki özgürlüğün amacına ters düşer (*Young, James ve Webster*, § 52; *Gustaffson*, § 45; *Sørensen and Rasmussen* § 54). Ayrıntılı bilgi için bkz. Duygu Köksal, "AİHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 67. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, 2006 tarihinde verdiği *Sørensen and Rasmussen v. Danimarka* kararında, *closed shop clause* uygulanan bir işyerinde, işçilerin taraf sendikaya üye olmayı reddetmeleri gerekçesiyle iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Mahkeme, yapılan feshin işçilerin olumsuz sendika özgürlüğüne aykırı olduğu; dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'inci maddesini ihlal ettiği kararına varmıştır. Kararda AİHS'nin 11'inci maddesinin sağladığı korumanın, işverenler tarafından işçilerin işe alımından sonra da belli bir sendikaya üye olmaya zorlandıkları durumları da kapsadığı belirtilmiştir. (Sørensen ve Rasmussen/Danimarka, AİHM, 52620/99-52562/99, 11.01.2006, § 56).

[51] Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, s. 161.

(TMK)'nun 24, 25 ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 58'nci maddeleri gereğince yayının durdurulması talebinde bulunabilecekleri gibi koşulları gerçekleşmişse manevi ve maddi tazminat talebinde de bulunulabilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesi uyarınca "*iş ve çalışma hürriyetinin ihlali*", 118'inci maddesi uyarınca "*sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi*", 135'inci maddesi uyarınca "*kişisel verilerin kaydedilmesi*" ve 136'ncı maddesi uyarınca "*verileri hukuka aykırı verme veya ele geçirme*" suçlarını oluşturabilir.[52] 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[53]'nda kara liste uygulaması kapsam altına alınmıştır.[54] 6698 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, hassas nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgilinin açık rızası gerekir. Bu doğrultuda işçilerin izni olmaksızın sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerine ilişkin kayıt tutulması ve bunların paylaşılması ilgili Kanun uyarınca yasaktır.

2. Çalışma Koşullarında Üyelik veya Sendikal Faaliyet Nedeniyle Yapılan Sendikal Ayrımcılık

İş ilişkisi süresince, işçinin sendika üyeliği[55] veya sendikal faaliyetleri sebebiyle benzer konumdaki işçilerden farklı davranılması yahut farklı konumdaki işçilerle aynı davranılması sendikal ayrımcılık oluşturur.[56] 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin ikinci fıkrasında çalışma koşulları veya çalışmaya son verilmesi bakımından sendikal ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir: *"İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz."* Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere sınırlayıcı bir yaklaşım yerine geniş ifadelere yer verilerek her türlü sendikal ayrım yasaklanmaktadır.[57] Bu bağlamda herhangi bir sendikaya üye olmayan işçilerin ücretlerine zam yapılmaması,[58] sendikalı işçinin üyeliği nedeniyle sık sık görev yerinin değiştirilmesi[59] ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret zammından yararlandırılmaması,[60,] Yargıtay kararlarında sendikal ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, ayrım yasağına ilişkin bir istisna getirmektedir.[61] Nitekim hükme göre, prim, ücret, ikramiye, paraya ilişkin sosyal yardımlarda toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. Hukukumuzda, kural olarak taraf sendikaya üye olan işçiler toplu iş

---

52 Şahlanan, s. 197.

53 RG, 07.04.2016, S. 29677.

54 Güneş, s. 245.

55 İşçinin sendika üyeliği nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması aynı zamanda işçinin işverene taraf sendikaya üye olmaması, sendika üyeliğinden ayrılması yahut üyesi bulunduğu sendikayı değiştirmesi dolayısıyla yapılan ayrımcılık anlamına gelmektedir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sarper Süzek/ Süleyman Başterzi, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 680; Güneş, s. 231.

56 Güneş, s. 253.

57 Sur, 2022, s. 61.

58 Yargıtay 9. HD, E: 2014/28846, K: 2016/1901, T: 26.01.2016 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay 9. HD, E: 2014/28844, K: 2016/1899, T: 26.01.2016 (Yargıtay Karar Arama).

59 Yargıtay 9. HD, E: 2016/17744, K: 2016/15193, T: 23.06.2016 (Yargıtay Karar Arama).

60 Yargıtay 22. HD, E: 2012/20492, K: 2013/8579, 05.04.2013 (Yargıtay Karar Arama).

61 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 876.

sözleşmesinden yararlanabilir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler ile yararlanmayan işçiler arasında ikramiye, ücret, prim ve paraya ilişkin sosyal konularda diğer işçiler arasında farklılığın bulunması, sendikal ayrımcılık yaratmamaktadır.[62]-[63] Ayrıca eklemek gerekir ki, işverenlerin yönetim hakkı kapsamında, sendikalı-sendikasız ayrımına dayanmaksızın, işçilerin eğitim durumları, kıdemleri gibi objektif niteliklerini ve becerileri ve çalışkanlıkları gibi subjektif niteliklerini dikkate alarak çalışma koşullarında ve ücret konularında farklılıklar oluşturmasında da bir engel yoktur.[64] Bununla birlikte uygulamada sendikal örgütlenmeyi engellemek amacıyla sendika üyesi olmayan işçilere işveren tarafından iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları veya iç yönetmelikler ile çeşitli menfaatler sağlandığı görülmektedir. Bu tür bir uygulama sendikal özgürlüğe aykırıdır ve sendikal ayrımcılık yaratır.

Almanya'da Gelsenkirchen İş Mahkemesi'nin 2016 tarihli bir kararına yansıyan olayda, işveren, işçilerden, üyesi bulundukları sendikadan ayrılmalarını sözlü ve yazılı olarak talep etmiş; işçilere sendika üyeliğinden ayrıldıkları takdirde mali teşvikler sağlayacağını vaat etmiştir. Yerel Mahkeme ise işçilerin sendikaya katılma isteklerinin ekonomik baskı ile engellenemeyeceğini; halihazırda bir sendikada üyeliği bulunan işçileri ise üyeliklerinden ayrılmalarına yönelik hiçbir baskının veya teşvik eyleminin uygulanamayacağını belirtmiştir.[65]

---

[62] Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 159; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 170; Sur, 2022, s. 62; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.745. "*Davacıya yapılan bu uygulamanın sebebi, davalı işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafını oluşturan sendikaya sonradan üye olmasıdır. Davacıya yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden sonra sendikaya üye olan diğer işçilerden farklı bir uygulama yapılmamıştır. Davacının tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*" Yargıtay 9. HD, E: 2006/35833, K: 2007/19865, T. 21.06.2007 (Legalbank).

[63] Alman Federal İş Mahkemesi, 1967 yılında toplu iş sözleşmesine bu mahiyette hükümler getirilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, toplu iş sözleşmesine getirilen bu tür hükümleri geçersiz kabul etmiştir. (29 Kasım 1967 tarihli GS 1/67 kararı). Alman Federal Anayasa Mahkemesine, sendika üyesi olmayan bir işçi, taraf sendikaya üye olan işçilere toplu iş sözleşmesiyle emeklilik ve kıdem tazminatına ilişkin farklı düzenlemeler öngörülmesinin, sendikal ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla başvurmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi ise, toplu iş sözleşmesiyle taraf sendikaya üye olan işçilerin yararlanabildiği sosyal yardımların, sendika üyesi olmayan işçilere sağlanmamasının olumsuz sendika özgürlüğünü zedelemediği; bu uygulamanın yalnızca sendikaya üye olunmasına yönelik olası bir teşvik eylemi düzeyinde kaldığı; bu nedenle de sendikal ayrımcılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, sendikaya üye olup olmamanın işçinin tercihine bırakıldığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, sendikalar üyeleri adına toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahiptir ve sendikaların, toplu iş sözleşmesi özerkliği nedeniyle tüm işçilere eşit değer verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (BVerfG, Beschluss vom 14. November 2018, Aktenzeichen 1 BvR 1278/16). Karar için bkz: (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/11/rk20181114_1bvr127816.html s.e.t. 30.04.2024). Aynı yönde Alman Federal Mahkemesi Kararı için bkz. Urteil vom 27. Januar 2016 Vierter Senat - 4 AZR 441/14 (https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2021/01/4-AZR-441-14.pdf s.e.t. 30.04.2024).

[64] Şahlanan, s. 199; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 876.

[65] Urteil vom 9. März 2016, Az. 3 Ga 3/16 (https://research.wolterskluwer-online.de/document/43a8e623-d071-3287-8be6-2388c74d0a81 s.e.t. 17.04.2024).

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin üçüncü fıkrasında işçilerin sendikaya üyeliğine ek olarak sendikal faaliyetleri de korunmaktadır. Söz konusu hükümde, işçilerin sendikaya üyelikleri veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı diğer işçilerden farklı işlem görmesi ya da iş sözleşmelerinin feshedilmesi yasaklanmıştır.[66] Bu doğrultuda işçiler tarafından propaganda yapılması ya da bildiri dağıtılması ve hatta işçinin üyesi olmadığı bir sendikanın faaliyetine katılması da sendikal faaliyet sayılacaktır.[67] 6356 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde ise kuruluşların faaliyetleri düzenlenmiştir. Sendikaların kuruluş amacı, işçilerin veya işverenlerin iş ilişkilerinde, ortak hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmektir. Sendikaların bu amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması gerekir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin birinci fıkrasında kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması esası kabul edilmiştir. Ayrıca hükümde kuruluşların hangi faaliyetlerde bulunabilecekleri sayılmamış; bu konu kuruluşun tüzüklerine ve çalışma programlarına bırakılmıştır. Grev de sendikaların toplu pazarlığa ilişkin faaliyetlerindendir.[68] Dolayısıyla işçinin sendikal bir faaliyet olan yasal bir greve katılması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilemez.[69] Anayasa Mahkemesi de grevi sendikal faaliyet kapsamında değerlendirmektedir.[70]

Sendikal faaliyetin işyerinde veya işyeri dışında gerçekleştirilmesi bakımından kanunda bir ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte işyerinde gerçekleştirilecek sendikal faaliyet, işyerinin sevk ve idaresini engellememelidir.[71] İşçinin sendikal faaliyetine katıldığı sendikanın üyesi olup olmaması önem arz etmez.[72]

İşçi sendikal faaliyeti, iş saatleri dışında gerçekleştirilebileceği gibi işverenden izin aldığı takdirde iş saatleri içinde de yapabilir. Ara dinlenme süresinde sendikal faaliyette bulunabilir. İşveren bu nedenle işçilerin iş sözleşmelerini feshedemez.[73] Anayasa Mahkemesi'nin *Emrah Üzegül ve Diğerleri* kararında Mahkeme, başvurucu işçilerin, mesai saatleri sonrasında işçiler arasında toplantı düzenleyerek sendika konusunda bilgilendirme yapmalarını sendikal faaliyet kapsamında değerlendirerek başvurucuların iş sözleşmelerinin

---

66 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd. s. 877.

67 Fevzi Şahlanan, "*Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)*", C. 10, S. 37, 2013, Legal İHSGHD, s. 6.

68 Seracettin Göktaş/ Gökhan Yılmaz, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 556-558.

69 Okur, s. 759.

70 Kristal İş Sendikası Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/12166, K.T. 02.07.2015 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr). Aynı yönde Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu, AYM Başvuru No:2015/14862, K.T. 09.05.2018 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

71 Yargıtay, işçinin işyeri dışında piknik düzenleyerek sendikal faaliyette bulunması nedeniyle iş sözleşmesinin feshini sendikal fesih saymıştır. Yargıtay 9. HD, E: 94/17383, K: 95/5947, T: 27.02.1995 (Okur, s. 758).

72 Anayasa Mahkemesi'nin Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusunda, sendikaya üye olmayan ancak sendikal faaliyetlere katıldıkları için iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin sendikal haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Anıl Pınar ve Ömer Bilge, Başvuru No:2014/15627, K.T. 5/10/2017 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr). Kararın değerlendirmesi için bkz. Sezgi Öktem Songu, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Sendika Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 342 vd.

73 Okur, 758.

feshedilmesinin Anayasa'nın 51'inci maddesinin ihlali olduğu yönünde karar vermiştir.[74]

Eklemek gerekir ki 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddenin üçüncü fıkrasındaki ayrım yasağı işçinin işten çıkarılması haliyle sınırlı değildir. İşçi, sendikal nedenle haksız bir işlem üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yoluna gidebilir.[75]

B.SENDİKAL AYRIMCILIĞIN YAPTIRIMI

1. Sendikal Ayrım Yasaklarına Aykırılık Halinde Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin dördüncü fıkrası gereği işçinin iş sözleşmesi sendikaya üyeliği veya sendikal faaliyeti nedeniyle feshedildiğinde olduğu gibi, fesih söz konusu olmasa dahi işe alımda ve iş ilişkisinin devamında sendikalı ve sendikasız işçiler arasında yapılması durumunda da işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmayan bir tazminata hükmolunacaktır.[76] Ayrıca işçinin sendikal tazminat talebi edebilmesi, iş güvencesine tabi olup olmamasına bağlı değildir.

2821 sayılı Kanun (mülga)'da işe alımda sendikal ayrımcılık yapılamayacağı kabul edilmiş; ancak buna aykırılık hâlinde sendikal tazminat yaptırımına bağlanmamış, yalnızca cezai yaptırım öngörülmüştür.[77] 6356 sayılı Kanun'da isabetli olarak işe alım sırasında sendikal ayrımcılığın ihlali de sendikal tazminat yaptırımına bağlanarak işçinin sendikal ayrımcılığa karşı korunmasına yönelik daha kapsayıcı düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu noktada işe alım süresi içinde henüz işçi ve işveren ilişkisinin oluşmadığı durumlarda sendikal tazminat miktarının nasıl hesaplanacağı sorusu akla gelebilir. Bu husus öğretide tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bu noktada adayın yaşına uygun olan yasal asgari ücret veya mevcutsa toplu iş sözleşmesi kapsamında belirlenen sözleşmesel asgari ücretin temel alınması gerekir.[78] Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, sendikal tazminatın hesabında adayın niteliklerine uygun işin emsal ücreti esas alınmalıdır.[79] Ayrıca, 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin 9. fıkrasında işçinin iş kanunları ve diğer kanunlar uyarınca talep edebileceği hakları saklı

---

74 Emrah Üzegül ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No:2020/22386, K.T. 07.06.2023 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

75 Sur, 2022, s. 61.

76 Şahlanan, 2020, s. 200.

77 Ömer Ekmekçi, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", C. 30, S. 3, 2016, Çimento İşveren Dergisi, s.12; Alpagut, s. 128; 2821 sayılı Kanun döneminde işçi adayları sendikal nedenle işe alınmadıklarında ancak "*culpa in contrahendo*" sorumlululuğu kapsamında tazminat talep edebilirlerdi.

78 Ercan Akyiğit, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", C.2, S. 37, 2013, Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 78.

79 Devrim Ulucan/ Seçkin Nazlı, "Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1680-1681; Sur, 2022, s. 61; Şahlanan, 2020, s. 201.

tutulmuştur. Buna göre işçi, koşulların oluşması durumunda sendikal tazminat isteminin yanı sıra, maddi veya manevi tazminat da talep edebilir.[80]

a. Sendikal Nedenle Fesihte Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca sendikal nedenle fesihte işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 21'inci madde hükümleri uyarınca dava açma hakkına sahiptir.[81] 6356 sayılı Kanun'da sendikal nedenle fesih halinde iki dava türü düzenlenmiştir. İlki, feshin geçersizliği ve işe iade esaslı bir dava; diğeri ise sendikal tazminat talebiyle açılacak bir davadır.[82]

---

80 Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 754.

81 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin dördüncü fıkrası: "*İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.*" fıkrasında yer alan *"...fesih dışında..." ve STİSK m. 25/5: "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.*" Fıkrasında yer alan "*18*" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 22/10/2014 tarihli ve 2013/1 Esas, 2014/161 Karar sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki düzenleme itibariyle 25'inci maddenin dördüncü fıkrasında işveren tarafından işe alımda ve çalışma süresince yapılan sendikal ayrımcılık sendikal tazminat yaptırımına bağlanmıştı. Bu maddenin beşinci fıkrasında ise işverenin iş sözleşmesinin feshinin sendikal bir nedene dayanması halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi kapsamında iş güvencesine tabi olan işçilerin sendikal tazminat talep edebileceği kabul edilmişti. Kanunun lafzına göre iş güvencesine tabi olmayan işçiler ancak işe alınmaları ve çalışma süresince sendikal ayrımcılık halinde sendikal tazminat talep edebileceği; iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde sendikal tazminat ve işe iade davası açma hakları bulunmayacağı şeklinde 6356 sayılı Kanun'un genel gerekçesiyle çelişkili, Anayasa'nın 51'inci maddesine ve ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerine aykırılık teşkil eden bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Öğretide ve Yargıtay Kararlarında da eleştirilen söz konusu maddelerde yer alan *"fesih dışında"* ve *"18"* ibareleri Anayasa Mahkemesi tarafından isabetli olarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde sendikal tazminat talep edebilmesi ve işe iade davası açabilmesi imkânı sağlanmıştır. Bu hususta bkz. Haluk Hadi Sümer, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 609; Alpagut, s. 129; Böylelikle mevzuatımızda iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde sendikal tazminat ve işe iade davası açabilmek için iş güvencesine tabi olma şartının aranmaması, ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerine uyumludur. Esasen Yargıtay da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sendikal tazminattan yararlandırılmamasını ILO normlarına aykırı bularak sendikal tazminat talep edilebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 9.HD, E: 2016/5952, K: 2016/5574; T: 10.03.2016 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay 9. HD, E: 2013/13993 K: 2014/10049, T: 25.03.2014 (Yargıtay Karar Arama).

82 Şahlanan, 2020, s. 201.

a.1. İşe İade Talepli Sendikal Tazminat Davası

Sendikal nedenle iş sözleşmesi sona erdirilen işçi, işe iade davası açarak işe iadesini talep edebilir. Bununla birlikte, bu davanın açılabilmesi için işçinin 4857 sayılı İş Kanunu yahut 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi olması gerekir. Bu nedenle Deniz İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler işe iade davası açamaz; zira 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin dördüncü fıkrasında 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılmıştır. 4857 sayılı ve 5953 sayılı Kanuna tabi olan işçi, iş güvencesi kapsamında olması önem taşımaksızın sendikal nedene dayalı işe iade davası açabilir.[83]

6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince işçinin en az bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere hükmedilecek sendikal tazminat, işçinin işverene başvurusuna veya işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasına bağlı değildir. Ancak işveren tarafından işçi işe başlatılmazsa, sendikal tazminatın yanı sıra İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen iş güvencesi tazminatına hükmedilmez. Burada ortaya çıkan sorun ise, sendikal nedene dayalı yapılan feshe karşı açılan işe iade davasında işe başlatma ile işe başlatmamanın sonuçlarının aynı olmasıdır.[84] 6356 sayılı Kanun taslağında işverenin işçiyi işe başlatmadığı takdirde *"sendikal tazminat"*ın yanında *"işe başlatmama tazminatı"*nın da ödeneceği öngörülmüştür. Ancak yasalaşma sürecinde bu husus metinden çıkarılmıştır.[85] Yargıtay'ın görüşüne göre de sendikal nedenle fesihte sendikal tazminatın yanı sıra iş güvencesi tazminatına hükmedilemez.[86] Ancak sendikal ayrımcılığa karşı güvence hükümlerinin etkililiğinin artırılması bakımından öğretide bizim de benimsediğimiz görüşe göre işveren tarafından işçi işe başlatılmadığı takdirde sendikal tazminat ile birlikte işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü öngörülmelidir.[87] Kendisine başvuran işçiyi işe başlatmayan işverene, işe başlatan işverene kıyasla daha ağır yaptırım öngörülmelidir.

---

83 Ekmekçi, 2022, s. 171-172; Sur, 2022, s. 63.

84 Baysal, s. 444.

85 Haluk Hadi Sümer, "İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Özel Sayı, 2016, Legal İHSGHD, s. 240.

86 Yargıtay 9. HD, E: 2018/5445, K: 2018/17529, T: 04.10.2018 (Kazancı). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda işe başlatmama tazminatının üst sınırının aşılamayacağı ancak üst sınırın aşılmasının istisnasının sendikal nedenle yapılan fesih olduğu ifade edilmiştir: *"Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra sendikal nedenle yapılan fesihlerde tazminat; işçinin başvurusu, işe başlatma ve başlatılmama şartına bağlı olmaksızın işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenecektir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (12.12.2013 gün ve 2013/8422 Esas, 2013/33052 Karar sayılı ilamımız)..."* Yargıtay 9. HD, E: 2016/9858, K: 2017/6449 T: 13.04.2017 (Yargıtay Karar Arama).

87 Baysal, s. 444. STİSK m. 25/9 gereği işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklı olduğundan işverenin sendikal ayrımcılık yaparak işçiyi işe başlatmaması nedeniyle ayrıca dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrım yasağı tazminatı (iş K. m. 5/5) isteyebilir. Burada, sendikal nedenle fesih eylemine bağlı sendikal tazminattan farklı olarak, mahkemenin kararına rağmen işe başlatmama eylemine bağlı ayrım yasağı tazminatına hükmedilebileceği görüşü için bkz. Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2013, s. 477.

Öğretide, işverenin işçiyi işe başlatmasına rağmen sendikal tazminat ödeme yükümlülüğünün devam etmesi hususu hukukumuzdaki yasal iş güvencesi sistemi ile bağdaşmadığı düşüncesi ile eleştirilmektedir.[88] Bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre ise, işverenin sendika özgürlüğüne aykırı hareket ederek gerçekleştirdiği fesih işlemi, işçinin işe alınması durumunda yaptırımsız kalacağından bu konuda yapılan yasal düzenleme isabetlidir.[89]

a.2. İşe İade Talebi Olmaksızın Doğrudan Sendikal Tazminat Davası

Daha önce belirtildiği gibi, işçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için işe iade davası açması zorunlu değildir. Ayrıca işçinin tabi olduğu kanunun bir önemi bulunmaksızın doğrudan sendikal tazminat davası açabilir. Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi olanlar da doğrudan sendikal tazminat talep edebilir.

2. Sendikal Tazminat Miktarı

Sendikal tazminatın asgari miktarı 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin dördüncü fıkrasında işçinin bir yıllık ücreti tutarında belirlenmiş; herhangi bir üst sınır ise öngörülmemiştir.[90] Üst sınırın tespiti ise somut olay ve ihlalin ağırlığı dikkate alınarak hâkimin takdirine bırakılmıştır.[91] *Ekmekçi,* söz konusu takdir yetkisinin mahkemeden mahkemeye farklılık gösterebilme ihtimali nedeniyle hukuki güvenilirlik ilkesinin sarsıldığı görüşündedir.[92]

Öğretide sendikal tazminat miktarının alt sınırının sözleşme yoluyla yükseltilip yükseltilemeyeceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin sekizinci fıkrasında "*ilk yedi fıkra hükümlerine aykırı toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinin geçersizdir*". Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme mutlak emredici olduğu için işçi lehine de olsa miktarın artırılması mümkün değildir.[93] Aksi yönde görüşe göre, bu hükmün önceki fıkraların tümüne mutlak emredici nitelik kazandırmadığını ileri sürmekte; sendikal tazminat miktarına ilişkin dördüncü fıkra gibi bazı hükümlerin nispi nitelikte olduğu gerekçesiyle sendikal tazminatın alt sınırının sözleşme ile artırılmasının mümkün olduğu düşüncesindedir.[94] Bu bağlamda işçinin bir yıllık ücretinin üstünde bir tazminat miktarı sözleşmelerle belirlenebileceği gibi, hâkim, somut olayı dikkate alarak asgari tutarın üzerinde bir tazminata hükmedebilir.[95] Kanaatimizce de Kanun'da öngörülen sendikal tazminat tutarına ilişkin düzenleme mutlak emredici bir düzenleme değildir. Bu bağlamda tarafların kanunda belirlenen alt sınırdan az olmamak üzere sendikal tazminat

---

88 Şahlanan, 2020, s. 203, dn. 289.

89 Ercüment Özkaraca, "6356 Sayılı Kanun'da Sendikal Güvenceler", C. 3, S. 38, 2013, Çalışma ve Toplum, s. 208.

90 Ünal Narmanlıoğlu, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler", C. 11, S. 41, 2014, Legal İHSGHD, s. 40.

91 Tuncay/ Savaş Kutsal/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 123.

92 Ekmekçi, 2022, s. 173.

93 Süzek/ Başterzi, s. 685.

94 Özkaraca, s. 210.

95 Narmanlıoğlu, 2013, s. 167.

miktarını sözleşme yoluyla belirleyebilme imkanı vardır. Tarafların bir sözleşme ile sendikal tazminat miktarını kararlaştırmadığı durumda hakim her somut olayda bir yıllık ücret miktarından az olmayan bir miktarı takdir etmelidir. Genellikle uygulamada söz konusu tazminata alt sınırdan yahut da alt sınıra çok yakın miktarlarda hükmedildiği görülmektedir.[96] Bu sınırı aşan hüküm verildiği uyuşmazlık nadirdir. Ayrıca Yargıtay, asgari sınırın üzerinde bir tutarda sendikal tazminata hükmedilebilmesi için gerekçe gösterilmesini zorunlu kılmaktadır.[97]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararında, sendikal nedenle sözleşmeleri feshedilen işçilerin açtığı sendikal tazminat davasında işçilerin kıdemlerine göre belirlediği dört ayrı kademede gruplayarak bir yıllık ücret üzerinde artırımlı sendikal tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını onamıştır. Onanan yerel mahkeme kararında sendikal tazminatın miktarı, *"... mahkememizce sendikal nedenle davacı işçilerin çıkarılış şekli ve biçimi, kışın ortasında işlerine süratle son verilmesi ve işçilerin kıdemleri dikkate alınarak kıdemi 5 yılın altında olan işçiler için 1 yıl, kıdemi 5 ila 10 yıl arasında olanlar için 1 yıl 2 ay, kıdemi 10 ila 15 yıl arasında olanlar için ise 1 yıl 4 ay, kıdemi 15 ila 20 yıl arasında bulunanlar için 1 yıl 6 ay ve son olarak kıdemi 20 yılın üstünde bulunanlar açısından 1 yıl 8 ay ücreti tutarında belirlenmiştir..."* şeklinde hükmedilmiştir.[98]

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi benzer bir uyuşmazlıkta, sendikal tazminat tutarının belirlenmesinde işçinin kıdemine göre kademelendiren; 10 yıllık kıdemi olan işçiye hükmedilecek tazminat miktarını bir yıl dört aylık ücret tutarında belirleyen yerel mahkeme kararını bozarak İş Kanunu'nun 53'üncü maddesinde düzenlenen "*yıllık ücretli izin kıdemi*" nin, sendikal tazminatın belirlenmesinde hakkaniyet gereği kıyasen uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir: "(...) *Sendikal nedene dayalı fesihlerde sendikal tazminatın en az 1 yıllık ücret tutarında belirleneceği ifadesiyle alt sınır belirlenmiş ancak üst sınır açık bırakılmıştır Dairemiz yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak belirlenmiş işe başlatmama tazminatı bakımından uygulanan kıdem sürelerinin sendikal nedene dayalı olarak, sendikal tazminatın belirlenmesinde de kıyasen 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıllık ücret tutarında, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıl 1 ay , 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 1 yıl 2 aylık ücreti tutarında sendikal tazminatın belirlenmesinin hakkaniyete uygun bir çözüm olacağını öngörmektedir*(...)"[99]

---

96 Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 395. Yargıtay. 9. HD, E: 2021/12955 K: 2022/110, T: 11.01.2022 (Legalbank); Yargıtay 22. HD, E: 2017/34978, K: 2017/14762, T: 20.06.2017 (Yargıtay Karar Arama).

97 *"...Somut olayda, davalı işverenin, ikramiye ödemesinde, sendikalı işçiler ile sendikasız işçiler arasında ayrım yaptığı, sendika üyesi olup, istifa etmeyen işçilere ikramiye ödemesinde bulunmadığı, bu şekilde yukarıda belirtilen kuralı ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece bu nedenle sendikal tazminata karar verilmesi doğrudur. Ancak, sendikal tazminatın maddeye göre bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği öngörülmüştür. Yasada öngörülen miktar alt sınır olup üst sınır hakkında bir miktar belirtilmemiştir. Bu tür bir düzenlemede alt sınırdan tazminatın hüküm altında alınması dairemizin istikrar kazanan uygulamasıdır. Mahkemece, dairemiz uygulamasına aykırı olarak ve gerekçe belirtilmeden bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminat yerine, istek gibi üç yıllık ücret tutarında belirlenen tazminatına karar verilmesi hatalıdır..."* Yargıtay 9. HD, E: 29857/29758, T. 13.11.2006 (Kazancı).

98 Yargıtay 9. HD, E: 2008/38002, K: 2008/28659, T: 27.10.2008 (Şahlanan, 2020, s. 207).

99 Yargıtay 7. HD, E: 2015/9204, K: 2015/5520, T: 25.03.2015 (Yargıtay Karar Arama).

Yüksek Mahkeme, yerleşik hale gelen içtihadıyla, sendikal tazminat miktarının belirlenmesine ölçüt getirerek, işçinin yıllık izin kıdemini esas almıştır. Buna göre kıdem süresi 6 ay ila 5 yıl arasında olan işçinin sendikal tazminat miktarı ise bir yıl, kıdemi 5 yıl ila 15 yıl arası ise bir yıl bir ay ve işçinin 15 yıldan fazla kıdemi varsa ise ücreti bir yıl iki aylık tutarıdır. Ancak Yüksek Mahkeme, bu noktada kanunda olmayan bir tavan getirmektedir. *Ekmekçi*'ye göre hukuki belirlilik ilkesi gereği tarafların mahkemenin hükmedeceği tazminat miktarını bilmeleri ve farklı mahkemelerde ayrı tazminat miktarlarına hükmedilen kararların çıkmaması oldukça önemli olduğu için Yargıtay'ın getirmiş olduğu bu ölçüt yeknesaklık sağlamaya yönelik olumlu bir adımdır.[100]

Yargıtay, işçinin sendikal tazminat miktarını asgari miktardan daha az talep etmesi halinde hâkimin bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26'ncı maddesi doğrultusunda taleple bağlı olduğunu kabul etmektedir.[101] Öğretide bazı yazarlar tarafından Yargıtay'ın görüşüne paralel olarak kanunun sendikal tazminatın alt sınırına ilişkin belirlediği, işçinin en az bir yıllık ücreti tutarındaki bu sınırın emredici niteliğinin, taleple bağlılık kuralının uygulanmasına engel teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bu nedenle davacının Kanun'da belirlenen alt sınırın altında bir miktar talep etmesi halinde hâkim de davacının talebiyle bağlı kalmalıdır.[102] Bu konuda katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre, burada taleple bağlılık ilkesi uygulanamaz. Nitekim Kanun açıkça sendikal tazminatın alt sınırını belirleyerek işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak koşuluyla sendikal tazminata hükmedileceğini öngörmüştür.[103] Ayrıca sendikal nedenle fesih, sendika özgürlüğüne yönelik ciddi ihlallerden biridir. Kolektif sendika özgürlüğünün korunması bakımından sendikal tazminat miktarının yeterli derecede caydırıcı olması oldukça önem arz etmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında her ne kadar Usul Hukuku bakımından taleple bağlılık ilkesi olsa da sendikal özgürlüğün ve işçinin korunması ilkesi çerçevesinde sendikal tazminatın miktarı Kanun'da belirlenen asgari miktardan daha düşük miktarda talep edilse dahi hakim işçinin talebi ile bağlı olmamalıdır.

3. İspat Yükü

6356 sayılı Kanun'da sendikal tazminat konusunda ispat yükü; sendikal nedenle fesih durumunda ispat yükü ile fesih dışında kalan sendikal tazminat taleplerinde ispat yükü farklı şekilde ele alınmıştır.[104] Aynı Kanun'un 25'inci maddesinin altıncı fıkrasına göre sendikaya üyelik veya sendikal faaliyet nedeniyle gerçekleştirilen feshe karşı açılacak sendikal tazminat davasında,

---

[100] Ekmekçi, 2022, s. 173, dn. 98.

[101] "*Davalı işverence feshin geçerli sebebe dayandığı ispatlanmadığından mahkemece feshin geçersizliğine ve sendikal sebeple gerçekleştirildiği değerlendirilerek karar verilmiş olması dosya içeriğine uygundur. Ancak dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatı sekiz aylık ücret seviyesinden istendiği halde, mahkemece işçinin bir yıllık ücreti tutarında hüküm altına alınması 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesindeki taleple bağlılık kuralına aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*" Yargıtay 22. HD, E: 2015/241, K: 2015/9, T: 19.01.2015 (Yargıtay Karar Arama).

[102] Berna Öztürk, "Sendikal Tazminat", S. 4, 2013, ss. 78-119, Ankara Barosu Dergisi, s. 111; Ekmekçi, 2022, s. 174; Şahlanan, 2020, s. 210.

[103] Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 328.

[104] Ekmekçi, 2022, s. 178; Baysal, s. 437.

işveren feshin sendikal bir nedenden kaynaklanmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde işçi iş güvencesi kapsamında olmasa da işveren, feshin dayandığı sebebin sendikal sebepler olmadığını ispatlamak zorundadır. İşverenin feshin nedenini ispatlaması yeterli görülmüş; feshin geçerli nedene veya haklı nedene dayanması koşulu aranmamıştır.[105] Eğer işçi, işverenin öne sürdüğü nedenin feshe dayanak olmadığını ileri sürerse, fesih işleminin sendikal bir nedene dayandığını ispatlamak işçinin yükümlülüğündedir.

Sendikal nedenle fesih dışında sendikal ayrımcılık hallerinde ise ispat yükü ise ayrımcılığa uğrayan işçiye bırakılmıştır (m. 25/7). Bununla birlikte, işçinin uygulamada sendikal ayrımcılığa maruz kaldığını yahut iş ilişkisinin işveren tarafından sendikal nedenle sona erdirildiğini ispatlaması güçtür. Bu noktada işçi lehine yorum ilkesine dayanarak, işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde yalnızca sendikal bir nedenin varlığına ilişkin emareleri sunması yeterli görülmelidir.[106] Bu kapsamda Kanun'da işçinin ispatını kolaylaştırmak amacıyla 25'inci maddenin yedinci fıkrasının son cümlesinde, işçi sendikal ayrımcılığın varlığını kuvvetli bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren söz konusu davranışının nedenini ispat etmekle yükümlüdür.[107] Öğretide sendikal nedeni ispat yükünün işçiye ait olması kuralının, sendikal güvence hükmünün işlevini yeteri kadar yerine getirmesine engel olduğu ileri sürülmüş, işçinin, işverenin feshin ardındaki gerçek iradesini ya da saikini ortaya koymasının güçlüğü karşısında bu durumda fiili karinelerden hareket edilmesi gerektiğini belirtilmiştir.[108] Yüksek Mahkeme de isabetli olarak bu gibi durumlarda işçinin talebi üzerinde durularak mevcut delillerin değerlendirilmesi suretiyle sonuca varılması gerektiğini; maddi olayların tarihsel sırayla incelenmesi ve diğer işçilerin durumlarının incelenmesi gibi birtakım faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir.[109] Sendikal nedenle fesihte ispat aracı olarak her türlü delil kullanılabilecek ve tanık dinletilmesi de söz konusu olabilecektir. Ancak Yüksek Mahkeme birçok kararında bu konuda sadece tanık beyanları ile yetinmemekte, yeterli başka delillerle desteklenmesini aramaktadır.[110]

Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin olarak sendikal fesih karinesi olgusu geliştirmiştir. Yargıtay kararlarıyla ortaya konulan "*sendikal fesih karinesi*", iş ilişkisi sürecinde tarihsel olarak meydana gelen olaylardan hareketle, fesih işleminin esas nedeninin işçinin sendika sendikal faaliyeti veya sendika üyeliği olduğunun ortaya koyulmasıdır. 07.10.2009 tarihli, 2009/373 Esas 2009/417 Karar sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre sendikal fesih karinesi: "*işçi ve işveren tarafından işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hâkimin çıkarttığı sonuçlardır. Bu sonuçlar feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet yapıldığı iddiasını*

---

105 Sur, 2022, s. 63.

106 Okur, s. 762.

107 Sur, 2022, s. 62.

108 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat vd.s. 487.

109 Yargıtay 9. HD, E: 1995/38298, K: 1996/7481, T: 09.04.1996. (Legalbank).

110 Yargıtay 9. HD, E: 2000/5800, K: 2000/7424 T: 30.05.2000 (Tuncay/ Savaş Kutsal/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 131 dn. 508); Yargıtay. 9. HD, E: 2004/13246 K: 2004/21982, T: 5.10.2004 (Tuncay/ Savaş Kutsal/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 131 dn. 508).

artırıyorsa sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyuşmazlık işçi lehine çözülmelidir."[111]

Yargıtay içtihatlarında, sendikal tazminat talepli davalarında belirli ölçütler getirilmiştir. Buna göre; fesih işleminin gerçekleştirildiği tarihe yakın dönemde, işyerindeki toplam işçi sayısı, sendikaya üye olan işçi sayısı, üyelikten ayrılan işçilerin varlığı, üyelik tarihleri, bu kişilerin işyerinde çalışmaya devam edip etmedikleri, halen çalışan sendika üyesi işçilerin olup olmadığı, aynı dönemde sendikal yetki prosedürlerinin uygulanıp uygulanmadığı, önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin yapılıp yapılmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınan yeni işçilerin sendika üyeliği gibi hususların araştırılması gerektiği ifade edilmektedir.[112] Yargıtay'a göre tanık ifadeleri tek başına hüküm kurmak için yeterli olmamalıdır. Bu görüş, sendikal nedenle fesih iddiasının yalnızca tanık beyanlarıyla ispatlanamayacağını göstermektedir.[113] Ayrıca, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin yalnızca sendikaya üye olması feshin sendikal nedenle yapıldığını göstermez.[114]

4. İdari yaptırım

6356 sayılı Kanun'un 17. ve 19. maddeleri, sendikaya üye olma özgürlüğünü güvence altına almakta ve kişilerin sendikada üye kalmaya, sendikaya üye olmaya veya sendika üyeliğinden ayrılmaya zorlanmasını yasaklamaktadır. Bu hükümlere aykırı olarak bir kişiyi zorla sendikaya üye yapan veya üyeliğini sona erdirmeye ya da sendikada kalmaya zorlayanlar hakkında, Kanun'un 78'inci maddesinin birinci fıkrasının c bendi gereği idari para cezası uygulanmaktadır.

5. Cezai Yaptırım

Sendikal hakların kullanımını engellenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesi kapsamında suç kabul edilmektedir. Bu maddeye göre, "*bir kişiyi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikal faaliyetlere katılmaya veya katılmamaya ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir fiille bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi durumunda, faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*."

---

111 Yargıtay HGK, E: 2009/373, K: 2009/417, T: 07.10.2009 (Legalbank).

112 Yargıtay 9. HD, E: 2020/9027, K: 2021/1327, T: 18.01.2021 (Legalbank).

113 "*...Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir...*" Yargıtay 9. HD. E: 2016/34608, K. 2017/17263, T: 02.11.2017 (Legalbank).

114 Yargıtay 22. HD, E: 2013/38020 K: 2014/1299, T: 3.2.2014 (Legalbank).

IV. ILO DENETİM ORGANLARININ 6356 SAYILI KANUN'DAKİ SENDİKAL AYRIMCILIĞA İLİŞKİN DÜZENLEMELERE YÖNELİK GÖZLEMLERİ

A. GENEL OLARAK

ILO Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi (ILO Uzmanlar Komitesi) ile Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre, sendikal ayrımcılık eylemlerine karşı tam ve etkin bir koruma sağlanamaması ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin 1'inci ve 3'üncü maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Sendikal ayrımcılığı önleyerek etkili bir koruma sağlamak için, mevzuatta ayrımcılığa karşı koruyucu hükümler yer almalı, şikayetlerin hızlı, tarafsız ve düşük maliyetli bir şekilde ele alınmasını sağlayacak prosedürler oluşturulmalıdır. Ayrıca, ayrımcılığa karşı önleyici ya da düzeltici mekanizmalar geliştirilmesi ve yasada caydırıcı, etkin yaptırımların düzenlenmesi gerekmektedir.[115]

ILO Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi raporları incelendiğinde, mevzuatımızdaki sendikal ayrımcılığa ilişkin hukuki çarelerin yetersiz olması, sendikal tazminat miktarının yeteri düzeyde caydırıcı ve etkili olmaması, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshinde idari veya cezai yaptırım öngörülmemesi, işe iade davalarının uzun sürmesi yönündeki eleştirileri ve sendikal ayrımcılığı tespit etmek için veri toplama sistemi oluşturulması ve sendikal ayrımcılığa karşı başvurulacak düşük masraflı ve basit bir idari şikâyet yolu öngörülmesine yönelik tavsiyeleri yer almaktadır.

B. SENDİKAL AYRIMCILIĞA KARŞI HUKUKİ ÇARELERİN YETERSİZLİĞİ

1. Yargı Makamlarının İşe İade Emri Verememesi

ILO Uzmanlar Komitesi, 2023[116], 2024[117] ve 2025[118] yılı raporlarında, mevzuatımızdaki 4857 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi ve 6356 sayılı Kanun 25'inci maddesinin beşinci fıkrası hükümlerinin sendikal ayrımcılığa karşı yetersiz koruma teşkil ettiği, söz konusu hükümlerin 98 ve 158 sayılı ILO

---

[115] Gaye Baycık, Analysis of Legislative Gaps Between ILO and EU Standarts and Turkish Law on Social Dialogue and Collective Labour Rights, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 53.

[116] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2023. (https://www.ilo.org/ankara/publications/WCMS_871985/lang--tr/index.htm s.e.t. 14.05.2024).

[117] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2024. (https://www.ilo.org/resource/conference-paper/application-international-labour-standards-2024 s.e.t. 15.05.2024).

[118] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025. (https://www.ilo.org/resource/conference-paper/application-international-labour-standards-2025 s. e. t. 10.02.2025).

sözleşmeleriyle uyumlu olmadığı kaydedilmektedir.[119] Komite'ye göre mevzuatımızda işe iade davası açan işçiyi işe başlatıp başlatmama kararı işverenlere bırakıldığı için işverenler "*4 ila 8 aylık ücret tutarındaki tazminatını*" veya *"sendikal tazminatı"* ödemeyi tercih ederek, mahkemenin işe iade kararını yerine getirmeyi reddedebilir. Bu nedenle ILO Uzmanlar Komitesi işe iadenin en azından yargı makamları tarafından icra edilebilecek tedbirler kapsamına dahil edilmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Öğretide de ILO Uzmanlar Komitesi'nin ve Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin yorumuna paralel olarak, hukukumuzdaki iş güvencesi modeli ile işe başlatmama tercihinin işverene bırakılması ve işe iade davası açan işçinin yargılama sonunda yüksek bir ihtimalle yalnızca tazminat elde etmesi sendikal ayrımcılığa karşı yeterli bir koruma olarak değerlendirilmemektedir.[120]

2. Sendikal Tazminat Miktarının Sendikal Ayrımcılığa Karşı Yeteri Düzeyde Caydırıcı ve Etkili Olmaması

ILO; 2022, 2023 ve 2024 yıllarına ilişkin Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi raporlarında sendikal tazminatın caydırıcılığına ilişkin geçmiş dönemlerdeki eleştirilerini sürdürmektedir. Komite, 6356 sayılı Kanun'da belirlenmiş olan işçinin bir yıllık ücret tutarındaki asgari sendikal tazminat miktarının, sendikal hak ve özgürlükleri ihlal eden davranışları engelleyici ve yeteri düzeyde caydırıcı olmadığını tespit etmektedir. ILO Uzmanlar Komitesi'ne göre hâkimin sendikal tazminat tutarının belirlenmesinde takdir yetkilerini kullanırken bu esasların dikkate alınmasını ve tazminatın amacının uğranılan zararın maddi ve mesleki açılardan da tam olarak giderilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre, 98 sayılı Sözleşmede öngörülen korumanın etkinliğinin sağlanması için sendikal ayrımcılığa karşı caydırıcı yaptırımların getirilmesi gereklidir.[121] Tazminatın miktarının belirlenmesinde ihlalin ağırlığı ve işçinin kıdeminin esas alınması gerekir.[122] Nitekim Yargıtay kararlarında da sendikal tazminat miktarının belirlenmesinde işçinin yıllık iznine esas kıdemi esas alınmaktadır.[123] *Baycık*, ILO'nun görüşüne paralel olarak tazminatın caydırıcı olması amacıyla alt sınırının 6356 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde "*işçinin en az iki yıllık ücreti tutarında*" olacak şekilde değişiklik yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.[124]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sendikal ayrımcılığa karşı etkin korumaya ilişkin olarak Türkiye aleyhine verdiği Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı'nda[125] Mahkeme, yerel mahkeme kararlarında sendikal nedenlere dayalı

---

119 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025 s.346.

120 Ugan Çatalkaya, s. 874; Doğan Yenisey, 2006, s. 80.

121 Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, s. 164.

122 Şahlanan, 2020, s. 207; Ekmekçi, 2022, s. 174.

123 Yargıtay 7. HD, E: 2015/9209, K: 2015/5525, T: 25.03.2015 (Yargıtay Karar Arama).

124 Gaye Baycık, Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler, Ankara, 2019b, s. 22.

125 Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı, AİHM, Başvuru No: 35009/05, K.T. 04.04.2017 (https://hudoc.echr.coe.int/).

olarak iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin, işveren tarafından işe başlatılmaması veya işverenin fiilen caydırıcı nitelikte tazminatlar ödemekle yükümlü tutulmaması; işverene bu hususta seçimlik hak tanınması; işverene karşı açılan işe iade davalarının uzun bir sürede sonuçlandırılması; sendikal tazminatın işverenin ekonomik gücü, işçinin düşük ücreti ve feshin ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmadan alt sınırdan belirlenmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinin ihlal edildiği yönünde değerlendirme yapmıştır.

3. Mevzuatın Sendikal Nedenlerle Feshe Yönelik Mevcut İdari veya Cezai Yaptırım İçermemesi

ILO Uzmanlar Komitesi'nin 2024 ve 2025 tarihli raporlarında 6356 sayılı Kanunun 78'inci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde öngörülen idari para cezasının, aynı Kanunun 17'nci maddesine aykırı olarak üye kaydedenler ile yine aynı Kanunun 19'uncu maddesine aykırı şekilde bir kişiyi üyeliğini sürdürmeye veya üyeliğini sonlandırmaya zorlayanlar bakımından öngörüldüğü belirtilmektedir. Bu yaptırım sendikal nedenle fesihleri kapsamamaktadır. Bu konuda aynı durum Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci maddesi için de geçerlidir.[126]

4. Sendikal Ayrımcılığa Karşı Başvurulacak Masrafsız ve Basit İdari Şikâyet Yolunun Öngörülmemesi

ILO Uzmanlar Komitesi'nin raporlarında, sendikal ayrımcılığa uğrayan işçilerin doğrudan başvurabilecekleri ve hızlı bir şekilde yürütebilecekleri, etkili ve caydırıcı nitelikte para cezası yaptırımını içeren bir şikayet mekanizmasının kanunda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Sendika Özgürlüğü Komitesi de sendika karşıtı ayrımcılık şikayetlerinin ilgili taraflarca hızlı, tarafsız ve adil olarak kabul edilen ulusal prosedürler çerçevesinde incelenmesinin gerektiğini belirtmiştir.[127]

Yargılama sürelerinin uzun olması sendikal ayrımcılığa karşı getirilen korumaların ve yaptırımların etkisini önemli ölçüde azaltmaktadır. İşe iade davalarının uzun sürmesi, işverenlerin boşta kalan pozisyonları yeni işçilerle doldurmasına neden olmakta, bu süreçte ayrılan işçiler de başka işlere yönelmektedir. Dolayısıyla, işe iade kararı icra edilebilir hale geldiğinde, bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi fiilen mümkün olmamakta, yalnızca alternatif bir çözüm olarak tazminat yoluyla doğan zararların telafisi gündeme gelmektedir. Ancak Sendika Özgürlüğü Komitesi kararlarında da belirtildiği üzere tazminat ödemek suretiyle özgürlüğün ihlal edilmemesi gerekir. Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre, yargı süreci uzadıkça adil ve uygun bir çözüm bulmak zorlaşacaktır. Çünkü şikâyete konu olan durum geri döndürülemez şekilde değişebilir; örneğin, ilgili kişilerin görev yerleri değiştirilebilir veya eski durumun (status quo ante) yeniden sağlanması imkânsız hale gelebilir.[128] Bu

---

[126] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025, s. 346.

[127] Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, s. 164.

[128] Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, s. 164.

nedenle sendikal ayrımcılığa ilişkin davalarda yargılamanın makul süre içinde tamamlanması ve ayrımcılığın tespit edildiği hallerde uygulanan yaptırımın yeterli ölçüde caydırıcı olması önem arz etmektedir.[129]

Öğretide kimi yazarlar tarafından, işe iade davası ile amaçlanan korumanın sağlanması amacıyla dava süresince ya da dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesini bir çözüm yolu olarak görülmektedir.[130]

Kanaatimizce, sendikal ayrımcılık yasağı, 6701 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı için bu durumda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna sendikal ayrımcılık iddiasıyla başvuru imkânı da bulunmamaktadır.[131] Sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçilerin haklarını daha etkin bir şekilde koruyabilmek için, 6701 sayılı Kanun kapsamına sendikal ayrımcılığın da dâhil edilmesi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvuru imkânının tanınması isabetli olacaktır. Bu düzenleme, ILO'nun öngördüğü hızlı, erişilebilir ve düşük maliyetli başvuru mekanizmasının oluşturulmasını sağlayarak, sendikal ayrımcılığa karşı caydırıcı yaptırımların uygulanmasına katkıda bulunacaktır.

C. SENDİKAL AYRIMCILIĞIN TESPİTİNE İLİŞKİN VERİ TOPLAMA SİSTEMİ OLUŞTURULMASI

ILO Uzmanlar Komitesi'nin 2013 yılı Raporundan itibaren 2025 yılı raporuna kadar süregelen tavsiyesi, sendikal ayrımcılığın tespitine ilişkin bir veri toplama sistemi oluşturulmasıdır. Komite, sendikal ayrımcılığın belirlenmesine yönelik istatistiklerin tutulmadan ve bu alanda bir veri tabanı oluşturulmadan, sendikal ayrımcılığa karşı etkili bir koruma sağlanamayacağını vurgulamaktadır. Komite'ye göre, mevzuatta yer alan iş teftişi mekanizması, teftiş sonucunda sendikal ayrımcılığa ilişkin kayıtların tutulmaması nedeniyle, ILO normlarının etkin bir şekilde uygulanmasını engellemektedir.[132]

ILO Uzmanlar Komitesi'nin ülkemize yönelik olarak sendikal ayrımcılık verilerini belirlemek amacıyla bir veri toplama sistemi oluşturulmasına ilişkin tavsiyesine karşılık Türkiye'nin 2019 tarihli ILO Uzmanlar Komitesi raporunda veri toplama sistemi oluşturulması hakkındaki beyanına göre *"Çalışma Hayatında Sosyal Diyaloğun Güçlendirilmesi"* projesi kapsamında bu tür bir veri toplama

---

129 Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 379.

130 Mustafa Serdar Özbek, İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, C. 4, S. 35, 2012, Çalışma ve Toplum, s. 21; Salim Bozok, İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 224-226; Büşra Abide Tiryaki Çavuşoğlu, İşe İade Davası Sırasında İhtiyati Tedbir Yoluyla İşe İade, C.18, S. 53, 2022, MİHDER, s. 848; Baysal, s. 44. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz: Tiryaki Çavuşoğlu, s. 824 vd; İşe iade davalarında ihtiyati tedbir yoluyla işe iadeye karar verilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Durmuş Özcan, İşe İade Davalarında İhtiyati Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi, S. 29, 2013, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 98 vd.

131 Benzer görüş için bkz. Güneş, dn. 883; Aksi yönde bkz. Demir, 2021, s. 412.

132 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2019, (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms_670146.pdf s.e.t. 15.05.2024); Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025, s. 346.

sistemi oluşturulması için hazırlıkların sürdüğü belirtilmiştir.[133] Ancak 2024 ve 2025 tarihli raporlarda ise, sendikal ayrımcılığa ilişkin doğru ve güvenilir verilerin sağlanabilmesi için, ilgili kurumların kurumsal veri tabanlarını geliştirmesi, altyapı ve kayıt sistemlerini düzenleyip iyileştirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda gerekli düzenlemeler yapılmadıkça, sendikal ayrımcılıkla ilgili güvenilir veri elde etmenin şu an için mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[134]

Veri toplama sistemi, ülkenin ayrımcılıkla mücadelede ne aşamada olduğunun ve bu konuda yasal ya da uygulamaya yönelik olarak milli politikaların belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Ayrıca veri toplama sistemi, sosyal taraflara ve sivil toplum kuruluşlarının amaçlarını somutlaştırmasında yol göstermesi ve davalarda delil niteliği dahi taşıyabilmesi bakımından da önem arz etmektedir.[135]

Yapılan bir çalışmaya göre, ayrımcılıkla ilgili etkin veri toplama sistemi bulunan İngiltere, Finlandiya, Hollanda ve İrlanda arasında sendikal ayrımcılığa ilişkin veri toplama sisteminin yalnızca Finlandiya'da mevcut olduğu tespit edilmiştir. Finlandiya dışındaki diğer ülkelerde ise böyle bir sistem tespit edilememiştir.[136] Ayrıca çalışmada, ülkemizde gerek idari gerek adli kaynakların kullanılması ve çalışma yaşamı kalitesi anketlerinin yapılarak bir veri tabanı oluşturulmasının imkân dahilinde olduğu ifade edilmektedir.[137]

SONUÇ

Türk hukukunda sendikal ayrımcılık yasağı, işçilerin sendikal haklarını özgürce kullanabilmeleri ve bu haklar nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmamalarını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Anayasa'nın 51' inci maddesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci ve 18'inci maddeleri ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesi, sendikal ayrımcılık yasağının yasal temelini oluşturmaktadır.

6356 sayılı Kanunun 25'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre işverenin sendikal özgürlüğü güvence altına alan düzenlemelere hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. Burada bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminat miktarı uygulamada tartışmalıdır. Kanaatimizce bu düzenleme nisbi emredici bir düzenleme olup tarafların bu miktardan az olmamak üzere sendikal tazminatın miktarını sözleşme ile kararlaştırabilmesi mümkündür. Bu bağlamda söz konusu miktar sözleşme ile azaltılamaz, ancak artırılabilir. Yargıtay sendikal tazminat miktarının belirlenmesine ölçüt getirerek, işçinin yıllık izin kıdemine bağlamıştır.

---

[133] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025, s. 346.

[134] Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2024, 2025.

[135] Baycık, 2019a, s. 14.

[136] Baycık, 2023, s. 18.

[137] Baycık, 2023, s. 119; Ülkemiz bakımından sendikal ayrımcılığa yönelik veri toplama sistemi model önerileri için bkz. Baycık, 2019a, s. 1 vd.

Uluslararası düzeyde, ILO'nun 87 ve 98 sayılı sözleşmeleri, sendikal hakların korunması ve ayrımcılığın önlenmesi açısından temel düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. ILO'nun Türkiye'ye yönelik gözlemlerine bakıldığında, özellikle sendikal hakların ihlali halinde uygulanan yaptırımların artırılması, işverenin ayrımcılık yapmadığını ispat etme yükümlülüğünün genişletilmesi ve iş güvencesinin kapsamının daha fazla işçiyi koruyacak şekilde genişletilmesi yönünde eleştirilerde bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda, sendikal ayrımcılığa karşı hukuki çarelerin yetersizliği, sendikal tazminat miktarının sendikal ayrımcılık eylemlerine karşı yeteri düzeyde caydırıcı ve etkili olmaması, yasal mevzuatın sendikal nedenlerle feshe yönelik mevcut idari veya cezai yaptırım içermemesi yönünde olumsuz değerlendirmeler yapmakta olup, sendikal ayrımcılığın tespitine ilişkin veri toplama sistemi oluşturulması yönünde öneri getirmektedir.

Hukukumuzda sendikal ayrımcılık yasağının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için pek çok yasal düzenleme bulunmaktadır. Uluslararası standartlara tam uyum sağlanması amacıyla uluslararası sözleşmeler onaylanmış ve iç hukuk düzeninde buna yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, sendikal hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemekte ve ihlaller halinde idari yaptırımların uygulanmasını sağlamaktadır. Ancak işçilerin sendikal haklarını özgürce kullanabilmeleri, iş ilişkilerinde adaletin sağlanması amacıyla bu denetim ve yaptırımlar güçlendirilebilir. Hukukumuzdaki iş güvencesi modeli ile işe başlatmama tercihinin işverene bırakılması ve işe iade davası açan işçinin dava sonucunda büyük bir ihtimalle sadece tazminat elde edebilecek olması sendikal ayrımcılığa karşı yeterli bir güvence olarak görülmemektedir.

Sendikal tazminatın caydırıcılık düzeyi artırılabilir ve düzenlemeye ilişkin mutlak emredici-nisbi emredici tartışması giderilecek bir düzenleme yapılabilir. Nitekim her ne kadar kanaatimizce bu düzenleme nisbi emredici olup tarafların bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere bir tazminat miktarı belirlemeleri mümkün olsa da uygulamada hakim yıllık izin ücretinin hesaplanmasına ilişkin kıdem kriterlerini esas almaktadır.

Sendikal hakların ihlaline karşı idari yaptırımların artırılması da isabetli olacaktır. Her ne kadar 6356 sayılı Kanunun 78'inci maddesinde idari yaptırım düzenlenmiş olsa da işverenlerin sendikal hakları ihlal etmeleri durumunda, yalnızca tazminat ödemekle sınırlı kalmayıp idari para cezaları gibi ek yaptırımlarla da karşılaşmaları ve uygulamada bu denetiminin artırılması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", C.2, S. 37, 2013, Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 41-90.

Akyiğit E, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Alpagut G, "6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 113-148.

Baycık G, Analysis of Legislative Gaps Between ILO and EU Standarts and Turkish Law on Social Dialogue and Collective Labour Rights, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Baycık G, Özel Sektör ve Kamu Sektöründe Sendikal Ayrımcılığın Tespitine Yönelik Veri Toplama Sistemi Oluşturma Yöntemleri ve Türkiye için Model Önerisi, Ankara, 2019a.

Baycık G, Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler, Ankara, 2019b.

Baysal U, "Türk Hukukunda Sendikasızlaştırmanın Derman Olmayan İlacı Sendikal Güvencelerin Sendika Özgürlüğü Komitesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Emeğin Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, ss. 429-446.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, ss. 291-502.

Bozok S, İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Çelik N/ Caniklioğlu N/ Canbolat T vd. İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

Demir F, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2013.

Demir K, "İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu", C. 12, S. 2, 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1075-1090.

Demir K, İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Doğan Yenisey K, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", S.7, 2005, Legal İHSGHD, ss. 973-1003.

Doğan Yenisey K, "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", C. 4, S. 11, 2006, Çalışma ve Toplum, ss. 63-82.

Ekmekçi Ö, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", C. 30, S. 3, 2016, Çimento İşveren Dergisi, s. 8-21.

Ekmekçi Ö, Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Erkanlı B, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Freedom of Association Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association, Sixth Edition, International Labour Organization, by., 2018.

Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (Revised) Edition, International Labour Office, Cenevre, 2006.

Göktaş S/ Yılmaz G, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Gülmez M, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", C. 2, S. 25, 2010, Çalışma ve Toplum, ss. 217-266.

Gülmez M, Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları Oluşumu ve Uygulanması Cilt I, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara, 2014.

Güneş B, Türk İş Hukukunda Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Köksal D, "AİHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 55-69.

Manav E, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir, 2014, ss. 731-779.

Manav E, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", C. 19, S. 2, 2015, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 95-136.

Mollamahmutoğlu H/ Astarlı M/ Baysal U, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.

Narmanlıoğlu Ü, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler", C. 11, S. 41, 2014, Legal İHSGHD, ss. 27-44.

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Okur Z, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", C. 8 S. 4, 2006, Kamu İş, ss. 41-88.

Öktem Songu S, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Sendika Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Özbek M S, İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, C. 4, S. 35, 2012, Çalışma ve Toplum, ss. 11-40.

Özcan D, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Özcan D, İşe İade Davalarında İhtiyati Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi, S. 29, 2013, Sicil İş Hukuku Dergisi, ss. 98- 107.

Özkaraca E, "6356 Sayılı Kanun'da Sendikal Güvenceler", C. 3, S. 38, 2013, Çalışma ve Toplum, ss. 173-216.

Öztürk B, "Sendikal Tazminat", S. 4, 2013, Ankara Barosu Dergisi, ss. 78-119.

Protection Against Acts of Ani-Union Discrimination: Evidence from the Updated IRLex Database, International Labour Organization, by., 2022.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2019.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2023.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2024.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Office, İsviçre, 2025.

Senyen Kaplan E T, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", Özel Sayı, 2017, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 225-268.

Servais J M, "Anti-Union Discrimination in the Field of Employment", Volume 115, No. 3, 1977, International Labour Review, ss. 293-303.

Sur M, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995.

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Sümer H H, "İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Özel Sayı, 2016, Legal İHSGHD, s. 203-229.

Sümer H H, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 585-721.

Süzek S, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", S. 12, Y. 3, 2008, Sicil İş Hukuku Dergisi, ss. 24-38.

Süzek S/ Başterzi S, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.

Şahlanan F, "*Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)*", C. 10, S. 37, 2013, Legal İHSGHD, ss. 3-13.

Şahlanan F, Toplu İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tiryaki Çavuşoğlu B A, İşe İade Davası Sırasında İhtiyati Tedbir Yoluyla İşe İade, C. 18, S. 53, 2022, MİHDER, ss. 813-854.

Tuncay A C/ Savaş Kutsal B/ Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Toplu İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2025.

Uçkan B, "Sendika Güvenliğinin Teorik Çerçevesi ve Endüstri İlişkileri Sistemine Etkisi" C. 56, S. 3, 2001, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 157-176.

Ugan Çatalkaya D, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı", C. 2, S. 69 2021, Çalışma ve Toplum, ss.859-898.

Ulucan D/ Nazlı S, "Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 1665-1720.

Ünsal E, Sendika Özgürlüğü ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile T.C. Hükümetleri İlişkileri, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Yıldız G B, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Yücel Bodur M, "İşverenin İş Görüşmelerinde Soru Sorma Hakkı ve Bunun Sınırları", C. 19, S. 218, 2021, Legal Hukuk Dergisi, ss. 651-694.

Yürekli S, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", C. 72, S. 2, 2014, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 541-579.

Elektronik Kaynaklar

https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Yargıtay Karar Arama)

legalbank.net (Legalbank)

https://research.wolterskluwer-online.de/

https://www.kazanci.com.tr (Kazancı)

(https://hudoc.echr.coe.int/)

https://www.ilo.org/tr/

https://normlex.ilo.org

ttps://www.bundesverfassungsgericht.de/

https://www.bundesarbeitsgericht.de

GAİPLİĞİN VE GAİBİN ORTAYA ÇIKMASININ (ZUHURUNUN) VERGİ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Results Absence and the Emergence of the Absentee in Tax Law

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ*

Öz: Vergi kanunlarına göre üzerine vergi borcu düşen kişiler vergi mükellefi olarak kabul edilir. Bir kişinin vergi mükellefi (ve/veya vergi sorumlusu) olabilmesi için öncelikle vergi ehliyetine sahip olması gerekli olup, vergi ehliyeti için Vergi Usul Kanunu'nda hak ehliyeti yeterli görülmektedir. Bu açıdan vergi mükellefi olabilmek, yani vergi ehliyeti için tam ve sağ doğumla birlikte kişiliğin başlaması, diğer yandan vergi ehliyetinin ve vergi mükellefi sıfatının kaybedilmesi için de kişiliğin sona ermesi dikkate alınmaktadır. Kişiliğin sona ermesinin en doğal hali ise ölümdür. Ancak ölümle birlikte vergi mükellefi sıfatı kaybedilse dahi vergi mükellefinin üzerine düşen (vergi cezaları hariç) (şekli ve maddi) ödevler sona ermemektedir. Örneğin; vergi sorumlusu sıfatıyla mirasçıların bildirimde bulunma, beyanname verme ve vergi borcunu ödeme sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu noktada kişiliği sona erdiren bir diğer hal ise gaipliktir. Mahkeme kararına bağlı olarak hükümlerini geçmişe etkili şekilde doğuran gaipliğin vergi hukukunda ölüme bağlı sonuçları doğurup doğuramayacağı, doğurduğu takdirde geçmişe etkililiğin nasıl değerlendirileceği ve gaibin ortaya çıkması halinde gaiplik kararı ile ortaya çıkan hukuki sonuçların nasıl etkileneceği tartışmaya açıktır. Bu çalışmada bahse konu edilen tartışmalar çerçevesinde gaipliğin ve gaibin ortaya çıkmasının vergi hukukunda ortaya çıkardığı sonuçlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi mükellefi, vergi ehliyeti, kişiliğin sona ermesi, gaiplik, gaibin zuhuru

Abstract: In accordance with the prevailing tax laws, the term "taxpayer" is used to describe the individuals or entities that are liable for the payment of taxes. In order for an individual to be considered a taxpayer (and/or a person responsible for paying taxes), it is necessary for them to possess a certain level of legal capacity. The Tax Procedure Law deems the capacity to exercise rights as sufficient for the capacity to pay taxes. In this regard, the concept of taxpayer is contingent upon the existence of a personality that has been fully and healthily formed at the time of birth. Conversely, the cessation of this personality is a factor that leads to the loss of both the status of taxpayer and the capacity to be taxed. The natural conclusion to a person's existence is death. Nevertheless, despite the termination of taxpayer status upon death, the taxpayer's obligations (with the exception of tax penalties) do not cease. For example, as a tax responsible, the heirs are responsible for making notifications, submitting declarations, and paying tax debts. It should be noted that another condition that terminates personality is absenteeism. It is a topic open to debate whether the absence, which has retroactive effect depending on the court decision, can lead to death-related consequences in tax law. If such consequences do exist, it is unclear how the retroactive effect will be evaluated and how the legal consequences arising from the absence decision will be affected in case the absentee appears. This study will discuss the consequences of the absence and the emergence of the absentee in tax law within the aforementioned framework.

Keywords: Taxpayer, capacity to pay tax, cessation of personality, absence, emergence of absentee

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mustafa.karatas@atauni.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4037-7518 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676932
Makale Geliş Tarihi: 16.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.02.2025

GİRİŞ

Vergi hukukunda vergi borçlusu, yani vergi mükellefi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu tereddüp eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmakta (VUK m. 8/1), bir kişinin vergi mükellefi (vergi borçlusu) olabilmesi için ise vergiyi doğuran olayın kendi kişiliğinde meydana gelmesi ve vergi ehliyetine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.[1] Vergi ehliyeti, yani vergi borçlusu olabilme ehliyeti[2] VUK'da "*mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır (VUK m. 9/1). Kanuni ehliyet ile kast edilen ise 4127 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 9'uncu maddesinde düzenlenen fiil ehliyeti[3] olup, vergi mükellefiyeti için fiil ehliyeti şartı aranmamakta, hak ehliyetine[4] sahip olmak yeterli kabul edilmektedir.[5] Bu açıdan bir (gerçek) kişinin vergi hukukunda vergi borçlusu olması için hak ehliyetine sahip olması yani tam ve sağ doğum ile birlikte kişiliğin başlaması (TMK m. 8, 28) gerekmektedir. Ancak hak ehliyetine sahip olup fiil ehliyetine sahip olmayanlar, yani küçük ve kısıtlılar, vergi mükellefi olarak kabul edilmelerine rağmen bunlar vergiye ilişkin ödevlerini kanuni temsilcileri (veli, vasi veya kayyım) eliyle yerine getirir.[6]

Vergi ehliyeti için kişiliğin başlaması gerekli olduğundan vergi ehliyetinin sona ermesinde hak ehliyetinin kaybedilmesi yani kişiliğin sona ermesinin arandığı söylenebilir. Bu kapsamda TMK'nın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kişilik öncelikle ölümle sona erer. Kişiliğin sona ermesi ile kişiye bağlı haklar dışında kalan ve intikale elverişli hakları ve borçları mirasçılara geçer.[7] Bu çerçevede ölümle birlikte vergi ehliyetinin sona ermesi ve vergi mükellefi sıfatının de kaybedilmesi gerektiği ifade edilebilir. Ancak ölümle birlikte vergi mükellefi sıfatının kaybedilmesi, vergi mükellefinin şekli ve maddi ödevlerinin sona ereceği anlamına gelmez. Örneğin; vergi mükellefiyetinden kaynaklı olarak

---

1 Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 63-64; Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/ Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s. 96; Nihal Saban, Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019, s. 114.

2 Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 211.

3 Fiil ehliyeti, yani hakları kullanma ehliyeti, kişilerin sahip olduğu haklar, üstlendiği borçlar ve fillerinden sorumlu tutulabilmeyi ifade eder. Gerçek kişiler açısından ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma ve kısıtlı olmama halinde fiil ehliyetine sahip olunduğu kabul edilir (TMK m. 9-13).

4 Hak ehliyeti, yani haklardan yararlanma ehliyeti, hak sahibi olabilme ve borç üstlenebilme kabiliyetini ifade eder. Gerçek kişiler açısından kişinin tam ve sağ doğumu ile birlikte hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilir (TMK m. 8).

5 Taşkan, s. 65; Selim Kaneti/ Esra Ekmekci/ Gülsen Güneş/ Mahmut Kaşıkcı, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 121; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 93-94; M. Kamil Mutluer/ Nilay Dayanç Kuzeyli, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 130; Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan/ Cenker Göker, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 92.

6 Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 94; Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 134; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 92-93; Saban, s. 122-124.

7 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 23; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2021, s. 17, 22-23; Cem Baygın/ Ahmet Nar, Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 310.

ortaya çıkan vergi borcu (maddi ödev), terekede yer alan murisin borçları arasında yer alıp, terekeyle birlikte miras payı oranında mirasçılara geçer.[8] Ayrıca mirasçılarının muris adına ölümü vergi dairesine bildirmesi veya süresi içerisinde vergi beyannamesini vermesi gerekir (şekli ödevler).[9] Buna karşın cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca ölümle birlikte murisin vergi cezalarının sona erdiği kabul edilir.[10] Neticeten ölümün doğurduğu hukuki sonuçlar dikkate alınmak suretiyle vergi kanunlarında hem vergilendirme sürecine ilişkin hakların kullanılması ve ödevlerin yerine getirilmesi hem de vergi cezalarının durumuna ilişkin çeşitli hükümler getirilmiştir. Ölüm, vergi ehliyetini ve vergi cezalarını sona erdiren bir hal olmak ile birlikte ölüme bağlı intikaller, yani murisin terekesinin mirasçılara geçmesi Veraset ve İntikal Vergisinin konusu olarak düzenleme altına alınmıştır.[11]

Ölüm, kişiliği sona erdiren tek hal olmayıp, TMK'da ölüm karinesi[12] ile birlikte gaiplik halinde de mahkeme kararına bağlı olarak kişiliğin sona ereceği hüküm altına alınmış, gaiplik kararının hüküm ve sonuçları ayrıca ele alınmıştır. İşte bu noktada vergi hukukunun ölüme bağladığı hukuki sonuçların gaiplik hali için aynı sonucu doğurup doğurmayacağı, dahası gaipliğe bağlı olarak kişiliği sona erenlerin ortaya çıkması durumunda nasıl hareket edileceği de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

8 Taşkan, s. 72; Karakoç, s. 229-230; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 102.

9 Karakoç, s. 231; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 108.

10 Kaneti/ Ekmekci/ Güneş/ Kaşıkcı, s. 138; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 108.

11 Taşkan, s. 506; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 463.

12 TMK'nın 31'inci maddesinde "*ölüm karinesi*" kurumuna yer verilmiştir. TMK'nın 31'inci maddesine göre bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektirecek durumlarda kişinin bu durumlardan sağ kurtulamayacağı genel hayat tecrübesiyle sabit olduğu takdirde, kişi gerçekten ölmüş kabul edilir (TMK m. 31). Ölüm karinesinden bahsedilebilmesi için öncelikle "*bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolması*" gerekir. Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek, yani risk seviyesi ölümü kesin olarak kabul etmeyi mümkün kılacak durumlardan kişinin kurtulmasının mümkün olmadığının kabulü halinde ölüm karinesinden bahsedilebilir. Dolayısıyla bahse konu durumun kesin olarak ölüm sonucunu doğuracak nitelikte olması gerekip, kişinin sadece ölüm tehlikesi içinde bulunması yeterli değildir. Ölüm karinesinden bahsedilebilmesi için ikinci olarak ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolan kişinin cesedinin bulunamamış olması gerekir. Aksi durumda, yani kişinin cesedinin bulunması ihtimalinde ölüm karinesinden değil, doğrudan ölümden bahsedilmesi gerekir. Ölüm karinesi için gerekli olan bahse konu şartların varlığı halinde o yerin en büyük mülki idare amirinin emriyle ölüm tutanağı düzenlenerek kütüğe ölü kaydı düşülür (TMK m. 44/1, NHK, m. 32/1). Ölüm kütüğüne ölü kaydının işlenmesiyle ölüm karinesine konu olayın meydana geldiği tarihten itibaren kişi ölmüş kabul edilir ve ölümün doğurduğu tüm sonuçlar ölüm karinesi için de söz konusu olur. Bu durumda ölü kaydı işlenen kişinin örneğin; kişilik hakları ve evliliği kendiliğinden sona erecek, malvarlığı teminat gösterilmesi gerekmeksizin mirasçılarına geçecektir: Dural/ Öğüz, s. 26-27; Zafer Zeytin/ Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 109; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 26-29; Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 82-83; Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 252-253; Mehmet Ayan/ Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Mimoza Basım, Yayım Dağıtım, Konya, 2014, s. 140-141; Baygın/ Nar, s. 313-316; Ali Haydar Yağcıoğlu, "Ölüm Karinesi", C. 24, S. 2, 2022, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 835 vd.

Bu çalışma ile gaipliğin vergi hukukunda ölüme bağlı sonuçları doğurup doğuramayacağı, doğurduğu takdirde geçmişe etkililiğin nasıl değerlendirileceği ve gaibin ortaya çıkması halinde gaiplik kararı ile ortaya çıkan hukuki sonuçların nasıl etkileneceği sorularına cevap aranması amaçlanmaktadır. Çalışma; çalışmanın amacı da dikkate alınmak suretiyle üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde gaiplik durumu; TMK'nın ilgili hükümleri dikkate alınmak suretiyle ifade ettiği anlam, şartları, hüküm ve sonuçları dikkate alınarak açıklanacaktır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki kural olarak vergi hukuku, özel hukukun kurum ve kavramlarından faydalanırken kimi durumlarda kurum ve kavramları özel hukuktaki anlamlarını dikkate alacak şekilde hareket derken kimi durumlarda da bunları değiştirmek suretiyle kendine uygun hale getirmektedir. İkinci durumda uygulanacak kural ve kullanılacak kavram, vergi hukuku kuralı ve kavramı haline gelmektedir. Bu çerçevede çalışma açısından önem arz eden kişiliğin başlaması ve sona ermesi, hak ehliyeti, ölüm, mirasın intikali, gibi özel hukuk alanında düzenlenen kavramları ilgili alandaki anlamlarını dikkate almak suretiyle kullanmakta ve hükme bağlamaktadır.[13] Dolayısıyla gaipliğin ne olduğu, şartları, hüküm ve sonuçlarının medeni hukuk dikkate alınmak suretiyle ele alınması gerekmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise gaipliğin vergi hukuku açısından doğurduğu sonuçlar, gaiplik kararı alınmadan öncesi ve sonrası için ayrı ayrı ele alınacak olup, özellikle gaiplik kararı alınmadan önce yapılan işlemler, vergi sorumluluğu, vergi cezaları ve Veraset ve İntikal Vergisi (VİV) mükellefiyeti açısından ortaya koyulacaktır. Son olarak çalışmanın üçüncü bölümünde ise gaibin ortaya çıkması ve hayatta olduğunun anlaşılması halinde bir önceki bölümde açıklanan hukuki sonuçların ne yönde etkileneceği, yapılan açıklamalar üzerinden değerlendirilecektir.

I. GAİPLİK VE GAİPLİK KARARI

A. GENEL OLARAK

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin (gaibin) öldüğünün kuvvetle muhtemel, ancak ispatının kesinlikle mümkün olmadığı hallerde, gerek gaibin kişilik hakları ile malvarlığını askıya almamak gerekse hakları gaibin ölümüne bağlı olanların durumlarını koruyabilmek amacıyla bu kişi hakkında gaiplik kararı alınabilmekte, kişiliği sona erdirilebilmektedir (TMK m. 32/1).[14]

B. GAİPLİK KARARININ ŞARTLARI

Gaiplik kararının alınabilmesi için öncelikle kişinin (1) ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya (2) kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması ve bunlara bağlı olarak (3) ölümünün kuvvetle muhtemel olması gerekir:

(1) *Ölüm tehlikesi içinde kaybolma*: Bir kişinin ölüm tehlikesi içinde olması; kaybolduğu olay neticesinde ölümüne kesin gözüyle bakılmayıp, ölmüş

---

[13] Bkz. Karakoç, s. 83; Kaneti/ Ekmekci/ Güneş/ Kaşıkcı, s. 16; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 13; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 7.

[14] Ayşe Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", C. 9, S. 1-2, 2006, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, s. 258; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 29; Dural/ Öğüz, s. 30; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 254; Baygın/ Nar, s. 319.

olma ihtimalinin sağ kalmış olma ihtimalinden daha yüksek olduğu durumu ifade eder.[15] Bu noktada örneğin; yaşanan deprem sonra enkaz altından çıkarılan kişiye daha sonra ulaşılamaması, kurtulanların olduğu bir uçak kazasında kişinin kazadan kurtulup kurtulmadığının bilinmemesi, kaybolan bir kişinin kıyafetlerinin deniz kenarında bulunması gibi durumlarda bir kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu söylenebilir.[16]

(2) *Uzun zamandır haber alınamama*: Bir kişiden uzun zamandan beri haber alınamaması; öncesinde nerede olduğu ve yaşadığı bilinen bir kişinin, olması gereken yerde olmaması, buradan haberli veya haber bırakmaksızın ayrılması ve nerede olabileceği ve yaşayıp yaşamadığının şüpheli olmasını ifade eder.[17] Bu kapsamda örneğin; bir kişinin eşinin bilgisi dahilinde evden ayrıldıktan sonra bu kişiden bir daha haber alınamaması veya yurtdışındaki bir kişinin ailesine/arkadaşları ile iletişim halindeyken, iletişimin kesilmesi ve sonrasında bir daha haber alınamaması gibi.[18]

(3) *Ölümün kuvvetle muhtemel olması*: Bir kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması gaiplik kararının alınabilmesi için tek başına yeterli olmayıp, bunların kişinin öldüğü ihtimalini de kuvvetle akla getirmesi gerekir.[19] Bu noktada kişinin öldüğünün kuvvetle muhtemel olması, yaşadığına dair ciddi kuşkular var olmasına rağmen kişinin sağ olma ihtimalinin de olduğu, yani ölümüne kesin gözle bakılamayacağı anlamına gelir.[20] İşte bu, gaipliği ölüm karinesinden ayıran asıl unsurdur.[21] Ölüm karinesinde kişinin öldüğüne genel hayat tecrübesi ile kesin gözüyle bakılırken, gaiplikte ölüm ihtimali ne kadar yüksek olsa da kesin gözüyle bakılmaz.[22]

Gaiplik kararının alınabilmesi için ayrıca ölüm tehlikesinin sona erdiği andan itibaren en az bir yıl veya kişinin kesin olarak yaşadığına dair (kişinin kendisinden veya üçüncü kişilerden) alınan son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir (TMK m. 33/1).[23]

C. GAİPLİK KARARINA İLİŞKİN YARGILAMA USULÜ

Gaiplikte ölüm karinesinden farklı olarak ölüme bağlı sonuçlar kendiliğinden ortaya çıkmayıp, öncelikle yapılacak başvuruya bağlı olarak yetkili ve görevli mahkemeden gaiplik kararı alınması gerekir. Gaiplik kararı için başvuru yapılacak yetkili mahkeme kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer mahkemesi; görevli mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir (TMK m. 32). Gaiplik kararı için sulh hukuk mahkemesine başvurabilecekler ise "*hakları bu ölüme bağlı olanlar*" (bu

---

15 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 30; Hatemi, s. 84; Baygın/ Nar, s. 322.

16 Dural/ Öğüz, s. 31; Ayan/ Ayan, s. 145.

17 Dural/ Öğüz, s. 31.

18 Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 256; Dural/ Öğüz, s. 31.

19 Zeytin/ Ergün, s. 110; Baygın/ Nar, s. 322.

20 Dural/ Öğüz, s. 31; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 30-31.

21 Bunun yanı sıra ölüm karinesinde bir süreye bağlı olmaksızın mülki idare amirinin emriyle ölüm karinesi uygulama alanı bulurken; gaiplikte hem belirli bir süreye bağlı olarak, ilgililerin talebiyle mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır: Bkz. Baygın/ Nar, s. 320.

22 Dural/ Öğüz, s. 30; Zeytin/ Ergün, s. 110; Ayan/ Ayan, s. 145.

23 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 31-32.

ölüme bağlı olarak hak kazanacak ya da yükümlülükten kurtulacak olanlar[24]), yani gaiplik kararı alınacak kişinin kanuni ve atanmış mirasçıları veya lehine vasiyet yapılan kişilerdir.[25] Bununla birlikte TMK'nın 588'inci maddesinde belirtilen şartların varlığına bağlı olarak hazine tarafından da başvuruda bulunulabilir.[26]

İlgililer tarafından mahkemeye başvurulması üzerine mahkeme, gaiplik kararı alınmak istenen kişi hakkında bilgisi bulunanları, belirlenecek süre dahilinde bilgi vermeleri için ilâna çıkar (TMK m. 33/2-3). Bu noktada iki kere ilana çıkılması gerekli olup, ilk iki ilan arasında en az altı ay olmalıdır.[27] Dolayısıyla ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde en az 1,5 yıl, uzun zaman haber alınama halinde ise en az 5,5 yıl geçmedikçe gaiplik kararı verilememektedir.[28]

Gaipliğine karar verilmesi istenen kişinin belirlenen ilân süresi içerisinde ortaya çıkması veya kendisinden haber alınması ya da öldüğü tarihin belirlenmesi hallerinde gaiplik kararı verilmesi gerek olmayıp, gaiplik talebi düşer (TMK m. 34).[29]

D. GAİPLİK KARARININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Mahkeme tarafından yapılan ilândan bir sonuç elde edilemez ise mahkeme kişinin gaipliğine karar verir. Bu karar doğrultusunda kişi hakkında ölmüş gibi muamele edileceğinden, yani gaiplik kararı kişi ölmüş gibi sonuç doğuracağından ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Diğer bir ifadeyle gaibin mirasçıları, gaibe mirasçı olabilme, alacaklarını talep edebilme gibi şartlarını sağlamak koşuluyla ölümle birlikte doğan tüm hakları ileri sürerek talep edebilir.[30] Gaiplik kararı, mahkeme kararını hâkimin bildirmesi ile birlikte nüfus müdürlüğünce ölüm kütüğüne kayıt olunur (TMK m. 45).

Gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak (TMK m. 35), yani geçmişe etkili olarak hüküm doğurur.[31] Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, gaiplik kararı adi karine niteliği taşır. Dolayısıyla gaiplik kararı talebinde bulunanlar açısından gaibin öldüğünü ispat

---

24 Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 258; Baygın/ Nar, s. 323.

25 Dural/ Öğüz, s. 32; Baygın/ Nar, s. 323. Öğretide hakları ölüme bağlı olanlar arasında ayrıca "*gaip ile birlikte mirasçı olanlar, gaip yüzünden mirasa katılamayacak olanlar, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hayat sigortası lehtarı, askerlik şubesi ile savcılık ve gaip lehine bağışlayana dönme koşullu bağışlamada bulunanlar*" sayılmaktadır: Bkz. Eda Şahin, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", *TBB Dergisi*, 144, 2019, s. 254-255.

26 Baygın/ Nar, s. 323.

27 Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 260; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 33-34; Hatemi, s. 84; Ayan/ Ayan, s. 147.

28 Dural/ Öğüz, s. 33; Baygın/ Nar, s. 325.

29 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 34.

30 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 33-34; Fatih Burak Uzun, "Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti", C. 6, S. 2, 2016, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 26; Şahin, s. 257.

31 Dural/ Öğüz, s. 34; Zeytin/ Ergün, s. 111; Baygın/ Nar, s. 326.

yükü kalkar, ancak bunun aksi (yani gaibin yaşadığı veya öldüğü tarihin belli olduğu) ilgililerce her zaman ve her türlü delille ispatlanabilir.[32]

Gaiplik kararı, aile hukuku, miras hukuku gibi medeni hukukun farklı alanlarına yönelik farklı sonuçlar doğurur. Konumuz itibariyle miras hukukuna ilişkin doğurduğu sonuçları belirtmek yerinde olacaktır. Ancak bu hususa değinmeden önce gaibin kaybolduğu veya en son haber alındığı tarihten gaiplik kararı alınıncaya değin malvarlığının nasıl yönetileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Çünkü gaip gaiplik kararı alınıncaya değin, gaibin hayatta olup olmadığı bilinmediğinden ne muris ne de mirasçı olamamakta, ancak malvarlığının da korunması gerekmektedir. Bu husus, TMK'nın velayet ve vesayete ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir. Öncelikle gaibin kaybolmadan veya son haber alınma tarihinden önce hali hazırda velayet veya vesayet altında olması durumunda malvarlığının veli veya vasisi tarafından yönetileceğini kabul etmek gerekir. Ancak velayet ve vesayet altında olmaması ihtimalinde TMK'nın açıkça bir düzenleme olmamakla birlikte vesayeti düzenleyen hükümlerinin takip edilmesi mümkündür. TMK'nın 427'inci maddesine göre vesayet makamının, "*yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gerekli önlemleri alması*" ve "*bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse*" de ilgililerin (kayyım atanmasında menfaati bulunanların) talebi üzerine veya re'sen vesayet makamının bir yönetim kayyımı ataması gerekir.[33] Gaibin vesayet veya velayet altında olmaması mallarının yönetiminin kimseye ait olmadığı sonucuna götürmektedir. Bu çerçevede TMK'nın 427'nci maddesi gereği gaibin malvarlığının yönetilmesi için, gaiplik kararı alınıncaya değin, kendisine sulh hukuk mahkemesi tarafından kayyım atanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.[34]

Gaiplik kararı alınmasının miras hukuku açısından gaibin muris, mirasçı veya hem mirasçı hem muris olması yönüyle ayrı ayrı ele almak mümkündür:

• *Gaibin muris olması*: Gaiplik kararı ile karine olarak kişinin öldüğü kabul edildiğinden gaibin malvarlığı ölüm tehlikesi ya da son haber alma tarihine göre belirlenen mirasçılarına kendiliğinden geçer.[35] Ancak gaiplik kararının kesinleşmesinin ardından gaibin mirasının (kanuni ve atanmış) mirasçılarına geçebilmesi için mirasçılarının terekede yer alan malları teslim almadan önce güvence göstermek zorundadır. Bu güvencenin sebebi, malvarlığı mirasçılara geçtikten sonra üstün hak sahiplerinin veya gaibin ortaya çıkması olasılığı ve bunlara karşı malları geri verme yükümlülüğünün doğacak olmasıdır. Mirasçılar tarafından verilecek güvencenin ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde tereke mallarının tesliminden itibaren 5 yıl, uzun zamandan beri haber alınamama halinde son haber alma tarihinden itibaren 15 yıl ve her durumda en fazla gaibin 100 yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilmesi gerekir (TMK m. 584). Bahse konu sürelerin geçmesinden sonra güvencenin sona ererek terekenin mirasçılara kesin olarak geçeceği kabul edilir.[36] Bununla birlikte terekenin kesin olarak mirasçılara geçmesi; mirasçıların, gaibin ortaya çıkması halinde gaibe veya ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine aldıkları malları geri verme

---

32 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 34; Ayan/ Ayan, s. 145.

33 Uzun, s. 26; Arat, s. 271.

34 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 36; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 262.

35 Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 262-263; Dural/ Öğüz, s. 35.

36 Dural/ Öğüz, s. 35.

yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Geri verme yükümlülüğünün kapsamı TMK'nın 993 ila 995'inci maddelerinin zilyetliğe ilişkin geri verme yükümlülüğü çerçevesinde belirlenir. Buna göre gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olanların gaibin ölmediğini veya üstün hak sahiplerinin varlığını bilmemeleri yani iyi niyetli olmaları halinde bunların geri verme anında malı kullanma veya maldan yararlanma karşılığında tazminat ödememesi, ayrıca malın kaybolması, yok edilmesi veya hasara uğramasından sorumlu olmaması gerekir. Buna bağlı olarak gaibin veya üstün hak sahiplerinin verilen güvenceden malvarlığından elde edemedikleri kısımları karşılama imkânı vardır. İyi niyetli gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olanların yapmış oldukları sadece zorunlu ve yararlı masrafları talep etme hakları saklı olup, talebi karşılanmadan malları geri vermekten kaçınabilir. Aksi durumda yani gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olanların kötü niyetli olmaları halinde haksız el koyması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında tazminat ödemekle yükümlüdür. Buna bağlı olarak gaibin veya üstün hak sahiplerinin verilen güvenceye başvurarak malvarlığından elde edemedikleri kısımları karşılamaları mümkündür. Kötü niyetli mirasçıların masrafları talep etme hakkı ise sadece zorunlu harcamalar için söz konusu olabilir ve malı geri vermekten kaçınamaz (TMK m. 993-995).[37] Son olarak geri verme yükümlülüğü gaip açısından süreye tabi değilken üstün hak sahipleri açısından zilyetlik kuralları çerçevesinde miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tâbidir (TMK m. 585, 639). Buna göre süre ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihinden itibaren iyi niyetli mirasçılar için 10 yıl, kötü niyetli mirasçılar için ise 20 yıldır.

• *Gaibin mirasçı olması*: Bir mirasçının mirasın açıldığı anda ortada bulunmaması ve sağ olup olmadığının ispat edilememesi halinde mirasçının miras payı resmen yönetilir. Miras açıldığında orada bulunmayan mirasçının ölü olması hâlinde, gaipliğe ilişkin yukarıda belirtilen sürelere ve usullere bağlı olarak onun miras payı kendilerine kalacak olanlar tarafından kişinin gaipliğine karar verilmesi ve miras payının kendilerine teslimi istenebilir (TMK m. 586). Hayatta olup olmadığı bilinmeyen kişinin malvarlığının veya miras payının 10 yıl resmen yönetilmesi ya da kişinin yüz yaşını tamamlayacağı sürenin geçmesi şartıyla Hazine de kişinin gaipliğine karar verilmesini isteyebilir. Mahkeme tarafından çıkılan ilân süresi içerisinde hiçbir hak sahibinin ortaya çıkmaması halinde gaibin mirası veya miras payı, Devlete geçer. Hazinenin teminat gösterme zorunluluğu olmamakla birlikte devletin de geri verme yükümlülüğü söz konusudur (TMK m. 588).

• *Gaibin hem muris hem de mirasçı olması*: Muris olan gaibin aynı zamanda mirasçı olması yani mirasçılar tarafından tereke mallarını teslim alındıktan sonra gaibe miras düşmesi ihtimalinde; miras payı gaiplik sebebiyle kendilerine kalacak olanlar, ayrıca bir gaiplik kararı gerekmeksizin bu miras payının teslimini isteyebilir (TMK m. 587).

E. GAİPLİK KARARININ HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

Gaibin ortaya çıkması, gaibin hayatta olduğunun anlaşılması veya gaibin ölümünün tespit edilmesi halinde gaiplik kararının hükümsüz hâle gelmesi gündeme gelir. Öncelikle gaibin ortaya çıkması veya gaibin hayatta olduğunun anlaşılması halinde, gaip olduğu kabul edilenin veya diğer ilgililerin

[37] Baygın/ Nar, s. 326-327; Şahin, s. 267-270.

mahkemeden bu durumun tespitini mahkemeden talep etmesi gerekir.[38] Mahkemenin kararı ile birlikte gaiplik kararı hükümsüz hale geleceğinden bu kararın bütün sonuçları da ortadan kalkar.[39] Bu durumda yukarıda bahse konu edilen geri verme yükümlülüğü gündeme gelecektir. Gaibin ölümünün tespit edilmesi halinde ise mahkeme kararı gerekmeksizin ölüme bağlı hukuki sonuçların kendiliğinden ortaya çıkar. Burada gaiplik kararı ile gaibin öldüğü tarih arasında mirasçılarda meydana gelecek değişikliklerin dikkate alınmak suretiyle geri verme yükümlülüğünün söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.[40]

II. GAİPLİĞİN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Ölüme bağlı olarak kişiliğin sona ermesi ve ölüme bağlı (vergi hukukuna ilişkin) sonuçların ortaya çıkabilmesi için ortada bir cesedin olması gerekir. Ancak ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin öldüğü konusunda kuvvetli olasılığın varlığı hallerinde kişiliğin sona ermesiyle sonuçlanan gaiplik kararı söz konusu olmaktadır. Gaiplik kararı, kişiliğin sona ermesi ile sonuçlandığından vergi hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurur, çünkü vergi mükellefiyeti ve sorumluluğu kişilikle doğrudan ilişkilidir. Bununla birlikte gaiplik kararı alınmadan önce gaibin vergilendirmeye ilişkin ödev ve sorumluluklarının nasıl yerine getirileceği de önem arz eder.

B. GAİPLİK KARARI ALINANA KADAR GEÇEN SÜRE AÇISINDAN

Gaiplik kararı alınana kadar geçen sürede vergi hukukunda ortaya çıkan en önemli sonuç, gaibin maddi ve şekli ödevlerinin nasıl yerine getirileceği noktasındadır. Bu husus, TMK'nın velayet ve vesayete ilişkin ve VUK'un kanuni temsilcilerin vergi sorumluluğuna[41] ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir.

Öncelikle gaibin kaybolmadan veya son haber alınma tarihinden önce TMK'nın ilgili hükümleri uyarınca velayet veya vesayet altına alınmış olması mümkündür. Gaibin küçük olması (ergin olmaması) halinde TMK'nın velayete

---

38 Baygın/ Nar, s. 328.

39 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 38; Ayan/ Ayan, s. 150.

40 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 38.

41 Vergi sorumlusu, VUK'un 8'inci maddesinde "*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım vergi sorumlusunun sadece verginin ödenmesinden (maddi vergi ödevi) sorumlu tutulduğu sonucuna götürse de vergi sorumlusu şekli ödevlerin yerine getirilmesi bakımından da vergi idaresine karşı sorumluluk altındadır. Vergi sorumlusunu vergi mükellefinden ayıran husus, vergi borcunun üzerine doğmaması, verginin asıl borçlusu olmamasıdır. Dahası vergi mükellefinin maddi ve/veya şekli ödevlerinin yerine getirilmesinde vergi sorumlusu muhatap alınmaktadır. VUK'ta esas itibariyle kanuni temsilcilerin, mirasçıların ve vergi kesenlerin sorumluluğuna yer verilmiştir (VUK m. 10-12): Kaneti/ Ekmekci/ Güneş/ Kaşıkcı, s. 122-123; Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 132; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 90; Saban, s. 115.

ilişkin hükümleri gereğince veli, vesayeti gerektiren durumların varlığı halinde ise TMK'nın vesayete ilişkin hükümleri gereğince vasi veya kayyım kanuni temsilcileri olarak karşımıza çıkar. İşte bu durumda VUK uyarınca küçük veya kısıtlı olan gaibin vergilendirmeye ilişkin şekli ve maddi ödevlerinin kanuni temsilcileri (veli, vasi veya kayyım) tarafından yerine getirilmesi gerekir (VUK m. 10/1).[42] Gaibin velayet ve vesayet altında olmaması ihtimalinde ise yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere TMK'nın 427'nci maddesi uyarınca gaibe vesayet makamınca yönetim kayyımı atanması gündeme gelmektedir. Bu bağlamda gaibin malvarlığının yönetimi için atanacak olan yönetim kayyımı, kanuni temsilcilerin sorumluluğu çerçevesinde sonuç doğuracağını kabul etmek gerekir.[43] Dolayısıyla gaibin maddi ve şekli ödevlerinin atanacak olan yönetim kayyımı tarafından yerine getirilmelidir.

Kanuni temsilcinin sorumluluğu çerçevesinde gaibe ait ödevlerin veli, vasi veya kayyım tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle alınamayan vergiler, kural olarak gaibin malvarlığından alınır, gaibin malvarlığından alınamaması halinde ise veli, vasi veya kayyım sorumlu olur. Burada kanuni temsilcilerin ödemiş olduğu vergi borçları için rücu hakkı saklıdır (VUK m.10/2-4). VUK'un *küçüklerin ve kısıtlıların ceza muhatabı olmadığı haller* başlıklı 332'inci maddesine göre "*velayet ve vesayet altında bulunanlar veya işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanlar, kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmazlar. Bu hallerde cezanın muhatabı, veli, vasi veya kayyımdır*". Ancak kanuni temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemelerinden doğacak vergi cezaları için rücu hakkı söz konusu olmamaktadır.[44]

Gaiplik kararı alınmadan önce gaibin öldüğü tarihin belirlenmesi halinde ise artık ölüme ilişkin hükümlerin takip edilmesi gerekir. Dolayısıyla ölüm tarihinden itibaren VUK'un mirasçıların vergi sorumluluğuna ilişkin hükümleri dikkate alınır.[45]

C. GAİPLİK KARARI ALINDIKTAN SONRAKİ SÜREÇ AÇISINDAN

1. Gaiplik Kararı Alınmadan Önce Yapılan İşlemlerin Durumu

Yukarıda da ifade edildiği üzere gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak, yani geçmişe etkili şekilde hüküm ifade eder. Burada önem arz eden husus; gaiplik kararının, karar alınmadan önce vergi sorumlusu sıfatıyla kanuni temsilcilerin (ister veli ve vasi olsun isterse de kayyım) veya vergi idaresinin vergilendirme sürecine ilişkin yapmış olduğu işlemler üzerinde nasıl bir sonuç doğuracağıdır.

---

42 Taşkan, s. 70; Karakoç, s. 220.

43 Aksi görüş için bkz. Cengizhan Hatipoğlu, "Gaiplik Kurumu ve Vergi Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar", C. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 436-437.

44 Taşkan, s. 70; Karakoç, s. 221.

45 Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki ölüm tarihinin belirlendiği süre dahilinde kanuni temsilci sıfatıyla gaibin velisi, vasisi veya kayyım tarafından ya da vergi idaresi veya yargısı tarafından alınmış karar veya yapılmış işlemlerin durumu hususu için "*a. Gaiplik Kararı Alınmadan Önce Yapılan İşlemlerin Durumu*" başlığında verilen bilgiler dikkate alınmalıdır.

Gaiplik kararının geçmişe etkili olması sebebiyle kural olarak gaiplik kararının alınana kadar gaip nam ve hesabına yapılmış olan tüm işlemlerin hukuk düzeninden kaldırılmasını gerektirir. Çünkü gaip adına yapılan hukuki işlemlerde işlemin tarafı gaip olduğundan yapılan hukuki işlemler taraf ehliyetinden yoksun hale gelir. Bu açıdan bakıldığında gaibin mükellefiyet kaydının ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı gün itibariyle silinmesi ve vergi idaresinin veya kanuni temsilcilerin vergi sorumlusu sıfatıyla yapmış olduğu işlemlerin hükümsüz kılınması/iptali gerekir.[46] Bu durumda örneğin; vergi sorumlusu sıfatıyla kanuni temsilcilerin verdiği beyannamelerin, tuttuğu defter, belge ve kayıtların, vergi dairesine yaptıkları bildirimlerin, ödemiş oldukları vergi asıl ve feri borçları ile cezalarının, vergi dairesinin yaptığı tarh, tebliğ ve tahsil işlemlerinin hukuk düzeninden kalktığını sonucuna varılır. Mirasçıların ise ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı gün itibariyle vergi sorumlusu olarak kabul edilerek bu tarih itibariyle gaibin üzerine düşen maddi ve şekli ödevleri yeni baştan yerine getirmesi beklenir. Bununla birlikte gaiplik kararının en erken ölüm tehlikesi halinde 1,5 yıl, uzun zaman haber alınamama halinde 5,5 yıl sonra alınabileceği düşünüldüğünde bahse konu süre içerisinde kanuni temsilciler tarafından defter tutma, belge düzenleme, beyanname verme, tarh edilen vergi borcunu ödeme şeklinde ya da vergi yargısında dava açma yönünde çok kez ve farklı şekillerde işlemler tesis edilmesi mümkündür. Hakeza aynı süre içerisinde mükellef olan gaip nezdinde verginin tarh ve tahsiline ilişkin veya vergi incelemesi ve yoklaması yönüyle vergi denetimine ilişkin çok kez ve farklı şekillerde işlemler tesis edilmesi söz konusu olabilir. Bahse konu tüm işlemlerin gaiplik kararı ile birlikte geçmişe etkili olacak şekilde hukuk düzeninden kalktığını kabul etmek; vergilendirmenin anayasal ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Anayasal bir vergilendirme ilkesi olarak hukuki güvenlik ilkesi; vergi mükelleflerinin ve/veya sorumlularının soyut, genel ve sürekli olması gereken hukuk kurallarına güvenerek iş ve işlemlerini düzenlemesi ve kazanılmış haklarını koruyabilmesi anlamına gelir.[47] Hukuki güvenlik ilkesi; özellikle belirlilik ve geçmişe yürüme yürütülememe alt ilkeleri ile anlam kazanır. Bu noktada mükelleflerin sahip olduğu hak ve ödevlerin bilinebilir olması ve bunlara ilişkin düzenlemelerin açık ve anlaşılır yapılması belirlilik ilkesini[48]; vergi mevzuatlarında yer alan hükümlerin ve bu hükümlere dayalı yapılan işlemlerin hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaması geriye yürütülememe ilkesini ifade eder.[49] Ancak vergi hukukunda, tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş olaylara uygulanma sebebiyle kazanılmış hakların

---

[46] Danıştay bir kararında "*...hakkında gaiplik kararı verilen ...'nun bu karar ile ölümünün ispatlandığının görüldüğü, gaiplik kararı son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden ve...'nun kendisinden en son 2000/Mart döneminde haber alındığından bu tarihten sonra tesis edilen vergilendirme işlemlerinin hukuk aleminde mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla 2000/Mart tarihinden itibaren hukuken ölmüş olan ...'nun vergi mükellefi olması düşünülemeyeceğinden bu kişi adına yapılan cezalı tarhiyatın kaldırılmasına yönelik düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı...*" yönündeki vergi mahkemesi kararını usule ve hukuka uygun bulunarak temyiz istemini reddetmiştir: Danıştay 9. Daire, E. 2008/3056 K. 2010/6321, T. 02.12.2010 (https://karararama.danistay.gov.tr/).

[47] Karakoç, s. 1023; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 24; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 58.

[48] Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 24; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 59.

[49] Karakoç, s. 1023-1026; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 60.

ihlali ile karşı karşıya kalınabileceğinden gerçek geriye yürümenin kabul edilmediğini, tamamlanmamış ve hukuki sonuçlarını doğurmamış olaylara uygulanma sebebiyle beklenen hakların zarar görme riski söz konusu olduğundan gerçek olmayan geriye yürümenin ise kabul edilebilir olduğunu söylemek gerekir.[50] Bu bilgiler çerçevesinde TMK'nın ilgili hükümlerine göre kanuni temsilci olarak kabul edilen veli, vasi ve kayyımın VUK uyarınca vergi sorumlusu olarak ve vergi idaresinin karşılıklı vergilendirme sürecine ilişkin gerçekleştirdiği işlemler ilgili kanun hükümlerine güvenerek kendilerinden yapmaları beklenen ve tarafların da buna bağlı olarak gerçekleştirdikleri işlemlerdir. Dolayısıyla gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğurması hem belirlilik hem de geriye yürütülememe ilkeleri ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılabilir.[51]

Gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğurmasının vergi hukukunda ortaya çıkaracağı sonuçları gerçek – gerçek olmayan geriye yürüme çerçevesinde değerlendirmek ve çözüm sağlamak mümkün olabilir. Bu bağlamda hem hukuki güvenlik ilkesi hem de TMK'nın hem de VUK'un ilgili maddeleri gereği yerine getirmeleri sebebiyle ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten gaiplik kararının alındığı tarihe kadar geçen sürede hem kanuni temsilcilerin hem de vergi idaresinin hukuk düzeninde sonuçlarını tamamlamış olan işlemlerinin etkilenmemesi, ancak hukuk düzeninde sonuçları tamamlamamış olan işlemlerinin artık vergi ve taraf ehliyeti dikkate alınmak suretiyle geçersiz kabul edilmesi gerekmelidir. Örneğin; kanuni temsilcisinin gaibin vergi asıl ve feri borçlarına ilişkin yapmış olduğu ödeme veya vergi borcunun vergi dairesinin başlatmış olduğu icra takibi yoluyla tahsili ya da gaip nezdinde vergi incelemesi yapılmış olması veya vergi yargısında kanuni temsilcinin açmış olduğu davanın sonuçlanmış ve kesinleşmiş olması noktasında vergilendirme sürecinin veya vergi yargılamasının tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi durumda, yani vergi asıl ve feri borçlarının ödenmemesi veya vergi dairesinin başlatmış olduğu icra takibinin tamamlanmamış olması ya da gaip nezdinde vergi incelemesine başlanmış olması veya vergi yargısında açılmış olan davanın sonuçlanmamış veya kesinleşmemiş olması hallerinde vergilendirme sürecinin veya vergi yargılamasının henüz hukuki sonuçlarını doğurmamış olduğunu kabul etmek gerekir.

2. Vergi Sorumluluğu Açısından

Vergi hukuku açısından ölüme bağlanan sonuçlar, yukarıda da ifade edildiği üzere esas olarak ölümle birlikte kişiliğin sona ermesi dikkate alınarak teşkil ettirilmiştir. Gaiplik kararı ile birlikte kişilik sona ereceği ve gaibin ölüme bağlı hakları, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılabileceği için ölüme bağlı sonuçlar, gaiplik kararı açısından da söz konusu olacaktır. Dolayısıyla gaiplik kararı ile birlikte gaibin malvarlığı mirasçılara geçeceği için mirasçıların vergi sorumluluğuna ilişkin hükümleri söz konusu olacaktır. Buna bağlı olarak gaiplik kararı ile; mükelleflerin VUK'tan kaynaklanan şekli ve maddi ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve atanmış mirasçılara geçer. Maddi ödev açısından mirasçılardan her biri de vergi borçlarından miras hisseleri (payları) oranında

---

50 Karakoç, s. 158; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 57-58; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 61.

51 Benzer görüş için bkz. Hatipoğlu, s. 443.

sorumlu olur.[52] Şekli ödevler açısından ise örneğin; ölüm ise işi bırakma hükmünde olduğundan, ölüm karinesi veya gaiplik kararının mükellefin mirası reddetmemiş mirasçıları tarafından vergi dairesine bildirilmesi gerekir. Mirasçılardan herhangi birinin durumu bildirmesi, diğer mirasçıları bu ödevden kurtarır (VUK m. 164). Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki VUK uyarınca vergi kanunlarında aksi belirtilmedikçe mirasçılara geçen ödevlerin yerine getirilmesinde bildirme ve beyanname verme sürelerine üç ay eklenir (VUK m. 16).

Bu noktada ayrıca önemle belirtmek gerekir ki gaiplik halinde vergi borcuna ilişkin sorumluluk, gaiplik kararı alınıncaya değin, yukarıda da ifade edildiği üzere, kanuni temsilcinin sorumluluğudur. Gaibin vergi borcunun kanuni temsilci (kayyım) tarafından ödenmemiş ve zamanaşımına uğramamış olması şartıyla vergi borcu miras payı oranlarında mirasçılara geçer.

3. Vergi Cezaları Açısından

Vergi cezaların açısından ölüm, cezaları şahsiliği ilkesi gereğince (tahsil edilmemiş olan) vergi cezalarını sona erdiren bir hal olarak kabul edilir (VUK m. 372).[53] Bu açıdan hakkında gaiplik kararı alınan mükellefin kendi fillerinden kaynaklanan vergi cezalarının kişiliğin sona ermesiyle birlikte düşmesi gerekir.[54] Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mirasçılar tarafından yapılması gereken yukarıda belirtilen ödevlerin/işlemlerin mirasçılar tarafından yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan vergi cezasından mirasçılar sorumlu olup, ceza mirasçılar adına kesilir.[55]

4. Veraset Yoluyla İntikaller Açısından

Servet transferi üzerinden alınan veraset ve intikal vergisi; ölüyle sağlar arasında veraset yoluyla veya sağlar arası ivazsız bir şekilde gerçekleşen intikalleri vergilendirmektedir. Bu noktada görüleceği üzere murisin terekesinin mirasçılara intikali bu verginin bir konusunu teşkil etmektedir.[56] Bu noktada gaiplik kararı ile birlikte ölüme bağlı sonuçların doğması ve buna bağlı olarak hakkında gaiplik kararı alınanın terekedeki mallarının mirasçılarına geçecek olması, VİV kapsamında vergiye konu edilmesi sonucunu doğurur.

VİV açısından hakkında gaiplik kararı alınanın (ölüm tehlikesi ya da son haber alma tarihine göre belirlenen) yasal ve atanmış mirasçıları verginin mükellefi olarak kabul edilirken (VİVK m. 5); her mirasçı miras payı oranında VİV ödemekle sorumlu olup, VİV, mükellef tarafından verilen beyanname üzerine tarh olunduğundan her mirasçı miras paylarını dikkate almak suretiyle gaiplik kararının ölüm siciline kayıt olunduğu tarihi takip eden bir ay içinde beyanname vermek zorundadır (VİVK m. 9, 14).

---

52 Taşkan, s. 72.

53 Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 289; Karakoç, s. 476; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 271; Saban, s. 458.

54 Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 289.

55 Taşkan, s. 73.

56 Taşkan, s. 506.

Mükelleflerin verdiği beyannameye bağlı olarak vergi tarha, yetkili vergi dairesi tarafından VİVK'da belirtilen oranlar üzerinden hesaplanır (VİVK m. 14).[57] Tahakkuk eden VİV ise mükellefler tarafından tahakkukundan itibaren 3 yılda ve her yıl mayıs ve kasım aylarında olmak üzere iki eşit taksitte ödenir (VİVK m. 19).

III. GAİBİN ORTAYA ÇIKMASI (ZUHURU) VE VERGİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Gaiplik bağlı olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, vergi hukuku açısından çeşitli hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda gaiplik kararı alınıncaya kadar geçen sürede vergilendirmeye ilişkin vergi idaresi ve/veya vergi yargısı ile ilişkilerde ve yapılması gereken işlemlerde kanuni temsilciliğinin sorumluluğu devreye girmektedir. Gaiplik kararı alındıktan sonra ise gaiplik kararı alındıktan alınmadan önce kanuni temsilcilerin yaptığı işlemlerin kural olarak hukuken geçerli kabul edilmesi, gaiplik kararı ile birlikte gaibin adi karine olarak ölü kabul edilmesi sebebiyle mirasçının sorumluluğu çerçevesinde gaibin vergi borçlarının miras payı oranlarında mirasçılarına geçmesi, vergi cezalarının sona ermesi ve mirasçıların VİV mükellefi olmaları söz konusu olmaktadır. Peki gaibin gaiplik kararı alınmadan önce veya alındıktan sonra ortaya çıkması halinde gaipliğe bağlı olarak ortaya çıkan bu hukuki sonuçlar ne yönde etkilenecektir? Bu soruya yine gaibin gaiplik kararı alınmadan önce mi yoksa gaiplik kararı alındıktan sonra mı ortaya çıktığı dikkate alınmak suretiyle cevap aramak yerinde olacaktır.

Gaiplik kararı alınmadan önce gaibin ortaya çıkması ve hayatta olduğunun anlaşılması halinde TMK'nın 34'üncü maddesi uyarınca gaiplik kararı verilmesi gerek olmayıp, gaiplik talebi düşmektedir. Bu açıdan ölüme bağlı sonuçlar hiç doğmadığından ortaya çıkan gaibin vergi mükellefi olarak maddi ve şekli ödevlerinin (zamanaşımı süreleri dikkate alınmak şartıyla) mevcut haliyle devam edeceği, dahası kanuni temsilcinin söz konusu olduğu durumlarda da gaibin hukuki kişiliğinde değişiklik olmaması ve geçmişe etkili bir sonucun doğmaması sebebiyle kanuni temsilcilerin yapmış olduğu işlemlerin geçerli kabul edileceği sonucuna ulaşmak gerekir.

Ancak gaiplik kararı alındıktan sonra gaibin ortaya çıkması ve hayatta olduğunun anlaşılması halinde durum çetrefilli bir görünüm sergilemektedir. Gaiplik kararı alındıktan sonra gaibin ortaya çıkması halinde gaiplik kararının hükümsüz hâle gelmesi gündeme gelir. Öncelikle bu durumda, gaip olduğu kabul edilenin veya diğer ilgililerin mahkemeden bu durumun tespitini mahkemeden talep etmesi gerekir. Mahkemenin kararı ile birlikte kütükteki ölüm kaydı silinerek gaiplik kararı hükümsüz hale geleceğinden bu kararın bütün sonuçları da ortadan kalkar.[58] Bu bağlamda gaiplik kararının hükümsüz hale gelmesi ve bu kararın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkması, vergi hukukunun gaiplik kararına bağladığı tüm hukuki sonuçların da ortadan kalkması anlamına gelir. Bu bilgiler ışığında gaibin ortaya çıkmasına vergi hukuku açısından bağlanan sonuçları mirasçıların vergi sorumluluğu, bu sorumluluk kapsamında yaptıkları vergilendirmeye ilişkin işlemler ve VİV mükellefiyetleri ile gaibin kaybolma veya

---

[57] Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 596; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 102.

[58] Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 38.

en son haber alındığı tarihinden öncesine ilişkin vergi borç ve cezaları açısından ayrı ayrı ele alarak değerlendirmek gerekir.

B. VERGİ SORUMLULUĞU AÇISINDAN

Gaibin ortaya çıkmasıyla sağ olduğunun mahkeme kararıyla tespiti sonrasında muris-mirasçı ilişkisi de sona ereceğinden ve kural olarak şekli ve maddi ödevler ortaya çıkan gaip tarafından vergi mükellefi olarak yerine getirileceğinden mirasçıların sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bununla beraber ortaya çıkan gaibin bu tarih itibariyle velayeti veya vesayeti gerektiren sebeplerin devam etmesi halinde kanuni temsilcinin sorumluluğunun yeniden gündeme gelmesi de ayrıca gerekecektir.

C. GAİPLİK KARARI ALINDIKTAN SONRA YAPILAN İŞLEMLER AÇISINDAN

Gaibin ortaya çıkması ile birlikte gaiplik kararının hükümsüz kılınması, ölüme bağlı hukuki sonuçların geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkması ile sonuçlanır. Bu nedenle gaiplik kararı ile gaibin ortaya çıktığı zaman aralığında mirasçıların vergi sorumluluğu çerçevesinde yapmış olduğu işlemlerin, vergi idaresinin tarh, tebliğ ve tahsile ilişkin işlemlerinin ve vergi yargısında açılan davaların hukuki durumu da tartışmaya açıktır. Bu noktada yukarıda ifade edildiği üzere hem hukuki güvenlik ilkesi gereği hem de TMK'nın hem de VUK'un ilgili maddelerinin gereği yerine getirildiği için bahse konu sürede hem mirasçıların hem de vergi idaresinin hukuk düzeninde sonuçlarını tamamlamış olan işlemlerinin etkilenmemesi, ancak hukuk düzeninde sonuçları tamamlamamış olan işlemlerinin artık vergi ve taraf ehliyeti dikkate alınmak suretiyle geçersiz kabul edilmesi gerekmelidir.

D. VERGİ BORÇLARI VE CEZALARI AÇISINDAN

Gaibin ortaya çıkmasıyla sağ olduğunun mahkeme kararıyla tespiti sonrasında ortaya çıkan gaibin kişiliğini yeniden kazanması ile birlikte öncelikle vergi ehliyeti yeniden doğacaktır. Bu noktada ortaya çıktığı tarih itibariyle üzerine yeniden vergi borcu doğması halinde mükellefiyet kaydı tesis edilerek vergi mükellefi olarak vergilendirilebilecektir.

Gaibin kaybolduğu veya en son haber alındığı tarihten önce doğmuş olan (ve kanuni temsilcileri ve mirasçıları tarafından ödenmemiş olan[59]) vergi borçları ile ölüm kaydına bağlı olarak düşmüş olan cezaları açısından nasıl hareket edileceği, VUK'ta bu hususlarda bir düzenlemeye yer verilmediğinden tartışmaya açıktır. Ödenmemiş olan vergi borçları açısından ilgili borçların hukuken mevcudiyetini koruması, vergi cezaları açısından ise cezanın düşme sebebinin hukuken ortadan kalkması sebebiyle zamanaşımını[60] dikkate alarak çözüme

---

[59] Gaibin kaybolduğu veya en son haber alındığı tarihten önce doğmuş olan ve kanuni temsilcileri veya mirasçıları tarafından ödenmiş olan vergi borçları veya vergi cezalarının durumu hususu için "*a. Gaiplik Kararı Alınmadan Önce Yapılan İşlemlerin Durumu*" başlığında verilen bilgiler dikkate alınmalıdır.

[60] Vergi hukukunda zamanaşımı; belirli bir sürenin geçmesi ile vergi alacağının takip ve tahsil kabiliyetini ve dava edilebilirliğini kaybetmesi anlamına gelir: Taşkan, s. 143; Karakoç, s. 459; Saban, s. 104. Zamanaşımı, mükellefin veya sorumlunun müracaatı

kavuşturmak mümkündür. Bu durumda ancak zamanaşımına uğramamış olmak şartıyla ortaya çıkan gaibin ödenmemiş olan vergi borçlarından ve vergi cezalarından sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki gaiplik kararının ölüm tehlikesi altında kaybolma halinde en erken 1,5 yıl, uzun zamandır haber alınamama halinde en erken 5,5 yıl sonra alınabildiği ve gaipliğin (mücbir sebep olarak kabulü halinde[61]) sadece tarh zamanaşımını durduran sebep olarak kabul edilebileceği, ancak diğer zamanaşımını durduran ya da kesen haller[62] arasında yer almadığı[63] hesaba katıldığında vergi borçlarının

---

gerekmeksizin vergi idaresinin ve/veya vergi yargı organları tarafından zamanaşımı dikkate alınır (VUK m. 113): Taşkan, s. 144, Karakoç, s. 460; Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 182; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 164. Vergi borcu açısından zamanaşımı, tarh ve tahsil zamanaşımı şeklinde ikiye ayrılır. Tarh zamanaşımı; vergi doğuran olayın gerçekleştiği takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak 5 yıl içinde tarh ve tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğramasıdır (VUK m. 114/1). Tahsil zamanaşımı ise vade tarihinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 5 yıl içinde tahakkuk etmesine rağmen tahsil edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğramasıdır (AATUHK m. 102). Vergi ceza zamanaşımı ise cezaların; bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci günüde itibaren vergi ziyaı ve özel usulsüzlük kabahatleri için 5 yıl; genel usulsüzlük kabahatleri için ise 2 yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğramasıdır (VUK m. 374).

61 Mücbir sebep, kişinin elinde olmayan dış etkenlere (olaylara) bağlı olarak hukuken yerine getirmesi gereken ödevleri yerine getirmesini engelleyen durumlardır. Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; (1) vergilendirmeye engel teşkil edecek bir kuvvetin varlığı, (2) Bu kuvvetin kişinin iradesi dışında gerçekleşmesi, (3) olayın kişinin iradesi dahlinde olmaması gerekir: Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 186; Ayrıca bkz. Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 147. Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde mücbir sebep halleri dört bentte belirtilmiş ve maddenin sonunda "*gibi haller*" demek suretiyle sınırlı sayıda sayılmamıştır: Bkz. Karakoç, s. 363; Kaneti/ Ekmekci/ Güneş/ Kaşıkcı, s. 156-157; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 258. Bu çerçevede bahse konu maddenin l'inci bendinde ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk hali gibi gaipliğin de vergi ödevlerini yerine getirilmesine engel olacak nitelikte olmasıyla mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. Danıştay da bir kararında "*zorlayıcı nedenler olarak bilinen; doğal afet, savaş, gaiplik, ağır hastalık gibi haller*" demek suretiyle gaipliği mücbir sebep olarak bahse konu etmiştir: Bkz. Danıştay 3. Daire, E. 2006/1488 K. 2006/2447, T. 05.10.2006 (https://karararama.danistay.gov.tr/).

62 Zamanaşımının durması; durma sebeplerinin ortaya çıktığı gün itibariyle sürenin işlememesi ve bu sebeplerin kalktığı günün bitmesinden itibaren yeniden başlamasını; zamanaşımının kesilmesi ise kesme sebeplerinin ortaya çıkması ile işleyen sürelerin silinmesi ve silinmenin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren zamanaşımının yeniden işlemeye başlamasıdır: Taşkan, s. 144, Karakoç, s. 462; Öncel/ Kumrulu/ Çağan/ Göker, s. 170. Tarh zamanaşımını durduran sebepler VUK uyarınca takdir komisyonuna başvurulması ve mücbir sebebin varlığıdır. Tahsil zamanaşımını durduran sebepler ise AATUHK uyarınca "*1) borçlunun yabancı memlekette bulunması, 2) hileli iflas etmesi veya 3) terekesinin tasfiyesi dolayısıyla hakkında takibat yapılmasına imkân bulunmaması*" halleridir. Son olarak AATUHK çerçevesinde tahsil zamanaşımını kesen haller; "*1) ödeme, 2) haciz uygulanması, 3) cebren tahsil ve takip işlemleri sonucunda yapılan her çeşit tahsilat, 4) ödeme emri tebliği, 5) mal bildirimi, mal edinme ve mal artmalarının bildirilmesi, 6) yukarıda sayılan işlemlerden birinin kefile veya yabancı şahıs ve kurumlar mümessillerine uygulanması veya bunlar tarafından yapılması, 7) ihtilaflı vergi alacaklarında, vergi yargı organlarınca bozma kararı verilmesi, 8) vergi alacağının teminata bağlanması, 9) vergi yargı organlarınca icranın tehirine karar verilmesi, 10) iki kamu idaresi arasında mevcut bir borç için alacaklı kamu idaresi tarafından borçlu kamu idaresine borcun ödenmesi için yazı ile müracaat edilmesi ve 11) vergi alacağının özel kanunlara göre ödenmek üzere müracaatta bulunulması ve/veya ödeme planına bağlanması*"dır (AATUHK m. 103/1).

veya cezalarının (tarh, tahsil veya ceza) zamanaşımına uğramış olması ihtimal dahilindedir. Bu durumda vergi alacağının tehlikeye düşeceğini de kabul etmek gerekir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki gaibin ortaya çıkması durumunda gaiplik kararından önce kanuni temsilcilerin, gaiplik kararı sonrası ise mirasçıların üzerine düşen ödevleri yerine getirmemesinden kaynaklı kesilen vergi cezaları doğrudan kanuni temsilcilere veya mirasçılara kesildiğinden gaibin ortaya çıkmasının bu vergi cezaları üzerinde etkisi olmayacaktır.

E. VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ AÇISINDAN

Veraset ve İntikal Vergisi açısından gaibin ortaya çıkması durumu VİVK'nın 21'inci maddesinde açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Bu noktada; gaibin muris olması durumunda, kütükteki ölüm kaydının silinmesi ardından VİV'i miras payları dikkate alınmak suretiyle ödemiş olan mükelleflere ilgili vergi dairesinden yazılı bir şekilde talep etmeleri halinde geri verilmesi gerekir (VİVK m. 21/a). Gaibin mirasçı olması durumunda ise gaibin ortaya çıkmasından önce tahakkuk eden VİV'in düzeltilmesinin gerekli olması halinde gaibin vereceği beyannameye veya vergi idaresince tespit edilecek olan matrah üzerinden verginin düzeltilmesi gerekir (VİVK m. 21/b).

SONUÇ

Gaiplik, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süre haber alınamayan bir kişinin öldüğü kabul edilerek kişiliğinin sona ermesi durumunu ifade eder. Bu durum, vergi hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurur, çünkü vergi mükellefiyeti ve sorumluluğu kişilikle doğrudan ilişkilidir.

Gaiplik kararı, gaibin kişiliğinin sona erdiğinin hukuki olarak tespit edilmesini sağlar ve geriye etkili bir şekilde hüküm doğurur. Bununla birlikte gaibin ortaya çıkması ise gaiplik kararının hükümsüz kılınmasını gerekli kılar ve hükümsüzlük geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğurur. Ancak hem gaiplik kararının hem de gaiplik kararının hükümsüz kılınmasının geçmişe etkililiği, vergi hukuku açısından doğan hukuki sonuçları çetrefilli bir hale getirir. Örneğin;

- Gaiplik kararı alınana kadar gaibin küçük ya da kısıtlı olması durumunda, veli veya vasi; aksi durumda mahkeme tarafından atanacak bir kayyım, gaibin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumludur. Ancak TMK hükümleri uyarınca gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten itibaren geriye dönük olarak geçerli olduğundan gaibin adına yapılmış tüm işlemler hukuki geçerliliğini kaybetmesi gerekir. Bu yaklaşımı vergilendirmeye ilişkin temel ve anayasal bir ilke olan hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bu çerçevede gaiplik kararının vergi

---

[63] Bununla beraber, gaip açısından ölüm tehlikesinin deprem, su baskını veya savaş gibi mücbir sebep hallerine bağlı ortaya çıkması veya uzun zamandır haber alınamayan kişinin yurt dışına çıktıktan sonra geri döndüğünün ispatlanamadığı durum açısından zamanaşımının durması gündeme gelebilir. Mücbir sebebe bağlı olarak tarh zamanaşımının, yurtdışında olmaya bağlı olarak tahsil zamanaşımının durduğu sonucuna ulaşılabilir.

hukukunda geriye etkili değil, ileriye etkili sonuç doğurması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

- Gaiplik kararı ile gaibin malvarlığı mirasçılara geçer. Mirasçılar, VUK hükümleri gereğince gaibin vergi borçlarından miras payları oranında sorumlu olur. Ayrıca gaiplik kararı ile birlikte gaibin kişiliği sona erdiği için şahsilik ilkesi gereği, kendi fiillerinden kaynaklanan cezalar düşer. Gaibin ortaya çıkması halinde ise gaiplik kararının hükümsüz kılınması geçmişe etkili olacağından mirasçıların vergi sorumluluğu çerçevesinde yapacağı işlemlerin (örneğin; payına düşen vergi borcunu ödemesi, beyanname vermesi veya dava açması) geçersiz olması gerekir. Bu yaklaşımı da hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bu durumda sadece ödenmemiş olan vergi borçlarının veya kısımlarının ve düşen vergi cezalarının yeniden gaipten istenebileceğini kabul etmek gerekir. Burada da zamanaşımı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.
- Gaiplik sadece tarh zamanaşımı için, mücbir sebep olarak değerlendirilmesine bağlı olarak zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilebilir. Ancak tahsil zamanaşımı ve ceza zamanaşımı açısından bu durum söz konusu olmayıp, gaibin ortaya çıktığı ana kadar vergi borcunun ve cezalarının tahsil kabiliyetini kaybetmesi söz konusu olabilmektedir.

Bahse konu sorunların temelinde gaipliğe ilişkin (VİVK hariç) vergi mevzuatında açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması yatar. Hem gaiplik kararı alınmadan önce gaibin vergilendirmeye ilişkin ödev ve sorumlulukların kim tarafından yerine getirileceğine (örneğin; kayyım atanması) veya gaiplik kararına bağlanacak vergi hukukuna ilişkin sonuçlara TMK'nın ilgili hükümleri takip edilerek ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak gaiplik kararının veya bu karar sonrası gaibin ortaya çıkmasının geçmişe etkili olması, vergi hukukunda belirsizlik yaratabilecek, hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebilecektir. Bu açıdan hukuk düzeninde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını tamamlamış (vergi sorumluları, vergi idaresi tarafından yapılan) işlemlerin (veya vergi yargısında alınmış kararların) geçerli kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca zamanaşımına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında gaibin ortaya çıktığı süre dahilinde vergi borcu ve cezalarının zamanaşımına uğrama riski ortaya çıkabilir. Bu açıdan vergi alacağının korunabilmesi adına, gaipliği uygun bir süre zarfında zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla bahse konu sorunlar ile karşı karşıya kalınmaması adına hem VUK, hem de AATUHK başta olmak üzere vergi mevzuatında gaipliğe ilişkin hem geçmişe etkililik (örneğin; *gaiplik kararının veya gaibin ortaya çıkması halinde kararın hükümsüzlüğünün geçmişe etkili sonuç doğurmayacağı yönünde*) hem de zamanaşımı hususunda (örneğin; *hem tahsil hem de ceza zamanaşımı açısından gaipliğin teminatın sona erme süresi dikkate alınarak zamanaşımını durdurması yönünde*) açık düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek J/ Akıntürk T/ Ateş D, Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Arat A, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", C. 9, S. 1-2, 2006, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 257-276.

Ayan M/ Ayan N, Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Mimoza Basım, Yayım Dağıtım, Konya, 2014.

Baygın C/ Nar A, Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Dural M/ Öğüz T, Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Hatipoğlu C, "Gaiplik Kurumu ve Vergi Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar", C. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 423-448.

Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kaneti S/ Ekmekci E/ Güneş G/ Kaşıkcı M, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Mutluer M K/ Dayanç Kuzeyli N, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Oğuzman K/ Seliçi Ö/ Oktay Özdemir S, Kişiler Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Öncel M/ Kumrulu A/ Çağan N/ Göker C, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Saban N, Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019.

Şahin E, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", TBB Dergisi, 144, 2019, ss. 249-275.

Şenyüz D/ Yüce M/ Gerçek A, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.

Taşkan Y Z, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Uzun F B, "Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti", C. 6, S. 2, 2016, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 11-48.

Yağcıoğlu A H, "Ölüm Karinesi", C. 24, S. 2, 2022, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 833-885.

Zeytin Z/ Ergün Ö, Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Danıştay Kararları

Danıştay 3. Daire, E. 2006/1488 K. 2006/2447, T. 05.10.2006.

Danıştay 9. Daire, E. 2008/3056 K. 2010/6321, T. 02.12.2010.

TÜRK BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİNDE ESER SÖZLEŞMESİNE KONU ESER KAVRAMI

The Concept of Work Subject to a Contract of Work in the Turkish Law of Obligations System

Dr. Öğr. Üyesi Sinem BOZDAĞ ATAOĞLU*

Öz: Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 470 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmesine göre yüklenici, maddi veya maddi olmayan bir iş görmenin sonucunu meydana getirmeyi borçlanmaktadır. İş sahibi ile yüklenici arasında yapılan eser sözleşmesi ile yüklenici, bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser kavramı inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda eser sözleşmesine konu olacak eser kavramı, eseri oluşturan unsurlar ve eser kavramını açıklayan görüşler, doktrindeki tartışmalı hususlar Yargıtay kararlarına da değinilerek incelenmiştir. Borçlar hukuku sisteminde eser sözleşmesine konu eser kavramı ile fikri haklar kapsamında değerlendirilen eser kavramının farkları ile yapay zekanın kendisinin ve ürettiklerinin eser niteliği konusu da bu çalışmada incelenmiştir.
Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Eser Kavramı, Fikri Hak, Fikir ve Sanat Eserleri, Yapay Zekâ

Abstract: The contract of work is regulated under Articles 470 et seq. of the Turkish Code of Obligations. According to the contract of work, the contractor undertakes to produce the outcome of a material or non-material task. Through a contract of work concluded between the customer and the contractor, the contractor commits to achieving a result (work). This study examines the concept of work, which constitutes the subject of a contract of work as regulated in the Turkish Code of Obligations. Within this scope, the concept of work that can be the subject of a contract of work is analysed, including its elements, the views explaining the concept of work, controversial aspects in legal doctrine, and relevant decisions of the Court of Cassation. The differences between the concept of work subject to the contract of work in the law of obligations system and the concept of work evaluated within the scope of intellectual rights, and the issue of the nature of the work of artificial intelligence itself and its productions are also examined in this study.
Keywords: Contract of Work, Concept of Work, Intellectual Property Rights, Intellectual and Artistic Works, Artificial Intelligence

* Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sinem.ataoglu@bozok.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4782-343X DOI: 10.57083/adaletdergisi.1676947
Makale Geliş Tarihi: 3.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 7.03.2025

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, yüklenicinin belirli bir bedel karşılığında bir eseri oluşturarak iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği bir tür iş görme sözleşmesidir ve Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser kavramı, maddi eser temelinde değerlendirildiğinde yüklenicinin iş görmesi sonucunda ortaya çıkan ve iş sahibine teslim edilen nihai ürün olarak tanımlanabilir. Ancak doktrinde, bir iş görme faaliyetinin yalnızca somut sonuçlar mı yoksa aynı zamanda soyut (fikri) sonuçlar mı doğurabileceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Doktrindeki hâkim görüş, insan emeğinin ürünü olan, bir bütünlük sergileyen, ekonomik değere sahip ve objektif olarak belirlenebilir her hukuki varlığın, maddi bir niteliği olsun ya da olmasın, eser sayılacağı yönündedir. Buna karşın, bağımsız bir hukuki varlık olarak belirgin bir şekilde ortaya çıkmayan veya bir bütünlük arz etmeyen sonuçlar, insan emeğiyle üretilmiş olsalar dahi eser kapsamına girmemektedir. Bu gibi durumlarda, eser sözleşmesinden çok vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Bu nedenle eser kavramının ne anlama geldiğinin belirlenmesi, özellikle vekalet ve eser sözleşmesi arasındaki farkı tespit edebilmek için çok önemlidir. Söz konusu belirlemeden sonra eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek bir eserin var olduğu sonucuna ulaşılamazsa eser sözleşmesinden değil vekalet sözleşmesinden söz edilebilecektir.

Doktrinde, maddi olarak cisimleşmemiş fikir ve sanat ürünlerini konu alan sonuç borçlanmalarının eser sözleşmesi içerisine dahîl edilebileceğini savunan görüşlerin yanında söz konusu fikri eserlerin eser sözleşmesi kapsamına dahîl edilemeyeceğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu nedenle eser sözleşmesi anlamında "eser", fikir ve sanat hukuku anlamında "eser" ile aynı anlama gelmemektedir. Bu makale, eser kavramını borçlar hukuku perspektifinden incelemek ve aynı zamanda fikir ve sanat hukukuna dahîl olan eser kavramı ile ayrımını yapmak ve uygulamadaki sorunlara dikkat çekmek amacıyla kaleme alınmıştır. Son olarak yapay zeka ve yapay zeka tarafından üretilen ürünlerin eser niteliği üzerinde durulmuş ve bu konuda birtakım çözüm önerileri sunulmuştur.

I. GENEL OLARAK ESER KAVRAMI

Türk Borçlar Kanunu (TBK) kapsamında düzenlenen eser sözleşmesinde, sözleşmenin merkezinde eser kavramı yer alır. Bu sözleşmede yüklenicinin borcu, yalnızca bir iş yapmak değil, somut bir eser ortaya koymaktır[1]. Eserin oluşturulması, eser sözleşmesinin ayırt edici özelliği olup yüklenicinin asli edim yükümlülüğüdür. Ancak yalnızca eserin meydana getirilmesi yeterli olmayıp oluşturulan eserin teslim edilmesi de yükleniciye ait olan önemli bir yükümlülüktür.

---

[1] Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 5; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 45; Hüseyin Altaş, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 52; İhsan Erdoğan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak- Haziran 1990, S. 1, s. 135; Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 12-13; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 29-30.

TBK'da eser kavramının tanımı yapılmamış ve kapsamı da belirlenmemiştir. Bu nedenle eser kavramının kapsamına nelerin dahîl olacağı konusu doktrin ve uygulamada tartışmalı bir konudur.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) "eser" terimi, yüklenicinin, iş sahibinin talebi doğrultusunda meydana getirdiği sonuçları ifade etmektedir. Bu sonuçlar, bir emek sürecinin ürünü olarak somut bir varlık ortaya koymayı veya mevcut bir eşya üzerinde değişiklik yapmayı içerebilir. Örneğin, bir terzinin özel siparişle elbise dikmesi ya da eski bir ceketi yenilemesi, bir mobilyacının mobilya üretmesi veya tamir etmesi ya da bir pastacının düğün pastası hazırlaması bu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca somut bir varlığı bulunmayan, ancak bir bütünlük arz eden sonuçlar da bu kavramın içinde yer alır. Örneğin, bir reklam ajansının kampanya yürütmesi, bir tiyatro grubunun oyun sahnelemesi, bir film gösterimi gerçekleştirilmesi ya da bir sanatçının konser vermesi[2] bu duruma örnek teşkil eder[3]. Dolayısıyla hem somut varlığa sahip sonuçlar hem de soyut sonuçlar eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Hatta insan bedenine yönelik emekle elde edilen bazı sonuçların da eser niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, bir kuaförün, saçları istenilen şekilde düzenleyerek bir kadının saç modelini hazırlaması gösterilebilir[4]. Burada varılacak sonuç, bilimsel ve teknolojik gelişmeleri de göz önüne alarak, eser sözleşmesini yalnızca bir şey veya nesne yapımına indirgemenin doğru olmayacağıdır. Çünkü eser, sadece bedel karşılığında maddi bir nesne yapımı olarak kabul edilemez[5].

İnsan emeğiyle ortaya çıkan, bütünlük taşıyan ve ekonomik bir değeri olan her tür hukuki varlık, fiziksel bir niteliğe sahip olup olmamasına bakılmaksızın eser olarak kabul edilir. Yüklenicinin üstlendiği edimin sonucunun mutlaka somut bir varlık şeklinde olması gerekmez[6].

---

[2] Bazı yazarlar, bir sanatçının vereceği konseri eser olarak kabul etmemektedirler. Bu doğrultuda, önceden objektif ve kesin bir şekilde belirlenemeyen ve tamamlandıktan sonra da başlangıçtaki tasarıya tam uyum içinde denetlenmesi mümkün olmayan sonuçların eser olarak değerlendirilmemesi gerekir. Örneğin, sanat etkinliklerinin tamamı bu kapsamda yer alır. Bu tür faaliyetlerin, önceden net ve teknik açıdan ölçülebilir bir yapıya sahip olmadığı gibi, eksiklik ya da ayıp durumlarının eser sözleşmesi çerçevesinde çözülmesi de genellikle zordur. Ressamlar, ses sanatçıları, film yıldızları ve edebi eser yazarları gibi tüm sanatçılar, belirli bir sonucu taahhüt etmiş görünseler de gerçekte kesin olarak tanımlanmış bir sonuç yerine, sanat yeteneklerini özenle icra ettikleri işi yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedirler; Turgut M. Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 7.

[3] Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2024, s. 481-482; Damla Gürpınar, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 16.

[4] Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 482.

[5] Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 27.

[6] Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 482; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, 2024, s. 443; Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999, s. 4; Gürpınar, 2006, s. 33; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3. Baskı, Sermet Matbaası, s. 953; Şenocak, 2002, s. 17; Faruk Acar, Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı

İsviçre Federal Mahkemesi önceleri, konusu gayri maddi olan edimlerin ifasının da eser sözleşmesinin konusu olabileceği görüşünü benimsiyorken daha sonra maddi varlığı olmayan edim sonuçlarının eser sözleşmesine konu olmayacağı görüşünü kabul etmiştir. Ancak öğretide bu görüşün eleştirilmesi üzerine Federal Mahkeme tekrar eski görüşüne dönmüştür[7]. İsviçre Federal Mahkemesi de Yargıtay da son dönemde verdiği kararlarda gerek maddi gerekse maddi olmayan edim sonuçlarının eser niteliği taşıyabileceğini kabul etmektedirler[8]. Federal Mahkeme kararlarına göre[9], ayrıca bir gazeteye ilan verilmesi; radyo ve televizyon reklamlarının hazırlanması[10], mağaza vitrininin düzenlenmesi; bir sanatçının radyoda tek bir konser vermesi; mimarın inşaat projesi hazırlaması[11]; ücret karşılığı havai fişek gösterisi hazırlanması; buz hokeyi maçı; bisiklet yarışı düzenlenmesi; sinemada film gösterimi; yarış atının eğitilmesi gibi faaliyetler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Federal Mahkeme, maddi olmayan iş görme sonuçlarının eser sözleşmesine konu olabilmesini ortaya çıkan sonucun doğruluğunun objektif kriterlere göre kontrol edilip doğru veya yanlış olarak nitelendirilebilmesi koşuluna bağlamaktadır[12].

Etkileri, e-akademi, Aralık 2013, s. 134; Fikret Eren/ İpek Yücer, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Legem Yayınevi, Ankara, 2024, s. 593; Altaş, 2002, s. 42.

7 Tandoğan, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Evrim Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 3 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 483; Gürpınar, 2006, s. 20; Enis Torun, "İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK. m. 365)", YD, C. 8, S. 3, Temmuz 1982, s. 413.

8 BGE 114 II 53; BGE 127 III 328 ff. (Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 483); Yargıtay 10. HD., T. 22.01. 1976, E. 1976/4935, K. 1976/1294.

9 Bu kararlar için bkz. Tandoğan, 1989, s. 4-5, dn. 17-29; Kemal Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 8 vd.

10 Yargıtay tarafından karara bağlanan dava, taraflar arasında yapıldığı iddia edilen sözlü bir sözleşmeye dayanarak reklam filmi hazırlanmasıyla ilgilidir. Karara göre davacı, 5846 sayılı kanun kapsamında korunan haklara değil, bu sözleşmeye dayanarak iş bedelinin ödenmesini talep etmektedir. Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine göre, eser sözleşmesi yüklenicinin belirli bir ücret karşılığında eser meydana getirme borcunu içerir. Eser sözleşmesi, ekonomik değeri olan ve emek sonucu ortaya çıkan bir ürünü kapsar. Yapılan hukuki değerlendirme sonucunda, taraflar arasındaki ilişkinin bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Yargıtay 15. HD., T. 16.09.2003, E. 2003/2922, K. 2003/3957 (www.kazancı.com.tr, E.T. 21.01.2024)

11 Mimarlık sözleşmeleri uygulamada farklı biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar arasında en yaygın olanlar; tekil mimarlık sözleşmesi, inşaat yönetim sözleşmesi, tam mimarlık sözleşmesi ve genel mimarlık sözleşmesidir. Tekil mimarlık sözleşmesi, diğer bir adıyla plan sözleşmesi, hukuki niteliği açısından eser sözleşmesi olarak değerlendirilir. Bu kapsamda mimar, bir yapının plan ve projelerini hazırlar. İnşaat yönetim sözleşmesinde ise mimarın görevi, bir yapının yönetim ve denetim işlerini üstlenmektir; bu sözleşme vekalet sözleşmesi niteliği taşır. Öte yandan, tam mimarlık sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tür bir sözleşme, bir yapının plan ve projelerinin hazırlanmasından ihale ve maliyet hesaplarının yapılmasına, inşaatın denetim ve yönetim işlerine kadar geniş bir kapsamı içerir. Eren'e göre, bu durumda karma bir sözleşme söz konusudur. Sözleşmenin bazı hükümleri eser sözleşmesi, bazıları ise vekalet sözleşmesi unsurlarını taşımaktadır. Örneğin, mimarın plan ve proje hazırlaması, detay çizimlerini ve maliyet hesaplarını oluşturması eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilirken; inşaatın denetimi ve yönetimi vekalet sözleşmesine dair edimler olarak görülmektedir; Eren/ Yücer, 2024, s. 598.

12 BGE 127 III 328; Bu karada bilirkişi raporunun sonucunun objektif ölçütlere göre doğru veya yanlış olarak kontrol edilebilmesi hâlinde vaat edilebileceği ve eser sözleşmesine

Yargıtay'ın verdiği kararlarda ise Federal Mahkeme gibi maddi olmayan iş görme sonucunun objektif doğruluğu yönünde sınırlayıcı bir şart getirmediği görülmektedir[13].

Yargıtay'ın verdiği kararlar incelendiğinde de genellikle maddi bir varlığa sahip olmayan edim sonuçlarının da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Örneğin; mimari bir projenin çizilmesi[14]; avan projelerin etüd ve çizimi ile yetkili mercilerden onay alınması[15]; stüdyo, şarkı ve saz eserlerinin sanatları ölçüsünde plak ve banda geçirilmesi[16]; ses sanatkârının sanatını icra için sözleşme yapması; oyuncu ile film yapımcısı arasında oyunculuk faaliyeti için sözleşme yapılması[17]; web sitesi hazırlanması, güncellenmesi ve desteklenmesi[18]; nikah töreninin video kaset ile görüntülenmesi[19]; ses ve saz sanatçılarının konser vermeleri için menfaat karşılığı aracılık ya da onlara sanatlarını icra için organizatörlük yapmaya ilişkin faaliyetlerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

---

konu olabileceği karara bağlanmıştır. (Karar için bkz. S. Hülya İmamoğlu, "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68 (1), 2019, s. 248.

13 Yargıtay tarafından verilen karara göre; yerel mahkemenin dayandığı eser sözleşmesi somut olayda mevcut değildir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin ise bedel ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Yüklenici, işin sonucunu üstlenen bağımsız bir çalışandır. Ancak dava konusu olayda, davacı yönetmenin talimatlarına bağlı olarak figüran oyuncu olarak belirli sahnelerde rol almıştır. Kendi iş organizasyonu bulunmadığı ve işin sonucuyla doğrudan ilgisi olmadığı için eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi hukuka uygun değildir. Yargıtay HGK, T. 21.03.2018, E. 2015/139, K. 2018/316; Yargıtay 14. HD., T. 18.07.2011, E. 2011/8995, K. 2011/9420 (www.uyap.gov.tr, E.T. 02.08.2024).

14 Yargıtay 10. HD., T. 22.01.1976, 4935/ 1294 (Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 484); Yargıtay 15. HD., T. 11.02.1991, E. 2751, K. 526: "Taraflar arasındaki uyuşmazlık avan proje, etüd ve çizimi ile yetkili kuruldan onay almak koşuluna dayanan eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. " (Turgut Uygur, İnşaat Hukuku, Cilt I, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 329. Mimarla yapılan sözleşmenin, eser ve hizmet sözleşmesi olduğu yönünde bakınız, Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri- Özel Hükümler, 19 Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 544-545.

15 Yargıtay 15. HD., T. 11.02.1991, E. 1991/2751, K. 1991/526 (Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 484).

16 Yargıtay 10. HD., T. 14.12.1973, E. 19735183, K. 1973/3154 (Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 484).

17 Yargıtay 9. HD., T. 01.11.2012, E. 2010/23111, K. 2012/35748 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 03.12.2024).

18 Yargıtay 15. HD., T. 11.10.2012, E. 2012/4197, K. 2012/5607 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 03.08.2024). Kararda, sözleşmeye konu olan haber sitelerinin hazırlanması, yazılım/tasarım çözümlerinin gerçekleştirilmesi, yayınlanması, serverlerin kurulumu ve işletim sistemlerinin gerçekleştirilmesi, fotoğraf ve video sistemlerinin yapılması, tüm yayınların yedeklenmesi, güncelleme ve bakımlarının yapılması ve teknik desteğin verilmesi ve bunlar karşılığında bedel ödenmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Sözleşme konusu faaliyetlerin bütünü dikkate alındığında, sözleşmenin bir karma sözleşme olarak değerlendirilmesi daha uygun görülmektedir.

19 Yargıtay 3. HD., T. 01.10.2014, E. 2014/5462, K. 2014/12813 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 03.08.2024).

Bunun yanında, fizibilite raporunun hazırlanması; diş protezi yapımı; ağaç kesme ve bunlardan tomruk yapma; arı kovanı, elektrik tesisatı, araba, kalorifer tesisatı yapımı; halı üretimi; orman emvali üretimi; yeni bir bina, yol, köprü inşa etme; kanal açma; mobilya imali eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir[20]. Kararlar incelendiğinde Yargıtay'ın eser kavramını, yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren emeği ile gerçekleşen bir sonuç olarak kabul ettiği görülmektedir[21].

Eser kavramının yalnızca maddi varlığa sahip faaliyetlerle sınırlı olmadığı açıktır; ancak bu durum her türlü maddi olmayan edim sonucunun eser sözleşmesinin konusu olabileceği anlamına gelmez. Özellikle, doğası gereği sonucunun garanti edilmesi mümkün olmayan işlerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekir[22]. Örneğin, sağlık (tedavi) ve öğrenimle ilgili faaliyetler ile bir malvarlığının idaresi bu kapsamda eser sözleşmesi olarak kabul edilemezler[23]. Gerçekten her gayri maddi edim eser sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Örneğin; öğrencilere ders verilmesi, bir inşaatın yapımı sırasında denetlenmesi gibi sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişli olmayan bazı faaliyetler, eser sözleşmesinin değil vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Ayrıca maddi olmayan sonucun, belirli ölçüde maddi ve sabit bir cisme aksettirilmiş olması da aranmaktadır[24]. Bir planın kâğıda dökülmesi, bir konserin ses ve görüntü bandına kaydedilmesi örnek olarak gösterilebilir[25].

Eser sözleşmesinden söz edebilmek için ayrıca meydana getirilen şey, insan emeğinin bir ürünü olmalıdır. İnsan emeği olmaksızın meydana gelen şeyler eser sözleşmesi anlamında eser olarak kabul edilemez. Örneğin; bir bölgede kendiliğinden orman oluşmasında insan emeği olmadığı hâlde, mevcut bir ormanın yanması veya kesilmesi suretiyle boş bir arazi hâline gelmiş yerin yeniden ağaçlandırılması suretiyle ormanlık alana çevrilmesi insan emeğine dayalı olduğu için bir eserin meydana getirilmesinden söz edilebilir[26].

Geçerli bir eser sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşme ile meydana getirilmesi taahhüt edilen eserin konusu ahlâka ve kamu düzenine uygun bir nitelikte olmalıdır. Aksi hâlde sözleşme hükümsüz sayılabilir. Örneğin,

---

20 Yargıtay 9. HD., T. 11.10.2012, E. 2010/ 23111, K. 2012/35748; Yargıtay 15. HD., T. 20.06.1989, E. 1989/1742, K. 1989/2970; Yargıtay 13. HD. T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 (Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 484; Tandoğan, 1989, s. 22-24; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544-546). Buna karşılık Tandoğan'a göre, fikir, sanat, spor çalışmalarına veya gösterilere ilişkin sözleşmelere eser değil vekalete ilişkin hükümler uygulanmalıdır; Tandoğan, 1989, s. 19; Eren/Yücer, 2024, s. 594. Petek'e göre, sportif faaliyetlere ilişkin seyirci sözleşmesinde, eser sözleşmesine ilişkin unsur baskındır, fakat eser yanında kira, vekalet, hizmet, taşıma, satış sözleşmelerinin unsurlarını da barındıran bir karma (kombine) sözleşme mevcuttur; Hasan Petek, "Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 668 vd.

21 Yargıtay 15. HD., T. 08.07. 2020, E. 2019/ 654, K. 2020/ 2183 (www.uyap.gov.tr, E.T. 21.07.2024).

22 Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 485; Aral/Ayrancı, 2024, s. 446.

23 Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 485.

24 Tandoğan, 1989, s. 21-22; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544-545; Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 466; Aral/Ayrancı, 2024, s. 447; Şenocak, 2002, s. 17.

25 Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 485. Bu konuda eleştiriler için bkz. Eren/Yücer, 2024, s. 595-596.

26 Aydemir, 2016, s. 29.

yasa dışı bir yapı ya da kamu düzenini bozan bir yazılım eser olarak nitelendirilemez.

Eser sözleşmesi çoğu kez yeni bir eser meydana getirme şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi mevcut bir eser üzerinde değişiklik yapılması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Hatta şartları oluştuğu takdirde insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen bazı çalışmalar da eser sözleşmesi kapsamına dahîl olabilir.

A. YENİ BİR ESER İMALİ

Eser oluşturma, temelde maddi ya da maddi olmayan nitelikte yeni bir eser yaratmayı ifade eder[27]. Bu bağlamda yüklenici, böyle bir eseri ilk kez ortaya koyar. Örneğin, bir bina inşası, köprü veya tünel yapımı, makine üretimi, elbise dikimi, ayakkabı imalatı, gemi yapımı, sulama kanalı açma, hafriyat ve çukur kazma işleri, doğal gaz sistemi kurulumu, interaktif televizyon sistemlerinin oluşturulması, internet sitelerinin tasarımı ve geliştirilmesi[28], cadde aydınlatma sistemlerinin kurulması, rüzgâr jeneratörü montajı, parke döşeme ya da bowling pisti yapımı durumlarında yeni bir eser meydana getirilmiş olur.[29].

Eser sözleşmesi, satış sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmenin yapıldığı anda ortada mevcut bir mal bulunmamasını gerektirir. Eğer mal zaten mevcutsa, bu durumda satış sözleşmesi söz konusu olur. Eser sözleşmesinde emeğin önemi varken, satış sözleşmesinde malzeme unsuru öne çıkar. Ayrıca, devredilen malın misli nitelikte olmaması ve alıcının özel talebi doğrultusunda üretilmiş olması halinde, sözleşmenin eser sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilir[30].

Sözleşmenin ifası sonucunda Türk Borçlar Kanunu m. 470 hükmü kapsamında bir eser meydana gelmiş olsa dahi, tarafların sözleşme yapma iradeleri doğrudan sonuca değil, yapılacak işe odaklanmışsa, bu durumda eser sözleşmesinden söz edilemez. Çünkü eser sözleşmesinin temel şartı, yüklenicinin belirli bir sonucu önceden taahhüt etmesidir. Burada esas alınması gereken tarafların sözleşmeyi kurarken ortaya koyduğu gerçek iradeler olup, sözleşme kapsamında yer almayan özel amaçlar dikkate alınmaz. Örneğin, bir fabrikada ayakkabı üretimi yapan bir işçi, çalışması sonucunda işverene yeni bir ürün, yani bir eser kazandırmış olsa da işçinin borcu doğrudan bu sonucu ortaya koymak değil işverene bağlı olarak belirli bir süre iş görmektir. Bu nedenle işçi ile işveren arasındaki ilişki eser sözleşmesi değil bir hizmet sözleşmesidir.[31].

---

[27] Eren/Yücer, 2024, s. 592; Tandoğan, 1989, s. 22-23; Aral/ Ayrancı, 2024, s. 443; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 768.

[28] Yargıtay 15. HD., T. 13.03.2009, E. 2009/1394, K. 2009/1480 (www.uyap.gov.tr, E.T.03.12.2024).

[29] Şahin, 2012, s. 17.

[30] Merve Gürcan, Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 50.

[31] Öz, 2006, s. 8; Şahin, 2012, s. 13; Baygın, 1999, s. 10; Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayına Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 13.

B. MEVCUT BİR ESER ÜZERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN ÇALIŞMA SONUÇLARI

Mevcut bir eserin biçiminin değiştirilmesi de eser yaratma kapsamında değerlendirilmektedir[32]. Ortaya çıkan eser, bir şeyin inşası, ortadan kaldırılması, iyileştirilmesi veya montajıyla ilgili olabilir. Bu bağlamda, eser meydana getirme kavramı; montaj, tamir, bakım, güçlendirme, biçim değişikliği ya da yenileme gibi çalışmalardan elde edilen sonuçları da içerir[33]. Örneğin, bir çatının onarımı, bir otomobil motorunun yenilenmesi, otomobilin tamiri ya da cilalanması, bir yapının kolonlarının güçlendirilmesi, bir binanın boyanması, temizlenmesi veya restore edilmesi mevcut bir eser üzerinde yapılan çalışmalara örnek olarak verilebilir[34]. Ayrıca bir binanın iç bölümlerinde yapılan değişiklikler; odaların duvarlarının yıkılması, büyük bir salonun odalara ayrılması, binaya kat eklenmesi veya mevcut bir binanın tamamen yıkılması da eser kavramı çerçevesinde değerlendirilebilir[35].

C. İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN ÇALIŞMA SONUÇLARI

İnsan bedeni üzerinde yapılan işlemler genellikle vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Ancak insan bedenine yönelik bir iş görmenin sonucu yüklenici tarafından taahhüt edilebiliyorsa, bu durum eser meydana getirme olarak kabul edilir. Örneğin, saç boyama, manikür veya pedikür uygulamaları ile saç ve sakal kesimi bu kapsama girmektedir. Bunun yanı sıra, bir diş hekiminin diş çekme işlemi vekâlet sözleşmesine girerken, protez veya dolgu diş yapımı eser meydana getirme çerçevesinde ele alınır ve eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. Zira, diş hekimi tarafından protez veya dolgu gibi bir işlemin sonucunun garanti edildiği durumlar söz konusudur[36]. Ancak bu görüşümüzün aksini savunarak; dişler için köprü, dolgu, protez yapılmasında diş hekiminin teknik bir imalatı da bulunmakla beraber, durum tümüyle göz önüne alındığında temelde öncelikle dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma yapıldığından vekalet olarak nitelendirmenin tercih olunması gerektiğini

---

32 Eren/Yücer, 2024, s. 599; Tandoğan, 1989, s. 23; Aydoğdu/ Kahveci, 2023, s.767.

33 Şahin, 2012, s. 17; Aral/Ayrancı, 2024, s. 448; Dayınlarlı, 2003, s. 10; Fatih Bilgili, "Yükleme ve Boşaltma İşlerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu- Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1753; Pakize Ezgi Akbulut, "Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sy. 1, 2020, s. 87; Şenocak, 2002, s. 13-14; Öz, 2006, s. 4; Yargıtay HGK, T. 14.02.2019, E. 2017/424, K. 2019/143 (www.uyap.gov.tr, E.T. 21.08.2024)

34 Şahin, 2012, s. 17.

35 Celal Nasır, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, s. 30; Şahin, 2012, s. 17.

36 Senai Olgaç, Hukuk Davalarında İstisna Akdi, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s. 3; Filiz Yavuz İpektürk, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 61; Dayınlarlı, 2003, s. 5; Nejdet Şatır, Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 30; Kron yapmak, iki diş arasında köprü kurmak gibi hukuki ilişki eser sözleşmesi şeklinde tecelli eder. Zerrin Akgün, İstisna Akdi, Adalet Dergisi, Y. 1953, S. 9, s. 962; Diş protezinin eser sözleşmesi olduğu yönündeki karar için bkz. Yargıtay 15. HD., T. 02.12.2009, E. 2008/7260, K. 2009/6490 (www.uyap.gov.tr, E.T.03.07.2024).

savunan yazarlar da bulunmaktadır[37]. Bir diğer üçüncü grup görüş olarak, implant ve protez gibi diş tedavilerinin, eser ve vekalet sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli bir sözleşme olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur[38].

Tedavi amacıyla insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen işlemler için yapılan tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği, genel olarak vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak estetik amaçlı gerçekleştirilen işlemlerin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği söz konusu değildir. Buna göre doktrindeki bir görüşe göre, estetik operasyonların söz konusu olduğu durumlarda belirli bir neticenin elde edilmesi amaçlandığından eser sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir[39]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, tüm tıbbi müdahale yöntem ve amaç türlerinin TBK'da düzenlenmiş tek bir sözleşme tipine dahîl edilmesi mümkün değildir. Buna göre estetik operasyonlarda olduğu gibi bir eser meydana getirilmesine veya bir sonucun taahhüt edilmesine uygun düşen bir işlem söz konusu ise eser sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir[40]. Bir başka görüş ise, insan vücudu üzerinde uygulanan bir tıbbi müdahale ile belli bir sonucun meydana gelmesi amaçlansa dahi bünyesel birtakım özellikler ve diğer etkenlerden dolayı hekim özenli davransa dahi sonuç istenildiği gibi olmayabilir. Ayrıca eser sözleşmesinde söz konusu olan eserin teslimine ve muayenesine ilişkin hükümler estetik operasyonlar bakımından uygulanabilir değildir. Bu nedenle estetik operasyonlar da vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir[41].

---

37 Tandoğan, 1989, s. 40-41; Yücel, Özge/ Sert, Gökhan, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 336-337.

38 Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991, s. 53; Mehmet Demir, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 236.

39 Yaşar Engin Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 24, Zevkliler/Gökyayla, 2024, s. 502; İpekyüz, s. 61; Yusuf Memiş, "(Yargıtay Kararları Işığı Altında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sy. 119, 2016, s. 176; Mine Kaya, "Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sy. 117, 2016, s. 24; Gülce Candemir, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale ve Hekimin Hukuki Sorumlulukları", III. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (9-12 Ekim 2019 Antalya) Bildiri Kitabı, (Editörler: Hakan Hakeri- Cahit Doğan), Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 108.

40 İpekyüz, s. 22-64; Atilla Arıncı/ Sevgi Usta, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi", Turkish Journal of Plastic Surgery, Cilt 25, Sy. 2, 2020, s. 88.

41 Atilla Arıncı/ Nejdet Şatır, "Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi", IV Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Cilt I, Aristo Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1018-1020; Aral/Ayrancı, 2024, s. 446; Arıncı/ Usta, 2020, s. 92; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 644.; Bir davanın yürütülmesinin muhakkak başarıyla sonuçlanması veya bir tedavinin veya bir estetik ameliyatının mutlak başarılı sonuç doğuracağının söz verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle mahiyeti itibarıyla bu türden insan emeğine dayanan sonuçlar daha çok güvene dayalı, ancak mutlaka belli bir sonucu vaat etmeye yönelik olmadığı için vekalet hükümlerinin uygulanması daha yerinde olur; Bilgili, 2007, s. 1754; Petek, 2010, s. 191. *"Bu noktada insana yapılan estetik müdahalelerin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Burada her ne kadar insan vücudunun çoğunlukla dış yüzeyini ilgilendiren müdahaleler söz konusu olsa da, bunların insan vücudunun sadece belirli bir yüzey olarak kullanılmasını sağlayan müdahaleler olmadığı, insan vücudunun genel organizmasını etkilediği, bunlardaki başarının kişi bünyesinin genel tepkisine bağlı olduğu bir gerçektir. Bu yüzden kanaatimizce estetik cerrahların müdahalesi ve cerrahi nitelikteki estetik müdahaleler, eser sözleşmesinin konusunu teşkil edemezler."* Bkz. Zekeriya Kurşat, "Eser ve Vekalet

Yargıtay tarafından verilen kararda[42], estetik ameliyatların bir eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Karara göre, estetik cerrahi sözleşmesinde, belirli bir sonucun (güzel bir görünüm) elde edilmesi amacı güdülmektedir. Bu durumda, estetik ameliyatın sonucu için teminat verilmiş olup, belli bir sonucun garanti altına alındığı açıktır. Bu sebeple, estetik ameliyat bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Çünkü burada amaç, belirli bir sonucun elde edilmesidir; bu da eser sözleşmesinin gerektirdiği bir durumdur[43]. Yargıtay'ın eser kavramına yaklaşımını doğru bulmakla birlikte, estetik operasyonu konu edinen sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendiren görüşünü tartışmalı bulmaktayız. Özellikle vaat edilen bir sonuç yalnızca vaatte bulunan tarafından yerine getirilebilecek bir sonuç ise vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

Kanaatimizce estetik operasyonlar konusunda belirleyici olacak husus bu operasyonun hangi amaçla yapıldığının tespiti olacaktır. Hastanın sağlık ihtiyacı söz konusu ise bu durumda yapılan müdahaleye vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Ancak yapılan müdahalenin tedavi amacı yoksa ve sadece dış görünümü isteğe uygun hâle getirme amacı taşıyor ise bu durumda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Hastanın sağlık ihtiyacı ile yapılan operasyonda hekimin sonuç taahhüdünde bulunması durumunda sözleşmenin eser sözleşmesine dönüştüğünü söyleyemeyiz. Bu durumda vekalet sözleşmesi kapsamında sonucun garanti edilmesi durumu söz konusu olacaktır ki bu durumda sonuç taahhüdü TBK m. 27/I gereği hükümsüz sayılmalı ancak vekalet sözleşmesi geçerli kalmaya devam etmelidir. Böyle bir durumda, hekimin sonucu garanti etmesi gerekmemesine rağmen bu garantiyi vermesi, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelir ve bu nedenle hekimin tazminat sorumluluğu doğabilir.

Sonucun taahhüt edilebildiği ve kişinin sağlık ihtiyacı olmaksızın sırf dış görünüşünü istediği hâle getirme amacı ile yapılan operasyonların eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi görüşümüzün sonucu olarak, operasyonu gerçekleştiren kişi tarafından taahhüt edilen sonuca ve görünüme kavuşulmadığı takdirde ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurulabilecektir. Bu kapsamda kişi tazminat talebinde bulunabilecek ve ayrıca onarım, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim isteme haklarına da sahip olacaktır[44]. Aynı zamanda

---

Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXVII, Sy.12, 2009, s. 153.

42 Yargıtay 15. HD., T.14.11.2008, E. 2008/969, K. 2008/6813 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 03.12.2023).

43 Gürcan, 2023, s. 49; Şahin'e göre, estetik ameliyatlar, eser sözleşmesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Eğer yapılan tıbbi müdahale, belirli bir sonucun ortaya çıkmasını amaçlıyor ya da somut bir eser meydana getirmeyi hedefliyorsa, bu müdahale eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Günümüzde tıp biliminin ilerlemesi, teknolojik gelişmeler ve kullanılan teknik araçlardaki yenilikler, bazı durumlarda hekimin işlem sonucunu taahhüt etmesine olanak sağlamaktadır. Estetik ameliyatın sonucunun kusurlu olup olmadığının belirlenmesi ise ameliyat öncesi ve sonrası çekilen fotoğrafların karşılaştırılmasıyla mümkündür. Ayrıca, eser sözleşmesi kapsamında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması, hastanın haklarını daha güçlü bir şekilde koruyabilmesini sağlar. Bu sayede hasta, tazminat talep etmenin yanı sıra ayıbın giderilmesini isteme, bedelin düşürülmesini talep etme veya sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklara da sahip olmaktadır; Şahin, 2012, s. 16.

44 Gürcan, 2023, s. 63; Memiş, 2016, s. 175-176; Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 20-48. Petek'e

eser sözleşmesi gereği yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde hastanın aydınlatılması yükümlülüğü de yer almaktadır. Buna göre hekim, sözleşmesinin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan tüm halleri iş sahibine (hastaya) haber vermelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi hekimin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemli bir etkendir[45]. Ayrıca hekim tarafından taahhüt edilen sonuç hekimin başarısından ve mesleki tecrübesinden bağımsız farklı bir sebepten ötürü ortaya çıkamıyorsa bu durumda yine eser sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir.

II. ESER KAVRAMINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

Eser kavramının kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüş, eser kavramını dar yorumlayan ve yalnız maddi varlıkları eser olarak niteleyen görüştür. İkinci görüş ise eser kavramını geniş yorumlayarak hem maddi varlıkları hem de maddi olmayan varlıkları eser olarak niteleyen görüştür. Eser unsurunun belirlenmesinin önemi kendisini eser sözleşmesi ile diğer iş görme sözleşmeleri özellikle de vekalet sözleşmesi arasındaki ayrımın belirlenmesinde gösterir.

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki en önemli fark; edim borçlusunun eser sözleşmesinde kararlaştırılan sonucun elde edilmesini, vekalet sözleşmesinde ise işin özenle yürütülmesini üstlenmiş olmasıdır. Bir diğer fark ise, eser sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur olduğu hâlde vekalette ücret kararlaştırmak zorunlu bir unsur değildir. Ayrıca vekalet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasındaki ilişki güvene dayalı bir ilişki olduğundan kural olarak işin edim borçlusu tarafından bizzat yapılması gerekirken eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici eseri bir başka kişiye yaptırabilir. İşin görülmesi için gerekli olan giderler eser sözleşmesinde yükleniciye ait iken vekalet sözleşmesinde bu giderler müvekkile aittir[46].

A. ESER KAVRAMINI SADECE MADDİ VARLIĞI OLAN ŞEYLERLE SINIRLAYAN GÖRÜŞ

Tarihsel açıdan bakıldığında, eser kavramını yalnızca maddi varlığa sahip unsurlarla sınırlayan görüş öncelikli olarak savunulmuştur. Bu anlayışa göre, fiziksel bir nesne ya da cisim şeklinde somutlaşmayan çalışma sonuçları eser olarak değerlendirilemez. Bu görüş doğrultusunda, belirli bir biçime sahip olan, maddi bir varlık şeklinde ortaya çıkan, insan emeğiyle üretilmiş, devredilip

---

göre, estetik operasyonda bulunan kişinin ortaya koyduğu sonuç tıp bilimi ve estetik operasyon kuralları dikkate alındığında başarılı bir sonuç olarak değerlendirilebiliyor ise hastanın ortaya çıkan sonuçtan memnun olup olmamasının bir önemi yoktur, eserin varlığından söz edilebilir; Petek, 2010, s. 191 vd. Aynı yönde görüş için bkz. Arıncı/Şatır, 2021, s. 88.

45 Memiş, 2016, s. 182.

46 Haluk Tandoğan, "İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi", İmran Öktem Armağanı, Ankara, 1970, s. 311vd.; Kurşat, 2009, s. 156; Yusuf Büyükay, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 31.

teslim edilebilen ve somut bir varlık yaratmayı amaçlayan borç ilişkileri eser sözleşmesinin kapsamına girer[47].

Bu görüşe bağlı olarak[48], maddi bir sonuç hedeflemeyen edimler, soyut bir eser meydana getirseler dahi eser sözleşmesinin konusu olamaz. Bu tür soyut sonuçlar, niteliğine bağlı olarak hizmet sözleşmesi ya da vekâlet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu nedenle, bir sanat eserinin hazırlanması, bir gazinoda şarkı söylenmesi ya da bir yapı planının çizilmesi gibi edimleri içeren sözleşmeler, eser sözleşmesi yerine vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir[49].

Eser kavramını yalnızca maddi varlıklarla sınırlayan görüşü savunanlar, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 631 (2) hükmünden esinlenmişlerdir. Söz konusu hüküm, *"Eser sözleşmesinin konusu, bir şeyin imalatı ve değiştirilmesi kadar, bir çalışma ya da hizmetin sonucunda ortaya çıkan bir ürün olabilir"* şeklindedir. Bu hüküm, bir iş görme ya da hizmet sonucunda ortaya çıkan ürünün eser olarak değerlendirilebileceğini açıkça ifade etmekte ve eser kavramının geniş yorumlanmasına olanak tanımaktadır. Oysa İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda, eser kavramını genişletip gayri maddi varlıkları eser saymaya imkân tanıyan benzer bir düzenleme bulunmamaktadır[50].

Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi karşılıksız bir sözleşme olarak kabul edildiğinden, tüm karşılıklı iş görme sözleşmelerinin ya hizmet ya da eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi zorunludur. Buna karşılık, İsviçre ve Türk hukukunda vekâlet sözleşmesi, sadece hukuki işlemlerin değil, maddi veya gayri maddi fiillerin de karşılıklı veya karşılıksız olarak gerçekleştirilmesine olanak tanır. Bu nedenle, bu görüş taraftarlarına göre hukuk sistemimizde eser kavramını bu şekilde genişletmeye gerek bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesini düzenleyen hükümler, özellikle ayıp sebebiyle sorumluluk (TBK m. 474-478) ve eserde kullanılacak malzemelere ilişkin hükümler (TBK m. 472), maddi eserlerin esas alındığını açıkça ortaya koymaktadır. Fikir ve sanat eserleri niteliğindeki hizmetleri içeren sözleşmelerde, ayıp veya eksikliğin objektif olarak belirlenmesi genellikle mümkün değildir[51]. Bu tür durumlarda, bu sözleşmelere eser sözleşmesi hükümleri yerine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Eser sözleşmesinin maddi olmayan varlıklara genişletilmesi, vekâlet sözleşmesi ile arasındaki farkların net bir şekilde anlaşılmasını zorlaştırabilir ve hukuki belirsizliklere yol açabilir[52]. Bu bağlamda, müteahhidin hazırladığı hesaplar ya da mimarın çizdiği projeler eser sözleşmesine tabi

---

47 Tandoğan, 1989, s. 3 vd.; Altaş, 2002, s. 52; Şahin, 2012, s. 7; Eren/Yücer, 2024, s. 592-593.

48 Tandoğan, 1989, s. 3; Şahin, 2012, s. 8. Hatemi'ye göre, eser sözleşmesinin konusu sadece maddi eserlerdir. Maddi olmayan iş görme taahhütlerinde sonuç borçlanılsa dahi, eser sözleşmesi değil, ancak isimsiz bir sözleşme söz konusu olur; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 353. Aynı yönde görüş için bkz. Gümüş, 2014, s. 7.

49 Şahin, 2012, s. 8.

50 Tandoğan, 1989, s. 8-9; Tunçomağ, 1977, s. 953; Şahin, 2012, s. 8; Gürpınar, 2006, s. 18.

51 Bilimsel ya da tıbbi araştırmaların yanı sıra sanat eserlerinin değeri veya kusurlu olup olmadığı çoğu zaman objektif ölçütlerle belirlenemez ve doğrudan maddi bir karşılıkla ifade edilemez. Bu tür eserler, uzmanlar arasında bile farklılık gösterebilen öznel değerlendirmelere tabi olabilir; Tandoğan, 1989, s. 8.

52 Tandoğan, 1989, s. 8-9; Şahin, 2012, s. 9; Gürpınar, 2006, s. 16.

tutulurken, benzer nitelikteki avukatın mütalaası[53] ya da hekimin raporu vekâlet sözleşmesine göre değerlendirilmektedir. Ancak bu ayrımın yapay ve tutarsız olduğu söylenebilir.

Bu görüşe göre, fikir ve sanat eserlerine ilişkin iş görme sonuçları belirli bir maddi varlık üzerinde cisimleşmiş olsalar bile eser sözleşmesinin konusunu oluşturamazlar (bestelenen bir şarkının notaları). Bu durumda iş görme sonucu ortaya çıkan şey, üzerinde cisimlendikleri maddi varlık değil, bizzat fikri veya sanatsal ürünün kendisidir. Bu durumda fikir ve sanat eserlerine ilişkin iş görme borcu doğuran sözleşmeleri vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır.

Önceden, objektif ve net bir şekilde tanımlanamayan ve tamamlandıktan sonra önceki tasarıya uygunluğu tam anlamıyla kontrol edilemeyen sonuçlar, eser olarak değerlendirilemez[54]. Bu bağlamda, tüm sanat faaliyetleri bu kapsama girer. Sanat etkinliklerinin belirli ve teknik olarak tespit edilebilir bir formu bulunmadığı gibi, eksik veya kusurlu olup olmadıklarını eser sözleşmesi sistemi içinde değerlendirmek de genellikle mümkün değildir[55]. Ressamlar, şarkıcılar, film oyuncuları ve edebi eser yazarları gibi sanatçılar, görünüşte belirli bir sonucu taahhüt etmiş gibi görünse de gerçekte belirgin bir sonuca ulaşmaktan ziyade, sanatsal yeteneklerini özenle yaptıkları işe adama yükümlülüğü altındadırlar[56]. Günlük dilde sanat faaliyetlerine "eser" denilse de bunlar eser sözleşmesinde belirtilen anlamda taahhüt edilen eserler olarak değil, yalnızca vekâlet sözleşmesine konu olabilecek edimler olarak değerlendirilmektedir[57].

Buna görüşe göre, maddi sonuçları doğuran sözleşmeler özel sözleşme türleri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca eser sözleşmesine ilişkin düzenleme tamamen maddi nitelikte eserler dikkate alınarak yapılmıştır. Son olarak gayri maddi bir çalışmanın değerinin ya da kusurlu olup olmadığı objektif olarak değerlendirilmesinin mümkün değildir ve bu yüzden de gayri maddi sonuçları eser kapsamına dahîl etmemek gerekir. Aksi hâlde eser sözleşmesine ilişkin

---

53 Büyükay'a göre; hukuki mütalaaya ilişkin yapılan sözleşmelerin, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü hukuki mütalaa, düşünsel bir ürün niteliği taşımakta olup, yazılı hale getirilmesiyle somut bir yapı kazanmaktadır. Bu bağlamda, hukuki mütalaanın sonucu, bir eserin meydana getirilmesi olarak değerlendirilmelidir.; Büyükay, 2013, s. 35. Aksi yönde görüş için bkz. Dayınlarlı, 2003, s. 9.

54 Öz, 2006, s. 7.

55 Bilimsel ve tıbbi araştırmalar ya da sanatsal eserlerin değeri veya kusurlu olup olmadığı genellikle objektif bir şekilde belirlenemez ve doğrudan maddi bir karşılıkla ifade edilemez. Bu tür değerlendirmeler, uzmanlar arasında bile farklılık gösterebilen sübjektif yargılara tabidir; Tandoğan, 1989, s. 8.

56 Öz, 2006, s. 7. İş görme borcunun sanat eserleri bakımından da yükleniciye bırakılan geniş takdir alanı göz önünde bulundurulmak kaydıyla, objektif bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği, bu tür çalışmaların eser sözleşmesine konu olmasına engel bulunmadığı yönünde bkz. Alfred Koller, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, Band/Nr. VI/2/3/1, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Art. 363, N.71.

57 Öz, 2006, s. 7; Şahin'e göre bu görüş yerinde değildir. İnsan çabasıyla ortaya konan ve bir bütünlük arz eden her hukuki varlık, maddi olup olmadığına bakılmaksızın eser olarak değerlendirilmelidir. Burada esas alınması gereken ölçüt, hukuki bir varlığın meydana getirilmesini amaçlayan bir edimin sonucunun taahhüt edilmesidir. Bu çerçevede, ortaya konan eserin mutlaka somut bir nesne üzerinde şekillenmesi zorunlu değildir; Şahin, 2012, s. 12.

hükümlerin çok büyük bir kısmının uygulama kabiliyetleri olmadığını kabul etmek gerekir[58].

Yargıtay da vermiş olduğu kararda,[59] belli bir gündelik karşılığında gazinoda solist olarak şarkı söylemeyi taahhüt eden bir ses sanatçısı ile gazino sahibi arasında yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Anılan karara göre, taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre, davalı, davacının işlettiği gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt etmiştir. Ses sanatçısının sanatını icra etmek için yaptığı sözleşme, eser sözleşmesi niteliğindedir. Sanatçı, eser meydana getiren kişidir ve eser yaratmak, istisna akdinin konusunu oluşturur.

Bizim görüşümüze göre Yargıtay'ın verdiği karar isabetlidir. Ses sanatçısının edimi, bir iş görme taahhüdünü ifade eder ve bu edimin sonucunun garanti altına alınması söz konusudur. Sanat faaliyetinin ayıplı ya da eksik olup olmadığının objektif bir şekilde değerlendirilmesinin mümkün olmadığına dair görüş ise yerinde değildir. İcra edilen sanat faaliyetinin eksiklik veya kusurlu olup olmadığı, bu konuda uzman kişiler tarafından rahatlıkla incelenebilir[60]. Bu bağlamda, bir tiyatro performansı da eser olarak kabul edilmelidir.

B. ESER KAVRAMINI MADDİ VE MADDİ OLMAYAN VARLIKLARIN TÜMÜNE TEŞMİL EDEN GÖRÜŞ

Günümüzde baskın olan bu görüşe göre insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşü sergileyen ve iktisadi değeri olan her hukuki varlık maddi nitelikte olsun veya olmasın eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir[61]. Bu görüşe göre, fikir ve sanat eserlerini konu alan iş görme sözleşmeleri de eser sözleşmesi kapsamına dahîl edilmektedir. Böylece bir fikri eser sözleşmesi tipi kabul edilmiş olmaktadır[62].

---

58 Gürpınar, 2006, s. 16-17.

59 Yargıtay HGK., T. 23.02.1968, E. 1968/12, K. 1968/76, karar için bkz. Dayınlarlı, 2003, s. 4.

60 Gürpınar, 2006, s. 20.

61 Dayınlarlı, 2003, s. 12; İpekyüz, s. 60; Tunçomağ, 1977, s. 953; Memiş, 2016, s. 176; Gürcan, 2023, s. 50; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544; Aral/Ayrancı, 2024, s. 443; Şahin, 2012, s. 36 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 481; Eren/Yücer, 2024, s. 593; Büyükay, 2013, s. 34; Tandoğan, 1989, s. 4 vd. ; Baygın, 1999, s. 4, 11 vd. ; Şenocak, 2002, s. 17; Uçar, 2003, s. 33; Altaş, 2002, s. 56; Hasan Erman, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hâller, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 14; Erdoğan, 1990, s. 136; Gürpınar, 2006, s. 33; M. Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2002, s. 64; Olgaç, 1977, s. 2; Muaz Ergezen, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 33; Acar, 2013, s. 2; Mustafa Ateş, "İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 28, Sy. 1, Mart 2012, s. 46; Torun, s. 413; "Eser sözleşmesinin konusu bir sonuç ve herhangi bir biçim altında çalışma ile bütünleşmiş bir üründür. Bu kapsamda genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık eser sayılmaktadır." Yargıtay 15. HD., T. 13.03.2009, E. 2009/1394, K. 2009/1480 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 03/12/2024).

62 Turgut M. Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 6; Eren/Yücer, 2024, s. 597; Tandoğan, 1989, s. 4 vd.

Eser kavramının hem maddi hem de gayri maddi varlıkları kapsadığını kabul eden görüş[63] sahiplerinin gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir: TBK m. 470'te yer alan ifadeden, eser kavramının yalnızca maddi varlıkları kapsadığı sonucuna varılamaz. Eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin maddi eserler göz önünde bulundurularak hazırlandığı doğru olsa da bu durum maddi olmayan varlıkların eser sözleşmesine konu olamayacağı anlamına gelmez. İnsan emeğiyle ortaya çıkan, bağımsız ve ekonomik değeri bulunan her varlık TBK m. 470 kapsamında bir eser olarak kabul edilmelidir[64].

Eser sözleşmesinin temel özelliği, yüklenicinin belirli bir sonucun gerçekleşmesini üstlenmesidir. Kanunun öngördüğü bu şart, maddi olmayan sonuçlar için de geçerli olabilir[65]. Ayrıca maddi olmayan bir sonucun üstlenildiği iş görme sözleşmelerinde vekâlet sözleşmesi hükümleri yerine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması daha uygundur. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde taraflara diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyan TBK m. 512 hükmü, eser sözleşmesindeki TBK m. 484 hükmüne kıyasla bu tür durumlar için daha az elverişlidir. Eğer bu tür sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilirse, TBK m. 512 hükmü uygulanacak ve sözleşmeyi keyfi şekilde fesheden taraf, bu durumun eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi hâlinde olacağından daha avantajlı bir duruma gelecektir. Ancak iş sahibi, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, yalnızca uygun olmayan bir zamanda fesih yapması durumunda karşı tarafın uğradığı zarar ve kâr kaybını tazmin ederek sözleşmeyi sona erdirebilmelidir (TBK m. 484)[66].

Vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması durumunda, tarafların herhangi bir gerekçe göstermeksizin diledikleri anda sözleşmeyi feshedebilmeleri söz konusu olur. Ancak fesih uygun olmayan bir zamanda gerçekleştirilirse, karşı tarafın sadece menfi zararı tazmin edilir. Oysa maddi olmayan sonuçların borçlanılması bir eser meydana getirme taahhüdü olarak kabul edilirse, iş sahibi haksız bir fesih durumunda, karşı tarafın ifa menfaatlerini (müspet zararını) da tazmin etmek zorunda kalır.

Eserin yalnızca maddi varlığa sahip olması gerektiği iddiası ve bu doğrultuda ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin gayri maddi eserlerde uygulanamayacağı görüşü de tartışmalıdır. Ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin gayri maddi eserlerde uygulanması mümkündür. Örneğin, bir proje çizimi teknik açıdan incelenebilir ve TBK m. 475'e göre kısmen ya da tamamen ayıplı bulunabilir. Bu durum, gayri maddi eserlerde de ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin uygulanabilir olduğunu göstermektedir[67]. Aksi yönde görüşe göre, özellikle maddi niteliği bulunmayan bir iş görme sonucunun, objektif kriterlere göre değerlendirilmesi ve ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin uygulanması her zaman mümkün olmayabilir. Ancak, bu durum

---

63 Dayınlarlı, 2003, s. 7; Şahin, 2012, s. 10; Olgaç, 1977, s. 2; Erman, 1979, s. 14. "Fikri düzeyde de olsa, kendi içinde bütünlüğe sahip ve bağımsız bir varlığın ortaya çıkması önemlidir. Ortaya çıkacak yeni varlığın eser sayılabilmesi için kendi bağımsız nesnesi olması şart değildir"; Öz, 1989, s. 7.

64 Dayınlarlı, 2003, s. 7; Şahin, 2012, s. 10; Olgaç, 1977, s. 2; Erman, 1979, s. 14.

65 Tunçomağ, 1977, s. 953; Olgaç, 1977, s. 2; Erman, 1979, s. 14; Şahin, 2012, s. 10.

66 Gürpınar, 2006, s. 19; Tunçomağ, 1977, s. 953.

67 İbrahim Kaplan, Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1983, s. 63; Öz, 1989, s. 7; Gürpınar, 2006, s. 17.

söz konusu sonucun eser sözleşmesi kapsamında bir eser olarak kabul edilmesini engellemez. Aksine, bu durum yalnızca şu anlama gelir: Burada, işin sonucunun objektif olarak doğru olması taahhüt edilmemiştir ve bu nedenle yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna sebebiyet veren unsurlar arasında yer almaz[68].

Eserin hem maddi hem de maddi olmayan şeylerden oluşabileceğini savunan görüş taraftarları "eser" sözcüğünün sözlük anlamı itibarıyle hem maddi hem de maddi olmayan eserleri içerdiğini kabul ederler. Söz konusu görüşe göre, TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin tüm hükümlerinin lafzı dikkate alındığında da eser sözleşmesinin konusunun sadece maddesel bir şeyin imali ya da değiştirilmesi olabileceği sonucu çıkartılamaz[69]. Kaldı ki yorum yaparken hükmün lafzına değil, ruhuna ve amacına bakmak gerekir. Dolayısıyla eser sözleşmesinin konusu sorunu sadece TBK m. 470'e istinaden değil; eser sözleşmesine ilişkin tüm hükümler ve bunun da ötesinde TBK'nın bütün hükümleri ışığında, özellikle de bu kanunda düzenlenmiş iş görme edimlerine ilişkin sözleşme tipleriyle ilgili hükümler çerçevesinde çözümlenmelidir[70].

Federal Mahkeme kararlarına göre de[71], bir gazeteye ilan yerleştirilmesi, mağaza vitrinlerinin tasarlanması, ücret karşılığında havai fişek gösterisi yapılması, yarış atlarının eğitilmesi, sinemada film gösterimi ya da ücretli buz hokeyi maçlarının izlenmesi gibi durumlar eser sözleşmesinin kapsamına girmektedir[72]. Bunun yanı sıra, bir mimarın hazırladığı proje, bir sanatçının vereceği konser veya bir maç ya da yarış düzenlenmesi gibi yükümlülükler de eser sözleşmesinin konusuna dâhil edilebilir.

Eser kavramını geniş anlamda ele alan baskın görüş taraftarları arasında da bazı görüş ayrılıkları olduğuna dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki, bazı yazarlar gayri maddi nitelikte çalışma sonuçlarını eser kavramına dahîl etseler de bu sonucun herhangi bir maddi varlık üzerinde devamlılık gösterecek şekilde cisimleşmesini ve niteliği itibarıyle taahhüt edilmeye elverişli olması unsurlarını da şart koşmaktadırlar[73]. Buna göre; kağıt, kaset, film model, maket gibi bir şey

---

68 Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, N. 46a; Şenocak, 2002, s. 18- 19.

69 Gürpınar, 2006, s. 17.

70 Gürpınar, 2006, s. 18.

71 BGE 59 II 26; BGE 70 II 218; BGE 79 II 69; BGE 80 II 34. (Kararlar için bkz. Şahin, 2012, s. 9); Eren/Yücer, 2024, s. 594-595.

72 İpekyüz, s. 60.

73 Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 485; İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, Açıklamalı-İçtihatlı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 93; Aral/Ayrancı, 2024, s. 446; Şenocak, 2002, s. 17; Tandoğan, 1989, s. 21-22; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544; Dayınlarlı, 2003, s. 8; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 1992, s. 321; Baygın, 1999, s. 12; Göktürk Uyan, İsviçre Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 130. ÖZ'e göre, bu kriterin tek başına yeterli olduğu düşünülmemeli, aynı zamanda söz konusu fikri varlığın tamamen objektif bir değerlendirmeye tabi tutulabilecek nitelikte olması, başka bir ifadeyle teknik açıdan da nesnel bir varlık taşıması gerekmektedir. Bu doğrultuda, bir mimarın çizdiği proje veya bir mühendisin hazırladığı plan, bu ölçütlere uygun olduğundan eser olarak kabul edilmelidir; Öz, 1989, s. 7; Maddi varlığı bulunmayan sonucun, eserin teslim ve muayene edilebilmesi gibi hususiyetler açısından belli ölçüde maddi biçiminin olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle maddi olmayan sonucun, bir yapı planında veya modelde yahut fiyat teklif ve hesaplarında, ihale şartnamesi hazırlanmasında olduğu üzere bir kâğıtta veya müzik eserinde olduğu üzere bir ses taşıyıcısında (kaset, cd vs.) olduğu gibi kendini somut olarak gösteren ve devamlılık taşıyan bir biçiminin olması gerekir; Bilgili, 2007, s. 1754-1755. Yargıtay HGK, T. 06. 04.2011, E. 2010/ 3-727, K. 2011/ 75; Yargıtay 23. HD., T. 16.01.2015, E. 2014/3459, K. 2015/241(www.uyap.gov.tr, E.T. 12.08.2024).

üstünde somutlaşmayan ve böylece sürekli bir görünüm arz etmeyen fikri faaliyet sonuçları eser kavramına dahîl olmaz. Böyle bir durumda fikri faaliyet sonucunun borçlanıldığı iş görme sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Eser kavramını geniş anlamda ele alan farklı bazı yazarlara göre ise, hukuki bir varlık olarak gayri maddi eserin bir bütün teşkil etmesi yeterli olmakla birlikte bir nesnede cisimleşmesi zorunlu değildir[74]. Buna göre; bir konser, tiyatro ya da spor gösterisi de eser sözleşmesinin konusu olabilir. Ancak iş görme faaliyetinin sonucunda objektif olarak tespiti mümkün bir bütün ortaya çıkmalıdır[75].

Doktrinde eser kavramı daha çok geniş anlamı ile yorumlanmaktadır. Ancak istisna da olsa bu görüşe katılmayarak ortaya farklı bir üçüncü görüş ileri süren yazarlar da mevcuttur. Bu görüşe göre ise, maddi olmayan iş görme sonuçlarının meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerin bir eser sözleşmesi olarak değil, sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir[76].

---

[74] Olgaç, 1977, s. 446; Tunçomağ, 1977, s. 953; Erman, 1979, s. 14; Eren/Yücer, 2024, s. 595; Muammer Öztürk/ Zeki Gözütok, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 3-4; Leyla Müjde Kurt, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 35; Şenocak, 2002, s. 17; Akbulut, 2020, s. 88; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544.

[75] Gürpınar, 2006, s. 19; Eren/ Yücer, 2024, s. 595-596, Öztürk/ Gözütok, 2018, s. 3. Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544-545. Yargıtay tarafından verilen karara göre; eser sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olup önemli olan çalışmanın kendisi değil, ortaya çıkan objektif olarak gözlemlenebilir sonuçtur. Hukuk öğretisi ve uygulamada, insan emeğinin ürünü olan ve maddi bir varlıkta kendini gösteren unsurların yanı sıra maddi olmayan şeyler de eser olarak kabul edilmektedir. Yüklenici sanatçı, bağımsız olarak sanat gücünü kullanarak iş yapmalı ve ortaya çıkan sonucun sorumluluğunu üstlenmelidir. Sonuç sorumluluğu taşıyabilen her şey, maddi varlığı olsun veya olmasın, eser olarak değerlendirilmelidir. Yargıtay HGK, T. 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541 (www.kazancı.com.tr, E.T. 21.01.2024).

[76] Gümüş'e göre; maddi niteliği bulunmayan iş görme sonuçlarını konu alan sözleşmelerin, istisna sözleşmesi olarak değil, kendine özgü (sui generis) sözleşmeler olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Eser sözleşmesi, yalnızca somut ve fiziksel sonuçların meydana getirilmesini kapsar. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 370. maddesi ve devamındaki hükümler, eserin "maddi bir iş görme sonucu ortaya çıkan şey" olduğu anlayışıyla düzenlenmiş olup, çoğu hükmü maddi olmayan iş görme sonucu doğuran durumlara doğrudan uygulanamamaktadır. Bu doğrultuda, belirli ve bütüncül bir maddi olmayan iş görme sonucunun taahhüt edildiği sözleşmeler, sui generis sözleşme olarak kabul edilir. Yaratma teorisine göre bu tür sözleşmelere uygulanacak kurallar belirlenirken kıyas yöntemine başvurulacak ve bu kıyas çoğunlukla istisna sözleşmesi hükümlerine dayanacaktır. Eğer iş görme faaliyeti sonucunda belirli ve bütüncül bir maddi olmayan edim ortaya çıkmıyor ve bu iş görme süreci özel bir güven ilişkisine dayanmıyorsa, söz konusu sözleşme sui generis niteliktedir. Ancak, böyle bir sui generis sözleşmeye uygulanacak kurallar belirlenirken kıyas yapılması gerektiğinde, eser sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin esas alınması daha uygun olacaktır; Gümüş, 2014, s. 7. Ayrıca Hatemi'ye göre; *"eser sözleşmesinden söz edebilmek için "eser"in somut bir görünümü olması gerekir. Ne var ki başka sözleşme kurallarına tabi olmayan iş görme sözleşmelerinin "vekalet kurallarına tabi olacağına ilişkin BK. 386/II kuralı[76], bu isimsiz sözleşmelerin niteliğinin her zaman "azil ve istifa mümkün" kuralı ile bağdaşmayacağı düşünülerek, eser sözleşmesinin sınırlarının zorlanması ve maddi olmayan eserlerin de sözleşmenin kapsamına alınmasına yol açmıştır. Oysa düşünülmelidir ki, bu madde bir yorum kuralıdır. Karşılaşılan somut olayda, tarafların iradeleri güven ilkesine göre yorumlanarak, maddi olmayan eser taahhütlerinde, sonucun vaat edilmesi mümkün ise, aslında vekalet ile eser sözleşmesi unsurlarının bir "isimsiz sözleşme"de bir araya getirildiği söylenebilir.*

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, fikri eser sözleşmesinin hukuksal niteliğinin somut olayın şartlarına göre yapılacak değerlendirmeye dayalı olarak belirlenebileceğini savunmaktadır[77]. Buna göre, eser sözleşmesinin benzer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesi için bazı ölçütler kullanılmaktadır ancak bu konuda adaletin gerekleri ve isteklerini de göz önünde bulundurarak her somut olayın tüm özelliklerine göre tarafların gerçek amaçları ve ulaşmak istedikleri sonuç bakımından aradaki ilişkinin eser sözleşmesi kabul edilip edilmeyeceğini belirlemek gerekir[78].

Yeni bir varlığın eser niteliği taşıması için onun bağımsız bir nesneye sahip olması zorunlu değildir. Sadece maddi bir varlığa değil aynı zamanda fikri bir varlığın niteliğini veya özelliğini değiştiren sonuçlar da eser olarak kabul edilebilir. Burada esas olan, daha önce mevcut olmayan bir şeyin ortaya çıkmasıdır; başka bir ifadeyle, tarafların iradesine ve genel uygulama kurallarına uygun şekilde, eskisinden farklı bir hukuki varlığın yaratılmasıdır. Bu nedenle, bir duvarın boyanması gibi bir projenin düzeltilip tamamlanması da eser sözleşmesine konu olabilir.[79]. Maddi olmayan iş sonucunun maddi bir varlıkta sürekli bir şekilde yer alması, belirli bir maddilik (cismanilik) kazanması gerektiği görüşü, tutarlı ve sağlam bir ölçüt değildir. Çalışma sonucunun maddi bir varlık üzerinde cisimlenip cisimlenmediği, günümüzün son derece gelişmiş optik, akustik ve elektronik kayıt tekniği karşısında birçok sonuç sözleşmelerinde taraf iradelerine göre uygulanacak hukuk kurallarının seçim ve belirlenmesinde etkili olamaz. Örneğin, bir maliyet hesabının yazılı şekilde yapıldığı takdirde, eser sözleşmesinin; aksi hâlde vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturacağı görüşünü anlamak mümkün değildir. Aynen bunun gibi bir havai fişek eğlencesinin videoya alınması hâlinde eser; aksi hâlde vekalet sözleşmesine konu olacağının sebebini anlamak da mümkün değildir.

Eser sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, genellikle objektif bir şekilde değerlendirilebilen ve belirli bir sonucun meydana getirilmesini hedefleyen durumlar için hazırlanmıştır. Bu durum, eserin teslimi ve muayenesi gibi hükümlerde açıkça görülmektedir. Maddi olmayan bir sonucun, ancak niteliği itibarıyla bir çalışma sonucunu vaat etmeye uygun olduğu hâllerde eser sözleşmesine konu olabileceği söylenebilir[80]. Ancak öğretim, dava veya hastalık tedavisinde başarıya ulaşılması gibi sonuçlar, doğaları gereği öngörülemeyen ve yükümlünün kontrolü dışında pek çok faktöre bağlı olan edimler olduğu için bu tür edimlerin önceden taahhüt edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, özel bir eğitim programına, diş veya hastalık tedavisine, kayıp bir eşyanın bulunmasına, bir alacağın tahsil edilmesine, bir kişinin işe yerleştirilmesine, ithalat ya da ihracat izni alınmasına veya cerrahi bir operasyonun gerçekleştirilmesine ilişkin

---

Şu hâlde "sonuç taahhüdü" mümkün ise, tarafların bu oranda "vekalet" değil eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını istediklerini söylenebilir. Bu sonuca varmak için de mutlaka eser sözleşmesi kavramını bulandırmak veya sulandırmak gerekmez. Kanaatimce, tekrar etmek gerekirse, eser sözleşmesindeki "eser", somut bir görünümü olabilen, tecessüm edebilen bir eserdir."[76]; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 1992, s. 353.

77 Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 1992, s. 352-353.

78 Karahasan, 2002, s. 65.

79 Öz, 1989, s. 8; Tandoğan, 1989, s. 23; Şahin, 2012, s. 13; Eren/ Yücer, 2024, s. 599.

80 Eğer sonuç emek harcamayı gerektirse de bir bütün oluşturmuyorsa o zaman bu sonucu eser kavramı içine sokma olanağı yoktur; Zevkliler/ Gökyayla, 2024, s. 485.

sözleşmeler eser sözleşmesi niteliğinde değerlendirilemez[81]. Sayılan bu örneklerin birçoğunda sözleşmenin diğer tarafının ya da bir üçüncü kişinin meydana gelecek sonuç üzerinde etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle sonucun önceden taahhüdü ya da garantisi mümkün değildir.

Yargıtay'ın verdiği bir karara göre[82], davalı olan hekimin gerçekleştirdiği işlem, hastanın beynindeki tümörün ameliyat yoluyla alınmasıdır. Bu işlem, bir eser yaratma ya da tamir etme niteliğinde değerlendirilmemektedir. Hekimin ameliyat sonucunu garanti etmesi dahi bu durumu değiştirmemektedir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesi kapsamında değildir. Ancak hekimin ücret karşılığında bir tıbbi rapor hazırlaması ya da laboratuvar test veya analiz işlemi gerçekleştirmesi durumunda bu tür edimler eser sözleşmesi niteliği taşır[83]. Yargıtay'ın bu kararını isabetli buluyoruz çünkü tedaviye ilişkin sonuç, hastanın durumu ve hastalığın özelliklerine bağlı olduğu için tedavi amaçlı taahhütlerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir.

Ortaya çıkan iş sonucunun belli bir biçim içinde devamlılık arz etmesi zorunlu olsun veya olmasın, eser kavramı hem maddi hem de gayri maddi anlamda ele alınmalıdır; burada önemli olan husus eserin önceden vaat edilebilir olması gerektiğidir[84]. Buna göre kaydı yapılamayacak bir konserin verilmesi ya da bir bina projesinin çizimi vaat edilebilir; ama bir öğretmen öğrencisinin öğrenmesini, bir avukat davanın kazanılmasını ya da bir hekim hastanın iyileşmesini taahhüt edemez. Çünkü burada başarı, bir başkasına (öğrenciye, mahkemeye,) ya da başka bir hadiseye (hasta kişinin organizmasının iyileşme kabiliyetine) bağlıdır. Bu yüzden de burada eser sözleşmesinin varlığından söz edilemez[85].

C. GÖRÜŞÜMÜZ

TBK m. 470 hükmünde yer alan eser kavramını yalnızca fiziksel eşyanın şekillendirilmesi veya değiştirilmesi durumlarıyla sınırlandırmak ve yalnızca maddi varlığı bulunan unsurlarla ilişkilendirmek isabetli bir yaklaşım değildir. Ancak maddi olmayan unsurların da bağımsız bir hukuki varlık olarak kabul edilebilmesi için bütünlük arz etmeleri ve ekonomik bir değer taşımaları gereklidir. Diğer bir ifadeyle, meydana getirilen sonucun bağımsız bir hukuki varlık olarak bir bütünsellik göstermesi önemlidir. Burada dikkat edilmesi

---

81 Bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici veya maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen, belli zaman içinde taşınmazın idaresi, bir hastanın tedavisi, bir çocuğun sünnet edilmesi, bir doktorun hastasının beynindeki tümörü ameliyat ile alması, eğitim ve öğretim faaliyetleri, bir ortaklığın muhasebesinin devamlı olarak tutulması gibi insan emeği sonuçları ise, bir eser olarak kabul edilmezler. Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544-545; Gürpınar, 2006, s. 27; Şahin, 2012, s. 14; Karahasan, 2002, s. 65; Bilgili, 2007, s. 1754; Akgün, 1953, s. 961.

82 Yargıtay Başkanlar Kurulu, 06.07.1964, E. 1964/37, K. 1964/40 Karar için bkz. Dayınlarlı, 2003, s. 3.

83 Şahin, 2012, s. 15.

84 Tandoğan, 1989, s. 21; Tunçomağ, 1977, s. 953; Karahasan, 2002, s. 64; Yavuz/ Acar/ Özen, 2024, s. 544-545; Gürpınar, 2006, s. 19.

85 Gürpınar, 2006, s. 19.

gereken en temel husus, yüklenicinin vaat ettiği sonucu ortaya çıkarıp teslim etmesi ve bu süreçte yüklenicinin sonuçtan sorumlu olup olmamasıdır.

Bu durumda, objektif bir şekilde belirlenebilen maddi ya da maddi olmayan bir sonucun ortaya çıkarılması, eser sözleşmesinin kapsamına girebilir. Ancak, fiziksel bir varlıkla somutlaşmayan fikir, sanat veya spor faaliyetleri ya da gösterilere ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmelidir. Görüşümüze göre, fiziksel bir varlık taşımayan fikir, sanat veya spor faaliyetleri ve gösterilere ilişkin sözleşmelere de TBK m. 470 ve devamı maddeleri uyarınca eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması uygun bir yaklaşım olacaktır.

Meydana gelen netice emek harcamayı gerektirse de bir bütün teşkil etmiyor ise eser kavramı içerisine dahîl etme imkânı bulunmamaktadır. Örneğin; bir mimar tarafından bir yapının yapım işlerinin gözetilmesi, bir öğrenciye özel ders verilmesi, bir hastalığın tedavi edilmesi gibi hâllerde bir bütünlük olmadığı için daha ziyade vekalet ilişkisinin varlığından söz edilecektir[86].

Maddi bir varlığa sahip olmayan iş görme sonuçları, borçlunun bunları gerçekleştirme kapasitesine sahip olması ve bu sonuçların objektif bir bütünlük taşıması durumunda eser kavramı kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bağımsız bir bütünlük taşımayan ve borçlunun gerçekleştirmede yetersiz olduğu iş görme sonuçları eser olarak kabul edilemez. Bir malvarlığının idaresi, bir hastanın bakım ve tedavisi, bir öğrenciye ek ders verilmesi, bir ortaklığın muhasebesinin devamlı olarak tutulması, bir davanın takibi mutlaka başarıyla olumlu olarak sonlandırılamayacağı için bu anlamda eser sayılmaz.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, eser sözleşmesinin ayırt edici niteliği, iş görme, emek ve çalışma sonucu bir ürün ortaya koymayı borçlanmaktır. Bu sözleşme türünde yüklenici, yalnızca işi yapmakla kalmaz, aynı zamanda belirli bir sonucu, yani eseri meydana getirme sorumluluğunu da üstlenir. Dolayısıyla eser sözleşmesi, ortaya çıkan sonucun maddi ya da gayri maddi olmasından bağımsız olarak "sonuç odaklı" sözleşmelerin temelini oluşturur. Türk Borçlar Kanunu'nda, eser sözleşmesi dışında, doğrudan bir sonucun gerçekleşmesini öngören başka bir sözleşme tipi düzenlenmemiştir. Burada borçlanılan iş görme sonucuna "eser" denir. Bu nedenle, yalnızca maddi bir temele dayanmayan sonuçları hedefleyen sözleşmelerin de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

III. BORÇLAR HUKUKUNDAKİ ESER KAVRAMI İLE FİKRİ VE SANAT HUKUKUNDAKİ ESER KAVRAMI İLİŞKİSİ

Eser sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "istisna akdi" olarak adlandırılmaktaydı. TBK ile birlikte eser sözleşmesi olarak adlandırılmaya başlanması, bu sözleşmenin sadece fikir ve sanat eserleri hukukundaki eser kavramı ile ilgisi bulunduğunu düşündürebilecektir[87]. Ancak fikir ve sanat hukukunda "eser" kavramının özel bir anlamı vardır. Eser sözleşmesinin konusu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında bir eser olabilir ancak eser

---

86 Aydoğdu/Kahveci, 2023, s. 769.

87 Uygulama ve doktrinde, kısa "eser" terimi yerine "fikir ve sanat eseri" yahut "fikri eser" terimleri de kullanılmaktadır; Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 25.

sözleşmesi sonucunda meydana getirilecek her sonucu FSEK anlamında "eser" olarak nitelendirmek mümkün değildir[88]. FSEK hükümleri ancak fikri mülkiyet hakkına ve hak sahipliğine konu olabilecek nitelikteki eserlere uygulanır.

Fikri hak, sahibinin fikri çabaları sonucu yarattığı fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklarıdır. Fikri hak daima bir fikri ve sanatsal çabanın varlığını zorunlu kılar. Bu çaba sonucu ortaya çıkan ürünler, insanın zihinsel kapasitesini ve zekâsını kullanarak, çaba ve emeği sonucunda ortaya koyduğu soyut nitelikli varlıklardır[89]. Ancak Türk Borçlar Kanunu'na eser sözleşmesi kapsamına giren bir eserden bahsedilmemiz için fikri ve sanatsal bir çabanın varlığı zorunlu değildir, yalnızca insan emeğinin sonucu olarak meydana gelmiş olması yeterlidir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 470. vd. maddelerinde düzenlenmiş olan eser sözleşmesindeki eser kavramı ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) düzenlenen eser kavramı birbirleriyle karıştırılmamalıdır[90].

FSEK'a göre, bir ürünün eser sayılması ve bunu meydana getiren kişinin eser sahibine tanınan korumadan yararlanabilmesi için fikir ve sanat ürününün sahibinin hususiyetini taşıması[91] ve aynı ürünün kanunda öngörülen dört eser[92] grubundan birine dahîl olması gerekmektedir[93]. Ayrıca doktrinde yapılan eser tanımına göre, bir fikri ürünün eser olarak kabulü için tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir olma şartının da mevcut olması gerekir[94]. Bu koşullardan birinin eksik olması hâlinde, meydana gelen ürün bir fikir ve sanat ürünü olsa dahi eser sayılmayacak ve eser sahibine tanınan haklardan (5846 sayılı kanunda düzenlenen) yararlanamayacaktır[95]. Ayrıca söz konusu şartların varlığı mahkeme tarafından re'sen araştırılır[96].

---

88 Ateş, 2012, s. 45.

89 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 5; Ateş, 2007, s. 8-9; Savaş Bozbel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 17; Tuğçe Karabağ, Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 113.

90 Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 115.

91 Hususiyet bir ifade biçimidir ve ortadaki eseri bir diğerinden ayırmaya yarayan farklılık ölçütüdür; Cüneyt Bellican, "Fikir ve Sanat Eserleri Açısından Hususiyet Kavramı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 7, S. 1, s. 69.

92 Bu dört eser grubu: İlim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanat eserleri, sinema eserleridir.

93 Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 52; Büyükay, 2013, s. 35; Cahit Suluk/ Rauf Karasu/ Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 40; Tekinalp, 2012, s. 121; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 86; Serkan Ayan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Hak Sahipliği", Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara 2006, s. 197.

94 Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 34; Ateş, 2007, s. 31; Kılıçoğlu, 2013, s. 128; Karabağ, 2025, s. 114; İlhami Güneş, Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 66.

95 Erel, 2009, s. 33; Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 50-51; Öztrak, s. 15; Tekinalp, 2012, s. 97.

96 Olgaç, 1977, s. 99; Gürsel Üstün, Fikri Hukukla İlgi Bilirkişi Raporları, Besam Yayınları, İstanbul, 2001, s. 4; Erel, 2009, s. 51-52.

TBK m. 470'te tanımlanan eser sözleşmesinin konusu olan eser, meydana getirilen eser olarak belirlenmiştir ve meydana getirme unsuru Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'ndakinden çok daha geniştir. Eser sözleşmesinde, yüklenici, iş sahibinin isteği üzerine ve bir bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Meydana getirilen eser, maddi veya gayri maddi[97] nitelikte bir sonuç olabilir[98]. Maddi nitelikteki imalatlar; inşaat, tamirat, tadilat gibi imalatlardır. Gayri maddi nitelikteki imalatların en yaygın örneği, yüklenicinin fikri çabası sonucu yarattığı fikir ve sanat eserleridir. Örnek olarak; eser sahibinin, yayınevinin siparişi üzerine, mali hakları kullanım yetkisi yayınevine ait olmak üzere bir kitap hazırlaması verilebilir. Böyle durumlarda, Türk Borçlar Kanunu m. 470 anlamında, gayri maddi nitelikte bir eser yaratma sözleşmesi söz konusudur[99]. Aynı zamanda FSEK çerçevesinde bir eserin varlığı da söz konusu olmaktadır. FSEK, eser sahipliğinden doğan hakların kullanılması ile ilgili 18. maddesinin ikinci fıkrasında: *"Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır"* hükmünü getirmiştir. Bu düzenleme, eserin yaratıcısının kim olduğu ve eserden doğan hakların kime ait olduğunun belirlenmesini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Buna göre eser sözleşmesindeki eser kavramı hem maddi hem de gayri maddi nitelikteki sonuçları içine alan geniş bir anlam taşımaktadır[100]. Ancak fikri haklar açısından ele alındığında eser, yalnızca gayri maddi nitelikteki sonuçları kapsamaktadır. Bununla birlikte, fikri haklara konu olan eser, fiziksel bir nesne üzerinde oluşturulmuş olabilir. Ressamın çizdiği tabloda olduğu gibi. Eser sahibinin hakkı, bu madde üzerinde değil onu yaratan fikir üzerindedir[101].

Bir diğer fark ise; eser sözleşmesinin konusu olan meydana getirilen eser kavramına, ekonomik değeri olan varlıklar girmektedir. FSEK ise koruma kapsamına dahîl olup olmaması bakımından, eserin ekonomik değerine bakmamaktadır. FSEK kapsamındaki eser için ekonomik değer taşımadan ziyade; sahibinin özelliklerini taşıyan, kültürel zenginliğe hizmet etme amacındaki, toplumlara gelişme yönünde itici manevi güç oluşturan eserlerdir asıl olan. Oysa eser sözleşmesine konu olan şey için öne çıkan amaç, ekonomik bir değer olarak kendini belli etmektedir. FSEK, ekonomik değeri olsun veya olmasın, sahibinin özelliklerini taşıyan ve sınırlı sayıdaki eser türleri içerisinde değerlendirilebilen fikri mahsullerini eser olarak kabul etmektedir[102]. Bu yönüyle de eser sözleşmesindeki eser kavramından ayrılmaktadır.

Eser sözleşmesindeki eser kavramının objektif ve asıl olan unsuru, meydana getirilmesi konusunda anlaşılan eserin, meydana gelmesi ve teslimidir. FSEK kapsamındaki eser için ise, sübjektif unsur yani sahibinin hususiyetini taşımasıdır asıl olan. Bu anlamda sahibinin hususiyetini taşımayan, FSEK kapsamına girmeyen bir çalışmanın eser sözleşmesine konu olabileceğini söylemek mümkündür[103]. Ayrıca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10.

---

97 Bu kelime, maddi olmayan anlamında kullanılmaktadır.

98 Kılıçoğlu, 2013, s. 115.

99 Kılıçoğlu, 2013, s. 115.

100 Kılıçoğlu, 2013, s. 116.

101 Kılıçoğlu, 2013, s. 116.

102 Ramazan Uslu, Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Sahipliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 11.

103 Uslu, 2008, s. 80.

maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Bir eserin ortaya çıkarılmasında sağlanan teknik hizmetler veya tali nitelikteki yardımlar, eser sahipliğine katılmayı gerektirmez"* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, eserin yaratılmasında belirleyici olan ve esere özgün niteliğini kazandıran kişiler eser sahibi olarak korunurken, bunlar dışında kalan kişiler eser sahipliği hakkına dâhil edilmeyecektir. Bu durumda sağlanan destek, hukuki niteliğine bağlı olarak ya bir vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir ya da bir eser sözleşmesi ilişkisi doğurabilir.

Esasen FSEK'nın "eser"i korumadaki amacı ile eser sözleşmesinin amacı da birbirinden çok farklıdır. Eser sözleşmesinde, meydana getirilen eser bir araç unsur iken FSEK'da tanımı yapılan eser bir ana unsurdur. Eser sözleşmesinde esas olan, bir şeyin imalinin sağlanması, bir işin gördürülmesi olduğu hâlde FSEK'nin amacı bir işin gördürülmesi değil, fikri bir çabanın korunması olduğunu söylemek mümkündür. Eser sözleşmesine konu olabilecek ve çaba sonucu ortaya çıkan bir fikir ve sanat eseri olsa da önemli olanın, bu fikir ve sanat eserinin korunması olmadığı, sadece eserin teminini sağlamak olduğu açıktır[104].

Fikir ve sanat eseri niteliğindeki varlık ve değerler üzerinde fikri mülkiyet hukukundan doğan haklar söz konusu olduğunda, eser sözleşmesinin konusunu FSEK anlamında bir eser oluşturuyorsa, iş gören tarafından meydana getirilip sipariş verene teslim edilen eser üzerindeki maddi-fiziki mülkiyet konusunda TMK ve TBK hükümleri; fikri mülkiyet konusunda ise FSEK hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna göre konusu fikri hukuk anlamında eser olan bir eser sözleşmesinde meydana getirilen eserin sahibi, bu eseri meydana getirendir. Eser üzerindeki fiziki-maddi maddi mülkiyet hakkı iş gördüren tarafa devredilse bile, eser sahipliği o eseri meydana getiren kişide kalır.[105]. Söz konusu eser üzerindeki manevi haklar yalnızca onu meydana getiren iş görene aittir. Mali haklar üzerindeki yetkiler konusunun çözümü ise öncelikli olarak taraflar arasındaki sözleşme içerisinde aranmalıdır. Sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması durumunda ise, işin ve ilişkinin içeriğine bakılarak karar verilmelidir[106].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında yer alan eserler, Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) düzenlenen eşya kavramına dahil değildir. Fikri eserler, sahibine ait soyut bir mülkiyet hakkı niteliğindedir. Bu nedenle, fikri haklar doğrudan TMK'nın mülkiyet ve zilyetlik hükümlerine tabi tutulmaz, çünkü bu tür haklar soyut nitelikleri gereği özel bir koruma altındadır. Sonuç olarak, fikir ve sanat eserleri gibi maddi varlığı bulunmayan eserler üzerindeki haklar, mutlak ve tekelci nitelikte olup, inhisari haklar kapsamında değerlendirilir[107].

---

[104] Uslu, 2008, s. 83.

[105] *"BK. 355. Maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması hâlinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisini haiz olup, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi eserden kaynaklanan mali hakları bizzat kullanamayacağı gibi bu hakkı başkasına da devredemez. Ancak, bu hakların devri veya kullanma yetkisinin (ruhsat) devri bir sözleşme ile kararlaştırılabilir."* Yargıtay 11. HD., T. 26.03.2009, E. 2007/8520, K. 2009/3643 (karar için bkz. Ateş, 2012, s. 52).

[106] Ateş, 2007, s. 63.

[107] İlhan Öztırak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara Üniversitesi SBBF, 1971, s. 2.

IV. YAPAY ZEKANIN KENDİSİNİN VE KENDİ ÜRETTİKLERİNİN ESER NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ

Borçlar hukukundaki eser kavramı ile fikri ve sanat hukukundaki eser kavramı arasındaki ilişkinin incelendiği bu çalışmada, yapay zekanın kendisinin ve yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı hususuna da değinmekte fayda görüyoruz.

Teknolojinin sunduğu olanaklarla birlikte, bağımsız özellikleri giderek artan ve insan yaşamında önemli bir yer edinmeye başlayan yapay zekâ ve ortaya çıkardığı ürünlerin hukuki açıdan sınıflandırılması ve değerlendirilmesi, günümüzde bir zorunluluk haline gelmiştir. Yapay zekâ teknolojisinde yaşanan gelişmeler sonucunda yapay zekâ ve yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlerin eser olarak korunup korunmayacağı tartışması yaşanmaktadır. Gerek eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen eser kavramı olsun gerekse de fikri haklar kapsamında değerlendirilen eser kavramı olsun her iki eser tanımının da süjesi bir insan olduğundan yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünler içinde eser şartlarının sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi gerekir.

Eser sahibi tarafından oluşturulan yapay zekânın, FSEK m. 2[108] kapsamında ilim ve edebiyat eseri sayılacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü ilgili maddede yer alan "bilgisayar programları" ifadesi bilinçli olarak geniş bir çerçevede düzenlenmiş olup, yapay zekâya da uygulanabilir niteliktedir. Kendisini meydana getiren kişinin özgünlüğünü barındıran yapay zekâ, FSEK m. 2/I'e göre eser niteliği taşımaktadır[109].

Yapay zekanın meydana getirdiği ürünler bakımından yaşanan tartışmalar ise daha çok hususiyet konusunda toplanmaktadır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre, bir fikri veya sanatsal çalışmanın eser olarak kabul edilebilmesi için dört temel kriterin karşılanması gerekmektedir. Bu kriterler; eserin kanunda belirtilen gruplardan birine dahil olması, somut olarak algılanabilir bir yapıya sahip bulunması, yaratıcı bir sürecin ürünü olması ve sahibinin kişisel izlerini taşımasıdır[110]. Günümüzün teknolojik gelişmeleri sayesinde, bağımsız şekilde çeşitli ürünler üretebilen yapay zekaların bu kriterlerden ilk ikisini karşılamasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. FSEK kapsamında, bir ürünün eser olarak korunabilmesi için en önemli kriter, kanunun öngördüğü "hususiyet" şartıdır[111]. Hususiyet, eserin sahibinin kişiliği ve bireyselliğiyle doğrudan bağlantılı olup, eserin sahibinin kişisel çabasıyla ortaya çıktığını gösteren bir unsurdur ve her bir somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir ölçüttür[112]. Doktrindeki genel kabul de bu kişisel çabanın yalnızca gerçek kişiler tarafından ortaya konulabileceği

---

108 FSEK m. 2/1; *"Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları"*

109 Barış Gözübüyük, "Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, Cilt 1, Sy. 1, 2021, s. 71.

110 Şeref Ertaş/ K. Emre Gökyayla, "Mimari Projeler Üzerindeki Telif Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir, 2000, s. 408.

111 Mustafa Zorluel, "Yapay Zekâ ve Telif Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy. 142, 2019, s. 328; Gözübüyük, 2021, s. 63.

112 Ateş, 2007, s. 80; Suluk/ Karasu/ Nal, 2024, s. 43; Gözübüyük, 2021, s. 63.

yönündedir. Bu görüşe göre, gerçek kişilerin yalnızca insanlar olabileceği düşünüldüğünde, yapay zekanın gerçek kişi statüsüne sahip olmadığı açıkça görülmektedir[113].

Doktrinde bir görüşe göre, yapay zekâ tarafından tamamen bağımsız şekilde oluşturulan ürünlerde (bilgisayar üretimi olan fikri ürünler) insan emeğinin bulunmaması sebebiyle bu tür ürünler eser olarak değerlendirilmez. Ancak, bilgisayarın bir araç olarak kullanıldığı ve insanın yaratıcılığıyla şekillendirdiği ürünler (bilgisayar destekli ürünler), bilgisayardan alınan desteğe rağmen insan etkisini barındırdığı sürece eser olarak kabul edilebilir[114]. Ancak kanaatimizce yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikri ürünler bakımından bu ayrımın yapılması bizi yanlış sonuçlara götürebilecektir. Bu bağlamda, yapay zekâ üretimi kriterinin belirlenmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır. Geleneksel algoritmalarla çalışan bilgisayarlarda, girilen veri ile elde edilen sonuç arasında matematiksel bir kesinlik bulunur. Ancak yapay zekâ söz konusu olduğunda bu tür bir kesinlikten bahsetmek mümkün değildir. Çünkü yapay zekâ, kendini sürekli yenileyerek ve yeni algoritmalar edinerek, başlangıçta geliştirici tarafından yazılan programdan giderek bağımsız hale gelmektedir. Öyle ise bu durumda yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikri ürünler eser olarak kabul edilecek midir?

Günümüzde gelişmiş yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen resim, şiir ve müzik gibi eserlerde, kullanıcıların katkısı yalnızca yapay zekâya bir talepte bulunmakla sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, insanlar yapay zekâ sistemlerine birkaç kelime ya da cümle vererek genel çerçevede bir eser oluşturmasını isteyebilmekte, yapay zekâ ise bu süreci tamamen bağımsız şekilde yürütebilmektedir. Bu durumda, yalnızca talepte bulunan bireylerin esere kişisel bir özellik kazandırmadığı açıktır. Meydana gelen ürünün, yapay zekâ tarafından otonom olarak gerçekleştirildiği bu gibi durumlarda, bu tür ürünlerin FSK kapsamında eser niteliği taşıması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda yapay zekânın hukuki bir statüye sahip olmadığı gerçeğinden hareketle meydana getirilen eser niteliğinde bir üründe yapay zekânın kendisi eser sahibi olamayacağından kimin eser sahibi kılınacağı meselesi karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce kanun tarafından yeni bir düzenleme getirilmediği sürece yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen fikri ürünlerin hukuki nitelikleri ve eser sahipliği hakkında kesin bir yargıda bulunmak güçtür.

Yapay zekâ tarafından üretilen fikrî ürünlerin hukuki statüsünün netleştirilmesi durumunda, bu kez bu ürünler üzerindeki hak sahipliği

---

113 Tekinalp, 2012, s. 104; Zorluel, 2019, s. 319; Osman Gazi Güçlütürk/ Rifat Cankat, "Yapay Zekâ ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, Editörler: E. Eylem Aksoy Retornaz/ Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 212; Uğur Karaca/ Esra Karataş, "Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, s. 43

114 Öztan, 2008, s. 84; Karabağ, 2025, s. 122; Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu. C.1 (1-47. Maddeler), Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 53; Bozbel, 2015, s. 28; Güçlütürk/Cankat, 2021, s. 66-67; Gözübüyük, 2021, s. 63. Ürünün fikrî ürün olması için insan unsurunun arandığı göz önüne alındığında, makine tarafından meydana getirilse de makinenin kendi başına hareket etmeyerek insan katkısı ile ürün yarattığı hallerde insanın yarattığı bir fikrî üründen bahsedileceği de belirtilmektedir; Öztan, 2008, s. 83.

konusunun da açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Bu durumda yapay zekanın sahibinin, onun ürettiği eserler ve bunların telif hakları üzerinde hak sahibi olabileceği, böylece eser sahipliği konusundaki belirsizlerin giderilebileceği öne sürülmektedir[115]. Aslında bize göre, yapay zekâ uygulamaları tarafından oluşturulan ürünlerin eser olarak değerlendirilmesi sürecinde, bunların yapay zekâ tarafından tamamen üretilmiş ya da sadece desteklenmiş olmasına göre bir ayrım yapmak, soruna çözüm getiren bir yaklaşım olmayacaktır. Asıl ele alınması gereken mesele, yapay zekâ sistemlerinin özgün ve karakteristik yeni eserler ortaya koymasına rağmen, bu özgünlüğün insan yaratıcılığından kaynaklanmaması durumunda nasıl bir hukuki değerlendirme yapılması gerektiğidir. Bu durumda ürün ile onu meydana getiren kişi arasındaki bağ yok olmasına rağmen eserde hala insan faktörünün ve eser sahibi olarak eseri meydana getiren kişinin aranması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Ancak bu yaklaşımın önüne geçmek için kanuni birtakım değişiklikler zorunlu gözükmektedir. Zira yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin hukuki koruma kapsamına alınmaması, bu alandaki yatırımların ve araştırmaların aksamasına yol açabilir. Bu nedenle, yapay zekâ tarafından oluşturulan ürünlerin eser statüsünde değerlendirilmesi için yeni kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ortada olan bir gerçektir.

Yapay zekâ tarafından oluşturulan eserlerin işleme eser olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü işleme eser, asıl esere bağımlıdır. FSEK m. 6/10 uyarınca, bir bilgisayar programının değiştirilmesi, uyarlanması veya düzenlenmesi gibi işlemler işleme eser olarak kabul edilmektedir. Ancak yapay zekâ tarafından üretilen eserler, herhangi bir değişiklik, uyarlama ya da düzenleme içermeyip tamamen özgün bir yaratım niteliği taşımaktadır[116].

SONUÇ

Somut bir olayda bir edim sonucunun meydana getirileceği vaat edilebiliyor ise, vaat edilen sonuç maddi bir varlık içerisinde ortaya çıksa da çıkmasa da o sözleşme bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. İnsan emeğinin bir ürünü olan, bütünlük arz eden, iktisadi değeri bulunan ve yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her varlık, maddi niteliklere sahip olsun ya da olmasın eser sayılmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenmiş olmasıdır. Ancak niteliği gereği öngörülemeyen ve yükümlülük altına giren kişinin hükmedemeyeceği etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan edimlerin eser niteliği taşıması mümkün değildir. Üstlenilen işin, önceden öngörülebilir nitelikte olması ve bu doğrultuda taahhüt edilmesi mümkün, bir sonuç üretmeye uygun bir iş olması gereklidir. Sonuç ya da eserin, önceden objektif ve açık bir şekilde belirlenebilir olması ve tamamlanmasının ardından, daha önce belirlenen sonuç tasarısıyla uyumunun denetlenebilir olması önem taşır.

İnsan bedeni üzerinde yapılan çalışmalar kural olarak vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen bir iş görme faaliyetinde, sonucun yüklenici tarafından garanti edilebildiği durumlarda, bu durum eser ortaya koyma şeklinde değerlendirilmektedir.

---

115 Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 69.

116 Gözübüyük, 2021, s. 66-67.

TBK'da ifade edilen eser kavramı ile FSEK'da ifade edilen eser kavramları nitelikleri itibariyle farklı kavramlardır. Türk Borçlar Hukuku'ndaki eser kavramı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dayanır ve somut bir işin sonucu olarak değerlendirilir. Fikri ve Sınai Haklar Hukuku'ndaki eser kavramı ise yaratıcı çabanın özgün bir sonucunu ifade eder ve eser sahibinin manevi ve ekonomik haklarını korumayı hedefler. Bu iki kavram, kapsam ve koruma amaçları bakımından farklılık gösterse de bazı durumlarda bir araya gelebilir ve aynı eser her iki hukuk dalı tarafından farklı yönleriyle düzenlenebilir. Sonuçla söylenebilir ki Türk Borçlar Hukuku sisteminde eser hem maddi hem de maddi olmayan nitelikte olabilir ve belirli bir sonucun meydana getirilmesine odaklanır. Eser sözleşmesinin konusu olan bu kavram, hukuki niteliği gereği farklı alanlarda uygulanabilirlik taşır ve yüklenicinin sorumlulukları, iş sahibinin hakları gibi birçok hukuki meseleyi etkiler. Bu bağlamda, yüklenicinin objektif bir şekilde taahhüt edebileceği fikir ürünleri de eser olarak değerlendirilebilir.

Yapay zekâ teknolojisinin gelişmesiyle birlikte, bu sistemler tarafından üretilen fikrî ürünlerin hukuki statüsü giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Yapay zekâ tarafından oluşturulan eserlerin, geleneksel eser tanımlarına uyup uymadığı, özellikle de "hususiyet" kriterini karşılayıp karşılamadığı temel bir tartışma konusudur. Yapay zekânın, insanın yaratıcı sürecinden bağımsız olarak eser üretebilmesi, mevcut fikrî mülkiyet kanunların yeniden ele alınmasını gerektirmektedir. Sonuç olarak, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin fikrî mülkiyet kapsamında değerlendirilmesi için, günümüz hukuk sisteminin bu yeni gerçekliğe uygun şekilde revize edilmesi kaçınılmazdır. Yapay zekânın eser üzerindeki katkısı, sahiplik ilişkileri ve fikrî mülkiyet hakları gibi konuların çözüme kavuşturulması hem hukuki güvenliği sağlayacak hem de teknolojik gelişmelere uygun bir çerçeve oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

Acar F, Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, eakademi, Aralık 2013.

Akbulut P E, "Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sy. 1, 2020, ss. 85-99.

Akgün Z, "İstisna Akdi", Y. 1953, S. 9, Adalet Dergisi, ss. 959-990.

Altaş H, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Aral F/Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Arıncı A/ Şatır N, Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi, IV Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Cilt I, Aristo Yayınevi, Ankara, 2021.

Arıncı A/ Usta S, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi", Turkish Journal of Plastic Surgery, Cilt 25, Sy. 2, 2020, ss. 84-93.

Ateş M, "İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar", Cilt 28, Sy. 1, Mart 2012, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 41-63.

Ateş M, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Ayan M, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991.

Ayan S, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Hak Sahipliği", Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006.

Aydemir E, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

Aydoğdu M/ Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Baygın C, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999.

Bellican C, "Fikir ve Sanat Eserleri Açısından Hususiyet Kavramı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 7, Sy. 1, ss. 67-90.

Bilgili F, "Yükleme ve Boşaltma İşerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu- Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Bozbel S, Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2015.

Büyükay Y, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Canbolat F, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayına Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Candemir G, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahale ve Hekimin Hukuki Sorumlulukları", III. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (9-12 Ekim 2019 Antalya) Bildiri Kitabı, (Editörler: Hakan Hakeri- Cahit Doğan), Adalet Yayınları, Ankara, 2019.

Celal N, "Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005.

Dayınlarlı, K, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.

Demir M, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Duman İ H, İnşaat Hukuku, Açıklamalı- İçtihatlı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Erdoğan İ, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak- Haziran 1990, Sy. 1, ss. 135-172.

Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Eren F/Yücer, İ, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Ergezen M, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Erman H, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

Ersoy Ç, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Ertaş Ş/ Gökyayla K E, "Mimari Projeler Üzerindeki Telif Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, ss. 407-424.

Gauch P, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich, 2011.

Gözübüyük B, "Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Cilt 1, Sy. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, ss. 54-81.

Güçlütürk O G/ Cankat R, Yapay Zekâ ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, Editörler: Eylem Aksoy Retornaz/ Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Gümüş M A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Güneş İ, Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Gürcan M, Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Gürpınar D, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınnevi, İzmir, 2006.

Hatemi H/ Serozan R/ Arpacı A, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

İmamoğlu S H, "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", 68 (1) 2019, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 241-260.

İpekyüz F Y, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Kaplan İ, "Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1983.

Karabağ T, Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.

Karaca U/ Karataş E, "Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması", 2022/1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 17-50.

Karahan S/Suluk C/Saraç T/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Karahasan M. R, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, CİLT II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2002.

Kaya M, "Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı", Terazi Hukuk Dergisi, CİLT 11, Sy. 117, 2016, ss. 23-37.

Kılıçoğlu A, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Koller A, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, Band/Nr. VI/2/3/1, der Werkvertrag Art. 363-366.

Kurşat Z, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi ve Nitelendirmenin Hükmü", Cilt LXVII, Sy.12, 2009, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 143-166.

Kurt L M, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Memiş Y, "(Yargıtay Kararları Işığı Altında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", Cilt 11, Sy. 119, 2016, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 174-221.

Olgaç S, Hukuk Davalarında İstisna Akdi, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Öz M T, İnşaat Sözleşme ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınevi, İstanbul, 2006.

Öz M T, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret Yayınevi, İstanbul, 1989.

Özay M, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Öztan F, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Öztırak İ, "Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar", Ankara Üniversitesi SBBF, 1971.

Öztürk M/ Gözütok Z, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Petek H, "Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, ss. 657-716.

Selimoğlu Y E, Eser Sözleşmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

Suluk C/ Karasu R/ Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Şahin T, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Şatır N, Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Şenocak Z, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Evrim Yayınevi, İstanbul, 1989.

Tandoğan H, "İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi", İmran Öktem Armağanı, Ankara, 1970, ss. 311-332.

Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Torun E, "İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları (BK. m. 365) I", Yargıtay Dergisi, Cilt 8, Sy. 3, Temmuz 1982, ss. 410-427.

Tunçomağ K, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.

Uçar A, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Uslu R, Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Sahipliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Uyan G, İsviçre Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Uygur T, İnşaat Hukuku, Cilt I, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.

Üstün G, Fikri Hukukla İlgi Bilirkişi Raporları, Besam Yayınları, İstanbul, 2001.

Yarsuvat D, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

Yavuz C/ Acar F/ Özen B, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.

Yavuz L/ Alıca T/ Merdivan F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu. Cilt 1 (1-47. Maddeler), Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2014.

Zevkliler A/ Gökyayla E, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Turan Kitabevi, Ankara 2018.

Zorluel M, "Yapay Zekâ ve Telif Hakkı", S. 142, 2019, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 305-356.

İFLASTA İŞLETMENİN DEVAMI VEYA KAPATILMASINA İLİŞKİN KARARA ESAS KRİTERLER

Criteria for the Decision on the Continuation or Closure of the Business in Bankruptcy

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TOPAK*

Öz: İflas kararı alındığında, müflisin işletmesi genellikle kapatılır ve malları satılarak tasfiye edilir. Bu uygulama, iflasın esas amacının, işletmenin mal varlığının nakde çevrilerek borçların ödenmesine yönelik yerleşik anlayışa dayanmaktadır. Ancak, alacaklıların satıştan elde edeceği tasfiye payına kıyasla daha fazla tatmin edilme ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, işletmenin kapatılması yerine faaliyetlerinin devam ettirilmesi ve borçların ödeme yoluna gidilmesi olasılığı da ortaya çıkmaktadır. Fakat, iflasın yönetimiyle ilgili olarak, işletmenin hangi yöntemle sürdürüleceği ya da kapatılacağına dair İcra ve İflas Kanunu (İİK) veya diğer mevzuatlarda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu belirsizlik, işletmenin faaliyetlerine devam edilmesine karar verildiği takdirde iflas dairesi veya iflas idaresinin karşılaşabileceği olası sorumluluklardan kaçınma eğiliminde olmasına neden olmakta ve dolayısıyla söz konusu seçeneğin pratikte genellikle tercih edilmemesine yol açmaktadır. Oysa, müflise ait bir işletmenin faaliyetlerinin devamı mümkünse, bu seçeneğin göz ardı edilip yalnızca mal satışına dayalı tasfiye yoluna gidilmesi doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Hem ülke ekonomisinin sürdürülebilirliği hem de alacaklıların daha fazla tatmin edilme olasılıkları açısından bu yaklaşım doğru değildir. Zira karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde iflasın yeniden yapılandırma aracı olarak ele alınması gerektiği de vurgulanmaktadır. İşletmenin devamına veya kapatılmasına yönelik kararların verilmesinde doğru kriterlerin belirlenmesi, işletmenin yaşatılması durumunda tasfiyeden beklenen faydadan daha yüksek bir verim elde edilebileceğini göstermektedir. Bu bağlamda çalışma, Türkiye'deki iflas sürecinde işletmenin devam etme olasılığının daha fazla dikkate alınmasını teşvik etmek ve işletmenin devamı veya kapatılması doğrultusunda alınacak kararların doğru temellere dayandırılmasına katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İflas, İflasta İşletmenin Devamı Kararı, İşletmenin Devamı veya Kapanması Kararı Kriterleri, Faaliyet İzni, Muhafaza Tedbiri, Tasfiye.

Abstract: When a bankruptcy decision is taken, the business of the bankrupt is generally closed and its assets are sold and liquidated. This practice is based on the established understanding that the main purpose of bankruptcy is to pay debts by converting the assets of the enterprise into cash. However, considering the possibility of satisfying the creditors more than the liquidation share to be obtained from the sale, there is also the possibility of continuing the activities of the enterprise and paying the debts instead of closing the enterprise. However, there is no clear regulation in the Execution and Bankruptcy Law (EBL) or other legislation on the method to continue or close the business with respect to the management of the bankruptcy. This uncertainty causes the bankruptcy office or the bankruptcy administration to tend to avoid the possible liabilities that the bankruptcy office or the bankruptcy administration may face if it is decided to continue the activities of the enterprise, and therefore, this option is generally not preferred in practice. However, if it is possible to continue the activities of an enterprise belonging to the bankrupt, ignoring this option and proceeding to liquidation based solely on the sale of goods cannot be considered as a correct approach. This approach is not correct in terms of both the sustainability of the national economy and the possibility of satisfying the creditors more. It is also emphasised in comparative legal systems that bankruptcy should be considered as a restructuring tool. Determining the right criteria in making decisions regarding the continuation or closure of the business shows that if the business is kept alive, a higher efficiency can be obtained than the expected benefit from liquidation. In this context, the study aims to encourage more consideration of the possibility of business continuation in the insolvency process in Turkey and to contribute to the correct basis for the decisions to be taken in the direction of business continuation or closure.

Keywords: Bankruptcy, Decision on Continuation of Business in Bankruptcy Process, Criteria for Business Continuation or Closure Decision, Activity Authorisation, Safeguard Measure, Discharge.

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, suleymantopak@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6956-8265 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677350

Makale Geliş Tarihi: 3.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 19.03.2025

GİRİŞ

İflas, Arapça kökenli bir kelime olup "maddi açıdan tükenmek" veya "parasız kalmak" anlamlarını taşır. Türk hukuk sisteminde de borçlunun ticari veya mali yönden ödeme gücünü kaybettiği durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. İflas teriminin Almanca karşılığı olan "Insolvenz" kelimesi ise köken olarak Latince "solvere" kelimesine dayanır ve bu kelimenin anlamı "borcu ödemek"tir.[1] Bu kavram, icra ve iflas hukuku çerçevesinde, borçlunun ödeme güçlüğü içerisine girmesi ve borçlarını yerine getirememe durumuyla ilişkilendirilir. İflas, borçlunun ödeme güçlüğüne düştüğünü kabul eden yasal bir süreç olarak alacaklıların haklarının korunmasını ve borçların eşit bir biçimde ödenmesini amaçlar. Bu bağlamda, iflasın hukuki anlamı sadece borç ödeme sürecine işaret etmekle kalmaz, aynı zamanda borçlu ve alacaklılar arasındaki mali ilişkilerin düzenlenmesi için belirli bir yasal çerçeve sağlar.

Borcunu ödeyemeyen iflasa tabi bir borçlunun öncelikle alacaklılarının korunması, sonrasında toplumun zarar görmesinin engellenmesi amacıyla iflas hukuku kuralları kabul edilmiştir.[2] Zira iflas hukuku, ekonomik hayatın bir parçasını teşkil etmekle birlikte ülkelerin istikrarı ve toplumların refah içerisinde yaşaması için oldukça önemlidir.[3] İflas kurallarının amacı; borçlunun ekonomik sıkıntılarının zamanında fark edilmesi ve durumunun düzeltilmesi imkânının olması halinde iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesi diğer bir ifade ile iflasın önlenmesidir.[4]

İflas, borçlunun tüm mal varlığının ve haklarının tasfiye edilmesini öngören bir külli tasfiye yöntemidir.[5] Bu süreç, borçlunun alacaklılarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirememesi durumunda devreye girer ve borçlunun varlıkları, paraya çevrilerek elde edilen gelir alacaklılar arasında paylaştırılmak amacıyla bir araya getirilir. İflasın külli tasfiye niteliği, yalnızca borçlunun bireysel borçlarını değil, tüm mal varlığını kapsayarak, tasfiyenin tamamlayıcı ve eşitlikçi bir biçimde yapılmasını sağlar.[6] İflas kararı verildiğinde,

---

1 Stefan Eickes, Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz, SpringerGabler, Wiesbaden, 2014, s.1; Maximilian Stark, Fortführungsprinzip und (Vor-)Insolvenz, Nomos, Heilderberg, 2022, s.43.

2 Eickes, s.1.

3 M. Kâmil Yıldırım/Yakup Oruç, "İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi", C.24, S.41, 2019, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.364; Yakup Oruç, İflas İdaresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.35.

4 Ahmet Başözen, "İflâsın Ekonomik Analizi", C. 2, S. 4, 2006, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, s. 935; M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.345; Yıldırım/Oruç, s.365; Oruç, s.36.

5 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.1081; Daniel Hunkeler, Kurzkommentar-SchKG, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s.870.

6 Matthias Neumayr/Bettina Nunner-Krautgasse, Exekutionsrecht, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2011, s.24 vd; Astrid Deixler-Hübner/Thomas Klicka, Zivilverfahren – Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 8. Auflage, LexisNexis, Trebbin, 2013, s.553.

bu karar yalnızca iflas talep eden alacaklıyı değil, aynı zamanda müflisten alacaklı olan tüm alacaklıları kapsar.[7]

İflas tasfiyesi, basit icra takip prosedürlerine kıyasla daha uzun bir süreci ifade eder. Çünkü iflas masasına dahil olan malvarlığı, müflisin haczedilebilir tüm varlıklarını kapsar. Bu malvarlıklarının tamamının satılmasının beklenmesi, sürecin uzamasına yol açar ve alacaklıların alacaklarını tahsil etmelerinde gecikmelere sebep olabilir. Bu durum, alacaklıların, özellikle de likidite sorunu yaşayanların, mağduriyetine yol açabilecek bir faktör olarak iflasın dezavantajlarından biri olarak öne çıkmaktadır.[8]

Ülkemizde iflas tasfiye süreci genellikle uzun bir zaman dilimini kapsadığından alacakların zamanında tahsili noktasında beklenen fayda tam anlamıyla sağlanamamaktadır. Bu durum, iflasın yalnızca geleneksel tasfiye amacıyla sınırlı kalmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Küresel ekonomik gelişmeler ve değişen iş dünyası koşulları, işletmelerin faaliyetlerine devam etmeleri gerekliliğini gündeme getirmiştir. Bu bağlamda, iflas hukuku da sadece mal varlıklarının paraya çevrilmesinden ibaret olmayan, işletmelerin yeniden yapılandırılması ve ekonomik hayatlarına devam etmelerinin sağlanması gibi yenilikçi yaklaşımları içeren bir dönüşüm sürecine girmektedir.[9] Bu dönüşümün temel nedeni, işletmelerin tamamen tahrip edilmesinin önlenmesi ve ekonomik faaliyetlerine devam edebilmelerini sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesi gerekliliğidir.[10] İflas sürecinde işletmelerin tasfiye edilmesi yerine, potansiyel olarak yeniden yapılandırılmaları ve sürdürülebilir bir şekilde faaliyetlerine devam etmeleri, sadece alacaklıların çıkarlarını değil, aynı zamanda ülke ekonomisinin genel yararını da gözeten bir yaklaşım olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki iflasın, işletmelerin yeniden yapılandırılması için bir fırsat olarak görülmesi gerektiği yaklaşımı, iflas sürecini konkordatoya daha yakın hale getirmekte ve iki kurum arasındaki sınırların belirsizleşmesine yol açmaktadır. Uygulamada, bu durumun bir yansıması olarak konkordato sürecinin yüksek maliyetlerinden ve yükümlülüklerinden kaçınan borçluların, iflas talep ederek süreci manipüle ettikleri gözlemlenmektedir. Böylece, işletmenin faaliyetlerine devam etmesine yönelik kararlar alınarak iflas sürecinin uzatılmasıyla stratejik bir avantaj sağlanmakta ve aslında fiilen bir yeniden yapılandırma süreci işletilmektedir. Bu tür bir uygulamanın, iflas hukukunun temel amacı olan alacaklıların tatmin edilmesi işlevini ne ölçüde zedelediği dikkate alınmalı ve bu doğrultuda kötü niyetli kullanımların önüne geçilmelidir.

---

7 Ahmet Başözen, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 9; İbrahim Aşık, "İflas Tasfiyesinde Geçici Dağıtma", C.24, S.1, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.271; Hakan Hasırcı, İflasın Takiplere Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.64; Alacaklılara eşit muamele ilkesi – "par conditio creditorum" – iflas hukukunun temel ilkesidir. Dolayısıyla alacağını ilk sunan alacaklının önce tatmin edilmesi iflasta söz konusu değildir. Alacaklılar arasında sözde bir yarış da yoktur. Alacaklıların menfaatine olan uygulamaların iflas tasfiyesinde göz önünde tutulması uygun olacaktır. Bkz. Rolf Stürner/Horst Eidenmüller/Heinrich Schoppmeyer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4.Auflage, C.H Beck, München, 2013, Rn. 20-84; Neumayr/Nunner-Krautgasser, s.24; Deixler-Hübner/Klicka, s.553.

8 Aşık, s.271.

9 Oruç, s.42.

10 Saim Üstündağ, İflas Hukuku, 8.Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2009, s.1; Oruç, s.42.

İflas tasfiyesinin amacı, borçlunun malvarlığının en verimli şekilde değerlendirilerek alacaklıların alacaklarını mümkün olan en yüksek oranda tahsil etmelerini sağlamaktır.[11] Bu süreçte, iflas masasına dahil mal ve hakların tasfiye işlemleri, alacaklıların menfaatlerini gözeten ve adil bir şekilde yürütülen bir yöntemle sonuçlandırılmalıdır.[12] Müflisin işletmesinin devamının faydalı olması halinde bu durumun tasfiye sürecinde mümkün kılınması; işletmenin devamının masa açısından faydasız görülmesi halinde ise müflisin mallarının belli bir tasfiye çerçevesinde satılması ve iflas alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit bir şekilde tatmin edilmesine imkân verilmesi amaçlanır.[13]

İflasın ilanıyla birlikte, uygulamada genellikle müflisin ticari işletmesi kapatılır ve malvarlıkları satışa çıkarılarak tasfiye süreci başlatılır. Bu durumda, işletmenin faaliyetlerine devam edilmesi genellikle mümkün olmaz.[14] Ancak, iflasa tabi olan bir borçlu hakkında verilen iflas kararından sonra işletmenin devamı mümkün ve alacaklılar için daha avantajlıysa, malların satışına dayalı tasfiye yerine işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi tercih edilebilir. Böyle bir yaklaşım, alacaklıların daha yüksek bir tatmin oranına ulaşmalarını sağlarken, aynı zamanda işletmenin ekonomik olarak daha verimli bir şekilde toparlanmasına olanak tanıyabilir.[15]

İİK m.210/1 ve İİK m.224/1 hükümlerine göre, iflas sürecinde müflisin işletmesinin faaliyetlerinin devamı için belirli muhafaza tedbirleri alınabilir. İflas sonrasında, müflise ait işletmelerin faaliyetlerine devam edebilmesi amacıyla bu hükümlere başvurulur ve uygulamada buna "faaliyet izni" verilmesi denir.[16] Faaliyet izni, işletmenin tasfiye sürecinde aktif kalması ve ekonomik değer yaratmaya devam etmesi açısından önemli bir düzenlemeyi ifade etmektedir.[17]

---

[11] Eickes, s.2; Philipp Strümpell, Die übertragende Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz, Herbert Utz Verlag, München, 2006, s.2; Birgit Feldbauer-Durstmüller, Krisenmanagement-Unternehmensfortführung im Konkurs, VWGÖ, Wien, 1992, s.42.

[12] Hülya Taş Korkmaz, İflas Masası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.39; Kuru, El Kitabı, s.1203-1204; Hunkeler, s.870; Levent Börü/Emine Bilgiç Eroğlu, "İflasta İşletmenin Faaliyetinin Devamına Yönelik Muhafaza Tedbiri (Faaliyet İzni) İİK m. 210/1, 224/1)", C.14, S.1, 2024, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.3; Necmeddin M. Berkin, İflâs Hukuku, 3.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970, s.12; Seyithan Deliduman, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.19; Başözen, 2005, s.7-8; Hasırcı, s.66.

[13] Feldbauer-Durstmüller, s.42; Neumayr/Nunner-Krautgasser, s.24; Deixler-Hübner/Klicka, s.553; Stürner/ Eidenmüller/Schoppmeyer, Rn. 20-84.

[14] Börü/Bilgiç Eroğlu, s.4; İsviçre hukukuna göre de bir şirketin iflasına karar verilmesi halinde şirket tarafından yürütülen işletme genellikle kapatılır ve tasfiye edilir. Roger Abegg, "Die Betriebsfortführung im Konkursverfahren Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen sowie eine Checkliste für die Konkursverwaltung", 2023, BlSchK, s.126; Hunkeler, s.1009.

[15] Feldbauer-Durstmüller, s.1; Abegg, s.126; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.4.

[16] Levent Börü, İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.22; Börü/ Bilgiç Eroğlu, s.4.

[17] İİK m. 210/1'de, 2018 yılında 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, iflas eden borçluya ait işletme yerlerinin kapatılması esası getirilmişken, yalnızca belirli durumlarda faaliyetlerine devam edilebilmesi istisna olarak kabul edilmekteydi. Ancak yapılan düzenleme ile bu durum tersine çevrilmiş ve iflas sürecinde işletme yerlerinin faaliyetlerine devam etmesi esas alınırken, yalnızca belirli şartlarda kapatılması istisna haline getirilmiştir. Bu değişiklikle, iflas tasfiyesi sürecinde alacaklıların etkinliğinin artırılması ve işletme yerlerinin açık kalması sağlanarak, borçlunun stoklarının ticari

Bu yöntem, özellikle işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilirliği ve alacaklıların alacaklarını daha verimli bir şekilde tahsil edebilmesi amacıyla uygulanır.

Kanun'da müflise ait işletmenin faaliyetlerine devam edilmesine ilişkin kararın, iflas dairesi (İİK m. 210/1) ve alacaklılar toplantısı (İİK m. 224/1) tarafından verilebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, işletmenin devamına veya kapalı kalmasına dair alınacak kararlarda hangi kriterlerin dikkate alınacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun metninden, faaliyet izninin geçici bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır; bu da tasfiye sürecinin tamamına yönelik sürekli bir faaliyet izni verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda belirsizlik oluşturmaktadır.[18] Ayrıca, faaliyet izninin verilmesi durumunda iflas dairesi ve iflas idaresinin hangi rol ve sorumluluklara sahip olacağı da netlik kazanmamıştır. Bu belirsizlikler, iflas sürecinde işletmenin kapatılması veya devamı kararlarının alınması ve uygulanması noktasında hukuki bir boşluk oluşturmakta, uygulamada zorluklar yaşanmasına neden olabilmektedir.

İflas durumunda, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam edilmesi, iflas içi konkordato yöntemiyle veya işletmenin tamamının devri (satışı) amacıyla mümkün olabilmektedir.[19] Ancak bu çalışmada, yalnızca iflas sürecinde işletmenin faaliyetlerinin devamına veya kapatılmasına yönelik ilgili organlar tarafından verilecek kararlar ile sınırlı kalınmıştır. Çalışmada, öncelikle iflas kararı verildikten sonra işletmenin devamına veya kapatılmasına ilişkin kararın alınması süreci ve bu kararı veren organlar incelenmiştir. Ardından, işletmenin devamına veya kapatılmasına yönelik karar verecek organların, hangi kriterlere dayalı olarak bu kararları almaları gerektiği, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve örnekler ışığında ele alınmıştır. Son olarak, konu ile ilgili hukuki düzenlemelerde değişiklikler yapılmasına dair öneriler sunularak, ülkemiz iflas hukuku sistemine katkı sağlaması hedeflenmiştir.

I.İFLAS SÜRECİNDE İŞLETMENİN DEVAMINA İLİŞKİN KARAR

A.İŞLETME KAVRAMI

İşletme kavramı, genel anlamda bir ekonomik birim olarak, tarım, sanayi, ticaret, bankacılık gibi çeşitli alanlarda, kâr elde etme amacı güderek sermaye yatırımıyla kurulan kuruluşları ifade eder.[20] İktisat bilimi açısından işletme, üretim faktörlerini -sermaye, emek ve doğal kaynaklar- uyumlu ve sistematik bir şekilde bir araya getirip, mal ve hizmet üretmek amacıyla işleyen dinamik bir yapıdır.[21] Bu çerçevede, işletmenin temel özellikleri olarak ekonomik işlev,

---

hayat içinde değer kazanması ve paraya dönüştürülmesi hedeflenmiştir. Aynı zamanda borçlu işletmenin faaliyetlerine devam ederek iflas sürecinden çıkması ve ekonomiye tekrar üretken bir şekilde katkı sağlaması amaçlanmıştır. İbrahim Aşık/Yakup Oruç/Ozan Tok vd., İcra ve İflas Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s.613.

18 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.21.

19 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.5.

20 Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, 14.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.107; Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2021, s.8.

21 İsmet Mucuk, Temel İşletme, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2005, s.18; Zeyyat Hatiboğlu/Tuncer Tokal, İşletme, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2001, s.12; Rıdvan Karalar, Genel

kuruluş yapısı, dinamik yapı, bağımsızlık düzeyi, sosyal sorumluluk ve açık iletişim yapısına sahip olma sayılabilir.[22]

İşletmenin ekonomik yönü, üretim faktörlerinin verimli bir şekilde kullanılarak mal ve hizmet üretiminin sağlanmasıdır.[23] Dinamik yönü ise işletmenin sürekli bir işleyiş içinde nihai ürünleri üretip tüketiciye sunmaya odaklanmasıdır.[24] Bağımsızlık, işletmenin hem finansal hem de yönetsel açıdan özerk bir yapı sergilemesini ifade eder.[25] Sosyal yönü ise işletmenin topluma hizmet etme amacını taşır; bu bağlamda işletmeler, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için mal ve hizmet üretirler. Son olarak, işletmenin açık yapısı, diğer kişi ve kuruluşlarla özellikle tüketicilerle sürekli etkileşimde bulunmasını gerektirir, bu da işletmenin piyasa ve toplumla olan ilişkilerinin sürekliliğini sağlar.[26]

İşletme ile hukuk arasındaki ilişki sürekli bir etkileşim ve denetim süreci içerir. İşletmelerin, faaliyetlerini yerine getirirken devlet, özel kişiler ve diğer kuruluşlar karşısında uygulanan yasaklayıcı, düzenleyici ve özendirici kurallara uygun hareket etmeleri, hukuk yolu ile sağlanır.[27] Bu bağlamda, işletmelerin hem içsel yönetim süreçlerinde hem de dış paydaşlarla olan ilişkilerinde hukuki düzenlemelere riayet etmeleri önemlidir.

Bir ekonomik birimin işletme olarak kabul edilip edilmemesi, onun sürekli ya da geçici olmasına, büyüklüğüne veya çevreye sağladığı faydalara göre değişmez. Önemli olan, bu birimin ekonomik açıdan fayda meydana getirmesidir.[28] İşletmelerin büyüklüğü, faaliyet alanı veya mülkiyet yapısı, kamu tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından işletilip işletilmediğine bakılmaksızın, işletme statüsü kazanmasında belirleyici bir faktör değildir. Asıl kriter, işletmenin ekonomik değer üretmesi ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamada etkin bir rol oynamasıdır.[29]

B.İFLASTA İŞLETMENİN DEVAMI KARARI

Asliye ticaret mahkemesi tarafından iflas kararı verildiğinde, borçlu "müflis" statüsüne geçer ve bu noktadan itibaren müflisin haczedilebilen tüm mal ve hakları, iflas masası adı verilen bir topluluk oluşturur.[30] İflas masası,

---

İşletme, Yorum Matbaası, Eskişehir, 2005, s.34; Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, § 4 N 3.

22 Mucuk, s.18; Hatiboğlu/Tokal, s.12; Karalar, s.34; Jung/Kunz/Bärtschi, § 4 N 3; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.106-107; Bozer/Göle, s.8-9.

23 Hatiboğlu/Tokal, s.12-13.

24 Hatiboğlu/Tokal, s.13.

25 Mucuk, s.18; Hatiboğlu/Tokal, s.12; Karalar, s.34; Jung/Kunz/Bärtschi, § 4 N 3; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.111; Bozer/Göle, s.10.

26 Hatiboğlu/Tokal, s.13.

27 Mucuk, s.24; Hatiboğlu/Tokal, s.18.

28 Karalar, s.34; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.108; Bozer/Göle, s.9-10.

29 Karalar, s.34; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.108; Bozer/Göle, s.9-10.

30 Kuru, El Kitabı, s.1203-1204; Taş Korkmaz, s.39; Hunkeler, s.870; Abegg, s.127; Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20.Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020, s.580.

borçlunun malvarlığının alacaklılar arasında eşit bir şekilde paylaştırılabilmesi amacıyla, tasfiye işlemleri için kullanılan bir yapıdır.[31] Bu süreç, müflisin alacaklılarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gerekli olan yasal çerçeveyi oluşturur. İflas masasına, borçların ödenmesi amacıyla müflisin tüm mal ve hakları dahil edilir (İİK m. 184/1). İflasın açılmasından itibaren, iflasın sona erdiği ana kadar müflisin sahip olduğu ve iflas sürecine dâhil olan yeni mallar da bu masaya eklenir.[32] Ayrıca, müflise ait olan ve iflas masasına dahil edilen işletme, ayrı bir malvarlığı olarak değerlendirilir.

Eğer müflisin malvarlığı bulunmazsa veya mevcut malların satışından elde edilecek gelir, adi tasfiye masraflarını karşılamaya yetmezse, tasfiye işlemi basit tasfiye usulüne göre gerçekleştirilir (İİK m. 218). Bu durumda, müflise ait işletmenin faaliyetlerine devam edilmesi, basit tasfiye usulü çerçevesinde mümkün olmayacaktır.

İİK'nın iflas tasfiyesiyle ilgili hükümleri incelendiğinde, düzenlemelerin büyük ölçüde müflise ait malların satılarak alacakların ödenmesine yönelik olduğu ve bu yönün, İsviçre İcra İflas Kanunu'ndaki (SchKG) düzenlemelere paralellik gösterdiği görülmektedir.[33] Bu bağlamda İsviçre hukukunda iflas tasfiyesi sürecinde esas olan, müflisin mallarının nakde çevrilmesi iken, işletmenin faaliyetlerinin devam ettirilmesi istisnai bir durum olarak kabul edilmiştir. Zira İsviçre öğretisinde, iflas ilanı ile birlikte, alacaklıların borçluya ait malvarlıkları ve işletmesi üzerinde hak sahibi olduğu, iflasın açılmasından sonra, işletmenin geçici olarak faaliyetlerine devam etmesinin ancak alacaklılar açısından faydalı olması ile mümkün olduğu belirtilmektedir.[34] Başka bir deyişle, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi, iflas sürecinde alacaklılara daha yüksek oranda alacağına kavuşma imkânı sağlama potansiyeli taşımalıdır. Çalışanların veya kamunun işletmenin faaliyetlerinin devam etmesindeki menfaatleri, iflas süreci açısından doğrudan belirleyici bir faktör değildir.[35]

İİK m. 210/1'de, iflasın açılmasından sonra müflise ait işletmenin (örneğin, mağaza, eşya deposu, fabrika, imalathane, perakende satış dükkânı vb.) devam etmesinin, alacaklılar için faydalı olacağı durumlarda, iflas dairesi denetiminde işletilmesi öngörülmüş; aksi takdirde bu tür yerlerin kapatılıp mühürlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, İİK m. 224/1'de müflise ait işletmenin faaliyetlerinin sürdürülüp sürdürülmeyeceği konusunda alacaklıların karar verebileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler ışığında, işletmenin iflasta devamına ilişkin kararın hangi koşullar altında verileceği net bir şekilde belirlenmediği için bu kararın esasen etkin bir tasfiye amacı

---

31 Taş Korkmaz, s.39; Hunkeler, s.870; Kostkiewicz, s.580.

32 Kuru, El Kitabı, s.1205; Taş Korkmaz, s.39.

33 Kostkiewicz, s.582; Abegg, s.127; İsviçre İcra İflas Kanunu m.223/1'de müflise ait depo, antrepo, atölye, hizmet yerleri ve benzeri yerlerin alacaklılar arasındaki ilk toplantıya kadar yeterli denetim altında yönetilemiyorsa derhal kapatılarak iflas dairesi tarafından mühürlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

34 Hubert Gmünder, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code, Dike Verlag, Zürich, 2018, s.57.

35 Isaak Meier, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BlSchK 2003, s.6. Gmünder, s.57.

taşımadığı, daha çok işletmenin korunmasına yönelik geçici bir muhafaza tedbiri olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.[36]

Alman Aciz Kanunu'nun (Insolvenzordnung – InsO) 1. maddesinde, iflas işlemlerinin amacının, borçlunun malvarlığının tasfiyesi ve elde edilen gelirlerin alacaklılara dağıtılması yoluyla alacaklıların topluca tatmin edilmesi olduğu belirtilmiş, bunun yanı sıra, borçlunun alacaklılarıyla bir iflas planı[37] çerçevesinde anlaşmaya varılması ve özellikle işletmenin sürdürülmesi gibi seçeneklerle de çözüm sağlanabileceği vurgulanmıştır. Ayrıca, dürüst borçlulara, bu süreç aracılığıyla borçlarını tasfiye etme fırsatının tanındığı ifade edilmektedir (InsO § 1). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda müflise ait işletmenin devamının sağlanması, iflasın asıl amacını oluşturmakta ve tasfiye işlemlerinin temel hedeflerinden biri olarak öne çıkmaktadır. Ayrıca iflas masasının derhal tasfiye edilmesi yerine, alacaklılar kurulu, işletmenin faaliyetlerinin geçici olarak devam ettirilmesine karar verebilir.[38] Ancak, bu tür bir geçici devam ettirme kararı genellikle mevcut varlıkların tasfiye edilmesi ile sona erer. İlgili yasal düzenlemeler, bir işletmenin geçici olarak ne kadar süreyle faaliyetlerini sürdürebileceğine dair belirli bir süre sınırlaması getirmemiştir. Bu durum, iflas sürecindeki esneklik ve alacaklıların çıkarlarını koruma amacıyla her somut olaya göre farklı şekillerde uygulamaya konulabilir.[39]

Avusturya İflas Kanunu (Insolvenzordnung - IO) çerçevesinde ise iflasın açılmasından sonra müflisin karşılaşacağı iki temel seçenek bulunmaktadır. İşletme, ya faaliyetlerine devam eder ve sürdürülebilir bir şekilde yeniden yapılandırılmaya çalışılır ya da faaliyetlerine son verilerek tasfiye edilir. İflasın açılmasının ardından faaliyetlerine son verilmiş olan işletmeler için yeniden açılma olasılığı da mevcuttur. Bu karar, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi veya tasfiyeye gidilmesi durumunda ortaya çıkacak zararların karşılaştırılması ile verilir.[40] Zira IO § 114. maddede, iflas idarecisinin iflas masasının yönetiminde gerekli tüm önlemleri alması gerektiği belirtilmiş olup, özellikle işin devamı için elzem olmayan menkul varlıkların satışını gerçekleştirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, iflasta işin sürdürülebilirliğini tehlikeye atmayacak şekilde işin devamı için gerekli olmayan menkul varlıkların satılması gerektiği ifade edilmektedir. Daha spesifik olarak, IO § 114, iflas idarecisinin iflas masasını yönetirken işin devamı açısından gereksiz veya fazla olan menkul varlıkları satmasına ve bu varlıklardan elde edilen gelirle iflasın daha sağlıklı bir şekilde yönetilmesine olanak tanımaktadır. IO § 114a maddesinde ise işletmenin geleceğine ilişkin nihai kararın verileceği rapor duruşmasına kadar, iflas

---

36 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.12, 21.

37 InsO § 218 uyarınca borçlunun iflas prosedürünün başlamasıyla birlikte genellikle ihmal edilen veya kısıtlanan iyileştirme çabalarının engellenmesini önlemek amacıyla iflas mahkemesine sunacağı iflas planı yoluyla yeniden yapılandırma talebinde bulunması mümkün kılınmıştır. Eickes, s.34.

38 Eickes, s.50.

39 Eickes, s.50.

40 Ralf Sinz, "Fortführungsvergleich oder Liquidation: Das Konzept der Fortführungserfolgsrechnung", S.44, 1990, Der Betrieb, s.2177, (ss.2177-2181); Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren, s.606.

idarecisinin işletmenin faaliyetlerine devam etme zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir.[41]

Söz konusu düzenlemelerden görüldüğü üzere Alman ve Avusturya hukukunda, iflas durumunda işletmenin faaliyetlerine devam etmesinin önemi vurgulanmıştır. Bu bağlamda, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilirliğinin temel kriteri, operasyonel anlamda işletmenin mal veya hizmet sunma kapasitesinin devam ettirilip ettirilemeyeceğinin belirlenmesidir. Bu tespit, iflas sürecinde işletmenin devamının ekonomik açıdan faydalı olup olmayacağını değerlendirmede esas alınan temel unsurdur.[42]

İİK m. 210/1 ve İİK m. 224/1'e bakıldığında, iflas kararı verildikten sonra müflise ait işletmenin faaliyetlerine devam edilmesine yönelik kararın, işletmenin açık olma olasılığı dikkate alınarak verilebileceği anlaşılmaktadır. Ancak, iflas davasının açıldığı andan itibaren işletmenin kapalı olması da mümkündür. Kapalı durumda olan bir işletmenin tasfiye sürecinde yeniden açılmasına ve faaliyetlerine devam etmesine karar verilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu kararın verilmesi için alacaklıların zararının artmasının engellenmesi, yani alacaklıların ödeme beklentilerinin artırılması ve işletmenin yeniden faaliyete geçirilmesi için gerekli maliyetlerin beklenen gelirlerle karşılanabilir olması şarttır.[43] Bu koşullar sağlanmadan, kapalı olan işletmenin devamına karar verilmesi, alacaklıların çıkarlarını zedeleyebilir.[44]

C.İŞLETMENİN DEVAMINA KARAR VERECEK ORGANLAR

1.İflas Dairesi

İflas kararı verildikten sonra, iflas işlemlerinin başlatılması için asliye ticaret mahkemesi, iflas kararını iflas dairesine iletir (İİK m.166/1). İflas dairesi, bu karar kendisine tebliğ edildikten sonra müflisin malvarlıklarına dair bir envanter oluşturur ve malların korunması için gerekli önlemleri alır (İİK m. 208/1).

İflas dairesi, müflise ait mağaza, eşya deposu, fabrika, imalathane, perakende satış dükkânı gibi işletmelerin faaliyetlerine devam etmesinin iflas masasının yararına olacağına karar verirse, bu işletmeleri birinci alacaklılar toplantısına kadar kendi denetimi altında işletmeye devam edebilir (İİK m. 210/1). Bu düzenleme, iflasın açılmasından birinci alacaklılar toplantısına kadar

---

41 Robert Bartsch/Rudolf Pollak/Walter Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar, Band IV, 4.Auflage, Springer Verlag, Wien, 2006, s.52.

42 Feldbauer-Durstmüller, s.43; Bartsch/Pollak/Buchegger, s.53; Abegg, s.128.

43 Bartsch/Pollak/Buchegger, s.104.

44 Avusturya İflas Kanunu'nun 114a/2 maddesine göre, iflas başvurusu yapıldığında, şirket ya da işletmeler faaliyetlerini durdurmuş olsa da, mevcut iş ilişkilerinin devam ediyor olması durumunda ve işletmenin yeniden faaliyete geçmesinin mümkün olmadığı hallerde, kapalı olan işletmelerin mahkeme tarafından verilecek kararla tekrar açılması mümkün kılınmıştır. Avusturya İflas Kanunu'nun 115. maddesinin 3. fıkrasına göre, iflas alacaklılarının zararlarının daha da artmasının engellenebilmesi ancak işletmenin yeniden faaliyete geçirilmesinin, beklenen gelirlerle maliyetlerin karşılanabileceği ve alacaklıların ödeme beklentilerinin yükseltilebileceği durumlarda mümkündür. Bu şartlar altında, iflas mahkemesi işletmenin devam etmesine yönelik bir karar almalıdır. Beate Halmer, Entscheidungskriterien der Fortführung bzw Schließung eines Unternehmens in der Insolvenz, Dıplomarbeıt, Universität Graz, 2017, s.20.

geçen süre boyunca, iflas dairesinin müflise ait işletmenin faaliyetlerine geçici olarak devam etmesine karar verebileceğini ifade etmektedir.

Ülkemizde iflas ve tasfiye süreçleri genellikle uzun bir zaman dilimini kapsamakta ve iflasın açılmasından birinci alacaklılar toplantısına kadar geçen süre bazen birkaç ayı bulabilmektedir. Bunun başlıca nedeni, iflas dairesinin hangi tasfiye usulünü (adi veya basit tasfiye) uygulanacağına karar verebilmek için iflas masasının envanterini tamamlamasının zaman almasıdır.[45] Örneğin, Türkiye genelinde çok sayıda hazır giyim mağazası bulunan bir şirketin iflası durumunda, iflas dairesi tüm mağazaların envanterini çıkarıp, malların korunması için gerekli tedbirleri almak zorunda kalacaktır. Bu işlemlerin kısa bir sürede tamamlanması güçtür. Ayrıca, müflise ait işletmeler iflas dairesi tarafından güvence altına alınıp envanterleri çıkarılmak üzere kapatıldığında, bu süreçte yaşanan değer kaybı ve kaybolan iş hacmi nedeniyle, işletmelerin normal koşullarda yeniden faaliyete geçirilmesi genellikle mümkün olmayacaktır.[46]

Bu durum, iflas dairesinin, iflasın açılmasından birinci alacaklılar toplantısına kadar geçen sürede alacaklıların olası bir kararı doğrultusunda işletmenin faaliyetlerini geçici olarak sürdürme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesini gündeme getirmektedir.[47] İİK m. 210'da iflas dairesine, iflasın açılmasından sonra işletmenin faaliyetine geçici olarak devam edilip edilmeyeceğine karar verme yetkisi verilmiş olup, bu kararın masa yararına en uygun şekilde verilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, işletmenin faaliyetlerine derhal ve geçici olarak devam edilip edilmeyeceği kararı, iflas masasının çıkarlarını göz önünde bulundurarak hemen alınmalıdır. İflas dairesinin işletmeye geçici olarak devam etme yetkisi, yalnızca İİK m. 208 değil, aynı zamanda İİK m. 226 ve İİK m. 184 hükümleriyle de desteklenmektedir.[48] İflas sürecinin amacı, alacaklıların iflas masasından en yüksek oranda tatmin edilmesini sağlamak olduğuna göre, iflas dairesi, işletmenin devamı konusunda alacaklılar için en uygun sonucu elde etmek için gerekli tüm tedbirleri almalıdır.

İİK m. 210/1'e göre, işletmenin devamına veya kapanmasına karar verilmeden önce, iflas dairesinin gerekli tüm araştırmaları yapması, kendi yükümlülüğüdür. Zira, iflas dairesinin, devam edebilecek bir işletmenin kapanmasına karar vermesi ve bunun sonucunda tasfiyeden beklenen faydanın sağlanamaması durumunda iflas alacaklıları ve müflis, kanımızca zararlarının tazmini için devlete karşı tazminat davası açma hakkına sahiptir (İİK m. 5).

Uygulamada, iflâs dairelerinin faaliyet iznine genellikle müflisin talebi üzerine karar verdiği gözlemlenmektedir.[49] Öğretide *Börü/Bilgiç Eroğlu* bu

---

[45] Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s.1331; Abegg, s.130.

[46] Andreas Baumgartner, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, Universitätsverlag, Zürich, 1987, s.153; Abegg, s.130; Siegfried Beck /Peter Depré, Praxis der Insolvenz – ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Auflage, Vahlen, München, 2017, § 18 N 9; Hunkeler, s.1009.

[47] Abegg, s.130; Baumgartner, s.77; Ralph Knupp, Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs unter besonderer Berücksichtigung der konkursamtlichen Kompetenzen, des Vorentwurfs für eine Teilrevision des SchKG sowie wirtschaftlicher Aspekte, Diss., Zürich, 1988, s.17.

[48] Hunkeler, s.870; Abegg, s.131; Eickes, s.2; Strümpell, s.2; Feldbauer-Durstmüller, s.42.

[49] Börü/Bilgiç Eroğlu, s.12.

hususta şu kanıyı belirtmişlerdir; *"Uygulamada müflisin gerekçeli şekilde bir proje hazırlamak suretiyle elde edilecek kârları, bu süreçte yapılacak harcamaları, muhtemel bir ödeme planı çıkararak iflâs dairesine faaliyet izni için başvurduğu görülmektedir. İflâs dairesinin ise müflise faaliyet izni verilmesine ilişkin kararı, bilirkişilere başvurarak müflisin sunmuş olduğu projeyi inceletip buna göre verdiği görülmektedir. Yine iflâs dairesinin müflisin bir talebi olmaksızın bilirkişi marifetiyle masanın yararına olduğunu tespit ettiği hallerde resen de işletmenin faaliyetine devam etmesine karar verdiği görülmektedir. İflâs dairesi, konkordatodan sonra (İİK m. 308/1) verilen iflâs kararı üzerine yine konkordato dosyasındaki borçlunun ödeme teklifini, komiser raporlarını da inceleyebilecektir. İflâs dairesinin faaliyet izni verirken esasında masanın elde edeceği kârdan ziyade masa aleyhine bir zararın ortaya çıkmasının önüne geçilmesini amaçlaması gerekir."*[50]

2.Alacaklılar Toplanması

İflâs kararının verilmesinin ardından, iflâsın açılmasıyla birlikte müflisin işletmesine devam edip etmeyeceği konusu, tasfiye usulüne bağlı olarak farklı bir yol izler. Basit tasfiye usulünde, bu karar iflâs dairesi tarafından verilirken; adi tasfiye usulünde alacaklılar toplanmasına kadar geçen süre zarfında, iflâs dairesi tarafından alınan tedbirin devam edip etmeyeceği veya kaldırılması, alacaklıların vereceği karara bağlıdır.[51] Bu durumda, alacaklılar toplanması, iflâs dairesinin kararına son şekli vererek işletmenin devamı ya da durdurulması konusunda nihai bir karar almalıdır.[52]

Adi tasfiye usulünde ise alacaklılar toplantısı, iflâsın ilanından itibaren on gün içinde yapılmak zorundadır (İİK m. 219). Bu on günlük süre içinde, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam edip etmeyeceğine ilişkin alınacak faaliyet izni, İİK m.210/1 uyarınca iflâs dairesi tarafından verilecektir. Yani, alacaklılar toplanmasından önce, işletmenin faaliyet izni veya durdurulması yönündeki karar iflâs dairesine aittir.[53] Alacaklılar toplanmasının ardından, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam edip etmeyeceğine veya kapatılmasına ilişkin karar, alacaklılar tarafından verilir. Bu karar, iflasın amacına hizmet etmek ve alacaklıların çıkarlarını gözetmek amacıyla alınır. Alacaklılar, borçlunun faaliyetlerini sürdürmesinin ekonomik açıdan yararlı olup olmadığını değerlendirerek, işletmenin açık kalması ya da kapatılması hususunda nihai kararı verir.

İflasta alacaklılar toplanması, birinci ve ikinci alacaklılar toplanması şeklinde yapılmaktadır.[54] Alacaklılar toplanması, adi tasfiye usulünde (İİK m.219) iflas tasfiyesinin en yüksek karar organı olarak görev yapar.[55] Alacaklılar toplanmasının oluşması halinde iflas idaresine, yasanın belirlediği çerçeveler içinde usulün nasıl ilerleyeceğine dair bağlayıcı talimatlar verme yetkisi

---

50 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.12.

51 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.11; Abegg, s.131.

52 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.11.

53 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.11-12.

54 İlhan E. Postacıoğlu, İflâs Hukuku İlkeleri Cilt I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.53; Deliduman, s.86.

55 Deliduman, s.23; Kostkiewicz, s.603; Abegg, s.131.

bulunmaktadır.[56] Müflisin sanayi ve ticaret faaliyetlerinin, fabrikaları, imalathaneleri, üretim tesisleri, mağazaları, eşya depoları ve perakende satış dükkanları gibi işletme yerlerinin faaliyetlerine devam edip etmeyeceği konusu, alacaklılar kurulunun vereceği kararla belirlenir ve bu karar son derece önemli bir hukuki etkiye sahiptir.[57] Alacaklılar kurulunun, işletmenin faaliyetlerinin devamına veya sonlandırılmasına ilişkin alacağı karar, iflâs sürecinin seyri ve alacaklıların alacaklarını tahsil etme imkânları açısından belirleyici olur.

Adi tasfiye usulünde, iflâs dairesinin müflise verdiği faaliyet izni geçici bir nitelik taşır.[58] Zira, alacaklılar toplanması, iflâs dairesi tarafından verilen bu faaliyet izninin kaldırılmasına her zaman karar verebilir (İİK m. 224/1). İlk alacaklılar toplantısının yapılamaması durumunda, ikinci alacaklılar toplantısına kadar tasfiyenin yönetiminden iflâs dairesi sorumludur (İİK m. 222). Bu süre zarfında, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam etmesine ilişkin kararlar, iflâs dairesinin yetkisi dâhilindedir. Eğer ikinci alacaklılar toplantısı da gerçekleşmezse, iflâs dairesi, yeni bir alacaklılar toplantısı yapılıncaya kadar müflisin işletmesinin faaliyet izni ve diğer muhafaza tedbirleri konusunda tek yetkili organ olmaya devam eder (İİK m. 239).

İİK m.224/1'e göre, birinci alacaklılar toplanması, iflas masasının faaliyetlerine devam edip etmeyeceği konusunda, tamamen takdir yetkisine sahip olup bu kararı kesin olarak verir.[59] Birinci alacaklılar toplantısında faaliyet izninin verilmesine ilişkin kararda, iflâs dairesi tarafından hazırlanan rapor büyük bir öneme sahiptir.[60] Alacaklılar, müflisin işletmesinin mevcut durumu hakkında doğrudan bilgi sahibi olmayacaklarından, işletmenin faaliyetine devam edilmesiyle ilgili sağlıklı bir değerlendirme yapabilme imkânları kısıtlıdır. Bu nedenle, iflâs dairesinin raporunda, müflisin işletmesinin faaliyetine devam edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sonuçlar ayrıntılı şekilde yer almalıdır.[61] Raporun hazırlanmasında, teknik konularda uzman bilirkişilerden görüş alınması, iflâs dairesinin objektif ve sağlıklı bir değerlendirme yapabilmesi için gereklidir.[62]

İİK'nın 210/1. maddesi uyarınca iflâs dairesi tarafından verilen faaliyete devam kararı, bir muhafaza tedbiri niteliği taşır. Eğer birinci alacaklılar toplantısında bu karar hakkında herhangi bir değişiklik yapılmazsa ve faaliyet izninin kaldırılmaması durumunda, müflisin işletmesinin faaliyetine devam edilmesi yönünde bir karar alındığı kabul edilebilir. Dolayısıyla, alacaklılar kurulu tarafından faaliyet izninin iptaline ilişkin bir karar verilmediği sürece, iflâs dairesinin verdiği kararın geçerli olduğu ve işletmenin faaliyetinin devam edeceği anlamına gelir.[63]

---

56 Abegg, s.131.

57 Berkin, s.315; Postacıoğlu, s.55; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.13.

58 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.12.

59 Knupp, s.103; Baumgartner, s.86; Abegg, s.131; Deliduman, s.90; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.11.

60 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.14.

61 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.14.

62 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.14.

63 Güray Erdönmez, İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.121; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.14.

İkinci alacaklılar toplantısı, iflâs kararının kesinleşmesinden önce gerçekleştirilemez (İİK m. 164/3). İflâs sürecinde müflisin işletmesinin faaliyetine devam edip etmeyeceğine ilişkin karar, genellikle birinci alacaklılar toplantısında alınır (İİK m. 224/1). Ancak, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam edip etmeyeceğine dair karar, ikinci alacaklılar toplantısında da verilebilir (İİK m. 238/2). Dolayısıyla, müflisin işletmesinin faaliyetlerine devam etme kararı, hem birinci hem de ikinci alacaklılar toplantısının yetki alanına giren bir konu olup, her iki toplantı da alacaklılar, bu hususta karar verebilme yetkisine sahiptirler (İİK m. 238/2).

Netice itibariyle, iflas masasına dahil olan işletmeye devam etme kararı, adi tasfiye usulü çerçevesinde alacaklılar toplanmasında alacaklıların yetkisindedir. İflas dairesinin iflas sürecinin başında işletmeyi durdurma kararı alması, alacaklılar tarafından verilecek bir "işletmeye devam" kararını olumsuz etkileyebilir veya bu olasılığı tamamen ortadan kaldırabilir.[64] Birinci alacaklılar toplantısında müflisin işletmelerine faaliyet izni verilmesinin önemi ise özellikle iflâs kararının Bölge Adliye Mahkemesi tarafından kaldırılması veya Yargıtay tarafından bozulması durumunda belirginleşmektedir.[65] Eğer işletmenin faaliyetlerine son verilirse, iflâs kararının daha sonra kanun yolu denetimi sırasında kaldırılması veya bozulması durumunda, borçlu müflisin durumu daha da zorlaşır. Bu nedenle, faaliyet izni kararı verilirken, söz konusu olasılıkların da dikkate alınarak, işletmenin devamının masanın çıkarları açısından en uygun seçenek olup olmadığı ayrıntılı şekilde değerlendirilmelidir.[66]

3.Değerlendirmemiz

İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde, iflâsta işletmenin faaliyetlerine devam edilmesine ilişkin kararın, iflâs kararının verilmesinden sonra mümkün olduğu görülmektedir (İİK m. 210/1, İİK m. 224). İflâs davasının dayanağı olan sürecin başında, borçluya ait işletmenin faaliyetinin devamının mümkün olup olmadığına dair bir araştırma ve değerlendirme mahkemeler tarafından maalesef yapılmamaktadır. Oysa İİK'nın 159. maddesinde, iflâs talebi üzerine mahkemelerin, alacaklıların menfaatini gözeterek gerekli gördükleri tüm muhafaza tedbirlerine karar verebileceği belirtilmiştir. Bu durum, iflâs davasının bağımsız bir dava olmanın ötesinde, tüm iflâs sürecinin bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır.[67]

İflas süreci, asliye ticaret mahkemesinin iflasın açılmasına ilişkin kararı ile başlamakta ve aynı mahkemenin iflasın kapanmasına dair vereceği karar ile tamamlanmaktadır.[68] Bu çerçevede iflasın başlangıcı ve sonlanması, mahkemenin kararına bağlıdır. Bununla birlikte, İflas tasfiyesi sürecinin etkin ve adil bir şekilde yönetilebilmesi için, borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam edip etmeyeceğine karar verilmesi oldukça önemli bir aşamadır. Bu karar yalnızca ekonomik koşullar ve alacaklıların menfaatleri dikkate alınarak

---

64 Meier, s.4; Abegg, s.131.

65 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.15.

66 Börü/Bilgiç Eroğlu, s.15.

67 Mustafa Serdar Özbek, "İflas Davasının Hukuki Mahiyeti", C.61, S.1, 2012, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.207.

68 İflasın kapanması süreci ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Vafire Merve Yıldırım, İflasın Kapanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.79 vd.

verilmemeli, aynı zamanda işletmenin özelinde ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. İlgili kararın alınabilmesi için yapılacak inceleme ve araştırma, sadece hukuki bir perspektife dayanmamalı, aynı zamanda işletme yönetimi, iktisat ve muhasebe alanlarına ilişkin kapsamlı bir analizi gerektirmektedir. Bu nedenle, mahkemenin karar öncesinde gerekli tüm araştırma ve değerlendirmeleri yaptırarak işletmenin faaliyetlerinin devamına ya da sonlandırılmasına dair bir tespite varması, iflas sürecinin bütünlüğünü sağlamada ve alacaklıların haklarını korumada kanımızca daha doğru ve adil bir yaklaşım olacaktır. Nitekim bu tespit, iflas tasfiye sürecinde iflas dairesi veya alacaklıların işletmenin devamına dair verecekleri karara dayanak olması bakımından da önem arz etmektedir.

İflâsta işletmenin faaliyetinin devamına yönelik kararın Kanun'da geçen ifadesiyle bir muhafaza tedbiri olarak kabul edildiği görülmektedir. İflâs davası açıldığında, borçlunun işletmesinin faaliyetine, borçlunun yönetiminde devam edilmesi mümkün olmakla birlikte, mahkemenin işletmenin devamının mümkün olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmaması önemli bir eksikliktir. Oysa iflas sürecinin bütünlüğü ve mahkemenin alacaklıların menfaatini gözeterek gerekli gördüğü tüm muhafaza tedbirlerine[69] karar verebileceği gözetildiğinde, iflâs davası açıldıktan sonra, öncelikle işletmenin ekonomik açıdan faaliyetine devam edilip edilmeyeceği hususunun mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İşletmenin devamının alacaklıların menfaatine olup olmayacağı nihai olarak bir işletme yönetimi sorunudur ve iflasın açılmasıyla birlikte iflas organlarının bunu değerlendirmesi genellikle zordur.[70]

İflâs kararı sonrasında, iflâs dairesi ve alacaklılar tarafından işletmenin faaliyetinin devamı veya sona erdirilmesine ilişkin alınacak kararların hangi kriterlere dayandırılacağına dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, bu kararları verebilmek için gerekli olan verilerin iflâs dairesi ve alacaklılar tarafından toplanması ve bu verilerin teknik ve bilimsel bir bakış açısıyla değerlendirilmesi, pratikte oldukça güçtür. Her ne kadar bilirkişiye başvurulması mümkün olsa da iflâs sürecinde alacaklıların, ek masrafları üstlenmeye genellikle isteksiz oldukları bir gerçektir. Bu koşullar altında, iflas sürecinin bütünlüğü de gözetildiğinde işletmenin faaliyetlerinin ekonomik açıdan devamının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi için iflâs kararını veren mahkemenin, ilgili alanda uzman bilirkişilerden rapor alması hem daha etkili bir yöntem hem de iflâs sürecinin şeffaf ve düzgün bir şekilde yürütülmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yaklaşım, tasfiye sürecinde karşılaşılabilecek pek çok potansiyel sorunun önceden belirlenmesine ve bu sorunlara yönelik uygun çözüm önerilerinin geliştirilmesine olanak tanıyacaktır.

---

69 Kanun koyucu, yaptığı düzenlemelerle işletmenin faaliyetlerinin devam edip etmeyeceğine ilişkin kararı bir muhafaza tedbiri olarak düzenlemiş; bu yetkiyi süreç içinde önce asliye ticaret mahkemesine, ardından iflas dairesine ve nihayetinde alacaklılar toplantısına devretmiştir. İflas sürecinde her somut olayda farklı dinamikler ortaya çıkabilir, işletmenin faaliyetlerine devam etmesini etkileyebilecek beklenmedik durumlar yaşanabilir veya işletmenin faaliyet gösterdiği piyasa koşulları değişebilir. Bu nedenle, somut olayın özellikleri ve iflas sürecindeki mevcut duruma bağlı olarak, ilgili merci bu hususta karar verecektir.

70 Grümder, s.57.

II.İŞLETMENİN DEVAMINA İLİŞKİN KARARDA GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN KRİTERLER

A.GENEL OLARAK

İİK m.210/1 ve İİK m.224/1 hükümleri gözetildiğinde iflâs tasfiye sürecinde öncelikle işletmenin faaliyetlerine devam edilip edilmeyeceği veya kapatılıp sona erdirileceği konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.[71] Bu kararların alınmasında temel kriter, alacaklılar açısından ortaya çıkacak zararları minimize etmeye yönelik olmalıdır.[72] İşletmenin faaliyetlerinin devamı, alacaklılar için zararları artıracaksa işletmenin faaliyetlerine son verilerek kapatılması uygun olacaktır. Buna karşın, işletmenin faaliyetine devam edilmesi, borçların ödenmesi açısından daha faydalı ve alacaklıların menfaatine ise işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilmesi sağlanmalıdır.[73] Bu bağlamda, tasfiye sürecinde izlenecek yol, işletmenin ekonomik durumu ve alacaklıların çıkarları doğrultusunda şekillendirilir.[74]

Uygulamada, işletmenin devamına yönelik bir karar alınmamasının temel nedeni, iflas dairesi veya iflas idaresinin bu sorumluluğu üstlenmekten kaçınmasıdır. İflas dairesi müdürü, alacaklılar toplanmasına kadar (İİK m. 210/1)[75] işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi konusunda sorumluyken; alacaklılar toplanması ve iflas idaresinin oluşmasından sonra bu sorumluluk iflas idaresine geçer (İİK m. 226/1). Ancak, bu süreç, birçok uygulama sorusunu beraberinde getirerek, iflas idaresinin karar alma ve uygulama süreçlerinde belirsizlikler meydana getirebilmektedir. Bu nedenle, işletmenin devamına ilişkin kararların alınmasında dikkate alınacak kriterlerin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. İflas hukuku çerçevesinde, işletmenin sürdürülebilirliği ve faaliyetlerinin devamı yalnızca mevcut ekonomik durumla değil, aynı zamanda alacaklılar ve diğer paydaşların çıkarlarıyla uyumlu bir şekilde değerlendirilmeli ve hukuki çerçevede net bir yön belirlenmelidir. Ancak çalışmada vurguladığımız üzere, iflas durumunda işletmenin faaliyetlerine devam edilip edilmemeye karar verilirken yalnızca İİK'da düzenlenen hükümler yeterli bir temele sahip değildir. Bu süreçte, özellikle işletme yönetimi, iktisat ve muhasebe alanlarındaki bilgi ve verilerin dikkate alınması zorunludur. İşletmenin mali durumu, faaliyetlerinin

---

71 Halmer, s.16; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.4.

72 Feldbauer-Durstmüller, s.1; Abegg, s.138.

73 Feldbauer-Durstmüller, s.1; Abegg, s.138.

74 Udo Feser, Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning, 3. Auflage, RWS Verlag, Köln, 2016, s.59; Halmer, s.1; Börü/Bilgiç Eroğlu, s.4.

75 İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 223. maddesinin 1. fıkrasına göre, müşterek borçlunun işyerleri, iflasın açılmasından sonra yeterli gözetim altında ise ve özellikle iflas dairesinin işletmeyi devralması durumunda, ilk alacaklılar toplantısına kadar mühürlenmek zorunda değildir. Yeterli gözetimin sağlanabilmesi için, duruma göre, iflas dairesi, işletmenin faaliyetlerinin devamını bizzat ya da görevlendirdiği bir yardımcı kişi aracılığıyla denetleyebilir ve sürdürebilir. Alternatif olarak, işletmenin yönetimini sağlamak amacıyla, borçlunun güvenilir eski çalışanları da görevlendirilebilir. Bu düzenleme, iflas sürecinin etkin bir şekilde yürütülmesi ve alacaklıların haklarının korunması için önemli bir esneklik sunmaktadır. Carl Jaeger, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Orell Verlag, Zürich, 1911, Art. 223 N 2.Knupp, s.85; Meier, s.12; Abegg, s.133.

sürdürülebilirliği ve ekonomik potansiyeli gibi faktörler de işletmenin devamlılığını değerlendirirken kritik öneme sahiptir. Bu nedenle, iflasta işletmenin devamı veya kapatılması kararı verilirken sadece Kanun'da verilen yetkiye dayanmak yerine, iktisat ve muhasebe verileriyle desteklenen bir analizin yapılması zorunludur.[76]

B.REHİNLİ ALACAKLILARIN ETKİSİ

İflasta işletmenin devamının sağlanıp sağlanamayacağı, her somut olayda özel olarak değerlendirilmelidir; zira farklı durumlar için genel bir onay ya da ret kararı verilmesi mümkün değildir.[77] Ancak işletmenin faaliyetlerinin devamına ilişkin bir karar alabilmek için eğer mevcutsa, rehinli alacaklıların bu karara katılımı gerekmektedir. İflas hukuku çerçevesinde, rehinli alacaklıların hakları, rüçhanlı olduğu belirtilerek teminat altına alınmış olup (İİK m.206/1), bu alacaklıların onayı olmadan işletmenin devamına yönelik bir karar alınması mümkün olmayabilir. Bu durum, alacaklıların haklarının korunması ve tasfiye sürecinin adil bir şekilde yürütülmesi için önemli bir kriter oluşturur.

Tasfiye sürecinde ayrıcalıklı sınıfta yer alan rehinli alacaklılar için daha fazla beklemek genellikle mantıklı olmayabilir, çünkü bu alacaklılar zaten alacaklarının karşılanması önceliğine sahiptir (İİK m.206/1). Bu grup, çoğunlukla en kısa sürede ödeme almak isteyecektir. Çünkü işletmenin devamı ile iflas masasının belirsizliğe sürüklenmesi de söz konusu olabilir. Bununla birlikte, rehinli alacaklıların çıkarları genelleştirilemez. Zira bu gruptaki alacaklılar farklı menfaatler güdebilirler.[78] Örneğin, rehinli bir alacaklı, borçlu şirketin mali zorluklar içinde olmasına rağmen, şirketi ticaret hayatında önemli bir iş ortağı olarak görüyorsa, faaliyetlerinin devamından yana olabilir.[79] Diğer taraftan, doğrudan rakip olan rehinli alacaklılar, müflise ait işletmenin piyasadan bir an önce çekilmesini sağlamaya çalışabilirler. Şüpheli durumlarda, alacaklıların varlıklarının iadesi hakkını müzakere etmeden kullanmaya yönelmeleri ve bu nedenle, belirli şartlar altında, işletmenin derhal tasfiyesini tercih etmeleri

---

[76] İflas eden bir şirketin varlıklarının ve işletmelerinin değerlemesi, iflas sürecinin önemli aşamalarından biridir. Bu değerleme, yalnızca borçların ödenmesi ve alacaklıların haklarının korunması açısından değil, aynı zamanda işletmenin potansiyel yeniden yapılandırma veya satış imkanlarının değerlendirilmesi açısından da kritik öneme sahiptir. İflas hukuku çerçevesinde yapılan bu tür değerlemeler, şirketin mali durumu, varlıklarının piyasa değeri, borçların yapısı ve diğer ekonomik göstergeler göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Lutz Kruschwitz/Arnd Lodowicks/Andreas Löffler, "Zur Bewertung insolvenzbedrohter Unternehmen", C.65, S.3, 2005, DBW, s.222 vd; Eickes, s.75 vd.

[77] Eickes, s.50.

[78] Joachim Goebel, Gläubigerobstruktion, Gläubigerstimmrecht und Beschlusskontrolle im Insolvenzverfahren über Unternehmen, KTS, 2002, s.616; Eickes, s.50.

[79] Goebel, s.616; Eickes, s.50; Rehinli alacaklıların çoğunluğunun finans sektöründen, özellikle bankalar ve finans kurumları gibi aktörlerden oluştuğu gözlemlenmektedir. Ancak, müflise ait işletmeye hammadde sağlayan bir tedarikçi de rehinli alacaklı olabilir. Özellikle katma değerli ürünler üreten bir şirketin iflas etmesi durumunda, bu tedarikçi için işletmenin faaliyetlerinin devam etmesi önemli bir çıkar olabilir. Zira, alacakları rehin altında bulunan bu tür alacaklılar, işletmenin tasfiye edilerek piyasadan çekilmesi yerine, işin devam ettirilmesinin kendileri için daha avantajlı olacağını düşünebilirler. Bu sayede, işletme faaliyetlerini sürdürerek kar elde etme olasılığı daha yüksek olabilir.

olasılık dahilindedir.[80] Bu nedenle, rehinli alacaklıların varlığı, alacak miktarlarının büyüklüğü ve tasfiyeye yönelik tutumları, işletmenin devamına dair alınacak kararda önemli ve belirleyici bir faktördür.

C.İFLAS NEDENLERİNİN VE EKONOMİK DURUMUN ANALİZİ

İcra ve İflas Kanunu'na göre, iflasın açılmasıyla birlikte hem iflas dairesinin hem de iflas idaresinin, müflisin iflas sebeplerini ya da iflas öncesinde ve sonrasında ekonomik durumunu inceleme gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu durum, iflas sürecinin yalnızca müflisin mallarının paraya dönüştürülerek tasfiye edilmesiyle ilerlemesine yol açmakta ve herhangi bir ön analiz yapılmadan sürecin başlatılmasına neden olmaktadır.

Avusturya İflas Kanunu'nun 81a maddesinde, iflas idarecisinin göreve başlamasından hemen sonra, müflisin ekonomik durumu, önceki yönetimin faaliyetleri, varlıkların azalmasının sebepleri, işletmedeki istihdamın tehdit altında olup olmadığı, üçüncü kişilere ait sorumluluk beyanlarının varlığı ve alacaklıların çözümüne yönelik kritik tüm unsurlar hakkında kesin ve güvenilir bilgilere ulaşmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yani iflas idarecisinin görevleri arasında, işletmenin faaliyetlerine devam edip etmeyeceği ya da yeniden faaliyete geçip geçemeyeceği konusunda bir karar vermek, bu kararı verebilmek için de müflisin iflas sebeplerini ve ekonomik durumunu incelemek yer alır.[81] Ayrıca, gerek duyulması halinde, mahkemenin izniyle uzmanlardan yardım alınması gerektiği de bu sorumluluklar arasındadır (§ 81 IO). Kanımızca, Avusturya İflas Kanunu'ndaki bu düzenlemelere benzer bir düzenlemenin İİK'da ihdas edilmesi, iflas süreçlerinde işletmenin devamına yönelik alınacak kararların daha sağlıklı ve kesin olmasını sağlayarak bu konudaki belirsizliklerin ortadan kaldırılmasında etkili olacaktır.

İflas sürecini sadece bir kayıp olarak görmek yerine, iflas eden tacir için yeni bir başlangıç fırsatı olarak değerlendirmek de mümkündür.[82] Bunun için öncelikle iflasa nasıl gelindiğinin ve borçlunun zor duruma düşmesine yol açan hatalı kararların ayrıntılı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir.[83] İflas, aslında bir işletme krizinin zirveye ulaşmış halidir ve bu noktada kriz yönetimi araçları devreye girebilir.[84] İşletmenin mevcut ekonomik durumu ve kriz belirtileri bu aşamada ele alınmalı, kriz ortamının nedenleri belirlenmelidir.[85] İflasın sebeplerini ve bu sebeplerin işletmenin gelişimi üzerindeki etkilerini anlamak, sadece mevcut durumu değerlendirmekle kalmaz, aynı zamanda gelecekte benzer krizlerin önlenebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına da olanak sağlar.[86]

---

80 Eickes, s.50.

81 Halmer, s.29.

82 Feldbauer-Durstmüller, s.46; Reto Brunner/Benjamin Rutz/Kevin Templer/Uljana Figura, Bilanzanalyse zur Erkennung von Unternehmenskrisen, C.64, 2023, ZZZ, s.369; Aşık/Oruç/Tok vd., s.613.

83 Feldbauer-Durstmüller, s.72; Brunner/Rutz/Templer vd., s.370.

84 Feldbauer-Durstmüller, s.72.

85 Feldbauer-Durstmüller, s.42; Feser, s.59.

86 Brunner/Rutz/Templer vd, s.369-370.

Özellikle şirket krizleri genellikle zaman içinde, bir dizi etkenin bir araya gelmesiyle gelişir ve bu süreç, ciddi bir düzeyde varlık kaybına yol açarak iflasla sonuçlanabilir. Bu nedenle, iflas sürecine giden yolun analiz edilmesi, mevcut ekonomik verilerin doğru bir şekilde değerlendirilmesi önemlidir.[87] Ekonomik durumu incelemek için, muhasebe ve kontrol mekanizmalarından elde edilen nicel veriler ile pazar araştırmalarından elde edilen nitel veriler gibi farklı analiz araçları kullanılabilir.[88] Krizin ortaya çıkmasında etkili olan faktörlerin birden fazla olabileceği ve bu faktörlerin birbirini etkileyip güçlendirebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu karmaşık durumu anlamak için bütünsel bir yaklaşımın benimsenmesi gereklidir. Dolayısıyla, kriz nedenlerini sadece ayrı ayrı ele almak, tüm karmaşıklığı kavrayabilmek için yetersiz olacaktır.[89]

Krizin sebeplerini etkileyen faktörlerin hızlı ve etkili bir şekilde analiz edilmesi, öncelikle krize yol açan en önemli etkenlerin belirlenmesine ve bu etkenlerin gelecekteki olası etkilerinin değerlendirilmesine yardımcı olabilir. İlk aşamada, çevresel faktörler toplanmalı ve bunların şirket üzerindeki etkileri daha ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir. İkinci aşamada, bu çevresel faktörlerin ve diğer potansiyel kriz nedenlerinin, borçlu şirket üzerindeki etkileri analiz edilerek değerlendirilmelidir. Üçüncü adımda ise, belirlenen etkiler ve kriz nedenleri, her iki boyutta da - hem mevcut kriz üzerindeki etki yoğunluğu hem de gelecekteki etkilerinin potansiyeli - dikkate alınarak iki boyutlu istatiksel bir veri elde edilebilir.[90] Bu grafiksel yaklaşım, hangi çevresel etkileşimlerin krizin ortaya çıkmasında en büyük rolü oynadığını ve bu etkilerin şirketin gelecekteki gelişimi için ne kadar önemli olabileceğini görsel olarak ortaya koyar. Bu tür bir analiz, şirketin geleceği için en kritik faktörlere odaklanılmasını sağlayarak, etkili bir çözüm stratejisinin oluşturulmasına yardımcı olabilir.[91]

---

87 Brunner/Rutz/Templer vd., s.370; Alman ve Avusturya hukukunda, şirket krizlerinin sebeplerinin, işletmenin devamlılık kararı açısından kritik bir öneme sahip olduğu vurgulanmaktadır. Bu görüş, "sağlıklı şirketler istiyoruz; hasta şirketler ise yalnızca sağlıklı olanı daha iyi anlamamıza yardımcı olur" şeklinde ifade edilmiştir. Franz Findeisen, Aufstieg der Betriebe: der gesunde und der kranke Betrieb, Leipzig, 1932, s.50; Feldbauer-Durstmüller, s.75; Bu bağlamda, iflas ve icra hukuku çerçevesinde, bir şirketin kriz durumu, yalnızca o şirketin mevcut durumunu değil, aynı zamanda gelecekteki sürdürülebilirliğini de değerlendirmede önemli bir referans noktası teşkil etmektedir.

88 Feldbauer-Durstmüller, s.75-76; Brunner/Rutz/Templer vd., s.370.

89 Kurt Lichtkoppler/Ulla Reisch, Handbuch Unternehmenssanierung, 1. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2010, s.2 vd; Max Liebig, Reaktivierungsmanagement von Not leidenden Unternehmen – Sanierungsmög-lichkeiten im Rahmen der Insolvenzordnung, 1. Auflage, Gabler Verlag, Heilderberg, 2010, s.21 vd; Frank Saur/Heiner Ellebracht, Führen in schwierigen Zeiten – Tools und Tipps für Führungs-kräfte und Coaches, 1. Auflage, Springer, Wiesbaden, 2014, s.23 vd.; Brunner/Rutz/Templer vd, s.370.

90 Lichtkoppler/Reisch, s.34; Liebig, s.23; Brunner/Rutz/Templer vd., s.370-371.

91 Saur/Ellebracht, s.107; Feldbauer-Durstmüller, s.76; Birçok şirket, geçmişte elde ettiği büyük başarıların etkisiyle, küçük problemlerin birikmesinin ve bu problemlerin zamanında fark edilmemesinin sonucunda, yıllar içinde üstesinden gelemeyeceği kadar büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu tür kurumlarda, başarı dönemlerinde rehavet hakim olabilmektedir. Ancak, başarıyı garanti eden kısa yollar bulunmadığı gibi, başarısızlık ya da iflas süreci de tek bir nedene dayanmaz. Önemli olan, zorluklar ve riskler büyümeden önce bunların işaretlerini fark edebilmek, bu riskleri zamanında tespit edebilmek ve etkin bir şekilde yönetmektir. Fırtına yaklaşırken önlem almak ve kriz yönetimini doğru şekilde uygulamak, fırtınanın kasırgaya dönüşmesini engellemek için en kritik adımdır. Bu yaklaşım, şirketlerin sürdürülebilirliği için risklerin önceden

İflas nedenleri ve ekonomik durumun incelenmesi, tek başına işletmenin devamlılık kararı üzerinde belirleyici bir kriter oluşturmaz. Bununla birlikte, "hayatta kalan" bir şirketin daha önce gözden kaçan ciddi risk unsurlarının mevcut şirketler için de tehlike oluşturabileceği dikkate alındığında bu durum, bir referans noktası olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, geçmişte karşılaşılan iflas sebepleri, benzer koşullara sahip diğer işletmeler için de uyarıcı bir nitelik taşıyabilir.[92]

Ekonomik analiz, kanaatimize göre yalnızca işletmenin mevcut durumunu değil, aynı zamanda var ise işletmenin bağlı olduğu şirketin genel yapısını ve finansal durumunu da kapsamlı şekilde değerlendiren bir süreçtir. Bu analiz, iflas sürecinde işletmenin sürdürülebilirliğini ve gelecekteki potansiyelini doğru bir şekilde değerlendirebilmek için kritik öneme sahiptir. Bu şekilde yapılan genel bir analiz, hem şirketin mali yapısını hem de stratejik hedeflerini gözler önüne serer. Zira şirket analizinin temel amacı, şirket içindeki mevcut ve henüz kullanılmayan potansiyelleri tespit ederek, verimliliği artırmak ve işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için en kısa sürede uygulanabilir çözümleri hayata geçirmektir. Bu analiz, iflas sürecinde, şirketin sürdürülebilirliğini sağlamak ve alacaklıların haklarını korumak adına kritik bir adım olup, aynı zamanda işletmenin devamında şirketin yeniden yapılanma ve iyileştirme stratejilerinin belirlenmesine de olanak tanır.[93]

D.VARLIK VE KAZANÇ DURUMUNUN TESPİTİ

Borçlu tacirin iflasına karar verildikten sonra iflas dairesi, müflise ait ticari defterler ile diğer tüm kayıt ve belgeleri koruma altına almakla yükümlüdür (İİK m. 210/2). Bu işlem, iflas sürecinin şeffaf ve düzenli bir şekilde yürütülmesi açısından kritik öneme sahiptir. Çünkü ticari defterler ve belgeler, borçlunun mali durumu ve ticari faaliyetleri hakkında önemli bilgiler sunar. Bu belgelerin muhafaza edilmesi, alacaklıların haklarının korunması ve iflasın doğru bir şekilde tasfiye edilmesi için gereklidir.

Müflisin mali durumunu değerlendirebilmek için iflas dairesi veya alacaklıların müflise ait işletmenin muhasebe verilerine başvurarak önceki yıllara ait mali tabloları inceleyip detaylı bir analiz yapmaları gerekir. Mevcut durumun doğru bir şekilde değerlendirilmesi için gerekirse düzeltme ve eklemelerle dönem içi bilanço ve gelir tablosu (kar-zarar tablosu) oluşturulabilir. Eğer son yıllık mali tabloların kalitesi düşükse, verilerin düzeltilmesi gerekebilir; bu durum hem iflasın sebeplerini hem de sonuçlarını anlamak açısından önemlidir. Yıllık mali tablonun temel unsurlarından biri olan bilanço, şirketin varlıklarının ve sermayesinin anlık durumunu yansıtan finansal tablodur.[94] Bilançonun içeriği ve sınıflandırması, vergi mevzuatı ve diğer yasal düzenlemelerle belirlenmiştir.

---

belirlenmesini ve etkili bir yönetim stratejisi geliştirilmesini gerektirir. Türkiye'de son zamanlarda meydana gelen iflas nedenleri için bkz. https://www.cananduman.com/2019/04/23/neden-iflas-ettiler/ (E.T: 24.12.2024).

92 Feldbauer-Durstmüller, s.75.

93 Baumgartner, s.53 vd; Brunner/Rutz/Templer vd., s.371.

94 Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

Bilanço, aktif tarafta kalıcı olarak kullanılan duran varlıklar ve kısa vadede işlem görecek dönen varlıklara ayrılır.[95] Duran varlıklar, maddi olmayan duran varlıklar (örneğin ticari marka hakları, lisanslar), maddi duran varlıklar (arsa, makine, ekipman) ve finansal duran varlıklardan (hisseler, ortaklıklar) oluşur. Dönen varlıklar ise, sürekli giriş ve çıkışlar gösteren stoklar (hammaddeler, mamul ve yarı mamul ürünler), alacaklar (mal ve hizmet satışlarından doğan alacaklar), kısa vadeli menkul kıymetler, kasa ve banka hesaplarından oluşur. Pasif tarafta ise şirketin borçları, özkaynakları ve diğer finansal yükümlülükleri yer alır.[96]

Yıllık mali tablodaki verilerden daha anlamlı ve karşılaştırılabilir bilgiler elde edebilmek için çeşitli finansal göstergelerin hesaplanması önerilir.[97] Burada önemli olan, göstergelerin doğru bir şekilde analiz edilip yorumlanmasıdır; sadece rakamların ayrıntılı hesaplanması değil, elde edilen sonuçların finansal sağlığı anlamada nasıl kullanılacağıdır.[98] Başarı ve kârlılık göstergeleri, gelir ve giderlerin izlenmesi ve bunların hangi faktörlerden etkilendiğinin incelenmesi ile sağlanabilir. Bu bağlamda, işletme performansı analizi yaparak satış gelirlerinin gelişimi ve bileşimi, ayrıca faaliyet kârı oranı gibi göstergeler değerlendirilebilir.[99] Ayrıca, sabit gider kalemlerinin işletme performansına etkisini anlamak için personel gider yoğunluğu, maliyet yoğunluğu ve faiz gider yoğunluğu gibi göstergeler de önemli veriler sunabilir.[100] Bu tür analizler, maliyet düşürme ve verimlilik artırma potansiyellerinin belirlenmesine yardımcı olur, böylece şirketin iflasta devamlılığına ilişkin ekonomik durumu daha iyi anlaşılabilir.[101]

E.EKONOMİK FAYDA KRİTERİ

İflas sürecinde müflise ait işletmenin faaliyetlerinin devamına karar verilebilmesi için işletmenin varlıkları açısından faaliyetlerin devamının kapatılmasından neden ekonomik açıdan daha avantajlı olabileceği sorusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.[102]

Örneğin ülke genelinde bulunan mağazaları ile hazır giyim üretim sektöründe faaliyet gösteren bir şirketin faaliyetleri iflas kararının verilmesi ile birlikte durdurulursa bunun geniş kapsamlı etkileri olur. Mevcut siparişler tamamlanamaz, stoklarındaki ürünler değersiz hale gelir, alacaklıları borçlarını ödemekten imtina eder ve müşterilerin sorunları çözümsüz kalır. Aynı zamanda, faaliyetlerin durdurulması sonucunda sözleşmelerin sıklıkla ihlal edilmesi ve çalışanların, müşterilerin ve diğer iş ortaklarının tazminat talebinde bulunmaları

---

95 Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

96 Oktay Güvemli, "Bilanço ve Gelir Tablosu Bağıntıları Üzerine Bir Dinamik Tahlil Denemesi", 2011, Muhasebe ve Finansman Dergisi, s.2; Brunner/Rutz/Templer vd., s.372-373.

97 Güvemli, s.3; Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

98 Brunner vd., s.371.

99 Feldbauer-Durstmüller, s.147; Halmer, s.49; Brunner/Rutz/Templer vd., 372.

100 Feldbauer-Durstmüller, s.147; Halmer, s.56.

101 Baumgartner, s.222; Feldbauer-Durstmüller, s.137.

102 Abegg, s.127; Sinz, s.2177; Deixler-Hübner/Klicka, s.606.

nedeniyle yükümlülükler düzenli olarak artabilir.[103] Bu şu anlama gelir; bir şirket iflas kararıyla birlikte kapatıldığında, şirketin tüm varlıkları genellikle onarılamaz biçimde değer kaybeder ve sayısız iş imkanı ortadan kalkar.[104] Sonuç olarak, işletmenin veya işletmeye dahil malların satışı durumunda artık devam değeri[105] elde edilemez, ancak çok daha düşük olan tasfiye değeri[106] elde edilebilir.[107] Bahsedilen nedenlerden dolayı, bir işletmenin kapatılması, çoğu zaman faaliyetlerin geçici olarak sürdürülmesine kıyasla alacaklıların daha az tatmin olmasına neden olur.[108]

Ekonomik fayda kriteri çerçevesinde incelenmesi gereken bir diğer önemli konu, pazar analizinin yapılmasıdır. Bu analiz, işletmenin faaliyet gösterdiği piyasanın dinamiklerini, rekabet koşullarını ve müşteri taleplerini anlamak açısından kritik bir rol oynamaktadır. İflas sürecinde, pazarın yapısı ve gelecekteki eğilimler, işletmenin devamlılık kararı ve yeniden yapılandırma stratejileri açısından belirleyici olabilir. Pazar terimi geniş ve çok boyutlu bir kavram olup, birçok faktör ve piyasa katılımcısının etkileşimi ile şekillenmektedir.[109] Bu nedenle, pazar analizi iflasta, alacaklılar için önemsiz bir görev olarak değerlendirilemez.[110] İflas idarecisinin, piyasa dinamiklerini ve bu dinamiklerin borçlu şirket üzerindeki etkilerini doğru bir şekilde anlaması ve bu doğrultuda hareket etmesi, sürecin karmaşıklığını ve inceliklerini göz önünde bulundurmayı gerektirir.[111] Pazar analizi, şirketin faaliyet gösterdiği pazarın yapısı, müşteri talepleri, potansiyel fırsatlar ve karşılaşılabilecek riskler hakkında

---

[103] Baumgartner, s.114; Lukas Müller/J. Gorg Wohl, "Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung", C.50, 2020, ZZZ, s.157.

[104] Baumgartner, s.78; Müller/Wohl, s.157; Abegg, s.128.

[105] İşletmenin devam değeri, işletmenin mevcut faaliyetlerini sürdürebilme potansiyelini dikkate alarak hesaplanan değeri ifade eder. Bu değer, işletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramadan devam etmesi durumunda elde edilecek gelecekteki nakit akışlarına dayanır. Bu kavram, işletmenin piyasa koşullarına, yönetim kapasitesine ve diğer faktörlere bağlı olarak gelecekte kazanç sağlama yeteneğine odaklanır. Özetle, işletmenin varlıkları ve faaliyetleri devam ettikçe elde edilebilecek değer anlamına gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım Beyazıt Önal/Erdinç Karadeniz/Serkan Yılmaz Kandır, "Devam Eden Değerin Hesaplanması: İMKB'ye Kote Bir Turizm İşletmesi Üzerinde Uygulama", C.14, S.2, 2005, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.370 vd.

[106] Tasfiye değeri, bir işletmenin faaliyetlerini sona erdirip, varlıklarını satma yoluyla elde edilebilecek toplam değeri ifade eder. Bu değer, işletmenin mevcut varlıklarının (maddi ve gayri maddi varlıklar) paraya çevrilerek satılmasından elde edilen gelirle belirlenir. Tasfiye değerinde, işletmenin faaliyetleri ve devamlılığı göz önünde bulundurulmaz; yalnızca varlıkların paraya dönüşmesi ve borçların ödenmesi hedeflenir. Tasfiye değeri genellikle iflas durumunda, işletme kapandığında veya satıldığında belirlenen değerdir. Bu değer, işletmenin varlıklarının alacaklılar arasında paylaştırılabilir hale getirilmesi durumunda ortaya çıkar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Gözen, "Şirket Değerlemesine Kurumsal Açıdan Bakış", C.5, S.2, 2019, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.202 vd.

[107] Baumgartner, s.111; Abegg, s.128.

[108] Müller/Wohl, s.153; Abegg, s.128.

[109] Reinhard Grimm /Markus Schuller / Raimund Wilhelmer, Portfoliomanagement in Unternehmen – Leitfaden für Manager und Investoren, SpringerGabler Verlag, Wiesbaden, 2014, s.61; Feldbauer-Durstmüller, s.137.

[110] Grimm/Schuller/Wilhelmer, s.64.

[111] Grimm/Schuller/Wilhelmer, s.88.

değerli bilgiler sunabilir.[112] Bu nedenle, pazar araştırması yaparken odaklanılan sorunun iyi tanımlanması ve doğru bir çerçevede daraltılması büyük önem taşır; aksi takdirde, işletmenin devamı için doğru kararlar almak zorlaşabilir.

İflas süreci çerçevesinde pazar analizinin amacı, öncelikle borçlu şirket için geçerli bir pazarın olup olmadığının tespit edilmesidir.[113] Eğer mevcut bir pazar söz konusuysa, bu pazarın koşulları altında şirketin faaliyetlerine devam etme olasılığı değerlendirilmelidir.[114] Ancak, işletmenin devamında dahi iflas idarecisinin rolü, bu pazar analizinin sonuçlarına dayanarak müflis için uzun vadeli pazar stratejileri geliştirmek değil, yalnızca mevcut koşullar doğrultusunda işletmenin sürdürülebilirliği ve alacaklıların haklarının korunması adına gerekli kararları almaktır.[115]

F.MAL VEYA HİZMET SUNMA YETERLİLİĞİ KRİTERİ

İflas sürecinde, müflise ait işletmenin faaliyetlerinin devamına karar verilebilmesi için dikkate alınması gereken önemli bir diğer kriter, işletmenin mal veya hizmet sunma yeterliliğinin olup olmadığıdır. Bu yeterlilik, sermaye yeterliliği ile karıştırılmamalıdır; çünkü bir şirketin ekonomik yetersizlik nedeniyle borca batık olması veya ödeme gücünden yoksun kalması, iflasına yol açacak durumlardır.[116] Oysa, bir işletmenin mal veya hizmet sunma yeterliliği, doğrudan sermaye yeterliliği ile ilişkili değildir. Bu nedenle, mal veya hizmet sunma yeterliliği tespit edilirken, işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için operasyonel yeterlilik ve mevcut/muhtemel siparişler doğrultusunda işleyişin devam edebilirliği göz önünde bulundurulmalıdır.[117]

Mal veya hizmet sunma kriteri belirlenirken göz önünde tutulması gereken husus, işletmenin veya işletmeye sahip olan şirketin ilgili pazardaki konumu olmalıdır. Borçlu şirketin pazardaki konumunun belirlenmesi, öncelikle şirketin kendi durumunun analiz edilmesini gerektirir. Bu süreçte, işletmenin ürettiği mal veya hizmetin değeri, henüz karşılanmamış satış potansiyeli ve müşteri ihtiyaçlarının tespit edilmesi için önemlidir.[118] Ayrıca işletmenin, bağlı olduğu pazarın dinamiklerine daha etkili bir şekilde müdahale edebilmesi için firmanın imajı, pazardaki bilinirliği, müşteri memnuniyeti, toplumsal fayda ve mevcut müşterilerinin sadakati gibi faktörler de dikkate alınmalıdır.[119] Bu unsurlar, özellikle iflas süreci gibi zorlayıcı dönemlerde şirketin pazardaki rekabet gücünü ve faaliyetlerinin sürdürülebilirliğini değerlendirmede önemli bir rol oynar.

Ayrıca, müflise ait işletmenin stratejik veya inovatif mal ve hizmetler üretmesi, işletmenin sürdürülebilirliği açısından önemli bir etken olarak değerlendirilebilir. İflas sürecinde, işletmenin sahip olduğu yenilikçi yetenekler

---

112 Feldbauer-Durstmüller, s.141.

113 Baumgartner, s.107.

114 Baumgartner, s.107.

115 Feldbauer-Durstmüller, s.146-147.

116 Michael C. Frege/ Ulrich Keller/Ernst Rıedel, Handbuch Insolvenzrecht, 9.Auflage, C.H BECK, 2022, Rn. 302-324; Eickes, s.14.

117 Feldbauer-Durstmüller, s.147-148.

118 Feldbauer-Durstmüller, s.148.

119 Feldbauer-Durstmüller, s.150.

ve pazara sunduğu katma değerli ürünler, hem rekabet avantajı sağlayabilir hem de faaliyetlerinin devamına yönelik olumlu bir temel oluşturabilir.

Günümüzde, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere ülkemizde de birçok girişim (start-up) şirketi bulunmaktadır.[120] Bu şirketlerin çoğu, yenilikçi ve teknoloji odaklı bir temele dayanmaktadır.[121] Yerleşik büyük şirketlere kıyasla daha esnek ve inovasyona açık olan bu girişimler, işsizlik sorununa çözüm sunma ve ekonomik büyümeye önemli katkılar sağlama potansiyeline sahiptir. Özellikle finansal teknoloji (fintech), kripto varlıklar gibi dijital yeniliklerin yanı sıra biyoteknoloji, sağlık ve savunma sanayi gibi alanlarda faaliyet gösteren girişim şirketleri, yalnızca ülke ekonomisine değil, aynı zamanda topluma da önemli katkılar sunmaktadır. Bu şirketlerin temel amacı, genellikle sınırlı sermayeye sahip olan kıymetli iş fikirlerinin uygun finansmanla hayata geçmesini sağlamaktır.[122] Bu dinamik yapı, girişimcilik ekosisteminin büyümesine ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmaktadır. Girişim şirketinin iflası durumunda şirket, finansal açıdan yetersiz olsa bile bünyesinde barındırdığı değerli iş fikirleri nedeniyle potansiyel olarak sürdürülebilir bir yapıya sahip olabilir. Yenilikçi ve teknoloji odaklı iş fikirleri, şirketin iflas sürecinde bile yatırım alması açısından önemli bir değer taşıyabilir. Bu sebeple, iflas işlemleri sadece maddi varlıkların değil, aynı zamanda şirketin entelektüel sermayesinin[123] de dikkate alınarak yürütülmesi gereken karmaşık bir süreçtir.

F.KÜRESEL İŞLETME ORTAMININ TESPİTİ

Bir şirketin ve bağlı işletmelerin genel stratejilerinin belirlenmesinde temel araçlardan biri, şirketin makro çevresinin analizidir.[124] Bu yaklaşım, iflas hukuku bağlamında da uygulanabilir. İflas sürecinde, müflisin faaliyetlerini etkileyen makro çevresel faktörlerin belirlenmesi, stratejik kararların daha sağlam temellere dayanmasını sağlar.[125] Bu analiz, genellikle müflisin doğrudan etkisi dışında kalan, küresel ortamda meydana gelen geniş çaplı eğilimleri incelemeyi içerir. Yani, müflisin faaliyet gösterdiği küresel bağlamın kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu tür bir çevresel analiz, politik, ekonomik, sosyo-kültürel, teknolojik, çevresel etki analiziyle yapılabilir.[126] Bu analiz, devamına karar verilecek işletmeyi ve varsa bağlı olduğu şirketi etkileyebilecek

---

[120] Girişim şirketi (start-up) hakkında detaylı bilgi için bkz. G. Can Akdağ, Girişim Şirketi (Start-Up), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.9 vd.

[121] Akdağ, s.2.

[122] Akdağ, s.10.

[123] Entelektüel sermaye, bir işletmenin sahip olduğu bilgi, deneyim, yetenek, yaratıcılık ve diğer entelektüel varlıkların tümünü ifade eder. Maddi olmayan bu varlıklar, bir işletmenin değer yaratmasında önemli bir rol oynar ve genellikle finansal tablolarla doğrudan ölçülemezler. Ancak işletmenin sürdürülebilir rekabet avantajı, çoğu zaman entelektüel sermayeye dayanır. Zira entelektüel sermaye, değere dönüştürülebilen her türlü bilgiyi kapsar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Bulgurcu, "Entelektüel Sermaye ve Entelektüel Sermayenin Ölçülmesi", S.3, 2011, Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, s.2 vd.

[124] Feldbauer-Durstmüller, s.140; Halmer, s.42.

[125] Halmer, s.43.

[126] Dietmar Sternad, Strategieentwicklung Kompakt – Eine praxisorientierte Einführung, SpringerGabler, Berlin, 2015, s.13; Halmer, s.43.

olası eğilimleri ve gelişmeleri tanımlar, bu eğilimlerden hem zorluklar hem de fırsatlar üretilebilir.[127]

Politik ve yasal faktörler, bir bölgenin siyasi durumu, hukuki gelişmeler, vergi politikaları, işgücü piyasasındaki değişiklikler ve hukukun üstünlüğü gibi unsurları kapsar. Ekonomik faktörler, döviz kurları, faiz oranları, ekonomik büyüme, sektör bağımlılıkları, kaynakların mevcudiyeti ve nüfusun satın alma gücü gibi makro ekonomik verileri içerir. Sosyo-kültürel faktörler, nüfusun demografik yapısı, tüketim alışkanlıkları, gelir dağılımı ve toplumsal değerlerdeki değişimleri kapsar. Özellikle toplumsal değerlerdeki değişimler, hızla gelişen ve değişen bir alandır; bu değerler, kişisel tutumlar ve toplumsal trendler hızla evrim gösterebilir. Teknolojik faktörler, özellikle bilgi teknolojileri, internet ve robot teknolojilerindeki büyük ilerlemeler nedeniyle şirketlerin karşılaştığı modernleşme baskılarını ve süreçlerdeki otomasyon artışını içerir. Son olarak, çevresel faktörler, çevre koruma, enerji tasarrufu, sürdürülebilirlik gibi konularda artan farkındalık ve daha sıkı düzenlemelerle ön plana çıkmaktadır.[128]

Küresel ve çevresel analiz sonucunda, mevcut ve gelecekteki eğilimler doğrultusunda stratejik kararlar almak için temel yönler belirlenebilir. Bu analiz, müflise ait işletmenin hem mevcut zorluklara hem de fırsatlara nasıl yanıt vereceğini şekillendirirken, aynı zamanda iflas sürecindeki kararların daha verimli ve sağlam bir temele dayanmasına da katkı sağlar.[129]

G.YAKIN İŞLETME ORTAMININ TESPİTİ

Bir işletmenin veya şirketin mikro çevresi, yakın ortamını temsil eder ve bu çevre, işletmenin/şirketin doğrudan etkileşimde bulunduğu unsurları içerir. Bu kapsamda, pazar talep edenleri, rakipler, tedarikçiler ve sektörün genel özellikleri incelenir. Talep edenlerin analizi, başta gerçek ve potansiyel müşterilerin varlığı, ihtiyaçları, satın alma davranışları ve bu davranışlardaki değişimler olmak üzere bir dizi unsuru kapsar. İşletme/şirket, pazarın hedef kitlesinin ihtiyaç, istek ve arzularına yönelik pazarlama stratejilerini doğru şekilde belirleyip politikasını buna göre şekillendirerek, iflas sürecine girse bile satış pazarında kalmaya devam edebilir.[130]

Rakiplerin analizi, mevcut ve potansiyel rakiplerin rekabetçi davranışlarını, pazara giriş stratejilerini ve pazarda nasıl bir tehdit oluşturduklarını belirlemeyi amaçlar.[131] Müflise ait işletmenin rekabet edebilmek ve müşteri kayıplarını önleyebilmek için rakiplerinin avantajlarını ve stratejileri iyi anlaşılmalıdır.[132] Tedarikçilerin analizi ise şirketin değer zincirindeki yukarı akıştaki unsurları inceler. Bu analizde, alternatif tedarikçilerin devreye

---

127 Sternad, s.13; Halmer, s.43.

128 Feldbauer-Durstmüller, s.140; Halmer, s.45.

129 Sternad, s.13-14; Halmer, s.45.

130 Christian Homburg, Marketingmanagement: Strategie – Instrumente – Umsetzung – Unterneh-mensführung, 6. Auflage, SpringerGabler, Wiesbaden, 2017, s.480; Halmer, s.46.

131 Homburg, s.490; Halmer, s.46.

132 Feldbauer-Durstmüller, s.146; Halmer, s.46.

sokulmasıyla, işletmenin maliyetlerini düşürme ve operasyonel iyileştirmeler sağlama potansiyeli göz önünde bulundurulmalıdır.[133]

Pazarın genel özellikleri incelenirken, pazarın büyüklüğü, geçmişteki gelişimi ve potansiyel büyüme oranı dikkate alınır. Eğer pazar doygunluğa ulaşmışsa, iflas sürecinde olan bir işletmenin bu pazara girmesi veya mevcut pazar konumunu iyileştirmesi oldukça güçleşir.[134] Bu nedenle, mikro çevreyi analiz etmek için rekabet analizi ve rakiplerin yoğunluğu, yeni tedarikçilerin pazara giriş tehdidi, ikame ürünlerin piyasadaki etkisi, tedarikçilerin pazarlık gücü ve alıcıların pazarlık gücü gibi faktörler, rekabetçi stratejilerin belirlenmesinde önemli araçlar olarak kullanılabilir.[135] Bu unsurlar, yalnızca şirketin rekabet gücünü artırmaya yönelik stratejilerin oluşturulmasında değil, aynı zamanda iflas sürecinde karşılaşılan zorlukların aşılması için etkili çözüm yolları geliştirilmesine de katkı sağlar. İflas sürecindeki işletmeler için, bu faktörlerin analiz edilmesi, faaliyetlerin sürdürülebilirliğini sağlamak ve pazar konumunu iyileştirmek adına kritik bir öneme sahiptir.[136]

Müflise ait işletmenin mevcut pazardaki konumunun analiz edilmesi, pazar içindeki yerini net bir şekilde belirlemeyi sağlar.[137] Bu süreçte, henüz karşılanmamış satış potansiyelinin ve müşteri ihtiyaçlarının tespit edilmesi önemlidir. Ayrıca, mevcut müşterilerin memnuniyet düzeyi ve sadakatleri[138] de değerlendirilmeli; bu unsurlar hem pazardaki fırsatları anlamak hem de iflas sürecinde faaliyetlerin sürdürülebilirliğini sağlamak adına kritik bilgiler sunar. Bu analiz, şirketin pazarda hangi boşlukları doldurabileceğini ve potansiyel olarak hangi alanlarda rekabetçi avantajlar geliştirebileceğini ortaya koyar.[139]

H.İŞLETME ORGANİZASYON YAPISININ ANALİZİ

İflas halinde bulunan işletmeye ait muhasebe verilerine dayalı nicel analizlerin yanı sıra, iç yapısının ve organizasyonunun değerlendirilmesi de kritik bir öneme sahiptir.[140] Bu tür bir analiz, her ne kadar doğrudan ölçülemeyen unsurlar içerse de müflise ait işletmenin iç yapısındaki iyileştirme ve tasarruf potansiyellerini belirlemek için oldukça değerli bilgiler sunar.[141] Bu bağlamda, işletmenin organizasyon yapısı, süreçleri ve performansının

---

133 Homburg, s.490; Halmer, s.46.

134 Halmer, s.47.

135 Halmer, s.47.

136 Sternard, s.12; Halmer, s.47.

137 Feldbauer-Durstmüller, s.116 vd; Halmer, s.47.

138 Müşteri memnuniyeti ve sadakatinin değerlendirilmesinde, sosyal medya paylaşımları ve internet üzerindeki yorumlar ile müşteri geri bildirimlerinden yararlanılabilir. Bu tür veriler, şirketin müşteri tabanının sadakatini ve memnuniyetini ölçmek için değerli bir kaynak oluşturur. İflas sürecinde olan bir şirket için, geçmişteki müşteri odaklı yaklaşımının ve sağladığı memnuniyetin, tedarikçiler, tüketiciler ve diğer paydaşlar tarafından destek bulmasına katkı sağlaması mümkündür. Şirketin güçlü bir müşteri ilişkileri geçmişi, iflas durumunda bile çevresindeki paydaşların desteğini kazanmasına yardımcı olabilir, bu da sürecin yönetilmesinde önemli bir avantaj sunar.

139 Feldbauer-Durstmüller, s.146; Halmer, s.47.

140 Baumgartner, s.174; Feldbauer-Durstmüller, s.158; Halmer, s.54.

141 Feldbauer-Durstmüller, s.158; Halmer, s.54.

ekonomik verimliliği dikkatle incelenmelidir.[142] Mevcut yapı içindeki hiyerarşi, departman yapıları, çalışanların durumu[143], yönetim seviyeleri ve liderlik tarzı gibi unsurların analizi, genellikle verimlilik artışlarına ve maliyet tasarruflarına yol açabilecek iyileştirmeleri ve yeniden yapılandırma fırsatlarını ortaya koyar.[144]

İflas sürecindeki bir işletmenin, organizasyonel yapıların gözden geçirilmesi, yer değişiklikleri, bazı bölümlerin kapatılması veya müflis şirket ise tüzel kişiliğinde değişiklik yapılması gibi adımlar değerlendirilebilir.[145] Bu tür değişiklikler, özellikle iflas alacaklılarının çıkarlarını gözeten bir çözüm olarak, şirketin faaliyetine devam etmesine ve dahi yeniden yapılanmasına yardımcı olabilir.[146] Şirketin mevcut yapıları üzerinden yapılan değerlendirmelerle, henüz keşfedilmemiş maliyet tasarrufları ve verimlilik artışı sağlanabilir. Operasyonel hızın artırılması, hataların azaltılması gibi iyileştirmeler sağlayabilir. Bu tür bir süreç iyileştirmesi, sorumlularının uygun şekilde eğitilmesiyle başarılı bir şekilde uygulanabilir ve kalite güvencesine önemli bir katkı sağlayabilir. Bu yaklaşım, müflis şirketin iflas sürecinde daha sağlam bir finansal yapıya kavuşmasına yardımcı olabilir.[147]

I.FİNANSAL ANALİZ

Finansal analiz, iflas prosedürünün başlama tarihinden itibaren müflisin mevcut mali durumu ve gelecekteki mali gelişimi hakkında kapsamlı bir değerlendirme sunmayı hedefler.[148] Bu süreçte, likidite durumu ile gelir ve giderlerin belirlenmesi ve planlanması yoluyla işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli olan sermaye miktarı ve bu sermayenin nasıl temin edileceği konusunda genel bir çerçeve oluşturulmalıdır. Bu analiz, hem kısa vadeli hem de uzun vadeli finansal ihtiyaçların net bir şekilde ortaya konmasına yardımcı olur ve iflas sürecindeki karar alıcılar için kritik bir rehber işlevi görür.[149]

Müflise ait işletmenin faaliyetlerine devam etme kararı, iflas alacaklılarının çıkarları doğrultusunda değerlendirildikten sonra, bu kararın finansal ve

---

142 Feldbauer-Durstmüller, s.158; Halmer, s.54.

143 İş sözleşmesinin işverenin iflasıyla sona ermeyeceği hem iş hukuku hem de icra ve iflas hukuku çerçevesinde açıkça belirtilmiştir. İflas, iş sözleşmesinin ifasını engelleyen bir durum olarak kabul edilmez ve mücbir sebep oluşturmaz. İİK'nın 198 ve 224. maddelerinde öngörülen iflas idaresinin seçim hakkı, aynı zamanda iş sözleşmesinin aynen ifasına karar verme yetkisini de içerir; dolayısıyla iflas, iş sözleşmesinin feshi anlamına gelmez. İflas idaresinin işletmede çalışanların sözleşmesini devam ettirmeyi istemesi durumunda, işçi çalışmalarına devam edebilir ve masadan tam ücretini alabilir (İİK m. 248). Ayrıca, işçi bu ücreti almak için teminat talep edebilir. Dolayısıyla iflasın iş sözleşmesinin sona ermesi anlamına gelmediğini ve çalışanın haklarını koruyan bir çerçeve sunduğunu göstermektedir. İflasta işletmenin devamına dair verilen kararda çalışanların durumu da ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu konuda bkz. Yarg. 23.HD., 01.11.2013, E.2013/4640, K.2013/6729, e-uyar.com, (E.T: 24.12.2024).

144 Feldbauer-Durstmüller, s.158.

145 Feldbauer-Durstmüller, s.158-159; Halmer, s.55.

146 Feldbauer-Durstmüller, s.159; Halmer, s.55.

147 Halmer, s.55.

148 Baumgartner, s.263; Halmer, s.61.

149 Halmer, s.61.

operasyonel açıdan uygulanabilirliği üzerinde durulması gerekir. Bu değerlendirmede, ilk olarak işletmenin mali yapısı incelenmeli ve faaliyetlerin sürdürülebilirliği açısından mevcut durumu göz önünde bulundurulmalıdır. İşletmenin faaliyetlerine devam etmesi, yeni maliyetler ortaya çıkaracağı için bu ek maliyetlerin, beklenen gelirlerle karşılaştırılması gereklidir. Ayrıca, bu yaklaşımın iflas alacaklıları açısından faydalı olup olmadığı, diğer bir deyişle işletmenin kapanmasıyla elde edilecek tasfiye gelirinin, kapanış işlemlerinin maliyetlerinden ne ölçüde daha fazla olduğu da dikkate alınmalıdır.[150]

Bir işletmenin mali durumunun değerlendirilmesinde likidite ve finansal planlama en kritik faktörler arasında yer alır.[151] Likidite analizinde, işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için nakit akışının sağlanıp sağlanamayacağı mutlaka incelenmelidir.[152] Kısa vadeli finansal plan, işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi için gereken kaynakların tespit edilmesine, bu kaynakların nasıl temin edileceğine ve kaynakların işletme içinde en verimli şekilde nasıl kullanılacağına odaklanır. Bu aşamada, yalnızca teorik olanaklar değil, somut ve mevcut imkanlar da göz önünde bulundurulmalıdır. İşletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi, büyük ölçüde müflisin mevcut durumu ile iş yaptığı kişilerin iş birliği yapma istekliliğine bağlıdır.[153] Eğer faaliyetlerin devam etmesi iflas alacaklıları için ek bir risk oluşturmuyorsa, bu yaklaşım finansal olarak uygulanabilir kabul edilir.[154] Bu süreç, işletmenin mali yapısı ve alacaklıların çıkarları göz önüne alındığında, faaliyetlerin devam etmesinin, tasfiye sürecine kıyasla daha avantajlı olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmasını gerektirir.

Likidite, bir işletmenin finansal sağlığının temel göstergelerinden biridir[155] ve özellikle iflas durumunda daha da kritik hale gelir. Zira iflas etmiş bir şirkette, faaliyetlerin sürdürülebilirliği ve mümkünse şirketin yeniden yapılandırılması için likiditenin sağlanması, şirketin hayatta kalabilmesi açısından vazgeçilmezdir. Likidite, bir işletmenin mevcut nakit durumu ile gelecekteki tahsilatlarının, o dönemde yapılması gereken ödemelerden daha fazla olması anlamına gelir.[156] Başka bir ifadeyle, likidite, vadesi gelen borçları zamanında ödeme kapasitesine sahip olup olmadığını belirleyen bir finansal durumdur.[157] Ayrıca paraya çevrilebilen tüm aktif kaynaklar likidite olarak kabul edilir. Bu kaynağın, tüzel ya da özel kişiliğe ait olması likit olma özelliğini engellemez. Örneğin; ev, dükkân, arsa gibi taşınmazlar ya da bir şirkete ait tahvil ve benzeri menkul kıymetler likit ürünlerdir.[158]

---

150 Baumgartner, s.222; Halmer, s.56.

151 Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

152 Hand Paul Becker, Investition und Finanzierung – Grundlagen der betrieblichen Finanzwirt-schaft, 4. Auflage Gabler Verlag, Wiesbaden, 2010, s.12; Halmer, s.56.

153 Baumgartner, s.222; Halmer, s.56.

154 Baumgartner, s.222; Becker, s.12; Halmer, s.56.

155 Nigar Alev, "Likidite Riski ve Finansal Performans İlişkisi: Özel ve Yabancı Sermayeli Bankalar İçin Karşılaştırmalı Bir Analiz", S.45, 2023, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.602.

156 Alev, s.602; Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

157 Alev, s.602; Brunner/Rutz/Templer vd., s.372.

158 Brunner/Rutz/Templer vd, s.372.

İİK'da "ödemelerin aczi" terimi yasal olarak tanımlanmamış olmakla birlikte, iflas hukuku çerçevesinde, bir şirketin yetersiz likiditeye sahip olması - yani mevcut ya da beklenen ödeme aczine düşmesi veya aşırı borçlanması- iflas sürecinde merkezi bir rol oynamaktadır.[159] Bu durumda, şirketin ödemelerini yerine getirememe durumu, iflasın temel sebeplerinden biri olarak kabul edilir. İİK'da düzenlenen iflas nedenleri gözetildiğinde, borçlu şirketin likidite durumunun yetersizliği, iflas kararına etki eden önemli bir faktör olarak değerlendirilir.

Özellikle iflas durumundaki şirketlerde, borçların ödenmesi için gereken nakit akışının sağlanamaması, faaliyetlerin sürdürülebilmesi açısından büyük bir engel oluşturur.[160] Bu bağlamda, iflas sürecinde borçlu şirketin finansal yapısının yeniden değerlendirilmesi ve likidite sorununun çözülmesi, yalnızca şirketin hayatta kalması değil, aynı zamanda alacaklıların haklarının korunması için de kritik öneme sahiptir.[161]

Likidite, statik bir kavram olmayıp dinamik bir süreçtir ve yalnızca belirli bir anda değil, iflas prosedürünün başlangıcından sonrasına kadar süreklilik arz eden bir unsurdur. Zira müflise ait işletmenin uzun vadeli sürdürülebilirliği, öncelikle bu likiditenin sağlanması ve güvence altına alınmasına bağlıdır. İlk aşamada, müflisin mevcut durumu ve likiditeye dair kapsamlı bir değerlendirmesi yapıldıktan sonra, likiditenin güvence altına alınması için gerekli finansal ve operasyonel tedbirler planlanıp uygulanabilir.[162] Bu tedbirler, sermaye artırımı veya gelir odaklı finansal yeniden yapılandırma gibi geleneksel yöntemlerin yanı sıra, dış finansman kaynaklarına erişimini kolaylaştırmak amacıyla ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından yapılan nakit ödemeleri, kredi imkanları[163], devlet destekleri ve yardım programlarından yararlanmayı da içerebilir.[164]

Bununla birlikte, işletmenin likiditesini artırmak için stokların azaltılması, kullanılmayan varlıkların satılması veya kiralanması gibi stratejik kararlar alınabilir. Ayrıca, müflisin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için ödeme taksitlendirmeleri, borç indirimleri, varlık satışları ve aynı zamanda geri kiralama (satış ve kiralama) gibi finansal düzenlemeler yapılabilir. Bu tür önlemler,

---

159 Brunner/Rutz/Templer vd., s.373.

160 Halmer, s.57.

161 Feldbauer-Durstmüller, s.154; Halmer, s.57.

162 Becker, s.13; Halmer, s.57; Brunner/Rutz/Templer vd., s.373.

163 İflas durumunda sağlanabilecek finansal destek yalnızca geleneksel "para kredisi" ile sınırlı değildir. Günümüzde, barter şirketleri, işletmelere nakit yerine "barter kredisi" adı altında alternatif finansman imkânları sunmaktadır. Barter kredisi, belirli bir barter şirketi tarafından tanımlanan teminatlar ve şartlar çerçevesinde, işletmenin barter ortak pazarında mal veya hizmet alımını gerçekleştirebilmesi için sağlanan bir kredi türüdür. Bu kredi, şirketin borçlarını nakit ödeme yerine, barter sistemi üzerinden mal ve hizmet değişimi yaparak ödeyebilmesini sağlar. Barter kredisi, üyelerin belirli bir değer karşılığında borçlanabilmesini ve borçlarını barter sistemiyle yapılandırarak ödeyebilmesini mümkün kılar. Bu süreçte, barter şirketi, üye işletmeye bir nevi alışveriş yapma yetkisi tanır ve üye, borçlarını mal veya hizmet alımı yoluyla ödeme imkânı bulur. Bu tür bir finansman modeli, iflas ve yeniden yapılandırma sürecinde, nakit akışı sıkıntıda olan işletmeler için önemli bir alternatif sunar. Barter sistemi ve barter kredisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Süleyman Topak, "Borçlunun Barter Sistemindeki Hak ve Alacaklarının Haczi" C.50, S.1, 2024, Yargıtay Dergisi, s.54 vd.

164 Halmer, s.58.

işletmenin en azından kısa vadede faaliyetlerini sürdürebilmesi için likiditeyi yeniden sağlamak ve güvence altına almak amacı taşır.[165]

İflas sürecinde işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi için finansal planlamanın oluşturulması kritik bir unsurdur. Bu aşamada, finansal planlamanın temel hedefi, işletmenin kısa vadeli likidite ihtiyaçlarını karşılayarak faaliyetlerini sürdürebilmesidir.[166] İflas sürecinde yapılacak olan finansal planlama, genellikle en fazla bir yıl süreyi kapsar ve esasen nakit akışlarına odaklanır; bu nedenle, bu tür bir planlama, "likidite planlaması" olarak da adlandırılabilir.[167] Kısa vadeli finansal planlama ile işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli ödemeler ve bu ödemelerin nasıl karşılanacağı ayrıntılı bir şekilde belirlenir.[168] Bu süreçte, planlama döneminde herhangi bir anda belirli bir nakit ihtiyacı ortaya çıkarsa, işletmenin likiditesinin tükenmiş olacağı göz önünde bulundurulur ve yeniden likidite sağlanabilmesi için gerekli finansal önlemler devreye sokulmalıdır.[169] Aksi takdirde, işletmenin iflas sürecinde faaliyetlerine devam etmesi ve mali sürdürülebilirliğini sağlaması mümkün olmayacaktır.

Uzun vadeli finansal planlama ise, işletmenin gelecekteki sermaye ihtiyaçlarını tespit etmeyi ve buna uygun uzun vadeli finansman çözümleri geliştirmeyi amaçlar. Bu tür bir planlamanın temel amacı, işletmenin likiditesinin uzun vadede güvence altına alınması ve sürdürülebilirliği için gerekli kaynakların sağlanmasıdır.[170] Hem kısa vadeli hem de uzun vadeli finansal planlamanın etkin bir şekilde yapılması, iflas sürecinde işletme faaliyetlerinin devamını sağlamanın yanı sıra, alacaklıların haklarının korunması için de büyük önem taşır.

III.İŞLETME FAALİYETİNİN SONLANDIRILMASI KARARINDA GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN KRİTERLER

A.GENEL OLARAK

Çalışmamızın önceki bölümünde, iflas kararı alındığında işletmenin faaliyetlerine devam edip etmeme kararında dikkate alınması gereken kriterler üzerinde durulmuştur. Bu kriterler, işletmenin kapatılması kararını verirken de kanımızca göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu bölümde, işletmenin faaliyetlerine devam etmesine yönelik belirlenen kriterlerin yanı sıra, iflas sürecinde faaliyetlerini sürdüren bir işletmenin faaliyetlerinin sonlandırılmasında dikkat edilmesi gereken hususlar ele alınacaktır.

---

165 Becker, s.13; Halmer, s.58.

166 Becker, s.30; Halmer, s.59.

167 Halmer, s.59.

168 Brunner/Rutz/Templer vd, s.373.

169 Halmer, s.59; Brunner/Rutz/Templer vd., s.373.

170 Becker, s.30; Halmer, s.59; Brunner/Rutz/Templer vd., s.373.

B.KONTROLLÜ İŞLETME KAPATMA

Bir işletmenin, iflas davasının açıldığı ya da iflas kararının verildiği tarihte faaliyetlerine devam etmesi ve hatta açık bulunması olasılığı mümkündür. İflas, toplumsal algıda bir son noktayı ifade etse de Türk hukukunda düzenlenen iflas sebeplerine göre bu durum her zaman kesin bir kapanış anlamına gelmez. Bu nedenle, iflas süreci içerisinde işletmenin faaliyetlerine devam edilmesi, belirli bir kontrol çerçevesinde yürütülen bir işletme kapama kararı ile sonlandırılmalıdır. Böyle bir durumda, işletmenin faaliyetlerine devam edilmesinin amacı öncelikle belirlenmeli, eğer işletmenin faaliyetleri sürdürülemezse, tasfiye süreci genellikle daha kademeli ve yıkıcı etkileri sınırlayan bir biçimde gerçekleştirilmelidir.[171] Bu yaklaşım, hem alacaklıların haklarının korunmasına yardımcı olur hem de müflisin mal varlıklarının daha verimli bir şekilde değerlendirilmesini sağlar.

İflas sürecinde, işletmenin faaliyetlerine kontrollü bir şekilde devam edilmesi, belirli stratejik hedeflerle yapılabilir. Örneğin, değer kaybetme riski taşıyan ya da bozulabilir nitelikteki mal ve stokların satışı gerçekleştirilerek elde edilen gelir, iflas masasına aktarılabilir. Ayrıca, işletmenin kazançlı siparişleri tamamlayarak bu süreçten elde edilen gelir de iflasın tasfiye aşamasına katkı sağlar.[172] Bu tür bir faaliyet, işletmenin varlıklarının daha yüksek bir değerle tasfiye edilmesine olanak tanır. Ayrıca, işletmenin ya da varlıklarının daha sonra yapılacak bir satışından elde edilecek gelir, iflas sürecinde alacaklıların haklarının daha etkili bir şekilde korunmasına yardımcı olabilir. Bu yaklaşımlar, hem iflas sürecinin daha verimli bir şekilde yönetilmesini sağlar hem de borçlunun alacaklılarıyla daha uyumlu bir çözüm bulmasına zemin hazırlar.[173]

İflas sürecinde işletmenin düzenli bir biçimde kapatılmasını temin etmek amacıyla uygun olabilecek bazı durumlar aşağıda örneklendirilmiştir.[174]

Bu bağlamda, örneğin bir pencere fabrikasının bağlı olduğu şirketin iflasını ele alalım. Müflisin, pencere üretimi için gerekli tüm makinelere, robotik üretim hatlarına sahip olduğunu ve önceden satın alınmış hammaddelerle birlikte belirli siparişlerinin bulunduğunu varsayalım. İflas sürecinde işletmenin faaliyetlerine kontrollü bir şekilde devam edilmesi durumunda, mevcut siparişler, daha az sayıda çalışanla tamamlanarak, peşin ödeme karşılığında müşterilere teslim edilebilir. Bu süreçten elde edilen gelir ise iflas masasına aktarılır. Ardından, işletme kapatılır ve iflas idaresi, yalnızca kalan birkaç hammadde ve makine parkurunun tasfiyesi için gerekli işlemleri yapar. Bu yaklaşım, hem işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilirliğini sağlamak hem de tasfiye sürecinde elde edilecek geliri maksimize etmek adına etkin bir çözüm olabilir.

Başka bir örnek olarak, müflis bir şirketin birden fazla giyim satış mağazası ve mevsimsel ürünler (örneğin mayo veya kayak kıyafeti) gibi çeşitli mallara sahip olduğunu varsayalım. Eğer işletmenin üretim faaliyetleri devam etmiyor ve yalnızca mevcut stokların tasfiyesi söz konusuysa, işletmenin kapanması uygun görülebilir. Ancak faaliyetlerin sürdürülebilmesi halinde, depolarda

---

171 Knupp, s.5 vd; Abegg, s.135.

172 Abegg, s.135.

173 Abegg, s.135.

174 Somut örnekler için bkz.Abegg, s.136-137.

bulunan ürünler mağazalarda son kullanıcılara indirimli olarak satılabilir ve bu satışlardan elde edilen gelir, iflas masasına aktarılır. Ardından, işletme faaliyetlerine son verilir ve iflas idaresi, kalan ürünlerin tasfiyesi işlemlerine odaklanır. Bu yaklaşım, hem alacaklıların haklarının korunmasına yardımcı olabilir hem de stokların iflastaki satışa nazaran değer kaybetmeden daha verimli bir şekilde değerlendirilmesini sağlar.

Bir inşaat şirketinin iflası durumunda, müflisin gerekli malzemelere sahip olduğunu ve ayrıca beton, tuğla, demir gibi çeşitli inşaat malzemeleri ile taşeron hizmetleri (örneğin duvarcılar, kalıp ustaları, vinç kiralama) için siparişlerin verildiğini ve bunların kısmen ödendiğini varsayalım. Bu durumda, işletmenin faaliyetlerine kontrollü bir şekilde devam edilmesi, özellikle kârlı yapım sözleşmelerinin tamamlanması amacıyla uygun olabilir. Bu sözleşmeler, alacaklı olan tedarikçilerin desteğiyle dahi tamamlanabilir ve elde edilen gelir iflas masasına aktarılır. İşletme faaliyetleri sonlandırıldıktan sonra, iflas idaresi yalnızca kalan makinelerin ve bazı malzemelerin tasfiyesiyle ilgilenir. Bu yaklaşım, hem sözleşmelerin yerine getirilmesiyle şirketin finansal durumunun iyileştirilmesine yardımcı olabilir hem de tasfiye sürecinde alacaklıların haklarının daha etkin bir şekilde korunmasını sağlar.

Başka bir örnekte ise müflisin büyük bir gıda deposuna sahip ve teknolojik makine parkuruna sahip bulunan merkezi bir unlu mamul üretim tesisi ve birkaç şubesi olduğunu varsayalım. İflas sürecinde, işletmenin faaliyetlerine kontrollü bir şekilde devam edilmesi amacıyla, mevcut malzeme stokları kullanılarak yeni unlu mamuller üretilip şubelerde satılabilir. Bu şekilde elde edilen gelir ise iflas masasına aktarılır. Bu süreç, iflas dairesinin veya iflas idaresinin bozulabilir gıda ürünlerini aceleyle ve değer kaybı riski altında tasfiye etmek zorunda kalmasını engeller. Böylece, işletme faaliyetleri tamamlandıktan sonra, iflas idaresi işletmeyi kapatabilir ve yalnızca kalan malların tasfiyesi ile ilgilenir. Bu yaklaşım, hem işletmenin tasfiyesini daha düzenli hale getirir hem de alacaklıların haklarının en iyi şekilde korunmasını sağlar.

C.İŞLETMENİN TAMAMININ VEYA BİR BÖLÜMÜNÜN SATIŞI

İflas sürecinde işletmenin faaliyetlerine devam edilmesi, işletmenin sağlıklı bölümünün veya tamamının satışı ile de sonlandırılabilir.[175] Zira iflasta işletmenin faaliyetlerine devam edilmesinin temel amacı, öncelikle işletmenin varlıkları, borçları ve teknik bilgi birikimini geçici bir süreyle güvence altına alarak korunmasını sağlamaktır.[176] Bu süreç, aynı zamanda işletmenin veya bir bölümünün ilerleyen dönemde bir bütün olarak satılabilmesi için uygun bir zemin oluşturmayı hedefler.[177] Bu satış, iflas masasına değerli bir gelir sağlamanın yanı sıra alacaklıların haklarını daha etkili bir şekilde güvence altına alabilir.[178]

İflas masasındaki varlıkların, genel olarak iflas idaresi tarafından ayrı ayrı ve açık artırma yoluyla satılması öngörülmektedir (İİK m. 241/1). Ancak, alacaklıların kararı ile iflas idaresi, şirketin tüm aktiflerini pazarlık suretiyle de satma yetkisine sahiptir (İİK m. 241/1). Bununla birlikte, İİK m. 241/2'de

---

175 Knupp, s.8; Grümder, s.128; Abegg, s.136.

176 Abegg, s.136.

177 Baumgartner, s.168; Abegg, s.136.

178 Grümder, s.128.

öngörülen düzenleme uyarınca, ticari ve ekonomik bütünlük taşıyan ya da bir arada satılması durumunda daha yüksek bir değer elde edilmesi beklenen mal ve haklar, birlikte bir bütün olarak satılmalıdır. Bu tür bir satışta, işletmenin sürekliliği ve ekonomiye katkısı dikkate alınarak, tüm varlıkların bir arada satılması sağlanır.

İsviçre iflas hukuku uygulamalarına göre, işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi için aciliyet gerektiren bir durumda, iflas idaresinin ekonomik açıdan fayda sağlayacak bir satış işlemi gerçekleştirmesi mümkün görülmüştür.[179] Örneğin, Basel-Stadt denetleme makamı, iflas idaresinin, alacaklılar toplantısından önce açık artırma suretiyle satışta elde edilecek net gelirlerin çok düşük olması durumunda, işletmenin faaliyetlerinin kesintiye uğramaması için bir mal stokunun tamamının toplu olarak bir kurtarma şirketine satılmasına onay vermiştir.[180]

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında[181] ise, eğer potansiyel alıcı mevcut ticari ilişkilerden yararlanma imkânına sahipse ya da mal stokunu, kiralık mülklerle veya iş ilişkileriyle birlikte devralmak istiyorsa (bu durumda imtiyazlı alacakların da karşılanması mümkün olabilmektedir), iflas halindeki bir işletme veya işletme bölümünün satılması yasal olarak mümkün görülmüştür. Ancak, böyle bir satışın alacaklıların çıkarlarına zarar vermemesi için gecikmeden gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 243. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, iflas durumunda işletmenin tüm varlıklarının, gecikme yaşanmadan toplu şekilde satılması mümkündür. Borçlunun işletmesi veya bir bölümü, hayatta kalabilir durumda ise ve iflas işlemlerinin başında potansiyel alıcılar mevcutsa, iflas idaresi, işletmeyi geçici bir süre için faaliyetlerine devam ettirip, sonrasında satılmasını sağlayabilir.[182] Bu yöntemle, işletmenin ya da bir kısmının sağlıklı bir şekilde faaliyetini sürdürmesi mümkün hale gelirken, iflas süreci sonunda işletmenin faaliyetlerinin sona erdirilmesi de sağlanabilir.[183]

SONUÇ

İflas süreci, davanın açılmasından tasfiyenin sona erdiği ana kadar devam eden bütünsel bir süreçtir. Bu bağlamda, tasfiye sürecinin yalnızca iflas kararının verilmesinin ardından müflise ait malların paraya dönüştürülmesinden ibaret olduğu anlayışı, sürecin kapsamını daraltmak anlamına gelir. Oysa iflas süreci, başlangıcından sonuna kadar alacaklıların alacaklarını tahsil edebilmesi ve müflisin mali durumunun düzenlenmesi için kritik bir dizi adımı içerir.

Müflise ait işletmenin devamına ilişkin verilecek karar, iflas sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır. Zira iflasta, yalnızca alacaklıların haklarının korunmasına odaklanılması yeterli olmayıp, aynı zamanda müflisin ekonomik olarak yeniden ayağa kalkabilmesi ve ticari itibarının iade edilebilme ihtimali de göz önünde

---

179 Baumgartner, s.166; Abegg, s.137; Markus Vischer, "Unternehmenserwerb aus dem Konkurs", S.3, 2002, SZW, s.151- 153.

180 AB BS vom 17. Juni 1994, in: BlSchK 1995, s.22.

181 BGE 131 III 280, E. 2.1 BGer 5A_27/2013 vom 22. März 2013, E. 4; AB BS vom 17. Juni 1994, in: BlSchK 1995, s.22.

182 Abegg, s.137.

183 Abegg, s.137.

bulundurulmalıdır. İflas sürecinde, mümkünse işletmenin faaliyetlerinin devamı, hem alacaklıların alacaklarının daha sağlıklı bir şekilde tahsil edilmesini sağlayacak hem de müflisin iş hayatına yeniden katılmasına fırsat tanıyacaktır. Bu yaklaşım, iflasın sadece tasfiye sürecinden ibaret olmadığı, aynı zamanda işletmenin sürdürülebilirliğinin ve müflisin ekonomik iyileşmesinin teşvik edilmesinin önemini de vurgulamaktadır.

Çalışmamızda vurguladığımız üzere, iflas durumunda işletmenin faaliyetlerinin devamı ya da kapatılması konusunda karar verebilmek için doğru ve objektif kriterlerin dikkate alınması büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, alınacak kararları etkileyebilecek başlıca kriterler arasında; rehinli alacaklıların varlığı, iflasın sebepleri ile işletmenin iflas öncesi ve sonrası ekonomik durumunun tespiti, varlık ve kazanç durumunun belirlenmesi, işletmenin faaliyetlerinin devamında sağlanabilecek ekonomik fayda, işletmenin mal veya hizmet üretme kapasitesinin sürdürülebilirliği, küresel işletme ortamının tespiti, yakın işletme ortamının tespiti, işletme organizasyon yapısının analizi ve finansal analiz sayılabilir. Bu unsurlar, işletmenin devamının alacaklılar ve müflis açısından en verimli seçenek olup olmadığını değerlendirirken mutlaka göz önünde bulundurulması gereken temel faktörlerdir.

Bir işletmenin iflas davasının açıldığı ya da iflas kararının verildiği tarihte faaliyetlerine devam etmesi mümkündür. Bu durumda, işletmenin faaliyetlerine devam edip etmeme kararı verilirken dikkate alınan kriterlerin, işletmenin kapatılmasına yönelik kararın verilmesinde de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, işletmenin faaliyetlerinin sonlandırılmasında dikkate alınması gereken bir dizi ek faktörler bulunmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle işletmenin faaliyetlerine devam edilmesinin amacı belirlenmeli ve eğer işletmenin operasyonel olarak sürdürülebilirliği kalmamışsa, tasfiye sürecinin kademeli bir şekilde ve olabildiğince yıkıcı etkilerden kaçınılarak gerçekleştirilmesine özen gösterilmelidir. Bu çerçevede, işletmenin kontrollü bir biçimde kapatılması ve mevcutsa, işletmenin tamamının veya belirli bölümlerinin satışı gibi alternatiflerin değerlendirilmesi önemlidir. Böylece, hem alacaklıların menfaatleri korunur hem de iflas sürecinin ekonomik açıdan daha verimli bir şekilde tamamlanması sağlanabilir.

İflas hukukumuzdaki hükümlere göre işletmenin faaliyetlerine devam edilip edilmeyeceği kararı, aslında geçici bir muhafaza tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ancak, işletmenin faaliyetlerinin ne kadar süreyle devam edeceği konusundaki belirsizlik, uygulamada çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca, işletmenin devamına veya kapatılmasına ilişkin kararları veren mekanizmalar olarak iflas dairesi ve alacaklılar toplanması, yasal düzenlemelerde açıkça belirtilmiş olsa da bu kararların alınırken hangi kriterlerin dikkate alınacağı konusunda net bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, iflas sürecinde doğru ve tutarlı kararların verilmesini zorlaştırmakta ve hukuki belirsizliklere neden olmaktadır.

Bu belirsizlik ve tutarsızlıkların ortadan kaldırılması amacıyla, borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam etmesine veya faaliyetlerinin sonlandırılmasına ilişkin karara dayanak olacak tespitin, iflas davasında asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. İİK'nın 159. maddesinde, iflas talebi üzerine mahkemelerin alacaklıların menfaatini gözeterek gerekli gördükleri muhafaza tedbirlerine karar verebileceği belirtilmiştir. İşletmenin faaliyetlerinin devamına ilişkin karar da muhafaza tedbiri olarak değerlendirilebileceğinden, iflas sürecinin etkin ve adil bir şekilde yönetilebilmesi için, işletmenin açık kalıp kalmaması ya da faaliyetlerine son verilmesi konusu önemli bir aşama teşkil

etmektedir. Kaldı ki bu karar, yalnızca ekonomik koşullar ve alacaklıların menfaatleri dikkate alınarak verilmemelidir; aynı zamanda işletmenin durumu, geleceği ve operasyonel süreçleri üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılması zorunludur. İlgili kararın alınabilmesi için yapılacak araştırmalar, yalnızca hukuki bir değerlendirme ile sınırlı kalmamalı, işletme yönetimi, iktisat ve muhasebe gibi alanları da kapsayan kapsamlı bir analiz sürecini gerektirmektedir. Dolayısıyla, mahkemenin iflas kararı öncesinde gerekli araştırmaların yapılmasını sağlayarak, işletmenin faaliyetlerinin devamı veya sonlandırılması konusunda sağlam bir temele dayanan bir tespitte bulunması, iflas sürecinin bütünlüğünü korumak ve alacaklıların haklarının güvence altına alınmasını sağlamak açısından daha doğru ve adil bir yaklaşım olacaktır. Bu tespit, iflas tasfiye sürecinde iflas dairesi veya alacaklılar tarafından verilecek karara da temel oluşturacağından, büyük bir öneme sahiptir.

İcra ve İflas Kanun'undaki mevcut düzenlemelerin, iflas durumunda işletmenin faaliyetlerinin devamı veya kapatılmasına dair uygulamada bazı zorluklara neden olduğu gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, öğretide de haklı olarak vurgulandığı üzere[184] iflasta işletmenin faaliyetlerine devam edilmesine karar verilen (yani faaliyet izni tanınan) işletmelerin, hangi şartlar altında ve hangi kriterlere göre faaliyetlerine devam edebileceği konusunda net bir uygulama çerçevesinin belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanımızca bu tür bir düzenlemenin, İİK'da doğrudan yer alması veya bu kapsamda bir yönetmelik ile ayrıntılı şekilde düzenlenmesi, uygulamada yaşanan belirsizliklerin ortadan kaldırılması ve sürecin daha verimli ve adil bir şekilde işlemesi bakımından elzemdir.

[184] Börü/Bilgiç Eroğlu, s.22.

KAYNAKÇA

Abegg R, "Die Betriebsfortführung im Konkursverfahren Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen sowie eine Checkliste für die Konkursverwaltung", 2023, BlSchK, s.126-142.

Akdağ G C, Girişim Şirketi (Start-Up), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Alev N, "Likidite Riski ve Finansal Performans İlişkisi: Özel ve Yabancı Sermayeli Bankalar İçin Karşılaştırmalı Bir Analiz", S.45, 2023, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (s.600-635)

Aşık İ, "İflas Tasfiyesinde Geçici Dağıtma", C.24, S.1, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.270-295.

Aşık İ/Oruç Y/Tok O/Saçar Ö F/Aşit R, İcra ve İflas Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku, 14.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Bartsch R/Pollak R/Buchegger W, Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar, Band IV, 4.Auflage, Springer Verlag, Wien, 2006.

Başözen A, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

Başözen A, "İflâsın Ekonomik Analizi", C. 2, S. 4, 2006, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (s.929-942).

Baumgartner A, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, Universitätsverlag, Zürich, 1987.

Beck S /Depré P, Praxis der Insolvenz – ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Auflage, Vahlen, München, 2017.

Becker H P, Investition und Finanzierung – Grundlagen der betrieblichen Finanzwirt-schaft, 4. Auflage Gabler Verlag, Wiesbaden, 2010.

Berkin N M, İflâs Hukuku, 3.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970.

Bozer A/Göle C, Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2021.

Börü L, İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Börü L/Bilgiç Eroğlu E, "İflasta İşletmenin Faaliyetinin Devamına Yönelik Muhafaza Tedbiri (Faaliyet İzni) İİK m. 210/1, 224/1)", C.14, S.1, 2024, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (s.1-25).

Brunner R/Rutz B/Templer K/Figura U, Bilanzanalyse zur Erkennung von Unternehmenskrisen, C.64, 2023, ZZZ, s.369-378.

Bulgurcu E, "Entelektüel Sermaye ve Entelektüel Sermayenin Ölçülmesi", S.3, 2011, Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, s.1-13.

Deixler-Hübner A/Klicka T, Zivilverfahren – Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 8. Auflage, LexisNexis, Trebbin, 2013.

Deliduman S, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Eickes S, Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz, SpringerGabler, Wiesbaden, 2014.

Erdönmez G, İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Feldbauer-Durstmüller B, Krisenmanagement-Unternehmensfortführung im Konkurs, VWGÖ, Wien, 1992.

Feser U, Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning, 3. Auflage, RWS Verlag, Köln, 2016.

Findeisen F, Aufstieg der Betriebe: der gesunde und der kranke Betrieb, Leipzig, 1932.

Frege M C/Keller U/Rıedel E, Handbuch Insolvenzrecht, 9.Auflage, C.H BECK, 2022.

Gmünder H, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code, Dike Verlag, Zürich, 2018.

Goebel J, Gläubigerobstruktion, Gläubigerstimmrecht und Beschlusskontrolle im Insolvenzverfahren über Unternehmen, KTS, 2002.

Gözen M, "Şirket Değerlemesine Kurumsal Açıdan Bakış", C.5, S.2, 2019, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (s.198-219).

Grimm R/Schuller M/Wilhelmer R, Portfoliomanagement in Unternehmen – Leitfaden für Manager und Investoren, SpringerGAbler Verlag, Wiesbaden, 2014.

Güvemli O, "Bilanço ve Gelir Tablosu Bağıntıları Üzerine Bir Dinamik Tahlil Denemesi", 2011, Muhasebe ve Finansman Dergisi (s.1-9).

Halmer B, Entscheidungskriterien der Fortführung bzw Schließung eines Unternehmens in der Insolvenz, Dıplomarbeıt, Universität Graz, 2017.

Hasırcı H, İflasın Takiplere Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Hatiboğlu Z/Tokal T, İşletme, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2001.

Homburg C, Marketingmanagement: Strategie – Instrumente – Umsetzung – Unterneh-mensführung, 6. Auflage, SpringerGabler, Wiesbaden, 2017.

Hunkeler D, Kurzkommentar-SchKG, 2.Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

Jaeger C, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Orell Verlag, Zürich, 1911.

Jung P/Kunz P V/Bärtschi H, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.

Karalar R, Genel İşletme, Yorum Matbaası, Eskişehir, 2005.

Kostkiewicz J K, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20.Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020.

Kostkiewicz J K/Vock D, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.

Knupp R, Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs unter besonderer Berücksichtigung der konkursamtlichen Kompetenzen, des Vorentwurfs für eine Teilrevision des SchKG sowie wirtschaftlicher Aspekte, Diss., Zürich, 1988.

Kruschwitz L/Lodowicks A/Löffler A, "Zur Bewertung insolvenzbedrohter Unternehmen", C.65, S.3, 2005, DBW, s.221-236.

Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Lichtkoppler K/Reisch U, Handbuch Unternehmenssanierung, 1. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2010.

Liebig M, Reaktivierungsmanagement von Not leidenden Unternehmen – Sanierungsmög-lichkeiten im Rahmen der Insolvenzordnung, 1. Auflage, Gabler Verlag, Heilderberg, 2010.

Meier I, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BlSchK 2003, s.1-29.

Mucuk İ, Temel İşletme, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2005

Müller L/Wohl J G, "Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung", C.50, 2020, ZZZ, s.146-163.

Neumayr M/Nunner-Krautgasse B, Exekutionsrecht, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2011.

Oruç Y, İflas İdaresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Önal Y B/Karadeniz E/Kandır S Y, "Devam Eden Değerin Hesaplanması: İMKB'ye Kote Bir Turizm İşletmesi Üzerinde Uygulama", C.14, S.2, 2005, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (s.369-390).

Özbek M S, "İflas Davasının Hukuki Mahiyeti", C.61, S.1, 2012, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.207-274.

Postacıoğlu İ E, İflâs Hukuku İlkeleri Cilt I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Saur F/Ellebracht H, Führen in schwierigen Zeiten – Tools und Tipps für Führungs-kräfte und Coaches, 1. Auflage, Springer, Wiesbaden, 2014.

Sinz R, "Fortführungsvergleich oder Liquidation: Das Konzept der Fortführungserfolgsrechnung", S.44, 1990, Der Betrieb, s.2177-2181.

Stark M, Fortführungsprinzip und (Vor-)Insolvenz, Nomos, Heilderberg, 2022.

Sternad D, Strategieentwicklung Kompakt – Eine praxisorientierte Einführung, SpringerGabler, Berlin, 2015.

Strümpell P, Die übertragende Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz, Herbert Utz Verlag, München, 2006.

Stürner R/Eidenmüller H/Schoppmeyer H, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4.Auflage, C.H Beck, München, 2013.

Taş Korkmaz H, İflas Masası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Topak S, "Borçlunun Barter Sistemindeki Hak ve Alacaklarının Haczi" C.50, S.1, 2024, Yargıtay Dergisi, s.51-112.

Üstündağ S, İflas Hukuku, 8.Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2009.

Vischer M, "Unternehmenserwerb aus dem Konkurs", S.3, 2002, SZW, s.151-160.

Yıldırım M K/ Deren-Yıldırım N, İcra ve İflâs Hukuku, 7.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Yıldırım M K/Oruç Y, "İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi", C.24, S.41, 2019, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.361-403.

Yıldırım V M, İflasın Kapanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

SİYONİZM KARŞITI GÖRÜŞLERİN DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA KORUNMASI: MILLER V. UNIVERSITY OF BRISTOL-BRISTOL İŞ MAHKEMESI KARARI

Protection of Anti-zionist Views Within the Scope of Freedom of Belief and Expression: The Case of Miller v. University of Bristol- Decision of Bristol Employment Tribunal

Dr. Öğr. Üyesi Esra ÖZEN*

Öz: Düşünce ve ifade özgürlüğünün korunması, demokratik hukuk düzenlerinin temel unsurlarındandır. Bu düzen, yalnızca belirli dünya görüşlerinin, felsefi ya da dini inancın hâkim olduğu bir toplum düzenini değil, farklı görüş ve inançları içinde barındırabilen, bu fikir ve görüşlerin savunulabilmesine imkân tanıyan bir düzeni ifade eder. Irkçılık, ayrımcılık ve benzeri unsurları içeren ifade ve görüşlerin ise bu düzende yeri yoktur. Miller v. University of Bristol kararı, İsrail´e ve yayılmacı politikalarına yönelik eleştirilerin, doğrudan Yahudi düşmanlığı ile ilişkilendirilmek suretiyle, çoğulcu demokrasilerde farklı fikirlere karşı sindirme çabalarının önüne geçecek niteliktedir. Zira Bristol İş Mahkemesi, Filistin topraklarında bir Yahudi devleti kurulmasını hedefleyen Siyonizm fikrini, Yahudi düşmanlığı olarak bilinen Anti-Semitizm´den ayırarak değerlendirmiş ve Siyonizm´e karşı çıkmanın Yahudi düşmanlığı teşkil etmediğini vurgulamıştır. Kararda ayrıca, akademik ifade özgürlüğünün önemi vurgulanmıştır. Bilimsel çalışmaları sonucu elde ettiği verileri kamuyla paylaşan akademisyenin görüşleri, toplumun belli bir kesimini veya büyük bir çoğunluğunu rahatsız etse de düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında korunmaya değerdir. Buna karşılık, akademisyenin yaptırımla karşılaşması ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen kimseler üzerinde korkutucu bir etki yaratacaktır. Demokratik bir hukuk devletinde buna izin verilmemelidir. Son olarak, karar ile, işletme içi ihbar mekanizmalarının önemi bir kez daha anlaşılmıştır. Çalışanlar hakkında gelen ihbarların değerlendirilmesinde işverenin, objektif davranması, özellikle de uygulayacağı yaptırımın ölçülü olması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Düşünce ve ifade özgürlüğü, Anti-Siyonizm, Anti-Semitizm, işletme içi ihbar mekanizmaları, Whistleblowing.

Abstract: The protection of freedom of belief and expression is a fundamental element of a democratic legal order. This order does not refer to a system in which only certain world views, philosophical or religious beliefs dominate, but rather to an order that can accommodate a diversity of views and beliefs and that allows for the promotion and protection of these ideas and views. Expressions and opinions such as racism, discrimination and similar elements have no place in this order. The Miller v. University of Bristol case prevents the intimidation of different opinions in pluralist democracies by directly associating criticism of Israel and its expansionist policies with anti-Semitism. The Bristol employment tribunal evaluated the idea of Zionism, which aims to establish a Jewish state in the Palestinian territories, separately from anti-Semitism, known as anti-Semitism, and emphasized that opposition to Zionism does not constitute anti-Semitism. The decision also emphasizes the significance of freedom of academic expression. The views of an academic who discloses the data obtained as a result of his/her scientific research to the public are protected in the context of freedom of belief and freedom of expression, even if they offend a certain segment or a large majority of the society. However, any sanction against the academic will have a chilling effect on those who intend to exercise their right to freedom of expression. This cannot be allowed in a democratic state of law. Finally, the importance of internal whistleblowing mechanisms has once again been demonstrated by the decision. The employer must act objectively in the evaluation of whistleblowing reports, and in particular, the sanction to be implemented must be proportionate.

Keywords: Freedom of belief and expression, Anti-Zionism, Anti-Semitism, internal reporting mechanisms, Whistleblowing.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, esra.ozen@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0861-5961
DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677356
Makale Geliş Tarihi: 9.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 17.03.2025

GİRİŞ

Düşünce ve ifade özgürlüğü demokratik toplum düzeninin en önemli unsurlarından biridir. Farklı inanç ve fikirlerin bir toplumda varlığını koruyabilmesi, bu toplum düzeninin demokratik ve hukuk düzeni olma vasfının da korunabilmesi demektir. Buna karşılık, inanç ve ifade özgürlüğü, demokratik hukuk düzeninin temel değerlerini yerle bir edecek nitelikte bir kullanıma izin vermemektedir. Yani birçok hak ve özgürlük gibi, inanç ve ifade özgürlüğünün de hukuk düzeninin korunması temeline dayanan bazı sınırlamalara tabi tutulması bir gerekliliktir.[1] Hukuk devleti burada bir taraftan toplum düzeninde farklı inanç ve fikirlerin korunabilmesi ve savunulabilmesini sağlamakla yükümlü iken, diğer yandan da farklı inanç ve fikirlerin cereyan etmesi ile zedelenebilecek diğer menfaatleri korumak zorundadır. Bunlar, devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, ayrımcılık ve ırkçılığa karşı mücadele edilmesi gibi kamu yararının korunmasına hizmet eden yükümlülüklerini ifade etmektedir. Demokratik bir hukuk devletinden beklenen, bu yükümlülüklerini yerine getirirken çatışan menfaatler arasında adil ve hassas bir denge kurmasıdır. Bristol İş Mahkemesinin (Bristol Employment Tribunal) 5 Şubat 2024 tarihli Miller ve Bristol Üniversitesi kararı ile bu hassas dengede, inanç ve ifade özgürlüğüne biçilen değerin, toplumun genel algı ve yargılarına göre tespit edilmemesi gerektiğini gözler önüne sermiştir.[2]

Söz konusu karara konu olan olayda, Bristol Üniversitesi´nde görevli Prof. Dr. Miller, Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle defalarca ayrımcılığa maruz kalmış ve en sonunda, fikirlerin özgürce paylaşılabildiği bilimsel bir platformda, Siyonizm hakkındaki fikirlerini beyan etmesi akabinde, iş sözleşmesi Üniversite tarafından iş ilişkisiyle bağdaşmayan davranışları gerekçe gösterilerek bildirimsiz olarak feshedilmiştir. Somut olayda, Miller´in bildirimsiz ve doğrudan Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle işten çıkarılarak, Birleşik Krallık Eşitlik Kanunu[3] 13. maddesince korunan felsefi görüşleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığı tespit edilmiştir.[4] Mahkeme söz konusu kanun maddesini yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) hem din, vicdan ve kanaat özgürlüğünü güvence altına alan 9. maddesine hem de ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesine başvurmuştur. Somut olayda her ne kadar Millerin akademik görüşlerini ifade etmesi sebebiyle yaptırıma maruz kalması ve bunun dolayısıyla AİHS 10. maddesine göre ifade özgürlüğünü ilgilendirdiği görülmektedir. Bristol İş Mahkemesinin AİHS 9. maddesini de değerlendirmesinin sebebi Eşitlik Kanunu 13. maddesinde korunan görüşün İngilizce ifadesi ile bir '*belief*' olmasından ileri geliyor olabilir. Olayda ihlali söz konusu olan özgürlüğün hangisi olduğu bir kenara bırakılabilir. Zira Bristol İş Mahkemesi ister inanç ister ifade özgürlüğünü ilgilendirsin toplumun geneli tarafından hoş karşılanmayacak olsa da bir akademisyenin görüşlerinin korunmaya değer olduğunun farkına varılmasını

---

1 Evra Çetin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, 1. Baskı, XII Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 20.

2 Miller v. University of Bristol, Bristol Employment Tribunal (ET), 5. February 2024, Case number: 1400780/2022, karar metni için bkz., (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/02/Miller-judgment-1400780.2022-JDT.pdf), (s.e.t. 22 Eylül 2024).

3 Kanun metni icin bkz. (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents), (s.e.t. 22 Eylül 2024).

4 Miller v. University of Bristol, Bristol ET, 5.2.2024.

sağlamıştır. Bu çalışmada da amaçlanan bu farkındalığın ortaya konulmasıdır. Bristol İş Mahkemesinin, Miller´in Siyonizm hakkındaki görüşlerinin, toplumun genel Anti-Semitizm algısına karşı korunmasında önemli bir rolü olmuştur. Mahkeme kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), yargı ve hukuk literatürü tarafından son yıllarda sıkça konu ettiği Heinisch/Almanya 2013[5] kararına atıf yapması, Bristol Üniversitesi ve Miller davasının, Heinisch kararına konu olan Whistleblowing eylemleri açısından da değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Bu sebeplerden dolayı, söz konusu çalışma, Bristol Üniversitesi ve Miller davasını incelemeyi amaçlamaktadır.

Çalışmada öncelikle, Miller´in işten çıkarılması ile sonuçlanan ayrımcılığa maruz kaldığı sürece (bkz. I, A), Üniversite´nin Miller´in inanç ve ifade özgürlüğüne karşı tutumuna (bkz. I, B), Birleşik Krallık yasalarına göre, inanç ve ifade özgürlüğünün korunması ve bu özgürlüklere hangi şartlar altında sınırlama getirilebildiğine değinilecektir (bkz. II). Miller ve Bristol Üniversitesi davası, inanç ve ifade özgürlüğünün korunması ve bu korumaya getirilen sınırlamaya, öğretici ve eleştiriye açık, önemli bir örnek teşkil ettiğinden, olayın gelişim süreci ve Birleşik Krallık hukukundaki koruma kapsamlı ve sistematik bir biçimde sunulacaktır. Son olarak, somut olaydan hukuk bilimine katkı sağlayacak veriler ve bulgular değerlendirilecektir (bkz. III).

I. OLAYIN GELİŞİM SÜRECİ

A. DAVİD MİLLER´İN OLAYA KONU OLAN GÖRÜŞLERİ

David Miller, Bristol Üniversitesi'nde siyaset sosyolojisi alanında araştırmalar yapan, ilgi ve çalışma alanları lobicilik faaliyetleri, halkla ilişkiler ve propaganda, özellikle de İngiliz hükümetinin İslamofobi'ye ve Siyonizm'e ilişkin muhtemel faaliyetleri ve şirketlerin kamusal düşünceye etkileri gibi alanlar olan bir profesördür.[6] Miller, Siyonizm'i, Yahudiler için eskiden İngiliz Mandası altında olan Filistin topraklarında bir devlet kurulması gerektiğini savunan bir ideoloji olarak tanımlamaktadır.[7] Ona göre bu ideoloji kendi ifadesiyle "*doğası gereği ırkçı, emperyalist ve sömürgeci*"dir. Miller aynı zamanda, İsrail'in kuruluşunun ırkçı motivasyona sahip olduğuna inanmaktadır. Çünkü bu devlet, "*etnik temizlik ve yerleşimci sömürgeciliği*" üzerine kurulmuştur.[8] Bunun dışında Miller, İsrail´in kuruluşuyla Ortadoğu'da körüklenen çatışmanın, bir zamanlar Kuzey İrlanda, Cezayir ve Güney Afrika'nın da mağduru olduğu çatışma ile aynı temele dayandığını savunmaktadır. Bu temel "*yerleşimci-sömürgeci*" anlayıştır.[9] Buna göre Siyonizm, "*tarihi Filistin toprakları üzerinde Yahudi hegemonyasını ve siyasi kontrolünü sağlamayı amaçlayan yerleşimci-sömürgeci ve etno-milliyetçi bir hareket*"tir.[10] Miller bir bilim insanı olarak fikirlerinin, yürüttüğü araştırma faaliyetlerinin sonucunda şekillendiğine işaret etmekte ve bu görüşleri sebebiyle kendisine

---

5 Heinisch v. Germany, ECtHR 21. July 2011, No. 28274/08, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105777), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

6 Miller v. University of Bristol, § 22.

7 Miller v. University of Bristol, § 25.

8 Miller v. University of Bristol, § 29.

9 Miller v. University of Bristol, § 26.

10 Miller v. University of Bristol, § 28.

yöneltilmesi muhtemel olan Anti-Semitizm suçlamalarına da karşı çıkmaktadır.[11] Görüşlerinin, Yahudi düşmanlığı olarak bilinen Anti-Semitizm ile hiçbir ilgisinin olmadığının altını çizmekte ve kendini "*anti-Loyalist*" ama "*anti-Protestan olmayan*" ve "*anti-Afrikan milliyetçi*" ama "*anti-beyaz olmayan*" olarak tanımlamaktadır.[12]

B. MİLLER'E YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE ÜNİVERSİTE´NİN YAKLAŞIMI

1. Yahudi Düşmanlığı İddiası

Miller'e yöneltilen ilk eleştiri, Şubat 2019'da bir konferansta, Birleşik Krallıktaki bazı Siyonist Yahudi örgütlerinin İslamofobi'yi körüklediklerini ifade etmesinin ardından gelmiştir. Miller'in bu ifadeleri Yahudi düşmanlığı olarak nitelenmiştir. Miller, Nisan 2019´da iki Yahudi öğrenci tarafından, profesörün İslamofobi'yi tetiklemekle suçladığı örgütlerden biri olan Community Security Trust (CST) aracılığıyla ve Üniversite´nin şikâyet, dilek ve isteklerin kabul edildiği bir mekanizması üzerinden anonim olarak şikâyet edilmiştir. Buna göre, Miller´in İsrail karşıtı ifadeleri, Uluslararası Holokost Anma İttifakı'nın (IHRA) Anti-Semitizm tanımına girmekte ve dolayısıyla, bu ifadeler Yahudi düşmanlığı teşkil etmektedir. IHRA, yasal bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte Anti-Semitizm'i "*Yahudilere yönelik nefret olarak ifade edilebilecek belirli bir Yahudi algısı*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanıma göre, "*Antisemitizm'in retorik ve fiziksel tezahürleri Yahudi veya Yahudi olmayan bireylere veya onların mülklerine, Yahudi cemaatlerine ve dini kuruluşlarına yöneliktir*."[13] Ancak Anti-Semitizm'e örnek olabilecek ifadeleri ve eylemleri listelerken IHRA ayrıca, İsrail devletine yönelik eleştirilerin, herhangi bir devletin iş ve eylemlerine yöneltilebilecek türden eleştiriler olması kaydıyla, bunların Anti-Semitizm teşkil etmeyeceğini de vurgulamaktadır. Şikayetlerde İHRA´nın bu ayrımına yer verilmemiştir.

2. Şikâyetlerin Üniversitece Sonuçsuz Bırakılması

Bristol Üniversitesi, öğrencilerin şikâyetlerini değerlendirirken öncelikle, IHRA´nın Anti-Semitizm tanımının, yasal bağlayıcılığı olmadığını ve Üniversite tarafından da benimsenmediğini ifade eder.[14] Üniversite´ye göre IHRA´nın bu tanımı net değildir ve İsrail hükûmetinin politikaları ve Siyonist politikalar ile Anti-Semitizm'in bir tutulmasına sebep olabilir. Bu sebeple şikâyetler, Anti-Semitizm'in basit anlamda bir Yahudi düşmanlığı olarak tanımlanması göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmede, Miller´in İsrail'in yerleşimci politikasına karşı eleştirilerinin açıkça bir Yahudi düşmanlığı

---

11 Miller v. University of Bristol, § 25, 26, 27.

12 Miller v. University of Bristol, § 26, 30.

13 Tanıma, IHRA´nın resmi internet adresinden ulaşılabilir, bkz. (https://holocaustremembrance.com/resources/working-definition-antisemitism), (s.e.t. 22 Eylül 2024).

14 Miller v. University of Bristol, § 45.

içerdiğine dair herhangi bir veri olmadığı sonucuna varılmıştır.[15] Miller´in ifadelerinin, kendisinin ifadesi ile "*İsrail lobilerini*" ve belli Yahudi menfaat gruplarını rahatsız edecek nitelikte olduğu söylenebilir, ancak bu ifadeler, yalnızca belli grup ve kişileri hedef almaktadır. Anti-Semitizm teşkil edecek nitelikte genel olarak Yahudilere yönelik nefret söylemleri içermemektedir.[16] Üniversite ayrıca, Üniversite´nin bir bilim kuruluşu olarak, 1986 tarihli Öğretim Kanunu´ndan doğan, çalışanlarının ifade özgürlüğünü koruma yükümlülüğü olduğuna işaret etmiştir. 1998 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de aynı doğrultuda, Üniversite´yi ifade özgürlüğüne aykırı eylem ve işlerden kaçınmakla yükümlü kılmaktadır. Bu sebeplerden ötürü, Haziran 2019´da öğrencilerin şikâyetleri reddedilmiştir.[17]

3. Bazı Yahudi Menfaat Gruplarınca Üniversite Üzerinde Baskı Kurulması

Temmuz 2019´da aralarında Bristol Jewish Society (JSoc) başkanı ve Union of Jewish Students (UJS) başkanının da bulunduğu bir grup, Üniversite´ye yazdıkları bir mektupla öğrencilerin şikâyetlerinin tekrar değerlendirilmesini istemiş ve profesörün ifadelerinin Yahudi düşmanlığı teşkil ettiğini ifade etmişlerdir.[18] Bu mektupta ve ardından Üniversite´ye ulaştırılan başkaca beyanlarda, Üniversite´nin IHRA´nın Anti-Semitizm tanımını dikkate almaması eleştirilmiştir.[19] Buna göre, Üniversite Miller´in söylemlerini IHRA´nın Anti-Semitizm tanımını dikkate almadan değerlendirerek, Anti-Semitizm gerçeğini açıkça göz ardı etmiştir. Ayrıca The Sunday Telegraph ve The Jewish Chronicle isimli gazeteler de Üniversite´nin tutumunu eleştiren yazılara yer vermiş ve Üniversite´yi, Yahudi öğrencileri korku ve paniğe sevk eden bir tutum sergilemekle suçlamışlardır.[20]

4. Üniversite Tarafından Bilirkişiye Başvurulması ve Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı

Üniversite üzerinde oluşturulan kamuoyu baskısının da etkisiyle Üniversite, şikayetlerin ve olayın yeniden değerlendirilmesi için eşitlik ve iş hukuku alanında uzman bir bilirkişiye başvurmuştur.[21] Bilirkişi McColgan KC´den, Miller´in söylemlerinin bir disiplin soruşturması gerektirip gerektirmediğine dair bir inceleme yapması istenmiştir.[22] Aralık 2020´de Üniversite´ye sunduğu raporunda bilirkişi, Miller´in ifadelerinde, Anti-Semitizm teşkil edecek herhangi bir bulguya rastlanmadığını ifade etmiştir. Buna göre Miller, genel olarak Yahudileri hedef alarak, onlara karşı nefret söylemleri ile gündeme gelmemiştir. İfadeleri yalnızca Siyonizm'i ve kendi deyimiyle İsrail'in

---

15 Miller v. University of Bristol, § 46.

16 Miller v. University of Bristol, § 46.

17 Miller v. University of Bristol, § 44.

18 Miller v. University of Bristol, § 36, 47.

19 Miller v. University of Bristol, § 49, 50 ve devamı.

20 Miller v. University of Bristol, § 55 ve 56.

21 Miller v. University of Bristol, § 69.

22 Miller v. University of Bristol, § 71.

„ırkçı, yerleşimci ve sömürgeci" politikalarını hedef almıştır.[23] Miller´in söylemleri ve fikirleri ayrıca, Üniversite´nin uyguladığı Etik Davranışlar Prosedürü´ne de aykırılık teşkil etmemektedir. En azından, iddia edildiği gibi öğrencilerin sağlık ve güvenliğini tehdit edecek nitelikte söylemler değildir. Bu nedenle Miller hakkında disiplin soruşturması gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

5. Yahudi Menfaat Gruplarının Medyadaki Paylaşımları ve Miller´in ve Kamuoyunun Tepkisi

Bilirkişi raporu Miller´i Yahudi düşmanlığı suçlamalarından aklamıştır, ancak rapor ne kamuoyu ile ne de öğrencilerle paylaşılmıştır. Bazı yerel gazeteler ve özellikle Yahudi öğrencilerin editörlüğünü yaptığı Üniversite yayınları yoğun bir biçimde, Miller´in hala Üniversite´de çalışıyor olmasından rahatsızlık duyduklarını belirten yazılara, soysal medya paylaşımlarına ve benzeri içeriklere yer vermişlerdir.[24] Miller bunlara cevaben, öğrenci şikâyetlerinin ve sosyal medyada yer alan paylaşımların, Siyonist lobilerden olan JSoc ve UJS tarafından üretilmiş, sahte Anti-Semitizm iddialarından ibaret olduğunu söylemiştir.[25] Miller´e göre, bu şikâyet ve yazıların asıl amacı, onu Siyonizm ve İslamofobi hakkında dersler vermekten alıkoymak ve bu şekilde öğrencilerin ve kamuoyunun, İslamofobi ve Müslüman karşıtı ırkçılığın yayılmasına ön ayak olan İsrail lobisi hakkında bilinçlenmesini engellemek olduğunu ifade etmiştir. Miller´in bu cevabına karşılık Üniversite, Miller´e gönderdiği bir yazı ile, Miller´in bu yorumlarından hoşnut olmadığını, aralarında JSoc´un da bulunduğu topluluklarla, Yahudi öğrencilerin menfaatlerinin nasıl korunabileceğine dair iletişim içinde olduklarını ifade etmiş ve Miller´den olayla ilgili yorumlarında, raporun içeriğine dair gizliliğin sağlanmasına özen göstermesini istemiştir.[26] Buna karşılık Miller, yazılı basında ve sosyal medyada sürekli olarak hedef alındığını ve bunlara cevap vermek ihtiyacı hissettiğini belirtmiştir. Miller, Üniversite´nin bilirkişi raporunu yayımlamasının, Miller´in haklılığı konusunda kamuoyunun bilgi sahibi olması açısından önemli olduğunu savunmuştur.[27]

Son olarak Şubat 2021´de Miller, "*İfade Özgürlüğü Kampanyasını İnşa Etmek*" başlıklı bir etkinlikte bir konuşma yapmıştır. Bu konuşmadaki ifadelerinden bazılarında Miller, doğrudan JSoc´u ve onun gibi örgütleri hedef alarak, onları bir İsrail lobi grubu olarak bilinen UJS çatısı altında faaliyet göstermekle itham etmiştir. Bunun da ötesine geçerek Miller, bu lobicilik faaliyetlerine katkıda bulunan öğrencileri "*İsrail'in piyonları*" olarak nitelemiştir.[28] Ayrıca yine Şubat 2021´de Electronic İntifada isimli dergide, "*We must resist Israel's war on British Universities*"[29] başlıklı bir makale kaleme alarak, İsrail lobisinin Üniversite´yi, Siyonizm'e karşı çıkan profesörü işten çıkarmaya zorladığını ifade etmiştir.[30]

---

23 Miller v. University of Bristol, § 77.

24 Miller v. University of Bristol, § 80 ve devamı.

25 Miller v. University of Bristol, § 82.

26 Miller v. University of Bristol, § ve devamı.

27 Miller v. University of Bristol, § 91.

28 Miller v. University of Bristol, § 97.

29 David Miller, "We Must Resist Israel's War on British Universities", (The Electronic Intifada, 20 February 2021), (https://electronicintifada.net/content/we-must-resist-israels-war-british-universities/32391), (s.e.t. 23 October 2024).

30 Miller v. University of Bristol, § 101.

Bütün bunların ardından Miller, sosyal medyada öğrenciler tarafından "*aşağılık bir Antisemitist*" başlığı altında etiketlenmiştir. Yahudi toplulukların benzer sosyal medya paylaşımları da bunu takip etmiştir. Buna ek olarak Miller, sayısız anonim elektronik postalarla hakaret, küfür ve tacize maruz kalmıştır.[31] Buna karşılık, Miller´in ifadeleri kamuoyunda ciddi bir kabul de görmüş ve Üniversite, Miller'i yeteri kadar korumamakla suçlanmıştır.[32]

6. Üniversitece İkinci Kez Bilirkişiye Başvurulması

Tüm bu olaylar üzerine Üniversite biri McColgan KC'den olmak üzere olayın tekrar incelenmesi amacıyla iki ayrı bilirkişiye başvurmaya karar vermiştir. Bu kez Miller´in, Şubat 2021 itibariyle, yani ilk bilirkişi raporunu takiben kamuoyu paylaşımları da dikkate alınacaktır.[33] McColgan KC'den istenen, Şubat 2021´deki olaylarda, Üniversite´nin tabi olduğu tüm politikalar, yönetmelikler ve tüzükleri ile, aralarında Birleşik Krallık Eşitlik Kanunu ve İnsan Hakları Bildirgesi de olmak üzere ilgili tüm yasalar ve Üniversite´nin bu sırada Kasım 2019´da benimsediği IHRA Anti-Semitizm tanımı dikkate alındığında Miller tarafından yapılan açıklamaların kabul edilebilir söylem sınırlarını aşıp aşmadığının tespit edilmesidir.[34] Mayıs 2021´de tamamladığı bilirkişi raporunda McColgan KC, öncelikle Miller'in iddia ettiği gibi, JSoc ve UJS´in gerçekten de Küresel Siyonizm Hareketinin resmi üyeleri olduğunu tespit etmiştir.[35] Miller´in bu tespitinin Yahudi düşmanlığı teşkil edebileceğine dair ise herhangi bir veriye ulaşılamadığını kaydetmiştir. Miller´in, İsrail lobisinin İslamofobi´yi teşvik ettiğine ve İsrail devletinin ırkçılık ve dini motiflerle Arap toplumuna yönelik ırkçılığı ve düşmanlığı körüklediğine dair ifadesini ise McColgan, Miller´in bir akademisyen olması ve bu ifadelerin bilimsel çalışmalarının ürünü olması hasebiyle, kabul edilebilir söylemler sınırını aşmayan ifadeler olarak değerlendirmiştir. McColgan, Miller´in Yahudi öğrencileri İsrail lobisinin piyonları olarak nitelendirmesine ilişkin ifadesinde ise, Miller´in Yahudi öğrencileri bir bütün olarak hedef almadığını, aksine Siyonist lobilerce bazı öğrencilerin kullanılmasını eleştirdiğini tespit etmiştir. Sonuç olarak McColgan, Miller´in ifadelerinin JSoch ve UJS gibi Yahudi lobileri rahatsız edecek nitelikte olmakla birlikte, Anti-Semitizm teşkil edecek nitelikte olmadığını rapor etmiştir.

Diğer bilirkişiden ise şu hususların incelenmesi istenmiştir:[36]

- Miller´in, Üniversite´nin soruşturma esnasında özen gösterilmesini istediği soruşturmanın gizliliği kuralını ihlal edip etmediği,
- Miller´in Yahudi öğrencilere ve Yahudi öğrenci gruplarına ilişkin söylemlerinin, Miller´in ve Üniversite´nin öğrencileri ile ilişkisine, Üniversite´nin üçüncü kişiler ile ilişkisine zarar verip, Üniversite çalışanlarının tabi olduğu davranış ve eşitlik kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğini,
- Bu söylemlerin Yahudi öğrencilerin güvenliğini ve sağlığını tehlikeye atıp atmadığını,

---

31 Miller v. University of Bristol, § 104.

32 Miller v. University of Bristol, § 98.

33 Miller v. University of Bristol, § 108 ve devamı.

34 Miller v. University of Bristol, § 109.

35 Miller v. University of Bristol, § 114 ve devamı.

36 Miller v. University of Bristol, § 116.

- Ve son olarak, bu söylemlerin Üniversite çalışanlarının tabi olduğu Üniversite´nin Kabul Edilebilir Davranışlar Politikasına ve İfade Özgürlüğünün Korunması Politikasına uygunluğu.

Bilirkişi, Miller´in savunmasını aldıktan ve birkaç öğretim elemanını da dinledikten sonra, yukarıda anılan soruların tamamını doğrulamıştır. Buna göre, Miller söylemleri ile hem Üniversite´nin öğrencilerle hem de üçüncü kişilerle ilişkilerini zedelemiş, Yahudi öğrencilerin güvenliklerini tehlikeye atmıştır. Davranışı, Üniversite çalışanlarının tabi olduğu politikalara aykırı bulunmuştur.[37]

7. Miller Hakkında Disiplin Soruşturması Yürütülmesi ve Miller´in İşine Son Verilmesi

Üniversite bilirkişi raporlarını inceledikten sonra, Miller´in disiplin soruşturması gerektiren bir davranış sergilediği kanaatine varmıştır ve hakkında soruşturma başlatmıştır. Disiplin soruşturmasında özellikle, Miller´in ifadelerinin Üniversite´nin soruşturmanın gizliliği kuralını ihlal etmesi, Üniversite´nin kabul edilebilir davranışlar politikasına aykırı olması ve Üniversite´nin itibarını zedelemesi de göz önünde tutulmuştur.[38] Soruşturmada, Miller´in ifadelerinin Üniversite´nin Eşitlik ve Farklılıklara Saygı Politikası ile İşyerinde Kabul Edilebilir Davranışlar politikasına (the Equality and Diversity policy and the Acceptable Behaviour at Work Policy) aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre Miller, belirli öğrenci ve öğrenci topluluklarını eleştiriye açık hedef haline getirerek ve saldırgan bir tutum sergileyerek, kendisinden beklenen sorumluluk, hassasiyet ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır.[39] Söylemlerinin Yahudi öğrenciler üzerinde olumsuz etki göstereceğinin ayırdına varması gereken Miller, aynı zamanda Üniversite´nin kamusal alandaki itibarını da zedelemiştir. Miller´in gelecekte de kendisinden beklenen özeni göstermeyeceği düşünülmüştür.[40] Benzer durumlarla karşılaşılmaması için Üniversite, Miller'in bu davranışın uygun bir yaptırıma tabi tutulması gerektiği sonucuna varmıştır.[41] Bu bağlamda Miller'in Üniversite´deki işine, 1 Ekim 2021´de derhal fesih yoluyla son verilmiştir. İşten ayrılmasının akabinde de Miller, Siyonizm hakkındaki görüşlerini savunmaya devam etmiştir. Bazı eleştirmenlerce Anti-Semitizm olarak nitelenmesine rağmen, sosyal medya platformlarında da paylaşımlarda bulunarak, "*Yahudilere ayrımcılık yapılmadığını ve hatta onların kültürel, ekonomik ve siyasi bağlamda aşırı sayılabilecek ölçüde temsil edildiklerini*" ifade etmiştir.[42] Miller, işten çıkarılmasının bu söylemlerinde etkisi olmadığını, halen Üniversite´de çalışıyor olsa idi de aynı görüşte olacağını da eklemiştir.[43]

---

37 Miller v. University of Bristol, § 124.

38 Miller v. University of Bristol, § 133.

39 Miller v. University of Bristol, § 135.

40 Miller v. University of Bristol, § 154.

41 Miller v. University of Bristol, § 127.

42 Miller v. University of Bristol, § 156.

43 Miller v. University of Bristol, § 155.

II. BİRLEŞİK KRALLIK HUKUKUNDA İNANÇ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. UYGULANACAK HUKUK

1. Equality Act 2010

2010 tarihli Birleşik Krallık Eşitlik Yasası, 4. maddesinde listelenen sebeplere dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır.[44] Bu maddede listelenen sebeplerden biri de inanç ve felsefi görüşü sebebiyle bir kimsenin ayrımcılığa maruz kalması durumudur. Kişinin inancı veya felsefi görüsü yasa tarafından korunmaktadır ("*protected characteristics*"). Kanunun 10. maddesi inanç veya kanaat ("*Religion or belief*") özgürlüğünü düzenlemektedir.[45] Maddenin 2. fıkrasına göre 10. madde kapsamında inanç, herhangi bir dini veya felsefi görüsü ifade etmektedir. Eşitlik Yasasının 13. maddesi, yasanın 4. maddesinde anılan sebeplerden biri olan felsefi görüsü sebebiyle bir kimsenin ayrımcılığa maruz bırakılmasını yasaklar. Ayrımcı davranan işverenin motivasyonu önemsizdir. Yani işverenin, ayrımcı davranırken iyi niyetli olduğunu iddia etmesinin bir önemi yoktur.[46] Kişi, inancını veya felsefi görüşünü özgürce dile getirebilmelidir. Bu koruma, savunulan felsefi görüşün kamusal alanda ciddi tepkiye sebep olabilecek bir görüş olması halinde dahi geçerlidir.

Birleşik Krallık iş mahkemeleri, Eşitlik Kanunu'nun ilgili maddelerini uygularken aynı zamanda evrensel ilke ve kuralları da dikkate alırlar. Buna göre Eşitlik Kanunu 10. maddesinin, AİHS'nin 9. ve 10. maddelerinde koruma altına alınan inanç ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.[47] AİHS'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kenar başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası ise ifade özgürlüğüne yer vermektedir. Buna göre, herkes görüşlerini açıklama ve anlatma

---

44 İlgili Kanunun 4. maddesi şu şekildedir: 'The protected characteristics. The following characteristics are protected characteristics, age; disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex; sexual orientation.', Kanun metni için bkz.

(https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

45 İlgili Kanunun 10. maddesi şu şekildedir: 'Religion or belief

(1) Religion means any religion and a reference to religion includes a reference to a lack of religion.

(2) Belief means any religious or philosophical belief and a reference to belief includes a reference to a lack of belief.

(3) In relation to the protected characteristic of religion or belief

(a)a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person of a particular religion or belief.

(b)a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who are of the same religion or belief.'

46 Miller v. University of Bristol, § 167.

47 Miller v. University of Bristol, § 163, 179.

özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Ancak birçok hak ve özgürlük gibi, bu inanç ve ifade özgürlüğünün de sınırları vardır. Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrası ile 10. maddesinin 2. fıkrası bu sınırları düzenlemektedir. Buna göre, bu özgürlükler yasayla öngörülmek kaydıyla, kamu düzeninin, genel sağlığın ve ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin veya itibarlarının korunması için demokratik toplumda gerekli görülen vasıtalar ile sınırlanabilir.[48] AİHM içtihatlarını da göz önünde bulunduran Birleşik Krallık iş mahkemesi, inanç ve ifade özgürlüğüne müdahaleleri değerlendirirken ayrıca, söz konusu müdahalenin, müdahale ile ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için gerekli ve ölçülü olup olmadığını incelemektedir.[49] Buna göre, ifade ve inanç özgürlüğüne getirilecek daha az kısıtlayıcı bir önlemin varlığı halinde bu kısıtlama ölçüsüz olacaktır.[50]

2. Employment Rights Act 1996

Somut olayda mahkeme, kararını büyük ölçüde Eşitlik Kanunu 10. maddesine dayanarak vermiştir. Ancak mahkeme, uygulama bulan hukuk kuralı olarak ayrıca Birleşik Krallık 1996 tarihli İş Kanunu'nun (Employment Rights Act) 98. maddesine de atıf yapmıştır.[51] Bu maddenin 1. fıkrasına göre, is sözleşmesinin feshinin geçerli olabilmesi için işveren, aynı maddenin 2. fıkrasında anılan bir sebepten ötürü veya başkaca haklı bir sebepten dolayı iş sözleşmesini feshetmiş olmalıdır. 98. maddenin 2. fıkrasına göre bu sebepler işçinin iş ilişkisi ile bağdaşmayan davranışlarından ve iş görmedeki yetersizliğinden kaynaklanan veya bir kanun ya da kanun tarafından getirilen kısıtlamayı ihlal etmeden işini göremeyecek olmasından kaynaklanan nedenlerdir. Feshin haklı nedenle gerçekleştiğine dair değerlendirme, Kanunun 98. maddesinin 4. fıkrasına göre, somut olayın özellikleri ve işverenin eşitlik ilkesine uygun hareket edip etmediği gibi kriterlere göre değerlendirilir.[52] İş sözleşmesin haklı nedenle feshini gerektiren sebep, işverenin böyle bir sebebin varlığına dair kişisel kanaatine değil, böyle bir sebebin varlığının, objektif temellere dayanarak iddia edilebilmesine bağlıdır.[53]

B. BİRLEŞİK KRALLIK İŞ MAHKEMESİNİN KARARI

Miller, Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle haksız olarak görevden alınarak felsefi inançları sebebiyle ayrımcılığa uğradığı iddiası ile mahkemeye başvurmuştur. Başvuru, Birleşik Krallık iş mahkemesi tarafından karara

---

48 Gülnur Erdoğan, İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde), Adalet Yayınevi, 2017, s. 51.

49 Miller v. University of Bristol, § 181.

50 Miller v. University of Bristol, § 193.

51 Mahkeme, uygulanabilecek hukuk kuralı olarak son olarak Eşitlik Yasasının 26. maddesinde düzenlenen taciz yasağına da işaret etmiştir. Ancak Miller´in felsefi görüşleri sebebiyle taciz edildiğine dair iddiaları mahkemece reddedildiğinden, bu çalışma kapsamında bu maddeye ve ayrıntılarına yer vermeye gerek görülmemiştir, bkz. Karar § 196 ve devamı; İş Kanunu metni için bkz. (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

52 Miller v. University of Bristol, § 203.

53 Miller v. University of Bristol, § 207.

bağlanmıştır. Mahkeme incelemesini yaparken, Miller´in inancının başkaları tarafından nasıl anlaşıldığına veya mahkemenin kendisi bu inancı nasıl anladığına veya yorumladığına göre değil, Miller´in bu inancı nasıl ifade ettiğine ve Miller´in kendi yorumuna bakarak yapmıştır.

İlk aşamada mahkeme, Miller´in Siyonizm karşıtı görüşünün Eşitlik Yasası 10. maddesi bağlamında korunan inançlar kapsamına girip girmediğini tespit etmektedir. Daha sonra, Miller´in işten çıkarılması ile felsefi görüşü arasında illiyet bağının olup olmadığının tespitini yapmıştır.[54] Son aşamada ise mahkeme, Miller´in işten çıkarılması ile inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yukarıda verilen hukuki çerçevede kabul edilir olup olmadığını değerlendirmiştir.

1. Felsefi İnancın Eşitlik Kanunu 10. Maddesi Kapsamında Korunması: *Grainger* Kriterleri

Birleşik Krallık iş mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, felsefi görüşün Eşitlik Yasası 10. maddesi kapsamında korunması için içtihatla geliştirilen ve *Grainger* kriterleri[55] olarak bilinen şu beş şartı karşılaması gerekir:[56]

- Kişinin içten ve gerçekten bu inanca sahip olması
- Sadece mevcut bilgiye dayanan, yani bilgiye göre değişmesi muhtemel olan bir görüş değil, gerçek bir inanç olması
- İnsan hayati ve toplumsal davranış biçimlerine yönelik bir inanç olması
- Belirli bir mantık, tutarlılık, ciddiyet ve önemi haiz olması ve
- Demokratik toplumda saygıya layık olup, insan onuruna ve temel hak ve özgürlüklere aykırı olmayan bir inanç olması

Somut olayda mahkeme ilk olarak, Miller´in gerçekten ve içten bir biçimde Siyonizm'e karşı olduğu kanısına varmıştır. Çünkü Miller´in, Siyonizm karşıtı görüşleri, uzun yıllara dayanan bilimsel çalışmaları ile şekillenmiştir. Ayrıca bu görüşleri, onun hem kişisel hem de akademik hayatında önemli bir rol oynamıştır.[57] Mahkeme, Miller´in Siyonizm karşıtı tavrının, zaman içinde ve bilgi birikimine göre değişmesi muhtemel bir görüş değil, Miller'in hayatında yıllar boyu önemli bir yer tutan, bulunduğu hemen hemen her platformda dile getirdiği bir inanca dayandığını tespit etmiştir.[58] Somut olayda, Miller´in görüşlerinin insan hayatı ve toplumsal davranış biçimlerine yönelik bir inanç oluşuna dair bir tartışma söz konusu olmamıştır. İnancın, belirli bir mantık, tutarlılık, ciddiyet ve önemi haiz olmasına ilişkin olarak ise mahkeme, bugüne kadarki içtihatları ve AİHS 9. maddesinin amacına uygun olarak, inancın anlaşılabilir ve kavranabilir olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir.[59] Mahkeme, Miller´in Siyonizm´e ilişkin görüşlerinin, tutarlı ve anlaşılabilir olduğunu tespit etmiştir.[60] Bu tespitini, Miller´in fikirlerinin, uzun ve kapsamlı araştırmaları

---

54 Miller v. University of Bristol, § 241.

55 Burton J Grainger Plc v Nicholson [2010] ICR 360, § 24.

56 Miller v. University of Bristol, § 215 ve devamı.

57 Miller v. University of Bristol, § 216.

58 Miller v. University of Bristol, § 218 ve devamı.

59 Miller v. University of Bristol, § 222.

60 Miller v. University of Bristol, § 231.

sonucu meydana gelmiş ve Miller tarafından sürekli olarak savunulmuş olmasına dayandırmıştır. Miller ayrıca, Siyonizm'in doğası gereği ırkçı olduğuna dair görüşünü, Amnesty International ve Human Rights Watch gibi uluslararası kuruluşların İsrail'in Filistinlilere yönelik "*apartheid*"[61] devlet niteliğini haiz ırkçı politikalar yürüttüğünü belgeleyen raporları ile desteklemiş, Siyonizm karşıtlığının makul ve savunulabilir olduğunu ispat etmiştir.[62]

Davalı Üniversite, özellikle inancın korunmasına yönelik son kriter üzerinde durmuştur. Üniversite´ye göre Miller´in Siyonizm karşıtı görüşü, Yahudilerin bir İsrail devletinin devamında kendini bulan "*kendi kaderlerini tayin hakkı*"nı zedelemektedir. Dolayısıyla Miller´in Siyonizm karşıtı görüsü, demokratik toplumda saygıya layık olmayan, temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayan bir felsefi görüştür. Mahkeme hangi görüşün yerinde veya geçerli olduğuna dair bir inceleme yapmamakla birlikte, bu kriterin oldukça dar yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre yalnızca çok az sayıda inanç veya görüş bu kriteri karşılayamayacak niteliktedir. Bunlara örnek olarak, totaliter rejimleri, Nazizm'i ve benzeri insanlığa karşı ağır suçları teşvik eden idealleri savunmak, demokratik toplumda saygıya layık değildir ve inanç ve ifade özgürlüğü kapsamında korunamaz.[63] Buna karşılık, başkaları açısından rahatsız edici, şok edici veya hatta saldırgan olan, ancak nefret söylemi derecesine varmayan fikirler koruma kapsamındadır.[64] Mahkeme, Miller´in görüşlerinin, Yahudilerin kendi kaderlerini tayin hakkına karşı değil, bir Yahudi devletinin, nüfusun çoğunluğunun Araplardan oluştuğu Filistin topraklarında ve bu nüfusun zorla göçe, her türlü ayrımcılık, baskı ve etnik soykırıma tabi tutulması yoluyla kurulmasına karşı olduğunu tespit etmiştir. Miller´in görüşlerinin Yahudi düşmanlığı veya Yahudilerin etnik kimliğinin yok edilmesine ilişkin olmadığı açıktır.[65]

Mahkeme sonuç olarak, Miller´in görüşlerinin *Grainger* kriterlerini karşıladığı ve bu sebeple Birleşik Krallık Eşitlik Yasası 10. madde kapsamında korunan bir inanç olduğu sonucuna ulaşmıştır.[66]

---

[61] Bkz. Full Report of Amnesty International, February 1, 2022 Index Number: MDE 15/5141/2022, 'Israel's apartheid against Palestinians: Cruel system of domination and crime against humanity', (https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/), (s.e.t. 10 Kasım 2024) ; Report of Human Rights Watch, 'A Threshold Crossed Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution', April 2021, (https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/04/israel_palestine0421_web_0.pdf), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

[62] Miller v. University of Bristol, § 224 ve devamı.

[63] Miller v. University of Bristol, § 236.

[64] Zana v. Turkey, ECtHR [GC], No: 18954/91, 25 November 1997, (https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58115), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 51; Handyside v. the United Kingdom, ECtHR, No. 57499/17, 74536/17, 80215/17, 9323/18, 16128/18, 25920/18, 7. December 1976, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 49; Lingens v. Austria, ECtHR, No. 41193/15, 51044/15, 53856/15, 1724/16, 2809/16, 8141/16, 16976/16, 18306/16, 43625/16, 46334/16, 46376/16, 56677/16, 57523/16, 59609/16, 76672/16, 77512/16, 77526/16, 8. July 1986, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57523), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 41.

[65] Miller v. University of Bristol, § 237.

[66] Miller v. University of Bristol, § 238.

2. Korunan İnanç ile İsten Çıkarma Arasındaki Nedensellik Bağının Tespiti

Birleşik Krallık iş mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, felsefi inancını izhar eden kimsenin, bundan ötürü ayrımcılığa karşı korunması için, felsefi inanç ile ayrımcılık arasında yakın ve doğrudan bir ilişki olması gerekir.

Üniversite, Miller´in işten çıkarılması ile Siyonizm karşıtı görüş sahibi olması arasında doğrudan bir bağ olmadığını iddia etmektedir. Buna göre Miller, Siyonizm´i ırkçı bir ideoloji olarak görmesinden dolayı değil, Yahudi öğrencileri hedef alarak, onları Siyonist ve dolayısıyla ırkçı olarak nitelemesi sebebiyle görevden alınmıştır. Miller'in işten çıkarılmasının bir diğer sebebi de Siyonizm karşıtı görüşlerini ifade biçimindeki sözde uygunsuzluktur. Buna göre, Miller´den Siyonizm karşıtlığını daha ılımlı ve başkalarının da menfaatlerini dikkate alarak dengeli bir biçimde ifade etmesi beklenmektedir.[67] Üniversite´ye göre, Miller´in İsrail devletine ilişkin, bu devletin soykırımcı, ırkçı ve şiddet yanlısı bir devlet olduğuna dair sözleri ve bu görüşlerini Yahudi öğrencilerle ilişkilendirmesi, aşırı derecede saldırgan ve kışkırtıcıdır.[68]

Mahkeme ise değerlendirmesini yaparken, Üniversite´den şu soruya cevap vermesini istemiştir: Miller´in ifadelerinden Siyonizm´in ırkçı bir rejim olduğuna ilişkin kısımlar çıkarılmış olsa idi, Üniversite Miller´i yine de işten çıkarır mıydı? Üniversite bu soruya hayır cevabını vermiştir.[69] Ayrıca mahkeme, Üniversite´nin Miller´i, bazı öğrenciler hakkında, Siyonizm'e atıf yapmadan yaptığı yorumlar sebebiyle herhangi bir yaptırıma tabi tutmadığını da tespit etmiştir. Bu ve benzeri sebeplerden ötürü mahkeme, Miller´in doğrudan Siyonizm karşıtı görüşü sebebiyle işten çıkarıldığı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, Miller´in Siyonizm´i ırkçı, saldırgan ve sömürgeci olarak nitelemesi ve Siyonizm'in, Üniversite ve öğrencileri üzerindeki etkisine son verilmesi gerektiğine dair inancı ile Üniversite´nin Miller´i işten çıkarma kararı arasında yakın ve doğrudan bir nedensellik bağı vardır.[70]

3. İnanç ve İfade Özgürlüğünün Sınırları

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrası ile inanç, 10. maddesinin 2. Fıkrası ile de ifade özgürlüğünün sınırlarını düzenlenmiştir. Buna göre, inanç ve ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının, yasa ile öngörülmüş olup hukuki bir amaca hizmet etmesi ve kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır. Ayrıca kısıtlamanın, korunmak istenen hukuki menfaat ile orantılı olması gerekir. Mahkeme ilk olarak, Miller´in disiplin soruşturmasına tabi olması ve akabinde işten çıkarılması uygulamasının yasal bir dayanağı olduğunu tespit etmiştir.[71] Buna göre, Üniversite Davranış ve Etik İlkeler Yönetmeliği ve iş sözleşmesinin de aralarında bulunduğu birçok düzenleme, Üniversite

---

67 Miller v. University of Bristol, § 250.

68 Miller v. University of Bristol, § 254.

69 Miller v. University of Bristol, § 255.

70 Miller v. University of Bristol, § 256 ve devamı.

71 Miller v. University of Bristol, § 266.

bünyesinde çalışanların tabi olduğu ve bunlara aykırılık halinde kişinin, bu aykırılığın sonuçlarını öngörebileceği yasal metinlerdir.[72]

İnanç ve ifade özgürlüğüne disiplin soruşturması ve sonrasında işten çıkarma ile yapılan müdahalenin yasal bir amaca hizmet ettiği de aynı şekilde mahkemece doğrulanmıştır.[73] AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, inanç özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın yasal amacını teşkil etmektedir. Yine AİHS´nin 10. maddesinin 2. fıkrası da başkalarının şöhret, ün veya itibarının korunması amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini düzenlemektedir. Somut olayda, üniversitenin itibarının korunması ve üçüncü kişilerin Üniversite ile sağlıklı ilişkiler kurma gibi haklı menfaatlerinin korunmasının, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasal amacını oluşturabileceği tespit edilmiştir.[74]

Son olarak mahkeme, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, yani disiplin soruşturması ve akabinde gerçekleşen iş sözleşmesinin feshinin, bu kısıtlama ile korunmak istenen hak ve menfaatlere ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir önlem olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme yerleşik içtihadına göre bu değerlendirmeyi şu dört soruya cevap arayarak yapmaktadır:[75]

- Söz konusu inanç ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı önlem ile ulaşılmak istenen amaç, bu kısıtlamayı haklı kılacak nitelikte bir gereklilik veya önem arz ediyor mu?
- Alınan önlem, ulaşılmak istenen amaçla mantıksal bir bağlamda mı veya bu amaca ulaşmak için elverişli mi?
- İnanç ve ifade özgürlüğüne daha az müdahale edebilecek bir önlem aynı amaca ulaşmak için yeterli olur muydu?
- İnanç ve ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın olumsuz sonuçları, bu kısıtlama ile amaçlanan faydaya kıyasen daha baskın mı?

Mahkeme bu sorulara cevap ararken ise şu hususları dikkate almıştır:[76]

- İnanç ve ifade özgürlüğünün tezahür biçimi, içeriği ve kapsamı
- Bu özgürlüğü kullanan işçinin, muhataplarının kimler olabileceğine dair algısı veya farkındalığı
- Bu özgürlüğün kullanılması ile başkalarının hak ve menfaatlerine yapılan saldırının türü ve kapsamı ile işverenin bu saldırı nedeniyle işletmesinin olumsuz etkilenip etkilenmediği
- İşçinin, inanç ve ifade özgürlüğünü kendi hesabına kullandığını ifade edip etmediği veya paylaştığı görüşlerin aynı zamanda işverenin görüşleri olarak algılanıp algılanmadığı ve bunun işverenin hak ve menfaatlerini olumsuz etkileyip etkilemediği
- İnanç ve ifade özgürlüğünü kullanan işçi ile bu özgürlüğün kullanılması ile hak ve menfaatleri zedelenen kişiler arasında ast-üst ilişkisi manasında olası bir güç dengesizliği olup olmadığı

---

72 Miller v. University of Bristol, § 261 ve devamı.

73 Miller v. University of Bristol, § 274.

74 Miller v. University of Bristol, § 271 ve devamı.

75 Miller v. University of Bristol, § 275.

76 Miller v. University of Bristol, § 276.

- İşverenin, işçinin bu özgürlüğünü kullanmasından doğrudan etkilenebilecek bir sektörde olup olmaması (iletişim, hakla ilişkiler vb.)
- İşverenin, işçinin inanç ve ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan önlemden başka, yine amaca ulaşmaya elverişli ancak bu özgürlüklere daha az müdahale edecek nitelikte başkaca önlemlere başvurma imkânının olup olmaması.

Mahkeme somut olayda ilk olarak, Miller´in ifadelerinin, Siyonist olarak nitelediği lobicilik faaliyetleri sürdüren JSoc gibi organizasyonların faaliyetleri üzerinde kayda değer olumsuz bir etkisi olmadığını tespit etmiştir.[77] Ancak Miller´in görüşlerinin, Üniversitenin üçüncü kişiler ile ilişkisi üzerinde olumsuz etkiler yarattığı gerçektir. Öyle ki bazı bağışçılar Üniversite´den bağışlarını geri çekmiştir. Buna karşılık, Üniversite´ye yeni kayıtlarda herhangi bir düşme gözlemlenmemiştir.[78]

Bunun yanı sıra Miller´in, bilirkişi raporları ile Anti-Semitizm suçlamalarından aklanmasına rağmen, kamusal alanda Siyonizm'e karşı görüşlerini oldukça saldırgan bir tarzda ifade etmeye devam etmesi Üniversite´nin işten çıkarma kararında önemli bir rol oynamıştır.[79] Ancak Miller´in kendini kamusal alanda ifade etmesinin ardında, bazı Siyonist gruplarca ve öğrenciler tarafından sürekli olarak taciz ediliyor olması yatmaktadır.[80] Bilirkişi raporlarının yayımlanmaması da kamunun Miller´in haklılığı noktasında yeteri kadar bilgi sahibi olmadığı kanaatini desteklemektedir. Bunun dışında mahkeme, Üniversite´nin Miller´in görüşlerini ifade biçiminin saldırgan olduğuna ilişkin görüşüne de katılmamıştır. Buna göre Miller´in bu tarzı geçmişteki basılı ve sözlü birçok söyleminde de gözlemlenmektedir, yani Üniversite için Miller´in tarzı yeni değildir. Ayrıca politik tartışmalarda ifade biçimin sırf agresif oluşu, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı kılmamaktadır.[81]

Mahkeme ayrıca, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamada bu özgürlüklerin tezahür biçimi, kapsamı ve türünü irdelerken, bu özgürlüklerin temelini ve özünü sarsmamak gerektiğine işaret eder.[82] Miller´in, görüşlerinin bu denli kamusal bir alanda dikkat çekecek olmasını öngörememesi hususunda ise yine mahkeme, şu tespitte bulunmuştur: Miller uzun yıllar, akademik çalışmaları ile gelişen Siyonizm karşıtı görüşlerini hem sözlü hem de yazılı olarak ifade etmiş ve görüşleri ilk kez bu kadar büyük yankı uyandırmıştır. Bunda, Miller´in kendini ifade ediş seklinden ziyade, üzerinde kurulan baskı ve yıldırma çabaları ve onun bunlara cevap vermesi rol oynamıştır.[83]

Mahkeme, Üniversite´nin itibarının zedelendiğini, Üniversite´nin çeşitli menfaat grupları arasında kaldığını ve olaya çözüm bulmakta güçlük çektiğini kabul etmektedir. Özellikle basında, Miller´in de görüşlerinin çarpıtılarak yansıtılması ile Üniversite üzerinde, sözde Yahudi düşmanlığı besleyen bir

---

77 Miller v. University of Bristol, § 277 ve devamı.

78 Miller v. University of Bristol, § 279.

79 Miller v. University of Bristol, § 280.

80 Miller v. University of Bristol, § 287 ve devamı.

81 Miller v. University of Bristol, § 291.

82 Miller v. University of Bristol, § 292.

83 Miller v. University of Bristol, § 294.

profesörü bünyesinde barındırmasından ötürü ciddi baskı kurulmuştur. Her ne kadar Üniversite´nin itibarının korunması, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamayı haklı kılabilecek bir neden olsa da mahkeme, Miller´in işten çıkarılmasına sebep olan görüşlerin doğrudan politik ve akademik görüşleri olduğunu ve bunların Üniversite´nin itibarından daha az değerde bir korumaya sahip olmadığını vurgulamıştır.[84]

Yine benzer şekilde Üniversite´nin, Miller´in belli öğrenci gruplarını hedef alarak bunları Siyonist lobilerin maşası olarak nitelemesini, Miller´in öğrenciler ile arasındaki hiyerarşik ilişkisindeki hâkim pozisyonunu kötüye kullanmak olarak yorumlamasına karşılık mahkeme, Üniversite´nin bir bilim kuruluşu oluşuna vurgu yaparak, Üniversite´nin diğer birçok işveren ve işletmeden daha çok inanç ve ifade özgürlüğünü korumakla kendini yükümlü sayması gerektiğinin altını çizmiştir.[85]

Mahkeme son olarak, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ölçülülüğüne ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Buna göre öncelikle, bir bilim insanının Üniversite´den uzaklaştırılması, onun araştırma yapmak ve öğretim faaliyetinde bulunarak ve bilgi ve bulgularını paylaşma imkânının büyük ölçüde elinden alınması demektir. Miller´in iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi iş hukukundaki en ağır yaptırım şeklidir. Daha da ötesi bu yaptırım, ifade özgürlüğüne ket vurmak demektir, yani inanç ve ifade özgürlüğünün başkaları tarafından da baskı ve yıldırma politikalarından korkmadan kullanılmasını elverişsiz veya imkânsız hale getirmek demektir.[86] Hukuk literatüründe buna "*chilling effect*" –korkutucu etki– denmektedir. Mahkeme bu bağlamda, AİHM´nin Heinisch/Almanya kararına atıf yapmıştır.[87] Bu karara konu olan olayda AİHM, bir yaşlı bakımevinde çalışıp, buradaki hukuka aykırılıkları ifşa ettiği için işten çıkarılan Heinisch´in, bildirimsiz işten çıkarılmasının iş hukukundaki en ağır yaptırım olmasının yanı sıra bunun, bakım evinde çalışan diğer işçiler ve hatta bu sektörde hizmet eden birçok çalışan üzerinde korku etkisi yaratacak nitelikte olduğuna işaret etmiştir. Buna göre bu korkutucu etki, gelecekte hukuka aykırılıkların işçiler tarafından işten çıkarılma korkusu ile ihbar edilmemesi sonucunu doğurabilecektir ve bu da kamusal menfaatleri olumsuz etkileyecektir.[88]

Birleşik Krallık iş mahkemesi de bu doğrultuda Miller davasında şu tespitte bulunmuştur: Akademik bir kuruluş olarak Üniversite, akademisyenlerin araştırma ve uzmanlık alanlarına giren veya bu alanlarla bağlantılı konularda özgürce araştırma yapıp, düşüncelerini ifade etmelerinden doğabilecek olası itibar kayıplarına veya eleştirilere katlanabilmelidir. Somut olayda ayrıca mahkeme, Miller´in işten çıkarılması ile Üniversite´nin, eleştiri oklarından kurtulamadığını da tespit etmiştir. Zira Miller görüşlerinden dolayı eleştirildiği kadar, destek de toplamıştır. Bildirimsiz fesih yolunun seçilmesi bu nedenle gereksiz ve ölçüsüz bir yaptırımdır. Mahkemeye göre somut olayda Miller´in, Üniversite´nin iddia ettiği gibi saldırgan tavrı nedeniyle fesih yerine uyarı cezası alması gibi, inanç ve ifade özgürlüğüne daha az müdahale eden bir yaptırım,

---

84 Miller v. University of Bristol, § 298.

85 Miller v. University of Bristol, § 300.

86 Miller v. University of Bristol, § 303.

87 Miller v. University of Bristol, § 304.

88 Heinisch v. Germany, § 91.

orantılı ve ölçülü olabilirdi. Mahkeme sonuç olarak Üniversite´nin Miller´i bildirimsiz fesih yoluyla işten çıkararak korumayı hedeflediği menfaatler ile, Miller´in işten çıkarılması ile zedelenen inanç ve ifade özgürlüğünün korunmasındaki menfaat ve işten çıkarmanın yol açabileceği korkutucuyu etkiyi birlikte değerlendirdiğinde, Miller´in işten çıkarılmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir yaptırım olmadığı kanaatine varmıştır.[89] Üniversite´nin Miller´i işten çıkarmasının tek ve doğrudan sebebi, Miller´in görüşleri olduğundan, işten çıkarma Miller´in görüşlerinden dolayı doğrudan ayrımcılığa uğradığı kanaatini de desteklemektedir.[90]

III. DEĞERLENDİRME

Miller vs. Bristol davasında verilen karar, inanç ve ifade özgürlüğünün korunması bağlamında önemli hususlara işaret etmektedir. Bunlardan ilki, inanç veya düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün, toplumun çoğunluğunu rahatsız edecek nitelikte dahi olsa, ırkçılık ve benzeri unsurları içermediği sürece korumaya değer olmasının ve bu özgürlüğe bilhassa bir bilim kuruluşu tarafından özenle saygı duyulması gerektiğinin altının çizilmesidir.[91] Düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğü birbiri ile ilişkili iki önemli temel hak ve özgürlüktür. Bu hak ve özgürlüklerin dikkat çeken ortak yanı, her ikisinin de çoğulcu demokratik toplum düzenine, farklı inanç, düşünce ve fikirlerin toplumda varlığına imkân vermesiyle katkı sağlamasıdır. Böyle bir toplum düzeninin sağlanması, çoğunluğun inanç ve fikir dünyasına aykırı, bunlarla bağdaşmayan düşünce veya inanç sistemlerinin varlığının sürdürebilmesine ve bunların ifade edilmesine bağlıdır. Bu bağlamda bir hukuk devleti, bu hak ve özgürlüklere müdahaleden kaçınmasının ötesinde, bu hak ve özgürlüklerin horizontal, yani iş ilişkisi gibi özel hukuk ilişkileri düzleminde de korunmasını sağlamak gibi pozitif bir yükümlülük taşımaktadır.[92] Devlet, bireyler arasında bu hak ve özgürlüklerin tesisi için bazı düzenlemeler yapar. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin bir örneğini de Birleşik krallığın Eşitlik Yasası gibi yasal düzenlemeler ile bir kimsenin inanç ve ifade özgürlüğünün icrası sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulmasının yasaklanması teşkil etmektedir. Bunun dışında mahkemeler, içtihatları ile inanç ve ifade özgürlüğünün toplumda inkişafına katkı sağlamaktadırlar. Yukarıda ayrıntılıları ile verilen Miller vs. Bristol davası bunun bir örneğidir. Kararın en çarpıcı özelliklerinden biri, İsrail´e ve yayılmacı politikalarına yönelik eleştirilerin doğrudan ve alakasız bir biçimde Yahudi düşmanlığı ile ilişkilendirilmek suretiyle, çoğulcu demokrasilerde farklı fikirlere karşı sindirme çabalarının önüne geçecek nitelikte olmasıdır. Zira mahkeme, Filistin topraklarında bir Yahudi devleti kurulmasını hedefleyen Siyonizm fikrini, Yahudi düşmanlığı olarak bilinen Anti-Semitizm´den ayırarak değerlendirmeye tabi tutmuş ve Siyonizm´e karşı çıkmanın Yahudi düşmanlığı teşkil etmediğini vurgulamıştır.[93]

Bristol İş Mahkemesi verdiği kararla ayrıca Üniversite´nin, çalışanları ile ilgili yapılan ihbar veya şikayetleri değerlendirirken tarafsızlığını koruması

---

89 Miller v. University of Bristol, § 314.

90 Miller v. University of Bristol, § 315.

91 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. III, A, 4.

92 Erdoğan, s. 136; Çetin, s. 54.

93 Miller v. University of Bristol, § 237.

gerektiğini hatırlatmıştır.[94] Somut olayda Üniversite, gelen ilk ihbarların ardından Miller´in yaptırıma tabi tutulacak herhangi bir davranışı olmadığı tespitinde bulunmuş ve şikâyetleri geri çevirmiştir. Buna tepki olarak tekrar şikâyet edilince Üniversite, olayın bir bilirkişi tarafından incelenmesini istemiştir. Miller´in ifadelerinin Yahudi düşmanlığı içermediği bilirkişi tarafından tespit edilmiş olmasına rağmen Üniversite, 3. kişilerce maruz kaldığı baskı üzerine Miller´in fikirlerini ve söylemlerini yeniden değerlendirmiş ve bunların Üniversite´nin davranış politikaları ile çeliştiği sonucuna varıp, Miller´i işten çıkarmıştır. Yani başlangıçta şikâyet konusunu tarafsız bir biçimde değerlendirirken Üniversite, somut olayın gelişiminden anlaşıldığı üzere Yahudi lobilerinin etkisinde kalarak tarafsızlığını yitirmiş ve kendisini, bünyesinde çalışan bir bilim insanını, bilimsel araştırmaları sonucu edindiği Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle ayrımcılığa maruz bırakmakla yargılanırken bulmuştur.

Kararda değerlendirilmeye değer bir diğer konu, bir çalışana eylem ve söylemleri ile çalışma ilişkisinden beklenen özeni göstermediği gerekçesiyle uygulanacak yaptırımın ölçülülüğü ve gerekliliği hususudur.[95] Üniversite, Miller´in işten çıkarılmasının sebebinin onun felsefi görüşleri değil, bu görüşleri ifade ediş biçimindeki saldırganlık olduğunu ve bunun Miller´den beklenen özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bristol Mahkemesi ise, Üniversite´nin Miller´in sözde bu özen yükümlülüğünü ihlalini, inanç ve felsefi görüşleri ifade etme özgürlüğüne daha az müdahale edecek nitelikte bir yaptırım seçme olanağının olduğuna işaret etmiştir. Miller´in uyarı cezası gibi daha hafif bir yaptırıma tabi tutulması yerine, iş sözleşmesinin iş hukukundaki en ağır yaptırım olan derhal ve bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirilmesi, ölçüsüz ve gereksiz bir yaptırım olmuştur.

Yaptırımın ölçülüğü ve gerekliliği bağlamında ve son olarak dikkat çekilmesi gereken husus ise, inanç ve ifade özgürlüğünü kullanan kimselerin uğradıkları yaptırımların, AİHM'nin kararlarında özellikle dikkate aldığı ve "*chilling effect*"[96] olarak bilinen "*korkutucu etki*" yaratmamasına özen gösterilmesi gerektiğidir.[97] Miller´in iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirilmesi, toplumun belli bir kesimi tarafından rahatsızlık duyulan fikirlerin demokratik ve çoğulcu bir düzende ifade edilememesi ve bu fikirlerin dayandığı inançların baskı altına alınması sonucunu doğuracaktır. Bristol İş Mahkemesinin Miller´in inanç ve felsefi görüşünü ifade etme özgürlüğünün ihlal edildiğine dair kararı, bu manadaki korkutucu etkiye karşı atılmış önemli bir adımdır.

A. DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE SINIRLARI

İnanç, düşünce ve kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde ulusal hukuk düzenlemelerinin yanı sıra uluslararası normların yol göstericiliğine başvurulmaktadır. Somut olayda da Birleşik krallık Eşitlik Yasası 10. maddesi ile bir kimsenin felsefi inançları sebebiyle herhangi bir ayrımcılığa maruz bırakılamayacağı düzenlenerek inanç özgürlüğü koruma

---

94 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. III, B, 2.

95 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. III, C.

96 Assotsiatsiya Ngo Golos and Others v. Russia, ECtHR, No. 41055/12, 16. November 2021, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213231), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 86.

97 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. III, D.

altına alınmıştır. Bristol İş Mahkemesi ilgili kanun maddesini yorumlar iken ayrıca AİHM´nin AİHS´nin 9. maddesine kapsam ve sınırları belirtilen inanç, kanaat ve düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihatları ile bu özgürlük arasında bağ kurduğu AİHS´nin 10. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarına başvurmuştur. AİHM içtihatları ile sabit olduğu üzere inanç ve ifade özgürlüğü, demokratik toplumda ancak gerekli ve ölçülü bir sınırlamaya tabi tutulabilir. Bunun yanı sıra, bu hak ve özgürlüklerin kapsamı oldukça geniş olup, ancak açıkça ırkçılık, totalitarizm ve ayrımcılık gibi demokratik ve çoğulcu hukuk düzenleri ile bağdaşmayan unsurları barındıran inanç ve düşünce sistemleri ile bunların izharına hizmet eden söylemler, AİHS kapsamında korunmaya layık değildir.[98] AİHS 17. maddesiyle de bu husus ayrıca garanti altına alınmış, Sözleşme'deki hiçbir hükmün, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Demokratik ve çoğulcu hukuk düzenlerinin korunması için, inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğunun tespiti gerekmektedir. Sınırlamanın gerekliliği ve ölçülüğüne ayrı bir başlık altında daha ayrıntılı yer verileceğinden burada yalnızca şu hususa değinmekle yetinilecektir: Çoğulcu ve demokratik düzende bir inanç veya fikrin, toplumun büyük bir kesimi tarafından savunulan bir fikir ve inanca karşı olsa bile, demokratik toplum düzenini ortadan kaldıracak veya onu tehlikeye atacak nitelikte olmadığı sürece, bu düzende yer alabilmesi gerekmektedir. Demokratik ve çoğulcu hukuk düzeni ancak bu şekilde ayakta kalabilir. Bu bağlamda öncelikle inanç veya düşünce kavramlarının yorumlanmasında geniş bir bakış açısına sahip olmanın önemi vurgulanmalıdır (bkz. aşağı 1 ve 2). Bunun yanı sıra, bir düşünce veya inancın ifadesinin aynı zamanda bir ifade özgürlüğünün tezahürü olabileceğinin, bu düşünce veya inancın, Sözleşmenin 9. maddesi kapsamına girmese de Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında korunabileceğinin altı çizilmelidir (bkz. aşağı 3). Adil bir sonuca ulaşabilmek için ise son olarak, Mahkeme içtihatları ile geliştirilmiş ve Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinin 2. fıkralarında normatif bir temel bulmuş sınırlama ölçütlerinin dikkate alınması gerekmektedir (bkz. aşağı 4).

1. İnanç veya Düşünce Kavramlarının Geniş Yorumlanması

Bristol İş Mahkemesi kararında, Eşitlik Yasası 10. Maddesinde "*belief*" olarak ve Türkçeye "*inanç*"[99] olarak çevrilen felsefi inanç sebebiyle Miller´in ayrımcılığa uğradığı iddiasını değerlendirmiştir. Türkçede inanç kavramı altında öncelikle dini inançlar anlaşılsa da somut olayda felsefi inanç ile kastedilenin başka olduğu anlaşılabilmektedir. Miller´in Siyonizm karşıtı görüşü, dini inançtan uzak, daha çok akıl yürütme, araştırma ve felsefi yaklaşımla desteklenen bir düşünce veya kanaati ifade etmektedir. AİHM'nin AİHS 9. maddesine ilişkin

[98] H., W., P. and K. v. Austria, EComHR, No. 22531/93, 12. October 1989, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1039), (s.e.t. 10 Kasım 2024); Kühnen v. the Federal Republic of Germany, EComHR, No. 41424/98, 12. May 1988, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-230), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

[99] Çeviri için bkz. (https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/belief), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

kararlarına bakıldığında da sadece teknik anlamda bir terim çeşitliliğinin söz konusu olduğu ve mana itibariyle ve koruma kapsamı olarak bu kavramların birbirlerinden net olarak ayırt edilmediği gözlemlenmektedir. Birleşik Krallık iş mahkemesi, Miller´in Siyonizm karşıtı görüşlerini, Eşitlik Yasası 10. maddenin 2. fıkrasında tanımlanan inanç temelli ayrımcılığın bir türü olan felsefi görüş nedeniyle ayrımcılığın konusu olarak değerlendirmiştir. Bir diğer deyişle, Miller´in Siyonizm karşıtı görüşleri, ilgili Kanunun 10. maddesi ile korunan inanç özgürlüğünün bir parçası olan felsefi görüş kapsamında koruma altındadır. Mahkemenin bu değerlendirmesinin, AİHS'nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamı ve AİHM'nin inanç özgürlüğüne ilişkin geniş yorumunu içeren içtihadı ile uyum içinde olduğu gözlemlenmektedir.

AİHS 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlığını taşımaktadır. 9. madde bağlamında düşünce, vicdan ve din kavramları geniş bir anlamda yorumlanmaktadır.[100] Bu kapsamda yalnızca semavi veya tek tanrılı dinlere olan bağlılık ve inanç değil, herhangi bir dine mensup olmama durumu da korunmaktadır.[101] Hayvansal ürünleri tüketmemeyi bir yaşam biçimi olarak kabul eden vegan beslenme şeklini kabul edinen yaşam şekli de yine 9. maddenin koruma kapsamına girer.[102] Komünizm gibi siyasi fikirler de yine aynı şekilde düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğü kapsamında korunmaktadır.[103] AİHM'nin neyin "*din*" veya "*inanç*" olarak kabul edilebileceğine dair net bir tanımına rastlanmamaktadır.[104] Dinin, mahkeme kararları ile çerçevesinin çizilmesi de kanımızca yerinde bir uygulama olmayacaktır. Zira din veya inanç kavramından sadece bilindik monist tanrı inançları dışında bireylerin yaşam biçimleri de anlaşılabildiğinden ve yaşam biçimi çeşitlendirilebilir olduğundan inancın kapsamının çizilmesi oldukça güçtür. Buna karşılık AİHM içtihatlarında, söz konusu inancın belli bir ikna kabiliyetine, ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip olması gerektiği ifade edilmiştir.[105] Bunun dışında mahkeme, neyin inanç veya din olduğuna dair ancak bir "*kanaate"* varabilir ki bu kanaat de, somut olayda başvurucunun söz konusu eyleminin veya söyleminin bir inanca veya dine dayandığına dair kanıtları ve savunulabilir, makul ve kavranabilir fikirleri ile oluşturulabilir. Felsefi inancı ise, insan bilgisine dayanan, topluma, insan

---

[100] Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", C. 65, S. 4, 2002, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 75.

[101] Angeleni v. Sweden, EComHR, No. 10491/83, 3. December 1986, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78932), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 46 ve devamı; Kokkinakis v. Greece, ECtHR, No. 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10, 57829/10, 25. May 1993, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 31 ve devamı; Otto-Preminger-Institut v. Austria, ECtHR, No. 15013/18, 43810/19, 34276/20, 9637/21, 40145/21, 46776/21, 57274/21, 57897/21, 14626/22, 20. September 1994, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 47.

[102] C.W. v. the United Kingdom, EComHR, No. 2096/05, 10. February 1993, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1503), (s.e.t. 10 Kasım 2024); Iskcon and Others v. the United Kingdom, EComHR, No. 24632/02, 8. March 1994, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2550), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

[103] NH, GB. and R.A v. Turkey, EComHR, No.16311/90, 16312/90 ve16313/90, 11 October 1991, (https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_16311-90_16312-90_16313-90_001-1178), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

[104] Nal, 2002, s. 72.

[105] Chappell v. the United Kingdom, EComHR, No. 11722/85, 14. July 1987, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-481), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

davranışlarına ilişkin olan vicdani kanaat veya yaşama bir bakış açısı olarak nitelemek mümkündür.[106]

2. Koruma Kapsamı Dışında Kalan Düşünce ve İfadeler: Nefret ve Irkçılık Söylemleri

Bir fikrin, felsefi inancın veya kanaatin, inanç ve ifade özgürlüğü kapsamında korunabilmesi için, bu inanç veya kanaatin toplumun büyük bir kesimi tarafından savunulması veya kabul edilmesi gerekmemektedir.[107] Çoğulcu demokratik bir düzen, farklı inanç ve görüşlere de ev sahipliği yapar. Dolayısıyla bu inanç ve görüşler toplumun, belli bir kesimini veya büyük bir çoğunluğunu rahatsız ediyor olsa dahi, inanç ve ifade özgürlüğü kapsamında korunacaktır.[108] AİHM içtihatları ile de sabit olduğu üzere bu kapsam dışında bırakılacak olan inanç ve görüşler yalnızca, insan onurunu ve hayatını hedef alan, toplumun bir kesimine yönelik nefret söylemleri içeren ırkçılık ve ayrımcılık üzerine inşa edilmiş toplum düzenini savunan Nazi ideası gibi ırkçı tutumları barındıran inanç ve görüşlerdir.[109][110] Net bir tanımına rastlanmasa da AİHM kararlarından anlaşıldığı üzere bu söylemler genel olarak, etnik kökene yönelik nefreti, yabancı düşmanlığını, örneğin Yahudilere yönelik olarak düşmanlık olarak tanımlanan Anti-Semitizm ifade eden, destekleyen veya teşvik eden düşünce açıklamalarıdır.

Mahkemenin, bu tarz söylemleri AİHS 9. ve 10. maddesi kapsamında koruma dışı bırakmış olduğu sayısız kararı mevcuttur. Bunlara örnek olarak, Nazi propagandası niteliği taşıyan ırkçı söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasına yönelik başvuruların AİHM önünde başarısız olması ve bu tür ifadelerin içinde bulunulan demokratik toplumsal düzenin sağlanması ve kamusal yararının korunması açısından değerlendirmeye tabi tutulup korumadan faydalanamaması gösterilebilir. Bu ifadelere yönelik getirilen sınırlamaların, demokratik toplumda gerekli olduğu tespit edilmektedir.[111] AİHM'nin hatta bunun da ötesinde, doğrudan ırkçı olmamakla birlikte ikinci dünya savaşı esnasında Nazi Almanyası´nın 6 milyon Yahudi'yi katletmesi olarak

---

[106] X v. the United Kingdom, ECtHR, No. 57602/09, 5. November 1981, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57602), (s.e.t. 10 Kasım 2024); Şennur Ağırbaşlı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", S. 101, 2012, TBB Dergisi, s. 87.

[107] United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, ECtHR [GC], No. 58128/00, 30. January 1998, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 43; Wingrove v. the United Kingdom, ECtHR, No. 58080/11, 25. November 1996, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58080), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 52; Zeki Hafızoğulları, "Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı", S. 55, 2004, TBB Dergisi, s. 85.

[108] Zana v. Turkey, § 51.

[109] Ulaş Karan, "İfade Özgürlüğü Hakkı", içinde: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Sibel İnceoğlu (ed.), 3. Baskı, Beta, 2013, s. 359.

[110] Campbell and Cosans v. the United Kingdom, ECtHR, No. 42935/21, 50851/21, 57455/21, 6310/22, 6395/22, 6398/22, 6799/22, 6825/22, 10829/22, 10849/22, 51094/22, 25. February 1982, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57455), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 13; Elif Küzeci, "AİHS'nin 10. maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Nitelikli Düşünce Açıklamaları", S. 71, 2007, TBB Dergisi, s. 174.

[111] The Sunday Times v. the United Kingdom, ECtHR, No. 6538/74, 26. April 1979, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 58; Lingens v. Austria, § 39.

bilinen Holokost´un inkâr edilmesi niteliği taşıyan ifade ve söylemleri de bu bağlamda değerlendirdiği kararlarına rastlanmaktadır. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü AIHS 17. maddesinde de öngörüldüğü üzere Sözleşmenin amaçlarına aykırı şekilde yorumlanamaz, dolayısıyla ırkçı motivasyona dayalı bir soykırımın inkârı ifade özgürlüğü kapsamında dışındadır.[112] Avrupa tarihindeki en acımasız katliamlardan biri olarak bilinen Holokost´un Avrupa toplumunda bir travmaya sebep olduğu AİHM'nin kararlarından anlaşılmaktadır. Öyle ki Yahudilerin katliamını veya ırkçılığı desteklemese de Holokost´un gerçekleşmiş olduğuna herhangi bir sebeple ikna olmayan bir kimsenin bu düşüncesi ırkçı bir söylemle eş tutulabilmektedir. Alman hukuk literatüründe ve içtihatlarında da aynı travmanın izlerini görmek mümkündür. Alman "hukuk" literatürde laiklikle ve demokrasi ilkeleri ile çelişir bir biçimde açıkça "*Yahudi topluluğu*" –"*jüdisches Kollektiv*"– olarak nitelenen İsrail devletine yönlendirilen eleştiriler Yahudi düşmanlığı ile ilişkilendirilip, bu eleştiriler iş sözleşmesi ile bağlı kimseler tarafından yapılmış ise bu durum, iş ilişkisinden beklenen "*sadakat ve özen yükümlülüğünün*" ihlal edildiği gerekçesi ile sözleşmenin sonlandırılmasına sebep olabilmektedir.[113] Buna göre İsrail devletinin eleştirilmesi, İsrail´in Filistin topraklarındaki "*Varlık Hakkı*" –"*Existenzrecht*"–´na saldırıdır ve bu Yahudi düşmanlığından farklı değildir. Bu anlayış Alman yasa koyucusunu Alman Ceza Kanunu´nun halkı kin ve düşmanlığa sevk eden ifade ve eylemlerin cezalandırıldığı 130. maddesi 1 ve 2. fıkralarında (§130 StGB) değişikliğe giderek, Israil´in "*Varlık Hakkı*"nın inkârı veya Israil devletinin yıkılması çağrısında bulunan ifade ve eylemleri[114] suçun unsurları arasında saymaya teşvik etmiştir.[115]

AİHM'nin kararlarına da yansıyan bu travmatik yaklaşım, AİHM'nin Miller vs. Bristol Üniversitesi gibi bir olayda da benzer bir yaklaşım sergilemek suretiyle Yahudi düşmanlığı ile birebir ilişki içinde olan Nazi taraftarlığı veya Anti-Semitizm´in, İsrail hükümetinin yerleşimci veya Miller´in ifadesi ile ırkçı ve ayrımcı politikalarının eleştirilmesi olarak bilinen Siyonizm karşıtlığı ile bir tutularak bir mantık hatası yapılması ve Siyonizm karşıtlığının, Nazi taraftarlığı gibi ırkçı bir yaklaşım olduğu gerekçesiyle düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamı dışında bırakılması gibi bir sonucu doğurabilir. Bristol İş Mahkemesinin Miller v. Bristol Üniversitesi kararı, bu bağlamda ırkçı ifadeler ile ırkçılığı eleştiren ifadeleri birbirinden ayırarak mantık hatasına düşmeden, düşünce ve ifade özgürlüğünün korunmasına ve dolayısıyla çoğulcu ve demokratik toplum yapısının korunmasına hizmet etmektedir. Birleşik Krallık İş mahkemesi, Miller´in Siyonizm karşıtı görüşlerini değerlendirmiş ve bu görüşlerin Yahudi düşmanlığı olarak bilinen Anti-Semitizm ile örtüşmediği kanaatine varmıştır. Zira Miller, Siyonizmi emperyalist, ırkçı ve sömürgeci bir fikir olarak

---

[112] Garaudy v. France, ECtHR, No: 65831/01, 24 July 2003, (https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-788339-805233), (s.e.t. 10 Kasım 2024); H., W., P. and K. v. Austria, § 13; Kühnen v. the Federal Republic of Germany, § 27.

[113] Tobias Grambow/ Julia Bruck, "Umgang mit Terrorsympathisanten und Antisemiten am Arbeitsplatz", S. 24, 2023, Arbeitsrecht Aktuell, s. 618.

[114] Bu yasa değişikliği teklifine, İsrail´in Ekim 2023´ten bu yana Gazze´ye düzenlediği saldırılar sonucunda hayatını kaybeden siviller için dünyanın bir çok yerinde insanların sokağa çıkıp protestolar yaparak, Filistin topraklarındaki İsrail işgalinin sona ermesi çağrısı olan „From the river to the sea, Palestine will be free!" ifadesini kullanmaları sebep olmuştur.

[115] Anja Schiemann, "Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze", S. 2, 2024, Zeitschrift für Rechtspolitik, s. 45.

değerlendirip buna karşı çıkmaktadır. Bu fikrin insan hakları, insan onuru ve hayatını tehdit ettiğini, Filistin topraklarında hüküm süren Yahudi hegemonyası ile temellendirmektedir. Buna göre Filistin´de bir Yahudi devleti kurulmasını amacıyla, Filistin halkı sistemik bir biçimde baskı ve zulme uğramakta, etnik ayrımcılık ve soykırıma maruz kalmakta, Yahudi yerleşimcilerin Filistin topraklarına yerleştirilmeleri için evlerinden zorla ve yasa dışı yollarla çıkarılmaktadırlar. Miller bu görüşlerini hem akademik çalışmaları hem de Amnesty International gibi uluslararası insan hakları örgütlerinin Israil ve yerleşimci politikaları hakkındaki raporları ile desteklemiştir. Miller Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle Yahudi düşmanı olarak nitelenmesine karşılık, Siyonizm ile Anti-Semitizm arasındaki farkı vurgulamış, Siyonizm karşıtlığının Yahudi halkına karşı bir nefret söylemi teşkil etmediğini, bilakis Filistin halkının bağımsızlık ve insan haklarına karşı tehdit oluşturan Israil´in işgalci ve ırkçı politikalarına karşı bir tutum olduğunun altını çizmiştir. Birleşik Krallık mahkemesinin de bu ayrımı göz önünde bulundurarak Miller´in felsefi inanç ve görüşlerini değerlendirmesi, çoğulcu demokratik sistemde farklı inanç ve fikirlerin varlığının korunmasına bu bağlamda önemli bir katkı sunmuştur.

3. Düşünce ve İnanç Özgürlüğü ile İfade Özgürlüğünün İlişkisi

AİHS 9. maddesi ile korunan, inanç, kanaat ve düşüncenin açığa vurumudur. Bu dışa vurumun bir söylem ile gerçekleşmesi gerekmemektedir. Örneğin, Müslüman bir kadının inancının gereği olarak baş örtüsü takması dini inancının açığa vurumudur ve AİHS 9. maddesi kapsamında korunmaktadır.[116] AİHS'nin 10. maddesi ise bir düşünce veya kanaatin daha çok söylem yoluyla açığa vurulmasını güvence altına almaktadır. Örneğin, bir işçinin işyerinde çalışma şartlarını sosyal medyada bir gönderi yaparak eleştirmesi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir ifadedir.[117] Bir inanç, kanaat ve düşüncenin hem AİHS 9. maddesi hem de AİHS 10. maddesi kapsamına girmesi mümkündür.[118] Zira bir din veya inanç hem ifade edilip hem de bu şekilde açığa vurulmuş olabilir. Buna örnek olarak ise, dini inancı sebebiyle kürtaja karşı olan bir doktorun bu düşüncesini sözlü veya basın ve yayım araçları kullanarak paylaşması verilebilir.[119] Böyle bir durumda, söz konusu dışa vurum bir dini veya felsefi inancın dışa vurumu ise, AİHS 9. maddesi öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktadır. Aksi takdirde bu fikrin ifadesi, yalnızca AİHS 10. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.[120] Buna örnek olarak Komisyonun 1978 tarihli

---

[116] Eweida and Others v. the United Kingdom, ECtHR, No. 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, 15. January 2013, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115881), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 94.

[117] Melike c. Turquie, ECtHR, No. 35786/19, 15. June 2021, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210417), (s.e.t 10 Kasım 2024), § 44.

[118] A Şeref Gözübüyük/A Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Inceleme ve Yargılama Yöntem, 13. ek protokola göre hazırlanıp genişletilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, 2013, s. 356.

[119] Steen v. Sweden, ECtHR, No. 62309/17, 11. February 2020, (https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-201732), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 20.

[120] bkz. Kokkinakis v. Greece, § 54; Serkan Ekiz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Din ve İnanç Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dali, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 252; Jim Murdoch, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din

meşhur Arrowsmith kararı verilebilir.[121] Arrowsmith kararına konu olan olayda bir asker, Kuzey İrlanda'ya savaşa gidilmemesi için bildiriler dağıtmış ve bu bildiriler sebebiyle de soruşturma geçirmiştir. Asker, savaşa karşı barışçıl bir inanca sahip olduğu gerekçesiyle, soruşturmanın inanç özgürlüğüne saldırı teşkil ettiği iddiasında bulunmuştur. Komisyon, bu olayda savaşa karşı olmanın 9. madde kapsamında bir inanç olarak kabul edilebileceğini ancak bildiri dağıtmanın bu inancın zorunlu bir ifadesi olmayıp, bu bildirilerde hükümet politikasını eleştirdiğini dolayısıyla belli bir konuya yönelik fikirleri içerdiğini ifade etmiştir. Buna karşılık somut olayda askerin bildiri dağıtması, AİHS 10. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında incelenebilmektedir.[122]

AİHS 9. maddesi ile 10. maddesinin uygulama alanları arasındaki sınırın belirlenemediği durumlarda AİHM ayrıca, ulusal mahkemelerin bu konuda takdir yetkisini kullanabileceklerini ifade etmiştir.[123] Bristol İş Mahkemesi ise Eşitlik Kanunun 10. maddesinin yorumunda hem AİHS´nin 9. hem de 10. maddelerinden faydalanmıştır. Buna sebep muhtemel ki normun hem dini inanca hem de felsefi inanca dayalı ayrımcılığı yasaklıyor olması ve felsefi inancın açığa vurulmasının somut olayda söylem yoluyla gerçekleşmiş olmasıdır. Mahkeme, somut olayı bir inanç özgürlüğü bir ayrım yapmadan karara varması, bir diğer deyişle ulusal normu Eşitlik Kanunun 10. maddesini yorumlarken her iki meselesi olarak değerlendirmekle birlikte, ifade özgürlüğünün değerlendirilmesinde dikkate alınan, ifade özgürlüğüne ket vurulmasının önlenmesi olarak bilinen chilling effect kavramına özel bir değer vermiş ve mahkeme kararını neredeyse kavram üzerinde inşa etmiştir. Din, vicdan ve düşünce tek başına salt olarak değil, bunlar tezahür biçimleri ile korunmaktadırlar. Kişinin bağlı olduğu inancı, başkalarına anlatması, onları eğitim öğretim faaliyetleri ile ve benzeri araçlarla bu inanca davet etmesi bu tezahürün bir örneğidir.[124] Bu nedenle Birleşik Krallık Mahkemesinin, AİHS´nin 9. ve 10. maddeleri arasında ayrım yapmadan her iki sözleşme hükmüne de başvurması şaşırtıcı olmamalıdır.

4. Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Sınırları

Birçok hak ve özgürlük gibi inanç ve ifade özgürlüğünün de sınırları vardır. Bu sınırlar AİHS´nin 9. ve 10. maddelerinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu sınırlar yasayla öngörülmüş amaçlara uygun ve ölçülü olmalıdır.[125] Din, kanaat ve düşünce özgürlüğünün korunduğu AİHS 9. maddesi ile ifade özgürlüğünün korunduğu 10. maddenin sınırlama kapsamı büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. 9. madde, 10. maddeden farklı olarak, 'ulusal güvenliği'

Özgürlüğü Hakkının Korunması Avrupa Konseyi Insan Hakları El Kitapları, Çev. Serkan Cengiz Avrupa Konseyi Strazburg, 2012, s. 23.

121 Arrowsmith v. United Kingdom, EComHR, No. 7050/75, 16. May 1977, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104188), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

122 Nal, 2002, s. 77; Murdoch, 2012, s. 23.

123 Otto-Preminger-Institut v. Austria, § 42.

124 Kokkinakis v. Greece, § 27; Ağırbaşlı, 2012, s. 91.

125 Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", S. 106, 2013, TBB Dergisi, s. 41.

bir sınırlama sebebi olarak görmemiştir.[126] Ortak olan sınırlama sebebi ise her iki maddenin 2. fıkrasına göre başkalarının hak ve özgürlükleri ile hukuki menfaatlerinin korunması amacıyla inanç ve ifade özgürlüğü sınırlanabilir. Böyle bir durumda birbirine eşit değerdeki bu özgürlükler arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.[127] İfade özgürlüğü kişiye düşüncelerini özgürce ifade etme hakki tanısa da bu özgürlük, ifadelerinin konusu kişi ve kurumları aşağılayan ve onların haklı menfaatlerini ölçüsüz derecede sınırlayan bir şekilde kullanılmaz. Aksi halde, çalışanın disiplin cezası gibi yaptırımlara maruz kalması söz konusudur. Başkalarının hak ve menfaatleri kapsamında Üniversite´nin itibari, 3. kişiler ile –bundan kasıt özellikle Üniversite´ye finansal destek veren gerçek ve tüzel kişiler ile bazı menfaat gruplarıdır– ilişkileri ve üniversitenin öğrencilere ayrımcılık ve ırkçılıktan uzak bir eğitim ortamı sağlamaktaki sorumluluğu düşünülebilir. Bu menfaatlerin somut olayda Miller´in Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle tehlikeye girmesi salt bir iddia olarak mahkemenin kararını etkilememiştir. Mahkeme, olması gerektiği gibi gerçekte bu menfaatlerin zedelenip zedelenmediğine dair verilere başvurarak hüküm vermiştir.

Bununla birlikte somut olayda söz konusu ifadeler, bir profesörün bilimsel çalışmaları ile desteklenen ifadeleridir. Akademik ifade özgürlüğü, olayda bilgi ve araştırmasına başvurulan bilirkişi McColgan´in de ifade ettiği gibi, AİHS 10. maddesi kapsamında koruma altındadır ve üniversiteler gibi bilim kurumları için bu özgürlüğün korunması olmazsa olmazdır. Bu bağlamda akademik ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında AİHM'nin katı bir tutum sergilediğini, bilim insanlarının ifade özgürlüğünü basın özgürlüğü gibi geniş yorumladığına işaret etmek gerekmektedir.[128] AİHM akademik ifade özgürlüğüne özel bir önem vermektedir.[129] Buna göre akademisyenler, bilim insanları ve araştırmacılar özgürce araştırmalar yapabilmeli ve bulgularını kamuyla paylaşabilmelidirler.[130] Bu özgürlük sadece, toplumca genel olarak kabul gören fikirlerin paylaşılması ile sınırlı olmayıp, profesyonel çalışma ve bilimsel yeterliliğe dayanan çalışmaların ürünü olan ve toplum tarafından tartışmalı ve hatta tabu olarak görülen konu ve fikirlerin de özgürce ifade edilmesini kapsamaktadır.[131][132] Kamu kurumlarının, politik çalışmaların ve benzeri konuların araştırılıp kamu ile paylaşılması bunlara

---

126 Lami Bertan Tokuzlu, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", içinde: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Sibel İnceoğlu (ed.), 3. Baskı, Beta Yayınevi, 2013, s. 345.

127 Jean-François Flauss, "The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression", S. 84, 2009, Indiana Law Journal, s. 809.

128 Wingrove v. the United Kingdom, § 52.

129 Akademik ifade özgürlüğünün normatif yapısı hakkındaki araştırma ve bulgular için bkz., Andrea Boggio/ Cesare P Romano, "Freedom of Research and the Right to Science", *The Freedom of Scientific Research: Bridging the Gap between Science and Society*, eds. Simona Giordano, John Harris/Lucio Piccirillo, Manchester University Press, 2018, s. 163 ve devamı; Jogchum Vrielink/Paul Lemmens/Stephan Parmentier, "Academic Freedom as a Fundamental Right", C. 13 S. 117, 2011, *Procedia - Social and Behavioral Science*s, s. 4 ve devamı.

130 Sorguç v. Turkey, ECtHR, No. 17089/03, 23. June 2009, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93161), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 21.

131 Karan, 2013, s. 361.

132 Hertel v. Switzerland, ECtHR, No. 25181/94, 25. August 1998, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59366), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 50; Robin Barrow, "Academic Freedom: Its Nature, Extent and Value", C. 57, S. 2, 2009, British Journal of Educational Studies, s. 178.

birer örnek teşkil etmektedir.[133] AİHM kararlarında, fikirleri basın ve yayın organlarınca kamuya ulaştırılan bilim insanları basın mensupları gibi ifade özgürlüğünden en az kısıtlamaya maruz kalacak şekilde faydalanacaklarına işaret etmektedir.[134] Riolo v. Italy olayında AİHM, Palermo Üniversitesi siyaset bilimi dalında araştırmacı olan başvuranın, ulusal ve günlük bir gazetede yayımlanan makalesinde savunduğu görüşlerin bir gazetecinin yorumları gibi AİHS 10. Maddesi kapsamında ifade özgürlüğü çerçevesinde özel bir korumaya sahip olduğunu ifade etmiştir.[135] Basın mensupları gibi bilim insanlarının da mesleğinin özünde, olguları, araştırma bulgularını özgürce ifade edebilmeleri yatmaktadır. Bu hakkın ve özgürlüğün, bu kimselerin elinden alınması demek, bu mesleklerin icra edilememesi demektir.[136] AİHM içtihatlarında da basın özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik ulusal önlemlere karşı oldukça katı bir tutum sergilemektedir. AİHM'nin tabiriyle kamunun sadık bekçisi –"*public watchdog*"– olan basın, kamunun bilgi alma hakkını en etkili şekilde karşılayan araçlardan biri olarak bilinmektedir ve bu sebeple de özgürce yayın yapabilmelidir.[137] Basın ve medya aracılığıyla kamu, kamuyu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olma ve demokratik toplumda fikir üretebilme imkanını ("*contributions to public debate*") elde eder.[138] Kısacası akademik ifade özgürlüğüne getirilecek olan sınırlama istisnai olup, AİHM tarafından da katı bir şekilde değerlendirilmektedir. Özgürlüğün özündeki bilimsel araştırma ve bulguları kamuyla paylaşmak suretiyle kamusal menfaatlere hizmet etmek misyonu göz önünde bulundurulduğunda mahkemenin bilim insanlarının ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaları titizlikle incelemesinin isabetli olduğunu söylemek gerekir.[139] Bütün bunlar dikkate alındığında Bristol Mahkemesi de AİHM'nin akademik ifade özgürlüğüne biçtiği önemle uyumlu bir biçimde, somut olayda Üniversite´nin üçüncü kişiler ile olan pozitif ilişkisi ve kamusal alandaki itibarını Miller´in ifade özgürlüğünün sınırlanması gerekçesi olarak yeterli ve ölçülü bulmamıştır.

---

133 Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, ECtHR, No. 78146/01, 27. May 2014, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144129), (s.e.t. 10 Kasım 2024); Aksu v. Turkey, ECtHR [GC], No. 4149/04, 41029/04, 15. March 2012, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109577), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

134 Kula v. Turkey, ECtHR, No. 20233/06, 19. June 2018, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184289), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 38.

135 Riolo c. Italie, ECtHR, No. 42211/07, 17. July 2008, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87614), § 63, (s.e.t. 10 Kasım 2024).

136 Vrielink/Lemmens/Parmentier, 2011, s. 134.

137 Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, ECtHR [GC], No. 18030/11, 8. November 2016, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167828), § 168, (s.e.t. 10 Kasım 2024); Timur Sharipov v. Russia, ECtHR, No. 15758/13, 13. September 2022, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219096), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 25; Flauss, 2009, s. 826.

138 Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, ECtHR [GC], No. 40454/07, 10. November 2015, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158861), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 25; Flauss, 2009, s. 814; Nilsen and Johnsen v. Norway, ECtHR [GC], No. 58364/00, 25. November 1999, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58364), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 43.

139 Vrielink/Lemmens/Parmentier, 2011, s. 132.

B. İŞLETME İÇİ İHBAR MEKANİZMALARININ ÖNEMİ

Etik ilkeler politikası, üniversiteler dahil özel ve tüzel kişiler için ehemmiyet arz etmektedir. Etik kurallara aykırılıkların ihbarı, özellikle üniversitelerde bu aykırılıkların önlenmesi, bilimsel kaliteye katkı sağlayacak türdedir. Buna örnek, bir üniversitede bilimsel kaliteye aykırı biçimde intihal vakasının meydana gelmiş olması ve bunun ihbarı, hem üniversitenin itibarını hem de bilimsel çalışmalardaki kaliteyi koruyacaktır.[140] Demokratik hukuk düzenlerinde hukuka ve iş ahlakı ve etiğine aykırılıkların hukuken takibi veya önlenebilmesi için ihbar mekanizmalarının kurulması, ihbarların ciddiyetle ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmesi, ihbar edenlerin herhangi bir korkutucu etkiye[141] sebep olacak yaptırıma maruz kalmamaları, ihbar edilenlerin ise aykırılığın tespiti halinde caydırıcı, ölçülü ve gerekli yaptırımlarla karşılaşmaları hukuk kurallarının etkin bir biçimde uygulanması için elzemdir.[142]

Bristol İş Mahkemesi bu bağlamda Miller´in iş sözleşmesinin derhal feshinin ölçüsüz ve gereksiz bir yaptırım olduğunu tespit etmiş olduğu kararı ile üniversite bünyesinde, öğretim üyelerinin veya üniversite çalışanlarının iş ve eylemlerine ilişkin şikâyetlerin objektif bir biçimde değerlendirilmesinin ne denli önemli olduğuna işaret etmiştir. Olayda Bristol Üniversitesi, bilirkişi raporlarına dayanarak Miller´in Siyonizm´e ilişkin ifadelerinin Anti-Semitizm teşkil etmediği sonucuna varmış iken, 3. kişiler tarafından üzerinde kurulan baskı sonucu Miller´in fikirlerini ve söylemlerini yeniden değerlendirmiş, bunların Üniversite´nin davranış politikaları ile çeliştiği sonucuna varıp, Miller´i işten çıkarmıştır. Somut olayda Üniversite´nin Miller hakkındaki şikayetleri İsrail lobilerinin baskısı altında değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu durum Bristol İş Mahkemenin de tespit ettiği üzere, Miller´in felsefi görüşleri nedeniyle Birleşik Krallık Eşitlik Yasası 10. maddesine aykırı biçimde ayrımcılığa maruz kalması sonucunu doğurmuştur. Bir işyerinde kurulacak ihbar mekanizmaları sayesinde alınan şikâyetlerin objektif, tarafsız bir gözle ve ciddiyetle değerlendirilmesi, hakkında şikâyet bulunan işçiye karşı uygulanacak yaptırımın hukuken geçersiz olması riskini azaltacaktır. İhbar mekanizmalarının etkili bir biçimde çalışması için ise, ihbar konusu yapılabilecek hukuka ve etik kurallara aykırılıkların açık ve net biçimde belirlenmesi ve gelen ihbarların tarafsız bir biçimde ve ciddiyetle incelenmesi ve takip edilmesi gerekmektedir.[143]

1. İhbar Konusunun Açık ve Net Biçimde Belirlenmesi

Kamu kurumları, üniversiteler ve hatta özel sektörde faaliyet gösteren bazı şirketler, çalışanları tarafından uyulmasını bekledikleri belli başlı davranış veya

---

[140] Corinna Nadine Schulz, Whistleblowing in Der Wissenschaft: Rechtliche Aspekte im Umgang mit Wissenschaftlichem Fehlverhalten, 1. baski, Nomos-Verl-Ges, 2008, s. 34.

[141] Pal v. the United Kingdom, ECtHR, No. 44261/19, 30. November 2021, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213714), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 42; Halet v. Luxembourg, ECtHR, No. 21884/18, 11. May 2021, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210131), (s.e.t. 10 Kasım 2024), § 111.

[142] Vigjilenca Abazi, "Whistleblowing in the European Union", C. 58, S. 3, 2021, Common Market Law Review, s. 813.

[143] Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, (http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1937/oj), (s.e.t. 10 Kasım 2024).

etik ilkeler politikalarına sahip olup, bunlara aykırı davranışları yaptırıma tabi tutmaktadırlar. Bu ilkeler arasında hukuka, kanunlara aykırı davranışlardan kaçınılmasının yanı sıra, hukuka aykırı olmamakla birlikte, çalışılan kurumun itibarını zedeleyecek, mesleki anlamda profesyonel olmayan ve etik kurallara aykırı davranışlardan uzak durulması da bulunmaktadır. Somut olayda da bunun bir örneği görülmektedir. Miller, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu Üniversite´ye karşı sözleşmeden doğan bazı sadakat ve özen yükümlülükleri ile, Üniversite´nin belirlemiş olduğu Davranış ve Etik Kurallara uyma yükümlülüğüne sahiptir. Bu yükümlülüklerin ihlali, söz konusu davranışın ihbarı sonucunu doğurabilir.[144] Somut olayda Miller´in Siyonizm´e karşı görüşlerinin Yahudi düşmanlığı teşkil ettiğine dair Üniversite´ye öğrenciler ve bazı Yahudi lobileri tarafından şikayetler yapılmıştır.

Bu bağlamda gelen ihbarların amaca yönelik olmasında fayda vardır. Bununla kastedilen, rüşvet, kaçakçılık, adam kayırma, vergi kaçırma, terörizmin finanse edilmesi, belgede sahtecilik gibi suçlar yanı sıra hangi iş ve eylemlerin ihbar konusu olabileceği kurumun veya işyerinin çalışma alanlarına göre değişebilir. Örneğin bir tekstil fabrikası için, üretimde kullanılan atıkların çevreye zarar vermeden imha edilmesi önemli bir hukuka uygunluk kriteridir. İşyerinin bu hukuka aykırılığın hem hukuki ve cezai sonuçları ile karşılaşmaması hem de çevreyi kirleterek toplumsal yaşamı olumsuz etkilemekten ve kamusal alanda tepki toplayarak ticari itibarını zedelemekten kaçınabilmesi için, atıkların çevreye zarar verecek şekilde imha edildiğine dair ihbarları alması gerekmektedir. Ancak işyeri veya kurum bu şekilde ihbar konusu hukuka veya etik kurallara aykırılıkları tanımlayabilecek olsa da somut olayda her zaman ihbar konusunun net bir biçimde bir hukuka veya bir etik kurala aykırı olup olmadığı tespit edilemeyebilir. Böyle bir durumda tarafsız ve isabetli bir değerlendirme yapabilmek için bilirkişiye başvurmak mümkündür ve tavsiye edilmektedir. Bu durum özellikle de Anti-Semitizm gibi politik görüşlere bağlı olarak tanımı esnetilebilecek nitelikteki kavramlar için geçerlidir. Miller v. Bristol Üniversitesi davasında da Üniversite Miller´in Siyonizm karşıtı görüşlerinin Yahudi öğrencileri hedef almak suretiyle Üniversite´nin davranış kurallarınca yasaklanmış olan ve Yahudilere karşı düşmanlık bilinen bir Anti-Semitizm teşkil edip etmediğinin tespiti için eşitlik ve iş hukuku alanında uzman bir bilirkişiye başvurmuştur. Bilirkişi değerlendirmesini yaparken, Miller´in Siyonizm´i nasıl tanımladığını ve Anti-Semitizm´den nasıl ayırdığını dikkate almıştır. Politik yaklaşımlardan etkilenebilen ve yoruma açık bir kavramın tanımında,[145] Miller´in Siyonizm ile ilgili kanaatlerinin ve bunları ifade ediş biçiminin çalışma ilişkisi içinde kendisinden beklenen özen yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurup doğurmadığının tespitinde, Miller´in Siyonizm´ e ilişkin görüşünü nasıl tanımladığına bakmak kanaatimizce doğru bir yaklaşımdır. Nitekim Bristol İş Mahkemesi de Miller´in Siyonizm tanımına ve kendisinin bunu Anti-Semitizm´den ayırmış olmasına dikkat etmiştir. İhbar konusu davranışın

---

[144] Brown, A. J./ David Lewis/ Richard Moberly (eds), International Handbook on Whistleblowing Research, Edward Elgar, 2014, s. 34.

[145] Bkz. "Anti-siyonizm genel olarak İsrail devletinin varlığına karşı çıkmak olarak tanımlanabilir. ", (https://www.bbc.com/turkce/articles/cgelll9ey1po), (s.e.t. 10 Kasım 2024); Yahudilik, Siyon ve vaat edilmiş toprak düşüncesi ve Siyonizm´in doğuşuna ilişkin bkz. Mehmet Ali Duran, "Politik Siyonizm Ekseninde Yahudi Devleti Fikri", C. 2, S. 1, 2020, Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi, s. 135; M Lütfullah Karaman, "Siyonizm", *TDV İslâm* Ansiklopedisi C. 37 (16 Mayıs 2009), (https://islamansiklopedisi.org.tr/siyonizm), (s.e.t. 29 May 2024), s. 329.

gerçekten de bir hukuka veya etik kurala aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde başvurulacak bir diğer kriter, çalışanın tabi olduğu iş sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan yükümlülükleridir. İster özel sektörde isterse kamu sektöründe hizmet veren bir işletme olsun, işletme içi ihbar mekanizmalarında söz konusu ihbarın konusu değerlendirilirken, öncelikle tabi olunan kanunlar, daha sonra da sektörde geçerli olan etik kurallar dikkate alınmalıdır. Anti-Semitizm ve Siyonizm ayrımının net olmayışı bir yana, alınan ihbarın konusunun profesörün inanç ve görüşlerini ifade ederken kullandığı dil, Üniversite bünyesinde çalışan biri olarak işinin gerektirdiği özeni gösterip göstermediği değerlendirmede kriter olarak esas alınabilir ki somut olayda Bristol Üniversitesi de şikâyetleri bu şekilde değerlendirmiştir. Aynı şekilde mahkeme de isabetli olarak Siyonizm'in veya Anti-Semitizm´in tanımını, bunların birbirinden ayrımını derinlemesine incelemek yerine, Miller´in görüşlerini ifade ederken ki amacını, kullandığı dili ve işinin gerektirdiği özeni gösterip göstermediğini incelemiştir.

2. İhbar ve Şikâyetlerin Objektif Bir Biçimde Değerlendirilmesi

Bir kuruma veya işyerine çalışanları ile ilgili gelen şikayetlerin değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, gelen ihbarların ciddiyetle ve objektif bir biçimde değerlendirilmesidir. Somut olayda Bristol Üniversitesi´nin Miller´in ifadelerini ve Siyonizm hakkındaki görüşlerini ilk şikayetlerin incelenmesi akabinde Yahudi düşmanlığı ile ilişkilendirmeyip şikayetleri cevapsız bırakmış olmasının bazı menfaat gruplarını rahatsız ettiği anlaşılmaktadır. Bu gruplar, mahkeme kararından anlaşıldığı üzere, Miller´in de hedef aldığı bazı Yahudi lobileridir. Bu lobiler, Üniversite´nin Miller hakkındaki Anti-Semitizm suçlamalarını cevapsız bırakması akabinde Üniversite´ye yazdıkları çeşitli mektupları ve basın-yayım organları aracılığıyla olayı kamuoyuna taşımış ve Miller´in Üniversite´de çalışmaya devam etmesini eleştirmişlerdir. Üniversite bu eleştiriler ve akabinde gelen başkaca şikayetler sonrasında Miller hakkında disiplin soruşturması başlatmış ve Miller´in aynı doğrultudaki güncel ifadelerini de değerlendirerek Siyonizm hakkındaki görüşlerini ifade ediş tarzını özensiz ve saldırgan bulmuştur. Bu gerekçe ile de Miller´in Üniversite´deki işine derhal fesih yoluyla son verilmiştir.

Üniversite olay hakkında tarafsız bir şekilde karar almak için disiplin soruşturmasında iki ayrı bağımsız bilirkişiye başvurmuştur. İlk bilirkişi açık ve net bir biçimde Miller´in görüşlerinin Anti-Semitizm ile ilişkilendirilemediğini rapor etmiş. Diğer bilirkişi ise Miller´in kendini ifade ediş tarzının Üniversite´nin davranış politikaları ile uyumu irdelemiş ve bunlara aykırılık tespit etmiştir. Raporda bilirkişi bu aykırılığı, Miller´in saldırgan bir üslup seçmesi ile temellendirmiştir ve bu Üniversite için Miller´in bildirimsiz olarak işten çıkarılmasına yetmiştir.

Üniversite´nin burada Miller hakkındaki Yahudi düşmanlığı ve iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunma iddialarını incelerken gereken tarafsızlığı sağlayamadığı gözlemlenmektedir. Bu durum, başlangıçta isabetli bir değerlendirme ile Miller´in davranışlarını Anti-Semitizm´den ayırıp, Miller´i Yahudi düşmanlığı suçlamalarından kurtaran Üniversite´nin, maruz kaldığı yoğun baskılar sebebiyle Miller´i, sözde iş sözleşmesinden ötürü kendisinden beklenen özeni göstermediği gerekçesiyle, ancak özünde doğrudan Miller´in Siyonizm karşıtı görüşleri sebebiyle işten çıkararak, Miller´e karşı felsefi görüşleri sebebiyle Eşitlik Kanunu 10. maddesine aykırı olarak ayrımcı bir muamelede bulunma iddiası ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurmuştur.

Etik ilkeler politikasının, sistematik ve tarafsız bir biçimde herkese karşı uygulamaya geçirilmesi büyük önem arz etmektedir. Örneğin somut olayda Üniversite´nin, benzer başkaca söylemlere karşı Miller´in söylemlerine verdiği tepki kadar sert tepki vermemiş olması Miller´in inançlarından dolayı doğrudan ayrımcılığa uğradığının bir başka kanıtı olmuştur.[146] Bu politikaların tarafsız biçimde uygulamaya konulabilmesi ve sorumlunun davranışının tarafsız bir biçimde değerlendirilip, ölçülü ve gerekli yaptırımın tespit edilebilmesi için, işverenin basın aracıyla yayımı sağlanan belirli fikirlerden etkilenmeden, somut verilere dayanarak değerlendirme yapması gerekmektedir. Özellikle sosyal medyada hâkim olan linç kültürü, yalnızca belli fikirlerin toplumda kabul edilebilir olması, daha doğrusu bunların dayatılması sonucunu doğurabilmekte, farklı siyasi, felsefi veya dini inanca sahip kişilerin, kendilerini demokratik bir düzende ifade edememelerine sebep olabilmektedir. Böyle bir linç kültüründen etkilenmek ise, toplumda eleştirilere hedef olabilecek fikir, inanç veya kanıya sahip oldukları için, bu kimselerin ayrımcılığa uğramasını kaçınılmaz hale getirebilmektedir.

C. Yaptırımın Gerekliliği ve Ölçülülüğü ile İşverenin Yaptırımın Seçimindeki Takdir Yetkisi

AİHS´nin 9. ve 10. maddeleri ile korunan inanç ve ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın hukuken geçerli olabilmesi için bu sınırlamanın, demokratik toplum düzeninde ölçülü ve gerekli bir sınırlama olması gerekmektedir.[147] Demokratik toplum düzeni, yalnızca belli başlı dünya görüşünün, siyasi ve felsefi ya da dini inancın hâkim olduğu bir toplum düzenini değil, farklı görüş ve inançları içinde barındırabilen, bu fikir ve görüşlerin savunulabilmesine ve yaşanmasına imkan tanıyan bir düzeni ifade eder. Demokratik toplum düzeni çoğunluk tarafından savunulan hâkim görüş ve inançların toplumun azınlığına dikte edilmesine izin vermez. Bütünsel ve istikrarlı, hâkim pozisyonların kötüye kullanılmasına izin verilmediği, azınlık haklarının tesis edildiği adil ve hoşgörünün esas olduğu bir düzen, demokratik bir toplumun gerekliliğidir. Bu düzenin tesisinde mahkemelerin, felsefi inanç ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasında başvurdukları kriterlerin önemi büyüktür. Buna göre mahkemeler, AİHM'nin de içtihadına uygun olarak, AİHS ile korunan felsefi inanç ve ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik bir toplumda ölçülü ve gerekli olup olmadığını sorgulamaktadırlar.[148] Sınırlamanın geçerli bir hukuki önlem olabilmesi için, bu özgürlüklere müdahalenin zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan doğmuş olması ve bu müdahale ile ulaşılması hedeflenen hukuki amaçla orantılı olması gerekmektedir.[149] Bu toplumsal ihtiyaç değerlendirilirken, müdahalenin gerekliliğini haklı kılacak uygun ve makul bir

---

146 Anna Bond, "Professor's "Anti-Zionist" Beliefs Were Protected", *mondaq* 21 February 2024, (https://www.mondaq.com/uk/employee-rights-labour-relations/1426784/professors-anti-zionist-beliefs-were-protected), (s.e.t. 8 November 2024).

147 Handyside v. the United Kingdom, § 51.

148 Özbey, 2013, s. 55; Ağırbaşlı, 2012, s. 98.

149 Serif v. Greece, ECtHR, No. 27294/14, 58518/14, 60398/15, 46442/17, 53795/17, 61668/17, 61733/17, 71399/17, 72051/17, 14. December 1999, (https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58518), § 49, (s.e.t. 10 Kasım 2024).

gerekçenin varlığı, müdahalenin ölçülülüğü ve bilhassa bireysel menfaatler ile kamu yararı arasındaki dengenin inşa edilip edilmediği dikkate alınmaktadır.[150]

Bristol İş Mahkemesi, Miller´in ikinci bir disiplin soruşturması geçirerek ardından sözleşmesinin Üniversite tarafından derhal feshedilmesini, Üniversite´nin Miller´in iddia edilen sözleşmeye aykırı davranışının yaptırıma uğratarak korumaya çalıştığı hukuki menfaati ile ölçülü ve gerekli bir yaptırım olarak değerlendirmemiştir. Mahkemeye göre Miller´in bildirimsiz olarak işten çıkarılarak iş hukukundaki en ağır yaptırım ile ifade özgürlüğünün kısıtlanmış olması demokratik toplumda gerekli değildir. Miller´in ifade özgürlüğünün kısıtlanması niteliği taşıyan feshin, toplumsal bir ihtiyacın sonucu olduğuna dair mahkemenin ikna edilemediğini söylemek mümkündür. Zira somut olaydan anlaşılabileceği üzere Üniversite fesih kararını verirken, müdahil olan tüm menfaatleri dikkate almak ve bunlar arasında bir denge kurarken gerekli özeni gösterememiştir. Bristol İş Mahkemesinin derhal ve haklı nedenle feshi ölçüsüz bir tedbir olarak değerlendirmesinde, Üniversite´nin Miller hakkındaki şikayetleri tarafsız bir biçimde değerlendirememiş, daha açık ifade ile bazı Yahudi menfaat gruplarının sindirme faaliyetlerine maruz kalmış olması rol oynamış olabilir. İşyeri davranış ilkelerini ihlal eden bir çalışana hangi yaptırımın uygulanması gerektiği, işverenin takdirindedir. Hangi aykırılığa hangi yaptırımın uygulanacağına dair herhangi bir sınıflandırma veya genel bir kural olmamakla birlikte, yargı içtihatlarına konu olan olaylardan yola çıkarak belli başlı bazı hukuka aykırılıklara belirli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Örneğin, Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarında, rüşvetle suçlanan bir çalışanın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin, ölçülü ve gerekli bir yaptırım olarak kabul edildiği bilinmektedir.[151] Buna göre, yaptırımın ölçülüğü ve gerekliliğini somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Bu konuda çalışanı şikâyet eden kişi veya kimselerin, işverenin hangi yaptırım türünü seçeceğine dair takdir yetkisine müdahale etme hakları yoktur. Bu bağlamda, Siyonist lobilerin özellikle öğrenciler aracılığıyla Üniversite üzerinde Miller´in işten çıkarılması için yaptıkları baskı ve yönlendirmeler, Üniversite´nin yaptırımın seçimindeki takdir hakkına müdahale teşkil etmektedir. Üniversite´nin bu müdahale sonucunda ikinci kez disiplin soruşturması başlatıp, iki bilirkişiden yalnızca birinin Miller´in ifadelerinin saldırgan olduğu gerekçesiyle işten çıkarılmasının haklı olabileceği kanaatine dayanarak Miller´in sözleşmesini derhal feshetmiş olması, Bristol İş Mahkemesinin de tespit ettiği üzere ifade özgürlüğüne ölçüsüz ve gereksiz bir müdahaledir.

D. İfade Özgürlüğünün "Chilling Effect"´e Karşı Korunması

Bristol İş Mahkemesi, AİHM'nin 2013 tarihli Heinisch v. Almanya kararına atıf yaparak, ifade özgürlüğünün chilling effect e karşı korunması gerektiğinin vurgulamıştır. Mahkemenin atıf yaptığı Heinisch kararı tipik bir Whistleblowing olayını konu edinmektedir.[152] Olayda bir yaşlı bakım evinde çalışan Heinisch, işverenini yetersiz sayıda personel çalıştırarak, devlet kurumlarını personel sayısı

---

150 Özbey, 2013, s. 56; Ekiz, 2007, s. 384.

151 BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, 2010, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, s. 1227.

152 Heinisch v. Germany, § 10; Konstantin Busekist/Stephan Fahrig, "Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern", 2013, Betriebsberater, s. 119; Andrei Király, "Whistleblower in Deutschland und Großbritannien Lehren aus dem Fall Heinisch", S. 4, 2012, Recht der Arbeit, s. 236.

hakkında yanıltmak, belgede sahtecilik yapmak ve yaşlıların bakımını ve sağlığını olumsuz etkilemek gerekçesiyle savcılığa şikâyet etmiştir. Savcılık soruşturmaya yer olmadığına karar verdiğinde işvereni Heinisch´in iş sözleşmesini bildirimli olarak feshetmiştir. Bunun üzerine Heinisch´in üyesi olduğu işçi sendikası, bildiriler dağıtarak bakım evindeki usulsüzlükleri ve Heinisch´in işten çıkarılarak susturulmaya çalışıldığını kamusal alanda ifşa etmiştir. Bu bildirilerin ardından Heinisch´in iş sözleşmesi işvereni tarafından bildirimsiz olarak feshedilmiştir. Heinisch ulusal mahkemelerde işe iade davasından beklediği sonucu alamayınca AİHM'ne ifade özgürlüğünün kısıtlandığı gerekçesiyle başvurmuştur. Mahkeme, Heinisch´in iş sözleşmesinin haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedilmiş olmasını ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirirken, işveren tarafından bu denli ağır bir yaptırımın seçilmiş olmasının aynı işyerinde veya aynı ve benzer sektörlerde çalışan işçileri, iş yerinde karşılaştıkları hukuka ve etik kurallara aykırılıkları ihbar etmekten caydırabileceğine, bir diğer deyişle çalışanlar üzerinde "*korkutucu etki*" – chilling effect– yaratabileceğine işaret etmiştir.[153] Böyle bir etki çalışanların ifade özgürlüklerini kullanmalarının önündeki en temel engellerden biridir ve buna karşı önlem alınmalıdır.

Bristol İş Mahkemesinin kararına konu olan olayda bir Whistleblowing söz konusu değildir. Zira Miller doğrudan, bünyesinde çalıştığı Üniversite´de meydana gelen bir hukuka veya etik kurala aykırılığı ihbar veya ifşa etmiş değildir.[154] Böyle bir ifşa, Miller´in Üniversite´nin Yahudi menfaat gruplarının etkisi altında bağımsız bir bilim kuruluşu olma özelliğini kaybederek ve belli dini inanca sahip öğrencilere karşı dezavantajlı davrandığını iddia etmesi halinde söz konusu olabilirdi. Öyle ki Miller´in ifadelerine göre Yahudi menfaat grupları Üniversite öğrencileri ile iletişim içinde olmakla birlikte, Müslüman Araplara karşı Islamafobiyi destekleyen faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Ancak somut olayda doğrudan Üniversite´ye yönelik bir eleştiri veya Üniversite´nin dahil olduğu veya göz yumduğu bir hukuka veya etik kurala aykırılığın ifşası söz konusu değildir. Buna rağmen Bristol İş Mahkemesinin, ifade özgürlüğünün chilling effect´e karşı korunmasına AİHM'nin Heinisch v. Almanya kararına atıf yaparak dikkat çekmiş olmasının önemi büyüktür. Mahkeme bu şekilde, Miller´in Siyonizm karşıtı fikirlerinin, fesih ve benzeri yıldırma yöntemleri ile bastırılmasının önüne geçilmesi gerektiğini vurgulamış olmakta, Siyonizm karşıtlığının demokratik bir toplumda ifade edilebilecek bir görüş olduğunun farkına varılmasını sağlamaktadır. Hele ki Miller gibi, akademik ifade özgürlüğünden yararlanarak bilimsel çalışma ve bulgularla vardığı kanaatleri demokratik bir toplumda paylaşan kimselerin, bu kanaatlerin ifade edilmesinden rahatsız olan belli gruplarca sindirilmesinin önüne geçilebilmesi açısından, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın korkutucu etki yaratacak nitelikte ve ağırlıkta olmaması gerekmektedir. Aksi taktirde, çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazlarından olan ifade özgürlüğü, bilim insanları tarafından dahi kullanılamayan ve sadece sözleşmelerde, kanunlarda yazılı bir hak haline gelecektir.

---

[153] Heinisch v. Germany, § 91.

[154] Mustafa Alp, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing), 1. Baskı, Beta Yayınları, Istanbul, 2013, s. 1.

SONUÇ

Bristol İş Mahkemesi verdiği karar ile, İsrail devletinin Filistin topraklarında Yahudi olmayan halka yönelik ayrımcı ve ırkçı politikalar uygulayarak onları topraklarından sürmeyi ve Yahudileri buralara yerleştirmeyi amaçlayan ve Siyonizm olarak bilinen bu politikaya karşı çıkışı ifade eden Anti-Siyonizm´i Yahudi düşmanlığı olarak bilinen Anti-Semitizm´den ayırarak, Anti-Siyonizm´in demokratik toplumda çoğunluğu rahatsız edecek bir görüş de olsa savunulabilmesine imkân tanımıştır. Mahkemenin bu kararı, çoğulcu demokrasiye katkı sağlamıştır. Zira demokratik toplum düzeni, yalnızca belli başlı dünya görüşünün, siyasi ve felsefi ya da dini inancın hâkim olduğu bir toplum düzenini değil, farklı görüş ve inançları içinde barındırabilen, bu fikir ve görüşlerin savunulabilmesine ve yaşanmasına imkân tanıyan bir düzeni ifade eder. Demokratik toplum düzeni çoğunluk tarafından savunulan hâkim görüş ve inançların toplumun azınlığına dayatılmasına izin vermez. Çoğulcu, hâkim pozisyonların kötüye kullanılmasına izin verilmediği, azınlık haklarının tesis edildiği adil ve hoşgörünün esas olduğu bir düzen, demokratik bir toplumun gerekliliğidir.

Ayrıca Bristol İş Mahkemesinin bu kararıyla akademik ifade özgürlüğünün önemi bir kez daha gözler önüne serilmiştir. Akademik bir kuruluş olarak Üniversite, akademisyenlerin araştırma ve uzmanlık alanlarına giren veya bu alanlarla bağlantılı konularda özgürce araştırma yapıp, düşüncelerini ifade etmelerinden doğabilecek olası itibar kayıplarına veya eleştirilere katlanabilmelidir. Bir bilim insanının, yaptığı çalışmalar sonucu elde ettiği bulguları ve edindiği kanaatlerini toplumla paylaşması, kamusal bir görevdir. Bu görevini yerine getirmesi sonucu Üniversite´den uzaklaştırılma gibi bir yaptırım ile karşılaşması, onun araştırma yapmak ve öğretim faaliyetinde bulunarak ve bilgi ve bulgularını paylaşma imkânının büyük ölçüde elinden alınması demektir. Daha da ötesi bu yaptırım, ifade özgürlüğüne ket vurmak demektir, bir başka ifadeyle, inanç ve ifade özgürlüğünün başkaları tarafından da baskı ve yıldırma politikalarından korkmadan kullanılmasını elverişsiz veya imkânsız hale getirmek demektir.

Son olarak çalışanlar ile ilgili yapılan ihbarların incelenmesinde, işveren tarafından ihbarların tarafsız bir şekilde incelenmesi, özellikle 3. kişilerin telkin ve baskılarından uzak olunması gerekmektedir. Tarafsızlık, ayrıca yaptırım uygulanması gerektiğinde, bu yaptırımın seçiminde yaptırımın ölçülülüğe dikkat edilmesi noktasında önem arz etmektedir. Aksi halde ölçüsüz bir müeyyide, çalışanın işverene karşı ayrımcılık iddialarının veya işe iade taleplerinin karşılık bulması sonucunu doğurabilecektir.

KAYNAKÇA

Abazi V, "Whistleblowing in the European Union", C. 58, S. 3, 2021, Common Market Law Review, ss. 813-849.

Ağırbaşlı Ş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", S. 101, 2012, TBB Dergisi, ss. 83-102.

Alp M, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing), 1. Baskı, Beta Yayınları, Istanbul, 2013.

Barrow R, "Academic Freedom: Its Nature, Extent and Value", C. 57, S. 2, 2009, British Journal of Educational Studies, ss. 178- 190.

Boggio A,/ Romano Cesare P, "Freedom of Research and the Right to Science", The Freedom of Scientific Research: Bridging the Gap between Science and Society, eds. Simona G./ John H./ Lucio P., Manchester University Press, 2018, ss. 162-175.

Bond A, "Professor's "Anti-Zionist" Beliefs Were Protected" (mondaq, 21 February 2024) (https://www.mondaq.com/uk/employee-rights-labour-relations/1426784/professors-anti-zionist-beliefs-were-protected), (s.e.t. 8 November 2024).

Brown A J/ Lewis D/ Moberly R, (eds), International Handbook on Whistleblowing Research, Edward Elgar, 2014.

Busekist K/Fahrig S, "Whistleblowing und Der Schutz von Hinweisgebern", 2013, Betriebsberater, ss. 119-124.

Çetin E, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, 1. Baskı, XII Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Duran M A, "Politik Siyonizm Ekseninde Yahudi Devleti Fikri", C. 2, S. 1, 2020, Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi, ss. 135-158.

Ekiz S, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Din ve İnanç Özgürlüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dali, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2007.

Erdoğan G, İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde), Adalet, 2017.

Flauss Jean F, "The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression", S. 84, 2009, Indiana Law Journal, ss. 809- 849.

Gözübüyük A Ş/ Gölcüklü A F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Inceleme ve Yargılama Yöntem, 13. ek protokola göre hazırlanıp genişletilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, 2013.

Grambow T/Julia B, "Umgang mit Terrorsympathisanten und Antisemiten am Arbeitsplatz", S. 24, 2023, Arbeitsrecht Aktuell, ss. 617-619.

Hafızoğulları Z, "Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı", S. 55, 2004, TBB Dergisi, ss. 85-101.

Karaman M L, "Siyonizm", TDV İslâm Ansiklopedisi C. 37 (16 Mayıs 2009), (https://islamansiklopedisi.org.tr/siyonizm), (s.e.t. 29 May 2024), ss. 329-335.

Karan U, "İfade Özgürlüğü Hakkı", içinde: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Sibel İnceoğlu (ed.) 3. Baskı, Beta Yayınevi 2013, ss. 355-379.

Király A, "Whistleblower in Deutschland und Großbritannien Lehren aus dem Fall Heinisch", S. 4, 2012, Recht der Arbeit, ss. 236-240.

Küzeci E, "AİHS'nin 10. maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", S. 71, 2007, TBB Dergisi, ss. 174-200.

Miller D, "We Must Resist Israel's War on British Universities", (The Electronic Intifada, 20 February 2021), (https://electronicintifada.net/content/we-must-resist-israels-war-british-universities/32391), (s.e.t. 23 October 2024).

Murdoch J, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması Avrupa Konseyi Insan Hakları El Kitapları, Çeviren Serkan Cengiz. Avrupa Konseyi Strazburg, 2012.

Nal S, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", C. 65, S. 4, 2002, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 65-93.

Özbey Ö, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", S. 106, 2013, TBB Dergisi, ss. 41-92.

Schiemann A, "Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze", S. 2, 2024, Zeitschrift für Rechtspolitik, ss. 44-47.

Schulz Corinna N, Whistleblowing in Der Wissenschaft: Rechtliche Aspekte im Umgang mit Wissenschaftlichem Fehlverhalten, 1. Baskı, Nomos-Verl-Ges 2008.

Tokuzlu L B, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", içinde: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Sibel İnceoğlu (ed.), 3. Baskı, Beta Yayınevi, 2013, ss. 333-354.

Vrielink J/Lemmens P/Parmentier S, "Academic Freedom as a Fundamental Right", C. 13, S.117, 2011, Procedia - Social and Behavioral Sciences, ss. 162-175.

YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ GELİŞİMİ VE AB YAPAY ZEKÂ YASASI

Legal Development of Artificial Intelligence ond EU Artificial Intelligence Act

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ*

Öz: Makalenin konusunu yapay zekâ alanında yapılan hukuki çalışmalar oluşturmaktadır. Teknik anlamda yapay zekâ çalışmaları çok hızlı bir şekilde ilerlerken hukuk bunların çok gerisinden gelmektedir. Çalışmanın ilk kısmında zekâ ve yapay zekâ kavramları açıklanmış ardından ikinci kısımda hukuki düzenlemeler ele alınmıştır.
Makalede, yapay zekaya yönelik olarak ülkemizdeki düzenlemelerin yanı sıra Çin, Amerika ve Birleşik Krallık hukuklarındaki düzenlemelere kısaca değinilmesinin ardından ilk kapsamlı yasa olması nedeniyle önem arz eden Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası değerlendirilmiştir. Bu kısımda Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nın uygulama alanı ve dayandığı risk temelli sistem üzerinde durulmuş, çalışmanın kapsamını aşmamak adına Yasa'nın oluşturulmasını öngördüğü idari ve teknik sistemlere yer verilmemiştir.
Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, AB Yapay Zekâ Yasası, Makine Öğrenimi, Yapay Zekâ Sistemleri, Risk Temelli Yaklaşım

Abstract: The article focuses on the legal studies conducted in the field of artificial intelligence (AI). While technical advancements in AI progress rapidly, the law lags far behind. In the first part of the study, the concepts of intelligence and artificial intelligence are explained, followed by an examination of legal regulations in the second part.
The article briefly touches upon regulations in Turkey as well as in China, the United States, and the United Kingdom. It then evaluates the European Union Artificial Intelligence Act, which is significant as the first comprehensive law in this area. This section discusses the scope of application of the EU Artificial Intelligence Act and its risk-based system. However, the administrative and technical systems proposed by the Act are not covered in detail, as they fall outside the scope of the study.
Keywords: Artificial Intelligence, EU Artificial Intelligence Act, Machine Learning, AI Systems, Risk-Based Approach

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi zdonmez@aybu.edu.tr
ORCID: 0000-0001-5189-8752 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677361
Makale Geliş Tarihi: 10.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 04.03.2025

GİRİŞ

Zekâ kavramı bile henüz tam açıklanamamışken, yapay zekâ çalışmaları tüm hızıyla devam etmektedir. Yapay zekâ içerikli ürünler, eğitimden sağlığa, savunmadan ulaşıma kadar hayatın tüm alanlarında kullanılmaya başlanmıştır. Ülkeler, bu alanda bir taraftan kendi teknolojilerini geliştirmenin öneminin farkında olarak bu çalışmalara ağırlık verirken diğer taraftan başka ülkelerin teknolojilerinin geldiği nokta da merak konusu olmaktadır. Nitekim yapay zekâ teknolojisinin bu kadar hızlı gelişmesi beraberinde güvenlik sorunlarını da getirmektedir. Hem bireysel anlamda temel hakların hem de ulusal güvenliğin korunması gerekliliği sıklıkla vurgulanmaktadır. İşte bu nedenle yapay zekâ teknolojisinin sınırlarını belirleyecek ilkeler yayınlanmakta ve üretilen ve hizmete sunulan teknolojilerde bu ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu ilkelerin ilerisine geçerek yapay zekâ alanında ilk kapsamlı yapay zekâ yasası Avrupa Konsey tarafından kabul edilmiştir.

Çalışmada öncelikle yapay zekânın tanımı ve gelişimine yer verilmiştir. İkinci bölümde ise Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nın oluşum süreci ve yasanın uygulama alanı ele alınmıştır.

I. ZEKÂ KAVRAMI, YAPAY ZEKANIN GELİŞİMİ VE YAPAY ZEKÂ ÇEŞİTLERİ

Zekanın ne olduğu ve farklı türlerinin açıklanması ile psikoloji bilimi ilgilenmektedir. Zekâ kavramı, herkes tarafından kabul edilen objektif bir içeriğe sahip olmaması nedeniyle henüz tam olarak açıklanamamışken bilim ve teknolojideki gelişmeler bizleri yapay zekâ kavramıyla karşı karşıya getirmiştir. Bu başlık altında zekâ ve yapay zekâ kavramlarının tarihi gelişimi ve bugün gelinen nokta ele alınmıştır.

A. ZEKÂ KAVRAMI

Kişinin boyunu, yaşını, kilosunu tespit ederken yapıldığı gibi tek bir unsura bakarak zekâsını belirlemek mümkün değildir[1]. Bu nedenle zekânın, "testlerin ölçtüğü şey" şeklindeki tanımı bugün için kabul edilmemektedir[2].

1983 yılında Howard Gardner tarafından geliştirilen "Çoklu Zekâ Kuramı" zekâ araştırmaları konusunda devrim olarak kabul edilmekte ve zekanın sekiz

---

[1] Psikoloji bilimi içinde yer alan bilgi işleme yaklaşımı, psikometrik yaklaşım, gelişimsel psikoloji yaklaşımı gibi farklı yaklaşımlar, farklı unsurları temel alarak zekâ kavramını açıklamaya çalışmaktadır. Örnek olarak konu, deneysel psikolojinin içinde yer alan bilgi işleme yaklaşımıyla ele alındığında zihinsel beceri, kişinin farklı şekilde edindiği bilgilere yönelik sorular sorulduğunda bunlara tepki verme süresi ve hafıza becerileri değerlendirilerek ölçülür. Ancak zekayı sadece bu becerilerle tanımlamak son derece sınırlı bir yaklaşım olacaktır., Ayrıntılı bilgi için bkz. Joachim Funke/ Bianca Vaterrodt, Was ist Intelligenz?, 3. Baskı, C.H. Beck, Berlin, 2009, s. 10.

[2] Amerikalı psikolog Edwin Boring, 1923 yılında zekâyı, zekâ testlerinin ölçtüğü şey olarak tanımladı. Ancak bu ifade, zekânın henüz tüm parametreleriyle tanımlanmasının mümkün olmadığı dolayısıyla zekayı ölçen testlerin doğru sonuçları vermesinin yanlış bir beklenti olacağı gerekçesiyle reddedilmektedir., bkz. Funke/ Vaterrodt, s. 10.

farklı boyutunu ortaya koymaktadır[3]. Bu yaklaşıma göre insan zekâsı çok yönlüdür ve insan, farklı zekâ türlerine sahiptir. Bunlar dilsel/ linguistiksel zekâ, mantıksal/ matematiksel zekâ, müziksel/ ritmik zekâ, görsel/ mekânsal zekâ, bedensel/ kinetiksel zekâ, doğa zekası, sosyal zeka ve içsel zeka olarak ifade edilmektedir.

Bir başka kurama göre ise zekayı ölçmek için "Temel Faktörler" esas alınmaktadır[4]. Bu temel faktörler; mantıksal düşünme, algılama hızı, hafıza, mekânsal düşünme, hesaplama becerisi, kelime akıcılığı ve dil anlayışıdır.

Bu açıklamalarla uyumlu olarak zekâ, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde[5] "*insanın düşünme, akıl yürütme, öğrenme, kavramları ve nesneleri zihinde canlandırabilme, objektif gerçekleri algılama, yargılama, sonuç çıkarma, bedeni kontrol edebilme, duyguları doğru algılayabilme, değerlendirebilme, icat edebilme vb. yeteneklerinin ve becerilerinin tamamı*" olarak tanımlanmaktadır.

B. YAPAY ZEKÂNIN GELİŞİMİ

Zekâyı tüm unsurlarıyla ve mutlak olarak tanımlamak ne kadar zorsa yapay zekâ kavramını tanımlamak da o kadar zordur. Zekânın yukarıda açıklandığı gibi çok boyutlu bir kavram olmasının yanı sıra teknolojideki hızlı gelişmeler bu zorluğu arttırmaktadır.

Yapay zekâ terimi ilk kez 1956 yılında Hanover'de gerçekleşen Dartmouth Konferansı'nın organizatörü John McCarthy tarafından ortaya atılmıştır[6]. Konferans davetinde, zekânın her özelliğini taklit edebilen bir makine yaratmanın mümkün olduğu vurgulanmıştır[7]. Bu konferansta, pek çok kişi tarafından ilk yapay zekâ programı olarak kabul edilen "Logic Theorist" adlı program tanıtılmıştır.

Terminolojik olarak yapay zekâ kavramının ilk kez kullanıldığı bir proje olarak McCarthy projesi önem arz etse de yapay zekâ çalışmaları daha geçmişe uzanmaktadır. Alan Turing 1936 yılında 'Hesaplanabilir Sayılar Üzerine' adlı

---

3 Gerhard Paass/ Dirk Hecker, Künstliche Intelligenz, Was steckt hinter der Technologie der Zukunft, Springer Vieweg, Münih, 2021, s. 5.

4 Kurt Pawlik, "Psychologische Intelligenzforschung", Wilfried Buchmüller/ Cord Jakobeit (Ed.), Erkenntnis, Wissenschaft und Gesellschaft, Springer, Münih, 2016, s. 73 vd.

5 Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (s.e.t. 24.09.2024).

6 Tom Taulli, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz, Eine nichttechnische Einführung, Springer, Münih, 2022, s. 2 vd; Wolfgang Ertel, Grundkurs Künstliche Intelligenz, Eine praxisorientierte Einführung, 5. Bası, Springer Vieweg, Münih, 2021, s. 10; Oğuz Gökhan Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?", C. 2021/1 S. 66, 2021, Adalet Dergisi, ss. 379- 415, s. 381.

7 Bkz. Alexander Richter, "Künstliche Intelligenz und potenzielle Anwendungsfelder im Marketing", Dialogmarketing Perspektiven 2018/ 2019 (der.), Springer Gabler, Frankfurt, 2019, s. 33 vd.; Matematikçi John McCarthy, 1955 yılında Rockefeller Vakfı'na yapay zekâ üzerine bir araştırma projesi önermiştir. 'Summer Research Project on Artificial Intelligence' olarak isimlendirilen bu projenin daveti şu şekildedir; "*1956 yazında New Hampshire, Hanover'deki Dartmouth College'de iki aylık, on kişilik bir yapay zekâ çalışması yürütülmesini öneriyoruz. Bu çalışma, öğrenmenin veya zekanın herhangi bir özelliğinin prensip olarak o kadar kesin bir şekilde tanımlanabileceği varsayımına dayalı olarak ilerleyecek ki, bir makine bu özelliği simüle edebilir.*"

çalışmasında bir bilgisayarın temel fikrini ortaya koydu[8]. 1950'de yayınladığı 'Bilgisayar Makineleri ve Zekâ' başlıklı makalesiyle yapay zekâ alanındaki çalışmalara ivme kazandırdı. Bu çalışma, makinelerin düşünüp düşünemeyeceği sorusunu ele alıyordu. Bir sonraki aşamada ise bir yazılımın zekasını ölçebilmek adına 'Taklit Oyunu' veya 'Turing Testi' olarak bilinen bir çalışma geliştirdi[9]. Bu teste göre, bir bilgisayarın cevapları insanınkinden ayırt edilemiyorsa o bilgisayar zeki olarak kabul edilmekteydi.

1966 yılında Joseph Weizenbaum tarafından geliştirilen ve ilk sohbet botu olarak tanımlanan ELIZA isimli bilgisayar programı ile yapay zekâ çalışmaları devam etmiştir[10]. Bir makine ile diyalog kurmanın imkânsız ve yüzeysel olacağı varsayımına dayanan bu çalışma beklentilerin ötesinde sonuçlar doğurmuştur. Bir psikoterapisti taklit ederek insan dili kullanan bu programı kullananlar, makineye insana özgü duygular atfetmişlerdir.

Yapay zekâ çalışmaları bir anlamda sonuç verse de o dönemdeki bilgisayarların yetersiz işlem gücü ve vaad edilen başarıların elde edilememesi gerekçesiyle Britanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yapay zekâ çalışmaları için ayrılan bütçeler sınırlandırılmıştır. Bu dönem, 'Yapay Zekâ Kışı olarak' adlandırılmaktadır[11]. Sonraki yıllarda yapay zekanın gelişimi genel bir yaklaşım yerinde sektörel bazda olmuştur.

1997 yılında Deep Blue adlı yapay zekanın, dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov'u yenmesiyle, yapay zekâ yeniden geniş kitlelerce konuşulmaya başlanmıştır. 2000'lerin başından itibaren kullanım alanı genişleyen yapay zekanın gelişimi de hız kazanmıştır. 2009 yılında geliştirilen ilk otonom araç projesi gibi projelerle kendisini farklı alanlarda göstermiştir.

2014 yılında İngiltere'de geliştirilen Vital adlı robotun şirket yönetim kuruluna atanması[12] ve 2016 yılında Sophia adlı robota Suudi Arabistan vatandaşlığının verilmesiyle[13] bir yapay zekâ türü olan robotlar gündemimize tamamen oturmuştur.

---

8 Taulli, s. 2; Esma Kırdaç Adır, Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 22 vd.; Cemre Polat, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 10 vd; Mustafa Aksu, "Yapay Zekâ ve Hukuk", Yapay Zekâ ve Hukuk (Ed. Mustafa Aksu), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 1-333, s 11;Onur Sarı, "Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, 2020 (147), s. 254 vd.

9 Turing Testi temelde şu şekilde işler; Bir bilgisayar iki insan olmak üzere üç katılımcı vardır. Kişilerden biri, bilgisayara ve diğer katılımcıya açık uçlu sorular sorar. Soruyu soran kişi diğerlerini göremez ve duyamaz. Sonrasında onlardan gelen cevaplara dayanarak hangi cevabın bir insana ait olduğunu değerlendirmesi istenir. Katılımcı karar veremez ya da bilgisayarın cevabını, insan cevabı olarak değerlendirirse bilgisayar testi geçmiş olur, bkz. Dennis Scheuer, Akzeptanz von Künstlicher Intelligenz, Springer Vieweg, Münih, 2020, s. 7; Taulli, s. 3; Richter, s. 33; Ecem Aksoy, Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Seçkin, Ankara 2022, s. 45.

10 Andrea Cornelius, Künstliche Intelligenz Entwicklungen, Erfolgsfaktoren und Einsatzmöglichkeiten, Springer View, Frankfurt, 2020, s. 19.

11 Richter, s. 35

12 Salih Karadeniz, "Yapay Zekanın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği ve Üyelikten Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Y. 14, S. 54, 2023, TAAD, ss. 255- 288, s. 270.

13 "Dünya'nın ilk robot vatandaşı Suudi Arabistanlı",
https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346, (s.e.t. 09.01.2025).

Sonuç olarak zekanın çok boyutlu bir kavram olduğu günümüzde kabul edilmektedir ve farklı zekâ türleri ve zekânın ölçülmesinde temel alınan faktörler yapay zekânın tanımlanmasında da ölçüt olarak kullanılmaktadır. İnsan benzeri zekânın taklit edilmesi, zorlu problemlerin çözülmesi ve önceki deneyimlerden öğrenme gibi belirli ana konular yapay zekâ kavramı içinde de yer almaktadır.

C. YAPAY ZEKÂ ÇEŞİTLERİ

1. Güçlü Yapay Zekâ (Artificial General Intelligence) ve Zayıf Yapay Zekâ (Weak/ Narrow AI)

Yapay zekâ türlerini sınıflandırırken yapılan ayrımlardan ilki güçlü ve zayıf yapay zekâ ayrımıdır. Bu ayrım, yapay zekânın sonuç çıkarma yeteneğine odaklanılarak yapılır[14]. Bugün için kullanılan yapay zekânın zayıf yapay zekâ olduğu ifade edilmektedir. Zayıf yapay zekânın özelliği belirli bir alana odaklanmış olmasıdır. En azından insan seviyesinde görevleri yerine getirmeyi hedefler. Başka bir ifadeyle insanın düşünme süreçlerini ve yaratıcılığını taklit etmek yerine belirli ve net bir şekilde tanımlanmış problem çözümleri için algoritmaların geliştirilmesi üzerinde çalışır. Öncelikli olarak karmaşık problemleri çözme ve insanın bilişsel ve fiziksel yeteneklerini aşan sonuçlara ulaşma üzerine odaklanılmıştır. "Siri" gibi asistan sistemleri, e-posta spam filtreleri veya metin çevirisi için kullanılan sistemler zayıf yapay zekâ örnekleridir.

Güçlü yapay zekâ[15] ise makinelerin insanlarla benzer entelektüel yetenekler geliştirdiği ve nihayetinde insan benzeri bir bilinç kazandığı durumu ifade eder. Teknolojiyi kullanarak insan yeteneklerini günlük yaşamın birçok alanında kopyalamayı, optimize etmeyi ve hatta yeni performans alanlarına ulaşmayı hedefler. Güçlü yapay zekâ sisteminin bağımsız, akıllı ve esnek bir şekilde hareket etmesi ve sadece belirli bir sorunu çözmekle sınırlı olmaması beklenir. Güçlü yapay zekâ şu anda araştırma aşamasındadır ancak yakın gelecekte geliştirilmesi beklenmektedir.

2. Makine Öğrenimi (Machine Learning) ve Derin Öğrenme (Deep Learning)

a. Makine Öğrenimi

Makine öğrenimi[16] kapsamında yapay zekâ, kendi başına bilgi ayrıştırarak ve elde edilen bilgiyi bağlamlar ve desenler halinde yapılandırarak öğrenir. İlk

---

[14] Manfred Bruhn/ Karsten Hadwhich (Ed.), Gestaltung des Wandels im Dienstleistungsmanagement, Springer Gabler, Frankfurt, 2021, s. 8; Ann Kathrin Hermes, "Künstliche Intelligenz (KI): Alles über ChatGPT-3, Dall-E, Machine Learning", https://www.trend.at/tech/kuenstliche-intelligenz#kiteilbereiche (s.e.t. 09.09.2024).

[15] Hermes, https://www.trend.at/tech/kuenstliche-intelligenz#kiteilbereiche (s.e.t. 09.09.2024).

[16] Jennifer Dienes, "Anforderungen an die menschliche Aufsicht über Künstliche Intelligenz", S. 6, Y. 2024, MMR, ss. 456- 462, s. 459; Yılmaz, s. 383; Aras Özkan, "Yapay

olarak, algoritmaya bir model oluşturmak için eğitim verileri sağlanır ve ardından bu model bu model bilinmeyen verilere uygulanır. Geri bildirim verileri sayesinde yapay zekanın performansı arttırılabilir, böylece sistemler temel olarak kendini programlayabilir. Bu algoritmaların önemli bir özelliği, öğrenme sürecine programcının müdahale etmesine gerek olmamasıdır. Öğrenme süreci sadece büyük veri setleri gerektirir. Algoritmalar bu veriler sayesinde öğrenir ve kendini geliştirir. Bu eğitim materyali, yeni algoritmaların oluşturulmasını sağlar. Algoritmaların performansını arttırmak için toplanan deneyimlere dayalı olarak geribildirim verileri kullanılır.

Makine öğrenimi denetimli öğrenme, denetimsiz öğrenme ve pekiştirmeli öğrenme olarak üç ana türe ayrılır.

(1) Denetimli Öğrenme (Supervised Learning)

Denetimli öğrenme[17] yönteminde etiketlenmiş veri sistemleri kullanılarak yapay zekanın öğrenmesi sağlanır. Örnek olarak bir algoritma binlerce köpek ve kedi fotoğrafıyla eğitilir. Eğitilmiş olmak, algoritmanın her fotoğraf için ilgili bilgiyi alması yani fotoğrafın bir kedi mi yoksa bir köpek mi olduğunu bilmesidir. Daha sonra modelin kalitesini değerlendirmek için bir test veri seti ile doğrulama yapılır. Eğitim sürecinden sonra daha önce eğitilmemiş görüntüleri de tanıyabilir. Yani daha önce kendisine gösterilmemiş olsa da bir fotoğrafın bir kediye mi yoksa köpeğe mi ait olduğu bilebilir ancak yeni bilgi sağlama kapasitesine sahip olmadığı için yaratıcı görevler için uygun değildir. Bu yöntem en yaygın olarak regresyon ve sıralama problemleri için kullanılır.

(2) Denetimsiz Öğrenme (Unsupervised Learning)

Denetimsiz öğrenme yönteminde[18] önceden belirlenmiş hedef değerler yoktur ve bu nedenle sonuçlar tamamen açıktır. Bu yöntemde, algoritmalar etiketlenmemiş veri setlerinde kendi başlarına desenleri tanımaya ve buna bağlı olarak kurallar çıkarmaya çalışır. Algoritma, benzer davranış veya özellikler gösteren veri kümelerini tanımlar. Sonuçların kontrol edilmediği bu yöntem, güvenlik açısından daha az uygun olarak kabul edilir.

(3) Pekiştirmeli Öğrenme (Reinforcement Learning)

Makine öğrenmesinin üçüncü türü olan pekiştirmeli öğrenme yönteminde[19] bir bilgisayar programı doğrudan kendi deneyimlerinden öğrenir. Program, çevresiyle etkileşime girer ve doğru sonuçlar için olumlu geri bildirimlerle, yanlış sonuçlar için ise yaptırımlarla karşılaşır. Böylece olumlu geri bildirim almak için hangi eylemleri gerçekleştirmesi gerektiğini öğrenir. Diğer iki öğrenme yönteminin aksine burada öğrenme verileri veya hedefler

---

Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması", C. 164, 2023, TBB Dergisi, ss. 207- 238, s. 215; Aksu, s. 140 vd.; Kıraç Adır, s. 26; Polat, s. 16; Aksoy, s. 78.

17 Dienes, s. 459.

18 Thomas Hoeren/ Ulrich Sieber/ Bernd Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, 61. Bası, C.H.Beck Münih, 2024, Bölüm 29.1, Paragraf 18-19.

19 Hoeren/ Sieber/ Holznagel, Bölüm 29.1, Paragraf 20-21.

gerekmez; sadece "oyun kuralları" gereklidir. Bu yöntemle geliştirilen teknolojiye örnek olarak Google Deep Mind tarafından geliştirilen AlphaGo Zero programı[20] gösterilebilir.

b. Derin Öğrenme (Deep Learning)

Derin öğrenme, makine öğrenmesinin bir alt kategorisi ve özel bir sinir ağı[21] şeklidir. Çok katmanlı sinir ağları[22], geleneksel makine öğrenmesi algoritmalarının gizli kaldığı karmaşık ilişkileri öğrenebilir. Bu yöntemin avantajı çok katmanlı ağlar kullanılarak ilişkilerin öğrenilebilmesi ve büyük veri setlerinin işlenebilmesidir. Geniş veri kaynaklarının işlenmesi sayesinde insan müdahalesiyle veri ön işleme gereksinimi azalır ve genellikle klasik makine öğrenmesi yaklaşımından daha doğru sonuçlar elde edilir. "Siri" ve "Alexa" gibi akıllı sesli asistanlar derin öğrenme tekniklerine dayanmaktadır.

D. YAPAY ZEKÂ ALANINDA HUKUKİ DÜZENLEMELERE GENEL BAKIŞ

Teknolojik olarak çok hızlı gelişen yapay zekâ bir taraftan iklim krizinin çözülmesi, daha güvenli ve dayanıklı yapıların oluşturulması, sağlık alanında çığır açması gibi umut veren vaatlerde bulunsa da diğer taraftan insan davranışlarını manipüle etme, veri gizliliği ve güvenliği ve hatta kamu düzeni ve güvenliği konularında oluşturabileceği tehdit açısından birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Etik ilkeleri belirlemek ve güvenlik sınırlarını oluşturabilmek adına yapay zekanın kullanımının hukuki çerçevesinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Bu başlık altında yapay zekâ alanında yapılan hukuki düzenlemeler ele alınmıştır. Türk Hukuku'nun yanı sıra yapay zekânın gelişimine önemli yatırımlar yapan ve bu alanda lider konuma gelmek isteyen Amerika Birleşik Devletleri, Çin, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği hukukları incelenmiştir. Bu alandaki ilk en kapsamlı düzenleme olması sebebiyle Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'na daha geniş yer verilmiştir.

---

[20] Go oyunu satrançtan çok daha fazla farklı hamle seçeneğine sahip bir oyundur. Yapay zekanın geliştirilmesinde öncelikle algoritmaya dayalı yöntemler denenmiş sonrasında pekiştirmeli öğrenme yöntemi uygulanmıştır. Böylece özellikle konuşma ve görüntü tanıma alanlarında önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. AlphaGo adlı yapay zekâ 2016 yılında dünya ve Avrupa şampiyonu olan Go oyuncusunu yenmeyi başarmıştır.

[21] Sinir ağları terimi, köken olarak nörobilim alanından gelmektedir ve sinir sinir siteminde belirli işlevleri yerine getiren nöronlar arasındaki bağlantılarla ilgilenir. Bilgisayar bilimlerinde, bu sinir ağlarını taklit ederek karmaşık, doğrusal olmayan bağlantıları modellemeye çalışır. Bunun için sinir ağlarının bu bağlantıları kendi başlarına öğrenmeleri esas alınır.

[22] Bir sinir ağı, insan beynine dayanan bir yapıdaki donanım ve yazılım sistemidir. Sinir ağı birkaç katmandan oluşur; ilk katman yani giriş katmanı yalnızca ham verileri, bilgileri veya eğitim verilerini içerir. Her bir sonraki katman, bir önceki katmanın çıktısını alır. Son katman yani çıkış katmanı, önceki katmanların bilgileri temelinde bir sonuç geliştirir ve bu sonucu sunar. Bir sinir ağındaki katman sayısı değişken olabilir ve her katman içinde ara katmanlar yani gizli katmanlar bulunabilir. Her bir katman kendi bilgilerini ve programlama kurallarını içerir. Bu nedenle başlangıç verileri ile eğitim sırasında kendini geliştirir. Önemli olan tekrar etmektir böylece ideal olarak her yapay zekâ sistemi her geçişte kendi kendine öğrenir.

1. Türk Hukuku

Türkiye, 2021 yılında "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi"ni yayınlayarak yapay zekanın geliştirilmesi ve uygulanmasına yönelik uzun vadeli hedefler belirlemiştir[23]. Strateji kapsamında, yapay zekanın etik ve hukuki çerçeveler içinde geliştirilmesi, veri koruma düzenlemeleri ile uyumlu hale getirilmesi ve yapay zekâ uygulamalarının toplum yararına kullanılmasının sağlanması hedeflenmektedir.

Türkiye'de yapay zekâ ile ilgili hukuki düzenlemeler, genellikle genel veri koruma, bilişim hukuku ve etik çerçeveler içerisinde değerlendirilmektedir. Yapay zekanın hukuki çerçevesi henüz kapsamlı ve spesifik bir yapay zekâ yasasıyla tam anlamıyla oturmuş olmasa da mevcut mevzuatın yapay zekâ uygulamalarını düzenlemek üzere uyarlanması süreci devam etmektedir.

2016 yılında yürürlüğe giren Kişisel verilerin Korunması Kanunu[24] (KVKK), kişisel verilerin işlenmesi ve korunması konularında kapsamlı düzenlemeler içermektedir. KVKK, yapay zekâ sistemlerinin kişisel verileri nasıl kullanabileceği, depolayabileceği ve işleyebileceği konusunda sınırlar çizmektedir.

Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku anlamında yapay zekanın kişiliği ve sorumluluğu tartışılmaktadır[25]. Rekabetin korunması ve fikri mülkiyet haklarının düzenlenmesi alanında da yapay zekâ hukuku tartışılmaktadır. Nitekim büyük veri ve algoritmaların rekabeti etkileyici potansiyeli nedeniyle, rekabet hukuku kapsamında denetlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, yapay zekâ tarafından üretilen eserler ve buluşlar için fikri mülkiyet haklarının nasıl tanımlanacağı da önemli bir konudur[26].

---

23 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi için bkz. https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf (s.e.t. 03.09.2024).

24 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (s.e.t. 10.09.2024).

25 Zafer Zeytin/ Eray Gençay, "Hukuk ve Yapay Zekâ: E- Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", TAÜHFD, 2019/1, ss. 39- 70, s. 40 vd.; Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Y. 9, TAAD, 2018, S. 35, ss. 211- 232; Atilla Kasap, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zekâ Varlıkları ve Hukuki Kişilik", TAÜHFD, 2022, S. 4(2), ss. 485- 555; Seda Kara- Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", YBHD, Y. 4, S. 2019/ 2, s. 363- 389; Atakan Adem Selanik, "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zeka Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi", Y. 13, TAAD, 2022, S. 50, ss. 335- 364; Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 7, S. 13, Haziran 2019, ss. 39-59, s. 47 vd.; Erdem Doğan, "Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ", TBB Dergisi, 2022 (158), ss. 213- 256, s. 217 vd.; Sarı, s. 257 vd; Gizem Özkan Şahin/ Çağatay Şahin, Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (1), 2022, ss. 110-128, s. 116 vd.

26 Barış Gözübüyük, "Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", C. 1, S. 1, KHM, 2021, ss. 54-81; Aras Özkan, "Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması", S. 164, TBB Dergisi 2023, ss. 207- 238.

Konunun sınırları içerisinde kalmak adına yapay zekanın hukuki statüsü ve sorumluluğuna yönelik tartışmalara aşağıda yer verilmiştir. Hukuki statü ve sorumluluk konusunun birbirinden ayrı ele alınması mümkün değildir. Nitekim yapay zekâ ürünü robotlara bir hukuki statü tanınması gerekip gerekmediği tartışmalarının temelinde bunların verdiği zararlardan kaynaklanan sorumluluğun nasıl belirleneceği sorusu yatmaktadır.

a. Yapay Zekanın Hukuki Statüsü

Mevcut hukuk sistemimizde kişilik ve ehliyet kavramlarının sınırları net bir şekilde bellidir. Kişi kavramı gerçek ve tüzel kişi olarak sınıflandırılmaktadır. Gerçek kişiler tam ve sağ doğumla hak ehliyeti kazanırlar. Doğan kişinin yaşama kabiliyetinin olmaması ya da doğum esnasında veya sonrasında meydana gelen bir durum sebebiyle kişinin hiç akli melekelerini kullanamayacak olması ya da hareket kabiliyetinden yoksun olması gibi sebepler hak ehliyetinin varlığını zedelemez. Hak ehliyeti ancak ölümle kaybedilir.

İnsan hayatının ve gücünün sınırlı olması, belli işlerin başarılabilmesi için insan ömrünü aşan sürede insan topluluklarının ya da mallarının varlığına ihtiyaç duyulması nedeniyle tüzel kişi kavramı gelişmiştir[27]. Ortak bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelen kişi ve mal topluluklarına da kişilik atfedilmiştir.

Tarihi sürece bakıldığında kişi ve sorumluluk kavramlarının dönüştüğü görülmektedir. Örnek olarak eski hukuk sistemlerinde kabul edilen kölelik, bugün modern hukuk sistemlerinde geçerli değildir. Dolayısıyla kişilik kavramı, çağın ihtiyaçları ve tercih edilen hukuk politikası doğrultusunda kanun koyucunun iradesiyle şekillenmektedir. Ancak hukukun temelini oluşturan bu kavramın kolaylıkla değiştirilmesi mümkün değildir. Nitekim bu yöndeki bir değişiklik tüm hukuk sistemini ilgilendirecektir.

Yapay zekanın geldiği nokta ise kişilik kavramının yeniden tartışılmasına yol açmıştır. Her ne kadar mevcut hukuk sistemimiz uyarınca robotlar eşya olarak kabul edilse de[28] bu kabulün yetersiz olduğunu ve bu alanda bir düzenleme ihtiyacı olduğunu savunan görüşlerin sayısı hiç de az değildir. Bu görüşlerin temel gerekçesi, öğrenme, kendini geliştirme ve otonom hareket etme yeteneği olan yapay zekâ ürünü robotların eşya kavramının ötesine geçtiği ve bunları sadece üzerinde hakimiyet kurulan ve maddi değeri olan varlıklar olarak tanımlamanın yetersiz kaldığı fikridir.

Yapay zekânın basit bir eşya gibi değerlendirilemeyeceğini ancak ona gerçek anlamda kişilik de atfedilemeyeceğini savunan görüş, kölelik görüşüdür. Nitekim Roma hukukunda köle eşya statüsündeydi, hukuki kişiliğe ve hak

---

[27] Doruk Gönen, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul 2011, s. 5 vd; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 259; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, 2024, s. 246 vd.; Mehmet Ayan/ Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 201 vd.; Süleyman Yılmaz, Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 160; Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 80.

[28] Bak, s. 217; Akkurt, s. 44; Mesut Serdar Çekin, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 48; Aras, s. 227.

ehliyetine sahip değildi[29]. Bununla birlikte günlük hayatta birçok faaliyette bulunabiliyordu ve vermiş olduğu zararlardan efendisi sorumluydu. Bu benzerliklerinden dolayı yapay zekaya, kölelik statü tanınabileceğini savunan bir görüş bulunmaktadır[30]. Ancak bu görüş hukukumuzda kabul görmemektedir. Nitekim modern hukukta kabul edilen müesseseleri kıyasen uygulayarak ya da yeniden düzenleyerek çözüm bulma imkânı varken artık kabul görmeyen, çağın gerisinde kalmış bir uygulamanın yeniden canlandırılarak yapay zekâya atfedilmesi kabul edilebilir değildir[31].

Yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş tüzel kişilik görüşüdür[32]. Böylece yapısal olarak gerçek kişi sayılamayacak yapay zekâ sistemlerine dernek veya şirketlere benzer bir statü tanınarak ve belli bir malvarlığı tahsis edilerek bir çözüm oluşturulması mümkündür.

Avrupa Parlamentosu ise yapay zekâya e-kişilik tanınması yönünde bir görüş yayınlamıştır[33]. Bu görüşe göre tüzel kişilik kavramının kabul edildiği gibi toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar gözetilerek e-kişilik kavramının da tanınması olasıdır. Böylece niteliklerine uygun hak ve yükümlülükler tanınarak hukuki kişilik ve sorumluluğa ilişkin meselelere çözüm getirilmesi mümkündür[34].

Bu başlık altında son olarak kısmi hak ehliyeti görüşünün ele alınması gerekmektedir[35]. Bu görüş, hukuken kişi olmakla hukukun öznesi olmak arasında bir ayrım yapmaktadır. Hukuken kişi olmaksızın hak ehliyetine sahip olunabileceğini savunmaktadır. Buna göre, otonom yapay zekâ sistemlerine tam bir kişilik vermek yerine, işlevlerine göre belli hak ve yükümlülükler tahsis ederek onları, hukukun bir öznesi haline getirmek mümkündür. Böylece temsil, adam çalıştıranın veya ifa yardımcısının sorumluluğuna ilişkin hükümler yapay zekâya uygulanabilecektir. Nitekim bu hükümlerin uygulanabilmesi için hak ehliyetli bir kişi gerekmekte ve mevcut durumda bu hükümlerin otonom sistemlere doğrudan uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir.

---

29 Selahattin Eren, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", MÜHF- HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, ss. 283- 322, s. 284; Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2024; Kıraç Adır, s. 57.

30 Bu görüşe yer verilen kaynaklar; Bak, s. 218; Kıraç Adır, s. 58; Elif Gizem Koç, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne Yönelik Yaklaşımlar ve Genel Bir Değerlendirme", Yapay Zekâ ve Hukuk (ed. Mustafa Aksu), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023, ss. 305- 333, s. 312; Seda Gayretli Aydın, Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 80; Aras, s. 228; Özkan Şahin/ Şahin, s. 118.

31 Kıraç Adır, s. 60; Bak, s. 218; Aras, s. 229.

32 Emre Bayamlıoğlu, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, (Ed. Mehmet Murat İnceoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 139. Ayrıca bkz, Kıraç Adır, s. 65; Bak, s. 219; Aras, s. 229.

33 27 Ocak 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu Raporu, Report with Recommendations to the Commission On Civil Law Rules On Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (s.e.t. 01.03.2025).

34 Şebnem Akipek Öcal, "Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği", Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, (Der. Erdem Büyüksağiş), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 7- 27, s. 26; Kıraç Adır, s. 75 vd.; Bak, s. 219; Aras, s. 230; Özkan Şahin/ Şahin, s. 120 vd; Gayretli Aydın, s. 84.

35 Ayrıntılar için bkz. Kıraç Adır, s. 68 vd.

Kanaatimizce yapay zekâya kendine özgü bir kişilik ve sorumluluk atfetmek yerine mevcut düzenlemelerin uygulanabilirliğini ele alarak kıyas yoluyla uygulanması mümkün olan hükümleri değerlendirmek ve ihtiyaç duyulan alanlarda yeni düzenlemeler yapmak gerekmektedir[36]. Aşağıda ayrıntılarıyla ele alınmış olan AB Yapay Zekâ Yasası değerlendirildiğinde, AB hukukunda da bu çözümün benimsendiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim, yapay zekâ sistemlerinde insan iradesi ve denetimi olmazsa olmaz unsurular olarak belirlenmiştir[37]. Dolayısıyla bu sistemler otonom olarak hareket edebilseler de son karar verici veya denetleyici olarak insan faktörünün varlığı devam etmektedir. İnsan merakının ve hırsının bir sonucu olarak insandan bağımsız olarak hareket edebilen bir yapay zekanın geliştirilmesi teknik olarak mümkün görünse de arzu edilmemektedir. Bu nedenle yasa koyucu bir taraftan yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesini teşvik ederken bir taraftan bunları üretenleri, piyasaya sürenleri ve kullananları sorumlu tutmaktadır. Kanaatimizce bu yaklaşım yerindedir. Aksi halde asla eskimeyen bir bilim kurgu konusu olan robotla insanın savaşında, insanın robota verdiği yetkiye dayanarak, robotun zaferi kaçınılmaz olacaktır.

b. Yapay Zekanın Sorumluluğu

Yapay zekanın sorumluluğunun belirlenmesinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki temsilcinin, yardımcı kişinin veya ifa yardımcısının sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıdır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere bu hükümlerin uygulanabilmesi için hak ehliyetine sahip bir kişi gerekmektedir. Bu nedenle yapay zekânın temsilci, yardımcı kişi veya ifa yardımcısı olarak kabulü mümkün değildir[38].

Avrupa Parlamentosu 2017 tarihli raporunda yapay zekâya elektronik kişilik tanınması yanı sıra özel bir tehlike sorumluluğu hali ihdas edilerek bir kusursuz sorumluluk düzenlenmesini önermiştir[39]. Bu görüş özellikle yapay zekanın otonom özelliklerinin artması sonucu öngörülemeyen davranışları dolayısıyla verdiği zararın bir insanla ilişkilendirilemediği durumlar için önemlidir. Yapay zekanın sebep olduğu zararların tazmininde, zararla yapay zekânın fiili ya da hareketsizliği arasında illiyet bağının ispatlanması sorumluluğun doğması için yeterli görülmektedir[40]. Bu görüş, raporun öngördüğü e-kişilik görüşü ile tutarlıdır. Hatta kanaatimizce yapay zekâ alanındaki teknolojik gelişmeler ve yapay zekânın gücü göz önünde bulundurulduğunda son derece yerindedir. Ancak yapay zekânın hukuki niteliğine ilişkin kısımda belirttiğimiz gibi böyle bir kabul yapay zekâya insandan bağımsız bir statü tanımak anlamına gelecektir ve bu beraberinde sadece farklı hukuki sorunları değil farklı bir dünya anlayışını getirecektir.

---

36 Bkz. Kıraç Adır, s. 93; Bak, s. 226 vd.

37 Bkz. Aşağı 5. g.

38 Erdem Büyüksağiş/ Elif Ceren Türkoğlu/ Onur Alptekin, "Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu", Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, (Der. Erdem Büyüksağiş), Oniki Levha Yayınları, İstabul 2022, ss. 57- 109, s.84.

39 27 Ocak 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu Raporu, Report with Recommendations to the Commission On Civil Law Rules On Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (s.e.t. 01.03.2025).

40 Bak, s. 224; Büyüksağiş/ Türkoğlu/ Alptekin, s. 89 vd.

Yapay zekânın vermiş olduğu zararlar sebebiyle sorumluluğu, niteliği uygun düştüğü ölçüde sözleşmesel sorumluluk, ürün sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak üretici ve zarar gören nadiren bir sözleşme ilişkisi içerisinde olacağı için sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması oldukça kısıtlı bir alanda olacaktır.

Yapay zekânın vermiş olduğu zararlarda öncelikle 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) göz önünde bulundurulmaktadır. Bir kusursuz sorumluluk hali olan ürün sorumluluğu, üreticinin hatalı ürünleri sebebiyle zarar görene karşı sorumlu olmasını ifade etmektedir[41]. ÜGTDK kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle yapay zekânın *ürün* olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir[42]. Ürün sorumluluğuna başvurabilmek için gereken diğer şart, ürünün hatalı olmasıdır. ÜGTDK m. 6, hata kavramını "*uygunsuzluk*" olarak ifade etmiştir[43]. Tersinden söylenecek olursa eğer ürün bir standarda göre *uygunsa*, sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu uygunsuzluğun, zarar gören davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak yapay zekâ üreticisinin sorumluluğunu belirlerken *hata/ uygunsuzluk* kavramına başvurmanın zorluğuna değinmek gerekmektedir. Bu zorluk, yapay zekânın karmaşık yapısı ile öğrenme ve kendini geliştirme becerisinden kaynaklanmaktadır[44]. Bu konuda bir düzenleme açığı olduğu aşikârdır[45]. AB Yapay Zekâ Yasasının öngördüğü standartların göz önünde bulundurulmasıyla bu açığın bir nebze olsun giderilmesi mümkün görünmektedir.

Üretici, ürün sorumluluğu hükümlerinin yanı sıra haksız fiil hükümlerine göre de sorumlu tutulabilecektir[46]. Nitekim ÜGTDK m. 6, diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerin saklı olduğunu açıkça belirtmiştir.

---

41 Çiğdem Kırca, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 14 vd.; Akın Ünal/ Akif Kalkan, Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler", TAAD, Y: 11, S. 39, Temmuz 2019, ss. 45-82; s. 50 vd.; Kıraç Adır, s. 104.

42 ÜGTDK m. 3/I (s) uyarınca ürün, her türlü maddeyi, müstahzarı ve eşyayı ifade eder. Dolayısıyla her türlü taşınır ve taşınmaz eşya ile edinmeye elverişli güçler ürün kapsamına girer. Cismani varlığa bürünmüş olan yapay zekânın ürün niteliğinde de herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Yazılımların ise ürün mü yoksa hizmet mi olduğu yönünde ise tartışmalar mevcuttur, bkz. Kıraç Adır, s. 120 vd; Gayretli Aydın, s. 214 vd; Gökçe Kurtulan Güner, "Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Meseleler", Ürün Sorumluluğu (Ed. Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, ss. 239-261, s. 243.

43 Kanunun bu yaklaşımı öğretide eleştirilmektedir, bkz. Kerem Cem Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi", Ürün Sorumluluğu (Ed. Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, ss. 57- 79, s. 60; Yeşim M. Atamer/ Gökçe Kurtulan Güner, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?" AÜHFD, Mayıs 2021, C. 70, S. 2, ss. 543-588, s. 559.

44 Kıraç Adır, s. 143.

45 Bkz. Kıraç Adır s. 146, *"...tamamen güvenli bir robotun üretilmesi şeklinde bir beklentinin haklı olmayacağını belirtmek gerekir. Bununla beraber yapay zekaya sahip robotlardaki haklı güvenlik beklentisinin seviyesi, geleneksel ürünlere kıyasla daha yüksek olacaktır ve olmalıdır. Yine de üreticinin bu alanda uyması gereken ilkelerin ve standartların ne olduğu belirsizdir*."

46 Kıraç Adır, s. 258 vd.

Dolayısıyla yapay zekâ üreticisi, TBK m. 49 uyarınca kusuruna bağlı olarak da sorumlu olabilecektir.

2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

Yapay zekanın teknik olarak geliştirilmesi ve kullanım alanının geniş kitlelere yayılması konusunda Amerika Birleşik Devletleri küresel liderlerden biridir. Google, Microsoft, Amazon ve IBM gibi şirketler, yapay zekâ araştırmalarına milyarlarca dolar yatırım yapmaktadır.

2019 yılında yayımlanan "*Amerikan Yapay Zekâ Girişimi (American AI Initiative)*", ülkenin yapay zekâ alanındaki liderliğini sürdürmesi için bir yol haritası belirlemiştir[47]. Bu girişim, federal hükümetin yapay zekâ araştırmalarını desteklemesi, yetenek gelişimini teşvik etmesi ve yapay zekâ teknolojilerinin güvenli ve etik bir şekilde geliştirilmesi için rehberlik sağlamayı amaçlamaktadır.

Teknik olarak gerçekleşen hızlı gelişmelerin aksine hukuk alanındaki düzenlemeler çok yavaş ve geriden gelmektedir. Yapay zekanın güvenilirliği ve hesap verebilirliği hukuki anlamda tartışmalara neden olmaktadır. Bununla birlikte, yapay zekanın kullanımına ilişkin bazı spesifik alanlarda düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, otonom araçlar, sağlık hizmetlerinde kullanılan yapay zekâ sistemleri ve finansal sektörlerdeki algoritmik ticaret gibi alanlarda bazı federal ve eyalet düzeyinde düzenlemeler mevcuttur[48].

Yapay zekanın hukuki düzenlenmesi konusunda dikkat çekici gelişmelerden biri, 2021 yılında Federal Ticaret Komisyonu'nun (FTC) yayımladığı "*Yapay Zekâ ve Algoritmik Karar Verme (AI and Algorithmic Decision-Making)*" kılavuzudur. Bu kılavuz, yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılması sırasında uyulması gereken etik ve yasal prensipleri belirlemektedir. FTC, bu alanda haksız ticaret uygulamalarını ve tüketici haklarının ihlalini önlemek için aktif bir rol üstlenmektedir.

Buna ek olarak, yapay zekanın insan haklarına, gizliliğe ve ayrımcılığa karşı koruma sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda artan bir farkındalık bulunmaktadır. Bu bağlamda, 2022 yılında yayımlanan "*Yapay Zekâ Haklar Bildirgesi Taslağı (Blueprint for an AI Bill of Rights)*" önemli bir adımdır[49]. Bu belge, YZ sistemlerinin kullanımında adalet, şeffaflık, güvenlik ve hesap verebilirlik ilkelerinin sağlanmasını önermektedir.

Görüldüğü üzere Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuki gelişmeler, teknolojiyi henüz yakalayamamıştır. Münferit alanlarda çoğunlukla etik ilkelere dayanan belli düzenlemeler yapılsa da yapay zekâ hukukunu düzenleyen genel ve kapsamlı bir yasa bulunmamaktadır.

---

[47] Bkz. Avrupa Parlementosu raporu, US approach to artificial intelligence, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/757605/EPRS_ATA(2024)757605_EN.pdf; American Artificial Intelligence Initiative: Year One Annual Report, https://www.nitrd.gov/nitrdgroups/images/c/c1/American-AI-Initiative-One-Year-Annual-Report.pdf (s.e.t. 10.09.2024).

[48] Blueprint For An AI Bill Of Rights, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf (s.e.t. 10.09.2024).

[49] Blueprint For An AI Bill Of Rights, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf (s.e.t. 10.09.2024).

3. Çin Hukuku

Yapay zekâ teknolojisinin gelişimine önemli yatırımlar yaparak dünya liderleri arasında adını zikrettiren bir düğer ülke de Çin'dir[50]. 2017 yılında yayımlanan "*Yeni Nesil Yapay Zekâ Geliştirme Planı" (A New Generation of Artificial Intelligence Development Plan)*[51], Çin'in yapay zekâ alanında küresel lider olma hedefini ortaya koymuştur. Plan öncelikle yapay zekâ gelişimini teşvik etmeye odaklanırken, aynı zamanda 2030 yılına kadar yapay zekâ yönetişim düzenlemelerinin geliştirilmesi için üst düzey bir zaman çizelgesi de ortaya koymaktadır. Bu strateji, yapay zekânın Çin'in ekonomik ve askeri gücünü artırmada kritik bir rol oynayacağını öngörmektedir.

Hukuksuz bir alanda teknolojinin geliştirilmesine odaklanmak ve geliştirilen bu teknolojiyi öncelikle toplumun zayıf kesimleri üzerinde denemek ve uygulamak birçok etik soru ve sorunu da beraberinde getirmiştir. Askeri alanda bu teknolojinin kullanılması ise hem ülke içinde hem de diğer ülkelerce tehdit olarak görülmüştür. Bunun üzerine Çin Hükümeti, yapay zekânın etik kullanımı konusunda bir adım atarak 2019 yılında "Yeni Nesil Yapay Zekâ için Yönetim İlkeleri: Sorumlu Yapay Zekâ Geliştirme" (Governance Principles for New Generation AI: Develop Responsıble Artificial Intelligence)[52] raporunu yayınlamıştır. MOST'a bağlı bir uzman komite tarafından yayınlanan belgede bağlı kalınması gerekliliği vurgulanan[53] sekiz ilke zikredilmiştir. Bu ilkeler, 'uyum ve samimiyet', 'hakkaniyet ve adalet', 'kapsayıcılık ve paylaşım', 'özel hayata saygı', 'gizlilik, güvenlik ve kontrol edilebilirlik', 'sorumluluğun paylaşılması', 'açık işbirliği' ve 'çevik yönetim' olarak ifade edilmiştir.

4. Birleşik Krallık Hukuku

Teknolojik olarak yapay zekanın gelişmesinde zikredilmesi gereken ülkelerden biri de Birleşik Krallık' tır. Alan Turing'in 1950 yılında yayınlanan çalışması ile yapay zekâ kapsamlı bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır[54]. 1980'lerde, bilgi teknolojileri ve bilgisayarların yaygınlaşmasıyla birlikte, ilk defa

---

50 Bkz., Sheehan, Matt, China's AI Regulations and How They Get Made, 2023, https://carnegieendowment.org/research/2023/07/chinas-ai-regulations-and-how-they-get-made?lang=en (s.e.t. 10.09.2024).

51 A New Generation of Artificial Intelligence Development Plan, https://digichina.stanford.edu/work/full-translation-chinas-new-generation-artificial-intelligence-development-plan-2017/ (s.e.t. 30.08.2024).

52 Governance Principles for New Generation AI: Develop Responsıble Artificial Intelligence, https://digichina.stanford.edu/work/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-for-responsible-ai/ (s.e.t. 30.08.2024).

53 "*Yapay zekanın küresel gelişimi, alanlar arası entegrasyon, insan-makine iş birliği ve sürü entegre zekâsı gibi yeni özellikler sunan yeni bir aşamaya girdi. Bu hem insan hayatını hem dünyayı derinden değiştiriyor. Yeni nesil yapay zekanın sağlıklı gelişimini desteklemek amacıyla; geliştirme ve yönetişim arasındaki ilişkiyi daha iyi koordine etmek, yapay zekanın emniyetli, güvenilir ve kontrol edilebilir olmasını sağlamak; ekonomik, sosyal ve ekolojik açıdan sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek ve insanlık için ortak kadere sahip bir topluluğu ortaklaşa inşa etmek için yapay zeka geliştirmeyle ilgili çeşitli taraflar aşağıdaki ilkelere bağlı kalmalıdır.*", bkz. Governance Principles' for 'Responsible AI, https://digichina.stanford.edu/work/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-for-responsible-ai/ (s.e.t. 30.08.2024).

54 Bkz. Yukarı B. Yapay Zekanın Gelişimi.

yazılım ve veri koruması gibi konularda hukuki düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, bu düzenlemeler YZ'yi doğrudan hedef almaktan ziyade, genel olarak dijital teknolojilere odaklanmıştır.

2010'lu yıllarda YZ'nin gelişimi hız kazanmıştır. Özellikle makine öğrenimi ve derin öğrenme gibi alanlardaki ilerlemeler, YZ'nin kullanım alanlarını genişletmiş ve birçok sektörde devrim yaratmıştır. Bu hızlı gelişim, hukuki düzenlemelerin de hızla güncellenmesini gerektirmiştir.

Birleşik Krallık'ta, 2018 yılında yürürlüğe giren "Veri Koruma Yasası (Data Protection Act)[55]" ve "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)[56]" bu alanda önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu yasalar, veri işleme süreçlerinin şeffaflığını ve bireylerin veri üzerindeki haklarını korumayı amaçlamıştır. Özellikle GDPR, yapay zekâ uygulamalarında kullanılan büyük verinin toplanması, işlenmesi ve saklanması ile ilgili katı kurallar getirmiştir. Bu durum, yapay zekanın etik kullanımı konusunda yeni standartlar oluşturmuştur.

Birleşik Krallık'ta, yapay zekanın hukuki çerçevesi, Brexit sonrasında da önemli bir konu olmaya devam etmiştir. 2020'li yıllarda, Birleşik Krallık hükümeti, yapay zekanın etik kullanımı ve düzenlenmesi konusunda daha bağımsız bir yol izleme kararı almıştır. 2021 yılında yayınlanan "National AI Strategy[57]" belgesi, Birleşik Krallık'ın yapay zekâ alanında lider bir ülke olma hedefini ortaya koymuştur. Bu strateji, yapay zekanın gelişimini teşvik ederken, aynı zamanda etik ve hukuki sorumlulukların da göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktadır.

5. AB Yapay Zekâ Yasası

Avrupa Komisyonu, 21 Nisan 2021'de yapay zekâ yasası için öneri sunarak olağan yasama sürecinin başlamasını sağladı. Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu arasında geçen üçlü müzakereler neticesinde 9 Aralık 2023 tarihinde Parlamento ve Konsey arasında geçici bir anlaşma sağlandı. Yasama süreci için gerekli diğer onayların sağlanmasının ardından düzeltilmiş nihai metin 19 Nisan 2024 tarihinde yayınlandı. 21 Mayıs 2024 tarihinde Avrupa Konsey'i tarafından kabul edilen Yapay Zekâ Yasası 12 Temmuz 2024 tarihinde AB Resmî gazetesinde yayınlandı[58].

Bu düzenleme, yapay zekâ alanında dünya çapında hazırlanan ilk kapsamlı yasa olması nedeniyle önemlidir. Düzenlemenin hukuki temelini, iç pazarın işleyişini sağlamak amacıyla Avrupa Birliği'ne hukuk birliğini sağlama yetkisi veren m. 114 AEUV'dir. M. 288 AEUV'ye göre düzenleme, tüm üye devletlerde doğrudan geçerlidir. Düzenleme metinleri fazla ayrıntılı değildir. Böylece üye

---

[55] Bkz. Data Protection Act 2018, https://ico.org.uk/media/2614158/ico-introduction-to-the-data-protection-bill.pdf (s.e.t. 10.09.2024).

[56] Bkz. General Data Protection Regulation, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj (s.e.t. 01.10.2024).

[57] Bkz. National AI Strategy, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/614db4d1e90e077a2cbdf3c4/National_AI_Strategy_-_PDF_version.pdf (01.10.2024).

[58] Yapay Zekâ Hakkında Uyumlaştırılmış Kurallar Getiren ve Bazı Birlik Yasama Tasarruflarını Değiştiren (AB) 2024/1689 sayılı Tüzük, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (s.e.t. 17.08.2024).

devletlere düzenlemenin hedefine aykırı olmadığı sürece kendi önlemlerini alma konusunda yeterli esneklik tanınmıştır.

a. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nın İçeriği

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası 12 Temmuz 2024 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası 13 bölüm, 113 madde ve 13 ek belgeden oluşmaktadır. Yasanın birinci bölümünü oluşturan ilk dört maddesinde genel hükümler düzenlenmiştir. Tek maddelik ikinci bölüm, yapay zekâ uygulamalarını ihtiva etmektedir (m. 5). Üçüncü bölümde yüksek riskli yapay zekâ uygulamaları hüküm altına alınmıştır. Yüksek riskli yapay zekâ uygulamalarının sınıflandırılması (m. 6-7), yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için gereklilikler (m. 8- 15), yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları ve kullanıcılarının yükümlülükleri ve diğer kişiler (m. 16- 27), bildirim yapan yetkililer ve organlar (m. 28- 39), standartlar, uygunluk değerlendirmeleri, sertifikalar ve tescil (m. 40- 49) ile ilgili düzenlemeler bu bölümde yer almaktadır.

Yasanın dördüncü bölümünde tek maddede (m. 50) belirli yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları ve yayınlayıcıları için şeffaflık yükümlülükleri hüküm altına alınmıştır. Genel amaçlı yapay zekâ modellerine beşinci bölümde yer verilmiştir. Bu bölüm altında sınıflandırma kuralları (m. 51- 52), genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcılarının yükümlülükleri (m. 53- 54), sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcılarının yükümlülükleri (m. 55) ve uygulama kuralları (m. 56) düzenlenmiştir.

Yasanın altıncı bölümü inovasyonu destekleyen önlemleri açıklamaktadır (m. 57- 63). Avrupa Birliği ve üye ülkelerde oluşturulacak idari teşkilat yedinci bölümde belirtilmiştir (m. 64-70).

Sekizinci bölümde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için veri tabanı (m. 71), dokuzuncu bölümde ise piyasaya sürüm sonrası izleme, bilgi alışverişi ve pazar gözetimi (m. 72- 94) düzenlenmiştir. Onuncu bölüm davranış kurallarını (m. 95- 96), on birinci bölüm yetki devri ve komite prosedürlerini (m. 97- 98), on ikinci bölüm cezaları (m. 99- 101) ve nihayetinde on üçüncü bölüm son hükümleri düzenleme altına almıştır (m. 102- 113).

Genel yapı ve metinlerinden anlaşıldığı üzere yasa, ürün güvenliği standartlarının ilkelerine dayandırılmıştır.

Düzenlemenin amacı ve dayandığı ilkeler şu şekilde ifade edilebilir[59]; yeknesak bir düzenleme ile iç pazarın işleyişinin iyileştirilmesi; birlik değerlerine uygun olarak insan merkezli ve güvenilir yapay zekanın benimsenmesinin teşvik edilmesi; sağlık, güvenlik ve diğer temel hakların temel düzeyde korunmasının

---

[59] Gerekçe madde 1, "*Bu düzenlemenin amacı, özellikle yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi, piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması ve kullanılmasına yönelik tek tip bir yasal çerçeve oluşturarak iç pazarın işleyişini iyileştirmektir. Birlik, Birlik değerlerine uygun olarak, insan merkezli ve güvenilir yapay zekanın benimsenmesini teşvik ederken, aynı zamanda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan sağlık, güvenlik ve temel hakların yüksek düzeyde korunmasını sağlar. Bu düzenleme, yapay zekâ tabanlı mal ve hizmetlerin sınır ötesi serbest dolaşımını sağlar ve böylece Üye Devletlerin, bu Yönetmelik tarafından açıkça izin verilmediği sürece, yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi, pazarlanması ve kullanımına kısıtlamalar getirmesini engeller.*", https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (s.e.t. 19.08.2024).

sağlanması; yapay zeka tabanlı mal ve hizmetlerin sınır ötesi serbest dolaşımının sağlanması ve düzenleme ile açıkça yasaklanmış durumlar dışında yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi, pazarlanması ve kullanımına kısıtlamalar getirilmesinin engellenmesi.

Gerekçe m. 27 de Yüksek Düzeyde Uzman Grubu'nun güvenilir ve etik açıdan sağlam bir yapay zekanın sağlanmasına yardımcı olmayı amaçlayan, bağlayıcı olmayan yedi etik ilke geliştirdiği belirtilmiştir. Bu yedi ilke, insan iradesi ve gözetimi[60]; teknik sağlamlık ve güvenlik; gizlilik ve veri yönetimi; şeffaflık; çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet; toplumsal ve çevresel refah ve hesap verebilirliği içerir. Her ne kadar bu ilkelerin bağlayıcı olmadığı ifade edilse de yapay zekanın üretilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.

Yasa, katı bir hukuki çerçeve sunmak yerine esas olarak yapay zekâ sistemlerinin ve çok amaçlı yapay zekanın ürün güvenliğine odaklanarak, risk bazlı bir yaklaşım benimsemektedir. Özellikle temel haklar ve korunmaya ihtiyaç duyan hukuki değerler açısından yüksek risk faktörü taşıyan yapay zekâ sistemlerine yönelik daha sıkı düzenlemeler getirilmesine önem verilmiştir.

b. Konu Bakımından Uygulanması

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası m. 1'de yasanın yapay zekâ sistemleri için geçerli olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla "yapay zekâ sistemi" kavramının netlik kazanması önem arz etmektedir.

(1) Yapay Zekâ Sistemleri

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nın konu bakımından sınırları, yapay zekâ sistemi olarak kabul edilen yazılımlar için uygulanacak şekilde çizilmiştir. Bu kavram içine dahil edilmeyen diğer yazılım ve makineler için bu yasa uygulanmayacaktır. Ancak en baştan kabul etmek gerekir ki bu kadar hızlı gelişen bu teknolojide bunun sınırını çizmek pek de kolay değildir[61].

Yapay Zekâ Yasası'nın 3. Maddesinin 1. bendinde yapay zekâ sistemi, "*farklı derecelerde özerklikle çalışacak şekilde tasarlanmış, konuşlandırıldıktan sonra adaptasyon gösterebilen ve aldığı girdilerden fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılar üretmeyi öğrenen makine tabanlı bir sistem*" olarak tanımlanmıştır.

Gerekçede yapay zekâ sistemlerinin temel özellikleri daha detaylı bir şekilde ele alınmıştır[62]. Buna göre yapay zekâ sistemlerinin temel özelliği, *çıkarım*

---

60 Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin üretilmesinde dikkate alınan bu ilkeye aşağıda daha ayrıntılı yer verilmiştir, bkz.

61 Bu durum gerekçe m. 12'de ifade edilmiştir. Buna göre, *"... bu alanın hızlı teknolojik gelişmelerine uyum sağlayacak esneklik de sağlanmalıdır. Ayrıca, tanım, yapay zekâ sistemlerini daha basit geleneksel yazılım sistemlerinden veya programlama yaklaşımlarından ayıran temel özelliklere dayanmalı ve yalnızca gerçek kişiler tarafından tanımlanan kurallara dayalı olarak işlemleri otomatik olarak gerçekleştiren sistemleri kapsamamalıdır."*, bkz., https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (s.e.t. 19.08.2024).

62 Bkz. Gerekçe m. 12, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (s.e.t. 30.08.2024).

yapma yeteneğidir[63]. Bu çıkarım yapma yeteneği, tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılar elde etme sürecini ve yapay zekâ sistemlerinin girdilerden veya verilerden modeller ya da algoritmalar türetme yeteneğini ifade eder.

Yapay zekâ sisteminin bir diğer özelliği *özerklik/bağımsızlıktır*. Buna göre yapay zekâ sistemleri, insan müdahalesinden bağımsız bazı eylemler gerçekleştirme ve insan müdahalesi olmaksızın çalışma yeteneklerine sahip olma anlamında farklı düzeylerde özerklikle çalışmak üzere tasarlanmış olmalıdır.

Bir yazılımın yapay zekâ olarak kabul edilebilmesi için aranan diğer bir nitelik *uyarlanabilirliktir*. Bir yapay zekâ sisteminin dağıtımdan sonra gösterebileceği uyarlanabilirlik, sistemin kullanım sırasında değişmesine olanak tanıyan, kendi kendine öğrenme yeteneklerini ifade eder.

Son olarak yapay zekâ sisteminin bir ürünün fiziksel olarak içine entegre edilip edilmediği önem taşımamaktadır. Yapay zekâ sistemi, bağımsız bir ürün olarak kullanılabileceği fiziksel olarak başka bir ürünün içine entegre edilmesi de mümkündür.

(2) İstisnalar

Konu bakımından uygulama alanı iki hususta sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki sadece askeri ve ulusal güvenlik alanında kullanılan yapay zekâ sistemleri, hangi organizasyon tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin uygulama alanı dışındadır[64]. Bununla birlikte, askeri, savunma veya ulusal güvenlik amaçları için geliştirilen, piyasaya sürülen, hizmete sunulan veya kullanılan bir yapay zekâ sistemi geçici veya kalıcı olarak bu amaçlar dışında, örneğin sivil veya insani amaçlar, kolluk kuvvetleri veya kamu güvenliği gibi başka amaçlarla kullanıldığında, bu tür bir sistem bu Düzenleme kapsamında yer alacaktır[65].

İkinci olarak da bir yapay zekâ sistemi sadece bilimsel araştırma ve geliştirme amaçlı kullanılıyorsa bu düzenleme kapsamı dışında olacaktır. Bu istisnanın amacı yasanın, bilimsel gelişmelerin önünü kapatmamasıdır ve iki boyutu vardır[66]. İlki sadece bilimsel araştırma ve geliştirme amacıyla özel olarak

---

63 Yapay zekâ sistemi oluştururken çıkarım yapmayı sağlayan teknikler, belirli hedeflere nasıl ulaşılacağını verilerden öğrenen makine öğrenme yaklaşımlarını ve çözülecek görevin şifrelenmiş bilgi veya sembolik temsilinden çıkarım yapan mantık ve bilgi tabanlı yaklaşımları içerir. Yapay zekâ sisteminin çıkarım yapma kapasitesi, öğrenme, akıl yürütme veya modelleme yeteneklerini mümkün kılarak temel veri işleme işlemlerini aşar.

64 "*Askeri ve savunma amaçları açısından, bu istisna hem TEU'nun (Avrupa Birliği Antlaşması) 4(2) maddesi hem de TEU'nun Başlık V, Bölüm 2'de ele alınan Üye Devletlerin ve ortak Birlik savunma politikasının kamu uluslararası hukukuna tabi olmasından dolayı haklıdır. Bu nedenle, ölümcül güç kullanımı ve askeri ile savunma faaliyetleri bağlamında yapay zekâ sistemlerinin düzenlenmesi için daha uygun yasal çerçeve kamu uluslararası hukukudur.*", bkz. gerekçe m. 24, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (s.e.t. 19.08.2024).

65 "*Bu durumda, askeri, savunma veya ulusal güvenlik dışındaki amaçlarla yapay zekâ sistemini kullanan kuruluş, bu sistemin bu Düzenleme ile uyumlu olmasını sağlamalıdır.*", bkz. Gerekçe m. 24.

66 "Bu istisna, bu düzenleme kapsamına giren bir yapay zekâ sisteminin, bu tür araştırma ve geliştirme faaliyetleri sonucunda piyasaya sürülmesi veya hizmete sunulması durumunda bu Yönetmeliğe uyma yükümlülüğüne ve yapay zekâ düzenleyici kum

geliştirilen ve hizmete sunulan yapay zekâ sistemlerinin bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulmasıdır. İkincisi ise henüz piyasaya sürülmemiş ürün odaklı araştırma, test ve geliştirme faaliyetleri aşamasında olan sistem ve modeller de düzenlemenin uygulama alanı dışında kalacaktır.

c. Kişi bakımından uygulanması

Yapay Zekâ Yasası'nın ikinci maddesinde Yasa'nın kişi bakımından uygulama alanı düzenlenmektedir. Buna göre Yapay Zekâ Yasası, etkilenen kişilerle[67] yapay zekâ sistemlerini piyasaya süren veya hizmete sunan sağlayıcılar, dağıtıcılar, ithalatçılar, distribütörler, ürün üreticileri[68] arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanır.

Yapay Zekâ Yasası m. 3 b. 3' e göre sağlayıcı, "*bir yapay zekâ sistemi veya genel amaçlı bir yapay zekâ modeli geliştiren ya da geliştirilmesini sağlayan ve bu yapay zekâ sistemini veya genel amaçlı yapay zekâ modelini kendi adı veya ticari markası altında, ücretli veya ücretsiz olarak piyasaya süren veya hizmete sunan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya diğer bir kuruluş*" anlamına gelmektedir.

Dağıtıcı ise "*yapay zekâ sisteminin profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet sırasında kullanıldığı durumlar dışında, kendi yetkisi altında bir yapay zekâ sistemi kullanan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, kurum veya başka bir kuruluş*" olarak ifade edilmektedir (m. 3 b.4).

Birlik dışında bir ülkede bulunan gerçek veya tüzel kişinin adını veya ticari markasını taşıyan bir yapay zekâ sistemini piyasaya süren gerçek veya tüzel kişi ithalatçı olarak tanımlanmakta ve sorumlu tutulmaktadır. Sağlayıcı ve ithalatçı dışında kalan ancak yine de birlik pazarında bir yapay zekâ sistemini kullanıma sunarak tedarik zinciri içinde yer alan gerçek veya tüzel kişiler distribütör olarak sorumlu tutulmuştur.

d. Yer Bakımından Uygulama Alanı

Yasa, kural olarak AB sınırları içinde gerçekleşen hak ihlallerinde uygulanır. Ancak *sağlayıcıların ve dağıtıcıların* AB ülkesinde ya da üçüncü bir ülkede yerleşik olup olmamaları fark etmemektedir. Buna göre bir yapay zekâ

---

havuzlarına ve gerçek dünya koşullarında test yapılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasına halel getirmez. Ayrıca, yalnızca bilimsel araştırma ve geliştirme amacıyla özel olarak geliştirilen ve hizmete sunulan yapay zekâ sistemlerinin kapsam dışında tutulmasına halel getirmeksizin, herhangi bir araştırma ve geliştirme faaliyeti için kullanılabilecek diğer yapay zekâ sistemleri bu Yönetmeliğin hükümlerine tabi olmalıdır. Her durumda, her türlü araştırma ve geliştirme faaliyeti, bilimsel araştırmalar için tanınmış etik ve profesyonel standartlara uygun olarak yürütülmeli ve geçerli Birlik hukukuna uygun olarak gerçekleştirilmelidir.", bkz. Gerekçe m. 25, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj (19.08.2024).

67 Bir üst başlıkta açıklandığı üzere yapay zekâ sisteminin özelliği, fiziksel veya sanal ortamı etkileyebilecek tahminler, içerikler, öneriler ve kararlar gibi çıktılar üretmesidir. Yasal sınırların dışında bir etki söz konusu olduğunda Yasa uygulama alanı bulacaktır.

68 Yasa m. 2/ I, (g) uyarınca, ürün üreticileri (product manufacturers), ürünleriyle birlikte bir yapay zekâ sistemini kendi adı veya ticari markası altında piyasaya süren veya hizmete sunan kişilerdir.

sistemi ya da genel amaçlı yapay zekâ modellerini Birlik içinde piyasaya süren sağlayıcıların ve dağıtıcıların, Birlik içinde yerleşik olup olmadıklarına bakılmaksızın, yasa uygulanacaktır[69].

Birlik içinde kurulmamış olan sağlayıcıların yetkili temsilcileri de kapsam içine alınmıştır (m. 2/ I (f)).

e. Zaman bakımından uygulanması

Yapay Zekâ Yasası m. 113'de Yasa'nın yürürlüğe giriş zamanı kademeli bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Yasa, Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmasını takip eden yirminci günde yürürlüğe girer. 12 Temmuz 2024 tarihinde yayınlanan Yasa, 2 Ağustos 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Ağustos 2026 tarihinden itibaren geçerli olacaktır.

Genel hükümler ve Yapay Zekâ Uygulamalarını içeren ilk iki bölümün 2 Şubat 2025 tarihinden itibaren geçerli olacağı belirtilmiştir. Üç, dört, beş, yedi ve on ikinci bölümlerin geçerliliği (78. ve 101. maddeler hariç) ise 2 Ağustos 2025 tarihine ertelenmiştir. Bu bir yıllık süre içinde üye devletlerin gerekli 'Genel Kullanım Amaçlı Yapay Zekâ' konusunda gerekli uyumlamaları yapmaları idari yapıyı kurmaları beklenmektedir.

Yasanın, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için getirilmiş olan altıncı maddesinin birinci fıkrası ve ilgili yükümlülüklerin ise 2 Ağustos 2027 tarihinden itibaren geçerli olacağı ifade edilmiştir.

f. Risk Temelli Yaklaşım

Yapay zekâ sistemlerinin özerk bir şekilde gelişimi, makine öğrenmesi yöntemleriyle öngörülemeyen sonuçlara ve kontrolsüz bir yapay zekâ gelişimine yol açabilir. Bu nedenle yukarıda üzerinde durulduğu gibi Yapay Zekâ Yasası'nın tartışılmaya başlandığı ilk zamandan itibaren temel hakların korunması ve inovasyonun teşvik edilmesi arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır[70]. Bunun temini adına Yapay Zekâ Yasası'nda yapay zekâ sistemlerinin kullanılabilir olmasının belirlenmesinde risk temelli bir yaklaşım benimsenmiştir[71]. Buna göre yapay zekâ sistemleri yasaklanan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri ve genel kullanım amaçlı yapay zekâ modelleri olarak sınıflandırılmıştır[72]. Risk seviyesi arttıkça yükümlülük ve sorumluluklar da artmaktadır.

---

69 Yasa koyucu Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliğinde olduğu gibi burada da egziteritoryal bir yaklaşım benimseyerek AB düzenlemelerinin Birlik sınırları dışında da geçerli olmasını, en azından dikkate alınmasını sağlamıştır. Böylece Yapay Zekâ Yasası uluslararası düzlemde tüm sağlayıcılar ve dağıtıcılar tarafından göz önünde bulundurulacaktır.

70 Yapay Zekâ Yasası'nın kabul edildiği son halinde bu dengenin inovasyonun teşvik edilmesi lehine bozulduğu yönünde eleştiri için bkz. Dienes, s. 457.

71 Aksu, s. 16; Gayretli Aydın, s. 55 vd; Aksoy, s. 219 vd.

72 Başka bir ayrıma göre yasaklanan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, sınırlı risk taşıyan yapay zekâ sistemleri ve minimum risk taşıyan yapay zekâ sistemlerinden bahsetmek de mümkündür. Minimum risk taşıyan yapay zekâ sistemleri, e-posta spam filtreleri veya video oyunları gibi herhangi bir risk

(1) Yasaklanan Yapay Zekâ Sistemleri

Yapay Zekâ Yasası m. 5 yasaklanan uygulamaları düzenlemektedir. Yasaklanan uygulamaların başında kişiyi manipüle ederek bilinçli karar verme yetisini önemli ölçüde bozabilecek, bilinçaltı teknikler uygulayan ve bu sebeple kendisine veya başkalarına zarar vermesine yol açabilecek uygulamalar gelmektedir[73]. Bunların piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması ve kullanılması yasaktır.

Bir kişi veya grubun yaşları, engellilikleri veya belirli sosyal veya ekonomik durumları nedeniyle zayıf noktalarından yararlanan bir yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması veya kullanılması yasaktır.

Ayrıca yasada belirtilen istisnai haller dışında[74] kolluk kuvvetlerinin amaçları doğrultusunda kamuya açık alanlarda 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasaklar arasında yalnız profil oluşturma veya bireysel özelliklerin değerlendirilmesine dayanarak bir kişinin suç işleyip işlemeyeceğini öngörmeye yönelik risk değerlendirmesi yapmak da bulunmaktadır. Ancak bu tür değerlendirmelerin objektif ve kanıtlanabilir gerçeklere dayandığı durumlarda, bir kişinin suçlu olup olmadığını değerlendirmek için insan kararını destekleyen yapay zekâ sistemleri için istisna yapılmıştır. Yüz görüntülerinin internetten veya gözetim kayıtlarından izinsiz şekilde okunması ve bu verilerin veri tabanlarının oluşturulması veya genişletilmesi amacıyla kullanılması yasaktır. Eğitim kurumları ve iş yerlerinde yapay zekâ sistemleriyle duygu tanıma da yasaklanmıştır. Ancak bu sistemlerin tıbbi ve güvenlik amaçlı kullanımı bu yasaktan muaf tutulmuştur. Ayrıca cinsel yönelim, siyasi görüş, dini inanç veya ırk gibi kişisel bilgileri biyometrik verilerle kategorize etmeyi amaçlayan biyometrik sınıflandırma sistemleri de yasaklanmıştır. Bu yasaktan sadece ceza hukuku düzenlemelerine uygun şekilde elde edilmiş olan biyometrik veriler muaf tutulmuştur.

(2) Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri Yapay Zekâ Yasası m. 6 vd. da düzenlenmiştir. Bunlar "*riskli*" ve temel haklar açısından hassas olarak

---

taşımaz. Bu nedenler Yasa'nın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Sınırlı risk taşıyan yapay zekâ sistemlere ise özellikle şeffaflık eksikliği nedeniyle manipülasyon riski taşıyan chatbotlar ve deepfake gibi teknolojiler örnek olarak gösterilebilir. Bunlara ilişkin yükümlülükler Yapay Zekâ Yasası m. 50 vd. da düzenlenmiştir. Sağlayıcılar, doğal kişilerin bir yapay zekâ sistemiyle doğrudan etkileşimde bulundukları konusunda bilgilendirilmelerini sağlamakla yükümlülerdir.

[73] Frank Justus/ Heine Maurice, "KI-Einsatz im Betrieb unter der KI-Verordnung", NZA 2023, ss. 1281- 1285, s. 1282.

[74] Bu teknolojinin kullanılmasının kesinlikle gerekli olması, belirli suçların mağdurlarının bulunması, kişilerin hayat ve sağlığına yönelik acil tehlikelerin önlenmesi ve terör saldırıları veya belirli eşikleri aşan suçların soruşturulması için önceden izin alınarak ve orantılı bir şekilde kullanılması mümkündür. Acil durumlarda önceden izin alınmadan da bu teknoloji kullanılabilir bkz. Yapay Zekâ Yasası m. 5 /I (h), II).

sınıflandırılan sistemlerdir[75]. Belli oyuncaklar, araçlar ve tıbbi cihazlar bu kategoride yer almaktadır[76]. Bu nedenle özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.

Yüksek riskli yapay zekâ sistemi, bir ürün veya güvenlik bileşeni olarak Yapay Zekâ Yasası'nın Ek I' inde belirtilen AB'nin uyumlaştırma düzenlemelerine tabi olan ve piyasaya sürülmesi veya işletmeye alınması açısından üçüncü taraflarca uyumluluk değerlendirmesine tabi tutulması gereken bir sistemi ifade eder (Yapay Zekâ Yasası m. 6/I). Ayrıca, Yapay Zekâ Yasası'nın Ek III' ünde belirtilen sistemler[77], örneğin kritik dijital altyapıların yönetimi ve işletimi çerçevesinde kullanılan yapay zekâ sistemleri de bu kapsama girer (Yapay Zekâ Yasası m. 6/II). Ancak, "sağlık, güvenlik veya gerçek kişilerin temel hakları üzerinde önemli bir risk oluşturmayan" yapay zekâ sistemleri bu kapsama girmez (Yapay Zekâ Yasası m. 6/III).

Komisyon, belirli şartlar altında Yapay Zekâ Yasası Ek III' teki listeyi düzenleyebilir ve güncelleyebilir (Yapay Zekâ Yasası m. 7). Ayrıca, Komisyon Yapay Zekâ Yasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 18 ay içinde, bunların "pratik uygulamasına ilişkin yönergeler" yayımlamalıdır (Yapay Zekâ Yasası m. 6/ V).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için özel yükümlülükler öngörülmüştür. Bunlardan biri de insan denetimidir. Yapay Zekâ Yasası m. 14 /I'e göre, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, sağlayıcı tarafından kullanımları sırasında işletmeci tarafından atanan bir gerçek kişi tarafından etkili bir şekilde denetlenebilecek şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir.

g. İnsan İradesi ve Denetimi

Yapay zekâ sistemlerinin insan iradesi ve denetimine dayanması gerekliliği, Yapay Zekâ Yasası'nın zikrettiği yedi temel ilkeden bir tanesidir[78]. Bu ilkeler bağlayıcı olmamakla birlikte normların yorumlanmasında merkezi bir rol oynamaktadır[79].

Yasa, yapay zekanın insan denetimi altında faaliyet göstermesini öngörmektedir. İnsan ahlaki olarak bilinç ve sorumluluk sahibidir. Bu bağlamda

---

75 Daniel Ashkar/ Christian Schröder, "Das Gesetz über künstliche Intelligenz der Europäischen Union (KI- Verordnung)", Betriebs Berater, S. 15, Y. 2024, ss. 771-779, s. 773; Dienes, s. 457.

76 Dienes, s. 457.

77 Yapay Zeka Yasası Ek III'te belirtilen yüksek riskli sistemlerden bazıları şunlardır; "uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri", "duygu tanıma amacıyla kullanılacak yapay zeka sistemleri", "eğitim ve mesleki eğitimde kullanılacak kişilerin eğitim kurumlarına giriş veya kabulünü belirlemek ya da onları bu kurumlara atamak için kullanılacak yapay zeka sistemleri, öğrenme sonuçlarını değerlendirmek için kullanılacak yapay zeka sistemleri", "istihdam, iş yönetimi ve serbest meslek alanında kişilerin işe alınması veya seçimi amacıyla kullanılacak yapay zeka sistemleri, Çalışma ilişkileri ile ilgili sözleşmelerin koşullarını, terfii veya sona erdirilmesini etkileyen kararlar almak için kullanılacak yapay zeka sistemleri; görevlerin bireysel davranışlara veya kişisel özelliklere göre atanması ya da bu tür ilişkilerdeki kişilerin performansını ve davranışlarını izlemek ve değerlendirmek amacıyla kullanılacak yapay zeka sistemleri."

78 Bkz. yukarı 5. a)

79 Dienes, s. 457.

özgür irade, akıl ve sorumluluk insani davranışlarla ilgili kavramlardır. Bunun sonucu olarak da bir insan davranışının sonucu ona atfedilebilmektedir. Yapay zekada ise böyle bir yeti yoktur. Bu nedenle teknolojinin geliştirilmesinde insanın karar verici olarak konumuna ve onun sorumluluğuna önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

İnsan iradesinin gözetilmesi ile bir yapay zekâ sisteminin insan özerkliğini zayıflatmaması veya bu özerkliğe olumsuz bir etkide bulunmaması kastedilmektedir[80]. Yapay zekâ sistemleri, insan özerkliği ve karar verme sürecine hizmet etmelidir. Yapay zekâ sistemlerini kullanan kişilerin, bilgilendirilmiş kararlar alabilmesi ve bu sistemlerle etkileşim kurmak için gerekli bilgi ve kaynakları edinmeleri beklenir[81]. Ayrıca kullanıcıların, yapay zekâ sistemini uygun bir şekilde değerlendirme ve ona karşı çıkma imkanına sahip olmaları gerekir.

h. Sağlayıcı ve İşletmecilerin Yükümlülükleri

Yüksek riskli yapay zekâ sağlayıcıları öncelikle yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin teknik gerekliliklerine uygunluğu sağlamakla yükümlülerdir. Bunun yanı sıra sağlayıcılar, kalite yönetim sistemi (QMS) uygulamalıdır. Yasada öngörülen belgeleri[82] 10 yıl süreyle saklama yükümlülükleri vardır.

Sağlayıcılar, yetkili ulusal makamların talebi üzerine, sistemin yasal gerekliliklerini yerine getirdiğini kanıtlamak zorundalardır.

İşletmeciler, sistemlerin sağlayıcılar tarafından belirlenen şartlara uygun olarak kullanılmasını sağlamak için uygun teknik önlemleri almakla yükümlüdür. Bununla birlikte insan denetimini sağlamak için nitelikli kişileri atamakla yükümlülerdir. Bu kişiler, sistemi uygun şekilde izleme ve gerektiğinde müdahale etme becerisine sahip olmalıdır. İşletmeciler ayrıca yapay zekâ sistemlerine girilen verilerin belirlenen amaca hizmet ettiğinden emin olmalıdır. Bir riskin tespit edilmesi durumunda işletmeciler derhal sağlayıcıyı ve ilgili piyasa denetim otoritesini bilgilendirmeli ve gerekiyorsa sistemin durdurulmasını sağlamalıdır. İşletmecilerin bir diğer yükümlülüğü oluşturulan protokollerin en az altı ay süreyle saklanmasını sağlamaktır. Son olarak bir yapay zekâ sistemini iş yerinde kullanımından önce, orada çalışanların bilgilendirilmesi gerekmektedir.

İ. Genel Kullanım Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri

Genel amaçlı yapay zekâ modeli, Yapay Zekâ Yasası'nın 3. maddesinin 63. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, "*genel amaçlı yapay zekâ modeli, büyük miktarda veriyle geniş ölçekte kendiliğinden denetim kullanılarak eğitilmiş olan bir yapay zekâ modelini ifade eder. Bu model, piyasaya nasıl sunulduğuna bakılmaksızın önemli bir genellik sergiler ve çok çeşitli farklı görevleri yetkin bir şekilde yerine getirebilir. Ayrıca, bu tür modeller farklı sistemlere veya uygulamalara entegre edilebilir. Ancak bu tanım,*

---

80 Dienes, s. 458; Frank/ Heine, s. 1284.

81 Frank/ Heine, s. 1284.

82 Bu belgeler arasında m. 11'de zikredilen teknik dokümanlar, QMS belgeleri ve AB uygunluk beyanı yer almaktadır.

piyasaya sürülmeden önce araştırma, geliştirme veya prototip oluşturma faaliyetlerinde kullanılan yapay zekâ modellerini kapsamaz."

Genel amaçlı yapay zekâ sistemi ise 3. maddenin 66. fıkrasında "*bir genel amaçlı yapay zekâ modeline dayanan ve hem doğrudan kullanım için hem de diğer yapay zekâ sistemlerine entegrasyon için çeşitli amaçlara hizmet edebilme kapasitesine sahip bir yapay zekâ sistemi*[83]" olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla böyle bir sistem bağımsız olarak kullanılabilir veya başka bir sisteme entegre edilebilir.

Genel kullanım amaçlı yapay zekâ modellerinde sağlayıcılara yönelik yükümlülükler öngörülmüştür (Yapay Zekâ Yasası m. 53 vd.). Genel amaçlı yapay zeka modelleri sağlayıcıları için öngörülen temel yükümlülük, modelin halka açık olmayan teknik dokümantasyonunu oluşturmak ve güncellemektir. Bu doküman, modelin eğitim, test ve değerlendirme süreçleri ile değerlendirme sonuçlarına dair bilgileri içermelidir. Sağlanması gereken bilgiler arasında modelin görev tanımı, lisans koşulları, yayınlanma tarihi, eğitim yöntemleri ve modelin yapay zekâ sistemlerine entegrasyonu için kullanım kılavuzları yer alır[84]. Üçüncü ülkelerdeki sağlayıcılar genel kullanım amaçlı yapay zekâ modelini piyasaya sürmeden önce, AB'de yerleşik bir temsilci atamak zorundalardır. Bu temsilcinin rolü, sağlayıcı adına AI-Office[85] ile iş birliği yaparak Avrupa makamlarıyla iletişimi sağlamaktır.

Sistemik bir risk[86] mevcut olduğunda ise ek yükümlülükler devreye girecektir (Yapay Zekâ Yasası m. 55). Sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları, temel yükümlülüklerin yanı sıra şeffaflık ve dokümantasyon yükümlülüklerine uymak zorundalardır. Bu tür modellerin sağlayıcıları, modellerini standartlaştırılmış protokoller aracılığıyla kapsamlı bir şekilde değerlendirmekle yükümlüdürler. Bu değerlendirme, güncel teknolojiye dayanmalı ve riskleri belirtmek ve azaltmak için saldırı testlerini de içermelidir.

Bir diğer yükümlülük, sağlayıcıların ciddi olaylar ve olası çözüm önerileri hakkında ilgili bilgileri toplaması, belgelemesi ve gerektiğinde AI- Office ve yetkilileri derhal bilgilendirmesidir. Son olarak da sistemik risk taşıyan genel kullanım amaçlı yapay zekâ modeli ve bu modelin çalıştırıldığı fiziksel altyapının siber güvenliği sağlanmalıdır.

SONUÇ

Yapay zekâ teknolojisi çok hızlı bir şekilde ilerlemektedir. Bir taraftan bu teknolojide geri kalmak istemeyen ülkeler diğer taraftan etik ve güvenlik

---

83 Yapay zekâ modelleri, yapay zekâ sistemlerinin temel bileşenleri olsa da tek başlarına tam bir sistem oluşturmazlar. Tam bir yapay zekâ sistemi oluşturmaları için ek bileşenlere, örneğin kullanıcı arayüzlerine ihtiyaç vardır.

84 Bu dokümantasyon yükümlülükleri, serbest ve açık kaynak lisansı (Open Source Models) altında yayımlanan yapay zekâ modelleri için geçerli değildir. Ancak böyle bir model sistemik bir risk taşıyorsa o zaman bu istisnanın dışında kalır.

85 Yapay Zekâ Yasası, üye ülkelerde AI- Office'ler kurulmasını öngörmektedir.

86 Yapay Zekâ Yasası m. 3/ 65 uyarınca, "*Sistemik risk, genel amaçlı yapay zekâ modellerinin yüksek etkili yeteneklerine özgü bir riski ifade eder. Bu risk, modelin ulaşımı nedeniyle Birlik pazarında önemli bir etki yaratabilir veya kamu sağlığı, güvenliği, kamu düzeni, temel haklar ya da toplumun tamamı üzerinde doğrudan veya makul şekilde öngörülebilir olumsuz etkiler yaratabilir ve değer zinciri boyunca geniş ölçekte yayılabilir.*"

sorunlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Gerek hızla gelişen teknoloji gerekse teknolojinin gerisinde kalma kaygısı bu alanda hukuki düzenlemeler yapmayı zorlaştırmaktadır. Türkiye, Amerika, Çin ve Büyük Britanya bu zamana kadar temel ilkeler belirleyerek münferit alanlarda düzenlemeler yapmakla yetinmiştir. Yapay zekâ hukuku alanında ilk kapsamlı düzenleme Avrupa Birliği hukukunda yapılmıştır. Ancak yukarıda zikredilen kaygılar dolayısıyla bu düzenleme de çerçeve bir metin olarak kaleme alınmıştır.

Yapay zekânın hukuki niteliği ele alındığında, ona başlı başına kişilik ve buna bağlı bir sorumluluk atfetmek yerine mevcut düzenlemelerin yorumlanması ve ihtiyaç olan yerlerde genel normlardan sapmadan düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Sorumluluk hukukuna yönelik uyuşmazlıklarda ürün güvenliği ve ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yapay Zekâ Yasası risk temelli bir yaklaşım benimsemiştir. Bazı yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasını yasaklarken yüksek riskli yapay zekâ modelleri ve genel kullanım amaçlı yapay zekâ modellerinin kullanımını belli şartlara bağlamıştır. Öngörülen yükümlülüklerin ihlali durumunda ise ihlali gerçekleştiren şirketlere yönelik para cezası düzenlemiştir.

Yasa, kural olarak AB sınırları içinde gerçekleşen hak ihlallerinde uygulanır. Ancak *sağlayıcıların ve dağıtıcıların* AB ülkesinde ya da üçüncü bir ülkede yerleşik olup olmamaları fark etmemektedir. Buna göre bir yapay zekâ sistemi ya da genel amaçlı yapay zekâ modellerini Birlik içinde piyasaya süren sağlayıcıların ve dağıtıcıların, Birlik içinde yerleşik olup olmadıklarına bakılmaksızın, yasa uygulanacaktır. Yasa koyucu Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliğinde olduğu gibi burada da egziteritoryal bir yaklaşım benimseyerek AB düzenlemelerinin Birlik sınırları dışında da geçerli olmasını, en azından dikkate alınmasını sağlamıştır. Böylece Yapay Zekâ Yasası uluslararası düzlemde tüm sağlayıcılar ve dağıtıcılar tarafından göz önünde bulundurulacaktır.

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nın benimsemiş olduğu temel prensipler hukukumuzdaki olası bir yasa çalışması faaliyetinde göz önünde bulundurmaya değerdir. Böyle bir yasa, bir taraftan yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi, pazarlanması ve kullanılmasının teşviki diğer taraftan güvenliğin sağlanması amacına hizmet etmelidir. Dolayısıyla "*insan merkezli yapay zekâ*" ve "*sağlık, güvenlik ve diğer temel hakların temel düzeyde korunmasının sağlanması*" ilkeleri önem arz etmektedir.

Etik açıdan sağlam bir yapay zekâ oluşturulması için "*insan iradesi ve denetimi*" de temel ilkeler arasında yer almaktadır. Buna göre yapay zekâ, insanın karar verme sürecinde ona yardımcı olacak verileri toplama ve ona sistemli bir şekilde sunması açısından önemlidir ancak bunun sınırları aşılarak insan özerkliğine zarar verecek ve iradesini baskılayacak faaliyetlerde bulunmaması gerekir. Dolayısıyla yapay zekâ, insan denetiminde kullanılmalıdır. Nihai karar insan tarafından verilmelidir. Kişiyi manipüle ederek bilinçli karar verme yetisini önemli ölçüde bozabilecek, bilinçaltı teknikler uygulayan ve bu sebeple kendisine veya başkalarına zarar vermesine yol açabilecek uygulamaların hizmete sunulması ve kullanılması yasaklanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, Roma Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2024.

Akipek Ö Ş, "Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği", Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, (Der. Erdem Büyüksağiş), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 7- 27.

Akkurt S S, Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Y. 7, S. 13, Haziran 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 39-59.

Aksoy E, Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Seçkin, Ankara 2022.

Aksu M, "Yapay Zekâ ve Hukuk", Yapay Zekâ ve Hukuk, (Ed. Mustafa Aksu), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 1- 333.

Ashkar D/ Schröder C, Das Gesetz über künstliche Intelligenz der Europäischen Union (KI- Verordnung), Betriebs Berater, S. 15, Y. 2024, ss. 771-779.

Atamer Y M/ Güner G K, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?" AÜHFD, Mayıs 2021, C. 70, S. 2, ss. 543-588.

Ayan M/ Ayan N, Kişiler Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

Bak B, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, Y. 9, 2018, S. 35, TAAD, ss. 211- 232.

Bayamlıoğlu E, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, (Ed. Mehmet Murat İnceoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

Bruhn M./ Hadwhich K (Ed.), Gestaltung des Wandels im Dienstleistungsmanagement, Springer Gabler, Frankfurt, 2021.

Büyüksağiş E/ Türkoğlu E C/Alptekin O, "Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu", Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, (Der. Erdem Büyüksağiş), Oniki Levha Yayınları, İstabul 2022, ss. 57- 109.

Cornelius A, Künstliche Intelligenz Entwicklungen, Erfolgsfaktoren und Einsatzmöglichkeiten, Haufe, Springer View, Frankfurt, 2020.

Çekin M S, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

Dienes J, Anforderungen an die menschliche Aufsicht über Künstliche Intelligenz, S. 6, Y. 2024, MMR, ss. 456- 462.

Doğan E, Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ, TBB Dergisi, 2022 (158), ss. 213-256.

Dural M/ Öğüz T, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.

Eren S, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", MÜHF- HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, ss. 283- 322.

Ertel W, Grundkurs Künstliche Intelligenz, Eine praxisorientierte Einführung, 5. Bası, Springer Vieweg, Münih, 2021.

Funke J/ Vaterrodt B, Was ist Intelligenz?, 3. Bası, C.H. Beck, Berlin, 2009.

Gayretli A, Seda, Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Gönen D, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul, 2011.

Gözübüyük B, Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, C. 1, S. 1, KHM, 2021, ss. 54-81.

Hatemi H, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

Hoeren T/ Sieber U/ Holznagel B, Handbuch Multimedia-Recht, 61. Bası, C.H.Beck Münih, 2024.

Justus F/ Maurice H, KI-Einsatz im Betrieb unter der KI-Verordnung, NZA 2023, ss. 1281- 1284.

Kara- Kılıçarslan S, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, Y. 4, S. 2019/ 2, YBHD, ss. 363- 389.

Karadeniz S, Yapay Zekanın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği ve Üyelikten Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Y. 14, S. 54, 2023, TAAD, ss. 255- 288.

Kasap A, Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zekâ Varlıkları ve Hukuki Kişilik, 2022, S. 4(2), TAÜHFD, ss. 485- 555.

Kırca Ç, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.

Kırdaç Adır E, Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Koç E G, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsüne Yönelik Yaklaşımlar ve Genel Bir Değerlendirme", Yapay Zekâ ve Hukuk (ed. Mustafa Aksu), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023, ss. 305- 333.

Kurtulan G G, "Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Meseleler", Ürün Sorumluluğu (Ed. Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, ss. 239-261.

Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay Ö S, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, 2024.

Özkan A, "Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması", C. 164, 2023, TBB Dergisi, ss. 207- 238.

Özkan Ş G/ Şahin Ç, "Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım", 13 (1), 2022, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 110-128.

Paass G/ Hecker D, Künstliche Intelligenz, Was steckt hinter der Technologie der Zukunft, Springer Vieweg, Münih, 2021.

Pawlik K, Psychologische Intelligenzforschung, Wilfried Buchmüller/ Cord Jakobeit (Ed.), *Erkenntnis, Wissenschaft und Gesellschaft*, Springer, Münih, 2016.

Polat C, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Richter A, Künstliche Intelligenz und potenzielle Anwendungsfelder im Marketing, Dialogmarketing Perspektiven 2018/ 2019, Springer Gabler, 2019.

Sanlı K C, "Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi", Ürün Sorumluluğu (Ed. Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, ss. 57- 79.

Sarı O, Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", 2020 (147), TBB Dergisi, ss. 251-312.

Scheuer D, Akzeptanz von Künstlicher Intelligenz, Springer Vieweg, Münih, 2020.

Selanik A A, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zeka Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi, Y. 13, 2022, S. 50, TAAD, ss. 335- 364.

Taulli T, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz, Eine nichttechnische Einführung, Springer, Münih, 2022.

Ünal A/ Kalkan A, "Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler", Y: 11, S. 39, Temmuz 2019, TAAD,ss. 45-82.

Yılmaz O G, Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?, C. 2021/1 S. 66, 2021, Adalet Dergisi, ss. 379- 415.

Yılmaz S, Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Zeytin Z/ Gençay E, Hukuk ve Yapay Zekâ: E- Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması, 2019/1, TAÜHFD, ss. 39- 70.

Internet Kaynakları

27 Ocak 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu Raporu, Report with Recommendations to the Commission On Civil Law Rules On Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (s.e.t. 01.03.2025).

A New Generation of Artificial Intelligence Development Plan, https://digichina.stanford.edu/work/full-translation-chinas-new-generation-artificial-intelligence-development-plan-2017/.

American Artificial Intelligence Initiative: Year One Annual Report, https://www.nitrd.gov/nitrdgroups/images/c/c1/American-AI-Initiative-One-Year-Annual-Report.pdf.

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj.

Avrupa Parlementosu raporu, US approach to artificial intelligence, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/757605/EPRS_ATA(2024)757605_EN.pdf.

Blueprint For An AI Bill Of Rights, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf.

Data Protection Act 2018, https://ico.org.uk/media/2614158/ico-introduction-to-the-data-protection-bill.pdf.

General Data Protection Regulation, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj.

Governance Principles for New Generation AI: Develop Responsıble Artificial Intelligence, https://digichina.stanford.edu/work/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-for-responsible-ai/.

Governance Principles' for 'Responsible AI, https://digichina.stanford.edu/work/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-for-responsible-ai/.

Hermes, A. K., Künstliche Intelligenz (KI): Alles über ChatGPT-3, Dall-E, Machine Learning, https://www.trend.at/tech/kuenstliche-intelligenz#kiteilbereiche.

National AI Strategy, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/614db4d1e90e077a2cbdf3c4/National_AI_Strategy_-_PDF_version.pdf.

Sheehan, M., China's AI Regulations and How They Get Made, 2023, https://carnegieendowment.org/research/2023/07/chinas-ai-regulations-and-how-they-get-made?lang=en.

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf

SINAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE TESCİLSİZ TASARIM HAKKININ KORUNMASINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İYİNİYETİNİN ETKİSİ

The Effect of Good Faith of Third Parties in Protecting Unregistered Design Rights According to the Industrial Property Law

Dr. Ögr. Gör. Murat CANGÜL*

Öz: SMK m.55 hükmü tasarım kavramını tanımlamıştır. Tescilsiz tasarımlar bakımından da aynı tanımın geçerli olacağı söylenebilmektedir. Zira tescilli tasarım ile tescilsiz tasarımı ayıran temel şekli unsur tescil işlemidir. İlaveten tescilsiz tasarım ile tescilli tasarım hukuki koruma şartları bakımından da birbirinden farklıdır. Bir ürün ya da ürün parçası üzerindeki görünümün tasarım olarak korunabilmesi için öngörülen iki temel şart yenilik ve ayırt ediciliktir. Bu şartları taşıyan tasarımlar SMK'ya göre, tescilli ve tescilsiz olarak korunabilmektedir. Tescilsiz tasarım koruması, tasarımın dünyanın hiçbir yerinde kamuya sunulmamış olması ve ilk kez Türkiye'de kamuya sunulması ile başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden başlar. SMK 59. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan düzenlemeye göre, "korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez. Tescilsiz tasarım hakkı sahibi İyiniyet karinesinden yararlanan kişinin gerçekten tescilsiz tasarımdan haberdar olduğunu ispat ederse. iyiniyet karinesi bertaraf edilmiş olur. iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanan kişinin tacir olup olmamasına göre bir ayrım yapılması gerekmektedir. Zira tacir olmayan kişinin göstereceği özen ile tacirden beklenen özen derecesi farklılaşmaktadır. Zira bu kişiler için basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Tacir olmayan üçüncü kişiler en azından ilgilendikleri sektörlerdeki ürün-tasarımları ve bu sektörlerdeki güncel gelişmeleri makul yollarla bilmesi gereken kişiler olmalıdır. Ancak bu durumun ispatı genellikle çok zordur. Kanaatimizce tacir olmayan üçüncü kişilerin özen yükümlülüğü bakımından TMK m.3/2 hükmünde öngörülen durumun gereklerine göre kendisinden beklenen objektif özen ölçütünün aranması isabetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tescilsiz tasarım-iyiniyet-özen-tecavüz-kötüniyet-koruma kapsamı

Abstract: Article 55 of the IPL defines the concept of design. It can be said that the same definition will apply to unregistered designs. Indeed, the main formal element distinguishing a registered design from an unregistered design is the registration procedure. In addition, unregistered designs and registered designs differ from each other in terms of legal protection conditions. Novelty and distinctiveness are the two basic conditions for the appearance of a product or a part of a product to be protected as a design. According to the IPL, designs that meet these conditions can be protected with or without registration. Unregistered design protection starts automatically, without the need for any further action, when the design has not been presented to the public anywhere in the world and is presented to the public for the first time in Turkey. According to the second sentence of the second paragraph of Article 59 of the IPL, "a design independently made by a designer who could not reasonably have known that the protected design had been made available to the public before his own design is not considered to be a copy of the protected design". If the owner of the unregistered design right proves that the person benefiting from the presumption of good faith is actually aware of the unregistered design, the presumption of good faith is eliminated. A distinction should be made according to whether the person who benefits from the protective effect of good faith is a merchant or not. This is because the degree of care to be exercised by a non-merchant differs from the degree of care expected from a Merchant. For these persons, there is no obligation to act as a prudent businessman. Non-merchant third parties should at least be persons who should reasonably know the products and designs in the sectors they are interested in and the current developments in these sectors. However, this situation is generally very difficult to prove. In our opinion, in terms of the duty of care of non-merchant third parties, it would be appropriate to seek the objective measure sought in the obligation to know, which is required by the situation stipulated in Article 3\/2 of the TCC.

Keywords: Unregistered design - good faith - care - infringement - bad faith- scope of protectıon

* Avukat, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muratcangul@yahoo.com
ORCID:0000-0002-3246-8762
DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677367
Makale Geliş Tarihi: 10.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 14.03.2025

GİRİŞ

Hukukumuzda tasarımlar, 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[1] ile korunmakta idi. Bu kararname kapsamında ise tescilsiz tasarımlar için herhangi bir koruma şekli öngörülmemiş idi.554 Sayılı Mülga Kararnamede[2] tescilsiz tasarım korunması için TTK'daki haksız rekabet hükümleri ve FSEK hükümleri uygulama alanı bulmakta idi. Sanayi ve teknolojideki gelişmeler ve hızlı moda endüstrisinin piyasadaki hakimiyetine paralel olarak ürün çeşitliliğinin artışı haliyle tescilsiz tasarımların da artışına sebebiyet vermiştir. Tescil için gereken usullerin her bir ürün bazındaki uzun prosedürleri, bu prosedürler bakımından uzayan süreler, emek ve masraflar özel bir korumayı gerektirmekte idi. Özellikle de hızlı değişen moda sektöründe aylarca süren tescil süreci içerisinde dahi yeni trendlerin ortaya çıkması sonucunda tasarımların tescil edilmesi işlevsiz hale gelebilmektedir. Bu nedenle de moda sektöründe tasarımların tesciline pek gerek duyulmamış, tescilsiz tasarımların korunmasındaki yetersizlikler çeşitli ihtilaflara zemin hazırlamıştır. Böylelikle 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile tescilsiz tasarımların korunması da teminat altına alınmıştır. Tescilsiz tasarım sahiplerinin, kopyalanma ve taklit edilme riskine karşı koruma talep edebilmesi, hem ekonomik hem de yaratıcı süreçlerinin sürekliliği açısından önemli bir role sahiptir.

Tescilsiz tasarıma tecavüz iddiasıyla açılan davalarda SMK m.59/2 hükmü gereği koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımdan habersiz olarak yapılan başka bir tasarımın sahibinin, koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün değilse, iyiniyetin koruyucu etkisi nedeniyle sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu minvalde çalışmamızda öncelikle tescilsiz tasarım kavramı, tescilsiz tasarımın koruma kapsamı ve tescilsiz tasarım hakkına tecavüz iddiası ile açılan davalarda tescilsiz tasarımı kopyaladığı iddia edilen kişinin hangi şartlar altında iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacağı incelenecektir.

I-TESCİLSİZ TASARIM HAKKININ KORUMA KAPSAMI

2024/2822 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün ("AB Tasarım Tüzüğü")[3] kapsamında tescilsiz tasarım korumasına yer verilerek,

---

[1] Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkartılması 08.06.1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca 24.06.1995 tarihinde kararlaştırılmıştır. 554 sayılı KHK, 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

[2] 554 Sayılı Mülga KHK m.1 hükmünde" Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun tasarımların korunmasını, rekabet ortamının oluşturulmasını ve sanayinin gelişmesini sağlamaktır. Bu Kanun Hükmünde Kararname tescilli tasarımların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere tabidir. düzenlemesi bulunmakta idi. Ancak 6769 Sayılı SMK'da böyle bir hüküm yer almamaktadır.

[3] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202402822#ntr3-L_202402822EN.000101-E0003, 20.03.2025 tarihli erişim. 050.1.2002 tarihinde yayınlanan 01.04.2003 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Topluluğu Konsey Tüzüğü (EC 6/2002) 1 Mayıs 2025 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılarak 23.10.2024 tarihinde kabul edilen 2024/2822 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ("AB Tasarım Tüzüğü")yürürlüğe girecektir.

m.19/4 hükmü ile "*Tescilsiz bir AB tasarımının sahibi, yalnızca itiraz edilen kullanımın korunan tasarımın kopyalanmasından kaynaklanması halinde, 1 ve 2 numaralı paragraflarda sözü edilen eylemleri önleme hakkına sahiptir. İlk alt bentte atıfta bulunulan ihtilaflı kullanım, eğer söz konusu kullanım, tasarım sahibinin kamuya sunduğu tasarıma aşina olmadığı makul şekilde düşünülebilecek bir tasarımcı tarafından bağımsız bir yaratım sonucu ortaya çıkmışsa, tescilsiz AB tasarımının kopyalanmasından kaynaklanmış sayılmaz*. Hükümde tescilli tasarımın sağladığı haklar olan m.1 hükmü (*Tescilli bir AB tasarımı, sahibine onu kullanma ve sahibinin izni olmayan üçüncü kişilerin onu kullanmasını engelleme konusunda münhasır hak verir*) ve m.2 hükmüne(*Aşağıdakiler özellikle 1. paragraf uyarınca yasaklanabilir: tasarımın yer aldığı veya uygulandığı bir ürünün üretilmesi, sunulması, piyasaya arz edilmesi veya kullanılması, sözü edilen bir ürünün ithalatı veya ihracatı, stoklanması, sözü edilen bir ürünün yapılabilmesini sağlamak amacıyla tasarımı kaydeden herhangi bir ortam veya yazılımın oluşturulması, indirilmesi, kopyalanması ve başkalarıyla paylaşılması veya dağıtılması*.) atıf yapılarak koruma kapsamı belirlenmiştir. Yeni düzenleme, Avrupa Topluluğu Konsey Tüzüğü (EC 6/2002) m.19/2 hükmü ile paraleldir[4].

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 59. maddesi, tasarımların koruma kapsamını belirleyen merkezi bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Madde hem tescilli hem de tescilsiz tasarımların koruma kapsamı ve sınırlarını düzenlemiştir.

Tescilsiz tasarım koruması, tescilli tasarıma göre sınırlı niteliktedir. Buna göre, tescilli tasarım hakkı, sahibine, üçüncü kişilerin SMK m. 59/1 hükmünde belirtilen fiillerini engelleme hakkı vermesine karşın, tescilsiz tasarım, sahibine SMK m.59/1 hükmünde belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibariyle ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak(taklit edilmesi) alınması halinde verir.

SMK m.59/2 hükmü " *Tescilsiz tasarım, sahibine birinci fıkrada belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verir. Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.*" olarak düzenlenmiştir. Hükmün tescilsiz tasarımlar bakımından korumayı daralttığı görülmektedir. Hüküm, tescilsiz tasarım korumasında kopyalama ve bağımsız yaratım arasındaki çizgiyi belirlemekte önemli bir rol oynamaktadır Bu hüküm, iyi niyetli olarak bağımsız bir tasarım meydana getiren üçüncü kişileri korumayı amaçlamaktadır. Tasarımın bağımsız olarak oluşturulmuş olması, korunan tescilsiz tasarımla aynı veya taklit olmaması esasına dayanmaktadır

---

[4] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002R0006, (EC 6/2002 sayılı Tüzük m.19/2 hükmüne göre Tescilli bir Topluluk tasarımı, sahibine onu kullanma ve onun izni olmayan herhangi bir üçüncü şahsın onu kullanmasını engelleme konusunda münhasır hak verir. Yukarıda belirtilen kullanım, özellikle, tasarımın dahil edildiği veya uygulandığı bir ürünün yapımını, teklifini, piyasaya sürülmesini, ithalini, ihraç edilmesini veya kullanılmasını veya bu tür bir ürünün bu amaçlar için stoklanmasını kapsar. Ancak tescilsiz bir Topluluk tasarımı, sahibine, yalnızca itiraz edilen kullanımın korunan tasarımın kopyalanmasından kaynaklanması halinde, 1. paragrafta sözü edilen eylemleri önleme hakkı verir. Tartışmalı kullanım, tasarıma aşina olmadığı makul olarak düşünülebilecek bir tasarımcının bağımsız bir yaratıcı çalışmasının sonucu ortaya çıkmışsa, korunan tasarımın kopyalanmasından kaynaklanmış sayılmaz.

Kopyalama kavramı her ne kadar kelime anlamıyla, basılı bir malzemeyi tıpkıbasım yöntemiyle aynen çoğaltma anlamına[5] gelmekte ise de bu kavram yasa metninde "tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin" ifadesi ile birlikte kullanıldığından birebir kopyalamanın kastedilmediği, bu nedenle kopyalama yerine "*taklit*" kelimesinin kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir[6].

Tescilsiz tasarımlarda hak sahibi, sadece tasarımın üçüncü kişilerce aynısının üretilmesini veya taklit edilmesini önleyebilir. Bu halde hak sahibinin, sonraki tasarımın, kendi tasarımına benzediğini ispat etmesi yetmez; ayrıca sonraki tasarımın, kendi tasarımından taklit edildiğini de ispatlaması gerekir. Burada bahsi geçen koruma tescilli tasarım korumasına göre oldukça dardır. Oysa inhisari yetki veren tescilli bir tasarımda, aynısı veya küçük farklılıklardan dolayı aynı sayılan sonraki tasarım ile bu benzerliğin ispatlanması gerekli ve yeterli olup, tescilli tasarım sahibinin, sonraki tasarımın, kendi tasarımından kopyalandığını ya da taklit edildiğini ispatlaması gerekmez. Özetle, sonraki tasarım sahibinin, önceki tasarımdan tamamen habersiz olarak geliştirilmiş bir tasarımı kullanması da tescilli tasarım hakkına tecavüz sayılmakta[7]iken tescilsiz tasarımdan haberi olmayan iyi niyetli kişinin bağımsız olarak yaptığı tasarımın kopya olduğu kabul edilemeyeceğinden, bu durumda tasarıma tecavüz de oluşmayacaktır[8].

Doktrinde 554 Sayılı Mülga KHK'nın yürürlükte olduğu dönemde, tescilsiz tasarımlarda rakiplerin, piyasaya sunulan tasarımları öğrenme ihtimalinin, tescilli tasarımlara oranla daha düşük olduğu ve bu durumu dikkate alan kanun koyucunun, tescilsiz tasarımlarda tecavüz eyleminin gerçekleşmesi için üçüncü kişinin kusurunun varlığını aramakta olduğu ifade edilmiştir[9].

Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Kanun'un m.59/2 hükmün gerekçesinde tescilsiz tasarım hakkına tecavüz halinde kötüniyetin aranacağının belirtilmiş olmasının[10] dikkat çekici olduğu, Tasarım Tüzüğü'nün

---

5 Bkz. TDK Sözlüğü için https://sozluk.gov.tr/,20.03.2025 tarihli erişim

6 Feyzan Hayal Şehirali Çelik, "Sınai Mülkiyet Kanununun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler," In *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017)* ,Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, pp.255-302., s.292.

7 Cahit Suluk ve Özlem Erzurumluoğu Er, "Türkiye'de Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme",2012, Ankara Barosu Erzurumluoğlu Armağanı, ss. 719-737, s.730; Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, "Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma", C.5, S.1, 2019, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, ss.19-38, s.22-23.

8 Abdurrahman Hamza Tüzgen, Tescilsiz Tasarımların Hukuken Korunması, 1.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul,2023, s. 112-113; Ebru Ceren Cavit, Tasarım Hakkına Tecavüz ve Hukuki Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2021,s.32.

9 İsmail Fidan, Tescilsiz Tasarımların Korunması, Ankara Üni.Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011,s.162.

10 SMK m.59/2 hükmü gerekçesi :*Tescilsiz tasarımlar için sağlanan haklar tescilli tasanm hakkına göre daha sınırlı kalmaktadır. Tescilsiz tasanm hakkı tekel hakkı olmayıp, sadece tasanmın kopyalanmasını önleyici bir hak sağlamaktadır. Tescilli tasarımdan farklı olarak, tescilsiz tasanm hakkının kullanılabilmesi için ihlal durumunda kötüniyetin varlığı şarttır. Tescilsiz tasanm hakkımın varlığından haberdar olamayacak kişilere karşı bu hakkın kullanılması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla tescilsiz tasanm hakkından haberdar olmayan kişinin, bu tasanmdan bağımsız olarak bir tasanm geliştirmesi durumunun kopyalama sayılmayacağı, yani bu kişilere karşı hakkın kullanılamayacağı madde ile düzenlenmiştir Bkz.*

önceki taslaklarında kopyalamanın varlığının kabul edilebilmesi için bir şart olarak kötüniyetin varlığına yer verildiği, buna karşılık Ekim 1999'da Konsey Çalışma Grubunda Ekonomik ve Sosyal Komite ve Avrupa Parlamentosu'nun görüşleri doğrultusunda kötüniyet ifadesinin tüzükten çıkarıldığı, bunun yerine "tasarımının önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilinmemesine" ilişkin düzenlemenin getirildiği, ihlalde kötüniyetin aranmaması gerektiği, kötüniyetin kusurun tespit edilmesi bakımından uygun bir kurum olmadığı ileri sürülmüştür[11]. Bir başka görüşe göre ise tescilsiz tasarımlara tecavüz durumunda kötü niyetin varlığı aranacaktır[12] . Kanaatimizce de her ne kadar madde metninde kötüniyet ifadesi yer almasa da, hem madde gerekçesinde "*kötüniyet*" ifadesinin geçmesi hem de SMK m.59/2 hükmünde yer alan "*tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesinin mümkün olmaması* ifadesinden tecavüz durumunda üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığının ispatlanması gerekeceğine işaret edilmektedir. İspatı ise tescilsiz tasarım sahibi gerçekleştirecektir.

Tescilsiz tasarım koruması, tasarımın dünyanın hiçbir yerinde kamuya sunulmamış olması ve ilk kez Türkiye'de kamuya sunulması ile başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden başlar[13]. İlk kez yurt dışında kamuya sunulan tasarımlar ise tescilsiz tasarım korumasından yararlanamaz. Tasarım hakkı sahibi bir tescilsiz tasarımı kamuya sunduktan sonra on iki ay içinde tescili için başvurarak bu korumayı tescilli tasarım korumasına çevirebilir.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi bir kararında *"....tescilsiz tasarımın, sahibine tecavüz teşkil eden fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verdiği, korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğunun kabul edilemeyeceği, huzurdaki davada tecavüzün varlığından söz edebilmek için öncelikle davalı karşı davacının bu tasarımı kopyalaması ve anılan tasarımın 10 Ocak 2017'den sonra kamuya sunulması gerektiği, somut olayda; Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2019/63 D.İş sayılı dosyası ile davalı-karşı davacı işyerinde yapılan delil tespiti işlemi neticesinde tespit edilen ürün ile davacı-karşı davalıya ait 2018/02539/15 sayılı tasarım karşılaştırıldığında; manşet ve kol büzgüsü bakımından farklılık olduğu, bu farklılığın tasarıma kimlik kazandıran pilili yapı karşısında ufak ayrıntıda kaldığı, dolayısıyla davalı-karşı davacı tasarımı ile 2018 02539/15 sayılı tasarımın bilgilenmiş kullanıcı*

---

https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y1/T1/ WebOnergeMetni/7986ed70-31bc-4163-b57b-7ba13 cff33a3.pdf, 21.12.2024 tarihli erişim.

[11] Selin Özden Merhacı, Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarımların Hükümsüzlüğü,1.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2023, s.55-56.

[12] Cahit Suluk ve Zeynep Dumlupınar Balçık, Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 s.39; Ömer Faruk Kuntoğlu, Tasarım Hukukunda Önceki Kullanımdan Doğan Hak", Y.15, S. 60,2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss.511-536, s.517; Özge Özşahin, Sınai Mülkiyet Kanunu El Kitabı, 10.Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017, s.121; Merve Sert, Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilsiz Tasarımların Korunması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep,2019, s.83;Tüzgen, s.112.

[13] Şeyma Yurduseven, "6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu İle Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem" ,Y.8, S.31, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss.669-689s. 678: Bozgeyik/Er, s.23.

üzerinde yarattığı genel izlenimin aynı olduğu, manşet ve kol büzgüsü bakımından bulunan farklılıklar nedeniyle, davalı-karşı davacının, davacı-karşı davalıya ait tasarımı kopyaladığından söz edilemeyeceği, ayrıca, davalı-karşı davacı tarafından sunulan internet sayfalarındaki ürünün yayınlanma tarihinin 2015 ve 2016 olarak görüldüğü, sitelerde yer alan ürünlerin 2018/02539/15 sayı ile tescilli tasarımla aynı görünümde olduğu, 6769 sayılı Kanun'un 192 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi dikkate alındığında da; davacı-karşı davalı tasarımının tescilsiz tasarım olarak korumaya konu olamayacağı gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kabulü ile dava konusu 2018/02539/15 no.lu tasarımın hükümsüzlüğüne dair verilen kararı onamıştır14.

II-TESCİLSİZ TASARIM HAKKINA TECAVÜZ

Tescilsiz tasarım sahibinin tasarım üzerindeki münhasır hakkı yalnızca tasarımın kopyalanmasını önlemeye yöneliktir[15]. Tasarım hakkına tecavüz, tasarım sahibinin rızası olmaksızın yasada belirtilen fiillerden birinin işlenmesiyle tasarıma yapılan müdahale demektir.

Tasarımdan doğan hakların kapsamını belirten SMK m. 59/1 hükmü ile tasarımdan doğan hakların münhasıran tasarım sahibine ait olduğu belirtildikten sonra üçüncü kişiler tarafından tasarım sahibinin izni bulunmadan koruma kapsamındaki tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünü üretemeyeceği, piyasaya sunamayacağı, satamayacağı, ithal edemeyeceği, ticari amaçlı kullanamayacağı veya bu amaçlarla elde bulunduramayacağı ya da bu tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunamayacağı, şeklindeki ifadesiyle tasarım hakkına tecavüz oluşturacak filler sayılmıştır. Maddenin 2.fıkrasında ise tescilsiz tasarım, sahibine birinci fıkrada belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verebileceği belirtilmiştir.

SMK m.81/1 hükmünde belirtilen fiiller ise tasarım hakkına tecavüz sayılmaktadır: *a) Tasarım sahibinin izni olmaksızın bu Kanun hükümlerine göre koruma kapsamındaki bir tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı ürünün aynısını veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerini üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme yapmak için öneride bulunmak, ticari amaçla kullanmak veya bu amaçlarla bulundurmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak. b) Tasarım sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek. c) Tasarım hakkını gasp etmek*.

SMK m.81/4 hükmüne göre ise tescilsiz tasarımlar SMK m. 57 hükmüne[16] göre kamuya sunulduğu takdirde, hak sahibi, tasarım hakkına yönelik ihlallerden dolayı dava açmaya yetkilidir.

---

[14] Yargıtay 11. HD, E: 2023/1491, K:2024/4725, T: 05.06.2024 (www.kararararama.yargitay.gov.tr).

[15] Ünal Tekinalp, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, der. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ss.5-84, s.40.

[16] SMK m. 57- (1) Kamuya sunma; sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım, tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Tasarımın gizlilik şartıyla üçüncü bir kişiye açıklanması kamuya sunma sayılmaz. (2) Koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden veya rüçhan talebi varsa rüçhan tarihinden önceki on iki ay içinde tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından veya

III- TESCİLSİZ TASARIM HAKKINA TECAVÜZ İDDİASINA KARŞI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE İYİNİYET KARİNESİNE DAYANILMASI

SMK m.149/1 hükmüne göre (1) Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir: *a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti. b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi. c) Tecavüz fiillerinin durdurulması. ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması. e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması. f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası. g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi*

Bu bağlamda tescilsiz tasarım sahibi, hakkına yönelen bir tecavüz nedeniyle tasarımının aynısının ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerlik durumu nedeniyle kopyalandığını düşünüyorsa SMK m.149/1 hükmünde yer alan davaları açabilecektir. Bu tür bir dava ile karşılaşan üçüncü kişiler şayet iyiniyetli iseler SMK m.59/2 hükmü ile kendilerine tanınan karineyi, başka bir deyişle korunan tescilsiz tasarımdan haberdar olmadıklarını ileri sürerek iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanırlar.

ABAD, "*İngiltere menşeili Karren Millen Fashions Ltd. Şirketinin, İrlanda'da tescilsiz satışa sunduğu, siyah triko üst, mavi ve kahverengi gömlek tasarımlarının, İrlanda'da mağazası bulunan Dunnes Stores şirketi tarafından kopyalanarak satışa sunulması üzerine açılan davada davalı Dunnes Stores, dava konusu tasarımları kopyaladığını inkâr etmemesi, ancak Karren Millen firmasının tasarımlarının ayırt edici nitelikte olmadığını ve bu bağlamda davacı tarafın ayırt ediciliğin ispatlamak zorunda olduğunu belirtmesine rağmen. Yerel mahkemede ve İrlanda Temyiz Mahkemesi'nde kararın davacı lehine verilmesi üzerine, hızlı değişen moda sektöründe tescilsiz tasarımların korunabileceği ve davacının tasarımının davalı tarafından kopyalandığına hükmederek* davacı lehine karar vermiştir.[17]

A-GENEL OLARAK İYİNİYET KARİNESİ

TMK'nın m.3 hükmünde "*İyiniyet*" ilkesi öngörülmüştür. Madde, "*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*" hükmünü içermektedir[18]. Bu hüküm ile herkesin iyiniyetli

---

tasarımcı ya da halefleri ile olan ilişkinin kötüye kullanımı sonucu kamuya sunulması hâlinde bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez.

[17] http://curia. europa.eu/juris/document/document .jsf?text=&docid=153817&pageIndex=0&doclang=EN& mo de=lst&dir= &occ= first&part=1&cid=9285041, 20.03.2025 tarihli erişim.

[18] 743 sayılı (eski) Türk Kanunu Medenisi m. 3 ise "*Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnü niyet şart kılınan hallerde asil olan, onun vücududur. Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen*

olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle de iyiniyet bir karine[19] vasfı kazanmıştır. Hükümde belirtildiği üzere, bir kişinin iyiniyet iddiasında bulunabilmesi için üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesi kendisinden beklenir[20].Bununla beraber iyiniyetin hüküm ifade edebilmesi için hukuk düzeninin somut olay bazında iyiniyetin korunacağını öngörmesi de gerekmektedir[21].

Hukukumuzda iyiniyet, bir hakkın geçerli olarak kazanılmasını engelleyen bir hususun hakkı kazanacak olan kimse tarafından mazur görülebilir bilinmeme hali olarak tanımlanmaktadır[22]. Daha geniş kapsamlı bir tanım olarak iyiniyet, bir sorumluluğa yol açan veya bir hakkın kapsamını daraltan ya da hukukî bir sonucun gerçekleşmesine veya bir hakkın kazanılmasına engel olan bir durumu, kişinin kendi kusuru olmaksızın bilmemesidir[23]. TMK m. 3/1 hükmü gereği asıl olan iyiniyetin varlığı olduğuna göre iyiniyetin koruyucu etkisinden faydalanacak olan kişi kural olarak kendi iyiniyetini ispat etmek zorunda değildir

Hukuki korumadan faydalanacak kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etmek, iyiniyetin korunmaması durumundan yarar sağlayacak olan tarafa düşmektedir. İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kişinin gereken özeni göstermesi halinde söz konusu engeli öğrenebileceğinin ispat edilmesi gerekir. Eğer bu

---

ihtimamı sarfetmiyen kimse hüsnü niyet iddiasında bulunamaz." şeklinde düzenlenmişti. 4721 Sayılı TMK ise mehaz İsviçre Medeni Kanunu'na uygun olarak m. 2'de "*Dürüst davranma*" başlığı ile hakların kullanılması ve borçların ifasında geçerli dürüstlük kuralına yer vermiş, m. 3'de ise "*İyiniyet*" kavramını ayrı olarak kullanarak hakların kazanılmasında söz konusu olan iyiniyet ilkesini genel ilke olarak hükme bağlamıştır.

19 Karine, mevcut ve varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir durumdan diğer bir durumun varlığı ya da yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak sağlayan bir kuraldır. Kanunen iyiniyet aranan durumlarda iyiniyetin kural olarak var kabul edilmesine iyiniyet karinesi adı verilmektedir. Böyle karinelere sözde karine denilmektedir. Bkz. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 10, Ankara,1989, s.282; İyiniyetin teknik anlamda bir karine olmadığı, yasa dolayısıyla karine olarak kabul edildiği hakkında bkz. Bilge Umar, Hususi Hukukta İspat Yükü, 1.Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1968, s.110 vd; TMK m. 3'ün düzenlediği karinenin gerçek bir karine değil sözde karine olduğu, bu kuralın bir ispat yükü kuralı olduğu hakkında bkz. Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku,14. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 s. 661; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul,2009, s.315.

20 Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku, 13. Baskı, C.1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 151;Mehmet Ayan, Medeni Hukuka Giriş, 2.Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2009,s.136.

21 Seyfullah Edis, "Türk Medeni Hukukunda İyiniyet", H. C. Oğuzoğlu'na Armağan-AÜHF Yayınları, Ankara,1972, , ss.135-166, s.148; Ali Erten, "İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", H.C. Oğuzoğlu'na Armağan -AÜHF Yayınları, Ankara, 1972, ss.179-212, s.180.

22 Jale Akipek, "Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri", C. 14, S. 1, AÜHFD, Ankara, 1957, s. 63; Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.79-80; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Medeni Hukuk I Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara,2019,s.455; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.174.

23 Selahattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul,1970,s.135; Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.s. 337; Erten, s.181.

husus ispat edilirse gereken özeni göstermemiş taraf iyiniyetli sayılamayacaktır. Bu husus TMK m. 3/2' de "*Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*" şeklinde ifade edilmiştir[24].

Durumun gereklerine göre beklenen objektif özen ölçütünün tespitinde normal, ortalama zekâ seviyesine sahip, makul bir insanın benzer olaylarda gösterebileceği dikkat ve özen dikkate alınmaktadır[25]. Bu bağlamda "kötüniyetli" kişi, bir hakkın kazanılması veya hukuki bir sonucun ortaya çıkması bakımından bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişi şeklinde düşünülebilir.

Kötüniyet iddiasında olan ve bu iddiasını ispat külfeti üzerine düşen kimse, iyiniyet karinesini, korumadan yararlanacak kişinin engel veya eksikliği bildiğini delillendirmek suretiyle çürütebileceği gibi, durumun gerektirdiği özenin gösterilmemiş olduğunu ispatlamak yoluyla da çürütebilecektir[26].

B-TECAVÜZ İDDİASI KARŞISINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE SMK m.59/2 HÜKMÜNE GÖRE İYİNİYET KARİNESİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ

Tescilsiz tasarım hakkı sahibi tarafından tecavüz iddiasıyla üçüncü kişiye tecavüzden kaynaklanan davaların açılması durumunda üçüncü kişi SMK m.59/2 hükmüne göre iyiniyetli olduğunu ileri sürerse tescilsiz tasarım hakkı sahibi bu iddiayı çürütmek için bu kişinin iyi niyetli olmadığını ispatlama külfeti altında olacaktır. İyiniyet iddiası, bir tasarımın ihlaline karşı savunma argümanı olarak ortaya çıkar.

İyiniyetli olduğuna dayanarak koruma isteyen kimsenin, iyiniyetli olmadığı iddiası bir defi değil itiraz teşkil ettiğinden, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın, karşı tarafça yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir[27].

Üçüncü kişinin buradaki iyiniyeti, kendi tasarımını korunan tescilsiz tasarımdan habersiz olarak kendisinin oluşturduğu ve davacının tasarımını kopyalamadığına yöneliktir. Üçüncü kişi burada bağımsız bir tasarım meydana getirdiğine yönelik bir iddiası mevcuttur.

---

24 Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk, 24.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul,2018, s.259

25 Edis, Başlangıç Hükümleri, s.269; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku»., C. 1., Cüz L, 6. Bası, İstanbul, 1959,s 266; Jale Akipek, Türk Medeni Hukuku, C.1, Cüz:1 (Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri), Sevinç Matbaası,Ankara,1973, s. 118.

26 Mustafa Dural ve Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, 13.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul,2018, s. 224; Akipek, Subjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti, s.62; "*Bilmemenin bir kusurdan ileri geldiği durumlarda iyiniyet iddiası dinlenmeyecektir. Kendisine ispat külfeti düşen kötü niyet iddiacısı iyi niyeti asıl olanın «icabı hale göre kendisinden beklenen özeni sarfetmediğini ispat etmesi durumunda üzerindeki ispat yükünü bertaraf edecektir. Bu durum İyi niyet iddiasının ortadan kaldırılması yani kötü niyetin ispatı sonucunu doğuracaktır.*" Bu hususta bkz. Yavuz Alangoya, "İspat Yükü Bakımından M.K. m.3", C. 27, S. 1-4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss 358-361, s.359.

27 Oğuzman/Barlas, s. 218;

SMK m.59/ 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan düzenlemeye göre, *"...korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı*[28] tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez. Koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımdan habersiz olarak yapılan başka bir tasarımın sahibinin, koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün değilse, bağımsız tasarım yapan bu kişinin tasarımı kopya tasarım olarak nitelendirilmeyecektir.

SMK m.59/2 hükmünde açıkça iyiniyet- kötüniyet kavramı kullanılmamıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi SMK m.59/2 gerekçesinde[29] kötüniyetten bahsedilmiştir: "*Tescilsiz tasarımlar için sağlanan haklar tescilli tasanm hakkına göre daha sınırlı kalmaktadır. Tescilsiz tasanm hakkı tekel hakkı olmayıp, sadece tasanmın kopyalanmasını önleyici bir hak sağlamaktadır. Tescilli tasarımdan farklı olarak, tescilsiz tasanm hakkının kullanılabilmesi için ihlal durumunda kötüniyetin varlığı şarttır. Tescilsiz tasanm hakkımın varlığından haberdar olamayacak kişilere karşı bu hakkın kullanılması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla tescilsiz tasanm hakkından haberdar olmayan kişinin, bu tasanmdan bağımsız olarak bir tasanm geliştirmesi durumunun kopyalama sayılmayacağı, yani bu kişilere karşı hakkın kullanılamayacağı madde ile düzenlenmiştir.*

Madde gerekçesinde tescilli tasarımlar ile tescilsiz tasarımların koruma kapsamına ilişkin bir değerlendirme yapılmış ve tescilli tasarım korumasının bir tekel hakkı sağladığına değinilirken tescilsiz tasarım korumasının tescilli tasarımlar için öngörülen tekel hakkına oranla oldukça kısıtlı bir korumanın kabul edildiği ifade edilmiştir.

Madde metninde yer alan *korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı*...ifadesi nedeniyle söz konusu hüküm iyiniyete bir hukuki sonuç bağlamıştır.

Makul teriminin kelime anlamı "*akla, mantığa uygun olan*" demektir[30]. Hüküm metninde *makul yollarla bilmesinin mümkün olmaması* ifadesinden, iyiniyetten yararlanacak olan kişinin, göstermesi gereken bir özen ölçütünün varlığı anlaşılmaktadır. İyiniyetli kişi akla ve mantığa uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır.

Makul yollarla bilme kavramı, tescilsiz tasarımın kamuya sunulması ile bağlantılı olarak, tasarımın toplumda geniş bir kitle tarafından ne ölçüde tanındığı ile ilgilidir. Bu bağlamda da iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak olan kişinin belli ölçülerde özen göstermesi gerekecektir.

---

28 Bahsi geçen hükmün mehazı 6/2002 Topluluk Tasarım Tüzüğü 19/2-2 de yer alan "*...İtiraz edilen kullanım, makul olarak tasarıma aşina olmadığı düşünülebilecek bir tasarımcının bağımsız bir yaratma çalışmasından kaynaklanıyorsa, korunan tasarımın kopyalanmasından kaynaklanmış sayılmaz*. ifadesidir.

29 https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y1/T1/WebOnergeMetni/7986ed70-31bc-4163-b57b-7ba13 cff 33a3.pdf, 20.03.2025 tarihli erişim.

30 Türk Dil Kurumu: Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, 19.03.2024 tarihli erişim

C-İYİNİYETİN KORUYUCU ETKİSİNDEN YARARLANACAK OLAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN GÖSTERMESİ GEREKEN ÖZEN

1-Genel Olarak

Özen kelimesi bir işin elden geldiğince iyi olması için gösterilen çaba; itina, ihtimam olarak tanımlanmaktadır[31]. Genel olarak özen, bir insanda olması gereken ideal tavır ve davranışlar bütünüdür.

Özen kavramı, belli özellikteki insan davranışlarını esas almaktadır. Zira özen kavramı, belli bir sonuca ulaşmaya yönelik, akıl ve iradenin birlikte kullanılması sonucu ortaya çıkan insan davranışlarıdır[32]. Özen kavramı, dikkat ve tedbiri de içerisinde barındırmaktadır.

Borçlar Hukuku anlamında ise özen yükümlülüğü, amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmak ve sonucun gerçekleşmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmak olarak tanımlanmıştır[33]. Gösterilmesi gereken özenin ölçüsü ise subjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[34].

Objektif özen ölçüsüne göre, somut olay bazında gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği; normal, makul, orta seviyede, tedbirli, objektif bir insanın aynı durumdaki davranışı göz önüne alınarak tespit edilmektedir[35] . Objektif ölçü, "*makul insanı (reasonable man)"* esas aldığına göre neyin makul olduğu veya olmadığı ise dürüstlük kuralına göre tespit edilmeye çalışılır[36].

TMK m.3/2 hükmünde yer alan "*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz* "düzenlemesi iyiniyetin ispatı ile ilgilidir. İyiniyetin soyut bir kavram olması ve kişinin iç dünyası ile ilgili psişik bir hal olması itibariyle ispatı çok zordur. Kanun koyucu bu zorluğu fark ederek TMK m.6 hükmünde yer alan "*herkes iddiasını ispatla yükümlüdür"*, genel kuralına bir istisna getirmiştir. İyiniyetin ispatındaki güçlükler aynen aksinin yani kötüniyetin ispatında da söz konusudur[37]. Eğer kişi halin

---

31 Türk Dil Kurumu: Güncel Türkçe Sözlük ,https://sozluk.gov.tr/, 21.12.2024 tarihli erişim.

32 Mustafa Alper Gümüş. Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu,1.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001,s. 47; Recep Makas. "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", C. XVI. S. 4. 2012,Ankara, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.149-180, s. 153-155.

33 Veysel Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu,2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 124; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021,s.448; Gümüş, s.45.

34 Bu konuda detaylı bilgi için bkz.Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2014, s. 1193 vd; Betül Tiryaki, "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması",C.12, S.3-4, 2008, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 270.

35 Richard A. Postner, "Economic Analysis of Law", 9th.Edt, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014, s. 196; Steven Shavell,"Foundations of Economic Analysis of Law", Harvard University Press, Cambridge 2004, s. 190.

36 Erman Benli," İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", C. 26, S.1, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 300-316, s.304.

37 Erten, s. 181

icaplarına göre kendisinden beklenen özeni göstermemiş ise iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Yani kötüniyet iddiasında bulunan kişi karşı tarafın bildiğini " değil "bilmesi gerektiğini" kanıtlamakla ispat yükünden kurtulabilecektir[38].

Bu hükmün sonucu olarak, bir hakkı edinmek isteyen kimse, o hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya sonuçlarını meydana getirmesi için aranan bir unsurun yokluğu konusunda araştırma yapmak, durumun gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi takdirde kendinden beklenen özeni göstermekte kusuru bulunduğu varsayıldığından, iyiniyetli olduğunu ileri süremez. Hukuk dilinde kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişi kötü niyetli kabul edilmiştir[39].

İyiniyeti, dürüstlük kuralının denetimine sokan nokta "*beklenen özeni gösterme*" şartıdır. Zira iyiniyet açısından beklenen özenin gösterilip gösterilmediğinin tespiti dürüstlük kuralı kapsamında yapılır. Diğer bir ifadeyle söz konusu durumda dürüst, makul bir kişi aynı durumda nasıl davranırdı sorusuna cevap bulunmaya çalışılır. İyiniyette aranan bu koşul nedeniyle sübjektif olarak değerlendirilen iyiniyetin objektif bir konuma taşındığı belirtilebilir[40]. Ancak özel bir yetenek veya incelikli iş görmeyi gerekli kılan özel branşlarda iyiniyetli olup olmama değerlendirmesinde daha yüksek başka bir deyişle nitelikli bir özenin aranacağı doktrinde kabul edilmektedir[41].

Tescilsiz tasarımdan haberi olmayan iyi niyetli kişinin bağımsız olarak yaptığı tasarımın kopya olduğu kabul edilemeyeceğinden, bu kişi söz konusu iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacaktır. Tescilsiz tasarım sahibi, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kişinin gereken özeni göstermesi halinde tescilsiz tasarım hakkının varlığını öğrenebileceğini ispat etmekle yükümlüdür. Eğer bu husus ispat edilirse gereken özeni göstermemiş olan kişi iyiniyetli sayılamayacak ve kopyalama eylemi nedeniyle tescilsiz tasarım hakkına tecavüz gerçekleşmiş olacaktır.

Kanaatimizce SMK m.59/2 hükmündeki iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanacak kişinin tacir olup olmamasına göre bir ayrım yapılması gerekmektedir. Zira hakkaniyet gereği tacir olmayan kişinin göstereceği özen ile tacirden beklenen özen derecesi farklı değerlendirilmelidir.

---

38 İ.Yılmaz Aslan, "Medeni Kanunda İyinıyetin Düzenlenme Şekli" , C.7, S. 1,1986 Uludağ üniversitesi İİBF Dergisi, ss.189-195, s.192.

39 Edis, Başlangıç Hükümleri, s.268.

40 Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s.339; Oğuzman / Barlas, s. 243-255; Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, 1.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010,ss. 11-38.

41. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 2.Tıpkı Basım, İstanbul 2015, s.334; Mustafa Alper Gümüş, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M.18/2'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi", C. 22, S.3, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, ss.1221 - 1240, s.1230.

2-Üçüncü Kişinin Tacir Olması Durumunda Gösterilmesi Gereken Özen

TTK m.18(2) hükmü her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Doktrinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünde, objektif ya da objektifleştirilmiş nitelikte bir özen derecesi esas alındığı görülmektedir[42]. Başka bir deyişle basiretli tacir ölçütü, bir tacirin ticari faaliyet alanına özgü ortalama makul bir davranışı ifade eder.

Makul davranış, tacirin işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyette bulunan tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekliliğini vurgulamaktadır[43].

ABD Hukukunda Makul olmak (reasonable), akılcı davranmayı ifade etmekte, bir davranış da adil ve hakkaniyetli olması halinde makul olarak değerlendirilmektedir. Kişilerin dürüst, ölçülü, akıllı, duyarlı ve hoşgörülü olması zorunluluğunu ortaya koyması hasebiyle kavram bir değerlendirme ölçüsü olarak kullanılmaktadır. Makul kişi (Reasonable man) ise makuliyetin (reasonable) bireyselleştirilerek toplumun kendisinden beklediği seviyede dikkate, akla, bilgiye ve sağduyuya sahip kişi olarak kendisinin ve başkalarının haklarını gözetebilecek varsayımsal kişi anlamına gelmektedir[44].

TTK. m. 18/2' de belirtilen "*Basiretli bir işadamı gibi hareket etme*" yükümlülüğünde tacir, tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde bir özen göstermek zorundadır. Diğer bir deyimle, tacir olmayanlardan hakları kazanırken vasat-ortalama bir şahsın göstermesi gereken özen yükümlülüğü beklenirken, tacirden kendisiyle aynı konuda ticarî faaliyette bulunan, tedbirli ve iş bilen bir tacirin benzer durumlarda göstereceği özen objektif ölçü olarak nazara alınacaktır. Yani, basiretli işadamı kavramı iyiniyeti de içine alan, hatta iyiniyetten daha öte tedbirli bir hareketi, vasat bir şahıstan daha fazla özen

---

42 Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 13.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005. s.38; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, 3.Bası, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968,s.218; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticarî İşletme Hukuku, 14.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.152; Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.s.285; İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 2.Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 131; *Basiretli iş adamı*" ölçütü, "*mesleğe özgü ortalama kişinin ortalama davranışı*" ölçütü ile özdeş olsa bile bir tacirin faaliyeti özel bir yeteneği veya dikkati gerekli kılıyorsa, bu durumda söz konusu tacirden kusur bakış açısıyla istenecek özenin daha yüksek olacağı hususunda bkz. Gümüş, s.1230.

43 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 22. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2016, s.142.

44 Etem Kara, "Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man İle Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir", C. 19, Özel Sayı-2017, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, ss 2127-2163, s.2147; Willi Joachim"The 'Reasonable Man' in United States and German Commercial Law", Comparative Law Yearbook of International Business, Vol 15, 1992, s. 346.

gösterme gereğini, ticarî hayatın gereklerini iyi bilmeyi ve gelecekteki şartları tahmin etmeyi de ifade etmektedir[45].

Kanaatimizce SMK m.59/2 ile TTK m.18/2 hükmünün birlikte değerlendirilmesi sonucunda tacirlerin göstereceği özen yükümlülüğünün seviyesinin biraz daha yüksek tutulması gerektiği düşünülmektedir

TTK m.18/2 hükmü çerçevesinde SMK m.59/2 hükmünde ifade edilen "makul yollarla bilme" ifadesi, somut olayın özelliklerine göre, ilgili tasarımcı tacirden beklenebilecek olağan araştırma yöntemlerini ve bilgi edinme süreçlerini ifade eder. Bu hüküm tacirler bakımından ilgili olunan sektör ve tasarımların bilinçli olarak araştırılması ve sorgulanmasında belirli bir standart oluşturma amacını taşımaktadır. Başka bir deyişle tacirin göstermesi gereken özen, aktif bir çaba göstermeyi gerektirmektedir.

Tacirlerin kendi faaliyet alanları ile ilgili güncel sektörel gelişmeleri takip edebilmek için çeşitli tanıtım katalogları, sosyal medya ağları, elektronik ticaret platformları, çeşitli internet siteleri, her çeşit görsel ve yazılı medya kaynaklarından faydalanmaları, ayrıca gerek yurt içi gerek yurt dışında çeşitli fuarlara ve sergilere katılmaları ticaretin bir gereğidir. Aynı zamanda ticaretin ana kaidelerinden biri de rekabet ortamında rakiplerin davranışlarını ve politikalarını izlemektir.

İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen kişi tacir ise faaliyet gösterdiği sektördeki ürün- tasarımları ve bu sektörlerdeki güncel gelişmeleri makul yollarla bilmesi veya bilebilecek durumda olması bir gereklilik arz etmektedir. Geliştirdiği tescilsiz tasarımı ticari hayatında kullanmadan evvel, ya da mesela bir fuarda kamuya arz edip tanıtmadan evvel, o tasarımın rakiplerce daha önceden kamuya arz edilerek kullanılıp kullanılmadığını araştırması gerekmektedir. Bütün bunların ışığı altında tasarımcı tacirin, sektörü ile ilgili yurt içi ve yurt dışı fuar ve sergilere katılması, sektörü ile ilgili katalog ve yayınları hatta bu bağlamda Avrupa Tasarım Ofisi (EUIPO) veya Türk Patent ve Marka Kurumu'nun veri tabanlarını ve sektördeki temel kaynakları, sosyal medya ağları ve elektronik ticaret platformlarını takip etmesi beklenir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında[46] "*Davalının basiretli bir tacir olmasının beklenmesi nedeniyle de, kendisinin de içinde bulunduğu ilgili piyasada daha önce kamuya sunulmuş olan ürünler hakkında yeterli derecede bilgiye sahip olduğunun kabulü gereklidir*. " şeklinde belirtmiştir

Tescilsiz tasarım sadece yerel düzeyde küçük bir gruba tanıtılmışsa, ancak ulusal veya uluslararası bir bilinirliği yoksa, üçüncü kişi tacir bu tasarımdan habersiz olabilir. Tescilsiz tasarım sadece kapalı gruplarda (özel müşteri

---

[45] Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, 1961 yılı 1.Basıdan Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 419; Oğuz Kürşat Ünal, "Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti ", Y.9,S. 181, Maliye Postası,15.03.1988, ss.54-59. s. *55*; Nitekim Yargıtay'a göre de *Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli öngörülü bir tacirden beklenen özenin gösterilmesinin gerekli olduğu* kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK, ,E: 2003/13- 332 E, K: 2003/340, T: 7.5.2003(www.kararama.yargitay.gov.tr).

[46] *Yargıtay HGK, E:2013/11-209, K:2013/339, T: 27.03.2013 (https:// kararama.yargitay.gov.tr)*

kataloglarında) yayımlandıysa, kamusal alanda erişimi zor olduğu için üçüncü kişi tacirin bunu bilmesi beklenemez.

ABAD, bir kararında, "*Tasarımların, 5 ila 10 yaş arasındaki çocuklara yönelik ve diğer malların içinde ücretsiz hediye olarak ücretsiz dağıtılan küçük oyuncaklar olduğunun akılda tutulması gerektiğini, genel olarak, bu tür malların dikkatli bir şekilde incelenmesinin bile belirli bir inceleme ve ayrıntı düzeyinin ötesine geçmeyeceğini* ifade ederek tasarımın kamuya sunulmasının, ilgili sektör profesyonellerinin kolayca ulaşabileceği şekilde olması gerektiğini belirtmiştir. Karardan çıkarılan sonuç olarak, yalnızca küçük bir kitleye duyurulan bir tasarımın, *makul yollarla bilinebilecek* derecede sayılmadığı ifade edilebilir[47].

SMK m. 73/ 1 hükmüne göre, "*Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça çalışanların*[48] *bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdikleri ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptıkları tasarımların hak sahibi, işverenleridir*." Ayrıca stajyerler ve pratik yapan öğrencilerin iş ilişkisi çerçevesinde çalışmaları ile ortaya koydukları tasarımlarda da hak sahibi kural olarak işverenleridir.[49] Çalışanların, stajyerlerin, pratik yapan öğrencilerin meydana getirdiği tasarımlar bakımından işverenin hak sahibi sayıldığı durumlarda şayet işverenin tacir sıfatı bulunmakta ise meydana getirilen tasarım işveren-tacirin talimatları doğrultusunda bir işletme organizasyonu kapsamında ortaya çıkacağı için çalışanların meydana getirdiği tasarımlar bakımından da işveren-tacirin basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünün bulunduğu muhakkaktır. Zira iş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkının karşılığını işçinin talimatlara uyma borcu oluşturmaktadır.[50]

3-Üçüncü Kişinin Tacir Olmaması Durumunda Gösterilmesi Gereken Özen

Tasarım hak sahipliği bakımından tacir dışı üçüncü kişiler, çalışanlar, stajyerler, öğrenciler, öğretim elemanları, bir işverene bağımlı çalışma ilişkisi dışında kalan ve tacir olmayan esnaf, avukat, doktor, eczacı, mimar vb. serbest meslek mensupları ile hiçbir işte çalışmayanlardan ibarettir. Bunlardan çalışan, stajyer ve öğrencilerin çalışma ilişkisi içerisinde meydana getirdikleri tasarımlar bakımından hak sahibi kural olarak işveren-tacir olduğu için, burada da basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü söz konusudur.[51] Öğretim elemanlarının ise

---

47 https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-281/10. 20.03.2025 tarihli erişim

48 SMK m.2/d hükmünde çalışan tanımına yer verilmiştir. Hükme göre çalışan, özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuki ilişki gereğince, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişiler ile kamu görevlilerinden ibarettir.

49 SMK m. 73/ 3 hükmünde ise *çalışanların tasarımlarına ilişkin hükümlerin öğrencilerin ve ücretsiz olarak belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerlerin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (l) bendinde belirtilen öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirdiği tasarımlarında da* uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

50 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2021, s.359.

51 Bkz. "Üçüncü kişinin tacir olması durumunda göstermesi gereken özen " başlığı altındaki açıklamalarımız

bilimsel çalışmalar sonucunda geliştirdikleri tasarımlar bakımından ise hak sahibi kural olarak yükseköğretim kurumlarıdır[52]. Bu kurumlar devlet üniversiteleri olabileceği gibi vakıf üniversiteleri de olabilmektedir. Yükseköğretim kurumlarının basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır[53]. SMK m.73/4 hükmüne göre ise hizmet ilişkisi dışında kalan iş görme sözleşmeleri çerçevesinde yapılan tasarımlarda hak sahibi, taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir.

Tacir olmayan üçüncü kişiler, esnaflar dışında genellikle ticaret hayatında üretici ve satıcı olarak yer almadıkları için, korunan tasarımdan bağımsız olarak ortaya koyduklarını iddia ettikleri tasarıma ve sektöre ilişkin güncel gelişmeleri günü gününe takip etmemeleri, sektöre ilişkin fuar ve sergilere sürekli bir şekilde katılmamaları, sektöre ilişkin yayın ve katalogları incelememeleri olağan bir durumdur. Zira bu kişilerin basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüklerinin bulunmadığı da gözetildiğinde, bu kişileri sektöre ait gelişmeleri ve fuarları vs. takip etme gibi aktif bir çaba göstermek şeklinde yükümlü tutmak hukuken mümkün değildir.

İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen tacir olmayan üçüncü kişilerin gösterecekleri özen yükümlülüğü tacirlere oranla daha hafif dereceli olmalıdır. Tecavüz iddiası karşısında tacir olmayan üçüncü kişilerin SMK'ya göre korunan bir tescilsiz tasarımın, kendi tasarımlarından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilebilmeleri için gereken özen ölçüsü bakımından SMK m.59/2 hükmü ile TMK m.3/2 hükmünün de birlikte ele gözetilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce SMK m.59/2 hükmüne göre kamuya sunulan tescilsiz bir tasarımı "makul yollarla bilme" kavramı ile TMK m.3/3 hükmünde yer alan "durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösterme" kavramı birbiri ile paralellik arz etmektedir.

TMK m.3/2 hükmünde öngörülen durumun gereği olan bilme yükümlülüğünde aranan objektif ölçü, orta zekalı normal ve makul bir kişinin benzer olaylarda ortaya koyacağı davranıştır[54]. Bu itibarla kanaatimizce tacir olmayan üçüncü kişilerin göstermesi gereken özen bakımından da bu objektif ölçünün aranması isabetli olacaktır.

SMK m.59/2 hükmüne göre korunan tescilsiz tasarım hakkı sahibi, tacir olmayan üçüncü kişilerin ileri sürebileceği iyiniyet karinesini çürütebilir. Bu bağlamda tescilsiz tasarım hakkı sahibinin ispat külfeti, tescilsiz tasarımdan haberdar olmadığını ve bu bağlamda iyiniyetli olduğunu ileri süren tacir dışındaki üçüncü kişilerin göstermesi gereken özeni göstermediği ve iyiniyetli olmadığına yönelik olacaktır.

Bu duruma tescilsiz tasarım hakkı sahibi tarafından tescilsiz tasarımın kendisinin veya tescilsiz tasarımlara ait tanıtım kataloglarının iyiniyetli olduğunu

---

52 SMK m.73/3'e göre çalışanların tasarımlarına ilişkin hükümler *2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (l) bendinde belirtilen öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirdiği tasarımlarında da* uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir..

53 Bkz. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr /MevzuatMetin /1.5.2547.pdf, 18.03.2025 tarihli erişim; Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği için bkz .https://www.mevzuat .gov.tr/ mevzuat? Mevzuat No=9768&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5, 18.03.2025 tarihli erişim.

54 Edis, Başlangıç Hükümleri, s.269; Oğuzman/Barlas, s.256.

ifade eden tacir olmayan üçüncü kişilere gönderildiğinin ispatlanması ya da tescilsiz tasarımların iyiniyetli olduğunu ifade eden üçüncü kişilere satışının yapıldığının ispatlanması gibi örnekler verilebilir. Ayrıca koruma altındaki tescilsiz tasarımların kamuya arz edildiği bir sergi-fuar-panayır-lansman toplantısı ya da bir defile gibi organizasyonda iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen tacir olmayan üçüncü kişinin gerek kamera ve fotoğraflar yoluyla gerekse de katılımcı olarak orada bulunduğunun yazılı belge yoluyla kanıtlanması gibi durumlarda da tescilsiz tasarım hakkı sahibi, iyiniyet karinesinden yararlanabilecek olan bu kişilerin tescilsiz tasarımdan bu şekilde haberdar olduğunu ispat ettiğinde iyiniyet karinesi bertaraf edilmiş olacaktır.

SONUÇ:

Tasarım hukuku çerçevesinde, üçüncü kişilerin tescilsiz tasarımların kamuya sunulduğundan makul yollarla haberdar olabilme hususunda gösterecekleri özen, tecavüz iddialarının geçerliliğini etkileyen önemli bir faktördür. Özen, genel anlamda bir kişinin, belirli bir davranışı sergilemeden önce dikkat etmesi gereken titizlik ve duyarlılık seviyesini tanımlar. Bu tanım, tasarım hukukuna uygulandığında, tasarımın hakkının ihlal edilmesi durumunda üçüncü kişiler üzerindeki sorumlulukları belirlemede önem kazanmaktadır.

SMK m.59/2 hükmünde yer alan "korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesinin mümkün olmaması" kavramı tescilsiz tasarımın kopyalanmasının önlenmesi adına koruma hususunda kritik bir rol üstlenmektedir.

SMK 59. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan düzenlemeye göre, "korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.

SMK m.59/2 hükmü ile tescilsiz tasarım hakkının korunmasında tecavüz iddiası karşısında iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından bir iyiniyet karinesi öngörülmüştür. Üçüncü kişinin buradaki iyiniyeti, kendi tasarımını korunan tescilsiz tasarımdan habersiz olarak kendi oluşturduğu başka bir deyişle davacının tasarımını kopyalamadığına yöneliktir. Başka bir deyişle koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımdan habersiz olarak yapılan başka bir tasarımın sahibinin, koruma kapsamındaki tescilsiz tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün değilse, bağımsız tasarım yapan bu kişinin tasarımı kopya tasarım olarak nitelendirilmeyecektir.

SMK m.59/2 hükmündeki iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanan kişinin tacir olup olmamasına göre bir ayrım yapılması gerekmektedir. Zira tacir olmayan kişinin göstereceği özen ile tacirden beklenen özen derecesi farklılaşmaktadır.

SMK m.59/ 2 hükmünde yer alan bu kavram dolayısıyla tacir olmayan üçüncü kişilerin göstermesi gereken özen yükümlülüğü, TMK m.3 hükmü ile düzenlenen genel iyiniyet kuralının izdüşümüdür. SMK m.59/2 hükmü, tacirin göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ise TTK m.18/2'de yer alan basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmesini gerektirir.

Tacirlerin kendi faaliyet alanları ile ilgili tanıtım katalogları, sosyal medya ağları, elektronik ticaret platformları, çeşitli internet siteleri, her çeşit görsel ve yazılı medyadan faydalanmaları ayrıca gerek yurt içi gerek yurt dışında çeşitli

fuarlara ve sergilere katılmaları ticaretin bir gereğidir. Bu gibi yollarla tacirler kendi sektörlerindeki güncel gelişmeleri takip edecek ve gelişmeler doğrultusunda faaliyetlerini daha sağlıklı bir zeminde yürütme imkanına sahip olacaklardır. Aynı zamanda ticaretin ana kaidelerinden biri de rekabet ortamında rakiplerin davranışlarını ve politikalarını izlemektir.

Bu bağlamda iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen tacirin faaliyet gösterdiği sektördeki ürün- tasarımları ve bu sektörlerdeki güncel gelişmeleri makul yollarla bilmesi veya bilebilecek durumda olması bir gereklilik arz etmektedir. Bu bağlamda tacirlerin göstereceği özen yükümlülüğünün seviyesi biraz daha yüksek tutulmalıdır. Bu konuda tacirden beklenti, sektöre ve tasarıma ait gelişmeleri, fuarları, yayınları, katalogları vs.düzenli olarak takip etmek şeklinde aktif bir çaba göstermektir.

Tacirlerin göstermesi gereken özen borcu ile Türk Medenî Kanununda belirtilen özen borcu arasında fark bulunmaktadır. Bir tecavüz iddiası karşısında tacir olmayan üçüncü kişilerin SMK'ya göre korunan bir tescilsiz tasarımın, kendi tasarımlarından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilebilmeleri için gereken özen ölçüsü bakımından SMK m.59/2 hükmünün yanısıra TMK m.3/2 hükmünün de ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce SMK m.59/2 hükmüne göre kamuya sunulan tescilsiz bir tasarımı "makul yollarla bilme" kavramı ile TMK m.3/3 hükmünde yer alan "durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösterme" kavramı birbirine paraleldir.

İyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak isteyen üçüncü kişiler tacir değilse gösterecekleri özen yükümlülüğü tacirlere oranla daha hafif dereceli olmalıdır. Zira bu kişiler için basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Tacir olmayan üçüncü kişileri sektöre ait gelişmeleri fuarları, katalog ve yayınları takip etme gibi aktif bir çaba göstermek şeklinde yükümlü tutmak yasal olmadığı gibi hakkaniyete de uygun değildir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T, Medeni Hukuk, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Akipek J, Türk Medeni Hukuku, C.1, Cüz:1 (Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri), Sevinç Matbaası, Ankara,1973.

Akipek J, "Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri", C. 14, S. 1, AÜHFD, Ankara, 1957.

Akipek J./Akıntürk T/Karaman D A, Türk Medeni Hukuku Kişiler Hukuku, 13. Baskı, C.1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Akkanat H, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, 1.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Alangoya Y, "İspat Yükü Bakımından M.K. m.3", C. 27, S. 1-4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss 358-361.

Alangoya Y / Yıldırım K/Deren-Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları,5.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul,2009.

Antalya G / Topuz M, Medeni Hukuk I Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara,2019.

Aral F/Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 22. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2016.

Aslan İ. Y, "Medeni Kanunda İyinıyetin Düzenlenme Şekli" , C.7, S. 1, Bursa,1986 Uludağ üniversitesi İİBF Dergisi, ss.189-195.

Ataay A, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Ayan M, Medeni Hukuka Giriş, 2.Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2009.

Başpınar V, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu,2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Benli E, " İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", C. 26, S.1, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 300-316.

Bently L/Sherman B, Intellectual Property Law, 4th Edition, Oxford, 2014

Bozgeyik H/ Er S, "Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma", S.5, 1, 2019, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, ss.19-38.

Can O, "Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük", C.8, S.2, 2008, FMR, Ankara, ss. 77-94.

Cavit E C, Tasarım Hakkına Tecavüz ve Hukuki Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2021

Şehirali Çelik F H, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler," 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), Ankara, 2017.

Doğanay İ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 2.Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.

Dural M/ Sarı S, Türk Özel Hukuku C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, 13.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul,2018.

Edis S, "Türk Medeni Hukukunda İyiniyet", AÜHF Yayınları, Ankara,1972, H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, ss.135-166.

Edis S, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 10, Ankara,1989.

Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara,2009

Erten A, "İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", AÜHF Yayınları, Ankara, 1972, H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, ss.179-212

Fidan İ, Tescilsiz Tasarımların Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011

Gümüş M A, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M.18/2'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (Tmk M.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi", C. 22 S.3, Cevdet Yavuz'a Armağan , ss.1221 – 1240.

İmre Z, Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980.

İmregün O, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 13.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

Joachim W, "The 'Reasonable Man' in United States and German Commercial Law", Comparative Law Yearbook of International Business, 1992

Kara E, "Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man İle Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir", C. 19, Özel Sayı-2017, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, ss 2127-2163.

Karayalçın Y, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, 3.Bası, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968.

Köprülü B, Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku, 1.Bası, Fakülteler Matbaası İstanbul,1979.

Kuntoğlu Ö F, "Tasarım Hukukunda Önceki Kullanımdan Doğan Hak", S. 60,2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss.511-536.

Makas R, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", C. XVI. S. 4. 2012,Ankara, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.149-180.

Merhacı S Ö, Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarımların Hükümsüzlüğü,1.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2023.

Oğuzman K/ Barlas N, Medeni Hukuk, 24.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul,2018.

Özşahin Ö, Sınai Mülkiyet Kanunu El Kitabı, 10.Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017

Öztan B, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008

Pekcanıtez H/Atalay O/ Özekes M, Medeni Usul Hukuku,14. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Poroy R / Yasaman H, Ticarî İşletme Hukuku, 14.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

Postner R A, “Economic Analysis of Law”, 9th.Edt, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014.

Sarper S, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2021.

Semiz Ö / Kılıç M, “Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap”. S.12,128,2017,Terazi Hukuk Dergisi, ss. 63-74.

Sert M, Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre tescilsiz tasarımların korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep,2019.

Shavell S, “Foundations of Economic Analysis of Law”, Harvard University Press, Cambridge 2004.

Suluk C/ Erzurumluoğu E Ö, “Türkiye’de Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme”,2012, Erzurumluoğlu Armağanı, ss. 719-737.

Suluk C/ Dumlupınar B Z, Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Tandoğan H, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, 1961 yılı 1.Basıdan Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010

Tekinalp Ü, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, der. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, ss.5-84.

Tekinay S S, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul,1970.

Tiryaki B, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008.

Tüzgen A H, Tescilsiz Tasarımların Hukuken Korunması, 1.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul,2023.

Umar B, Hususi Hukukta İspat Yükü, 1.Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1968.

Ülgen H/ Helvacı M/ Kendigelen A/ Kaya A/Nomer E F, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Ünal O K, “Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti ”, Y.9,S. 181, Maliye Postası,15.03.1988, ss.54-59.

Velidedeoğlu H V, Türk Medeni Hukuku»., C. 1., Cüz L, 6. Bası, İstanbul, 1959.

Yavuz C/Acar F/ Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2014.

Yurduseven Ş, “6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu İle Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem” Y.8, S.31, TAAD, ss.669-689.

Zevkliler A/Acarbey M B/Gökyayla K E, Medeni Hukuk, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ REKLAM YASAĞI YÖNETMELİĞİNDEKİ GÜNCEL DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

An Evaluation on the Recent Amendments in the Union of Turkish Bar Associations' Regulation on Advertising Prohibition

Dr. Öğr. Üyesi Burçin YAZICI*

Öz: Avukatlık mesleğinde reklam yasağı kabul edilmiştir. Bu yasak başta mesleğin kamu görevi niteliği ve bağımsızlığı olmak üzere pek çok açıdan anlamlı ve elzemdir. Bununla birlikte avukatlık mesleği toplumsal değişimlere ayak uydurmak ve kendini yenilemek zorundadır. Toplumun gerisinde ve ihtiyaçlardan uzak mesleki kural ve ilkeler uygulamada karşılık bulamaz. Reklam yasağının varlığı ve nedenleri avukatlara yeterince aktarılamayan bir ilke olarak karşımıza çıkar. Bunun doğal sonucu olarak yasağın yaygın şekilde ihlâllerine rastlayabilmek mümkündür. Türkiye Barolar Birliği, 09.08.2024 tarihinde reklam yasağı yönetmeliğinde esaslı değişiklikler yapmıştır. Değişiklikler yasağın daha sıkı uygulanacağına işaret etmektedir. Avukatın reklam yasağının varlığını sürdürmesi veya sürdürmemesi uç noktada savunulan iki ayrı görüştür. Kanaatimizce reklam yasağı içinde bulunduğumuz çağa uygun mesleki ilkeler ekseninde yeniden ele alınmalıdır. Mevcut hâli ile eleştirilen yasak Yönetmelikle birlikte uygulamadan tamamen kopmuştur. Uygulanmayan ve uygulanabilir olmaktan uzaklaşan bu yasağın korunması ile birlikte mesleği olumlu yönde geliştirebilmek adına uzman avukatlık sisteminin getirilmesi elzemdir. Mesleki rekabetin yoğun bir şekilde yaşandığı, bilgilendirme adı altında reklam yasağının ihlâl edildiği avukatlık mesleğinde uzmanlaşmanın önünün açılması ile bilgi ve tecrübeye dayalı gerçek ve dürüst bir sistem yaratılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık Reklam Yasağı, Reklam Yasağı Yönetmeliği, Uzman Avukatlık Modeli, Avukatlık Kanunu.

Abstract: The prohibition on advertising inside the legal profession has been accepted. This prohibition is significant and crucial in several aspects, especially regarding the public service nature and autonomy of the profession. Nevertheless, the legal profession must adapt to societal transformations and renewal. Professional regulations and concepts that are outdated and misaligned with societal requirements fail to elicit practical responses. The rationale and implications of the advertisement prohibition are the notions that are inadequately explained to lawyers. Consequently, it is possible to come across widespread violations of the prohibition. On August 9, 2024, the Union of Turkish Bar Associations enacted significant revisions in the law concerning the banning of advertisements. The amendments signify that the restriction will be enforced more rigorously. The debate about the continuation of the restriction on lawyer advertising encompasses two opposing viewpoints. The advertising prohibition should be reevaluated in accordance with the professional standards pertinent to our current day. The disputable restriction, in its present form, is detached from practical application of the law. Alongside the ineffective enforcement of this restriction, which is no longer valid, it is crucial to establish an expert advocacy structure to positively advance the profession. A genuine and transparent system founded on expertise and experience must be established by facilitating specialisation within the legal profession, where professional competition is fierce and advertising prohibitions are violated under the guise of information sharing.

Keywords: Lawyer Advertising Prohibition, Regulation on Advertising Prohibition, Expert Lawyer Model, Law on Lawyers.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, burcin.yazici@atauni.edu.tr
ORCID: 0000-0002-6621-8059 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677373
Makale Geliş Tarihi: 30.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 17.03.2025

GİRİŞ

Hukuk sisteminde avukatlık mesleğinin statüsü ve niteliğine önem atfedilmiştir. Üç ayaklı yargı erkinin bir ayağı olan savunmayı temsil etmesi nedeniyle avukatlık, özel nitelikli bir meslektir. Avukatlık mesleğine tanınan bu statü Avukatlık Kanunu[1] m. 1'de açıkça düzenlenir. Buna göre avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Mesleğin temelinde yer alan bu iki karakter, meslek kurallarının şekillenmesinde belirleyicidir.

Türk hukukunun dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sistemine göre avukatlık ticari bir faaliyet değildir. Avukatlık büroları ticarethane olmayıp avukatlar da mesleki faaliyetleri neticesinde kâr amacı gütmezler. Bu husus avukatlık mesleğinin sermaye ve teşebbüs gücünden ziyade mesleki bilgi ve şahsi emeğe göre faaliyet gösterdiği kabulüne dayanır.[2] Avukatlık mesleği ile ifa edilen hizmetin kamusal nitelik taşıması, mesleğin ticari rekabetten uzak kalma arzusu, saygınlığı ve bağımsızlığının korunması vd. nedenlerle meslek faaliyeti esnasında reklam nitelikli faaliyetlerde bulunulması yasaklanmıştır.

Reklam yasağının da düzenlendiği "*Avukatın hak ve ödevleri*" Avukatlık Kanun'unun altıncı kısmında düzenlenmiştir. Bu kısımda mesleğe özgülenmiş önemli hakların yanı sıra yükümlülük olarak belirtilen çeşitli ödevlere yer verildiği görülür. Kanun m. 34'te avukatlara görevlerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmeleri; avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun davranışlar içinde olmayı ve meslek kurallarına uymalarını genel bir ödev olarak yüklemiştir. Yükümlüklere ilişkin yaptırımlar kanunun onuncu kısmında "*Disiplin İşlem ve Cezaları*" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre Kanun, Yönetmelik ve meslek kurallarına uygun olmayan eylem ve faaliyetler içinde bulunan avukatlara uyarma cezasından meslekten çıkarmaya kadar uzanan disiplin cezaları uygulanır.

Reklam yasağı, avukatın mesleki statüsünden kaynaklanan bir yükümlülük olarak m. 55'te yer alır. Yasak olarak tanımlanan bu yükümlülük gereği avukatın iş elde etmek amacıyla reklam niteliğinde bir teşebbüs ve harekette bulunması, tabela ile basılı kağıtlarında avukatlık unvanı ile bağdaşan unvanlar dışında başkaca bir unvan bulundurması yasaktır. Avukatlık meslek kuralları m. 7'de söz konusu yasağı destekler nitelikte tanzim edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında avukatın, salt ün kazandırmaya yönelen her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Yasağın kapsamı ve uygulama biçiminin ortaya konması amacıyla ilk olarak 2001 yılında olmak üzere birden fazla kez reklam yasağı yönetmeliği yayımlanmıştır.

---

1 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, RG.19.03.1969, S. 13168.

2 Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 593-594; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Eylem Apaydın, Fatih Aydemir, Duygu Koçak Diker, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023, s. 84; Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 104; Nejat Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 77; Selçuk Öztek, "Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı", C. 12, S. 1-3, 2006, Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayı, s. 674; Murat Yavaş, "Türk Hukukunda Avukatın Reklam Yapma Yasağı", C. 21, S.2, 2015, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayı, s. 729.

Çalışma, reklam yasağı yönetmeliğinde yapılan en son değişiklikleri incelemeyi ve bu kapsamda yasağın sınırlarının anlaşılmasını amaçlamaktadır. Yasak, değişen toplumsal koşullar karşısında uygulanabilirliğini yitirme noktasındadır. Bu nedenle yasağın varlık amacının hatırlanması önemlidir. Bununla birlikte içinde bulunduğumuz bilgi çağında teknolojideki gelişmelere bağlı olarak mesleki yasak ve yükümlülüklerinde toplumsal değişimlere göre yeniden uyarlanması veya yeni kurumların ihdas edilmesi ihtiyacı hasıl olmaktadır.

I. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE AVUKATLIK REKLAM YASAĞI

A. GENEL OLARAK "AVUKATLIK REKLAM YASAĞI"

Yargı faaliyetinde son derece önemli bir rol oynayan avukatlık mesleğinin başta mesleğe kabul olmak üzere tanınan hak ve yetkiler ile yükümlülükleri meslek kanunu olan Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmektedir. Yargının kurucu unsuru olan savunmayı temsil eden avukatlık mesleğinin tâbi olduğu hukuk rejiminin iki farklı anlayışa göre şekillendiği görülür. Birinci anlayış Anglosakson hukuk rejiminin uygulandığı ülkelerde avukatlık mesleğinin ticari bir faaliyet niteliğinde kabul edilmesidir. Buna göre avukatın serbest piyasa şartlarına göre fiyatını belirlemesi, reklam yapması, ticari nitelikli faaliyetlerde bulunması mümkündür.[3] Bizim de dâhil olduğumuz Kara Avrupası hukuk rejimine göre avukatlık ticari bir faaliyet olmayıp mesleki tecrübenin ön planda tutulduğu mesleki faaliyettir.[4] Türk hukukunda bu anlayıştan hareketle daha katı bir rejim uygulanmakta olup, mesleki faaliyetin kamu hizmeti ve serbest meslek niteliği taşıdığı kabul edilir. Söz konusu nitelendirmeye bağlı olarak mesleki faaliyet belirli yasak ve yükümlülüklerle sınırlanmıştır.

Avukatlık reklam yasağı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu[5] m. *55*'te düzenlenmiştir. Avukatın hak ve ödevlerinin düzenlendiği kanunun altıncı kısmında yer alan düzenlemeye göre avukatların iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü faaliyete yönelik teşebbüs ve hareketleri ile avukatlık tabelaları ve kartvizitlerinde meslekle bağdaşmayan unvanların kullanımı yasaktır. Yasağın kapsamı 2001 yılında 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[6] ile genişletilmiş, kanunun *55.* maddesine iki yeni fıkra eklenmiştir. Bu eklemelerden ilki avukat büroları ve avukatlık ortaklıklarının yasak kapsamına dahil edilmesi, diğeri ise reklam yasağının bir Yönetmelikle düzenlenmesine karar verilmesidir. Avukatlık Kanunu m. *55/* f.3 uyarınca reklam yasağına yönelik Yönetmelik düzenleme yetkisi Türkiye Barolar Birliği'ne bırakılmıştır. TBB bu yetkiye dayalı olarak ilk olarak 2001 ve daha

---

[3] Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, s. 3; Ali Çetin Aslan, Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 111.

[4] Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, s. 3; Sungurtekin-Özkan, s. 20-21; Christian Rumpf, "Türk Hukuku ile Mukayese Edildiğinde Almanya'da ve Avrupa'da Avukatların Reklam Yapma Hakkı", C. 68, S. 2010/1, Ankara Barosu Dergisi, s. 146; Atilla Sav, Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", C.68, S. 2010/1, Ankara Barosu Dergisi, s. 133.

[5] 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu; RG, 07.04.1969, S. 13168.

[6] 4667 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; RG. 10.05.2001, S. 24398.

sonra 2003 yıllarında Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği[7] yayınlamıştır. Mevcut Yönetmelik (2003 tarihli) ilk olarak 2010 yılında[8] ve son olarak 2024 tarihinde önemli revizyona tabi tutulmuştur.

Reklam yasağı meslek etik kurallarında[9] da yer alır. Avukatlık meslek kuralları m. 7 ve m. 8 uyarınca avukatlar, salt ün kazandırmaya yönelen her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. Bununla birlikte avukat mesleğini ifa ederken bazı özel durumlarını reklam niteliği taşımayacak biçimde yazılı, işitsel, görsel iletişim araçları ile her türlü çevrim içi mecralarda ilan yoluyla duyurabileceği hükme bağlanmıştır.

B. YASAKLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Avukatlık reklam yasağını anlayabilmek için öncelikle yasal düzenlemelerde mesleki faaliyetin nasıl ele alındığını değerlendirmek gerekir. Mesleğin mahiyetini düzenleyen Kanunun 1. maddesine göre avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında 2001 yılında yapılan değişiklik ile avukatın yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı temsil ettiği vurgulanmıştır. Böylelikle avukatlık mesleğinin hak ettiği konum açık bir şekilde kanunda yer almıştır. Mesleğin amacını belirten 2. madde şu şekildedir: "*Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır*". Madde 2'ye göre avukatlık mesleği üç temel amaca hizmet eder. Bunlar: hukuki ilişkilerin düzenlenmesi; hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun çözümlenmesi; hukuk kurallarının uygulanmasına hizmet etmektir.[10] Avukatlar hukukun uygulanmasında objektif görev üstlenirler. Mahkeme içtihatlarının geliştirilmesi ve hukukun yorumlanmasında ve geliştirilmesinde önemli bir rol oynarlar.[11]

Anayasa Mahkemesi 1971 tarihli kararında avukatlık mesleğinin statüsü üzerine şu ifadeleri kullanmıştır: "*Bazı meslekler özel statüleri gereği çeşitli sebeplerle kısıtlamalara tabi tutulabilir. 1136 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu belirtilmiştir. Kanun'un 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımı görev bilen avukatın hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır*".[12]

Avukatlık Kanunu m. 1 mesleki faaliyeti açıkça kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Kamu hizmeti, genel olarak kamunun ortak faydasına yönelik olarak ve

---

7 Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği; RG. 21.11.2003, S. 25296.

8 Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; RG. 07.09.2010, S. 27695.

9 https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari. pdf (E.T. 26.10.2024)

10 Sav, s. 133.

11 Rumpf, s. 146.

12 AYM, Baş. No. 2014/15001, Karar Tar. 27.12.2017, Keleş Öztürk, § 49.

toplumsal gereksinimlere cevap veren faaliyet olarak nitelendirilir.[13] Avukatlar adalet hizmetinin yerine getirilmesine ve hakkın hukuka uygun olarak teslim edilmesine hizmet eder. Bu sebepledir ki yapılan mesleki faaliyet özel girişim faaliyetlerinden farklı olarak kamu yararı ile sıkı bir ilişki içindedir. Mesleki faaliyetin bu ayrıcalıklı hukuksal statüsü gereği kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir.[14] Bu nitelendirilme, mesleğin icrasında sıkı denetim koşullarını ve bazı sınırlamalara tabi kılınmayı da beraberinde getirir.[15] Avukatlık mesleği özünde avukat-müvekkil arasındaki güven ilişkisine dayanır. Bu ilişkinin doğal sonucu olarak avukatın dürüst, onurlu ve mesleğin vakarına uygun hareket etmesi beklenir. Avukatlık hizmetinin kamu yararı boyutu yargıya olan güveni doğrudan etkiler.[16]

Mesleğin diğer mahiyeti serbest meslek mensubu olma hâlidir. Serbest meslek faaliyeti niteliği avukata yoğunluğunu düzenlemesine, teklif edilen bir işi alma ya da almama noktasında serbestlik tanımasını ifade eder.[17] Avukat, çalışma saatlerini ve buna bağlı olarak kazancını serbestçe belirleyerek, kişisel sorumluluğu altında mesleki faaliyetini yürütür.[18] Bununla beraber serbest meslek faaliyeti avukatın vergilendirilmesi ve kanunlar önündeki durumunu belirlemesi bakımından önemlidir. Serbest meslek kazancının tanımlandığı Gelir Vergisi Kanunu[19] m. 65/f. 2 uyarınca serbest meslek faaliyeti "*Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda yer alan tanımının avukatlık mesleği ile örtüştüğü görülür.[20]

Türk hukukunun da dahil olduğu Kara Avrupası hukuk anlayışı hâkim yetiştirme esası üzerine kuruludur.[21] Bu yaklaşımda avukat, devletin egemenlik yetkisine dahil olan yargının kurucu unsurlarından biridir.[22] Dolayısıyla avukata tanınan bu işlev ve statü, meslekte kazanç elde etme amacının ikincil planda tutulmasını gerektirir. Anglosakson hukuk sistemi ise avukat yetiştirme esası

---

13 Ali Haydar Özkent, Avukatın El Kitabı, by, İstanbul, 1940, s. 411; Sungurtekin-Özkan, s.7; Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 97; Aday, s.36; Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara 1991, s. 234 vd.

14 Anayasa Mahkemesinin 21.01.1971 günlü E. 1969/33, K. 1971/7 sayılı Kararı (RG. 23.08.1971, S. 13935); Ali Ulusoy, "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", S. 1-4, 1999, AÜHFD, s. 168.; Güner, s. 97.

15 Ejder Yılmaz, "Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık", 1995, C. 44, S.1-4, AÜHFD, s.203; Yavaş, s. 728; Sungurtekin Özkan, s. 8. Aksi yönde Şamil Demir, Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler", Y. 67, S. 3, 2009, ABD, s. 66-67.

16 Recep Akcan, İbrahim Ercan, "Avukatlıkta Reklam Yasağı", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 83.

17 Aday, s. 39.

18 Sungurtekin-Özkan, s. 47.

19 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu; RG, 31.12.1960, S. 10700.

20 Güner, s.104-105.

21 Yılmaz, s. 203; Aslan, s. 115.

22 Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, s. 3.

üzerine temellenir.[23] Bu sistemde avukatlık ticari bir faaliyet olup kazanç elde etme amacı ön plana çıkar.

Avukatlık mesleği kâr amacı gütmeyen, özünde bilgi ve tecrübenin sunulduğu bilimsel mesleklerden biridir.[24] Türk hukukunda avukatlık faaliyetlerinin reklam ve benzeri teşebbüslerle duyurulması, bu sayede iş elde edilmesi ve rekabet yaratacak şekilde avukatın ön plana çıkarılması yasaklanmıştır. Reklam yasağının temelinde mesleğin sermaye ve teşebbüs gücünden ziyade mesleki bilgi, tecrübe ve emeğe dayalı olması yatar. Avukatların çıkar sağlayıcı işler peşinde koşmaları mesleğin niteliği ve amacına aykırı görülmüştür.[25] Zira avukatlık faaliyetinin kamu hizmeti yönü ile reklam faaliyetinin bağdaşmadığı böyle bir faaliyette bulunmanın mesleğin saygınlığına zarar vereceği kabul edilir.

Ticari bir amaç gütmeme, kâr amaçlamamayı da beraberinde getirir. Nitekim yargının kurucu unsurlarından biri olarak görev ifa ede avukatın, işinin önemi gereği sadece kazanç elde etmeye odaklanmaması üstlendiği görevi gereği gibi yerine getirmesi beklenir. Avukatlıkta itibarın reklam ile değil başarılı bir mesleki hayattan geçmesi gerekir.[26] Mesleğin itibarının korunması bireysel değil kolektif bir çaba gerektirir. TBB Disiplin Kurulu kararında belirtildiği üzere "*Avukatlık, kolektif bir itibar mesleğidir. Bu itibardan yararlanmak her avukatın hakkı olduğu gibi, bu itibarı korumak ve lekelenmesine izin vermemek de her avukatın yükümlülüğüdür*".[27]

Reklam faaliyeti mesleği ticarileştirebileceği gibi müvekkil ile olan ilişkisinde bağımsızlığını ortadan kaldırır.[28] Avukat, her ne kadar müvekkilin talimatları ve menfaatleri ile bağlı olsa da mesleğin gereği olarak adaletin hukuka uygun olarak tecelli etmesine hizmet etmelidir. Son olarak reklam faaliyetine izin verilmesinin beceri ve yeteneği ikinci plana atacağı kaygısı ileri sürülmüştür.[29] Avukat, toplum içinde bilgi ve başarıları ile kendini tanıtmalıdır.

II. REKLAM YASAĞI DÜZENLEMELERİ VE 09.08.2024 TARİHLİ REKLAM YASAĞI YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİKLERİNİN GETİRDİKLERİ

A. REKLAM YASAĞININ TARİHİ GELİŞİMİ VE REKLAM YASAĞI YÖNETMELİKLERİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana avukatlık mesleğini düzenleyen üç temel yasa söz konusu olmuştur. Bunlar: 1924 Tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu[30], 1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık kanunu[31] ve 1969 tarih

---

23 Yılmaz, s. 203; Aslan, s. 115

24 Sungurtekin-Özkan, s. 44.

25 Aslan, s. 54.

26 Aday, s. 77.

27 TBB Disiplin Kurulu Kararı T. 05.11.2023, E. 2023/828, K. 2023/924; TBB Disiplin Kurulu Kararı, T. 19.01.2024, E. 2023/1009, K. 2024/16.

28 Aday, s. 77; Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, s. 85.

29 Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, s. 85.

30 460 Sayılı Muhamat Kanunu, RG. 03.04.1924.

ve 1136 sayılı Avukatlık kanunudur. Her üç kanunda da reklam ve tanıtım faaliyetleri yasaklanmıştır. Muhamat Kanunu m. 35'de genel olarak avukatın kendisine bir iş getirmesini sağlamak amacıyla mesleğin haysiyetine aykırı girişimlerde bulunulmasını, gazete ve diğer yollarla tanıtım faaliyetinde bulunmalarını yasaklanmıştır. 1938 tarihli Avukatlık Kanunu m. 43'te benzer şekilde avukata müvekkil sağlama ve reklam mahiyetinde faaliyette bulunmayı yasaklamıştır. Son olarak ve hala yürürlükte bulunan 1136 sayılı Kanun'un m. 55 önceki yasak düzenlemelerini muhafaza etmektedir. Avukatlık Kanunu m. 55 uyarınca avukatlar iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve hareketten uzak durmalı, basılı ve elektronik evraklarında meslekle bağdaşmayan unvanları kullanmaları açıkça yasaklanmıştır.

1971 yılında TBB yönetim kurulunca kabul edilen meslek kuralları m.7, m. 8 ve m. 9 da reklam ve tanıtım faaliyetlerine yönelik yükümlülükler ortaya konmuştur. Meslek Kuralları m. 7 uyarınca avukat salt ün kazanmaya yönelik her türlü gereksiz faaliyetten sakınmalıdır. Bununla birlikte sınırlı da olsa mesleki faaliyetlerini duyurabilir. Bu duyurular sadece adres değişiklikleri, büro açılışı ve altı aydan uzun süreli ayrılık sonrası mesleğe dönüşün bildirilmesine yönelik yapılabilir. Duyurular, reklam niteliği taşımayacak şekilde yazılı ve görsel basında yapılabilir. Madde 7'nin devamında avukatın kullanacağı antetli kağıtlar, kartvizitler, basılı ve elektronik belgeler ile tabelanın reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta düzenlenmeyeceğine yer verilmiştir. Madde 8 avukata iş elde etmeye yönelik reklam niteliğindeki faaliyetlerini yasaklarken, madde 9 avukatın mesleki hayatı ile özel hayatı arasında denge kurmasını ve meslek unvanının yahut meslek dışı edindiği mevki ya da makamının avukatlık mesleğini etkiler şekilde kullanmasını yasaklamıştır.

Avukatlık Kanun'unda ve meslek kurallarında sınırlı olarak düzenlenen reklam yasağının uygulanmasına yönelik bir Yönetmelik düzenlemesi 2001 yılına dek mümkün olmamıştır. Yasağın detaylarının düzenlenmesi ihtiyacını gören yasa koyucu bu konudaki yetkiyi 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun ile Avukatlık Kanunu ile Türkiye Barolar Birliğine bırakmıştır. TBB ilk olarak 14.11.2001 yılında yayınladığı Yönetmelik ile reklam yasağını ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Ancak söz konusu yönetmeliğin eleştirilmesi neticesinde kısa bir süre sonra yerini 2003 tarihli yeni yönetmeliğe bırakmıştır. Türkiye Barolar Birliği tarafından 21.11.2003 tarihinde yayınlanan Yönetmelik, 2010 ve 2024 yıllarında esaslı değişikliklere uğramıştır. Yönetmelikteki güncel değişiklikler 09.08.2024 tarihli Resmî Gazetede ilan edilmiştir.

B. 09.08.2024 TARİHLİ TBB REKLAM YASAĞI YÖNETMELİĞİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Başta sosyal medya olmak üzere çevrimiçi platformların yaygınlaşması avukatlık mesleğinde önemli gelişmelerin yaşanmasını beraberinde getirmiştir. İçinde bulunduğumuz teknoloji çağında bilgiye ulaşım hızlı ve basittir. Hemen hemen herkesin kullanımında olan akıllı telefonlar, bilgisayarlar, tabletler ve benzeri erişim harikaları sayesinde istenilen konuda araştırma yapma, bilgi sahibi olma veya fikir edinmek mümkündür. Bu durum her toplumsal alanda

---

[31] Avukatlık Kanunu, RG, 27.06.1938, S.3944.

karşılık bulmakta avukatlık mesleği de nasibini almaktadır. Ancak özel statülü bir meslek grubu olan avukatların Kanun, Yönetmelik ve meslek ilkelerinde yer alan sınırlamalar doğrultusunda hareket etmeleri beklenir.

09.08.2024 tarihli Reklam Yasağı Yönetmelik değişiklikleri genel olarak değerlendirildiğinde daha katı yasaklar getirdiği söylenebilir. Yönetmelik değişikliğinin Türkçe yazım kurallarına uygunluk sağlanmasının yanı sıra medya ve özellikle sosyal medya faaliyetlerini kısıtlamaya yöneldiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte reklam yasağının temel kıstası olan ticari amaç taşıyan veya sırf reklam yoluyla iş elde etmeye yönelik faaliyetler bakımından da kısıtlayıcı hükümler içerdiğini ifade edebiliriz.

Yönetmeliğin güncel kapsamını ele alabilmek ve anlayabilmek için değişiklikten önceki ve sonraki durumunun karşılaştırılması gerekir. Ancak bu kapsamda Yönetmelikte yer alan tüm maddelerin değerlendirilmesi yapılmayacak sadece güncel tarihli Yönetmelikte değişikliğe uğramış maddeler ele alınacaktır.

Reklam Yasağı Yön. m. 1- Amaç: Önceki düzenlemede yönetmeliğin amacı olarak esasen reklam yasağının amacını ifade eder şekilde olan düzenleme[32] kaldırılmış, kanun yapma tekniği ile bağdaşır şekilde yönetmeliğin amacının reklam yasağına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu vurgulanmıştır.

Reklam Yasağı Yön. m. 2- Kapsam: Reklam yasağına tâbi olanların tespitinin yapıldığı bu maddede yerinde bir değişikliğe gidilerek "avukat stajyeri" ifadesi "stajyer avukat" olarak değiştirilmiştir. Ancak dava vekilliği kurumunun hala korunduğunu görmekteyiz. Avukatlık Kanunu geçici 13. maddesinde yer alan ancak günümüzde bir karşılığı bulunmayan dava vekili uygulamasının Yönetmelikten çıkarılmaması hatalıdır.

Reklam Yasağı Yön. m. 4- Avukatın Mesleki Görüşmeleri, Büroların Yapısı ve Bağımsızlığı: Önceki düzenlemeden farklı olarak madde başlığının daha kapsayıcı hale geldiğini ve içerik bakımından yeni düzenlemelerin karşımıza çıktığını görmekteyiz. Öncelikle madde başlığı avukatın mesleki görüşmeleri, büroların yapısı ve bağımsızlığı olarak değiştirilmiş böylelikle önceden sadece "*büro*" olarak düzenlenen maddenin kapsamı genişlemiştir.

Mesleki görüşmelerin, mesleğin saygınlığını ve itibarının korunması amacıyla uygun yerlerde yürütülmesi arzu edilmektedir. Bu düzenleme Avukatlık Kanun m. 51'de yer alan "*danışma yapılması uygun olmayan yerler*" başlıklı hükümle uyumun sağlanması bakımından yerindedir. Söz konusu yasak avukatın müvekkili ile görüşme yapacağı ve hukuki danışmanlık verebileceği alanı sınırlayarak, mesleğin saygınlığını korumayı amaçlar. Avukatlık Kanunu m. 51 uyarınca avukatlar ancak bürolarında iş kabul edebilirler. Ancak özel olarak çağırılmışsa büro dışında iş kabul edebilir. Yönetmelikte bu yönde düzenleme yapılarak "*müvekkille yapılacak görüşmenin mekân, ortam ve içeriğinin, görüşmenin amacına elverişli, mesleğin saygınlığına yaraşır*" olması özel olarak ifade edilmiştir.

---

[32] Mülga düzenlemede amaç şu şekilde ifade edilmekteydi: "*...bu yönetmelik kapsamında olanların, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişimi ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır*".

Kanun m. 43'te avukata büro edinme zorunluluğu yüklemişse de mesken olarak düzenlenmiş yerlerin de büro olarak kullanımına izin verilmiştir. Avukat sayısının artması ile büro kavramına "home office" olarak ifade edilen evden çalışma ya da evin bir odasını büro olarak kullanma durumu yaygınlaşmıştır. Büro masraflarını karşılamakta zorlanan avukatların başka seçeneklere yönelmek zorunda kaldığı bilinen bir gerçektir. Yönetmelik her ne kadar iş kabulünün mesleğin saygınlığına uygun yapılması yönünde eğilim gösterse de gerçeklikten daha da uzaklaşılmıştır.

Mevcut değişiklikten önce Yönetmelik m. 10'da yer alan "*iş birliği*" başlıklı maddenin mülga edilmesi nedeniyle yeni düzenlemede 4. maddeye alındığı görülmektedir. Eski düzenlemede yer alan iş birliği yasağı devam etmekle birlikte birden fazla büro kurulması ve şubeleşme açıkça yasak kapsamına alınmıştır. Buna aykırı şekilde av.tr adresli internet sitelerinde yahut bireysel sosyal medya hesaplarında "*şubelerimiz*" şeklinde paylaşımlar yer almaktadır. Avukatın şubeleşmesi yasaktır (Av K. m. 43/ Reklam Yönetmeliği m. 4).

Reklam Yasağı Yön. m. 5- Tabela: Yönetmelikteki yeni düzenleme kapsamında bir avukatın tabelasında sadece şu hususlara yer verilebilir;

- Avukatlık unvanı
- Ad ve soyad
- Varsa hukuk alanında akademik unvan
- Büronun bulunduğu kat ve daire no
- Telefon numarası
- İnternet adresi
- E-posta adresi (ve kayıtlı e-posta adresi)

Tabelada bu bilgiler dışında unvan, şekil, deyim, amblem, Türkçe dışı ifadeler, sair şekil, işaret, resim, fotoğraf ve benzeri ifadeler olarak nitelendirilebilecek diğer hususlara yer verilmesi reklam yasağı kapsamındadır. Ancak uygulamada sosyal medya kullanıcı adı da dahil olmak üzere ayırt edici görsellere rastlamak mümkündür. Bu tabelaların yönetmeliğe uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerekir. Yabancı dilde avukat anlamına gelen ifadeler ise öteden beri üzerine tartışılan bir konudur.[33] Doktrinde bu ifadelere yer verilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.[34] Kanaatimizce de önemli bir eksiklik olan bu hususun tabelada yer alabilecekler kapsamında gösterilmesi gerekir. Türkiye'de sadece turistik faaliyetlerin yoğun olduğu bölgeler değil tüm coğrafyada yabancı müvekkile hizmet verebilecek seviyede yabancı dil bilgisine sahip olan avukatın bu bilgiye tabelasında yer vermesi avukattan ziyade müvekkil bakımından önem arz eder. Hukuki hizmet almak isteyen kişilerin hak arama hürriyetleri çerçevesinde hizmet alabilmelerinin önünde engel teşkil eden bu durumun çağa uygun hale gelmesi gerekir. Sadece avukat anlamına gelecek bir ifadeye izin verilmesinin yaratacağı rekabet, hukuki korunma arayışı içinde olan yabancı müvekkilin menfaati karşısında göz ardı edilebilecek boyuttadır. Hukuki korumaya ve bu kapsamda adalete erişim bakımından yabancı dilde avukat anlamına gelecek ibareye yer verilmelidir.

---

[33] Yabancı dil yasağı nedeniyle yönetmeliğin ilgili kısmının iptali başvurusunda bulunulmuş ancak Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunu16.05.2007 tarihli, 2005/1472 esas, 2007/924 karar sayılı dosyasında yasak hukuka uygun görülmüştür (https://karararama.danistay.gov.tr/ E.T:12.11.2024)

[34] Budak/Karaaslan/Apaydın/Aydemir/Koçak Diker, 88; Aslan, s. 181.

Avukatlık unvanı ile bağdaşan unvanlardan akademik unvan kullanımı yerinde olarak "*hukuk alanındaki akademik*" unvan olarak sınırlandırılmıştır. Avukatın kullanabileceği akademik unvanlarının sadece hukuk alanından elde edilmiş olması gerekliliği yeni düzenleme ile sağlanmıştır. Hukuk alanı dışında elde edilebilecek akademik unvanların (Dr., Doç ve Prof) kullanılması iş sahiplerini yanıltıcı nitelik taşıyacağından reklam yasağı kapsamında düzenlenmesi isabetlidir. Örneğin Ankara Barosu Etik Kurulu tabelasında "*inşaat mühendisi*" yazan bir avukat hakkında bu unvanın diğer avukatlara nazaran üstünlük sağlamaya yönelttiğini ve bu nedenle meslek kurallarına aykırılık taşıdığına karar vermiştir.[35]

Avukatlık bürolarına ve avukat ortaklıklarına ait tabelalara ayrı ve uzun bir kısım ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle birden fazla avukatın birlikte çalıştığı avukatlık bürolarında her avukatın tek bir tabelada adı bulunmalıdır. Aynı avukatın birden fazla tabelada adının bulunması yasaklanmıştır. Adres değişikliği halinde önceki adresteki tabelanın bir hafta içinde kaldırılması düzenlenmiştir. Bununla birlikte tabela ölçülerinin aynen korunduğunu görmekteyiz. Buna göre avukatlık bürosunda her bir avukatın asabileceği tabela 70*100 cm ölçülerini, ortak tabela kullanımı halinde ise 100*150 cm ölçülerini aşmayacaktır.

Reklam Yasağı Yön. m. 6- Basılı ve Elektronik Belge: Yeni düzenleme ile madde başlığına "*elektronik belge*" kavramı eklenmiştir. Teknolojik aletlerin adalet sistemlerinde kullanımının yaygınlaşması karşısında avukatların basılı belgelerin yanı sıra elektronik belge kullanımı da yaygınlaşmıştır. Mevcut reklam yasağı yönetmeliğinin uygulama ile uyumu yakalayabilmesi bakımından geç kalınmış da olsa elektronik belge kavramının yer vermesi isabetlidir. Böylece sadece basılı belgeler değil elektronik belgeler de reklam yasağının kapsamına alınmıştır.

Avukat tarafından düzenlenen her türlü belgede ancak şu amblem ve işaretler bulunabilir: "*Başlıklı kâğıtlarda, her türlü kartvizitler, diğer basılı ve elektronik belgelerde sadece avukatlık unvanı, varsa hukuk alanındaki akademik unvan, adı ve soyadı, adres, telefon-faks numaraları, internet ve e-posta adresleri, kayıtlı e-posta adresi ile bağlı bulunulan Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası ve kayıtlı bulunduğu baro ile Türkiye Barolar Birliği amblemi yer alabilir. Birlikte çalışma halinde; "avukatlık bürosu" ibaresi, avukatlık ortaklığı halinde "avukatlık ortaklığı" ibaresi ve ortaklıkta yer alan avukatların ad ve soyadlarının yer alması da zorunludur".*

Avukat unvanı ile birlikte kullanılabilecek unvanlarda yapılan değişiklik ile sadece hukuk alanında elde edilmiş Dr., Doç. ve Prof. unvanlarının kullanılabileceği düzenlenmiştir. Daha önceden yürütülen bazı mesleklerin haksız bir algı yaratmaması adına kullanılamayacağına yönelik düzenlemenin ise korunduğu görülmektedir. Bu kapsamda emekli yargıç, emekli savcı[36], emekli noter, hukuk uzmanı, marka-patent vekili, sigorta uzmanı, bilirkişi, Bakan, Milletvekili ve benzeri sıfatlar kullanılamayacağı gibi kamu kurum ve kuruluşu ile özel kurum ve kuruluşlardaki, siyasi partilerdeki geçmiş ve mevcut görevler belirtilemez. Barolar ve Türkiye Barolar Birliği organlarında geçmişte görev alan avukatlar bu unvanlarını kullanamaz. Ancak mevcut görevini sürdürmekte olan

---

[35] Ankara Barosu Etik Kurulu 2007/1 sayılı görüşü için bkz. Aslan, s. 181-182.

[36] TBB Disiplin Kurulu 13.12.2002T, 2002/228 E., 2002/358 K. Sayılı kararı (bkz. https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari E.T: 15.11.2024)

Barolar ve TBB'de görevli olan avukatlar görevin ifasında ve bu durumla sınırlı olmak üzere kullanabilirler.

Arabulucu unvanı avukatlık ile bağdaşan bir unvandır (Av. K. m.12/d). Bu durum Avukatlık Kanunu m.12 ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 10 ve Yönetmelik m. 12'de düzenlenmiştir. Mevzuatta uyumun sağlanabilmesi için Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 6'da kullanılabilecek unvanlar arasında sayılması gerekir.

Yeni düzenleme maddenin altıncı fıkrasında avukatlık hizmetinin marka tesciline konu olamayacağını tekrar vurgulamıştır. Son fıkrada ise avukatların mühür kullanırken resmi mühürlere benzer işaret kullanmamalarına yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Reklam Yasağı Yön. m. 7- Yazılı, İşitsel, Görsel ve Çevrimiçi İletişim Araçlarının Kullanımı: Madde başlığı ve içeriğinde esaslı değişimi gördüğümüz bu maddenin günümüz iletişim araçlarına uygunluğu sağlanmıştır. Önceki başlıkta artık kullanım dışı kalan "*Telefon Rehberi*" ibaresi yerinde olarak "*Yazılı, İşitsel, Görsel ve Çevrimiçi İletişim Araçlarının Kullanımı*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece madde kapsamından avukatın iletişim kanallarını ve özellikle sosyal medyayı nasıl kullanacağına ilişkin düzenlemelerin getirildiğini anlamaktayız. Önceki düzenlemede m.8 ve m.9'da yer alan düzenlemenin yeni düzenlemede m. 7 kapsamında değiştirilerek birleştirildiği görülmektedir.

Reklam Yasağı Yön. m.7/ a: Bendi uyarınca avukat büro adresinde meydana gelen değişikliği, yeni büro açılışını, mesleğe altı aydan fazla süreli ayrılıkların dönüşünü ve avukatlık ortaklıklarına giriş ve çıkışlarını reklam niteliği taşımayacak şekilde yazılı, işitsel, görsel iletişim araçları ile çevrimiçi mecralarda bir defaya mahsus duyurabilir. Avukatlık ortaklıkları bakımından tescil, sona erme ya da ortaklardan birinin ayrılması durumu aynı iletişim mecralarından ilan yolu ile duyurulabilir.

Reklam Yasağı Yön.7/b: Bendi uyarınca avukat özel hayatını, mesleki kimliğine çıkar sağlayacak şekilde paylaşımda bulunamayacaktır. Avukat, avukatlık unvanı ile birlikte kullandığı sosyal medya ve her türlü çevrimiçi iletişim araçlarında mesleğin itibarını zedeleyecek paylaşımlarda bulunmaktan kaçınmalıdır. Bu yeni düzenleme ile sosyal medya üzerinden "*av*" kısaltması veya avukat olduğu yönünde izlenim uyandıran hesapların paylaşımlarının disiplin sorumluluğu doğuracağı anlaşılmaktadır. Avukat olduğu izlenimini uyandıran hesapların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Yeni düzenleme avukata "*özel yaşamlarına ilişkin paylaşımlarında avukatlık mesleğinin itibarını zedeleyici nitelikte davranışlardan kaçınma*" zorunluluğunu açıkça dile getirmiştir. "*Av*" unvanlı hesaplardan yapılan kişisel paylaşımlar avukatlık mesleği ile doğrudan ilişkilendirileceğinden başta ahlaki değerler olmak üzere meslek etik kurallarına uygun olmalıdır. "*Av*" unvanlı hesap kullanan sosyal medya kullanıcısı avukat olduğu yönünde izlenim yaratmasının sonucu olarak, yaşam tarzını, lükslerini, ilişkilerini ve benzeri kişisel paylaşımlarını mesleki düstur ve saygınlığa uygun kullanması beklenir.

Reklam Yasağı Yön.7/c: Bendi uyarınca avukatlar daha önceden yürüttükleri veya mevcut dava ve işlerini reklam niteliğinde ön plana çıkaramazlar. Avukatların, müvekkillerinin yerine geçecek nitelikteki herhangi bir hareket ve paylaşım içinde bulunmaları yasaklanmıştır. Bununla birlikte avukatlar hukuk sınırlarında kalarak yürüttükleri veya yürütmekte oldukları dava ve işler hakkında bilgi verip açıklamada bulunmaları mümkündür. Bilgilendirme

ve açıklama faaliyetlerinin de dikkatli bir şekilde yapılması öngörülmüştür. Bu bakımdan yeni düzenlemede bilgilendirici ve açıklayıcı faaliyetlerin iş elde etme amacı taşımaması gerektiği belirtilmiştir. Herkesin ulaşabileceği genel ve soyut bilgi içeren yayın yapılamaz, bu kapsamda yazılı ve görsel paylaşım yasaklanmıştır. Herkesin ulaşabileceği genel ve soyut bilgi paylaşımına avukatların sıklıkla paylaştığı yargı kararları örnek olarak gösterilebilir. Bir dava hakkında genel bilgiler içeren video paylaşımları da bu kapsamda yer alacaktır. Uygulamada günlük olarak Resmî Gazete bilgilerinin, çeşitli mahkeme kararlarının ve yine düzenli olarak dava ve mahkeme işlerine yönelik bilgilendirici paylaşımlar yapan birçok sosyal medya hesabı bulunmaktadır. Yönetmelik değişikliğinden sonraki dönemde tüm bu faaliyetler reklam yasağı kapsamında yer alacaktır. Fakat burada mesleki tecrübe ve tavsiyeleri ayırmak gerekir. Genel geçer ve herkes tarafından ulaşılabilir bilgi içermeyen bu paylaşımlar reklam yasağı kapsamında yer almaz.

Avukatlar tarafından sıkça bilgi aktarımı niteliğinde paylaşımlar yapıldığı görülmektedir. Fakat Yönetmelikte bu durum kısıtlanmış; sadece zorunlu hallerde mevcut veya daha önceden görülen dosyalar hakkında ve hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla bilgi verebileceği kabul edilmiştir. Avukat tarafından yapılacak açıklamaların potansiyel müvekkilleri tesir altına almamasına dikkat etmesi beklenmektedir. Zira bilgi verirken tecrübe ve başarıların ortaya konulması söz konusu olabilir. Bu nedenle bilgi vermenin kapsamı önemlidir. Ayrıca verilen bilginin doğru ve gerçek olması da önemlidir. Bu kapsamda avukatın kazandığı dosyaları paylaşarak söz konusu dava veya işte uzman olduğuna yönelik algı yaratması reklam yasağı kapsamındadır. Belirli bir kesime yönelik sürekli olarak içerik üreterek bilgi verme faaliyeti de reklam yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin çağrı merkezi çalışanlarının hakları, dava süreçleri, işe iade ve tazminat haklarına yönelik bilgi paylaşımı yapılması belirli bir kesimi etkilemeye yönelik olması bakımından reklam yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Kanaatimizce bilgi paylaşımına yönelik kısıtlayıcı m.7/c bendi uygulamada karşılık bulamaz. Avukat bilgisi ve tecrübesi ile para kazanır. Avukatın bilgisini ve tecrübesini kullanmasını yasaklamak sadece kâğıt üzerinde kalacak yasaklardan biridir. Yanıltıcı ve hatalı bilgi içeren paylaşımların sınırlanması gerekli olmakla birlikte bir avukattan bilgi sahibi olduğu konuda kendisini ifade etmemesini istemek doğru değildir.

Reklam Yasağı Yön. m.7/ç: Bendi değişiklik öncesi Yönetmelik m. 8/c'nin ufak eklemeler ile yeniden kaleme alınmış hâlidir. Buna göre avukatlar yazılı, işitsel, görsel ve çevrimiçi mecralarda yaptıkları yayınlarda reklam faaliyeti niteliğinde ve mesleki itibarı zedeleyecek davranışlardan kaçınmaları gerekliliği tekrarlanmıştır.

AYM kararına konu olan bir kararda avukat hükümetin döviz bozdurma hareketini teşvik amaçlı bir paylaşım yapmıştır. Söz konusu paylaşımda avukat sosyal medya hesabında "*"50000 $ bozdurup dekontunu ibraz eden herkesin davaları vb hukuki işlemleri varsa vekalet ücreti almayacağız (!!!) Yabancı müvekkillerimizden alacağımız vekalet ücretlerini TL üzerinden alma kararı aldık.* [E.] *Hukuk Bürosu olarak ...*" şeklinde herkese açık bir paylaşım yapmıştır.[37] Söz konusu paylaşım nedeniyle avukata verilen kınama cezasının kesinleşmesi üzerine başvurucu Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu yaptığı paylaşımın ifade özgürlüğü sınırları içinde kaldığını hükümetin para politikasını desteklemek

[37] AYM, Baş. No. 2021/56916, Karar Tar. 22.05.2024, Ayşe Rabia YürekliTürk, § 5.

amacını taşıdığını ifade etmiştir. Uyuşmazlık başvuranın ifadesi nedeni ile verilen kınama cezasının mevzuata uygunluğu ile ifade özgürlüğü kapsamında ele alınıp alınamayacağı noktasındadır. Anayasa Mahkemesi avukatlık reklam yasağı ve ifade özgürlüğü ilişkisine yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Casado Coca/İspanya (B. No: 15450/89, 24/2/1994) kararına atıf yaparak değerlendirme yapmıştır. Söz konusu kararda benzer şekilde başvuran halkı bilgilendirici paylaşımda bulunduğunu ifade etmiş, AİHM ise başvurana verilen cezanın mesleki statüsü gereği tanınan sınırlamalar kapsamında olduğu ve bu sınırlamaların ülkelerin takdir yetkisi alanı içinde olduğunu belirterek hak ihlalinin bulunmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda başvuranın paylaşımının ticari bir amaç çerçevesinde potansiyel müvekkillere ulaşma çabası olarak nitelendirmenin mümkün olduğunu belirterek paylaşımın mevzuata ve meslek kurallarına aykırı olduğuna karar vermiştir.

Reklam Yasağı Yön. m.7/d: Bendi avukatların çevrimiçi platformları kullanmalarına yönelik önemli kurallar getirmiştir. Öncelikle alan adı kullanımının reklam yasağı sınırları içinde kalması, yanıltıcı ve iş elde etme amacına yönelik bir ad seçilmemesi gerekir. Örneğin çözenavukat.com.tr şeklinde bir alan adı iş elde etme amacına yöneleceğinden kullanımı reklam yasağına aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte alan adı belirlenirken mesleğin saygınlığına yaraşır olması aranır. Bu kapsamda av.tr alan adı kullanımını düzenleyen İnternet Alan Adları Yönetmeliği[38] , Tebliği[39] ve Belgeli Tahsis Edilecek İnternet Alan Adlarına İlişkin Usul ve Esaslara uygun belirlenmesi gerekir.[40]

Yönetmelikte sanal ofis olarak da düzenlenen internet sitesi kullanımları ve bu sitelerde yayınlanacak bilgiler tek tek belirlenmiştir. Madde metnindeki sayım sınırlıdır. Buna göre;

- Adı ve soyadı varsa hukuk alanındaki akademik unvanı,
- Fotoğrafı,
- Büroda çalışan diğer avukatların adı ve soyadı varsa hukuk alanındaki akademik unvanı,
- Avukatlık ortaklığı ise tescilli unvanı,
- Avukatlık bürosu ise büro unvanı,
- Türkiye Barolar Birliği ve baro sicil numaraları,
- Mesleğe başlama tarihleri,
- Mezun oldukları üniversite,
- Bildikleri yabancı dil,
- Mesleki faaliyetin yürütüldüğü büro adresi,
- Telefon ve faks numaraları,
- e-posta ve kayıtlı e-posta adresi dışında herhangi bir bilgiye yer verilemez.

Avukat, hiçbir ad ve nam altında müvekkili veya danışanına ilişkin bilgileri paylaşmamalıdır. Özellikle başarı ile sonuçlanan dava ve işlerde müvekkile ait kişisel veriler ihlal edilmeden de olsa yapılan paylaşım reklam amacına hizmet

---

38 İnternet Alan Adları Yönetmeliği, (2010), RG, 07.11.2010, S.27752.

39 İnternet Alan Adları Tebliği, (2013), RG, 21.08.2013, S. 28742.

40 Bilgi Teknolojileri İletişim Kurul Kararı, https://d.barobirlik.org.tr/2022/AvtrUsulveEsaslar.pdf (E.T. 12.10.2024).

edeceğinden yasak kapsamında değerlendirilir. Yönetmelikteki bu düzenleme Kişisel Verileri Koruma Kanunu ile uyumun sağlanması bakımından önemlidir.

İnternet sitesi kullanımında "*uzmanlık anlamına gelmemek üzere*" faaliyet alanlarına ilişkin bilgi verilebilmesine imkân tanınmıştır. Kanaatimizce uzmanlık anlamına gelmemek üzere çalışmalarının yoğunlaştırıldığı alanlar hakkında bilgi verilmesi mümkün değildir. Avukatın ister "*çalışma alanlarımız*" başlığı altında, isterse "*şu konularda dava kabul ediyoruz*" şeklinde bir ifade ile internet sitesinde yer verdiği hukukun özel alanları, potansiyel müvekkilin gözünde uzmanlık alanı ile eş anlama gelecektir.[41] Bu bakımdan Yönetmelikle getirilen düzenlemenin zımni olarak da olsa uzmanlık alanı uygulamasının kabulü olarak yorumlamak gerekir.[42]

Reklam Yasağı Yön. m.7/e: Bendi 7/d bendinin devamı niteliğinde olup çevrimiçi mecraların kullanımını düzenlemektedir. Önceki düzenleme m. 9/b ve c bendine tekabül eden maddenin kapsamının genişletildiği görülmektedir. Değişiklikten önce avukatın çevrimiçi kullanımında nelere yer verebileceği tek tek sayılmıştı.[43] Yeni düzenlemede ise genel ibarelerle çevrimiçi faaliyetlerin kullanım alanlarındaki yasaklara işaret edilmesi tercih edilmiştir. Buna göre avukat, çevrimiçi mecralarda, internet sitelerinin tasarımında ve arama motorları tarafından yapılan aramalarda mesleki faaliyeti ön plana çıkaran, arama motorlarında üst sırada olmayı sağlayan kod, anahtar sözcük, alt alan adı, sayfa adresi ve benzeri yöntemler kullanamaz. Böyle bir kullanımın tespitinde Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumundan destek alınmalıdır. Maddenin devamında avukat tarafından kullanılan internet sitesinde avukatın kendini ön plana çıkaracak içeriklerin paylaşılması yasaklanmıştır. Amaçlanan avukatın internet sitesi ve paylaşımlarında iş elde etme amacını taşıyacak ölçüde açıkça kendini ön plana almamasıdır.[44] O halde avukat hukuki bilgi içerikleri üretebilir, fakat kendini ve kendi faaliyetlerini ön plana çıkarmamalıdır. Yine başka sitelerden yahut kendi sitesinden yönlendirici kısa yollar paylaşamaz, reklam veremez veya alamaz.

Reklam Yasağı Yön. m.7/f: Bendi, mevcut Yönetmelik m.8/f bendinin tekrarı niteliğindedir.

---

41 Aynı yönde bkz. Aslan. s.358.

42 Aksi yönde Öztek, s.681. Çalışma alanı ve uzmanlık alanı ile kastedilen durum birbirinden farklı da olsa çalışma alanlarını belirtmiş bir avukatın o alanda uzmanlaştığı şeklinde bir algının kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir.

43 Mülga yönetmelik m. 9/b " *İş sağlama amacına yönelik olmamak ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açmamak kaydıyla internet sitelerini arama motorlarına kayıt ederken anahtar kelime (keyword) olarak; "adı ve soyadı", "avukatlık ortaklığı unvanı", "avukatlık bürosu unvanı", "bulunduğu şehir ve kayıtlı oldukları baro" "avukat, hukuk, hukukçu, adalet, savunma, iddia, eşitlik, hak" dışında bir sözcük ya da tanıtım tümcesi kullanamaz*" şeklinde çevrimiçi faaliyette kullanılabilecek bilgileri tek tek sayma yöntemi tercih edilmişti.

44 TBB Disiplin Kurulu tarafından verilen bir kararda "*Şikâyetli avukat, kendisine iş sağlamaya yönelik eylemiyle, reklam ve rekabet yasağına ilişkin hükümleri ihlal ettiği gibi avukatlık mesleğinin itibarının da zedelenmesine sebebiyet vermiştir. Avukatlar, davranışlarında, yalnızca elde edilecek sonuca odaklanmamalı, mesleğin kolektif itibarını ve vakarını zedelemeyecek davranışlarda bulunmalıdır. Somut olayda ise şikâyetli avukatın kendisine iş sağlamaya yönelik olarak davranışlarda bulunduğu, bu durumun açıkça yukarıda gösterilen kurallara aykırı olduğu anlaşılmaktadır* (TBB Disiplin Kurulu Kararları T. 02.02.2024, E.2024/79, K. 2024/105, https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari E.T. 22.12.2024).

Yönetmelikte yer alan m. 8, 9 ve 10 değişiklikler kapsamında mülga edilmiştir. Bu maddelere ait içerikler genişletilerek yeni düzenleme m.7 kapsamında yer almıştır.

Reklam Yasağı Yön. m. 11- Yükümlülükler: Yükümlülükler başlıklı madde kapsamında avukatın ün kazanmaya yönelik yasakları düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme avukat veya avukat menfaatine hizmet eden üçüncü kişilerin, iş elde edilmesine yönelik reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemlerden uzak durulmasını içerir. Değişiklikler ile önceki düzenlemeye ek olarak "*kendilerini meslektaşlarının önüne geçirmeye, reklam yoluyla iş elde etmeye yönelik*" faaliyetlerden kaçınılmasının da eklendiği görülmektedir. Bu kapsamda hem avukat veya hem de avukat yararına üçüncü kişi reklam niteliğinde faaliyette bulunmaktan men edilmiştir. Ayrıca avukat bu tarz faaliyetlerin önüne geçmekle yükümlü kılınmıştır.

Reklam Yasağı Yön. m. 12- Yönetmelik Hükümlerine Aykırılık: Yönetmelik hükümlerine aykırılığın düzenlendiği madde kapsamında önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Önceki düzenlemede yönetmeliğe aykırılığın tespiti halinde ilgiliye önden uyarı yazısı gönderilmesi ve söz konusu aykırılığı on beş gün içinde gidermesi aksi halde baro tarafından resen soruşturma açılacağı ihtarı yapılmaktaydı.[45] Yönetmelik değişiklikleri doğrultusunda yükümlülüğe aykırılığın daha katı uygulayacağını söyleyebiliriz. Yönetmelikte yapılan yenilikler çerçevesinde baronun yönetmeliğe aykırılığı herhangi bir şekilde tespit edebilmesi mümkün kılınmıştır. O halde ister şikâyet üzerine ister resen yükümlülüğe aykırılığın tespit edilmesi mümkün kılınmıştır. Diğer husus ise tespit halinde artık ilgiliye hukuka aykırılığı gidermesine yönelik bir ihtarın yapılmayacağı hususudur. Buna göre baro resen soruşturma başlatır ve ilgili soruşturma başlatıldığını savunması istenmesi suretiyle öğrenir. Değişiklikten önceki Yönetmelikte reklam yasağına aykırı eylemlerde birden fazla kez bulunulması hâlinde ihtar gönderilmeksizin ilgili hakkında işlem başlatılması mümkün kılınmıştı. Değişiklikler sonrasında bu usûl evleviyetle varlığını korumakla birlikte artık ilk kez yasak ihlâli halinde de resen soruşturma başlatılabilmesine olanak tanınmıştır. TBB Disiplin Kurulu kararında ifade edildiği üzere "*Avukat, mesleğin yerine getirilmesi ile doğrudan ilgili bulunan Avukatlık Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları ve Kanun uyarınca çıkarılmış bulunan Yönetmelikleri iyi bilmek ve özümsemek ve bu alanda yapılacak değişiklikleri de tüm olanakları kullanarak izlemek zorundadır. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin uygulanması için Baroların kendilerine uyarıda bulunmasını beklemeden gereği yerine getirilmelidir*".[46]

Madde kapsamında baronun uygulayacağı disiplin soruşturmasına ilişkin yeni düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Öncelikle m. 12/f.2 baro tarafından yapılan soruşturma neticesinde reklam yasağının ihlal edildiğine kanaat edilirse baro yönetim kurulu kovuşturma başlatılmasına karar verebilecektir. Baro yönetim kurulu tarafından uygulanacak disiplin cezasında ise takdiri indirim sebebine yer verilmiştir. İhlali gerçekleştiren avukata yapılan

---

[45] TBB Disiplin Kurulu tarafından verilen bir kararda "*Bakılan uyuşmazlıkta ise davacıya uyarı yazısı gönderilmeden doğrudan soruşturma başlatıldığı görüldüğünden tesis edilen işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır*" gerekçesi ile herhangi bir disiplin cezası verilmemiştir (TBB Disiplin Kurulu KararlarıT.20.01.2023, E.2022/985, K. 2023/6 https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari E.T: 22.12.2024).

[46] TBB Disiplin Kurulu KararlarıT.21.10.2023, E.2023/759, K. 2023/853.

tebliğin akabinde hukuka aykırılığın giderilmesi sağlanmış ise bu durum kovuşturma sonunda verilecek cezada takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilecektir.

Reklam Yasağı Yönetmeliği m.12/f.3 hakkında kesinleşmiş disiplin kurulu kararı olan avukata kararın tebliği hâlinde derhal yasağa aykırılığı gidermekle yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüğe aykırı şekilde harekete geçmeyen avukat hakkında ikinci bir soruşturma açılarak tekerrür hükümleri gereği cezalandırılmasına hükmolunur.

İntikal Hükümleri ve Yürürlük: Yönetmelik değişiklikleri Resmî Gazete'de yürürlüğe girdiği 09.08.2024 tarihi itibariyle uygulanmaya başlamıştır (m. 14). Önceki Yönetmelik döneminde başlamış ancak kesinleşmemiş soruşturmalarda Yönetmelikte yapılan değişiklikler doğrultusunda uygulama sağlanacaktır (Geçici m. 2). Ayrıca yükümlülük kapsamında yer alan tüm ilgililerin mevcut durumlarını yazılı, işitsel, görsel ve çevrimiçi iletişim faaliyetlerini yeni düzenlemeye uydurmaları için üç ay müddet tanınmıştır (Geçici m. 3). Buna göre ilgililer faaliyetlerini 09.11.2024 tarihine kadar Yönetmelikte değiştirilen hususlara uygun hale getirmelidir. Aksi durumda yukarıda belirtilen yeni düzenlemeler neticesinde resen soruşturulma başlatılması mümkün hale gelecektir.

III. REKLAM YASAĞI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER VE UZMAN AVUKATLIK MODELİ

A. REKLAM VE BİLGİLENDİRME KAVRAMLARI İLE AVUKATIN KENDİNİ İFADE ETME HAKKI

Reklam faaliyeti en genel ifadesi ile faaliyete konu mal, ürün veya hizmetin tanıtılması, yaygınlaştırılması ve tercih edilmesini sağlamaya yönelen bir iletişim faaliyetidir. Reklamın temel amacı kişilere, tanıtılan şeyin değeri hakkında bilgi verme, ikna etme ve satın alma veya belirli bir davranışı benimseme gibi harekete geçirmeye yönlendirmektir.[47] Reklam faaliyeti ile reklam verenin (ya da reklamı yapılan üçüncü tarafın) hizmetlerini, ürünlerini vb. kullanmaya çekmek için tasarlanmış davranışlardır. Amacı rekabet pahasına müşteri kazanmaktır.[48] Bu bağlamda mesleki faaliyetlerin tanıtılması ve duyurulmasında reklam önem arz eder. Ancak bazı ürün veya hizmetlerde reklam yasaklanmıştır. Örneğin tütün ve alkol ürünleri teşvik edici ve özendirici olmaması adına reklam yasağının uygulandığı bir sektördür. Reklam faaliyeti sınırsızca yapılabilecek bir faaliyet değildir. Genel ahlak ve kamu düzeni başta olmak üzere yasak ve kısıtlamalara tabi tutulabilmeleri son derece doğaldır.

---

[47] Işıl İnce, "Reklam Diline Dilbilimsel Bir Bakış", C. 10, S. 1, 1993, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, s. 231; Numan Tekelioğlu, "Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", C.8, S.1, 2018, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3; Hasip Pektaş, "Reklam Nedir, İşlevi ve Etkileri Nelerdir?", C.2, S.1, 1987, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi,* s. 222; Nadire Özdemir, Funda Algın, Deniz Şahin, "Avukatlık Mesleği ve Reklam", S.24, 2021, HFSA İstanbul Barosu, s. 181; TBB Disiplin Kurulu Kararları T. 02.02.2024, E.2024/79, K. 2024/105, https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari E.T. 22.12.2024.

[48] Bauckmann M, "BRAO § 43/c Fachanwaltschaft", Dag Weyland (Ed.), Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 11. Auflage, 2024.

Reklam yasağının tarihsel sürecine bakıldığında kişileri dava açmaya kışkırtıcı bir rol oynadığının kabulü etkili olmuştur. Reklam, belki de hiç dava açma niyeti olmayan birinin bu düşünceye kapılmasına veya yanılmasına sebebiyet verebilir. Nitekim reklam ile bir şeyin tanıtılması, beğendirilmesi ve tercih edilmesi hedeflenir. Bu durumun doğal sonucu olarak tanıtılan ve beğendirilmeye çalışılan şey veya hizmetin yaygınlaştırılması suretiyle kazanç elde edilmesi amaçlanır.

Adalet Bakanlığı tarafından paylaşılan[49] Avukatlık Kanun tasarısında reklam yasağının sınırlandırıldığını görmekteyiz. Tasarı m. 74, Alman Federal Avukatlık Kanunu (BRAO- Bundesrechtsanwaltsordnung)[50] m. 43/b'de yer alan ifadeye benzer bir şekilde sınırlı bir reklam serbestisi tanınmıştır. Alman Avukatlık Kanunu (BRAO) m. 43/b'ye göre avukatlar, faaliyetlerini şekil ve içerik olarak amaca ve gerçeğe uygun bir şekilde kamuya bildirmeye somut olayda kendilerine vekâlet verilmesine yönelik aldatıcı olmayan reklam yapabilme hakkına sahiptir.[51] Adalet Bakanlığının paylaştığı tasarı metni m. 74'de benzer şekilde mesleki reklamın amaca uygun, meslek onur ve itibarına yaraşır ve hukuki yardım çerçevesinde avukatın mesleki yükümlülük ve görevine uygun olmak şartıyla yapılabileceğine imkân tanınırken objektif ve doğruluktan uzak olan tanıtım ve reklam yapılması ise yasak kapsamında bırakılmıştır. Ayrıca şu hususlar da açıkça reklam yasağı kapsamında değerlendirilmiştir: "*Dikkat çekici ve abartılı reklam ve tanıtımlarla kendini övmek, Reklam ve tanıtımlarda kendini diğer meslektaşlarla kıyaslamak, Zor durumdan faydalanarak müvekkil elde etmek, Reklam ve tanıtım amacıyla aracılar kullanmak, İş veya müvekkil teminine yönelik menfaat sunmak veya vaad etmek, Başarı ve kazanç verilerini bildirmek*"

Avukatlık Kanun tasarısında tanıtım ve reklam ayrımı yapıldığı görülür. Her ne kadar tanıtım ve reklam faaliyetleri ile neyin kastedildiği açık bir şekilde ortaya konmasa da hangi faaliyetlerin reklam ve tanıtım yasağı kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Yönetmelik değişikliğinden önce "*İnternet*" başlıklı m. 9 çevrimiçi platformlarda meslek etik kurallarına aykırı olmamak kaydıyla avukatın kendini ifade etme hakkını tanımaktaydı. Son değişikliklerle bu maddenin kaldırıldığı ve yukarıda belirtilen ifade hakkına ayrıca yer verilmediği görülmektedir. Bu durum yeni dönemde reklam yasağında daha katı bir uygulamaya geçileceği anlamında değerlendirilmelidir. "*Kendini ifade etme*" avukatın kendini tanıtmasına yönelik her türlü faaliyeti olarak düşünülebilir. Avukat başta çevrimiçi platformlar olmak üzere kendini tanıtma hakkını kullanabilir. Yeni düzenlemede "*kendini ifade etme*"'nin yer almadığını bu kapsamda tanıtıcı faaliyetlere yer verilmesinin yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Fakat avukat kendini ifade etme hakkını mesleğin gerektirdiği saygı ve güvene, meslek kurallarına aykırı olmadan her zaman özgürce kullanmalıdır. Kanaatimizce öncelikli olarak Kanun m. 55'te ve daha sonra Reklam Yasağı Yönetmeliğinde reklam, tanıtım ve bilgilendirmeye yönelik faaliyetlerin tanımlarına yer verilmeli, aralarındaki fark ortaya konulmalı ve kapsamları çizilmelidir.

---

[49] https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/25102019143236AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf (E.T. 12.11.2024)

[50] BRAO - Bundesrechtsanwaltsordnung, https://www.gesetze-im-internet.de/brao/ (E.T. 12.12.2024)

[51] Rumpf, s. 147.

TBB Disiplin Kurulu kararlarında bilgilendirme faaliyeti kapsamında avukatın kendini ifade etme hakkı olduğu kabul edilmektedir.[52] Ancak bilgilendirme faaliyeti sınırları ve kapsamı geniş bir haktır. Bilgilendirme yapılırken reklam sayılabilecek ifadelere yer verilip verilmediği her durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekirken; baroların her bilgilendirme faaliyetini tek tek inceleyerek kontrol etmesini beklemek akıl dışıdır. Her ne kadar Yönetmelik m. 7/c kapsamında "*zorunlu hâllerde, geçmişteki veya mevcuttaki dava dosyalarının hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla, bilgi verebilir; açıklamalarda bulunabilirler. Ancak iş elde etme amacıyla, ulaşılması herkes için mümkün olan genel ve soyut içerikli bilgiler paylaşmak suretiyle yayın yapamazlar, yazılı veya görsel paylaşımda bulunamazlar*" ifadesi ile avukatın kendini ifade etme hakkının sınırlarını açıkça çizmişse de aykırılığı iddia edilen davranışın somut duruma göre değerlendirilmesi gerekir. Hali hazırda avukatların her konuda paylaşımlar yaparak dikkat çekme çabasına girdiğini söylemek mümkündür. Genel ve soyut hukuki bilgilendirmelere ve konunun uzmanı olunduğu yönünde paylaşımlara sıkça rastlanabilmektedir. Bu durum ise bilgi kirliliğine neden olmakta, yanlış veya eksik hukuki bilgi neticesinde öngörülemeyen zararlara gebe olmaktadır. Bu kapsamda aşağıda yer verildiği üzere uzmanlık sistemi getirilerek avukatlara uzman oldukları konularda kendilerini doğru bir şekilde ifade etmelerine olanak sağlanmalıdır.

B. REKLAM YASAĞI İHLÂLLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Türk hukuk sistemi tabi olduğu Kara Avrupa Hukuk sisteminin anlayışı gereği avukatlık mesleğinde reklam faaliyetini yasaklanmıştır. Yasak, genel olarak avukatlık mesleğinin ticarileşmemesi, mesleğin itibarının zedelenmemesi, mesleğin kamu hizmeti boyutunun göz ardı edilememesi ve müvekkil ile olan ilişkide bağımsızlığın korunabilmesi sebepleri ile gerekçelendirilir. Reklam faaliyetinde yasağın kaldırılması mesleğe ciddi zararlar verebilecek niteliktedir. Reklam veren avukatın, yargı merci önünde saygınlığı ve inandırıcılığı zedelenir, müvekkille olan ilişkisi bağımlı hale gelir. Reklamın potansiyel müvekkili yanıltabilmesi, sorununa uygun avukat bulmasından ziyade en etkili reklam verene yönlendirmesi de mümkündür.

Mevcut yasaklamalara rağmen başta sosyal medya olmak üzere avukatlık reklam yasağı ihlalleri yaygın surette karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun örnekleri tek tek saymakla bitmeyecekse de en bariz suretle karşımıza çıkanlarını şu şekilde ifade edebiliriz: Reklam tabelalarının Yönetmelikte belirtilen ölçülerde dizayn edilmemesi; avukat tabelalarında sosyal medya hesaplarına yer verilmesi, sosyal medyada "*av*" unvanlı hesaplarda kazanılan davalara veya uzmanlık alanlarına yönelik veriler paylaşılması, başarı belgeleri, ödüllerin paylaşılması, sponsorlu hesaplardan paylaşımlar yapılması, propaganda niteliğinde afişler bastırmak veya paylaşmak, yılın en iyi ceza avukatı ödülü aldığını iddia eder videolar paylaşılması, internet sitelerine reklam vererek kendi sitesini ön plana

---

[52] "Disiplin kovuşturmasına konu olayla ilgili detaylı yasal düzenleme TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği madde 9, "Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, internet dahil, teknolojinin ve bilimin olanak tanıdığı her tür ortamda avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene, Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen "Avukatlık Meslek Kuralları"na aykırı olmayacak şekilde kendisini ifade etme hakkına sahiptir" TBB Disiplin Kurul Kararı, T. 22.08.2013, E. 2013/205, K. 2013/635; TBB Disiplin Kuru Kararı, T. 19.04.2003, E. 2003/14, K. 2003/119.

çıkarmak veya belirli bir kesime yönelik anahtar kelimelerle o kesimi kendi sitesine yönlendirmek, çeşitli paylaşımların altına yorum yazarak kendine yönlendirici ve hatta ücretsiz danışmanlık hizmeti sunacağına yönelik beyanların ileri sürülmesi vb. şekillerde yasak ihlalleri karşımıza çıkmaktadır. Mesleği koruma bilinci ile hareket eden avukatlar, bireysel çabaları ile reklam yasağını sürdürmeye devam etmekte, tespit ettikleri reklam faaliyetlerini barolara şikâyet etmekte yahut Google, instagram vb. platformlardan reklam yasağına uymalarını talep etmektedirler. Gerekçeler bu kadar açık ve net iken yasağın önemli ölçüde uygulanmaması ciddi bir ikilemdir. Bu ikilemin gerekçelerini tartışmak ve yasağın uygulanmasındaki sorunları anlamak gerekir.

Hukuk, bir toplum bilimi olarak toplumdaki değişimlere göre şekillenmek ve değişmek zorundadır. Aksi halde sorunlara çare olmaz çağın gerisinde kalır. Günümüzde teknolojik gelişmeler baş döndürücü bir hızla gerçekleşmektedir. Hukuk sistemleri de bu değişimden kaçınılmaz bir şekilde payına düşeni almaktadır. Bugün için hukukun daha liberal bir anlayış çerçevesinde ilerlediğini, mevcut prensip ve kabullerin değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında geçerliliğini yitirmekte olduğunu söylemek mümkündür. Bu değişim avukatlık mesleğine dair kabulleri de etkiler. Bazı temel prensipler üzerinde söz etmek gerekirse örneğin reklam yasağının da temellerinden biri "*avukat iş peşinden koşmaz, iş avukatın peşinden koşar*"[53] düsturu mesleğin saygınlığını korumak ve müvekkile karşı bağımsızlığın korunması düşüncesi ile kabul edilmiştir. Ancak güncel rakamlara baktığımızda mevcut ilkenin geçerliliğini yeniden değerlendirmek gerekir. Baroya kayıtlı avukat sayısı son yirmi yılda 52.000'den 200.000 bine yaklaşmıştır.[54] 2024 verilerine göre barolara kayıtlı kadın avukat sayısı 96.108; erkek avukat sayısı 103.034; toplam 199.142 avukat sayısına ulaşılmıştır. [55] Avukat sayısındaki bu hızlı artış nüfus artış hızının gerisinde kalmaktadır. Bu durum hukuk fakültelerinin sayısının son yirmi yıl içinde ciddi oranda artmasına bağlı olsa da asıl sorun kontenjanların da bu paralelde artmasıdır!

Avukat sayısındaki bu vahim artışın önüne geçebilmek için 7188 sayılı Kanunla 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ek m.41[56] ile hukuk mesleklerine giriş sınavı ve idari yargı ön sınavı (HMGS) getirilmiştir. Hukuk mesleklerine giriş sınavı adli ve idari yargıda olmak üzere senede iki defa gerçekleşecek bir sınav olup, ilk sınav Eylül 2024'te uygulanmıştır. Sınav, belirli bir puana bağlı olarak başarılı olma koşulu ile hukuk mesleklerini yapabilme imkânı tanımaktadır. Sınavda başarılı olmayanlar ise tekrar tekrar sınava girerek başarılı olmak için gerekli puana erişmeye çalışacaktır. Sınav sisteminin mevcut düzenlemesi işsiz mezun sayısını arttırmak ve işsizlik oranlarını yükseltmekten başka bir işe yaramayacak şekilde dizayn edilmiştir. Zira hukuk fakültesi mezunu hukuk mesleklerini yapabilmek için başarması gereken sınava sınırsız bir şekilde girebilmektedir. Halbuki sınavda başarılı olma belirli kez girebilmeye de

---

[53] TBB Disiplin Kurul Kararı, T. 06.09.2013, E. 2013/274, K. 2013/692; Özkent, s. 410-411.

[54] Yıllara göre avukat sayıları için bkz. https://www.barobirlik.org.tr/Barolar (E.T.18.01.2025)

[55] 31.12.2024 Tarihi itibariyle TBB tarafından açıklanan rakamlar için bkz. https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2024-avukat-sayilari-31122024-85333 (E.T. 18.01.2025)

[56] 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu, R.G. 06.11.1981, S. 17506.

bağlanmalıdır.[57] Örneğin hukuk fakültesi mezunları en fazla beş defa HMGS sınavına girebilmeli, hiçbirinde başarılı olmamış ise artık hukuk mesleklerinden herhangi birini yapamayacağı kesinleşmelidir. Zira sınav bir eleme getiriyor ise amaçlanan gerçekten hak edenin başarıya ulaşması olmalıdır. Hâli hazırda uygulanmaya çalışılan HMGS sınavı avukatlık mesleğini daha iyiye taşımak için bir adım olmakla birlikte yeterli değildir. Hukuk fakültelerindeki eğitim sisteminden başlanarak sistemi yeniden ele almak ve mesleki uzmanlaşmaya yönelik eğitim verme yönünde adım atmak gereklidir.

C. UZMAN AVUKAT MODELİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ALMAN UZMAN AVUKATLIK YÖNETMELİĞİ (FACHANWALTSORDNUNG)

Avukat sayısındaki ciddi artışa rağmen avukatlar arasında rekabetin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Avukat sayısının artışı diğer cepheden bakıldığında müvekkilin doğru avukatı bulmasını da güçleştirmektedir. Mevcut durumda doğru avukatın bulunmasından ziyade kendini ön plana çıkaran avukatın tercihi söz konusu olmaktadır. Bu itibarla avukatların "*En köklü avukatlık bürosu*", "*şehrin en iyi boşanma avukatı*" vb. ifadeler ile başta çevrimiçi platformlarda olmak üzere kendilerini ön plana çıkartma çabası içine girdikleri görülmektedir.[58] Vekil seçiminde objektif kriterler düzenlenmediğinden doğru bir müvekkil- vekil eşleşmesi gerçekleşmemekte çoğu zaman vekil kendisine başvurulan konu hakkında yeterli bir bilgisi olmasa da maddi gerekçelerle işi kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu durum ise hem vekil hem de müvekkil bakımından sağlıklı olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Hukuk sınırları geniş bir toplum bilimidir. Toplumsal değişimlere paralel olarak hukuki uyuşmazlıkların değişmesi ve genişlemesi söz konusudur. Bu durum hukuk alanında yeni alt alanlar ortaya koymakta ve bu alanlara özgü uzmanlıklar gerektirmektedir. Avukatlara uzmanlık alanlarını belirtme imkânı tanınmak suretiyle dolaylı reklam yasağını ihlal eden davranışların da önüne geçilmesi mümkün kılınabilir. Böylece yanıltıcı kişisel beyanlar yerini objektif kriterlere göre alınmış uzmanlık unvanlarına bırakarak ve haklı bir avantaja sahip olunabilecektir.

Avukatın etik sınırları ihlal etmeden kendini tanıtması, uzmanlık alanlarını ön plana çıkarması yanıltıcı olmayan bir bilgilendirmeye ve doğru vekil seçimine hizmet eder. Uzmanlaşmaya izin verilmesi reklam yasağının amacına uygun bir şekilde varlığını sürdürmesine de hizmet eder. Klasik hukuk dallarına ek olarak yeni sorunlar ve yeni uzmanlık alanları ortaya çıkmaktadır. Bu alanlarda bazen hangi avukatların uzman olduğunu bulmak zor olabilmekte, kişiler veya kurumlar araştırma yapmak zorunda kalabilmektedir.[59]

---

[57] Alman Avukatlık Sisteminde meslek sınavları hakkında bkz. Tahir Muratoğlu, "Alman Federal Cumhuriyet'inde Hukuk Mesleklerine Giriş Şart ve Usulleri", C.12, S. 48, TAAD, 40.

[58] Ankara Bölge İdare Mahkemesi T. 02.10.2024, E. 2024/375, K. 2024/1750 sayılı kararında avukatın Google reklamlarında "*en iyi ağır ceza avukatı,22 yıllık mesleki tecrübe ve uzmanlık*" şeklinde ilanın yer aldığı bir başvuruda reklam yasağı ve meslek ilkelerine aykırılık nedeniyle baro disiplin kurulunca verilen kınama cezasının onanmasına hükmetmiştir. (Bkz. https://d.barobirlik.org.tr/2024/20241122_istinafkarari.pdf E.T.18.01.2025)

[59] Rumpf, s. 145; Öztek, s. 681; Aslan. s. 359.

Avukatın yeterli ve uygun mesleki uzmanlığı yok ise ne iyi bir temsilden ne de iyi bir danışmanlık hizmetinden bahsedebiliriz. Hali hazırda avukatlar çalışma hayatında karşılaştıkları iş alanları doğrultusunda uzmanlaşmaktadır. Ancak bu uzmanlaşma belirli kriterlere bağlı olmayıp tamamen tesadüfi bir şekilde gerçekleşmektedir. Belirli bir konuda uzman avukatın tamamen el yordamı ile eşe dosta sorma yoluyla bulunmaya çalışılması hukuk sistemimizin önemli bir açığıdır. Uzman avukat sistemi, mesleğinde uzmanlaşmış avukata erişimi kolaylaştırırken hukuk fakülteleri, adliyeler ve baroların iş birliği halinde çalışmasına da imkân tanıyacaktır.

Türk avukatlık sisteminde artık uzman avukat sistemine geçilmesi ve buna yönelik düzenlemelerin gündeme gelmesi gereklidir. Uzmanlık sistemi hali hazırda arabuluculuk mesleğinde başarı ile uygulanmaktadır. Arabuluculuk siciline kayıtlı her arabulucu, uzmanlığa yönelik eğitimler almak koşulu ile uzman arabulucu olarak görev alabilmektedir. Avukatlık reklam yasağı yönetmeliği m. 7/d uyarınca avukat internet sitesinden uzmanlık anlamına gelmemek üzere bürosunun çalışma alanları hakkında bilgi verebilir. Yeni düzenleme yukarıda da ifade ettiğimiz üzere "*mesleki uzmanlığın*" ön plana çıkarılmasını reklam yasağı kapsamında değerlendirirken, "*çalışma alanlarını*" yasak kapsamında değerlendirmemektedir. Kanaatimizce çalışma alanı olarak belirtilen her hukuk alt branşı müvekkilin değerlendirmesinde "*uzmanlık*" olarak nitelendirilir. Keza avukat bakımından da mesleki yetkinliklerini geliştirdiği alanlarda uzman olarak kendini tanıtması kazanılmış bir hak olarak değerlendirilmelidir. Güncel değişikliklerle yönetmeliğe eklenen faaliyet alanlarını belirtebilme imkânı uzmanlığa giden yolu aralamıştır.

Uzman avukat sistemine yönelik çeşitli girişimler olmuşsa da hali hazırda herhangi bir yasal düzenleme gerçekleşmemiştir. Uzmanlık modeli ilk olarak Adalet Bakanlığı tarafından 18.04.2014 tarihinde paylaşılan Avukatlık Kanun tasarısında yer almıştır. Tasarı m. 74 ve m. 75'te uzman avukatlık modeline yönelik düzenlemelere yer vermiştir.[60] Tasarı m.74/f.3'te hukuk alanındaki uzmanlığın avukatlık ile bağdaşacağını kabul etmiştir. Tasarı m. 75 ise uzman avukatlığı sadece ceza hukuku, özel hukuk, idare ve vergi hukuku alanları ile sınırlı düzenlenmiştir. Uzman avukatlık unvanını kullanabilmek için meslekte en az on yıllık kıdeme sahip olmak gerektiği belirtilmiştir. Uzman avukatlık unvanının kullanımına ilişkin hususların düzenlemesi TBB tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Ancak günümüze dek ne Avukatlık Kanun tasarısında ne de uzmanlık modeline yönelik herhangi bir ilerleme alınamamıştır.

Birinci Dünya Savaşından sonra avukatlıkta uzmanlık modelinin konuşulmaya başlandığı Almanya'da uzun süreçler sonunda uzman avukatlık sistemi kabul edilmiştir. Avukat sayısındaki ciddi artış meslekte uzmanlaşma ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Alman Barolar Birliği tarafından 1930'da uzman avukatlık yönergesi kabul edilmişse de uzman avukatlık sistemi 1986'da resmen uygulanmaya başlamıştır.[61] Alman uzman avukatlık sistemi kendi uzmanlık modelimizi belirlememize ışık tutacaktır.

---

[60] https://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/avukatlik-kanun-taslagi-goruse-sunulmustur (E.T. 23.11.2024)

[61] Wilhelm E. Feuerich/ Dag Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn. 4 (https://beck-online.beck.de); Volker Römermann, BeckOK FAO,2024, FAO § 1 Rn. 1-6, (https://beck-online.beck.de).

Alman Federal Avukatlık Kanunu (BRAO) m. 43/c maddesiyle uzman avukatlık sistemi kabul edilmiştir. BRAO m. 59/a-2 Federal Baro Birliğine uzmanlık sistemini düzenleyecek Yönetmelik çıkartma yetkisi tanımıştır. Bu yetkiye dayalı olarak uzman Avukatlık sistemi Yönetmelikle düzenlenmiştir (Fachanwaltsordnung- FAO).[62] Yönetmeliğe göre bir hukuk alanında özel bilgi ve tecrübe kazanmış avukat, belirli şartları sağlaması halinde uzmanlığa hak kazanabilir. Avukat özel bilgi ve tecrübesine dair belgeleri bağlı olduğu baro yönetim kurulunun incelemesine sunar. Baro yönetim kurulu her uzmanlık için en az üç avukattan oluşan komite kurar. Komiteler avukatların başvurularını değerlendirmekle görevlidir. Komiteler Yönetmelikte yer verilen ispatlayıcı belgeleri her bir uzmanlık alanı çerçevesinde değerlendirir.

Uzmanlaşma alanları her ne kadar kanunda vergi hukuku, idare hukuku, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanı ile ifade edilmişse de (BRAO M. 43/c-1) m. 59/a yeni uzmanlık alanlarının belirlenebileceğini ifade etmiştir. Yönetmelik (FAO) m.1 uzman avukat olarak kullanılabilecek unvanlar; aile hukuku, ceza hukuku, iflas ve yeniden yapılandırma hukuku, sigorta hukuku, tıp hukuku, kira ve kat mülkiyeti hukuku, trafik hukuku, inşaat ve mimarlık hukuku, miras hukuku, taşıma ve nakliye hukuku, fikri mülkiyet hukuku, ticaret ve şirketler hukuku, telif hakları, medya hukuku, bilgi teknolojileri hukuku, bankacılık ve sermaye piyasası hukuku, tarım hukuku, uluslararası ticaret hukuku, kamu ihale hukuku, göç hukuku ve spor hukukudur. İflas hukuku alanında uzman avukat unvanını kullanma iznine sahip olan herkes, alternatif olarak iflas ve yeniden yapılandırma hukuku alanında uzman avukat unvanını kullanabilir.[63]

Bir avukat en fazla üç alandaki uzmanlığını aynı anda kullanabilir. Avukat başvurduğu alanlarla ilgili olarak özel bilgi ve tecrübe sahibi olduğunu ispatlayacak belge ve bilgiler sunmalıdır. Sunulacak belgeler Yönetmelikte uzmanlık alanlarına göre tek tek belirlenmiştir. Baro tarafından uzmanlık alanlarına göre oluşturulacak komisyonlar gerekli belgeleri inceledikten sonra avukatın uzmanlık unvanını kullanıp kullanmayacağı hakkında karar verir.

Avukat başvurduğu uzmanlık alanı ile ilgili teorik ve pratik bilgisini ispatlamakla yükümlüdür (FAO m.2). Örneğin iş hukuku alanında uzmanlık almak isteyen avukat FAO m. 10 uyarınca bireysel ya da toplu iş hukuku alanında belirtilen konularda eğitim almış olmalıdır. Uzman avukatlık eğitimi asgari 120 saatlik bir eğitim olup uzmanlık alanına göre artabilmektedir (FAO m.4). Daha sonra uygulama tecrübesinin ispatlanması beklenir. Pratik bilgi son üç yıl içinde şahsen yerine getirilmeli ve talimata bağlı olmayan çalışma sürecinde gerçekleşmelidir.[64] FAO m.5/c uyarınca iş hukuku uzmanı olabilmek için en az 100 dava takip etmek veya mahkeme işlemlerinde yer almış olmak gerekir.[65] Uzmanlık alanına göre ortalama 40 ila 160 dava ve mahkeme işi yürütülmesi

---

62 "Fachanwältin- und Fachanwaltsordnung in der Fassung vom 01.10.2023", chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.brak.de/fileadmin/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/FAO_Stand_01.10.2023.pdf (E.T. 12.12.2024)

63 Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn. 35 (https://beck-online.beck.de).

64 Christian Kirchberg, "Die Neuerungen der Fachanwaltsordnung im Kontext der Rechtsprechung", S. 26, 2003, NJW - Neue Juristische Wochenschrift, , s. 1833-1836; Tim Hagenbruch, "Wie wird man Fachanwalt?" Interview mit Ingrid Hagenbruch, S.2, 2009, Fachanwaltin for Arbeitsrecht, *Freilaw* - Freiburg Law Students Journal, s.2.

65 Weyland, BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn. 34 (https://beck-online.beck.de)

beklenmektedir.[66] Gerekli teorik ve pratik bilginin ispatlanması ile birlikte komite başvuran avukatı yazılı bir sınava (tartışmaya) tabi tutabilir (FAO m.7). Komite sunulan belgelerden ve sertifikalardan yeterli kanaate ulaşırsa doğrudan uzmanlık verilebilir.

Uzman avukat unvanı elde edilmekle eğitim süreci sona ermez. Uzman avukatların uzmanlık alanları ile ilgili en az on beş saatlik eğitimlere yılda en az bir defa katılmaları gerekir (FAO m.15). Bu ek eğitimler sayesinde uzmanlık alanındaki güncel gelişmeleri takip etmesi ve bilgisini derinleştirmesi arzu edilir. Alınan eğitim ve sertifikaların uzman avukatın bağlı bulunduğu baroya bildirmesi zorunludur.[67]

D. ÖNERİLER

Avukatlık Reklam Yasağı Yönetmeliğinde yapılan değişiklikleri neticesinde reklam yasağının daha sert bir şekilde uygulanmaya devam edeceği anlaşılmaktadır. Ancak Yönetmelikte yapılan değişikliklerin kâğıt üstünde kaldığı, uygulamada bir karşılığı olmadığı yaygın bir şikâyet sebebidir. Avukat sayısındaki önemli artış, hukuk eğitimindeki eksiklikler, mesleğin başlangıcında karşılaşılan sorunlar ve diğer benzeri nedenlerle avukatlar rekabet içine girmek ve reklam yasağını dolaylı olarak aşma çabası içine girmektedir. Bugün birçok avukat büro açamamakta yahut açtığı bürosunu ayakta tutmakta zorlanmaktadır. Böyle bir durumda olan avukata "*avukat iş peşinde koşmaz*" demenin bir karşılığı yoktur. Dolayısıyla Yönetmelikler değişir, yasaklar daha da katılaşabilir fakat uygulamada karşılık bulamaz. Yönetmelik değişiklikleri ile getirilen yeni yasaklamaların çoğunlukla çevrimiçi platformlara yönelik olduğu görülmektedir. Avukatlar bu platformlarda kendilerini tanıtmaya, bilgi ve tecrübeleri ile daha fazla görünür olma çabası içindedirler. Bu durumunun reklam boyutuna erişmesi yasaklanmakla birlikte mesleki tecrübenin uzmanlık olarak görünür kılınmaması mesleğin ruhuna aykırıdır.

Avukatlıkta itibar kolektif olarak inşa edilebilir. Bunun içinde mesleki yasakların anlaşılabilir ve uygulanabilir olması gerekir. Reklam yasağı da uygulanabilir olması halinde karşılık bulacak ve sahiplenilen bir uygulama haline gelecektir. Barolar oy kaygısı ile caydırıcı cezalar uygulayamamaktadır. Disiplin soruşturması başlatma yetkisi yerel barolardan alınarak merkezi konumda yer alan TBB'ye devredilmelidir. Bu kapsamda yerel barolar şikâyet veya resen soruşturmayı başlatmakla sınırlı olarak yetkilendirilmeli, sürecin devamında merkezi disiplin kurulu olarak TBB devreye girmeli ve son karar buradan çıkmalıdır. Barolar her ne kadar resen harekete geçerek reklam yasağı ihlâline müdahale edebilmekle yükümlü tutulmuşsa da yönetimsel ve idari yükümlülüklerinin yoğunluğu ile ilgilenmekten reklam yasağına yönelik disiplin yükümlülüklerine dikkatlerini yeterince verememektedirler. Bununla birlikte disiplin soruşturması yürüttüğü üyesine karşı oy kaygısı taşıması baroları caydırıcı ceza vermekten alıkoyar. Bu nedenle disiplin soruşturmalarının

---

66 Uzmanlık alanı talep edilen alanda dava veya mahkeme işlemi yürütülmesi gerekir. Federal Adalet Mahkemesi (BGH) bir kararında salt borç tahsilatı uzman avukatlık mevzuatı kapsamında dava veya iş olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir, BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – AnwZ (Brfg) 67/18 (AGH Hamburg), https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjoz%2F2020%2Fcont%2Fnjoz.2020.285.1.htm&pos=5&hlwords=on (E.T. 10.01.2025)

67 Weyland, BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn.15 (https://beck-online.beck.de).

merkezi bir sistem üzerinden yürütülmesi yasağın etkili bir şekilde işlemesine hizmet ederken, barolar üzerindeki yükü kaldıracaktır.

Avukatlık ticari bir faaliyet değildir ve olmamalıdır. Bu bakımdan ticari faaliyetin gereği olan reklam ve rekabet kamu hizmeti ifa eden avukatlık mesleği için uygun değildir. Ancak 2016 yılında TBB tarafından hazırlanan Avukatlık Kanunu değişikliğinde 55/A maddesi ile uzmanlık kurumunun getirilmesi şu gerekçelerle uygun görülmüştü: "*bugüne kadar bu hüküm çok katı anlaşılmış, basit bir bilgilendirme ve uzmanlık belirtme dahi reklâm olarak kabul edilebilmiştir. Şüphesiz bugüne kadar uzman avukatlık sisteminin kabul edilmemesi karşısında, bu uygulama yanlış da değildir. Getirilen yeni hükümlerle, belirli nitelik ve aşamalardan geçtikten sonra uzmanlığın kabul edilmesi karşısında, reklâm yasağının da bu yönde gözden geçirilmesini zorunlu kılmıştır...Hayat ilişkilerinin genişlemesi, iletişimin artması, teknolojinin gelişmesi, sosyo-ekonomik değişiklikler, hukukun da farklılaşmasına, yeni hukuk alanlarının ortaya çıkmasına yol açmış, tek yönlü bilgi ile tüm sorunların çözümü zorlaşmıştır. Her şeyi bir kişinin bilmesi ve her sorunu çözmesi mümkün değildir. Özellikle son elli yılda uzmanlığa dayalı çalışma esasları kabul edilmiştir. Ülkemizde ise hukuk ve özellikle avukatlık alanlarında uzmanlık konusu ihmal edilmiş bulunmaktadır*".[68]

Kanaatimizce hukuk fakültesi eğitiminden başlayarak verimli bir staj dönemi ardından uzmanlaşmaya yönelik bir sistem inşa etmek gerekir. Bu çerçevede hukuk fakültesi eğitim süresinin beş yıla çıkarılarak teorik eğitim ile uygulamaya yönelik eğitimler birlikte verilmelidir. Bilindiği üzere Avukatlık Kanunu m. 12/f.1-b'de 2001 yılında yapılan değişiklik ile avukatlıkla bağdaşan akademik unvanlar doçent ve profesör olarak değiştirmiştir. Değişiklik öncesinde ise eski adı ile yardımcı doçent, bugünkü adı ile doktor öğretim üyesi unvanına sahip akademisyenler de avukatlık yapabilmekteydi. Doktor öğretim üyesinin faaliyet gösterdiği bilim dalının uygulamasının içinde olarak avukatlık yapabilmesinin önünün açılması gerekir. Böylece ürettiği akademik çalışmaların salt teorik alanda kalmamasına, doğru ve etkili çözümler önerebilmesine hizmet eder.[69]

Hukuk fakülteleri eğitimlerinin genel ağırlığı teorik dersler üzerinedir. Fakülteden mezun olan her hukukçu mesleki faaliyete başladığında teori ve uygulama arasındaki farkın uçurumunda zorlu yollarda yürümek zorunda kalır. Bu garabet durum günümüzde hukuki yeterlilik atölyeleri, mesleki eğitim kuruluşları şeklinde değişik ad ve namda nasıl bir eğitim verildiği dahi anlaşılamayan mesleki tecrübeyi pazarlayan bir sektörün doğmasına neden olmuştur. Esasen staj dönemi mesleki hazırlık dönemidir.[70] Bu dönemi yanında çalıştığı avukatın tecrübelerinden faydalanarak geçirmesi gerekirken verimsiz ve kontrolsüz staj eğitimleri nedeniyle piyasada ortaya çıkan ve mesleki tecrübeyi pazarlayan bu eğitimlere yönelme ihtiyacı hasıl olmaktadır. Avukatlık stajlarının yetersiz kaldığı gerçeği karşısında genç avukatlar bu eğitimlere itibar etmek durumunda kalmaktadır. Avukatlık mesleğinde tecrübe aktarımı kıymetlidir. Bu kıymeti avukatların yararına sunmak gerekir.

---

68 https://medya.barobirlik.org.tr/barowebsite/uploads/25/kanun/kanun1.pdf (E.T. 10.01.2025)

69 Gülan Aydın, "Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu", C.1, S.2, 2011, İÜHFM, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, s. 38-39; M. Serdar Özbek, "Avukatlıkla bağdaşabilen Akademik Unvanlar", S.1, 2012, Ankara Barosu Dergisi, s. 37.

70 Çiğdem Sert Demir, "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", S. 54, 2004, TBB Dergisi, s. 341.

Hukuk fakültelerinden başlayarak teorik ve uygulamaya yönelik eğitimin fakülte, TBB ve Adalet Bakanlığı iş birliğinde yürütüleceği bir sistem inşası üzerine çalışılmalıdır. İşte bu noktada öğretim üyelerinin teori ve uygulamaya hakimiyeti önem arz eder. Hukuk öğrencisi mezun olmadan uzmanlaşacağı alanı belirleyebilmeli ve uzmanlaşacağı alana yönelik eğitim almalıdır. Uzmanlığın belirlenmesinde Adalet Bakanlığı ve TBB önderliğinde uzmanlık akademileri kurulmalıdır. Avukatlıkta uzmanlaşma avukatın kendini uzman olduğu alanda ifade etmesine olanak sağlar. Böylece reklam yasağını dolaylı yollardan aşma çabası içine girilmez. Doğru, gerçek ve adil bir rekabet ortamı oluşur. Mesleki eğitim ve tecrübelerin ön plana çıkarılması sağlanır.

SONUÇ

Son sözlerimizi bir umuda bağlamak isteriz. Ocak 2025'te yayımlanan Yargı Reformu stratejisi (2025-2029) belgesinde savunmanın güçlendirilmesi ve avukatların adli sürece daha etkin katılması için çalışmalara yer verileceği belirtilmiştir.[71] Bu çerçevede yeni bir Avukatlık Kanunu üzerine çalışma yapılacağı anlaşılmaktadır. Yeni bir meslek kanunu umarız ki mesleğin sorunlarına umut olur.

Türk avukatlık hukukunda reklam yasağının varlığının sürdürülmesi bizim avukatlık mesleğine bağladığımız fonksiyon doğrultusunda devam edecek veya sona erecektir. Temel çelişki; avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin reklam faaliyetinin kısıtlanmasını gerektirirken, mesleğin kazanç elde etme yönü ise rekabeti zorunlu kılmaktadır.[72] Avukatlık mesleğinde reklam yasağının devam edip etmemesi hususunda sorulması gereken soru avukatlığın adaletin yerine getirilmesinde gerekli bir yargı organı mı yoksa bir hizmet sunmak üzere yargıya yardımcı olan bir meslek mi olduğudur.[73] Türk hukuk mevzuatının bu konudaki cevabı açıktır. Kanun m.1 mesleki hizmetini kamu hizmeti olarak nitelendirirken avukatlık meslek faaliyetini de adaletin temel unsuru olarak kabul eder. Keza kanunların başka hiçbir mesleğe tanımadığı yetkilerle donattığı avukatlık hizmeti alelade bir hizmetten ayırmak gerekir. Mesleğin kamu hizmeti boyutu, avukata hukuki uyuşmazlıkları doğru bir şekilde çözme ödevi de yükler.

Avukatlık reklam yasağın asıl amacının hatırlanması gereklidir. Adaletin yerine gelmesinde yargı sisteminin bir parçası olan avukatların mesleki vakura uygun hâl ve hareket içinde olması, dürüst, güvenilir ve çalışkan olması beklenir. Bununla birlikte avukat sayısındaki ciddi artış meslekte kaçınılmaz bir rekabeti beraberinde getirmiştir. Bu durum ise göz ardı edilemeyecek bir seviyededir. Avukat iş bulmak için bir çaba içine girmek zorunda olup kendini reklam yasağının karanlık sularında bulmaktadır. Bu noktada bilgilendirme yahut kendini ifade etme hürriyeti adı altında örtülü reklam faaliyeti içine girdiği görülür.

Hukuk bilimi okyanus gibidir. Sınırları nerede başlar ve biter tespit etmek bazen imkânsızlaşır. Hukuk fakültesinden mezun olan bir hukukçu çoğunlukla

---

71 https://yargireformu.adalet.gov.tr/dosyalar/TurkiyeYuzyiliYargiReformuStratejisi.pdf (E.T. 24.01.2025).

72 Yavaş, s. 728.

73 Yılmaz, s. 203.

önüne gelen uyuşmazlıkların türü doğrultusunda, şanslı bir kısmı da araştırmayı arzu ettiği alt alanlarda mesleki bilgi ve tecrübelerini geliştirir. Günün sonunda her hukukçunun uzmanlaştığı bir alan vardır. Keza toplumsal değişimler yeni hukuki uyuşmazlıklar da yaratmakta bu alanlarda da uzmanlaşmalara ihtiyaç duyulmaktadır. O hâlde toplumsal ve mesleki değişime ayak uydurmak ve ihtiyaçlara uygun çözüm üretilebilmesi için uzman avukat modelini geliştirmek elzemdir. Alman uzman avukatlık sisteminin tarihi sürecine bakıldığında sistemin mevcut avukatlardan gerekli belge ve bilgilerin değerlendirilmesi yoluyla uzmanlığa izin verdiğini daha sonra yasal mevzuatın da gelişmesi ile tek tip uzmanlık sisteminin geliştirildiği görülmektedir.[74] Benzer sistemin Türk avukatlık mevzuatında kabul edilmesi elzemdir. Böylece uzmanlaşma hukuk fakülteleri, TBB ve Adalet Bakanlığı iş birliği içinde fakülte eğitiminden başlayarak inşa edilmeli, avukatların reklam yasağını doğrudan ve dolaylı ihlâl etmelerinin önüne geçilmelidir.

[74] Wilhelm E. Feuerich/ Dag Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn. 6-7 (https://beck-online.beck.de).

KAYNAKÇA

Aday N, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Beta Yayınevi, 1994.

Akcan R/ İbrahim E, "Avukatlıkta Reklam Yasağı", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, ss. 83-122.

Aslan A Ç, Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015.

Bauckmann M, "BRAO § 43/c Fachanwaltschaft", Dag Weyland (Ed.), Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 11. Auflage, 2024.

Budak A C/Karaaslan V/Apaydın E/Aydemir F/ Koçak Diker D, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023.

Demir Ç S, "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", S. 54, 2004, TBB Dergisi, ss. 339-346.

Demir Ş, Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler", Y. 67, S. 3, 2009, ABD, ss. 61-69.

Feuerich W E/Dag W, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO Kommentar, 2024, § 43c Rn. 4 (https://beck-online.beck.de).

Güner S, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2009.

Hagenbruch T, "Wie wird man Fachanwalt?" Interview mit Ingrid Hagenbruch, Fachanwaltin für Arbeitsrecht, *Freilaw* - Freiburg Law Students Journal, S.2, 2009, s. 1-4.

İnce I, "Reklam Diline Dilbilimsel Bir Bakış", C. 10, S. 1, 1993, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, ss. 231-245.

Mısır M H, Avukatlık Disiplin Hukuku, TBB Yayınları, Ankara, 2016.

Muratoğlu T, "Alman Federal Cumhuriyeti'nde Hukuk Mesleklerine Giriş Şart ve Usulleri", C.12, S. 48, TAAD, ss. 21-64.

Özbek M S, "Avukatlıkla Bağdaşabilen Akademik Unvanlar", S.1, 2012, Ankara Barosu Dergisi, ss.19-42.

Özdemir N/Algın F/Şahin D, "Avukatlık Mesleği ve Reklam", S.24, 2021, HFSA İstanbul Barosu, ss. 181-186.

Özkan M S, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İstanbul, 2013.

Özkent A H, Avukatın El Kitabı, İstanbul 1940.

Öztek S, "Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı", C. 12, S. 1-3, 2006, Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayı, ss. 673-685.

Pektaş H, "Reklam Nedir, İşlevi ve Etkileri Nelerdir?", C.2, S. 1, 1987, On dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakütesi Dergisi, ss. 222-231.

Römermann V, BeckOK FAO,2024, FAO § 1 Rn. 1-6, (https://beck-online.beck.de).

Rumpf C, "Türk Hukuku ile Mukayese Edildiğinde Almanya'da ve Avrupa'da Avukatların Reklam Yapma Hakkı", C. 68, S. 2010/1, Ankara Barosu Dergisi, ss. 145-166.

Sav A, Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", C.68, S. 2010/1, Ankara Barosu Dergisi, ss. 133-143.

Tan T, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", C.8, 1991, Anayasa Yargısı, ss. 233-252.

Tekelioğlu N, "Reklamın Ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", C.8, S.1, 2018, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1-34.

Ulusoy A, "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", S. 1-4, Y.1999, AÜHFD, ss. 165-176.

Yavaş M, "Türk Hukukunda Avukatın Reklam Yapma Yasağı", C. 21, S.2, 2015, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayı, ss. 727-740.

Yılmaz E, "Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık", C. 44, S. 1-4, 1995, AÜHFD, ss. 193-208.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

AYM, Baş. No. 2021/56916, Karar Tar. 22.05.2024, Ayşe Rabia Yüreklitürk başvurusu.

ALMAN FEDERAL MAHKEME KARARI

BGH, Beschl. v. 7.3.2019 – AnwZ (Brfg) 67/18 (AGH Hamburg)

TBB DİSİPLİN KURUL KARARLARI

TBB Disiplin Kurulu Kararı T.20.01.2023, E.2022/985, K. 2023/6.

TBB Disiplin Kurulu Kararı T. 05.11.2023, E. 2023/828, K. 2023/924.

TBB Disiplin Kurulu Kararı T. 19.01.2024, E. 2023/1009, K. 2024/16.

TBB Disiplin Kurulu KararlarıT.21.10.2023, E.2023/759, K. 2023/853

İNTERNET KAYNAKLARI

https://beck-online.beck.de

https://www.chatmitanwalt.com/anwalt/qjjwq-ich-habe-aus-instagram-einen-iq-test-gesehen-ihr-sitz-ist.html

https://www.anwalt.de/fachanwalt/familienrecht.php

https://jurcase.com/der-fachanwaltstitel-spezialisierung-im-anwaltsberuf/

https://www.anwalt.org/43b-brao/

https://www.anwalt-advertising.de/wie-duerfen-anwaelte-werben/

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_brao/index.html#gl_p0239

https://yargireformu.adalet.gov.tr/dosyalar/TurkiyeYuzyiliYargiReformuStrategisi

https://medya.barobirlik.org.tr/barowebsite/uploads/25/kanun/kanun1.pdf

https://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/avukatlik-kanun-taslagi-goruse-sunulmustur

https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2024-avukat-sayilari-31122024-85333

https://www.barobirlik.org.tr/Barolar

TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARIN DÜZENLENMESİ İHTİYACI

The Necessity of Regulatory Frameworks for Online Platforms under Turkish Law

Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ*

Öz: Dijital teknolojilerin hızlı yükselişiyle birlikte, çevrimiçi platformlar iletişim kurma, bilgiye erişme ve iş yapma alışkanlıklarımızı şekillendirerek günlük hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte, yaygın etkileri ve kötüye kullanım potansiyelleri sebebiyle bu alanda güçlü bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmaktadır. Çevrimiçi platformların yasalarla düzenlenmesi, bireysel hakların korunmasının yanı sıra zararlı içeriklerin ve haksız rekabetin önlenmesi için de elzemdir.

Bu çalışma, öncelikle çevrimiçi platform kavramını açıkladıktan sonra bu platformlara yönelik hukuki düzenleme ihtiyacını irdelemekte, ardından karşılaştırmalı hukuktaki düzenleme örneklerine yer verip Türk kanun koyucusuna benzer regülasyonlar getirilmesine yönelik tavsiyelere yer vermektedir.

Anahtar sözcükler: Çevrimiçi Platform, Dijital Hizmet Tüzüğü, Dijital Haklar, Dijital Egemenlik

Abstract: With the rapid rise of digital technologies, online platforms have become a fundamental aspect of our daily lives, significantly influencing how we communicate, access information, and engage in business. However, their far-reaching impact and potential for misuse also underline the necessity of robust regulation. Regulating online platforms is vital to protecting individual rights and curbing the dissemination of harmful content and unfair competition.

This paper begins by defining online platforms, then expounds on the importance of regulating them, provides examples of regulation in comparative law, and finally, offers recommendations for the Turkish legislator for granting similar regulations.

Keywords: Online Platform, Digital Service Act, Digital Rights, Digital Sovereignty

* Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aybike.tunc@hbv.edu.tr
ORCID: 0000-0001-5837-9170
DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677380
Makale Geliş Tarihi: 2.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 11.03.2025

GİRİŞ

Son yıllarda dijital hizmetlerin düzenlenmesi, çevrimiçi platformların hızla yaygınlaşması ve günlük hayata entegre edilmesi ile dünya çapında kritik bir konu olarak ortaya çıkmıştır. Sosyal medya ve e-ticaretten, bulut bilişim ve fintech'e kadar uzanan bu platformlar, inovasyon için benzeri görülmemiş kolaylık ve fırsatlar sunmakla birlikte gerekli yasal düzenlenmeler getirilmediği takdirde, önemli risk ve zorlukları da beraberlerinde getirmektedirler[1].

Veri ihlalleri, pazarda tekelleşme, tüketicilerin yanlış yönlendirilerek zarara uğratılmaları ve haksız rekabet uygulamaları gibi ciddi riskler, çevrimiçi platformların güvenli, adil ve şeffaf bir şekilde çalışmasını sağlamak için sağlam düzenleyici çerçevelere duyulan ihtiyacı vurgulamaktadır.

Türk hukuku bağlamında, dijital hizmetlerin düzenlenmesi özellikle önem arz eder. Zira Türkiye'de de tüm dünyada olduğu gibi dijital pazar ivmelenerek büyümektedir. Özellikle covid-19 pandemisi sonrası giderek artan sayıda tüketici, günlük işlem ve hizmetler için çevrimiçi platformları tercih etmektedir[2]. Bu büyüme dijital pazar açısından faydalı olmakla birlikte tüketicinin korunması, veri gizliliği ve haksız rekabetin önlenmesi gibi kritik endişeleri de gündeme getirmektedir. Sözkonusu platformlara ilişkin düzenleyici tedbirler alınmadığı takdirde özellikle de Brüksel etkisi[3] sebebiyle AB düzenlemelerine uyumlanan platformlar, Türk kullanıcılara da bu düzenlemeler kapsamında hizmet sunmaya devam edecektir. Bu sebepledir ki Türkiye'nin dijital egemenliğini koruması ve Türk kullanıcıların dijital haklarının ihlalinin önlenmesi için çevrimiçi platformlara ilişkin düzenlemeler yapılması ihtiyacı aciliyet arz etmektedir.

I. ÇEVRİMİÇİ PLATFORM KAVRAMI

Her ne kadar çevrimiçi platform denildiğinde her bireyin zihninde bir imge oluşuyor, hatta pek çok internet sitesi kendisini platform olarak adlandırıyor olsa da[4] kişilerin bu kadar kolaylıkla gündelik hayatlarına entegre edebildikleri bu kavramı tanımlamak göründüğü kadar kolay değildir. Zira her disiplin kendi ihtiyaçları doğrultusunda çevrimiçi platformları farklı şekilde

---

1 Gillespie, Tarleton, Custodians Of The Internet: Platforms, Content Moderation, and The Hidden Decisions That Shape Social Media, Yale University Press 2018, sh. 198.

2 Klein, Müge/Bayrak Meydanoğlu, Ela Sibel, "*İşletmeler İçin Geniş Kapsamlı Dijital Dönüşüm Strateji Çerçevesi*", Dijital Dönüşümü İşletme Biliminin Gözlükleriyle Anlamak, Eryılmaz, M. (Ed.), Ankara 2021, sh. 122; Karaçar, Alper/Kılıç, Feride/Mataracı, Gökhan, "*Covid-19 ile Hızlanan Dijital Dönüşüm*", Covid-19 Gündemi - Yeni Gerçeklikte Makro Trendler, https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/tr/pdf/2020/07/covid-19-gundemi.pdf, sh. 22.

3 Brüksel etkisi, Avrupa Birliği mevzuatına uyumlanan uluslararası firmaların AB üyesi olmayan ülkelerde de bu mevzuata ilişkin uygulamaları dayatması anlamına gelmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için II-C başlığına bakınız.

4 Busch, Christoph/ Schulte-Nölke, Hans/Wiewiórowska-Domagalska, Aneta/Zoll, Fryderyk, "*The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*" EuCL, 2016, S. 1, sh. 3; Rózenfeldová, Laura/Sokol, Pavol, "*Liability regime of online platforms new approaches and perspectives*", EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC), S. 3, sh. 868.

tanımladığı gibi başlı başına platform kavramının kendisinin dört başı mamur bir şekilde tanımlanabilmesi de maalesef mümkün değildir[5].

Çevrimiçi platform, en genel tanımıyla kullanıcıların birbirleriyle etkileşime girdiği tüm çevrimiçi alanları ifade etmektedir[6]. OECD'nin yapmış olduğu tanıma[7] göre çevrimiçi platform, internet üzerinden hizmet aracılığıyla etkileşimde bulunan iki veya daha fazla farklı ancak birbirine bağımlı kullanıcı grubu (firmalar veya bireyler) arasındaki etkileşimleri kolaylaştıran dijital hizmetleri ifade eder. Paralel şekilde Avrupa Komisyonu da 2015'te yayınlamış olduğu bir danışma yazısında[8] çevrimiçi platformları iki (veya çok) taraflı pazarlarda faaliyet gösteren, iki veya daha fazla farklı ancak birbirine bağımlı kullanıcı grubu arasında etkileşim sağlamak için interneti kullanan ve gruplardan en az biri için değer üreten bir teşebbüs şeklinde tanımlamıştır. Yine Komisyon 2016'da yayınlamış olduğu bir çalışma belgesinde[9] çevrimiçi platformların temel özelliklerini, kullanıcılar arasındaki doğrudan etkileşimleri veya işlemleri kolaylaştırma ve bunlardan değer elde etme kapasitesi, diğerlerinin yanı sıra her bir kullanıcının hizmet ve deneyimini optimize etmek amacıyla büyük miktarda kişisel ve kişisel olmayan veri toplama, kullanma ve işleme yeteneği, ağ etkileri olarak adlandırılan, herhangi bir ilave kullanıcının mevcut tüm kullanıcıların deneyimini geliştireceği ağlar kurma kapasitesi, kullanıcılara fayda sağlayan ancak geleneksel pazarları da bozabilecek daha verimli düzenlemeler için yeni pazarlar yaratma ve şekillendirme yeteneği ve son olarak da yukarda sayılanların tümünü gerçekleştirme aracı olarak bilgi teknolojisine güvenme şeklinde sıralamıştır.

OECD'nin ve Komisyon'un yapmış olduğu tanımlar, her ne kadar yol gösterici olsalar da hukuken bağlayıcı nitelikte değillerdir. Dijital hizmetleri düzenleyen daha eski tarihli farklı yasal düzenlemeler mevcut olsa da çevrimiçi platform kavramı AB hukukunda ilk kez 2022 tarihli Dijital Hizmet Tüzüğü (Digital Service Act) md. 3 hükmünde tanımlanmıştır. Madde hükmüne göre çevrimiçi platform, hizmet alıcısının talebi üzerine bilgileri depolayan ve kamuya yayan bir barındırma hizmetini ifade eder. Aynı hükme göre bu faaliyet, başka bir hizmetin küçük ve tamamen ikincil bir özelliği veya ana hizmetin küçük bir işlevi ise, objektif ve teknik nedenlerle bu diğer hizmet olmadan kullanılamıyorsa ve bu özellik veya işlevselliğin diğer hizmete entegrasyonu,

---

5 Bassan, Fabio, Digital Platforms and Global Law, UK 2021, sh. 1.

6 Rózenfeldová/Sokol, sh. 868.

7 OECD, An introduction to online platforms and their role in the digital transformation, OECD Publishing. https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platformsand-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm (erişim tarihi: 17.06.2024).

8 Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, September 24, 2015, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing (erişim tarihi: 17.06.2024).

9 European Commission. (2016b). Staff working document. In Communications from the commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions, online platforms and the digital single market opportunities and challenges for Europe, COM (2016)288 final, SWD (2016) 172 final. Brussels May 25, 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Tüzüğün uygulanabilirliğini aşmak için bir araç değilse çevrimiçi platform olarak kabul edilmez[10].

Amerikan hukukunda dijital hizmetleri düzenleyen İletişim Ahlak Yasası'nın (CDA) 230. bölümü, çevrimiçi platformları doğrudan tanımlamamakla birlikte kapsadığı varlıkları tanımlamak için "etkileşimli bilgisayar hizmeti" terimini kullanmaktadır. Kanun hükmüne göre etkileşimli bilgisayar, internete erişim sağlayan hizmetler ve sistemler, kütüphaneler veya eğitim kurumları tarafından işletilen veya sunulan sistemler dahil olmak üzere, bir bilgisayar sunucusuna birden fazla kullanıcının erişimini mümkün kılan herhangi bir bilgi hizmeti, sistem veya erişim yazılımı sağlayıcısını ifade etmektedir[11]. Bu geniş tanım, sosyal medya platformları, forumlar, arama motorları ve diğer birçok çevrimiçi aracı türü dahil olmak üzere çok çeşitli çevrimiçi hizmetleri kapsamaktadır. 230. bölümün amacı, bu kuruluşlara kullanıcı tarafından oluşturulan içerik için sorumluluktan muafiyet sağlamak ve bu hizmetleri barındırdıkları büyük miktarda üçüncü taraf içeriğinden sorumlu tutulmaktan koruyarak internetin büyümesini ve gelişmesini teşvik etmektir[12].

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak bir çevrimiçi platformun varlığından söz edebilmek için her şeyden önce sözkonusu platformun kullanıcıların etkileşimlerine olanak sağlama mecburiyeti bulunduğundan bahsedebiliriz. Zira kullanıcıların etkileşimine ortam sağlaması, bir çevrimiçi platformun olmazsa olmaz özelliğidir. Bunun yanı sıra platform, kullanıcıların etkileşimlerine olanak sağlarken mutlaka aracı olarak hizmet vermeli ve sözkonusu etkileşimleri yönetmek için de algoritmalara güvenmelidir. Dolayısıyla bugün kullanıcıların internete girdiklerinde kullandıkları hemen hemen her site; çevrimiçi bloglar, sosyal medya kanalları, yayın (streaming) platformları, çevrimiçi alışveriş siteleri birer çevrimiçi platform niteliğindedir. Her ne kadar kullanıcılar, bu platformlarda gerçekleştirdikleri etkileşimlerde genel hükümler çerçevesinde korunuyor olsalar da dijital çağın getirileri ve ihtiyaçları gereğince özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

II. ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARIN HUKUKEN DÜZENLENMESİ İHTİYACI

Çevrimiçi platformların hızla yayılması ve yaygın etkisi, güçlü bir yasal düzenlemeye duyulan acil ihtiyacı gün yüzüne çıkarmıştır. Bu platformlar sosyal etkileşim, ticaret ve bilgi alışverişi için kritik altyapı görevi görerek modern yaşamın merkezinde yer almaktadır. Bununla birlikte, kullanıcı verileri üzerindeki geniş erişim ve kontroller, gizlilik, güvenlik ve adil rekabet konularında önemli endişelere yol açmaktadır. Bu platformların kullanıcıların temel hak ve özgürlüklerine saygı göstermesini, kişisel verileri korumasını ve adil rekabeti sürdürmesini sağlamak için etkili bir düzenleme gereklidir. Uygun yasal

---

[10] Regulation Of The European Parliament and Of The Council on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), 19 October 2022, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065 (erişim tarihi: 17.06.2024).

[11] Section 230 of the Communications Act of 1934 at 47 U.S.C. § 230, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230 (erişim tarihi: 17.06.2024).

[12] Goldman, Eric, "*An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity*", Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Giancarlo Frosio (ed.), Oxford 2020, sh. 157.

çerçeveler olmadan, çevrimiçi platformlar hakim konumlarını istismar edebilir, demokratik süreçleri ve ekonomik dayanıklılığı zayıflatan bir güç yoğunlaşmasına yol açabilir. Bu nedenle, her ülkenin kendine özgü sosyo-ekonomik ve kültürel bağlamına göre uyarlanmış sıkı düzenlemelerin uygulanması, bireysel ve ulusal çıkarların korunması ve tüm paydaşlar için daha eşitlikçi ve güvenli bir dijital ortamın teşviki için çok önemlidir.

A. KULLANICILARIN HAKLARININ KORUNMASI

Çevrimiçi platformların en belirleyici özelliği, kullanıcıların etkileşimi için bir alan yaratmasıdır. Bu sebepledir ki bu platformların düzenlenmesi, kullanıcıların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi noktasında büyük önem arz eder. Zira çevrimiçi platformlarda her gün kullanıcılara ait çok büyük miktarlarda kişisel veri akışı gerçekleşmektedir. Öyle ki bazı kullanıcılar paylaştıkları içeriklerde kişisel verilerini paylaştıkları bilinci ve kabulü ile hareket ediyor olsalar da bazı kullanıcılar sözkonusu paylaşımların kişisel veri içerdiğinin bilincinde değillerdir[13]. Dolayısıyla hergün yoğun bir veri akışı olan çevrimiçi platformlarda sözkonusu kişisel verilerin güvenliği ve gizliliği ciddi bir tehdit olarak gündeme gelmektedir[14]. Belirtmek gerekir ki sözkonusu platformlarda işlenilen kişisel veriler korumadan mahrum değildir. Zira kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa md. 20 hükmü ile güvence altına alındığı gibi kişisel veri güvenliği 6698 sy. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile de ayrıca korunmaktadır. Ancak sözkonusu platformların aracı hizmeti verdiği dikkate alındığında, veri sorumlusu ya da veri işleyen için öngörülen yükümlülüklerin kullanıcılara yeterli veri güvenliği sağlamadığı görülecektir[15]. Gerçekten de bu platformlar aracılığıyla kullanıcılarla etkileşime geçen işletmeler, çoğunlukla kullanıcıların hangi verilerinin işleneceği noktasında karar verme ya da kullanıcıya seçenek sunma yetkisine sahip değillerdir. Bu sebepledir ki gizlilik ayarlarını yönetme seçenekleri, profil oluşturmaya dayalı kişiye yönelik reklamlardan vazgeçme imkanı gibi çevrimiçi platformları kullanıcılara kişisel verileri üzerinde daha fazla kontrol sağlamakla yükümlü kılacak yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır[16].

---

[13] Eroğlu, Şahika, "Dijital yaşamda mahremiyet (gizlilik) kavramı ve kişisel veriler: Hacettepe Üniversitesi bilgi ve belge yönetimi bölümü öğrencilerinin mahremiyet ve kişisel veri algılarının analizi", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi cilt: 35 sayı: 2, sh. 131.

[14] Turillazzi, Aina/Taddeoa, Mariarosaria/Floridi, Luciano/Casolari, Federico, "*The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*", Law, Innovation and Technology 15.1 2023, sh. 95; Calo, Ryan, "*The boundaries of privacy harm*", Indiana Law Journal, Vol. 86, Issue 3 Summer 2011, sh. 1135 vd.; Doğan, Bayram, Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Ankara 2022, Sh. 206.

[15] Angelopoulos, Spyros/Brown, Michael/McAuley, Derek/Merali, Yasmin/Mortier, Richard/Price, Dominic, "Stewardship Of Personal Data On Social Networking Sites.", International Journal of Information Management, 2021 vol. 56, sh. 2.

[16] Angelopoulos/Brown/McAuley/Merali/Mortier/Price, sh. 6; Demirkan, Haluk/Delen, Dursun, "*Leveraging The Capabilities Of Service-Oriented Decision Support Systems: Putting Analytics and Big Data In Cloud*", Decision Support Systems, 2013 vol. 55.1, sh. 415; Liu, Ying/Soroka, Anthony/Han, Liangxiu/Jian, Jin/Tang, Min, "*Cloud-Based Big Data Analytics For Customer Insight-Driven Design Innovation In Smes*", International Journal of Information Management, 2020 vol. 51, sh. 3.

Kullanıcıların çevrimiçi platformları kullanırken korunması gereken tek menfaati kişisel verileri değildir. Keza bu platformlar, kişilerin iletişim kurmak, duygu ve düşüncelerini aktarmak amacıyla kullandıkları alanlar oldukları için ifade özgürlüklerinin de korunması önem arz etmektedir. Unutulmamalıdır ki çevrimiçi platformlar farklı sesler için bir alan sunarken, aynı zamanda belirli bakış açılarını bastırma veya güçlendirme gücüne de sahiptirler[17]. Bu sebeple ifade özgürlüğünün korunması birey hak ve özgürlüklerinin korunması açısından önemli olduğu kadar toplumsal kültürün korunması ve yeniden inşası açısından da son derece önemlidir[18].

Kullanıcıların ifade özgürlüklerini korumaya yönelik düzenlemeler kadar belli bir zümre ya da gruba yönelik nefret söylemi ve yanlış bilginin yayılmasını önleyecek düzenlemelere de ihtiyaç duyulmaktadır[19]. Çünkü çevrimiçi platformlar, dezenformasyonun son derece hızlı ve geri dönülmez bir şekilde yayılmasına da olanak sağlayabilmektedirler[20]. Bir yanda zararlı içeriklerin dijital platformdan kaldırılması ile korunacak toplumsal huzur ve diğer yanda da ifade özgürlüğü, hassas bir terazinin iki kefesinde duran iki feda edilemeyecek denli önemli değerlerdir. Binaenaleyh bu hususta getirilecek düzenleme, her şeyden önce kullanıcıların ifade özgürlüklerini koşulsuz bir güvence altına almalı ve sansüre engel olacak güçlü mekanizmalar oluşturmalı; bununla birlikte ifade özgürlüğünün sınırlarını da hakkın içeriğini boşaltmadan; ama dezenformasyon ve nefret söylemine de engel olacak şekilde dikkatlice çizmelidir[21]. Güçlü ve kapsamlı yasal çerçevelerin eksikliği, ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde korunamaması ya da ifade özgürlüğü adı altında kişisel mahremiyelerin ihlal edilmesi, ayrımcılık, dolandırıcılık, belli zümre ya da gruplara yönelik nefret

---

17 Pasquale, Frank, "*Platform Neutrality: Enhancing Freedom Of Expression In Spheres Of Private Power*", Theoretical Inquiries in Law, 2016 vol.17. issue 2, sh. 509; Hong, Mathias, "*Regulating Hate Speech And Disinformation Online While Protecting Freedom Of Speech As An Equal And Positive Right–Comparing Germany, Europe And The United States*", Journal of Media Law, 2022 vol. 14 issue 1, sh. 78

18 Tunç, Hasan, "Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: XII sayı: 1-2, sh. 1128.

19 Citron, Danielle Keats/Norton, Helen, "*Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship For Our Information Age*", Boston University Law Review, 2011 Vol. 91, sh. 1453-1454.

20 Bu bağlamda, bir çevrimiçi platform olan Twitter'ın eski ABD Başkanı Donald Trump'ı kalıcı olarak yasaklama kararı dikkat çekicidir. Bu karar, 6 Ocak 2021'de gerçekleşen Trump destekçilerinin Kongre Binası'na yaptığı saldırı sonrası Twitter, Trump'ın tweetlerinin şiddeti daha da teşvik etme riski taşıdığını gerekçesiyle 8 Ocak 2021 tarihinde, Trump'ın hesabını kalıcı olarak kapattığını duyurdu. Bkz: https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55597840 (erişim tarihi: 26.06.2024).

Twitter'ın bu yasağı, çevrimiçi platformların ifade özgürlüğünü koruma sorumluluğu ile toplumsal düzeni ve güvenliği sağlama zorunluluğu arasındaki dengeyi nasıl kurması gerektiği sorusunu gündeme getirdi. Hatta Twitter'ın kurucu ortağı ve CEO'su Jack Dorsey, bu tür yasakların tehlikeli bir emsal teşkil edebileceği ve internet üzerinde özel şirketlerin aşırı güç kullanımı ile ilgili endişelere yol açabileceği yönünde açıklamalarda bulundu. Bkz: https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55647815 (erişim tarihi: 26.06.2024).

21 Hong, sh. 93; Kuczerawy, Aleksandra, "*Fighting Online Disinformation: Did The EU Code Of Practice Forget About Freedom Of Expression?*", In: Disinformation And Digital Media As A Challenge For Democracy European Integration And Democracy Series 6, Georgios Terzis et al. (ed.), Cambridge 2019, sh. 303 vd.

söylemlerinin ve diğer insan haklarına yönelik ciddi ihlallerin yaygınlaşması gibi sorunlara yol açma potansiyeli taşımaktadır[22].

Zararlı içeriklerin önlenmesi her türlü çevrimiçi platform açısından önemli olmakla beraber[23] özellikle küçüklerin ve korunmaya muhtaç grupların erişimine açık olanlar açısından daha elzemdir. Zira bu kullanıcılar zararlı içeriklerin şiddete maruz kalma, siber zorbalık ve istismar gibi olumsuz etkilerine karşı özellikle hassastırlar[24]. Bu sebeple çevrimiçi platformların zararlı içerikleri hızlı bir şekilde tespit etmelerini ve kaldırmalarını sağlayacak mekanizmaları oluşturmaya zorlayacak düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun yanısıra sözkonusu düzenlemeler, çevrimiçi platformları reşit olmayanların potansiyel olarak zararlı içeriğe erişimini sınırlamak için yaş doğrulama mekanizmaları ve ebeveyn kontrolleri gibi önlemler almaya da yönlendirmelidir[25]. Zira ebeveyn kontrol programları aracılığıyla ebeveynler, çocuklarının hangi siteleri ziyaret ettiği bilgisine ulaşabildiği gibi birden fazla çocuğu olan ebeveynlerin yaş sınıflandırması yaparak hangi çocuğunun hangi içeriklere ulaşabileceğini kontrol edebilme imkanına da erişmektedirler[26]. Böylece ebeveynler, çevrimiçi platformlarda çocuklarının hangi içeriklere erişebileceğini denetleme imkanına kavuşmakta ve zararlı içerikler barındıran platformlara çocuklarının erişimini engelleyebilmektedirler[27].

B. HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ

Çevrimiçi platformlar, kullanıcılara başka kullanıcılarla bağlantı kurma, fikirlerini paylaşma yoluyla etkileşime geçme şansı sunduğu gibi ticari işlemler için de fırsatlar sunarak kullanıcı deneyimlerini sosyalleşmenin ötesine taşımaktadır. Çevrimiçi hizmetler ve pazarlar, büyük ölçüde yüksek giriş engelleri, "*kazanan her şeyi alır*" dinamikleri, ağ etkileri ve sınırlı veri taşınabilirliği gibi faktörler nedeniyle diğer pazarlara kıyasla farklı yapılara ve sonuçlara sahiptir[28]. Bu özellikler pazarın özelliklerinden, ilgili faaliyetin ve iş modelinin

---

22 Kaya, Mehmet Bedii, "*İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi*", Anayasa Yargısı, cilt: 37 sayı: 2, sh. 196.

23 Arora, Arnav/Nakov, Preslav/ Hardalov, Momchil/Sarwar, Muhammad Sheikh/Nayak, Vibha/Dinkov, Yoan/Zlatkova, Dimitrina/Dent, Kyle/Bhatawdekar, Ameya/Bouchard, Guillaume/Augenstein, Isabelle, "*Detecting Harmful Content On Online Platforms: What Platforms Need Vs. Where Research Efforts Go*" ACM Computing Surveys, 2023 vol. 56 issue 3, https://doi.org/10.1145/3603399 (erişim tarihi: 25.06.2024), sh. 3.

24 Alemi, Farrokh/Carmack, Suzanne/Gustafson, David/Jacobson, Judith/Kreps, Gary L./Nambisan, Priya/Remezani, Niloofar/Simons, Jack/Xiao, Yunyu, "*Support for the Kids Online Safety Act (KOSA), With Caution*" Quality Management in Healthcare, 2023 vol. 32 issue 4, sh. 278; KULULAR İBRAHIM, Merve Ayşegül/ALUÇ, Rümeysa, "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sayı: 51, sh. 337.

25 Franqueira, Virginia NL/Annor, Jessica A./Kafalı, Özgür, "*Age Appropriate Design: Assessment of TikTok, Twitch, and YouTube Kids*", https://doi.org/10.48550/arXiv.2208.02638 (erişim tarihi: 25.06.2024), sh. 2.

26 YİĞİT, Tuncay/SIĞLA, Murat/AKSUNGUR, Nurten/ERBAĞ, Saliha/PALAZ, Ümmiye, "Çocuklar İçin İnternet Güvenliği: Bir Ebeveyn Kontrol Aracı." IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, Ocak 31, Şubat 2, 2007, sh. 46.

27 KULULAR İBRAHİM/ALUÇ, sh. 341.

28 Aşçıoğlu Öz, Gamze, "*Avrupa Birliğinde Dijital Piyasa ve Hizmetlerin Düzenlenmesine İlişkin Güncel Gelişmeler ve Yansımaları*", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 2023 Cilt:22, No:2,

doğasından, şirket politikalarından ve pazar davranışlarından kaynaklanabilmektedir. Sonuç olarak, rekabet hukukunun odak noktası, markalar arası ve marka içi rekabete yapılan geleneksel vurgudan uzaklaşarak, ağlar arası ve ağ içi rekabeti vurgulamaya kaymıştır[29].

Dijital pazarların kendine has özellikleri, özel düzenlemelere duyulan ihtiyacı gün yüzüne çıkarmıştır. Zira teknoloji altyapısı, kullanıcı kazanımı ve düzenleyici standartlara uyum için gereken önemli başlangıç yatırımları gibi engeller pazara girmek isteyen yeni platformlar açısından rekabeti güçleştirici etkiye sahiptir[30]. Bu dinamikler göz önüne alındığında, rekabet hukukunun odak noktası geleneksel markalar arası rekabetten ağlar arası ve ağ içi rekabete kaymıştır. Bu sebeple fiziksel pazarlar için tasarlanmış olan geleneksel antitröst düzenlemeler, verilerin rekabetçi bir varlık olarak rolü ve algoritmaların pazar davranışı üzerindeki etkisi gibi dijital platformların nüanslarını yakalamakta genellikle yetersiz kalmaktadır[31].

Filhakika dijital ekonomide eşit bir oyun alanının korunması için dijital pazarın iç dinamikleri dikkate alınarak algoritmik karar alma süreçlerinde şeffaflığın sağlanması, platformların kendi ürün veya hizmetlerini rakiplerinin ürün veya hizmetlerine göre önceliklendirdiği kendi kendine referans verme gibi adil olmayan uygulamaların önüne geçen yasal düzenlemeler getirilerek haksız rekabet önlenebilir, tekelci davranışlara engel olunabilir ve inovasyon teşvik edilebilir[32]. Böylece daha geniş bir hizmet ve ürün yelpazesine erişim imkanı tanınarak tüketicilere fayda sağlandığı gibi küçük ve orta büyüklükteki yeni ve çeşitli işletmelerin büyümesine de ortam sağlanabilir[33].

C. DİJİTAL EGEMENLİĞİN KORUNMASI

Çevrimiçi platformlar, ülke sınırları içerisinde bulunan kullanıcılar arasında bir etkileşim sağladığı gibi küresel iletişimi, ticareti ve bilgi yayılımını da

---

sh. 432; Dessemond, Ebru Gökçe, "*Restoring Competition in" Winner-Took-All" Digital Platform Markets*", UNCTAD Research Paper No. 40, 2020 https://doi.org/10.18356/5ee7948e-en (erişim tarihi: 25.06.2024), sh. 4.

29 Aşçıoğlu Öz, sh. 433; Kart, Aslıhan, "*Elektronik Ticarette Rekabet Hukuku Üzerinden Cezalandırma Politikaları ve Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası Örneği*", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 2024 Cilt: 4 Sayı: 2, sh. 439.

30 Dessemond, sh. 5; Ayrıntılı bilgi için bkz: Carugati, Christophe, Digital Competition and Regulation in the World: A Primer, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3866438 (erişim tarihi: 25.06.2024).

31 Aşçıoğlu Öz, sh. 431; Ullah, Fahim/ Sepasgozar, Samad M.E./Thaheem, Muhammad Jamaluddin/Al-Turjman, Fadi, "*Barriers To The Digitalisation and Innovation Of Australian Smart Real Estate: A Managerial Perspective On The Technology Non-Adoption*", Environmental Technology & Innovation, 2021 vol. 22, https://doi.org/10.1016/j.eti.2021.101527 (erişim tarihi: 25.06.2024), sh. 3.

32 Baker, Jonathan B., "*Protecting and Fostering Online Platform Competition: The Role Of Antitrust Law*", Journal of Competition Law & Economics 2021 vol.17 issue 2, sh. 499; Geradin, Damien/Dimitrios Katsifis, "*Strengthening Effective Antitrust Enforcement In Digital Platform Markets*", European Competition Journal 2022 vol. 18 issue 2, sh. 357.

33 Baker, sh. 496.

giderek daha fazla etkilemektedir[34]. Özellikle de Büyük Beşli (Big Five) olarak adlandırılan büyük çevrimiçi platformlar uluslararası şirketlere ait oldukları için Avrupa Birliği (AB)'nin sahip olduğu pazar gücünün de etkisiyle AB müktesebatına uyumlanmakta ve diğer ülkelere de bu müktesebat çerçevesinde hizmet sunmaktadırlar[35]. Bu sebepledir ki Türkiye açısından çevrimiçi platformları düzenlemek, yalnızca yerel dijital ekosistemleri yönetmek değil, aynı zamanda dijital egemenliğini korumak ve AB düzenlemelerinin AB üyesi olmayan ülkelerin yasalarını ve uygulamalarını dolaylı olarak şekillendirdiği "*Brüksel Etkisi*"nin yaratabileceği olumsuz sonuçları en aza indirmek anlamına gelmektedir.

Literatürde düzenli, değer odaklı, düzenlenmiş ve dolayısıyla makul ve güvenli bir dijital alanın kısaltması olarak da kullanılan[36] dijital egemenlik, esasında bir devletin veya kuruluşun dijital altyapısı, verileri ve politikaları üzerinde kontrol sahibi olması, bu unsurların yabancı etkilerden bağımsız olarak çalışmasını ve dış tehditlerden korunabilmesini sağlaması anlamına gelmektedir[37]. Dolayısıyla dijital egemenlik kavramının teknolojik, yasal, ekonomik ve jeopolitik yönler de dahil olmak üzere çeşitli boyutları bulunmaktadır[38].

Yukarda da belirtildiği gibi, Büyük Beşli olarak adlandırılan ve onlara alternatif olarak sunulan çevrimiçi platformların çoğunlukla uluslararası şirketlere ait olduğu düşünüldüğünde dijital egemenliğin ulusal güvenliğin korunmasında çok önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Zira bu platformlar kullanıcıların etkileşime geçmeleri için ortam sunarken bir yandan da kişisel verilerini işlemektedirler. Vatandaşların sözkonusu platformlarda toplanan verileri, alelade kişisel veri olabileceği gibi kişilerin sağlık bilgileri, siyasal yönelimleri ya da etnik kökenleri gibi özel nitelikli kişisel veri niteliğine de haiz olabilirler. Dolayısıyla çevrimiçi platformlara ilişkin yasal düzenlemelerin getirilmemesi, kişisel veri güvenliğinin yanı sıra bir siber güvenlik sorunu da teşkil etmektedir. Gerçekten de bu platformlar sözkonusu özel nitelikli verileri kullanarak toplumu manipüle edebilir, bireylerin karar alma süreçlerini tüketici

---

34 Schünemann, Wolf J., "*Ready for the world? Measuring the (trans-) national quality of political issue publics on* Twitter", Media and Communication, 2020 vol.8 issue 4, sh. 41.

35 Brühl, Volker, "*Big Tech, The Platform Economy And The European Digital Markets*", Intereconomics 2023, vol. 58.5, sh. 275; Chiarella, Maria Luisa, "*Digital Markets Act (Dma) And Digital Services Act (Dsa): New Rules For The Eu Digital Environment*", Athens Journal of Law, vol. 9 Issue 1, January 2023, sh. 50; Bradford, Anu, The Brussels effect: How the European Union rules the world, USA 2020, sh. 139.

36 Pohle, Julia/Thiel, Thorsten, "*Digital sovereignty*", Internet Policy Review, 2020 vol. 9 issue 4, https://doi.org/10.14763/2020.4.1532 (erişim tarihi: 24.06.2024), sh. 7

37 Pohle/Thiel, sh. 9; Shoker, Ali, "*Digital Sovereignty Strategies for Every Nation*," ACIG, 2022 vol. 1, no. 1, https://doi.org/10.5604/01.3001.0016.0943(erişim tarihi: 24.06.2024), sh. 4; Lawo, Dennis/Neifer, Thomas/Esau-Held, Margarita/Stevens, Gunnar, "*Digital Sovereignty: What it is and why it matters for HCI*", Extended Abstracts of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, https://dl.acm.org/doi/10.1145/3544549.3585834 (erişim tarihi: 24.06.2024), sh. 2. Wittpahl, Volker, Digitale Souveränität: Bürger, Unternehmen, Staat, Berlin 2018, sh. 27 vd.

38 Lawo/Neifer/Esau-Held/Stevens, sh. 4; Glasze, Georg/Odzuck, Eva/Staples, Ronald. "*Einleitung: Digitalisierung als Herausforderung–Souveränität als Antwort? Konzeptionelle Hintergründe der Forderungen nach »digitaler Souveränität«*" Was heißt digitale Souveränität Glasze, Georg/Odzuck, Eva/Staples, Ronald (Ed.) Nürnberg 2022, sh. 19.

faaliyetlerinden siyasi tercihlerine uzanan geniş bir skalada etkileyebilir[39]; böylece kamuoyunu etkileyerek bilgi akışlarını manipüle edebilir ve dezenformasyon veya propaganda yayarak toplumsal düzeni istikrarsızlaştırabilirler[40]. Benzer şekilde kullanıcılarından demografik bilgiler, davranışsal veriler ve sosyal etkileşimler dahil olmak üzere büyük miktarda veri toplayan çevrimiçi platformlar, algoritmik önyargıları besleyerek dezavantajlı grupların ayrımcılığa uğramalarına yol açabilir ve bu gruplara yönelik nefreti besleyerek nihayetinde toplumsal huzursuzluğa katkıda bulunabilir ve ulusal güvenlik için bir tehdit oluşturabilirler[41].

Dijital egemenliğin bir diğer görünümü de karşımıza ekonomik özerkliğin korunması olarak çıkmaktadır. Zira dijital altyapı üzerinde kontrol sahibi olmak, yerel teknolojik gelişmeleri teşvik etmek ve ekonomik çıkarları dış etkilerden korumak dijital çağda sürdürülebilir büyüme, yenilikçilik ve dayanıklılığın sağlanması için elzemdir. Aksi takdirde pazarda büyük güce sahip olan kapı tutucu platformlar, yerel start-upların ya da girişimcilerin büyümesine olanak tanımazlar[42]. Halbuki yerel platformların çoğalması ülkelerin dijital ekonomilerine katkı sağlamakla kalmaz, aynı zamanda vatandaşların benzersiz kültürel, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını gerçekten anlayacakları için bu ihtiyaçlara özel çözümler sunmalarını da sağlar. Böylece hem yabancı teknolojilere olan bağımlılık azalır, hem vatandaşlar nokta atışı çözümlerle ihtiyaçlarını güvenle karşılar hem de ülkeler dijital pazarda yaptırım güçlerini artırırlar[43].

Bir ülkenin dijital pazardaki yaptırım gücünün artması şüphesiz ki dijital egemenliğin korunmasında en önemli unsurlardan biridir. AB'nin önemli pazar gücü sebebiyle genellikle fiili normlar haline gelen düzenleyici standartlarının

---

39 Bu noktada kamuoyunda ve literatürde büyük ses getiren Cambridge Analitica skandalına değinilmesi gerekmektedir. Cambridge Analytica isimli firmanın Facebook üzerinden 2013 yılında sunmuş olduğu bir üçüncü parti uygulama aracılığıyla, bu uygulamayı kullanan kullanıcıların ve onların arkadaş listelerinde bulunan kişilerin kişisel verilerini ele geçirerek seçmenlerin tercihlerini etkilediği iddia edilmiş; Facebook'a 2018 yılında söz konusu uygulama aracılığıyla milyonlarca kullanıcının kişisel verisine izinsiz erişim sağlandığı ve veri güvenliğini sağlamak için gerekli önlemlerin alınmadığı gerekçesiyle dava açılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election; https://www.bbc.com/news/technology-43465968.

40 Forestal, Jennifer, "*Beyond Gatekeeping: Propaganda, Democracy, And The Organization Of Digital Publics*", The Journal of Politics, 2021 vol. 83 issue 1, sh. 307.

41 Salminen, Joni/Hopf, Maximilian/Chowdhury, Shammur A./Jung, Soon-gyo/Almerekhi, Hind/Jansen, Bernard J., "*Developing An Online Hate Classifier For Multiple Social Media Platforms*", Home Human-centric Computing and Information Sciences, 2020 vol.10 issue 1, https://doi.org/10.1186/s13673-019-0205-6 (erişim tarihi: 24.06.2024), sh. 2; Noto La Diega, Guido, "*Grinding Privacy In The Internet Of Bodies. An Empirical Qualitative Research On Dating Mobile Applications For Men Who Have Sex With Men. An Empirical Qualitative Research On Dating Mobile Applications For Men Who Have Sex With Men*" Ronald Leenes, Rosamunde Van Brakel, Serge Gutwirth And Paul De Hert (Eds), Data Protection And Privacy: The Internet Of Bodies, Oxford 2018, sh. 47.

42 Shoker, sh. 7;

43 Ballı, Abdullah, "*Türkiye'de Dijital Dönüşüm ve Girişimcilik*", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 2022 cilt 57 sayı 1, sh. 257; Boz, Nezihe/Serinkan, Celaleddin, "*Türkiye'de Dijital Girişimcilik ve KOBİ'ler*", Girişimcilik İnovasyon ve Pazarlama Araştırmaları Dergisi, 2022 cilt 6 sayı 12, sh. 115.

küresel etkisini ifade eden Brüksel Etkisi, esasında pratikte AB müktesebatının AB üyesi olmayan ülkelere dayatılması anlamına gelmektedir[44]. Brüksel etkisinin sadece dijital egemenliğe değil, aynı zamanda bir bütün olarak ulusal egemenliğe de meydan okuduğu açıktır[45]. Bu noktada belirtilmelidir ki yabancı mevzuatların incelenip örnek alınmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, bu durum uluslararası uygulamalarda da sıkça karşılaşılan ve doğal bir süreçtir. Karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının mevcut düzenlemelerin geliştirilmesinde önemli bir kaynak teşkil ettiği tartışmasız bir husustur[46]. Ancak ülkelerin kendi dijital ortamlarını kendilerine özgü ihtiyaç ve önceliklere uygun şekilde düzenlemeleri de elzemdir. Bu proaktif yaklaşım, sadece dijital egemenliği korumakla kalmaz; aynı zamanda ulusal egemenliği de güçlendirir. Filhakika ülkeler, dijital politikalarını kendi özel gereksinimlerine göre uyarlamak için dijital ekosistemlerinin sorumluluğunu üstlenmelidirler. Böylece kendi dijital regülasyonlarını getiren ülkeler, sadece ulusal egemenliklerini desteklemekle kalmaz, aynı zamanda sağlam ve kendine güvenen bir dijital ekonominin gelişimini de teşvik ederler.

III. AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKAN HUKUKUNDA ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARA İLİŞKİN DÜZENLEME ÖRNEKLERİ

Çevrimiçi platformların regülasyonu, yerel hukuk sistemlerini ilgilendirdiği kadar küresel ölçekte tartışmaları ve düzenlemeleri de yakından ilgilendirmektedir. Farklı ülkeler, kendi yasal ve ekonomik koşullarına uygun çözümler geliştirmekte, bu süreçte karşılaştırmalı hukukun sunduğu zengin deneyimlerden faydalanmaktadırlar. Çalışmamızın bu bölümünde Türkiye'de gerçekleştirilecek olası regülasyon çalışmalarına ışık tutması amacıyla Avrupa Birliği'nin dijital hizmetler düzenlemeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'nin teknoloji odaklı yasaları incelenecektir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Avrupa Birliği, inovasyonu teşvik etmek, tüketiciyi korumak ve rekabetçi piyasaları sürdürmek amacıyla dijital platformlar ve hizmetler için kapsamlı bir düzenleyici çerçeve oluşturmuştur. Bu düzenleyici çerçeveyi oluştururken, tek bir regülasyonla dijital ortam ve ilişkilerin tamamını düzenlemekten kaçınmış, her bir hizmet türü, her farklı ilişki ile korunmaya mazhar her bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin ayrı ayrı düzenlemeler getirmiştir. Böylece AB mevzuatında dijital ekonominin sunduğu zorlukları ve fırsatları ele alan bir dizi direktif ve düzenleme ortaya konulmuştur. Bu düzenlemelerin her biri ayrı ayrı derinlemesine incelenmeyi gerektirse de çalışmamızda çevrimiçi platformlara ilişkin AB mevzuatı hakkında genel bilgi vermek amacıyla temel düzenlemeler hakkında kısa açıklamalar yapmakla yetineceğiz.

AB'nin çevrimiçi platformlara yönelik düzenleyici yaklaşımının temel taşını Dijital Hizmetler Tüzüğü (DSA) oluşturmaktadır. Dijital hizmetlere yönelik

---

44 Bradford, sh. 11.

45 Bradford, sh. 270.

46 Mousourakis, George, Comparative Law and Legal Traditions, Switzerland 2019, sh. 26; Kischel, Uwe, Comparative Law, Oxford 2019, sh. 57.

yasal çerçeveyi modernize etmek üzere yürürlüğe konan DSA, temel olarak dijital alanda şeffaflığı, hesap verebilirliği ve güvenliği artırmayı amaçlamaktadır[47].

Sosyal medya platformları, çevrimiçi pazar yerleri ve arama motorları dahil olmak üzere çeşitli çevrimiçi aracılar için geçerli olan DSA, bu platformlar için hukuka aykırı içeriklerin kaldırılması, temel hakların korunması ve faaliyetlerinin şeffaflığı ile ilgili açık sorumluluklar belirlemektedir[48]. Örneğin, DSA Art. 14[49] hükmü gereğince çevrimiçi platformlar, kullanıcıların yasa dışı içeriği bildirebilmeleri için mekanizmalar oluşturmak ve bildirimde bulunulduktan sonra sözkonusu içeriği kaldırmak için hızlı bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler. Yine DSA Art. 26 ve 28[50] hükümleri gereğince çok büyük çevrimiçi platformlar (very large online platforms) (VLOPs), başka platformlardan farklı olarak risk değerlendirmeleri yapmak ve sistemlerinin bağımsız denetimlerini sağlamak gibi daha sert yükümlülüklere tabidirler.

Tüm bu düzenlemelere ek olarak DSA Art. 39[51] hükmü, platformların tavsiye algoritmalarında kullanılan parametreleri açıklamalarını ve kullanıcılara bu ayarları değiştirme seçenekleri sunmalarını düzenleyerek çevrimiçi reklamcılıkta şeffaflığı artırmaya yönelik önlemler de getirmektedir. Bu düzenleme ile AB, güvenli bir çevrimiçi ortamın teşvik edilmesi ile ifade ve bilgi edinme özgürlüğünün korunması arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır[52].

AB hukukunda dijital platformlara ilişkin regülasyonlar denildiğinde DSA'in ardında akla ilk gelen düzenleme olan Dijital Piyasalar Tüzüğü (DMA) dijital piyasaların rekabetçi dinamiklerini hedeflemektedir. DMA, iç pazar üzerinde önemli bir etkiye sahip büyük dijital platformlar olan geçit bekçilerini (gatekeepers)[53] piyasa değeri, kullanıcı tabanı ve işletmeler ile tüketiciler arasında aracı olarak oynadıkları rol gibi kriterlere göre tanımlamakta ve bunlara yükümlülükler getirmektedir[54].

---

47 Chiarella, sh. 34; Mazgal, Anna, "*Back to the Future? The Digital Services Act and Regulating Online Platforms Built on Community-Led Moderation*", Building a European Digital Public Space Strategies for Taking Back Control from Big Tech Platforms, Alexander Baratsits (ed.), Berlin 2021, sh. 108.

48 Çevik, İpek, "*Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası'nın Değerlendirmesi*", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Yıl 8 - Sayı 2023/2, sh. 392.

49 Digital Service Act (DSA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065 (erişim tarihi: 17.06.2024).

50 Digital Service Act (DSA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065 (erişim tarihi: 17.06.2024).

51 Digital Service Act (DSA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065 (erişim tarihi: 17.06.2024).

52 Turillazzi/Taddeoa/Floridi/Casolari, sh. 91; Çevik, sh. 403.

53 Avrupa Komisyonu Eylül 2023 itibariyle Alphabet (Google), Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta (Facebook) ve Microsoft olmak üzere altı şirketi DMA kapsamında geçit bekçisi olarak belirlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en (erişim tarihi: 01.08.2024)

54 Chiarella, sh. 37; Bostoen, Friso, "*Understanding The Digital Markets Act*" The Antitrust Bulletin 2023 vol. 68.2, sh. 272; Aşçıoğlu Öz, sh. 446.

DMA, genel olarak geçit bekçilerinin rekabeti ve yeniliği engelleyen haksız uygulamalarda bulunmalarını önlemeyi amaçlamaktadır[55]. Özellikle, Art. 6[56] hükmü ile birkaç önemli husus düzenlenmiştir. Bunların başında geçit bekçilerinin kendi kendilerine referans vermelerinin yasaklanması gelir. Böylece, geçit bekçilerinin kendi ürün veya hizmetlerini rakiplerinin ürün veya hizmetlerine göre öncelikli olarak göstermesi yasaklanarak kullanıcıların tarafsız ve adil bir şekilde mevcut seçenekler arasında seçim yapabilmelerinin sağlanması hedeflenmektedir[57]. Aynı hükümle geçit bekçilerine getirilen bir diğer yükümlülük de veri taşınabilirliğinin sağlanmasıdır[58]. Bu düzenlemeyle de kullanıcıların bir platformdan diğerine veri taşımasını kolaylaştırarak, kullanıcıların platformlar arasında daha rahat geçiş yapabilmeleri ve böylece, kullanıcıların belirli bir platforma bağımlı kalmaları önlenip rekabetin artırılması amaçlanmaktadır[59]. Art. 6 hükmü ile getirilen bir diğer önemli düzenleme de geçit bekçilerinin küçük işletmelere adil ve ayrımcı olmayan şartlarda erişim izni verme yükümlülüğüdür[60]. Bu düzenlemeyle de geçit bekçilerinin, platformlarını kullanan işletmelere adil ve ayrımcılık yapmayan koşullar sunarak küçük işletmelerin de rekabet edebilme şansının artırılması amaçlanmaktadır[61]. Ayrıca, aynı maddenin başka bir fıkrası, geçit bekçilerinin rekabetçi bir dijital ekosistemi teşvik etmek için üçüncü taraf hizmetlerle birlikte çalışabilirliğe izin verme yükümlülüğünü getirmektedir[62]. Bu yükümlülük, farklı hizmet ve ürünlerin birbiriyle uyumlu çalışabilmesini sağlayarak, kullanıcıların daha fazla seçenek ve esneklik elde etmesini amaçlar[63].

Görüldüğü üzere DMA dijital piyasada büyük role sahip geçit bekçilerine bazı yükümlülükler getirerek dijital ekonominin sunduğu zorlukları ve fırsatları ele almayı amaçlayan kapsamlı bir çerçeve sunmaktadır. DMA, bu kapsamda büyük dijital platformların haksız rekabet uygulamalarını engelleyerek, daha adil ve yenilikçi bir dijital ekosistemin oluşmasına katkıda bulunmayı hedeflemektedir.

AB mevzuatında çevrimiçi platformlara ilişkin getirilen bir diğer regülasyon olan Platformdan İşletmeye Tüzüğü (P2B), çevrimiçi platformlar ile işletmeler arasındaki ilişkiyi ele almaktadır. Adil, şeffaf ve öngörülebilir bir iş ortamını teşvik etmek amacıyla Avrupa Birliği tarafından yürürlüğe konulan P2B

---

55 Chiarella, sh. 40; Bostoen, sh. 280; Aşçıoğlu Öz, sh. 441.

56 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R1925 (erişim tarihi: 17.06.2024).

57 Chiarella, sh. 39; Bostoen, sh. 265.

58 Digital Markets Act (DMA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R1925 (erişim tarihi: 17.06.2024).

59 Bostoen, sh. 284; Aşçıoğlu Öz, sh. 447.

60 Digital Markets Act (DMA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R1925 (erişim tarihi: 17.06.2024).

61 Chiarella, sh. 34; Bostoen, sh. 272.

62 Digital Markets Act (DMA), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R1925 (erişim tarihi: 17.06.2024).

63 Chiarella, sh. 41; Bostoen, sh. 276.

Tüzüğü, platformlar ve onlara güvenen işletmeler arasındaki sözleşme ilişkilerinde şeffaflık ve adaleti sağlamayı amaçlamaktadır[64].

Çevrimiçi pazar yerleri, uygulama mağazaları, sosyal medya ve fiyat karşılaştırma siteleri dahil olmak üzere çeşitli platformları düzenleyen P2B Tüzüğü, art. 3 hükmü ile platformların açık ve anlaşılır hüküm ve koşullar sunmasını ve işletme kullanıcılarının bilinçli kararlar alabilmesi için gerekli ortamı sağlamasını zorunlu kılmaktadır[65]. Devamında art. 4 hükmüyle platformların, bu şartlarda yapılacak değişiklikleri işletmelere en az 15 gün önceden bildirmeleri ve adaptasyon için yeterli zaman tanımaları düzenlemektedir[66]. Buna ek olarak Tüzük, art. 6 hükmüyle de platformların şikayetleri ele almak için dahili bir şikayet değerlendirme sistemi kurmasını zorunlu kılarak[67] platformlar ile kullanıcıları arasındaki güven ve işbirliğini artırmayı amaçlamaktadır[68].

Tüzüğün getirmiş olduğu bir diğer önemli düzenleme de art. 5 hükmüdür. Hüküm gereğince platformlar, işletmelerin ürün veya hizmetlerinin sıralamasını belirleyen ana parametreleri açıklama ve işletmelerin görünürlüklerini artırmak için tekliflerini optimize etmelerine olanak sağlamakla yükümlüdürler[69]. Tüzük böylece arama sıralamalarında şeffaflık sağlamayı, haksız rekabetin önüne geçmeyi ve özellikle de küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'lerin) eşit şartlarda rekabet edebilmelerini sağlayarak daha adil ve rekabetçi bir dijital pazarı teşvik etmeyi hedeflemektedir[70].

Yukarıda kısaca açıklanan düzenlemelere ek olarak AB bilişim hukuku mevzuatının en temel yapı taşı olan Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)'nün çevrimiçi platformlar açısından da uygulandığını unutmamak gerekmektedir. Mayıs 2018'den bu yana yürürlükte olan GDPR, AB genelinde veri koruma ve gizlilik için katı standartlar belirlemektedir. GDPR, AB sakinlerinin kişisel verilerini işleyen tüm kuruluşlar için, kuruluşun konumuna bakılmaksızın geçerlidir. GDPR, yasallık, adalet, şeffaflık, amaç sınırlaması, veri

---

64 Kaya, Mehmet Bedii, Avrupa Birliği P2B Tüzüğü: Aracı Hizmet Sağlayıcılar ve Arama Motorları İçin Adil ve Şeffaf Platform Kuralları, İstanbul 2022, sh. 32; Anagnostopoulou, Despoina, "*The EU Digital Single Market And The Platform Economy*", Economic growth in the European union: Analyzing SME and investment policies, Nikas Christos (ed.), Switzerland 2020, sh. 48; Busch, Christoph, "*The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a" Procedural Turn" in EU Platform Regulation?*", Journal of European Consumer and Market Law, 4/2020 vol. 9, sh. 133.

65 Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (P2B), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (erişim tarihi: 17.06.2024).

66 P2B, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (erişim tarihi: 17.06.2024).

67 P2B, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (erişim tarihi: 17.06.2024).

68 Berg, Lisbet/Slettemeås, Dag/Kjørstad, Ingrid/Rosenberg, Thea Grav, "*Trust And The Don't-Want-To-Complain Bias In Peer-To-Peer Platform Markets*", International Journal of Consumer Studies, 2020 vol. 44.3, sh. 220-231.

69 P2B, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (erişim tarihi: 17.06.2024).

70 Anagnostopoulou, sh. 48; Bush, sh. 134.

minimizasyonu, doğruluk, depolama sınırlaması, bütünlük ve gizlilik dahil olmak üzere veri işleme için temel ilkeleri belirler. Veri sahiplerine, verilerine erişim, düzeltme, silme ve taşıma hakkı gibi kapsamlı haklar tanınmaktadır[71].

Tüm bu düzenlemelere ek olarak GDPR'ı tamamlayıcı nitelikte olan ve özellikle elektronik iletişime odaklanarak dijital çağda gizliliği sağlamayı ve iletişimin mahremiyetini korumayı amaçlayan eGizlilik Tüzüğü[72]; AB genelinde görsel-işitsel medya hizmetleri için eşit bir oyun alanı yaratmayı, küçüklerin korunmasını sağlamayı, kültürel çeşitliliği teşvik etmeyi ve kamu düzenini korumayı amaçlayan Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi (AVMSD)[73]; bilgi ve iletişim teknolojisi ürünleri, hizmetleri ve süreçleri için ortak bir sertifikasyon planı oluşturarak AB'nin siber güvenlik çerçevesini güçlendirmeyi hedefleyen Siber Güvenlik Tüzüğü[74]; ulusal siber güvenlik stratejileri oluşturarak, üye devletler arasında işbirliğini geliştirerek ve temel hizmetlerin operatörleri ve dijital hizmet sağlayıcıları için güvenlik gereklilikleri belirleyerek AB genelinde ağ ve bilgi sistemlerinin genel güvenliğini artırmayı amaçlayan Ağ ve Bilgi Sistemlerinin Güvenliği Direktifi (NIS)[75]; AB'nin veriler için tek bir pazar oluşturma stratejisinin bir parçası olan ve verilerin AB içinde ve sektörler arasında serbestçe akabilmesini sağlayan Veri Yönetişimi Tüzüğü (DGA)[76]; Yapay zeka sistemlerinin güvenli, şeffaf ve temel haklara saygılı olmasını sağlamayı ve aynı zamanda yapay zeka sektöründe yenilikçiliği ve rekabetçiliği teşvik etmeyi amaçlayan Yapay Zeka Tüzüğü (AI Act)[77] ve kripto varlıkların hızlı büyümesini

---

71 Jones, Meg Leta/Kaminski, Margot E., "*An American's Guide to the GDPR*." Denver Law Review, 2020 vol. 98:1, sh. 113; Capodieci, Antonio/Mainetti, Luca, "*A Structured Approach to GDPR Compliance*", Digital Transformation of Collaboration: Proceedings of the 9th International COINs Conference. Springer International Publishing, 2020, sh. 234.

72 DIRECTIVE 2002/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219 (erişim tarihi: 17.06.2024).

73 Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0013 (erişim tarihi: 17.06.2024).

74 Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526/2013 (Cybersecurity Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0881 (erişim tarihi: 17.06.2024).

75 Directive (Eu) 2022/2555 Of The European Parliament And Of The Council Of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2555 (erişim tarihi: 17.06.2024).

76 Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0868 (erişim tarihi: 17.06.2024).

77 Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139

ve gelişen doğası karşısında AB içinde finansal istikrar, tüketicinin korunması ve piyasa bütünlüğünü sağlamayı amaçlayan Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü (MiCA)[78] de çevrimiçi platformlara ilişkin AB mevzuatında yer alan düzenlemelerdir. Görüldüğü üzere AB kanun koyucusu kazuistik bir metod izlemiş ve her bir platformu, her bir ilişki türünü ayrı ayrı düzenlemiştir.

B. AMERİKAN HUKUKUNDA ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Amerika Birleşik Devletleri'nde içtihat hukuku geçerli olduğu için AB hukukunda olduğu gibi ayrıntılı ve kazuistik bir mevzuat bulunmamaktadır. Bununla birlikte hiç düzenleme olmadığı da söylenemez. İnternetin yaygınlaşması ile ticaretten iletişime ve hatta eğlenceye kadar çok çeşitli faaliyetler için dijital platformlara olan güvenin artmasıyla birlikte Amerikan yasa koyucu da mevzuatını yeni zorlukları ve fırsatları ele alacak şekilde uyumlandırmak zorunda kalmıştır. Amerikan yasa koyucusu, tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi, tüketiciler, işletmeler ve politika yapıcılar dahil olmak üzere çeşitli paydaşların çıkarlarını dengelemeyi amaçlamaktadır[79].

İletişim Ahlak Yasası (CDA) 230. bölüm, Amerikan hukukunda çevrimiçi platformlar için getirilen temel düzenlemedir. Telekomünikasyon Yasası'nın (Telecommunications Act of 1996) bir parçası olarak yürürlüğe giren 230. bölüm, internetin gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Zira 230. bölüm (c)(1) hükmü[80], etkileşimli bilgisayar hizmetlerinin hiçbir sağlayıcısı veya kullanıcısının başka bir bilgi içerik sağlayıcısı tarafından sağlanan herhangi bir bilginin yayıncısı veya konuşmacısı olarak muamele görmeyeceğini düzenleyerek platformların kullanıcıları tarafından yapılan her paylaşımdan sorumlu tutulmasının önüne geçerek platformların büyük miktarda içerik barındırmasına ve böylece gelişmelerine olanak sağlamıştır[81].

230. bölümün düzenlenmesinin ardında yatan gaye, çevrimiçi platformlar arasında öz düzenlemeyi teşvik ederken internet üzerinden serbest bilgi ve fikir alışverişini teşvik etmektir. Platformlar için yasal koruma sağlayarak Kongre, yeni gelişmekte olan çevrimiçi endüstride inovasyonu ve yatırımı teşvik etmeyi amaçlamıştır. Keza bu tür korumalar olmadan, platformlar yasal risklerden kaçınmak için kullanıcı içeriğini aşırı sansürleyebilir ve ifade özgürlüğünü

---

and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689 (erişim tarihi: 13.07.2024).

78 Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1114 (erişim tarihi: 17.06.2024).

79 Bridy, Annemarie, "*Addressing Infringement: Developments in Content Regulation in the US and the DNS*", Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Giancarlo Frosio (ed.), Oxford 2019, sh. 631.

80 Section 230 of the Communications Act of 1934 at 47 U.S.C. § 230, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230 (erişim tarihi: 17.06.2024).

81 Dickinson, Gregory M., "*Toward Textual Internet Immunity*", Stanford Law & Policy Review 2021, vol. 33, sh. 3; Bridy, sh. 632.

engelleyebilir; hatta bu sektöre yatırım yapmaktan kaçınabilirler[82]. Ancak bu, çevrimiçi platformların herhangi bir düzenlemeye tabi olmadıkları ya da hiçbir konuda hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacakları anlamına da gelmemelidir. Zira platformların da tıpkı kullanıcıları gibi yasadışı içerik oluşturmaları veya bu içeriğe önemli ölçüde katkıda bulunmaları, federal ceza yasalarını ihlal etmeleri veya fikri mülkiyet ihlali hallerinde elbette sorumlulukları gündeme gelecektir.

Amerikan hukukunda çevrimiçi platformları düzenleyen temel yasal norm, İletişim Ahlak Yasası'nın (CDA) 230. bölümüdür. Bu düzenlemenin yanı sıra, çevrimiçi platformlarda sözkonusu olabilecek telif hakkı ihlallerinin ele alınması için bir çerçeve sunmayı ve telif hakkı sahiplerinin hakları ile internet hizmet sağlayıcılarının ihtiyaçlarını dengelemeyi amaçlayan Dijital Milenyum Telif Hakkı Yasası (DMCA)[83]; elektronik iletişimin dinlenmesi ve ifşasını düzenleyen Elektronik İletişimin Gizliliği Yasası (ECPA)[84] ve 13 yaşın altındaki çocukların gizliliğini korumayı hedefleyen Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (COPPA)[85] gibi önemli federal yasalar da bulunmaktadır. Ayrıca, Kaliforniya Tüketici Gizliliği Yasası (CCPA)[86] gibi eyalet düzeyinde düzenlemeler de önemli rol oynamaktadır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA MEVCUT DURUM

Her ne kadar Türk hukukunda çevrimiçi platformları doğrudan düzenleyen bir mevzuat bulunmasa da, bu platformların herhangi bir düzenlemeye tabi olmadığını söylemek de doğru değildir. Zira Anayasa md. 20 hükmünde düzenlemesini bulan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve 6698 sy. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu elbette ki çevrimiçi platformlar için de geçerlidir. Dolayısıyla çevrimiçi platformlar da kullanıcılarından topladıkları kişisel verileri KVKK'da öngörülen koşullar altında işlemek ve saklamakla yükümlüdürler. Bu bağlamda kullanıcıların kişisel verilerini işlerken md. 4

---

82 Dickinson, Toward Textual Internet Immunity, sh. 5; Bastian, Reese D., "*Content Moderation Issues Online: Section 230 Is Not to Blame*", Texas A&M Journal of Property Law, 2021 vol. 8/2, sh. 55.

Son yıllarda doktrinde 230. bölümün platformların kullanıcıların oluşturdukları zararlı içeriklere ilişkin için sorumlu tutulmamasına ilişkin düzenlemesi eleştirilere maruz kalmaktadır. Zira 230. bölüm çevrimiçi platformları korurken kullanıcıları siber zorbalığa ve çevrimiçi istismara karşı savunmasız bırakmaktadır. Halbuki kanun koyucunun öncelikli olarak koruması gereken kesim güçlü çevrimiçi platformlar değil, daha zayıf konumda olan ve bu sebeple korunması elzem olan kullanıcılardır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Citron, Danielle Keats, "*How To Fix Section 230*." Boston University Law Review, 2023 vol. 103, sh. 713-761; Dickinson, Gregory M., "*Rebooting Internet Immunity*", The George Washington Law Review, 2021 vol. 89, sh. 347-399.

83 Digital Millennium Copyright Act 105th Congress (1997-1998), https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281/text (erişim tarihi: 18.06.2024).

84 Electronic Communications Privacy Act, 18 U.S.C. §§ 2510-2523, https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/4952/text (erişim tarihi: 18.06.2024).

85 Children's Online Privacy Protection Act, 15 U.S.C. §§ 6501-6505, https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa (erişim tarihi: 18.06.2024).

86 California Civil Code. Title 1.81.5, California Consumer Privacy Act of 2018, §§ 1798.100 et seq., https://cppa.ca.gov/regulations/pdf/cppa_act.pdf (erişim tarihi: 18.06.2024).

hükmünde öngörülen genel ilkelere uymak, md. 5/II hükmünde öngörülen istisnai haller dışında onların açık rızalarını almak, verileri yurtdışına ancak md. 9 hükmünde öngörülen şartlar sağlanırsa aktarmak ve ilgili kişinin talebi halinde md. 7 hükmü gereğince verileri silmek, yok etmek ya da anonim hale getirmekle yükümlüdür. Ayrıca çevrimiçi platformlar, md. 10 hükmü gereğince kullanıcıları kişisel verilerinin hangi yöntemle toplandığı, hangi amaçlarla kullanılacağı ve kimlerle ne amaçla paylaşılacağı konularında bilgilendirilmekle yükümlüdürler[87].

Türk hukukunda çevrimiçi platformların doğrudan düzenlenmemesinin doğurmuş olduğu yasal boşluklardan biri, tam da kişisel veri güvenliği hususunda karşımıza çıkmaktadır. Keza 6698 sy. Kanun md. 3 hükmü gereğince veri sorumlusu "*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*", veri işleyen ise "*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Uygulamada da çevrimiçi platformlar aracılığıyla kullanıcılarla etkileşime geçen işletmeler ya da bu platformların sunmuş olduğu bulut depolama gibi hizmetlerden faydalanarak müşterilerinin veya çalışanlarının verilerini depolayan kişiler, veri sorumlusu olarak nitelendirilmektedirler[88]. Halbuki bu kişi ya da kurumlar, veri işleme amaçlarını kendileri belirleyebiliyor olsalar da ne veri işleme vasıtalarını belirleyebilmekte ne de veri kayıt sistemlerini kurmakta ya da yönetebilmektedirler. Buna karşılık, veri işleyen olarak nitelendirilen çevrimiçi platformlar, önceden hazırlanmış ve müzakereye kapalı sözleşme şartları ile bu hususları veri sorumlusu olarak nitelendirilen firmalara dayatmaktadır. Dolayısıyla, çevrimiçi platformlar aracılığıyla veri depolayan firmalar, kontrol edemedikleri bir durumdan dolayı sorumlu tutulma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu nedenle, çevrimiçi platformlara ilişkin getirilecek özel bir düzenleme ile bu karışıklığın giderilmesi ve çevrimiçi platformlar açısından veri sorumlusu ve veri işleyen tanımlarının yeniden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Türk hukukunda DMA benzeri bir düzenleme Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerle getirilmiştir[89]. Değişikliklerin getirdiği en önemli yeniliklerden biri Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı (ETAHS) ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcı (ETHS) kavramlarını tanımlamak ve bu iki farklı sağlayıcı açısından farklı düzenlemeler getirmek olmuştur. Buna göre ETAHS'ler hukuka aykırı içerikleri 48 saat içinde kaldırmak ve fikri mülkiyet ihlalleri durumunda hızlı müdahale etmekle yükümlüdürler. Ayrıca, ETAHS'lere lisans alma zorunluluğu getirilmiş ve ek

---

87 6698 sy. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

88 "İlgili Kişinin E-Posta Verilerinin, Önceden Ortağı Olduğu Veri Sorumlusu Şirket Tarafından İşlenmeye Devam Edilmesi" hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 03/08/2023 Tarihli ve 2023/1321 Sayılı Karar Özeti, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7776/2023-1321 (erişim tarihi: 01.08.2024). Örneğin bu kararda Kurul, kişisel verilerin işlenme vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulması ve yönetilmesinden sorumlu olan e-posta hizmetini sunan bulut servis sağlayıcısını değil, şirketi veri sorumlusu olarak nitelendirmiştir.

89 6563 sy. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6563&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

olarak haksız ticari uygulamalarını engellemeye yönelik aracılık hizmeti sundukları ETHS'lerin ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozmamak, ETHS'lerin makul karar verme yeteneğini azaltmamak, ETHS'leri belirli bir kararı almaya zorlamamak, ETHS'leri normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkiye dahil etmemek, ETHS'lerin önceden onayı alınmaksızın uzun cayma hakkı süreleri belirlememek ve ETHS'lerin ürün ve faaliyetleri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmamak gibi yükümlülükler getirilmiştir[90].

6563 sy Kanun bunlara ek olarak yıllık net işlem hacim ve sayılarına göre ETAHS'lere ek yükümlülükler getirmiştir. Bir takvim yılı içinde net işlem hacmi on milyar Türk lirasını aşan ETAHS'ler, topladıkları verileri yalnızca aracılık amacıyla kullanmak ve bu verileri e-ticaret pazar yerlerindeki ETHS'lerle rekabet etmek için kullanmamak zorundadır. Ayrıca, ETHS'lerin gerçekleştirdiği satışlardan elde edilen verilerin bedelsiz olarak taşınmasını ve bu veriler ile işlenen verilere etkin şekilde erişim sağlanmasını teknik olarak mümkün kılmakla yükümlüdürler. Benzer şekilde kendilerine ait e-ticaret ortamları arasında erişim imkanı sunmamak ve bu ortamlarda birbirlerinin tanıtımını yapmamak zorundadırlar. Son olarak ETHS tarafından sağlanan içerikle ilgili mevzuata aykırı durumların tespitine yönelik işlemleri gerçekleştirmek ve tespit edilen aykırılıkları Ticaret Bakanlığı'na bildirmekle yükümlüdürler.

Bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ETAHS'lereyse yukarıdaki yükümlülüklere ek olarak; gerçekleştirecekleri reklam harcamalarına, promosyon, ödül, puan, kupon, hediye çeki ve benzeri imkânlara ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Bunun yanı sıra ETHS'lerin, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını ya da reklam yapmasını kısıtlayamazlar ve herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlayamazlar[91].

Yıllık net işlem hacim ve sayılarına göre ETAHS'lerin tabi olduğu ayrımda öngörülen son kategori de bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ETAHS'lerdir. Bunlar yukarıdaki yazılı tüm yükümlülüklere ek olarak finansal kuruluşların kredi verme işlemleri dahil sundukları her türlü hizmetin gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetlerde bulunamaz, aracılık hizmeti sunulan pazar yerlerinde elektronik para kuruluşlarının ihraç ettiği elektronik paraların kabulüne izin veremez ve sınırlı ağ istisnasına giren hizmetleri sunamazlar[92].

Hukukumuzda münhasıran çevrimiçi platformlara ilişkin bir düzenleme bulunmasa da daha geniş bir kavram olan internet ortamını doğrudan düzenleyen 5651 sy. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu

---

90 6563 sy. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6563&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

91 6563 sy. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6563&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

92 6563 sy. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6563&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun[93] hükümleri, çevimiçi platformlara da uygun düştükleri ölçüde uygulanmaktadır. Örneğin ek madde 4/I hükmü gereğince Türkiye'den günlük erişimi 1 milyonun üzerinde olan yurt dışı kaynaklı çevrimiçi platformlar Türkiye'de yetkili bir temsilci atamakla yükümlüdürler. Eğer erişimleri 10 milyonun üzerindeyse, sözkonusu temsilci teknik, idari, hukuki ve mali yönden tam yetkili olmalıdır. Ve eğer temsilci bir tüzel kişilik ise sosyal ağ sağlayıcının bir şubesi olarak açılmış sermaye şirketi olması zorunludur. Çevrimiçi platformların temsilci atama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde platformlara kademeli olarak para cezası, reklam yasağı ve internet trafiği bant genişliği daraltılması yaptırımları uygulanır.

5651 sy. Kanun md. 9 hükmü ile özel hayatın gizliliği hakları ihlal edilen kullanıcılara Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep imkânı tanınmıştır. Talebin uygun bulunması halinde, BTK Başkanı, talebi çevrimiçi platforma iletir. Platform bu talebi en geç dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini iddia eden kullanıcı, erişim engelleme talebini, BTK'ya başvurusunu takiben 24 saat içinde sulh ceza hâkimine sunmak zorundadır. Hâkim, özel hayatın gizliliği ihlali olup olmadığını değerlendirerek kararını 48 saat içinde verir. Aksi takdirde erişim engelleme tedbiri otomatik olarak kalkar. Özellikle altı çizilmesi gerekir ki erişim engelleme kararı yalnızca ilgili içeriğin (örneğin bir video, resim veya metin gibi) URL bazlı olarak uygulanır. Dolayısıyla sözkonusu içeriğin paylaşıldığı çevrimiçi platforma yönelik genel bir engelleme yapılmaz[94].

Kullanıcıların özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edilmesi halinde doğrudan çevrimiçi platforma başvurabilmeleri de mümkündür. 5651 sy. Kanun ek madde 4/III hükmü gereğimce eğer çevrimiçi platformun Türkiye'den günlük erişimi 1 milyonun üzerinde ise kullanıcılar, hak ihlallerine ilişkin olarak doğrudan çevrimiçi platform temsilcisine de başvurabilirler. Doktrinde uyar/kaldır adıyla anılan bu yöntem, BTK'ya yapılacak başvurular için bir ön koşul değildir[95]. Kullanıcılar günlük erişim rakamları kaç olursa olsun hiç platform temsilcileri ile iletişime geçmeden doğrudan BTK'ya başvuru yapabilirler[96].

Kullanıcıların kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan özel hayatın gizliliğinin ihlalinde[97] olduğu gibi fikri haklarının ihlali halinde de çevrimiçi platformlara başvurabilme imkanları bulunmaktadır. 5846 sy. Fikir ve Sanat

---

93 5651 sy. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf (erişim tarihi: 18.06.2024).

94 Eken, Mustafa, "Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İhlal Edildiği Durumlarda İçeriğe Erişimin Engellenmesi", Bilişim Hukuku Dergisi cilt: 5 sayı: 2, sh. 439.

95 Tunç, Aybike, "*Örnek Uygulamalar ve Türk Hukuku'nda Uyar/Kaldır Kuralı*", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.9, sa.17, sh.146; Doğan, Aişe Sena, "KİŞİLİK HAKKININ 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİ KAPSAMINDA KORUNMASI", *Bilişim Hukuku Dergisi* cilt: 2 sayı: 2, sh. 156.

96 Eken, sh. 451.

97 Akkurt, Sinan Sami, "Kişilik hakkının sosyal medya kullanıcıları tarafından ihlali halinde ortaya çıkacak cezai sorumluluğa medeni hukuk bağlamında bir bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* cilt: 25 sayı:2, 361.

Eserleri Kanunu (FSEK) ek madde 4[98] hükmü gereğince, fikri hakları ihlal edilen kullanıcıların çevrimiçi platformlara başvurması halinde, platform başvuruyu takiben 3 gün içerisinde ihlali durdurmakla yükümlüdür. 5846 sy. Kanun, 5651 sy. Kanun'dan farklı olarak, platformun günlük erişim rakamları açısından bir ayrım yapmamıştır[99]. İnternet servis sağlayıcısının üç gün içerisinde ihlali durdurmaktan imtina etmesi halinde kullanıcı, cumhuriyet savcısına başvurma imkanına sahiptir. Kullanıcının başvurusu üzerine cumhuriyet savcısının, internet servis sağlayıcısına verilen hizmetin kesme ve erişimin durdurma yetkisi bulunmaktadır. Burada fikri hak ihlalinden çevrimiçi platformun sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bunun için çevrimiçi platformun sözkonusu paylaşımdan herhangi bir kazanç sağlaması zorunlu değildir. Keza Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda[100] internet servis sağlayıcısının olaya konu fikri hak ihlalinden herhangi bir kazanç sağlamamasına rağmen hukuken sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Çevrimiçi platformlarda yapılan paylaşımlara ilişkin hukuki ve cezai sorumlulukları düzenleyen 7253 sy. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[101], 5809 sy. Elektronik Haberleşme Kanunu[102] ve son olarak da 2813 sy. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Kuruluşuna İlişkin Kanun[103] da bu noktada zikredilmesi gereken düzenlemelerdir.

V. ÇEVRİMİÇİ PLATFORMLARIN REGÜLASYONUNA İLİŞKİN ÖNERİLER

Çalışmamızın bu kısmına kadar yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere Türk hukukunda çevrimiçi platformlar tamamen düzenlemeden mahrum bırakılmamış olsa da ne var ki AB mevzuatındaki gibi her bir platform ve çevrimiçi hizmet için ayrı ayrı düzenlemelere yer verilmemiştir. Bugün Türk hukukunda maalesef hala kullanıcıların menfaatlerini çevrimiçi platformlara karşı koruyan DSA benzeri bir regülasyon bulunmamaktadır. Örneğin DSA, kullanıcıların çevrimiçi haklarını geniş bir perspektiften koruyarak içerik kaldırma kararlarına karşı itiraz hakkı tanımakta ve kullanıcıların şikâyetlerini hızlı bir şekilde çözebilecekleri mekanizmalar sunmaktadır. Bu düzenleme, kullanıcıların platformların aldığı kararları sorgulamalarına olanak tanıyarak,

---

98 5846 sy. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf (erişim tarihi: 13.01.2025).

99 Tunç, sh. 147.

100 Yar. 11. HD, E. 2014/902 K. 2014/11631, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd2014-902.htm (erişim tarihi: 21.03.2018)

101 7253 sy. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm (erişim tarihi: 18.06.2024).

102 5809 sy. Elektronik Haberleşme Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5809&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

103 2813 sy. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Kuruluşuna İlişkin Kanun https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2813&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

çevrimiçi hakların korunmasında şeffaflık ve hesap verebilirliği artırır. Buna karşın, Türk hukukunda, içerik kaldırma süreçlerine ilişkin kullanıcıların itiraz hakkını kullanabileceği özel bir mekanizma açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum, kullanıcıların hak arama özgürlüğünü sınırlamakta ve çevrimiçi hakların korunmasında önemli bir eksiklik yaratmaktadır. Halbuki Türk vatandaşı kullanıcıların hak ve menfaatleri de en az AB ve ABD vatandaşı kullanıcılar kadar korunmaya mazhardır. Benzer bir çerçevenin Türkiye'de uygulanabilir hale getirilmesi, kuşkusuz ulusal ve uluslararası düzeyde etkili sonuçlar verecektir.

Platformların algoritmik karar alma mekanizmaları, hem bireysel kullanıcılar hem de piyasa dinamikleri üzerinde derin etkiler yaratmaktadır. Kullanıcıların hangi içeriğin görüntüleneceği, hangi reklamlara maruz kalacağı ve hatta hangi bilgilere erişimi olacağı gibi konular, algoritmaların çalışma prensiplerine bağlıdır. Bu nedenle, algoritmaların şeffaf olması, hem kullanıcı haklarının korunması hem de rekabetçi bir piyasanın tesisi için kritik bir gerekliliktir. DSA, algoritmik şeffaflığa ilişkin çok sayıda yükümlülük getirerek platformların tavsiye algoritmalarının temel parametrelerini açıklamalarını zorunlu kılmaktadır. Benzer bir yaklaşıma Türk mevzuatında da yer verilmesi, platformların bilgi akışını kontrol etme gücünü kötüye kullanmasını önleyeceği gibi kullanıcıların da dijital ortamda daha bilinçli kararlar alabilmesine olanak sağlar.

Benzer bir eksiklik hedefli reklamcılık (mikrotargeting) uygulamalarında da karşımıza çıkmaktadır. DSA, şeffaflık ilkesini ön planda tutarak, hedefli reklamcılık uygulamalarına çeşitli sınırlamalar getirmekte ve kullanıcıların bu tür reklam hedefleme yöntemlerini devre dışı bırakabilmesine olanak tanımaktadır. Böylece reklamcılık süreçlerinde hem şeffaflığı artırılmakta hem de kullanıcıların verilerinin korunmasına yönelik ek bir güvence sağlanmaktadır. Türk hukukunda ise reklam şeffaflığına yönelik bazı genel hükümler yer almasına rağmen, hedefli reklamcılık uygulamalarına yönelik sınırlamalar veya kullanıcıların reklam tercihlerini kontrol etmesine olanak tanıyan ayrıntılı bir çerçeve bulunmamaktadır. Bu eksiklik, kullanıcıların veri güvenliği ve reklamcılık süreçlerinde söz sahibi olmaları açısından önemli bir boşluk yaratmaktadır.

Büyük Beş olarak adlandırılan platformlar, bir kez AB mevzuatına uyumlu şekilde kurmuş oldukları sistemleri bütün kullanıcılarına aynı şekilde sundukları için pratikte Türk vatandaşı kullanıcılar da Brüksel etkisinin bir sonucu olarak DSA'de düzenlenen bu imkanlardan yararlanmaktalardır. Ancak AB vatandaşı kullanıcılardan farklı olarak çevrimiçi platformların hizmetleri Türkiye'den kullanan kullanıcılara tüm bu olanakları sunma konusunda herhangi bir yasal zorunluluğu bulunmamaktadır. Benzer şekilde hukukumuzda uyar kaldır kuralı hem mevzuat hükümleri hem de yargı kararları ile kabul edilmiş olsa da[104] hiçbir platformun Türkiye'deki kullanıcılarına hukuka aykırı paylaşımları bildirmeleri için herhangi bir mekanizma oluşturma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dijital egemenlik, bir devletin egemenlik ve bağımsızlığının ayrılmaz bir parçasıdır. Türkiye'nin kendi düzenleyici standartlarını geliştirerek ulusal önceliklerine uygun bir yasal çerçeve oluşturması, sadece dijital egemenliği güçlendirmekle

[104] Uyar kaldır kuralı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Tunç, Aybike, "*Örnek Uygulamalar ve Türk Hukuku'nda Uyar/Kaldır Kuralı*", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.9, sa.17, sh. 313-350.

kalmayacak, aynı zamanda uluslararası arenada daha etkin bir oyuncu haline gelmesini sağlayacaktır.

Son olarak kullanıcıların dijital hakları ve çevrimiçi platformların kullanımına ilişkin bilinçlenmesi için kapsamlı eğitim programları düzenlenmelidir. Bu, hem bireysel hem de toplumsal düzeyde dijital okuryazarlığı artıracaktır. Dijital dünyada bilinçli bir toplumu inşa etmek amacıyla kamu kurumları, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşlarının ortaklaşa yürüteceği projeler desteklenmelidir. Böyle bir uygulama, kullanıcıların dijital haklarını daha iyi anlamalarına ve hak ihlalleri karşısında bilinçli bir şekilde hareket etmelerine olanak tanıyacağı gibi kullanıcıların çevrimiçi platformların algoritmalarını ve bilgi akışını nasıl şekillendirdiğini öğrenmesi yanlış yönlendirmelerden ve manipülasyonlardan da korunmalarını sağlayacaktır.

SONUÇ

Çevrimiçi platformların hızla yaygınlaşması, iletişimden ticarete, bilgi alışverişinden eğlenceye kadar birçok alanda günlük yaşamın merkezinde yer almalarını sağlamıştır. Ancak bu platformların geniş kullanıcı kitlesine ve veri akışına sahip olmaları, kişisel veri güvenliği, rekabetin korunması ve dijital egemenlik gibi konularda ciddi düzenleme gereksinimlerini de beraberinde getirmiştir.

Türk hukukunda çevrimiçi platformlara dair doğrudan bir mevzuat bulunmamakla birlikte, kişisel verilerin korunması, rekabet hukuku, internet ortamında yapılan yayınlar ve elektronik ticaret alanlarında getirilen düzenlemeler, bu platformların faaliyetlerini dolaylı olarak etkilemektedir. Bununla birlikte, bu düzenlemeler dijital dünyanın hızla değişen dinamikleri ve ihtiyaçları karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'nin dijital egemenliğini korumak ve yerel dijital ekosistemini güçlendirmek için kendi düzenleyici çerçevesini geliştirmesi elzemdir. Yabancı mevzuatların incelenmesi ve örnek alınması faydalı olsa da Türkiye'nin kendine özgü sosyo-ekonomik ve kültürel bağlamına uygun düzenlemeler yapması gerekmektedir. Bu, hem dijital egemenliğin korunmasını hem de kullanıcı haklarını güvence altına alarak adil rekabeti teşvik edecek bir yasal çerçeve oluşturulmasını sağlayacaktır.

Sonuç olarak, çevrimiçi platformların düzenlenmesi konusunda kapsamlı ve etkili yasal düzenlemelerin getirilmesi, Türkiye'nin dijital geleceği açısından hayati öneme sahiptir. Bu düzenlemeler, dijital dünyanın sunduğu fırsatları en iyi şekilde değerlendirirken, kullanıcıların haklarını koruyacak ve adil bir dijital ekosistemin oluşumunu destekleyecektir. Türk hukukunda yapılacak reformlar, şüphesiz ki dijital ekonominin sürdürülebilir büyümesini ve inovasyonunu teşvik ederken, ulusal ve uluslararası düzeyde rekabet gücünü de artıracaktır.

KAYNAKÇA

Akkurt S S, "Kişilik hakkının sosyal medya kullanıcıları tarafından ihlali halinde ortaya çıkacak cezai sorumluluğa medeni hukuk bağlamında bir bakış", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi cilt: 25 sayı:2, 329-373.

Alemi F/Carmack S/Gustafson D/Jacobson J/Kreps G L/Nambisan P/Remezani N/Simons J/Xiao Y, "Support for the Kids Online Safety Act (KOSA), With Caution", Quality Management in Healthcare, 2023 vol. 32 issue 4, sh. 278-280.

Anagnostopoulou D, "The EU Digital Single Market And The Platform Economy", Economic growth in the European union: Analyzing SME and investment policies, Nikas Christos (ed.), Switzerland 2020, sh. 43-57.

Angelopoulos S/Brown M/McAuley D/Merali Y/Mortier R/Price D, "Stewardship Of Personal Data On Social Networking Sites", International Journal of Information Management, 2021 Vol. 56, sh. 1-11.

Arora A/Nakov P/ Hardalov M/Sarwar M S/Nayak V/Dinkov Y/Zlatkova D/Dent K/Bhatawdekar A/Bouchard G/Augenstein I, "Detecting Harmful Content On Online Platforms: What Platforms Need Vs. Where Research Efforts Go" ACM Computing Surveys, 2023 vol. 56 issue 3, https://doi.org/10.1145/3603399 (erişim tarihi: 25.06.2024).

Aşçıoğlu Ö G, "Avrupa Birliğinde Dijital Piyasa ve Hizmetlerin Düzenlenmesine İlişkin Güncel Gelişmeler ve Yansımaları", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 2023 Cilt:22, No:2, sh. 427-475.

Baker J B, "Protecting and Fostering Online Platform Competition: The Role Of Antitrust Law", Journal of Competition Law & Economics 2021 vol.17 issue 2, sh. 493-501.

Ballı A, "Türkiye'de Dijital Dönüşüm ve Girişimcilik", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 2022 cilt 57 sayı 1, sh. 251-279.

Bassan F, Digital Platforms and Global Law, UK 2021.

Bastian R D, "Content Moderation Issues Online: Section 230 Is Not to Blame", Texas A&M Journal of Property Law, 2021 vol. 8/2, sh. 43-72.

Berg L/Slettemeås D/Kjørstad I/Rosenberg T G, "Trust And The Don't-Want-To-Complain Bias In Peer-To-Peer Platform Markets", International Journal of Consumer Studies, 2020 vol. 44.3, sh. 220-231.

Bridy A, "Addressing Infringement: Developments in Content Regulation in the US and the DNS", Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Giancarlo Frosio (ed.), Oxford 2019, sh. 631–646.

Bostoen F, "Understanding The Digital Markets Act", The Antitrust Bulletin 2023, vol. 68.2, sh. 263-306.

Boz N/Serinkan C, "Türkiye'de Dijital Girişimcilik ve KOBİ'ler", Girişimcilik İnovasyon ve Pazarlama Araştırmaları Dergisi, 2022 cilt 6 sayı 12, sh. 102-117.

Bradford A, The Brussels Effect: How The European Union Rules The World, USA 2020.

Brühl V, "Big Tech, The Platform Economy And The European Digital Markets", Intereconomics 2023, vol. 58.5, sh. 274-281.

Busch C, "The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a" Procedural Turn" in EU Platform Regulation?", Journal of European Consumer and Market Law, 4/2020 vol. 9, sh. 133-134.

Busch C/Schulte-Nölke H/Wiewiórowska-Domagalska A/Zoll F, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?" EuCL, 2016, S. 1.

Calo R, "The Boundaries Of Privacy Harm", Indiana Law Journal, Vol. 86, Issue 3 Summer 2011, sh. 1131-1162.

Capodieci A/Mainetti L, "A Structured Approach to GDPR Compliance", Digital Transformation of Collaboration: Proceedings of the 9th International COINs Conference. Springer International Publishing, 2020, sh. 233-243.

Carugati C, Digital Competition and Regulation in the World: A Primer, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3866438 (erişim tarihi: 25.06.2024).

Chiarella M L, "Digital Markets Act (Dma) And Digital Services Act (Dsa): New Rules For The Eu Digital Environment", Athens Journal of Law, vol. 9 Issue 1, January 2023, sh. 33-58.

Citron D K/Norton H, "Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship For Our Information Age", Boston University Law Review, 2011 Vol. 91, sh. 1435-1484.

Citron D K, "How To Fix Section 230." Boston University Law Review, 2023 vol. 103, sh. 713-761.

Çevik İ, "Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası'nın Değerlendirmesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Yıl 8 - Sayı 2023/2, sh. 387-419.

Demirkan H/Delen D, "Leveraging The Capabilities Of Service-Oriented Decision Support Systems: Putting Analytics and Big Data In Cloud", Decision Support Systems, 2013 vol. 55.1, sh. 412-421.

Dessemond E G, "Restoring Competition in" Winner-Took-All" Digital Platform Markets", UNCTAD Research Paper No. 40, 2020, https://doi.org/10.18356/5ee7948e-en (erişim tarihi: 25.06.2024).

Dickinson G M, "Toward Textual Internet Immunity", Stanford Law & Policy Review 2021, vol. 33, sh. 1-10 8 (Toward Textual Internet Immunity).

Dickinson G M, "Rebooting Internet Immunity", The George Washington Law Review, 2021 vol. 89, sh. 347-399.

Doğan A S, "Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması", Bilişim Hukuku Dergisi cilt: 2 sayı: 2, 143-180.

Doğan B, Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Ankara 2022.

Eken M, "Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İhlal Edildiği Durumlarda İçeriğe Erişimin Engellenmesi", Bilişim Hukuku Dergisi cilt: 5 sayı: 2, 413-461.

Eroğlu Ş, "Dijital yaşamda mahremiyet (gizlilik) kavramı ve kişisel veriler: Hacettepe Üniversitesi bilgi ve belge yönetimi bölümü öğrencilerinin mahremiyet ve kişisel veri algılarının analizi", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi cilt: 35 sayı: 2, 130-153.

Forestal J, "Beyond Gatekeeping: Propaganda, Democracy, And The Organization Of Digital Publics", The Journal of Politics, 2021 vol. 83 issue 1, sh. 306-320.

Franqueira V NL/Annor J A/Kafalı Ö, "Age Appropriate Design: Assessment of TikTok, Twitch, and YouTube Kids", https://doi.org/10.48550/arXiv.2208.02638 (erişim tarihi: 25.06.2024).

Geradin D/Dimitrios K, "Strengthening Effective Antitrust Enforcement In Digital Platform Markets", European Competition Journal 2022 vol. 18 issue 2, sh. 356-405.

Gillespie T, Custodians Of The Internet: Platforms, Content Moderation, and The Hidden Decisions That Shape Social Media, Yale University Press 2018.

Glasze G/Odzuck E/Staples R, "Einleitung: Digitalisierung als Herausforderung–Souveränität als Antwort? Konzeptionelle Hintergründe der

Forderungen nach »digitaler Souveränität«", Was heißt digitale Souveränität, Glasze, Georg/Odzuck, Eva/Staples, Ronald (Ed.), Nürnberg 2022, sh. 7-28.

Goldman E, "An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity", Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Giancarlo Frosio (ed.), Oxford 2020.

Hong M, "Regulating Hate Speech And Disinformation Online While Protecting Freedom Of Speech As An Equal And Positive Right–Comparing Germany, Europe And The United States", Journal of Media Law, 2022 vol. 14 issue 1, sh. 76-96.

Jones M L/Kaminski M E, "An American's Guide to the GDPR." Denver Law Review, 2020 vol. 98:1, sh. 93-129.

Karaçar A/Kılıç F/Mataracı G, "Covid-19 ile Hızlanan Dijital Dönüşüm", Covid-19 Gündemi - Yeni Gerçeklikte Makro Trendler, https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/tr/pdf/2020/07/covid-19-gundemi.pdf, sh. 20-21.

Kart A, "Elektronik Ticarette Rekabet Hukuku Üzerinden Cezalandırma Politikaları ve Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası Örneği", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 2024 Cilt: 4 Sayı: 2, sh. 433 – 457.

Kaya M B, Avrupa Birliği P2B Tüzüğü: Aracı Hizmet Sağlayıcılar ve Arama Motorları İçin Adil ve Şeffaf Platform Kuralları, İstanbul 2022.

Kaya M B, "İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi", Anayasa Yargısı, cilt: 37 sayı: 2, 159-203.

Kischel U, Comparative Law, Oxford 2019.

Klein M/Bayrak M, Ela S, "İşletmeler İçin Geniş Kapsamlı Dijital Dönüşüm Strateji Çerçevesi", Dijital Dönüşümü İşletme Biliminin Gözlükleriyle Anlamak, Eryılmaz, M. (Ed.), Ankara 2021, sh. 121-137.

Kuczerawy A, "Fighting Online Disinformation: Did The EU Code Of Practice Forget About Freedom Of Expression?", In: Disinformation And Digital Media As A Challenge For Democracy European Integration And Democracy Series 6, Georgios Terzis et al. (ed.), Cambridge 2019, sh. 291-308.

Kulular İbrahım M A/Aluç R, "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sayı: 51, 329-364.

Lawo D/Neifer T/Esau-Held, M/Stevens G, "Digital Sovereignty: What It Is and Why It Matters For HCI", Extended Abstracts of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, https://dl.acm.org/doi/10.1145/3544549.3585834 (erişim tarihi: 24.06.2024).

Liu Y/Soroka A/Han L/Jian J/Tang M, "Cloud-Based Big Data Analytics For Customer Insight-Driven Design Innovation In Smes", International Journal of Information Management, 2020 vol. 51, sh. 1-12.

Mazgal A, "Back to the Future? The Digital Services Act and Regulating Online Platforms Built on Community-Led Moderation", Building a European Digital Public Space Strategies for Taking Back Control from Big Tech Platforms, Alexander Baratsits (ed.), Berlin 2021, sh. 108-118.

Mousourakis G, Comparative Law And Legal Traditions, Switzerland 2019.

Noto La Diega G, "Grinding Privacy In The Internet Of Bodies. An Empirical Qualitative Research On Dating Mobile Applications For Men Who Have Sex With Men. An Empirical Qualitative Research On Dating Mobile Applications For Men Who Have Sex With Men", Ronald Leenes, Rosamunde Van Brakel, Serge Gutwirth And Paul De Hert (Eds), Data Protection And Privacy: The Internet Of Bodies, Oxford 2018, sh. 21-69.

Pasquale F,: "Platform Neutrality: Enhancing Freedom Of Expression In Spheres Of Private Power", Theoretical Inquiries in Law, 2016 vol.17. issue 2, sh. 487-513.

Pohle J/Thiel T, "Digital sovereignty", Internet Policy Review, 2020 vol. 9 issue 4, https://doi.org/10.14763/2020.4.1532 (erişim tarihi: 24.06.2024).

Rózenfeldová L/Sokol P, "Liability regime of online platforms new approaches and perspectives", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), S. 3, sh. 866-887.

Salminen J/Hopf M/Chowdhury S A/Jung S/Almerekhi H/Jansen B J, "Developing An Online Hate Classifier For Multiple Social Media Platforms", Home Human-centric Computing and Information Sciences, 2020 vol.10 issue 1, https://doi.org/10.1186/s13673-019-0205-6 (erişim tarihi: 24.06.2024).

Schünemann W J, "Ready for the world? Measuring the (trans-) national quality of political issue publics on Twitter", Media and Communication, 2020 vol.8 issue 4, sh. 40-52.

Shoker A, "Digital Sovereignty Strategies for Every Nation," ACIG, 2022 vol. 1, no. 1, https://doi.org/10.5604/01.3001.0016.0943 (erişim tarihi: 24.06.2024).

Tunç A, "Örnek Uygulamalar ve Türk Hukuku'nda Uyar/Kaldır Kuralı", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.9, sy.17, sh. 133-150.

Turillazzi A/Taddeoa M/Floridi L/Casolari F, "The Digital Services Act: An Analysis Of Its Ethical, Legal, and Social Implications", Law, Innovation and Technology 15.1 2023, sh. 83-106.

Ullah F/Sepasgozar S M E/Thaheem M J/Al-Turjman, F, "Barriers To The Digitalisation and Innovation Of Australian Smart Real Estate: A Managerial Perspective On The Technology Non-Adoption", Environmental Technology & Innovation, 2021 vol. 22, https://doi.org/10.1016/j.eti.2021.101527 (erişim tarihi: 25.06.2024).

Wittpahl V, Digitale Souveränität: Bürger, Unternehmen, Staat, Berlin 2018.

Yiğit T/Sığla M/Aksungur N/Erbağ S/Palaz Ü, "Çocuklar İçin İnternet Güvenliği: Bir Ebeveyn Kontrol Aracı", IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, Ocak 31, Şubat 2, 2007, s.45-50.

Çevrimiçi Kaynaklar

https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55597840 (erişim tarihi: 17.06.2024).

https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55647815 (erişim tarihi: 17.06.2024).

https://www.bbc.com/news/technology-43465968 (erişim tarihi: 17.06.2024).

https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election (erişim tarihi: 17.06.2024).

https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en (erişim tarihi: 01.08.2024).

6563 sy. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6563&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

6698 sy. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (erişim tarihi: 18.06.2024).

7253 sy. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm (erişim tarihi: 18.06.2024).

California Civil Code. Title 1.81.5, California Consumer Privacy Act of 2018, §§ 1798.100 et seq., https://cppa.ca.gov/regulations/pdf/cppa_act.pdf (erişim tarihi: 18.06.2024).

Children's Online Privacy Protection Act, 15 U.S.C. §§ 6501-6505, https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa (erişim tarihi: 18.06.2024).

Digital Millennium Copyright Act 105th Congress (1997-1998), https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281/text (erişim tarihi: 18.06.2024).

Directive 2002/58/Ec Of The European Parliament And Of The Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0013 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Directive (Eu) 2022/2555 Of The European Parliament And Of The Council Of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2555 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Electronic Communications Privacy Act, 18 U.S.C. §§ 2510-2523, https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/4952/text (erişim tarihi: 18.06.2024).

European Commission. (2016b). Staff Working Document. In Communications From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions, Online Platforms and The Digital Single Market Opportunities and Challenges For Europe, COM (2016)288 final, SWD (2016) 172 final. Brussels May 25, 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288 (erişim tarihi: 17.06.2024).

"İlgili Kişinin E-Posta Verilerinin, Önceden Ortağı Olduğu Veri Sorumlusu Şirket Tarafından İşlenmeye Devam Edilmesi" hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 03/08/2023 Tarihli ve 2023/1321 Sayılı Karar Özeti, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7776/2023-1321 (erişim tarihi: 01.08.2024).

OECD, An Introduction To Online Platforms and Their Role In The Digital Transformation, OECD Publishing. https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platformsand-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm (erişim tarihi: 17.06.2024).

Public Consultation On The Regulatory Environment For Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and The Collaborative Economy, September 24, 2015, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud-computing (erişim tarihi: 17.06.2024).

Regulation Of The European Parliament and Of The Council on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), 19 October 2022, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065 (erişim tarihi: 17.06.2024)

Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R1925 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (P2B), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526/2013 (Cybersecurity Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0881 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0868 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689 (erişim tarihi: 13.07.2024).

Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1114 (erişim tarihi: 17.06.2024).

Section 230 of the Communications Act of 1934 at 47 U.S.C. § 230, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230 (erişim tarihi: 17.06.2024).

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİM ŞİRKETİN BAĞLI ŞİRKETİN HAKSIZ FİİL TEŞKİL EDEN HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİNDEN SORUMLUĞU

The Liability of the Parent Company for the Torts Committed By the Subsidiary Company Within a Group of Companies

Arş. Gör. Dr. Nurdan BALKAN*

Öz: Tüzel kişilik yapılanmasının temel özelliği, tüzel kişiliğin, kendisini oluşturan pay sahiplerinden bağımsız olmasıdır. Ayrıca tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız malvarlığına sahip olması neticesinde şirket alacaklısı ve pay sahiplerinin şahsi alacaklıları birbirinden ayrılmaktadır. Ayrılık ilkesi olarak ifade edilen bu kural gereği tüzel kişiliğe ayrı bir hukuki kişilik bahşedilmiştir. Ayrılık ilkesinin sağladığı hukuki sonuçların bazen bu ilkenin amacına aykırı olarak kullanılması mümkündür. Ayrılık ilkesinin sağlamış olduğu hukuki güvence nedeniyle, şirketler topluluğunda hakim şirketin riskli faaliyetlerde bulunması, tek şirketlere kıyasla daha sık yaşanmaktadır. Hukuken birbirinden bağımsız ve ayrı tüzel kişiliklere sahip ticaret şirketleri, aynı ekonomik amaçlar doğrultusunda bir araya geldiklerinde ekonomik bir birlik oluşturarak şirketler topluluğu meydana getirirler. Şirketler topluluğu yapılanması bünyesinde topluluğu oluşturan kişiler arasında bir menfaat çatışması yaşanmasını mümkün kılmaktadır. Çalışmamızda, bu menfaat çatışması içinde en zayıf konumda olduğu kabul edilen bağlı şirketin haksız fiil alacaklarının sahip olduğu hukuki imkanlar incelenecektir. Bu kapsamda, öncelikle TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler genel hatları ile değerlendirilecek ve sonrasında esas olarak bağlı şirketin haksız fiil alacaklılarının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramından faydalanmasının gerekliliği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Topluluğu, Tüzel Kişilik, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Haksız Fiil Sorumluluğu, Bağlı Şirket.

Abstract: The main feature of the legal entity structuring is that the legal entity is independent from the shareholders that constitute it. In addition, as the legal entity has separate and independent assets, the company's creditors and the personal creditors of the shareholders are separated from each other. In accordance with this rule, which is expressed as the principle of separation, a separate legal personality is granted to the legal entity. It is possible that the legal consequences provided by the principle of separation can sometimes be used contrary to the purpose of this principle. Due to the assurance provided by the principle of separation, engaging in risky activities occurs more frequently in groups of companies than in single companies. A group of companies occurs when commercial companies, which are legally independent from each other and have separate legal entities, come together around the same economic objectives and form an economic union. The group of companies structurally poses the risk of a conflict of interest among people related to the group. In our study, the legal possibilities of tort claims of the subsidiary company, which is considered to be in the weakest position in this conflict of interest, will be examined. In this context, first of all, the provisions regarding the group of companies in the TCC will be evaluated in general terms, and then the necessity of the tort creditors of the subsidiary company to benefit from the theory of lifting the veil of legal entity will be emphasized.

Key Words: Group of Companies, Legal Entity, Lifting the Veil of Legal Entity, Tort Liability, Subsidiary Company.

* Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi/İşletme Bölümü/İngilizce İşletme Programı, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, nurdan.gurgen@marmara.edu.tr

ORCID: 0000-0001-5518-6656 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677384

Makale Geliş Tarihi: 23.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 21.03.2025

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu (TTK)[1]'nda, şirketler topluluğuna dâhil olan bağlı şirketi, bu şirketin pay sahiplerini ve bağlı şirket alacaklılarını özel dava haklarıyla korumak amacıyla çeşitli hükümler öngörülmüştür. Zira anonim şirketlerde sorumluluğa ilişkin genel hükümler, şirketler topluluğu sistemi içindeki sorunlara çözüm bulmakta yetersiz kalmaktadır. Çalışma konumuz bağlı şirketin alacaklılarının haksız fiilden kaynaklı bir borç nedeniyle sahip olduğu imkânlarla ilgili olduğu için sadece bu grubun hakları incelenecektir.

TTK'da hâkim şirkete topluluk bağlamında üç tür sorumluluk yüklenmiştir. Bunlar; hâkim şirket tarafından kısmi ve tam hâkimiyetin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluk (TTK m. 202-203) ile hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğudur (TTK md 209). TTK'da düzenlenmemekle birlikte hâkim şirketin topluluk bağlamındaki bir başka sorumluluk hali ise, çalışmamızın konusu ile doğrudan bağlantılı olan, hâkim şirketin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumlu kılınması halidir.

Çalışma konumuz haksız fiilden kaynaklı sorumluluk ile sınırlıdır. Hâkim şirketin üçüncü kişilere karşı haksız fiil kaynaklı[2] sorumluluğu muhtelif sorumluluk sebeplerinden sadece birisidir[3].

---

1 RG 14.2.2011, S. 27846.

2 Haksız fiil kaynaklı olan birçok sorumluluk türü bulunmaktadır. Örneğin, birçok ülke hukukunda haksız rekabet, haksız fiil temeline dayalı bir hukuka aykırılık hali olarak kabul edilir. Haksız rekabetin, ticari iş niteliğini haiz bir haksız fiil olduğu görüşü için bkz. Murat Alışkan, "Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması", Murat Alışkan (Ed.), Teori ve Uygulamada Ticaret Hukuku – Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 143; Çağlar Özel/ Semih Sırrı Özdemir, "Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, Özel Sayı, 2017, ss.189-2076, s. 193. Fransa ve Hollanda gibi bazı hukuk sistemlerinde, haksız rekabet için özel düzenlemelere yer verilmemiştir; bunun yerine, haksız rekabet, genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Fransız hukukunda haksız rekabet konusunda ayrı bir düzenleme yapılmamasının nedeni, bu fiillerden doğan sorumluluğun haksız fiilden kaynaklanan bir hukuki sorumluluk olmasıdır. Ancak Almanya ve İsviçre gibi bazı hukuk sistemlerinde, haksız rekabetle ilgili özel düzenlemelerin yer aldığı ayrı kanunlar kabul edilmiştir. Bkz. Pınar Uzun Şenol, Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 22-24. Ancak sadece haksız rekabetin değil rekabet hukuku ihlâli dolayısıyla oluşan sorumluluğun hukuki temelinin ve niteliğinin de haksız fiil olduğu kabul edilir. Bkz. Buğra Kesici, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 378. Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukukuna dair düzenlemelerin örtüştüğü alanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Karakılıç, "Piyasa Ekonomisi ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", C.22, S.3, 2016, Batider, ss.107-151, s.128 vd. Rekabet hukuku ihlallerinde sorumluların tespiti açısından şirket tüzel kişiliği kalıbı aşılmıştır. Önemli olan ayrı ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen şirketlerin piyasada sergiledikleri davranışlar bakımından bağımsız karar verip veremedikleridir. Hakim şirketin bağlı şirketin rekabet ihlâlinden dolayı sorumlu olmasına yönelik ABAD ve AB Komisyon kararları ile Rekabet Kurulu kararlarının eleştirel yönden incelendiği kapsamlı bir çalışma için bkz. Şirin Güven, "Ana Şirket-Yavru Şirket İlişkisi Çerçevesinde Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Bazı Meseleler", Adem Sözüer (Ed.), 15. Türkiye - İsviçre Hukuk Günleri :Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 61-74.

TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin yetersiz kaldığı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, sorunluluk tesis etmek amacı ile en son çare olarak başvurulması gereken bir yöntemdir[4]. Bağlı şirketin hukuka aykırı eylemlerinin gerek şirketler topluluğu gerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrini kapsamında *prima facie* hâkim şirkete atfedilmesi de mümkün değildir[5].

Çalışmamızda öncelikle şirketler topluluğu sorumluluk hükümlerinin bağlı şirketin haksız fiil alacaklıları için yeterli bir sorumluluk mekanizması öngörüp öngörmediği incelenecek; sonrasında ise tüzel kişilik perdesinin aralanması kurumuna başvurunun mümkün olup olmayacağı değerlendirilecektir[6].

I. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HUKUKİ SORUMLULUK

A. GENEL OLARAK

Şirketler topluluğu yapılanması, bu yapılanmanın paydaşları arasında bir menfaat çatışması yaşanmasını mümkün kılmaktadır. Çıkarları çatışabilecek paydaşlar[7] hâkim şirket, bağlı şirket, bu şirketin azınlıkta kalan pay sahipleri,

---

[3] Sorumluluk iki şekilde ele alınır. "… ile sorumluluk" durumunda, borçlunun alacaklıya karşı malvarlığı ile sorumlu olduğu kastedilir. "…den sorumluluk" durumunda ise zarar verenin, haksız fiil, özen borcunun ihlali, tehlike hali veya sözleşmenin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğü vardır. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 79, 444. Haksız fiil sorumluluğu konusunda oldukça fazla sayıda eser mevcut olup, bir borç kaynağı olan haksız fiil çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenemeyecek kadar kapsamlı bir konudur. Özetle ifade etmek gerekirse, haksız fiil sorumluluğunun doğması için, zarar verenin kusuru, hukuka aykırı fiil, hukuka aykırı fiil ile başkasına zarar verme ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı unsurlarının bulunması gerekir. Unsurlar hakkında kapsamlı bir inceleme için bkz. Başak Baysal, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. s.49 vd. Şu hususa değinmek isteriz ki, hukuka aykırılık, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurudur. Fiil yapma şeklinde veya ihmal şeklinde gerçekleşebilir. Bkz. Baysal, s.87-88. Haksız fiil sorumlusu, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişidir; herhangi bir eylemi bulunmayan kişi sorumlu tutulamaz. Bkz. Baysal, s.88. Ancak bu kural medeni hukuk açısından geçerli olup, şirketler topluluğu kuralları ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bir nevi sorumluluğun genişlemesine neden olan hallerdir.

[4] Ayşe Şahin, "Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması", C.20, S.233, 2022, Legal Hukuk Dergisi, ss.1603-1662, s. 1633.

[5] Ekaterina Aristova, "The Future of Tort Litigation Against Transnational Corporations in the English Courts: Is Forum [Non] Conveniens Back?",, C.6, S.3, 2021, Business and Human Rights Journal, ss. 1-24, s.4.

[6] Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin özel hüküm niteliğini haiz olması nedeniyle uygulanmasına öncelik verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. İrfan Akın, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.170.

[7] Bu konu temel olarak vekalet sorunu (*agency conflict*) olarak ifade edilir. Şirketler topluluğunda vekalet sorunlarına ilişkin bkz. Klaus J. Hopt, "Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller ve Yasal Stratejiler", Gül Okutan Nilsson (Ed.), Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı, On İki Levha, İstanbul 2018, s.16-24. Yazar,

alacaklıları, çalışanları ve tüketicilerdir. Türk kanun koyucusu temelde 1965 tarihli Alman Paylı Şirketler Kanunu'ndan esinlenerek şirketler topluluğunu ilk kez TTK'da düzenlemiştir[8]. Ancak şirketler topluluğu yapılanması Anglo Sakson hukuk sisteminin bir ürünüdür. Zira tarihsel kökenini Amerikan uygulamasına dayanmaktadır[9].

Şirketler topluluğu, hâkim ortaklığın hâkimiyeti altında, hâkim şirketle bağlı şirketlerin birlikte oluşturdukları, tüzel kişiliği bulunmayan bir ekonomik bütünlük olarak ifade edilmektedir[10]. Şirketler topluluğunda hâkimiyet, hâkim şirketin bağlı şirketlere dilediği kararları aldırtması, diğer bir ifadeyle bağlı şirketleri yöneltebilme gücüdür[11]. Türk hukukunda hâkimiyet ilişkisinin varlığı TTK m.195/1 ve 2'deki şartların mevcudiyetine bağlıdır[12].

Şirketler topluluğu hukukunda sorumluluk dendiğinde hâkim şirketin ya da bağlı şirketin sorumluluğu anlaşılır. Zira topluluğun tüzel kişiliği olmadığı için bu sıfatla sorumluluğu söz konusu değildir.

şirketler topluluğunda alacaklıların hakim pay sahibinin fırsatçılığına karşı bağımsız şirket alacaklılarına karşı kıyasla daha korunmasız olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Hopt, s. 21.

8 Kara Avrupası hukuk sistemindeki diğer gelişmeler de takip edilmiştir. Bu kapsamda, güvenden kaynaklanan sorumluluk, İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasından esinlenerek TTK'da düzenlenmiştir (m.209). Topluluk için somut politikalar belirleme zorunluluğu, Fransız Rozenblum doktrini esas alınarak TTK m. 203'e eklenmiştir. Bkz. TTK Madde Gerekçeleri, m. 195-209 hükümlerine ilişkin Genel Açıklamalar; TTK Madde Gerekçeleri, m. 203 ve m. 209.

9 Detayları için bkz. Tamer Pekdinçer/Gökmen Gündoğdu, "Amerikan Hukuku'nda Şirketler Topluluğu Hukuku Algısı ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluğa İlişkin Uygulamaya Genel Bir Bakış", C.3, S.2, 2013, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 31-49, s. 35, dn.20. Amerikan hukukunda, her bir şirketin, bir topluluğun parçası olsa bile, bağımsız bir hukuk kişiliğine sahip olduğunu öne süren teori (*entity law*), bir şirketin borçları nedeniyle kontrol eden ana şirkete veya ana hissedara başvurulmasını engellemiştir. Zamanla, *entity law* teorisinin katı uygulanmasının istenmeyen sonuçlar doğurduğu fark edilmiştir ve bu nedenle *enterprise law* teorisine yönelinmiştir. Bu yeni yaklaşıma göre, her şirket aslında aynı bütünün bağımlı unsurları olarak ortak bir amaç doğrultusunda hareket etmektedir. Dolayısıyla, her bir şirketin ayrı bir varlık olduğu düşüncesi bir kenara bırakılmalı ve somut olayın şartlarına göre, bu şirketlerin oluşturduğu bütünlük tek bir işletme (*single business enterprise*) gibi değerlendirilmelidir. Bkz. Pekdinçer/Gündoğdu, s. 38. Amerikan hukukunda şirketler topluluğunda sorumluluk ilişkilerinin çözümünde müracaat edilen temel hukuk kurumu ise zaman içinde mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş olan perdenin aralanması teorisidir. Bkz. Pekdinçer/Gündoğdu, s.39. Hem İngiliz hem Amerikan hukukunda perdenin aralanması doktrininin Salomon v. Salomon & Co. Ltd. kararıyla birlikte gelişmeye başladığı kabul edilmektedir. Bkz. Thomas K. Cheng, "The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines" University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, 2011, s. 34.

10 Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Şirketler Hukuku-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s, 708.

11 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C.II, s. 716.

12 Hakimiyet unsurunun varlığı hukuk sistemlerine göre farklılaşmaktadır. Türk hukukunda "genişletilmiş kontrol" ilkesinin benimsendiği kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güray Özsu, Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 38-44. Kanunda hakimiyet araçları TTK m. 195'de düzenlenmiştir. Ayrıntıları için bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Şirketlerinin Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 552.

TTK'da hâkim şirkete topluluk bağlamında üç tür sorumluluk yüklenmiştir[13]. Bunlardan ilki, hâkim şirket tarafından kısmi hâkimiyetin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluktur (TTK m. 202). Bu sorumluluk türünde hâkim şirket, yapmış olduğu bir işlemden ötürü bağlı şirkete bir zarar verdiği için bağlı şirketin kaybından kaynaklı iç sorumluluk gündeme gelmektedir. Bir diğer ifade ile şirketin menfaatini gözeten, bağlı şirket yönetim kurulu, benzer koşullar altında yapmayacağı işlemleri topluluk hâkiminin yönlendirmesiyle[14] yapmak zorunda kalmış ise burada müdahalenin hukuka aykırı olduğu ve sorumluluk tesis edileceği sonucuna varılmaktadır[15].

TTK m 203/1'e göre tam hâkimiyet, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak tamamına sahip olunmakla kurulur. Tam hâkimiyet söz konusu olduğunda, hâkim şirketin ve yöneticilerinin vermiş olduğu talimatlar dolayısıyla bağlı şirketin alacaklılarına karşı yüklenmek durumunda kaldığı dış sorumluluk, bir diğer sorumluluk sebebedir (TTK m. 203). Hâkim şirketin kural olarak bu halde bağlayıcı talimat verme yetkisi bulunsa da bu alacaklıların kendileri aleyhine doğan zararlar sebebiyle dava açma hakları da vardır (TTK m.206).

Üçüncü ihtimal ise, hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğa tabi tutulması halidir (TTK m. 209). TTK m. 209 hükmü ile getirilmek istenen, şirketler topluluğuna yönelik güvenin kullanmasının sonuçlarının hâkim şirket tarafından üstlenilmesidir. Ancak bizim çalışma konumuz hâkim şirketin, bağlı şirketin haksız fiil alacaklarından sorumluluğu ile sınırlı olduğu için hâkim şirketin toplum nezdinde oluşan güvenden kaynaklanan sorumluluğu çalışmamızın inceleme alanı dışında kalmaktadır. Belirtmek isteriz ki bu hükmün uygulanabilmesi için güvenin kullanılmasının belli bir işle ilgili olması gereklidir. Yargıtay kararlarında da sorumluluğun doğması için bu doğrultuda güvenin kullanılmasının belli bir işle ilgili olması şartı aranır. Bağlı şirketin sorumluluğu bir haksız fiile dayanıyorsa, hâkim şirketin güven sorumluluğuna dayanılamayacağı doktrinde de haklı olarak kabul edilmiştir[16].

---

13 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) C.II, s. 751.

14 Kanaatimizce yönlendirme eylemi, sözleşmeye müdahale kapsamında sayılarak haksız fiil sorumluluğunu gerektiren bir eylem olarak kabul edilebilir. Çünkü sözleşmeye müdahale, sözleşme ilişkisinin dışında bulunan bir üçüncü kişinin, sözleşme alacaklısının haklarına zarar verecek şekilde hareket etmesiyle ortaya çıkan kusurlu bir fiil olarak tanımlanmaktadır. Bu fiil, borçluyu sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal etmeye sevk etme, teşvik etme, ihlal kararı aldırma, bu kararı tamamlatma veya ihlali kolaylaştırma şeklinde gerçekleşebilir. Sözleşmeye müdahale aynı zamanda haksız fiilin özel bir görünümü sayılan haksız rekabet teşkil eden bir eylemdir. Konu hakkına ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bedia Güleş, Sözleşmeye Müdahaleden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.273-274.

15 Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 327.

16 Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Şirketler Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 191-197.

B. TTK'DAKİ ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURAMI İLE İLİŞKİSİ VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURAMINA BAŞVURU GEREKLİLİĞİ

TTK'da yer alan şirketler topluluğu hükümleri de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı gibi şartların oluşması halinde sınırlı sorumluluk ilkesine istisna getirir mahiyettedir[17]. Bunun dışında şirketler topluluğunda olduğu gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak hâkim şirketin sorumlu olabilmesi için hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde hâkimiyetinin bulunması gereklidir[18]. Ancak bu noktada hâkimin geniş bir takdir yetkisi ile hâkimiyet olgusunun var olup olmadığını inceleme ve değerlendirme imkânı bulunmaktadır. Bu da alacaklılar açısından şirketler topluluğu hükümleri yerine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrinine başvurmak için oldukça önemli bir sebeptir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere TTK'da hâkimiyete dayalı sorumluluk hâkimiyetin tam ve kısmi olmasına göre farklılaşmaktadır. TTK m.202'de önce kısmi hâkimiyet düzenlenir ve burada denkleştirme ve tazminat sorumluluğu söz konusudur. Tam hâkimiyet ise TTK m. 203 vd. da düzenlenmiştir. Anılan hükümde, her ne kadar bağlı şirket alacaklılarına tazminat talep hakkı tanınsa da tazminatın bağlı şirket lehine mi yoksa direkt olarak alacaklı lehine mi hükmedilebileceği belirsizdir. Kısmi hâkimiyet açısından TTK m. 202/1(c) hükmünde alacaklıların şirket iflas etmemiş olsa bile, tazminatın, şirkete ödenmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Tam hâkimiyet yönünden de aksi yönde bir yorum yapmak mümkün değildir[19]. Bir diğer ifade ile tam hâkimiyet halinde de alacaklıların doğrudan talep hakkı bulunmamaktadır[20]. Bu nedenle alacaklılar açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına başvurmak daha avantajlıdır[21].

---

17 Akın, s.177. TTK m.209 hükmü açısından tüzel kişilik perdesinin kanun tarafından kaldırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Şahin Akıncı, "Alacaklılardan Mal Kaçırmak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği Ve Yargıtay Uygulamaları", C.27, S.3, 2019, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 652-678, s. 664, dn.46. *Şener* TTK m.206 açısından da bu davanın tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının özel bir hali olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Olarak Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 191. *Altay* da şirketler topluluğunda sorumluluğa ilişkin TTK m. 202 hükmünün perdenin kaldırılması teorisinin özel bir görünüm biçimi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Altay, s.615.

18 Emre Türkmen, Şirketler Hukuku Şerhi, Kemal Şenocak (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.680.

19 Aynı yönde bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.671. Farklı yönde bkz. Akın, s. 319; Okutan Nilsson, s. 434.

20 TTK m.206/2'de ayrıca alacaklıların alacağı doğuran ilişkiye girmesinden bahsedildiği için, alacağı doğuran işlemin, Kanunda gösterilen kredi ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacak ilişkileri gibi iradi bir işlem olması gerektiği, bu sebeple örneğin haksız fiilin bu madde kapsamında düşünülemeyeceği de doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Kürşat Göktürk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.292-293.

21 Her ne kadar şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğu düzenlenmiş olsa da bu hükümlerde hâkim şirkete başvurulup başvurulamayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, konu hakkında içtihatlar oluşana kadar, hâkim şirkete

Ayrıca bir diğer belirsizlik, şirketler topluluğunda sorumluluk sebebi olarak haksız fiilin kabul edilip edilmediğidir. Her ne kadar TTK'da hâkim şirketin bağlı şirketin gerçekleştirmiş olduğu haksız fiil kaynaklı sorumluluğuna gidilebileceğine ilişkin açık hüküm bulunmasa[22] da aynı zamanda uygulanmasını açıkça engelleyen bir hüküm de tesis edilmediği için kanaatimizce TTK'daki şartların gerçekleşmesi halinde haksız fiil alacaklıları da TTK'daki şirketler

---

tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında başvurulabileceği yönünde bkz. Zelal Narçin Tosun, "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması", C.10, S.105, 2015, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 89-103, s. 94, 96. Uygulamada ise davacı alacaklıların, bağlı şirketten alacaklarını tahsil edemediklerinde, TTK m. 202/1(c) uyarınca bağlı şirketin zararının tazmini için dava açmak yerine, kendi alacaklarının ödenmesini sağlamak amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi çerçevesinde talepte bulunduklarına ilişkin bkz. Bkz. Cafer Eminoğlu, "Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.XXXI, Ankara, 22 Aralık 2017: Bildiriler Tartışmalar, Ankara, 2018, s. 11, 31. Ancak *Akın,* şirketler topluluğu hukukuna ilişkin hükümlerin, tüzel kişilik perdesini kaldırma teorisine göre çok daha güçlü ve sınırları net tespit edilmiş bir sorumluluk alanı getirdiğini savunmaktadır. Bkz. Akın, s. 177.

22 Doktrinde de hakim ortaklığın bağlı ortaklıkla mal varlıklarını karıştırarak alacaklıları zarara uğratma veya bağlı ortaklıkları haksız fiillerde kullanarak sorumluluktan kaçma yoluna gitme ihtimalleri bulunduğu, buna karşın TTK'de hakim ortaklığın yöneltmesi ile bağlı ortaklığın haksız fiilde bulunması halinde hakim ortaklığa başvurulabilecek bir sorumluluk hükmü yer almadığı ve bu şekilde kanuni düzenlemelerin bulunmadığı hallerde de zarar görenlerin zararının giderilmesi ve hakkaniyete uygun bir çözüm yaratılabilmesi adına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Berk Yurdakul, Şirketlerde Organik Bağ Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.114. Doğrudan açık hüküm olmadığına ilişkin bkz. Sena Nur Günay, "Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 172. Açık hüküm bulunmamasının eleştirisi için bkz. Ulaş Baran Kuş, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 163. Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlığı davacının iddiaları üzerine haksız rekabet hükümleri uyarınca da incelediği ancak olayda davacının bu tür rekabeti etkileyen davranış nedeniyle zarara uğradığından bahsedilememesi nedeniyle hakim şirketin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını inceleme aşamasına geçemediği karar için bkz. Halit Aker, "Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı, m.209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", C.57, S.4, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1-98, s.24-25. Bu kararda mahkemenin hâkim şirketin sorumluluğunu direkt olarak reddetmemesi önemlidir. Şirketler topluluğunda uygulanan sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik ilkelerinin, hakim şirkete doğrudan haksız fiil sorumluluğu getirilerek aşılması gerektiğine ilişkin bkz. Ahmed Mukarrum, "Private International Law And Substantive Liability Issues in Tort Litigation Against Multinational Companies in The English Courts: Recent UK Supreme Court Decisions And Post-Brexit Implications", C. 18, S.1, 2022, Journal of Private International Law, ss.56-82, s. 80. Hâkim şirketin topluluk ilişkisi sebebiyle, gerek kendi hissedarlarına, gerek kendisinin bizzat hukuki ilişki içine girdiği üçüncü kişilere, gerek yavru şirketlerine ve bunların hissedarlarına, gerek yavru şirketlerin hukuki ilişki kurdukları üçüncü kişilere karşı sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da *culpa in contrahendo* sebebiyle ferdi ya da bir bağlı şirketle birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusu olabileceğine ilişkin farklı görüş için bkz. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht 3. Aufl, Schulthess, Zürich, 2004, s. 1225, 1227 vd. (Alıntı: Aker, s. 30, dn. 48.)

topluluğu hükümlerine başvurabilir[23]. Bir diğer ifade ile hâkimiyetin sadece sözleşmesel alacaklar açısından kötüye kullanılmasının yasaklanması kanaatimizce kanun koyucunun öngördüğü sorumluluk sistemine aykırıdır.

Nitekim doktrinde de hâkim şirketin, karşılaşması muhtemel risklerden kaçınmak için faaliyetlerini bağlı şirketler aracılığıyla yürütme eğiliminin şirketler topluluğunda oldukça yaygın olduğu ve bu durumun özellikle haksız fiil mağdurlarının zararlarını tazmin edememelerine neden olduğu ifade edilmektedir[24].

---

[23] Tasarıyı hazırlayanlar tarafından şirketler topluluğu yapılanmasında bir haksız rekabet fiilinin işlenecek olmasının öngörüldüğü ancak sorumlunun kim ya da kimler olacağının düzenlenmediği tespit edilmiştir. Bkz. TTK Tasarısı m.55/1-a (10), (11) ve (12) numaralı alt bentler: "*Bu üç bent doğrudan tüketicinin korunması ile ilgili bulunan haksız rekabet hâlleridir. Amaç tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form örneklerinde, ilân ve reklâmlarda kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadeler, lafızlarla tüketicinin korunmasıdır. Form ve sözleşme örnekleri malın fiyatını, taksit şartlarını, taksit maliyetini, gerçek maliyeti karartabilir. Bu eylemler yukarıdaki üç bendin uygulama alanının kapsamındadır. Taksitle satışın, şartlarında açık olmamak, uygulanan faizi veya vade farkını, ödemelerin nasıl yapılacağını ve taksitle satış yapanın unvanını açıklamamak, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Çünkü, müşteri (çoğu kez tüketici) sürpriz sayılabilecek oranda yüksek vade farkları ve faiz oranları ile karşılaşabilir; ödemelerin Türk Lirası ile yapılmayacağını, kredi kartı kullanılması halinde ek komisyon istendiğini sonradan görebilir. İlân bir holdingden verilmiş olabilir, satışı yapacak firma açıklanmadığı için, müşteri o grupta tanıdığı şirketten başka, tanımadığı, daha kalitesiz mal satan bir şirketten mal almak durumunda kalabilir. Tasarıyı hazırlayanlar tarafından holding yapılanmasında bir haksız rekabet fiilinin işlenecek olmasının öngörüldüğü ancak sorumlunun kim yada kimler olacağının düzenlenmediği tespit edilmiştir.*" Doktrinde de haksız rekabet teşkil eden hukuka aykırı eylemlerin şirketler topluluğu yapılanması altında işlenebileceğine değinilmiştir. Örneğin TTK.55/I-b'de düzenlenen yöneltme eyleminin üçüncü kişi lehine yapılması halinde de hükmün uygulanması gerektiği, bu kapsamda yöneltme fiilinden yararlanan kişinin yöneltenle kişisel (örneğin, karı-koca ilişkisi) veya ekonomik yakınlığı (örneğin, hakim şirket-bağlı şirket ilişkisi) bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği ve eğer bu tarz bir yakın ilişki tespit edilebiliyorsa yöneltmenin İsvHRK.4/a(TTK.55/I-b,1) kapsamında haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bkz. Sinan Sarıkaya, Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 96-97. Kanaatimizce haksız rekabetin yaptırıma tabi tutulmasının temel nedeninin, dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması olduğu ve Kanunda bu hususun açıkça vurgulandığı dikkate alındığında, şirketler topluluğunda hakim şirketin, dürüst ve bozulmamış rekabet aleyhine bağlı şirket aracılığı ile gerçekleştirdiği eylemlerin yaptırımsız kalmaması adına mutlaka hakim şirketin sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

[24] Bkz. Temel Güner, Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 88; Damla Küçük, "Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları", Ankara Barosu Dergisi, S.77, S.1, 2019, s. 294. Son zamanlarda özellikle çok uluslu şirketlerin haksız fiil temellendirmesinde insan hakları ve çevre konularında sorumluluğuna ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak özellikle ispat yükünün davalı tarafta olmasının eleştirisine ilişkin bkz. Dalia Palombo, "The Duty of Care of the Parent Company': A Comparison Between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals", C.4, S.2, 2019, Business and Human Rights Journal, ss.265-286, s .283. Örnek kararlar için bkz. Meltem Ece Oba, "Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: Vedanta v. Lungowe ve Okpabi v. Shell Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, C.41, S.1, 2021, ", Public and Private International Law Bulletin, s.159-189. Vedanta v. Lungowe ve Okpabi v. Shell kararları, önemli konulara açıklık getirerek uluslararası alanda insan hakları ve çevre istismarı mağdurlarını korumak adına emsal niteliğinde kararlar olsa da çalışma konumuz direkt

Haksız fiil alacaklıları açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına başvurunun temel gerekçesi haksız fiil alacaklılarının daha önce borçlu taraf ile müzakere etmeden bir hukuki ilişki içerisine girmeleridir. Nitekim sözleşmesel alacaklılar ile haksız fiil alacaklıları doktrinde farklı olarak kategorize edilmiştir. Şirket alacaklıları gönüllü(iradi) ve gönüllü olmayan(iradi olmayan) alacaklılar (*voluntary – unvoluntary creditors/freiwilliger Gläubiger- unfreiwiilliger Gläubiger*) olarak iki gruba ayrılır. Gönüllü alacaklılar, sözleşme alacaklıları olarak da adlandırılır ve şirket ile sınırlı sorumluluğun risklerini bilerek hukuki ilişkiye girerler. Gönülsüz alacaklılar ise şirketle bir sözleşme ilişkisi olmadan borç ilişkisine giren kişilerdir. Bu kişilerin alacakları genellikle bir haksız fiil ilişkisine dayanır.

Sözleşmeyle kurulan borç ilişkisinde hem şirketin tüzel kişiliğinin temsilcileri hem de alacaklılar, sözleşme şartlarını (örneğin, borç miktarı, teminat gibi) düzenleyerek aldıkları riski belirleme imkanına sahiptir. Ancak haksız fiil ilişkisinde zarar gören kişinin aldığı riski belirleme imkânı yoktur. Zarar gören alacaklılar için tam bir bilgi ve kontrol asimetrisi söz konusudur. Nitekim bu tür alacaklılar tarafından yöneltilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin taleplere daha esnek yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir[25]. Hatta haksız fiil alacaklıları açısından sınırlı sorumluluğun haklı bir gerekçeye dayandırılamayacağı, dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan borçlar bakımından sınırlı sorumluluğun tamamen terk edilmesi gerektiği dahi savunulmaktadır[26].

Hâkim şirketin sorumluluğunu düzenleyen TTK hükümleri genellikle sözleşmesel alacaklılar dikkate alınarak hazırlanmıştır ve alacaklılara doğrudan talep hakkı tanımamaktadır. Bu nedenle hâkim şirketin sorumluluğu açıkça düzenlense de bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda şirketler topluluğunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının mümkün olduğu haklı olarak doktrinde ifade edilmektedir[27]. Ayrıca şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğunun öngörüldüğü hükümlerin kapsamına haksız fiil alacağının dahil olup olmadığı belirsiz iken; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin haksız fiil alacaklıları yönünden uygulanması mümkündür[28]. Son

---

olarak insan hakkı ve çevre istismarı konularına ilişkin olmadığı için bu iki karar özelinde ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirmeyeceğiz.

[25] ABD uygulamasında mahkemeler, sözleşmesel alacaklıların taleplerine karşı daha katı bir tutum sergilerken, haksız fiil alacaklılarının taleplerinde daha esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Bkz. Güner, s.92-94, Barış Kaya, Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri, 2022, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, ss. 482-493, s. 490; Henry Hansmann/Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability For Corporate Torts", C.100, S.7, 1991, Yale Law Journal, ss.1879-1934, s.1919-1933.

[26] Güner, s.75-76.

[27] Güner, s.202-206; Küçük, s. 332, 335-336; Yunus Emre Göger, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 258. Benzer yönde bkz. Kuş, s. 56, 160.

[28] Bkz. Yargıtay, 15. HD. E. 2016/2671, K. 2016/3423, 14.6.2016 tarihli kararı: "(...) "*Kural olarak tüzel kişiler kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız ayrı kişiler olup "sınırlı sorumluluk" ilkesi çerçevesinde hukuki işlemlerde taraf olurlar. Kimi zaman sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde "perdenin aralanması "teorisi geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir. Perdenin aralanması ile şirket kurucusu gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler içerisinde yer alan*

olarak şu hususu da eklemek isteriz ki gerek ilk derece mahkemelerinin gerek Yargıtay'ın TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerini somut uyuşmazlıkta uygulama yönünde çekinceli davrandıklarını söyleyebiliriz. Nitekim şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması talebi ile açılmış bir davada bile ilk derece mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına dayanmış; Yargıtay ise TTK m.553 vd. daki sorumluluk hükümleri kapsamında bir inceleme yapmıştır[29].

Haksız fiil alacaklılarının içinde bulunduğu dezavantajlı durum için farklı birtakım öneriler sunulmaktadır. Örneğin sınırlı sorumluluğun neden olduğu zararların karşılanması amacıyla sadece haksız fiil alacaklıların talep hakkı olacağı bir fon önerisi bunlardan biridir[30]. Bunun dışında Amerikan doktrininde de haksız fiil alacakları için sınırlı sorumluluğun yarattığı sorunlar sık sık tartışılmakta olup haksız fiilin söz konusu olduğu durumlarda tüzel kişilik perdesinin direkt olarak kalkması gerektiği belirtilmektedir[31].

Sınırlı sorumluluk kuralının uygulanması açısından haksız fiil – sözleşme alacaklısı ayrımının yapılması oldukça önemlidir. Haksız fiili (örneğin haksız rekabet) görünüşte işleyen şirketin tazminata hükmedilmesi durumunda kararın icrasının, şirket kaynaklarının yetersiz olması durumunda sınırlı sorumluluk kalkanına takılması halinde kendi iradesi ile hukuki ilişki içerisine girmemiş olan

---

... şirketler arasında da sorumluluğun gerçekleştiğinin kabulü sağlanabilir.(...) (www.kazanci.com.tr)

29 Karar için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2016/13783, K. 2018/5014, 9.7.2018 T. (www.kazanci.com.tr)

30 Günay, s. 54-56. Bunun dışında şirketlerin başlangıç sermayesinin yükseltilmesi ya da haksız fiilden kaynaklı bir zararın sigortalanması gibi imkanlar getirilebileceğine ilişkin bkz. C. Jocelyne Kokaz, "Piercing the Corporate Veil: A Comparative Analysis", C. 30, S. 46, 2011, *Annales De La Faculté De Droit d'Istanbul*, ss.25-47, s. 32-33.

31 Haksız fiil durumunda tüzel kişilik perdesinin her durumda direkt olarak kalkması gerektiğine ilişkin bkz. Hansmann/ Kraakman, s. 1879 – 1934. Hatta yeni bir doktrin ortaya çıkmıştır. Bu doktrin "*The doctrine of direct liability"* olarak ifade edilir ve haksız fiil hukukuna dayalı sorumluluk için öngörülmüştür. Doğrudan sorumluluk doktrini Lord Bingham tarafından Lubbe v. Cape Industry PLC davasında ilk olarak kullanılmıştır. Bkz. King Fung Tsang & Katie Ng.: "Direct Liability and Veil-Piercing: When One Door Closes, Another Opens", C. 27, S. 1, 2022, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, ss.142-191, s. 144. Özellikle İngiliz mahkemelerinde artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrinin uygulanmasına son vermiş ve haksız fiil temelli uyuşmazlıklarda doğrudan sorumluluk doktrininin uygulanmasına geçilmiştir. Şu an Türk yargısında bu doktrin temelli bir karar verilmediğini ifade etmek isteriz. Ayrılık ilkesinin ihlal edildiği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin durumlarda perdenin aralanması kuramından faydalanılabileceğine ilişkin bkz. Alan Dignam/John Lowry, Company Law, Oxford University Press, İngiltere, 2012, s.43 vd. Tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren örnekler arasında açıkça haksız fiil de yer almaktadır. Bkz. John H. Farrar/Brenda Hannigan/ Nigel E. Furey/Philip Wylie, Farrar's Company Law, Butterworths, London, 1998, s. 69-70. Yargıtay HDK 2017/122 E., 2018/1934 K.,13.12.2018 Tarihli kararında, özetle, davacının bağlı şirketten satın aldığı hisselerin fiyatlarının, hakim şirketin manipülatif hareketleri nedeniyle düşmesi sebebi ile önce bağlı şirkete dava açılmış, dava devam ederken taraf değişikliği talebinde bulunulmuş ve davacının davayı hakim şirkete yöneltme talebi kabul görmüştür. Sonuç olarak pay sahibi davacı direkt olarak zararın tazminini hakim şirketten talep edebilmiştir. Söz konusu manipülatif hukuka aykırı eylem aynı zamanda haksız fiil teşkil eden bir eylem olduğu için kanaatimizce bu kararda, haksız fiil teşkil eden bir eylemden ötürü hakim şirketin doğrudan sorumluluğuna gidilmiştir. (https://karararama.yargitay.gov.tr/)

mağdurun zarar görmesine neden olacağından, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle hâkim şirketin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı bir tüzel kişinin ayrı hukuki kişilik olduğu kuralının istisnasını oluştursa[32] ve "istisnalar dar yorumlanır" (*singularia non sunt extenda*) ilkesi çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının da dar yorumlanması gerekse de[33] hukuka aykırılığın konusunun haksız fiil olması ihtimalinde istisnai yorumun genişlemesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. HAKSIZ FİİL KAYNAKLI SORUMLULUKTA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURAMININ UYGULANMASI

A. KURAM HAKKINDA GENEL OLARAK

Tüzel kişilik yapılanmasının temel özelliği, tüzel kişiliğin, kendisini oluşturan pay sahiplerinden bağımsız olmasıdır. Ayrılık ilkesi olarak ifade edilen bu kural gereği tüzel kişiliğe ayrı bir hukuki kişilik bahşedilmiştir ve bu sayede tüzel kişiliğin ayrı bir malvarlığına sahip olması da mümkün kılınmıştır. Tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız malvarlığına sahip olması neticesinde şirket alacaklısı ve pay sahiplerinin şahsi alacaklıları birbirinden ayrılmaktadır ve tüzel kişilik şirket alacaklıları için şirketin malvarlığını koruyan bir kalkan (*entity shield*) görevi ifa etmektedir[34]. Ancak ayrılık ilkesinin sağladığı hukuki sonuçların bazen bu ilkenin amacına aykırı olarak kullanılması neticesinde "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı" hukuk dünyasına kazandırılmıştır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının[35] geniş anlamda kullanımı, ayrı tüzel kişiliklerin göz ardı edilmesini sağlar[36]. Öğretide ve uygulamada

---

32 Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin sınırlı sorumluluk ilkesinin değil her bir tüzel kişinin ayrı hukuki kişilik olduğu kuralının istisnası olduğuna ilişkin bkz. Alper Hakkı Yazıcı, Lifting The Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent, C.5, S. 9, 2014, Law and Justice Review, ss. 127-191, s.130-131.

33 Ersin Çamoğlu, "Ticaret Şirketleri Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması", C.32, S.2, 2016, Batider, ss.5-17, s.12; Yargıtay 11. HD, E.2017/2384, K.2019/2653, T.4.4.2019; Yargıtay 9.HD, E.2022/6274, K.2022/7556, T.13.6.2022. (www.kazanci.com).

34 İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 82.

35 Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı tüzel kişiliği açıklayan görüşlerle ilintilidir. Bkz. Gökhan Antalya, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", "I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı", Erol Ulusoy (Ed.), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008, s.145. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması öğretisinin uygulanması farklı hukuk sistemlerinin farklı teorik dayanakları esas aldığına ilişkin bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.85. Farklı ülke hukuklarında bu kuramın hukuki dayanağına ilişkin bkz. Serdar İyigün, "Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi", C.13, S. 45, 2015, Legal Hukuk Dergisi, ss. 109-156, s. 122-123.

36 Dar anlamda kullanıldığında ise sınırlı sorumluluk ilkesine rağmen alacaklı lehine şirketin borçlarından sorumlu tutulacağı durumları anlatmak için kullanılır. Bkz. Küçük, s.296.

benimsenen genel görüş, perdenin kaldırılması kuramının temelini TMK[37] m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı temelli hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmaktadır[38]. Bu kuram uygulamadaki ihtiyaç nedeniyle öğreti tarafından geliştirilmiştir[39]. Bu teoriye göre, eğer somut olayda tüzel kişilik bir kişi veya kuruluşun sorumluluktan kaçınması için kullanılıyorsa, yani kötüye kullanılıyorsa, tüzel kişilik perdesi aralanabilir ve gerçek sorumluya ulaşılabilir [40].

B. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI YÖNTEMLERİ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemleri, sorumlu kılınmak istenen kişi/şirkete göre değişmektedir. Tüzel kişilik perdesinin düz, ters ve çapraz kaldırılabileceği hem öğretide hem yargı kararlarında kabul edilmektedir.

Bir yükümlülüğünden dolayı tüzel kişiliğin sorumluluğunun devam etmesi ile birlikte tüzel kişiliğe ortak olan paydaşların da sorumlu kılınması halinde tüzel kişilik perdesinin düz olarak kaldırılması durumu gerçekleşir[41]. Bu yöntem geleneksel yöntem olarak ifade edilir. Şirketler topluluğu için tüzel kişilik perdesinin düz olarak kaldırılmasının anlamı; hâkim şirketin bağlı şirketin sorumlu olduğu borçlardan ötürü, bağlı şirketle birlikte müteselsil olarak sorumlu olabilmesidir[42]. Bu yöntemde şirketler topluluğunda bağlı şirketin alacaklılarına bu ilişkiyi kötüye kullanan hâkim şirkete de müteselsilen başvurma imkanı tanır[43].

Geleneksel yöntemin aksine, bir ortağın şahsi borcundan dolayı, şirket tüzel kişiliğinin de müteselsilen sorumlu tutulması ise tüzel kişilik perdesinin ters

---

37 RG 22.11.2001, 24607.

38 Çamoğlu, s.5.

39 İbrahim Kaplan, "Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Şirketlerinde Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", C. 25, S.4, 2009, Batider, ss. 37-46, s. 41; Akıncı, s. 662.

40 Veliye Yanlı, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Şirket Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 16.

41 Perdenin düz aralanarak hâkim ortağın sorumluluğuna gidilmesi düşünülmekteyse, hâkim ortak aynı zamanda kurucu veya yönetim kurulu üyesi ise ya da fiili organ/yönetici olarak nitelendirilebiliyorsa, öncelikle TTK m. 553 hükümleri çerçevesinde sorumluluk davası açılması da mümkündür. Ancak bu noktada, alacaklının dolayısıyla uğradığı zararları için ancak borçlu şirketin iflası halinde, hatta o zaman da iflas idaresi davayı açmazsa dava açabileceği unutulmamalıdır (TTK m.556). Diğer yandan alacaklının doğrudan zararları için dava açması iflas koşuluna bağlı değildir. Bkz. Şahin, s.633, dn.113. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda İsviçre Federal Mahkemesi, alacaklıların doğrudan uğradığı zarara örnek teşkil eden bir kararında, alacaklıların doğrudan zararlarını talep edebilmeleri için ya onları doğrudan koruyan anonim şirketler hukukuna ilişkin bir hükmün ihlal edilmiş olması ya da haksız fiil (İsvMK m.41, TBK m.49) kapsamına giren bir durumun bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bkz Tekinalp, 2020, s. 450. Bu da göstermektedir ki haksız fiil durumunda alacaklıların menfaatlerine üstünlük sağlanmalıdır.

42 Şahin, s.1632-1633. Sonuç olarak mahkemenin tüzel kişilik perdesini kaldırması halinde alacaklı davacı, alacağını hem şirket tüzel kişisi hem de şirket ortağı davalı gerçek kişiye karşı takip etmeye yarayan bir karar elde etmiş olacak ve her ikisine karşı da ayrı ayrı veya birlikte başvurabilecektir. Bkz. Namık Kemal Uyanık, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.35.

43 Çamoğlu, s.11.

olarak kaldırılmasını ifade eder[44]. Şirketler topluluğu anlamında tüzel kişilik perdesinin tersine kaldırılmasının anlamı, bağlı şirket ile hâkim şirketin malvarlıklarının ve ilişkilerinin birbirleriyle bağlantılı olması durumunda alacaklıların alacaklarını, hâkim şirketten tahsil edemediği durumlarda bağlı şirkete başvurarak alacaklarına kavuşmalarına imkân sağlanmasıdır[45].

Şirketler topluluğunda çapraz perdeyi kaldırmak için ilk olarak düz perdeyi kaldırma yoluyla bağlı şirketin borcu nedeniyle onun hâkim ortağı konumundaki topluluk hâkimine başvurulur. Ardından, ters perdeyi kaldırma yoluyla hâkim ortağın borcu nedeniyle ona bağlı diğer bir topluluk şirketinin sorumluluğu gündeme gelir. Bu şekilde, bir bağlı şirketin borcu, başka bir bağlı şirketin sorumluluğunu da beraberinde getirebilir[46].

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI

Şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle hâkim şirket ile bağlı şirket arasında ekonomik birlik bulunması ve hâkim şirketin hukuki bağımsızlığa dayanmasının hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olması aranır. Salt hâkimiyet ilişkisinin varlığı perdenin kaldırılması için gerekçe olamaz[47]. Bir diğer ifade ile şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanabilmesi için hâkim şirketin bağlı şirketin hukuki meselelerine kanunun çizmiş olduğu hukuki çerçeveyi aşarak müdahale etmesi ve hâkimiyetini alacaklıları aldatmak için kullanıyor olması gerekir[48]. Zira bir şirkete doğrudan ya da dolaylı hâkimiyet TTK'da izin verilen ve meşru sayılan bir ilişkidir ve bu ilişki TTK'daki sınırları içinde kaldığı sürece, alacaklıların hâkim şirkete başvurmaları mümkün değildir[49].

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması nedenleri, hâkim şirketin sorumluluğuna gidilebilmesi açısından da aynıdır. Tüzel kişilik perdesinin aralanmasını sağlayan nedenler doktrinde ve yargı kararlarında (i) *özkaynak yetersizliği*, (ii) *yabancı yönetim* ve (iii) *malvarlıklarının ve alanların birbirine karışması*[50] olarak sınıflandırılmıştır. Şirketler topluluğu yapısında hukuka aykırı olarak kullanılan hâkimiyet durumlarında, özellikle yabancı yönetim kapsamında tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. Doktrinde, şirketler topluluğu hukukunda pozitif düzenlemelerin bulunmadığı dönemlerde, sorumluların belirlenmesi amacıyla bu teoriye başvurulabileceği kabul edilmiştir[51]. Kanaatimizce de şu an için de haksız fiil durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına sebep olarak gösterilebilecek temel neden yabancı yönetimdir.

---

44 Yanlı, s.38.

45 Uyanık, s.36.

46 Yanlı, s. 40, 41; Fahri Kaşak, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", C. 26, S. 2, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1242-1263, s. 1260-1261.

47 Çamoğlu, s. 13; Yanlı, s. 85; Kaplan, s.42.

48 Küçük, s.299-300.

49 İstisna olarak TTK m.209 hükmü gösterilebilir.

50 Türkmen, s.679; Narçin Tosun, s. 98.

51 Fatma Beril Özcanlı, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.20.

Yabancı yönetim, bir ortaklığa hükmeden kişinin, ortaklığın çıkarlarıyla çelişen özel menfaatlerini takip etmesi ve bu menfaatlere öncelik vererek, ortaklığın faaliyetlerini bu özel çıkarlara hizmet edecek şekilde yönlendirmesidir. Bir diğer ifade ile yabancı yönetim kavramı, bir tüzel kişiliğin, kendi çıkarları yerine başka çıkarlar doğrultusunda yönetilmesini ifade eder. Bir hâkimiyet ilişkisi varsa, üzerinde hâkimiyet kurulan tüzel kişi artık hâkim kişinin veya topluluğun çıkarları doğrultusunda hareket etmektedir. Ancak, sadece hâkimiyet veya yabancı yönetimin varlığı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli bir hukuki zemin sağlamaz; amaç, hâkim şirketin bu hâkimiyetin yarattığı olumsuz sonuçlardan ve sorumluluktan kaçınmak için tüzel kişilik perdesine sığınmasını engellemektir[52].

Perdenin kaldırılması için kötüniyetli bir eylem ya da işlem olmalıdır. Bu kapsamda hâkim şirketin bilerek bağlı şirketi haksız fiil teşkil eden bir eyleme yönlendirmesi durumunda sorumluluk söz konusu olacaktır. Zira topluluğa hâkim olan kişi, bağlı şirketi kayba uğratacak iş ve işlemleri yapmaya bağlı şirketi yöneltmemelidir ve haksız fiil neticesinde bağlı şirketin açılacak bir davada kayba uğraması da kaçınılmazdır. Bu nedenle hâkim şirketin yöneltmesi sebebiyle bağlı şirket bir kayba uğrarsa ve yöneltme davranışı ile kayıp arasında nedensellik bağı kurulabiliyorsa, hâkimiyetin kötüye kullanılması sebebiyle hâkim şirketin sorumluluğuna gidilebilmesi için tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir[53].

Perdenin aralanması imkânının nadiren kullanılmasının sebeplerinden biri ispat zorluklarıdır. Gerçekten, perdenin aralanması talepli davalarda davacının gerekli koşulları kanıtlaması gerekir. Ancak kanaatimizce yapılan işlemin kayba sebebiyet verilebileceğinin ikna edici bulgular ile anlaşılması yeterlidir[54]. Buna karşılık topluluk hukukuna ilişkin sistemlerde davacı ispat kolaylıklarından yararlanırken, davalı hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmadığını ortaya koyması beklenmektedir[55]. Bu nedenle öncelikle TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanmanın mümkün olup olmadığına bakılması ve sonrasında bu kurama dayanılması da tercih edilebilir. Hal böyle olmakla birlikte uygulamada yargı kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına daha fazla başvurulduğu görülmektedir. Şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin haksız fiil teşkil eden bir borç kaynaklı olarak kaldırılmasına yönelik ise sadece bir karara ulaşabildik[56]. Ancak son zamanlarda çok uluslu hâkim şirketlerin insan hakkı ihlali temelinde sorumluluğuna, "şirketlerin sosyal sorumluluğu (*corporate social responsibility*)" yahut "çok uluslu şirket sorumluluğu (*multinational enterprise liability*)" gibi yeni kavramlarla yeni hukuki dayanaklar sağlanmaya çalışılmaktadır ve bu konuda

---

52 Özcanlı, s.20, dn.28; Sıtkı Anlam Altay, Anonim Şirketler Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 613.; Yanlı, s.119.

53 Yurdakul, s.109, Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.656.

54 Yurdakul, s.109.

55 Özcanlı, s.22.

56 Haksız fillerle ilgili olarak bir Hukuk Genel Kurulu kararında Yargıtay açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramını kullanarak, batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay HGK. E.2004/4-360, K.2004/431, T. 22.09.2004 (www.kazanci.com). Haksız fiil temelli hukuka aykırılıktan şirketler topluluğunda hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin diğer kararlar için bkz. Bozgeyik/Yavaşi, s. 305-307.

son zamanlarda alacaklılar lehine kararlar verildiği görülmektedir[57]. Bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetin sonucunda ortaya çıkan haksız fiillerden sorumluluk doğması için şirketler topluluğunun çok uluslu olması gerekli değildir.

SONUÇ

Şirketler topluluğunun oluşması için, hukuken bağımsız birden fazla şirketin, ekonomik bir birlik oluşturmak amacı ile merkezi sevk ve yönetim çatısı altında toplanmaları gereklidir. Şirketler topluluğunda topluluğu oluşturan her bir şirketin hukuki bağımsızlığını koruması neticesinde, sözleşmeye aykırılık, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan ortak bir sorumluluk söz konusu olmaz. Tam aksine her bir şirket borçlarından dolayı yalnızca kendi malvarlıkları ile sorumludur. Bağlı şirketin borcundan dolayı hâkim şirketin veya diğer bir bağlı şirketin sorumlu tutulması, Kanunda düzenlenen özel koşulların varlığı durumunda ve istisnai olarak söz konusu olabilir.

Sınırlı sorumluluk ilkesi topluluğa dahil olan şirketleri birbirlerinin hem sözleşmeden hem haksız fiilden hem de sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarından sorumlu olmaktan kurtarmaktadır. Kanaatimizce şirketten bir sözleşme nedeniyle alacaklı olan kişiler ile şirketin işlediği haksız fiil nedeniyle alacaklı hale gelmiş kişilere karşı sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanmasında farklılığa gidilmelidir. Çünkü sözleşmeye aykırılık nedeni ile alacak hakkı kazanan alacaklılar, aslında en başta şirketin finansal durumu hakkında fikir sahibi olma imkânına sahip olan alacaklı grubundadırlar. Bu kişiler kendi rızaları ile şirketle hukuki ilişki içerisine girmektedirler. Bunun dışında sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşmeye teminat, cezai şart gibi güvenceler dahil edebilirler. Oysa haksız fiile maruz kalan haksız fiil alacaklılarının, bu şekilde bir müzakere imkanı yoktur. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinin haksız fiil nedeniyle alacaklı olan kişiler için daha aleyhte sonuçlar doğurduğu söylenebilir.

Haksız fiil alacağı nedeniyle hâkim şirketin sorumluluğuna gidilmek isteniyorsa, öncelikle hâkim şirket ile bağlı şirket arasında TTK m. 195 kapsamında hâkimiyet ilişkisinin varlığı incelenmelidir. Ancak hâkimiyet ilişkisinin tespitinde kanaatimizce daha esnek davranılmalıdır. Bunun dışında elbette ki hâkim şirketin hukuki bağımsızlığa dayanmasının hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olması aranmalıdır. Somut uyuşmazlıkta hâkim şirketin açıkça kötüniyetli bir yönlendirme ile bağlı şirket alacaklısı aleyhine haksız fiil teşkil eden bir eylemi, bağlı şirketin gerçekleştirmesini sağladığı olgusu aranmalıdır. Bu hususun ispatı halinde ise TTK m.202 hükmünün de açıkça emrettiği gibi *"Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde*

---

[57] Karar özetleri için bkz. Hayri Bozgeyik/Mahmut Yavaşi, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", C.9, S. 100, 2014, Terazi Hukuk Dergisi, ss.299-311, s. 306, 307. Örneğin, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, Prest v. Petrodel Resources Ltd kararında, teorinin uygulanmasının esasen yalnızca mevcut bir yükümlülükten kaçınmak için hile (*fraud*) ya da dürüstlük kuralına aykırı (*dishonesty)* yollara başvurulduğu sınırlı hallerde kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Şahin, s. 1608. Bu karara ilişkin bir değerlendirme olarak bkz. Ekrem Solak, "İngiliz Şirketler Hukukunda Prest v Petrodel Resources Ltd [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", Havva Karagöz, F. Beril Özcanlı and Seda Palanduz (Ed.), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Şirket Sempozyumu, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 652. Kanaatimizce haksız fiil sorumluluğu açısından da bir yükümlülükten kurtulma ya da dürüstlük kuralına aykırılık aranmalıdır.

kullanamaz." kuralından yola çıkarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı ile hâkim şirketin sorumluluğu cihetine gidilmelidir. İlgili kuralın devamında kanun metninde yer alan örnekler sınırlı sayım ilkesine tabi değildir. Bu kapsamda, hâkim şirketin, yapmış olduğu bir yönlendirme nedeniyle bağlı şirket aleyhine örneğin bir haksız rekabet davası açılması, kanaatimizce "*Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz"* kuralına aykırılık teşkil eder mahiyettedir.

Şirketler topluluğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulmasının en önemli nedenlerinden biri, yukarıda da açıkladığımız gibi gerek kısmi hâkimiyet gerek tam hâkimiyet halinde alacaklılar, bağlı şirketten olan alacaklarını tahsil etmek için hâkim şirkete karşı dava açmaları halinde doğrudan alacaklarına kavuşamamaktadır. Zira elde edecekleri tazminatın bağlı şirkete ödenmesi gereklidir. Bir diğer ifade ile bağlı şirket alacaklısı öncelikle bağlı şirketin kaybının hâkim şirket tarafından ödenmesini sağlayacak, bundan sonraki süreçte eğer mümkün olursa bağlı şirketten alacağını tahsil edebilecektir. Ancak oldukça zaman alacak bu sürece başvurmak yerine alacaklılar tüzel kişilik perdesini kaldırma yolu ile alacaklarına daha kısa sürede kavuşabilirler. Nitekim TTK yürürlüğe girmeden önce şirketler topluluğunda sorumluluk nasıl ki tüzel kişilik perdesinin aralanması temelinde sağlanmışsa şu an için de halen bu temele dayalı davaların söz konusu olduğu ve hatta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davalarının daha çok tercih edildiği görülmektedir[58]. Bunun dışında kanunda haksız fiil alacaklıları açısından açık bir kanun hükmünün olmayışı da sınırlı sorumluluk ilkesinden haksız fiil alacaklıları lehine vazgeçmeyi kanaatimizce haklı ve gerekli kılmaktadır. Kanaatimizce şirketler topluluğunda hâkim şirketin sorumluluğuna gidilecek hallerin açıkça hukuka aykırılık türüne göre ayrıca düzenlenmesi ise daha yerinde bir tercih olurdu.

[58] Yargıtay 11. HD., 2014/17429 E., 2015/2169 K., 18.02.2015 T., Yargıtay 19. HD., 2014/2702 E., 2014/17647 K., 09/12/2014 T. (www.kazanci.com.tr)

KAYNAKÇA

Aker H, "Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı, m.209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", C.57, S. 4, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1-98.

Akın İ, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Akıncı Ş, "Alacaklılardan Mal Kaçırmak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği Ve Yargıtay Uygulamaları", C.27, S.3, 2019, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.652-678.

Alışkan M, "Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması", Murat Alışkan (Ed.), Teori ve Uygulamada Ticaret Hukuku – Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Altay S A, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Antalya G, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", Erol Ulusoy (Ed.), "I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı", 2008, s.143-152.

Aristova E, "The Future of Tort Litigation Against Transnational Corporations in the English Courts: Is Forum [Non] Conveniens Back?", C.6, S.3, 2021, Business and Human Rights Journal, s.1-24.

Baysal B, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Bozgeyik H/Yavaşi M, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", C. 9, S. 100, 2014, Terazi Hukuk Dergisi, s. 299-311.

Bozkurt T, Şirketler Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Böckli P, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl, Schulthess, Zürich, 2004.

Cheng T K, "The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines", University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, 2011, s.1-83.

Çamoğlu E, "Ticaret Şirketleri Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması", C. 32, S. 2, 2016, Batider, s.5-17.

Dignam A/ Lowry J, Company Law, Oxford University Press, İngiltere, 2012.

Eminoğlu C, "Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri -TTK'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ve TSY m. 105 Bağlamında Bir İnceleme", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.XXXI, Ankara, 22 Aralık 2017: Bildiriler Tartışmalar, Ankara, 2018, s. 11-31.

Eren F, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Farrar J H/ Hannigan B/Furey N E/ Wylie P, Farrar's Company Law, Butterworths, London, 1998.

Göger Y E, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Güleş B, Sözleşmeye Müdahaleden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Günay S N, "Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

Güner T, Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Güven Ş, “Ana Şirket-Yavru Şirket İlişkisi Çerçevesinde Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Bazı Meseleler”, Adem Sözüer (Ed.), 15. Türkiye - İsviçre Hukuk Günleri:Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 61-74

Hansmann H/Kraakman R, "Toward Unlimited Shareholder Liability For Corporate Torts", C.100, S. 7, 1991, Yale Law Journal, s. 1879-1934.

Hopt K J, “Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller ve Yasal Stratejiler”, Gül Okutan Nilsson (Ed), Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku, 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Saygı Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.15-34.

İyigün S, “Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi”, C.13, S.145, Legal Hukuk Dergisi, s.109-156.

Kaplan İ, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, C.25, S.4, 2009, Batider, s.37-46.

Karakılıç H, “Piyasa Ekonomisi ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, C.32, S.3, 2016, Batider, s.107-151.

Kaşak F, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, C. 26, S.2, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.1242-1263

Kaya B, Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri, Özel Sayı, 2022, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 482-493.

Kesici B, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Kırca İ/ Şehirali Çelik F Y/ Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

Kokaz C J, “Piercing the Corporate Veil: A Comparative Analysis”, C.30, S. 46, 2011, Annales De La Faculté De Droit d’Istanbul, s.25-47.

Kuş U B, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Küçük D, “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, C.77, S.1, 2019, Ankara Barosu Dergisi, s. 287 – 360.

Mukarrum A, “Private International Law And Substantive Liability Issues in Tort Litigation Against Multinational Companies in The English Courts: Recent UK Supreme Court Decisions And Post-Brexit Implications”, C. 18, S.1, 2022, Journal of Private International Law s.56-82.

Oba M E, Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: Vedanta v Lungowe ve Okpabi v. Shell Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, C. 41, s.1, 2021, Public and Private International Law Bulletin, s.159-189.

Okutan Nilsson G, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Özcanlı F B, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Özel Ç/ Özdemir S S, “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, C.19, Özel Sayı, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 189-206.

Özsu G, Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Palombo D, “The Duty of Care of the Parent Company’: A Comparison Between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals”, C. 4, s. 2, 2019, Business and Human Rights Journal, s. 265–286.

Pekdinçer T/Gündoğdu G, "Amerikan Hukuku'nda Şirketler Topluluğu Hukuku Algısı ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluğa İlişkin Uygulamaya Genel Bir Bakış", C.3, 2013, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, s. 31-49.

Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Sarıkaya S, Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Solak E, "İngiliz Şirketler Hukukunda Prest v Petrodel Resources Ltd [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması" Havva Karagöz, F. Beril Özcanlı and Seda Palanduz (Ed.), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 651-661.

Şahin A, Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması, C.20, S.233, 2022, Legal Hukuk Dergisi, s.1603-1662.

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015. (2015)

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022. (2022)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: Anonim Ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Tosun Z N, "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması", C.10, S.105, 2015, Terazi Hukuk Dergisi, s. 89-103.

Tsang K F/Ng K. "Direct Liability and Veil-Piercing: When One Door Closes, Another Opens" C. 27, S.1, 2022, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, s. 142–191.

Türkmen E, Şirketler Hukuku Şerhi, Kemal Şenocak(Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Uyanık N K, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Uzun Şenol P, Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Yanlı V, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Yazıcı A H, Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent, C.5, S.9, 2014, Law and Justice Review, s.127-192.

Yurdakul B, Şirketlerde Organik Bağ Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.

DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARAR VE DENETİMİ

Operational Decision Regarding Outsourcing and Control of the Decision

Arş. Gör. Umut DİLAVER*

Öz: İşverenler, girişim özgürlükleri çerçevesinde serbestçe yönettikleri işletmelerine yönelik işletmesel karar alabilirler. Rekabetçi piyasa koşulları altında işletmelerini ön plana çıkarmak için alacakları işletme ekonomisine yönelik kararları arasında dış kaynak kullanım metodu da bulunur. İşletmelerin kendi bünyesinde yürüttükleri birtakım faaliyetleri, işletme dışı kurumlardan temin etmeleri anlamına gelen dış kaynak kullanımı, kararı alan işverenin işyerinde çalışmaya devam eden işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde etkiler doğurabilir. İşletme içerisindeki bir birim devre konu edildiğinde, o birimde çalışan işçilerin çalışma koşulları değişebileceği gibi ortaya istihdam fazlası çıkması halinde iş sözleşmeleri feshedilebilir. Çatışan menfaatlere ilişkin sorun hukuk ilkeleri yardımıyla çözümlenmelidir. Bu nedenle, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü işçilerin istihdam hakkına müdahale ettiği ölçüde yargısal denetime konu edilir. Çalışmada işverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı açıklığa kavuşturulmuş ve özellikle denetimi değerlendirilmiştir. İşletmesel karar kavramı ve işletmesel karar sonucu feshin denetimi özellikle Alman hukuku temelli öğreti görüşü ve içtihatların Türk hukukuna etkileri ile gelişmiştir. Bu nedenle işletmesel karar türleri, işletmesel karar sonucu feshin denetiminde başvurulacak keyfilik, tutarlılık, ölçülülük denetimleri Alman hukuku ve Fransız hukuku ile karşılaştırmalı bir bakış açısı ile değerlendirilmiş, Türk hukukunda kanuni düzenlemeye konu edilmemiş sosyal seçim ilkesi açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dış Kaynak Kullanımı, İşletmesel Karar, Yargısal Denetim, Ölçülülük İlkesi, Son Çare İlkesi.

Abstract: Employers can take operational decisions for their businesses that they manage independently within the framework of their freedom of enterprise. The outsourcing method is among the economic business decisions they will take to bring their businesses to the forefront under competitive market conditions. Outsourcing, which means the transfer of certain activities carried out in-house by enterprises to external organizations, may affect the employment contracts of the workers who continue to work in the workplace of the employer who takes the decision. When a part of the enterprise is transferred, the working conditions of the workers in the relevant unit may change and their employment contracts may be terminated if there is a surplus of workers. Employer's freedom of operational decisions is subject to judicial review to the extent that it interferes with the right to work. In this study, the employer's operational decision regarding outsourcing is explained and in particular, its control is evaluated. The concept of operational decision and the judicial review of termination as a result of operational decision has developed with the effects of the doctrinal opinion and jurisprudence of German law on Turkish labor law. Therefore, the types of operational decisions, the principles to be applied in the judicial review of termination as a result of operational decisions are evaluated from a comparative perspective with German and French law, and the principle of social selection, which is not subject to legal regulation in Turkish law, is explained.

Keywords: Outsourcing, Operational Decision, Judicial Review, Principle of Proportionality, Principle of Ultima Ratio.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Ankara Üniversitesi SBE Doktora Öğrencisi)
umutdilaver@trabzon.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4432-7254 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1677388
Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 23.03.2025

GİRİŞ

Modern ekonomik pazarda, rekabetçi koşullar altında varlığını sürdürmek isteyen işletmeler, maliyetleri azaltarak bu yarışta ön plana çıkmayı her zaman temel hedef olarak görmektedirler. İşletmelerin bu amacını zamanla, temel yeteneklerini ön plana çıkarma, üretim kalitesini artırma, esnekleşme gibi başkaca amaçlar izlese de bu amaçları gerçekleştirmek için takip ettikleri organizasyon modelleri arasında dış kaynak kullanımı yerini almaktadır.[1]

İşletmenin temel yetenekleri dışında kalan hususları, çeşitli yöntemlerle dışarıdan temin etmesi anlamına gelen dış kaynak kullanımı metodu iş ilişkileri bakımından da önemli sonuçlar doğurabilmektedir.[2] Gerçekten, işletmesinin genel yapılanmasını değiştirmek isteyen işveren, bu konudaki tercihini dış kaynak kullanımı metodundan yana kullandığında esasen bir işletmesel karar almaktadır. İşveren, sahip olduğu girişim özgürlüğü ile işletmesel kararını da kural olarak istediği gibi alabilir. Ancak işletmesel kararı sonucunda birtakım hizmetler dışarıya devredildiğinde, ilgili birimin işçileri bakımından istihdam fazlası meydana gelebilir. Dolayısıyla kendi girişim özgürlüğü ile işçilerin istihdam hakları arasında bir çatışma meydana gelir. Ortaya çıkan çatışma, hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır.

Çatışan iki menfaat sorunu, hukuksal denetim mekanizmaları yardımı ile hukuka uygun bir biçimde çözüme kavuşturulabilir. Ancak konu işverenin işletmesel kararı olduğunda yapılacak denetimlerde işverenin mülkiyet hakkına dayalı girişim özgürlüğüne ağırlık verilmeli, anayasal bir hakkın ihlali sonucunu doğuracak yorumlardan kaçınılmalıdır. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün temelde anayasadan kaynaklanması, kararın gerekçe veya işletme için ekonomik sonuçlarını yargısal denetim dışında bırakmakta ancak iş sözleşmelerine etki ettiği ölçüde müdahale imkanı yaratmaktadır.

Çalışmamızda, işverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı ele alınmıştır. Anılan kavramların Türk hukukuna, Alman hukuku etkisi ile yerleştiği gerçeği ile her iki hukuk karşılaştırmalı bir bakış açısı ile değerlendirilmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde işletmesel karar kavramı tanımı ve yönetim hakkı ile ilişkisi çerçevesinde ele alınmış ve her birinin farklı denetim mekanizmalarına konu edilebilmesi nedeniyle Türk ve Alman hukukunda işletmesel karar türleri değerlendirilmiştir. Devamında, çalışma konumuzun sınırlarında kalmak adına Türk ve Alman iş hukukunda dış kaynak kullanımı yöntemleri irdelenmiş, özellikle hukukumuzda yaygın bir dış kaynak kullanımı metodu olan alt işveren ilişkisi bakımından her iki hukuk düzeninin farklı yaklaşım ve çözümleri değerlendirilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararın denetimi üzerinde durulmuş, öncelikle fesih sonucu doğurmayan işletmesel kararın sınırlı denetim alanı değerlendirilmiş ve ardından işletmesel karara dayalı fesihlerin denetim mekanizmaları Türk, Alman ve Fransız hukuku yönünden açıklanmış, her bir hukuk düzeninin denetim yönünden farklılıkları ortaya konmuştur.

---

[1] İstemi Ceysu Dinç, "Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden Hizmet Alımının İş Hukukunda Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing) Bakımından Değerlendirilmesi", C.17, S.68, 2020, Legal İSGHD, s.1557.

[2] William Lankford/ Faramarz Parsa, "Outsourcing: A Primer", C.37, S.4, 1999, Management Decision, s.310; Dinç, s.1557.

I. İŞLETMESEL KARAR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Hukukun temel ilkelerinden biri, yükümlülükler ile hakların karşılıklılığıdır. Bir konuda yükümlülük ve sorumlulukların sahibi ve meydana gelebilecek riskleri üstlenen kimseye, riskleri önlemek için bir fırsat verilmesi şarttır.

İşverenin işletmesel kararları, işletmesel risklere taraf olması karşısında sahip olduğu bir hakka işaret etmektedir.[3] İşverenin işletmesel riskleri üstlenmesi, işletmesi üzerinde karar verme hakkına meşruiyet kazandırır.[4] İşletmesel karar kavramı, işverenin gelecekteki iş ve işletme politikalarına ilişkin, işletmeye yönelik kararlar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır.[5]

İşletmesel kararı geniş anlamıyla değerlendiren yazarlara göre, işverenin işletmesi ile ilgili aldığı her türlü karar işletmesel karardır. İşletmeyi amacına ulaştırma hedefi taşıyan, işyeri ve işin düzeni, iş sözleşmelerinin kurulması, içeriklerinin belirlenmesi ve feshine ilişkin konulara yönelik her türlü kararın işletmesel karar olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilir.[6] Yargıtay kararlarında da işletmesel kararın geniş yorumlandığı görülür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin bir kararında, "*İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır*." açıklamalarına yer vermiştir.[7]

---

[3] Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih", C.14, S.54, 2017, Legal İSGHD, s.678.

[4] Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022, s.1048; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.5; Muhittin Astarlı, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", S.17, 2010, Sicil İHD, s.83; Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", S.4, 2005, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.162-163; Mehtap Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", C.1, S.2, 2015, İş ve Hayat Dergisi, s.138.

[5] Anno Hamacher (Jörg Nerlich/Volker Romermann), Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, §125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz,, InsO §125, C.H.Beck, 2012, Rn. 71; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018, s.35; Yücel Bodur, s.138-139; Engin, s.36; Mustafa Alp, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul, 2002, s.97.

[6] Tankut Centel, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020, s.142; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.678.

[7] Yargıtay 9. HD, E: 2010/33069 K: 2010/27474, T: 04.10.2010, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C.2, S.29, 2011, s.538-544).

B. HUKUKİ DAYANAĞI

1. Genel Olarak

İşletmesel karar kavramı hukukumuzda açıkça düzenlenmemiştir. İş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçerli bir nedene dayandırılması gerektiğini düzenleyen İş Kanunu'nun 18. maddesi hükmü, feshe dayanak oluşturacak geçerli nedenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanabileceğini belirtmiş; işletmesel karar kavramına ise açıkça yer vermemiştir. Buna karşın, Yargıtay kararlarında sıkça işletmesel karar kavramına yer verildiği görülmektedir. İş mevzuatında açıkça yer verilmeyen kavramların kararlarda zikredilmesi öğretide, içtihatlar yoluyla iş hukukuna yabancı bir terminolojinin uyuşmazlıkların çözümünde yerleşik hale getirilme çabası olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir.[8]

İşverenin işletme gerekleri ile iş sözleşmelerini geçerli nedene dayanarak feshedebileceğine yönelik İş Kanunu m.18 hükmünün anayasal temelini, Anayasanın 48. maddesi oluşturur. İlgili maddeye göre, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*." Hükme göre işverenin, istediği kişilerle sözleşme yapabilmesi kural olarak mümkündür. Yine, sahip olduğu girişim özgürlüğü çerçevesinde kural olarak dilediği alanlarda teşebbüsler kurması ve teşebbüslerini iradesine uygun bir biçimde yönetmesi mümkündür. Dolayısıyla işletmesel karar alma yetkisi de anayasal girişim özgürlüğüne dayanmaktadır.[9]

Alman hukukunda da işletmesel kararın hukuki dayanağı yönünden benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Federal Alman Anayasasının 12. maddesine göre, "*Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir. Hiç kimse, öteden beri genel ve herkes için eşit olan bir kamu hizmet yükümlülüğünün çerçevesi dışında bir iş yapmaya zorlanamaz*." Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde de feshin geçerliliğine ilişkin nedenlerden söz edilirken işletmesel kararla işçinin çalıştığı mevkinin ortadan kaldırılması ibaresi kullanılmakta ve işletmesel karara vurgu yapılmaktadır. Anılan durumda, işletmesel kararın (*Unternehmerentscheidung*) Anayasal dayanağı olduğu gibi kanuni düzenleme altına alındığı da kabul görmektedir.[10] Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin işletmesel karar alma yetkisinin anayasal girişim özgürlüğüne dayandığını belirttiği ve Anayasal bir hakkın özüne dokunulamayacağından hareketle

---

[8] Ali Güzel, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Türk Milli Komitesi, 25-26 Kasım 2011, Ankara, 2002, s.202.

[9] Nezihe Binnur Tulukcu, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi", S.18, 2010, Sicil İHD, s.135; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1048; Dilek Dulay, "İşletme Gereklerine Dayanan Fesih", C.5, S.46, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, s.89; Alp, s.95; Güzel, 2005, s.162; Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", C.2, S.17, 2008, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.101.

[10] Wolfgang Hromadka/ Frank Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer, Berlin, 2018, s.469. Alman hukukunda Federal Alman Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 14. maddesi de işletmesel kararın hukuki dayanaklarından biri olarak görülür.

denetiminin sınırlarını çizdiği bir kararında işletmesel kararı, "*işletme yönetiminin temelini oluşturan kurumsal politikaya yönelik her türlü karar*" olarak tanımlamıştır.[11]

Alman hukukunda işletmesel kararın temel dayanağı niteliğinde görülen Anayasanın 12. maddesinde meslek seçimi ve seçilen mesleğin icrası birbirinden ayrı olarak koruma altına alınmıştır. Meslek seçimi koruması, istisnasız ve sınırsız nitelik taşır. Bu kapsamda işverenler, kamu düzenine aykırılık taşımamak kaydı ile istediği alanlarda girişim kurabilir.[12] Devlet, meslek seçim özgürlüğünü engelleyecek düzenlemeler yapmama ve özgürlüğün hukuka uygun bir biçimde kullanılabilmesini sağlayacak tedbirler alma ödevi altındadır. Mesleğin icrasına yönelik koruma ise işverenin serbestçe karar verdiği bir alanda kurmuş olduğu girişimini idare etmeye yönelik verdiği kararlar ile somutlaşır. Ancak bu korumanın meslek seçim özgürlüğü aksine sınırsız olduğu söylenemez. İşveren, işletmesel kararlarında kanuni sınırlamalara tabidir.[13] İşletmesel bir karar sonucunda işçilerin çalışma hakkını engelleyecek veya doğrudan etkileyecek bir netice meydana gelmesi de esasen işverenin mesleki faaliyetinin icrasının sonucudur. Ortaya çıkan menfaat çatışmasının dengelenmesi ihtiyacı mesleğin icrasına yönelik korumanın sınırsız olarak değerlendirilmesinin önüne geçer.[14]

Türk hukuku bakımından da Alman hukukundaki yorum ve düzenlemelerin esas alınması yerinde olacaktır. Anayasa veya kanunlarda açıkça bu yönde bir hükme yer verilmemişse de işverenin alacağı işletmesel kararlarda sınırsızca hareket edebilmesi düşünülemez.

2. Yönetim Hakkı İle İlişkisi

İşverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme borcunu iş organizasyonuna uygun hale getirmek amacıyla işverenin, kanunlar ile toplu ve bireysel iş sözleşmelerine aykırı olmayacak biçimde işin yürütümünü ve işçinin işyerindeki davranışlarını tek taraflı düzenleyebilme hakkı olarak tanımlanabilir.[15]

İşverenin işletmesel karar alma yetkisi ve özgürlüğünün yönetim hakkı ile ilişkisi tartışmalı bir konudur. Her iki kavramı ilişkili bulan yazarlar, yönetim hakkının işletmesel karar alma özgürlüğünün temelini meydana getirdiğini, işverenin işletmesel karar alırken yönetsel karar alma hakkını kullandığını ifade

---

[11] BAG, 20.02.1986, 2 AZR 208/05. Karara göre, Anayasal temele dayanan işletmesel kararın yerindeliğinin denetimi mümkün değildir. İşletmesel karara dayalı fesihlerde uygulanabilecek denetim ancak tutarlılığı (samimiyeti), keyfiliği ve ölçülülüğü ile sınırlıdır.

[12] BVerfG, NJW 1958, 1035.

[13] BverfG, 24.04.1991, 1 BvR 1341/90.

[14] Rudi Müller-Gloge/ Ulrich Preis/ Ingrid Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2023, GG 12, Rn. 23-25.

[15] Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul, 1981, s.9; Münir Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.32; Sarper Süzek/ Süleyman Başterzi, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s.86; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.182; Ayşen Altıntepe, "Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, s.4.

etmektedir.[16] Anılan görüş uyarınca yönetim hakkı kavramı geniş yorumlanmalıdır. İşletmesel kararlar, yönetsel karar olarak da adlandırılmakla birlikte işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin olabileceği gibi doğrudan iş organizasyonunu ilgilendiren biçimde de olabilir. Bu nedenle, yönetim hakkı ile işletmesel karar alma özgürlüğü bütünsel bir ilişki içerisindedir.[17]

Aksi görüşteki yazarlara göre bu iki kavram birbirinden ayrı hukuki dayanaklara sahip olup birbirinden farklı amaçlar taşır. İşveren, dayanağını Anayasal girişim özgürlüğünden aldığı işletmesel karar alma özgürlüğü ile birlikte işletme yönetimi ve işyeri organizasyonunu düzenlemektedir. Yönetim hakkının dayanağı ise iş sözleşmesidir. İşveren, yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar ile işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır.[18]

Yargıtay kararlarında, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün yönetim hakkından kaynaklandığına yönelik ibarelere yer verilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2024 yılında verdiği bir kararında[19] işletmesel kararı tanımlarken, "*4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.*" ifadelerine yer vermiştir.

Bize göre, işletmesel karar alma özgürlüğü yönetim hakkına dayanmaz. Ancak her iki kavram geniş anlamda işletmesel karar alma özgürlüğü bakımından çakışabilir. İşverenin, işletme politikalarına yönelik olmakla birlikte işçilerinin iş görme edimlerini ilgilendirmeyen işletmesel kararlar alması mümkündür. Yine işverenin aldığı bir işletmesel kararın, yönetim hakkı çerçevesinde işçilerin iş akitleri üzerinde sonuçlar doğurması da mümkündür. İkinci ihtimalde her iki yetki yalnızca sonuçları itibarıyla çakışmakta, ortak hukuki kaynağa dayanmamaktadır. İşletmesel kararın hukuki dayanağının yönetim hakkı olarak görülmesi, işverenin iş ilişkilerinin konusunu oluşturmayan hiçbir alanda işletmesel karar alamayacağı sonucunu doğurur ki bu durumun işletmesel kararın niteliği ile bağdaşmadığı açıktır.

---

[16] Hakan Keser, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.399-400; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.678; Ayşe Köme, "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s.31.

[17] Başbuğ/Yücel Bodur, s.35-36.

[18] Sevgi Dursun Ateş, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.45-46; Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s.97-98; Altıntepe, 2014, s.33; Taşkent, 1981, s.2.

[19] Yargıtay 9. HD, E: 2024/5208, K: 2024/7872, T: 07.05.2024; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 20.01.2025); Yargıtay 22. HD, E: 2018/33, K: 2018/2381, T: 08.02.2018, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C:3, S: 58, 2018).

C. İŞLETMESEL KARAR TÜRLERİ

1. Türk Hukukunda İşletmesel Karar Türleri

İşletmesel karar kavramının, kararın alınmasını etkileyen nedenler ve kararın yöneldiği sonuç esas alınmak suretiyle farklı biçimlerde sınıflandırılması mümkündür. Yapılacak sınıflandırma, çalışmanın konusunu oluşturan dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararların hukuki değerlendirmesine de etki edecektir.

İşletmesel karara yönelik ilk sınıflandırma işletmesel kararın nedenine yöneliktir. Kararı etkileyen nedenin işletme içi veya dışından doğması ayrımın belirleyici unsurudur. Benzer sınıflandırmanın yapıldığı Alman hukukunda işletme içi nedenlerle alınan işletmesel kararlara örnek olarak; yalın yönetim olarak adlandırılan, süreçlerdeki hataları indirgemek için hiyerarşik seviyelerin azaltılması ve birtakım hizmetlerin dışarıdan temin edilmesi, küçülme, sermaye değerlerinin artırılması gibi kararlar gösterilmektedir. Dışsal nedenlerle alınan kararlara örnek olarak ise satışlarda düşüş, hammaddeye ulaşım sıkıntısı, üçüncü kişi kaynaklı finansman kaybı, dışsal maliyet artışı gibi nedenlere dayalı kararlar gösterilmektedir.[20]

Türk hukukunda anılan ayrıma ilişkin bir ifadeye İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde *"(...)İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir*." şeklinde rastlanmaktadır.[21]

İşletme içi veya dışı nedenlerden kaynaklanan işletmesel kararlar salt teorik amaçlarla birbirinden ayrılmaz. Bu iki farklı nedene dayanan ayrı işletmesel kararların ispat kolaylığı eşdeğer değildir. İşverenin, işletme dışında bir nedene dayandırdığı fesihlerde işletmesel gereklilikleri ispat etmesi daha kolaydır. Ancak işverenin işletme içi bir nedene dayanarak aldığı fesih kararında, işyerinde içsel gereklilikler ile yeni bir organizasyon kurulduğunun ve işçilerin bu sebeple artık çalışma imkanı kalmadığının ispatı daha güç görünmektedir.[22]

İşletmesel karara dayanak oluşturan işletme içi neden, işverenin işletme yönetiminin temelini meydana getiren işletmesel politikayı gerçekleştirmek için yapmak durumunda olduğu teknik, ekonomik ve organizasyonel her tür işleme

---

[20] Hromadka/Maschmann, s.469.

[21] Yücel Bodur'a göre, işletme dışından kaynaklanan sebeplerin sayılmasının ardından gerekçede *"(...) gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi"* şartına yer verilmesi isabetli olmamıştır. Yazar, işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesini aramanın işletmesel karar alınmasını olanaksız hale getirecek kadar ağır bir şart olduğunu, bu ifade yerine "*işyerinde işin sürdürülmesinin makul olmaması*" gibi bir şartın aranmasının daha doğru olacağını isabetle belirtmektedir. Yücel Bodur, s.141.

[22] Alp, s.94; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2018/7535, K: 2018/17709, T: 08.10.2018, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 20.01.2025).

işaret eder. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2022 yılında verdiği bir kararında[23] işletme içi nedenleri "*İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır.*" şeklinde açıklamaktadır.

Dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararların da kural olarak işletme içi nedenlerle alınmış kararlar sınıfında olduğu söylenebilir. Dolayısıyla dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar neticesinde yapılan fesihlerde de söz ettiğimiz ispat güçlüğü ortaya çıkacak, işverenin işletme içinde feshi engellemek için hangi tedbirleri aldığına yönelik bir ispat faaliyeti gerçekleştirmesi gerekecektir.

İşletme dışı nedenler ise esas olarak, doğrudan işletme ile ilgisi olmayan her türlü durumu ifade etmektedir. İşletme dışı nedenler; işyerinin veya bir bölümünün kapatılmasına, iş sözleşmelerinin feshine yol açabilecek bir işletmesel kararı etkileyen piyasa olayları olarak açıklanabilir.[24] Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği bir kararında[25] işletme dışı nedenler hakkında, "*(...) iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder.*" şeklinde tanım ve açıklamalara yer verilmiştir.

İşletme dışı nedenler işletmesel karara ve feshe dayanak oluşturduğunda işverenin, işletme dışı nedenin işletmesine olan etkilerini ispat etmesi gerekecektir.

İşletmesel kararın her zaman işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde etki doğurması ve denetime konu edilmesi gerekmez. İşletme içi nedenlerle alınan işletmesel kararın işçiler için önem arz ettiğini söylemek için bu nedenlerin işyerindeki bir ya da birden çok işçinin çalışma gerekliliğini ortadan kaldırması gerekmektedir. İşletme dışı nedenlerle alınan işletmesel kararların da denetime konu edilmesi işletmede istihdam fazlası yaratmasına bağlıdır.[26]

---

23 Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2009/25352, K: 2010/24213, T: 20.09.2010, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 23.11.2024).

24 Keser, s.403.

25 Yargıtay 9. HD, E: 2019/166, K: 2019/12182, T: 27.05.2019; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2009/31834, K: 2010/30149, T: 22.10.2010, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 23.11.2024).

26 "*İşletme gerekleri sebebiyle fesihte, iş yerinde bir işgücü fazlasının bulunmalıdır. İşgücü fazlasından söz edebilmek için işçinin bugüne kadar yaptığı işi sürdürmesi imkanı ortadan kalkmış olmalı, işçinin başka türlü çalıştırılması imkanı da bulunmamalıdır. Girişim özgürlüğüne dayanan işverenin ekonomik güçlükler sebebiyle veya verimlilik amacıyla aldığı yeniden yapılanma kararı ve bu kararın uygulanması sonucunda bir veya birden çok işçinin o güne kadar yaptıkları iş ortadan kalkar ve bu işçilerin fesih dışında önlemlerle bir başka şekilde çalıştırılması mümkün olmazsa işletme gereği doğar ve işveren fesih kararı alabilir. İşletmesel kararın sebebi ne olursa olsun feshin geçerli olması için, işveren tarafından alınan tedbirin fesih anında gerçekleştirilmiş iş yerinde gözle görülür bir değişikliğin meydana gelmiş ve işçinin edimine ihtiyaç kalmadığının kesinleşmiş olması gerekir. İşveren öncelikle, işletmesel kararın tutarlı*

2. Alman Hukukunda İşletmesel Karar Türleri

Türk hukukunda işletmesel karar türlerine ilişkin yargı kararlarında incelemeye konu edilen ve pratik bir önemi bulunan tek ayrımın kararın dayandığı nedene yönelik olduğu görülmekle birlikte, Alman hukukunda farklı ayrımlara yer verildiği görülmektedir.

Alman hukukunda işletmesel kararlar, kararın yöneldiği sonuç ve alınma yöntemi bakımından da sınıflandırılmaktadır. Kararın alınma yöntemine yönelik sınıflandırmalar, kararın nedenine yönelik sınıflandırmalar ile bazı yönden örtüşmekle birlikte, sınıflandırmanın esası ve işletmesel kararlara uygulanacak denetim itibarıyla ayrışır.

Alman hukukunda açıklanan esasa uygun olarak yapılan sınıflandırma, bağlı-bağımsız işletmesel karar ayrımıdır. Bağlı işletmesel karar, doğrudan işverenin şahsi iradesi etrafında şekillenmeyen, irade dışı bir gerekçeye dayanan işletmesel kararları ifade eder. Bağlı işletmesel kararlarda, kararın dayanağı işletme içi veya işletme dışı bir durum olabilir.[27] Bağımsız veya kurucu işletmesel karar ise işverenin iradesi çerçevesinde şekillenmektedir.[28] Kurucu işletmesel kararlarda temel konu işletme verimliliğini sağlamaktır. İşveren, verimliliğe ulaşmak için işletmesini yeniden yapılandırmaktadır.[29] Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu hükümleri bakımından bu ayrım, işverenin kararlara bağlı feshin gerekçesini açıklama yükümlülüğü ve ispat yükü açısından önem arz etmektedir.[30]

Yargıtayın özellikle 2009 ve 2010 tarihli kararlarında Alman hukukunda benimsenen işletmesel karar ayrımlarına en azından kavramsal olarak yer verdiği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2009 yılında verdiği bir kararına[31] konu somut uyuşmazlık işverenin 26 sendika üyesi işçisinin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshettiği iddiasına dayanmaktadır. Kararda Yargıtay, işyerinin ekonomik nedenlerle yeniden yapılandığını ve yeniden yapılanma kararının

---

biçimde uygulandığını ve işçinin o güne kadar gördüğü işin ortadan kalktığını ispatlamak zorundadır." Yargıtay 22. HD, E: 2017/500, K: 2017/1875, T: 09.02.2017; Aynı yönde; Yargıtay 22. HD, E: 2015/16513, K: 2015/19823, T: 08.06.2015; Yargıtay 22. HD, E: 2013/6548, K: 2013/8356 T: 19.04.2013, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 10.11.2024).

27 Reiner Ascheid/ Ulrich Preiss/ Ingrid Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2017, KSchG §1, Rn. 454; Gregor Thüsing/ Stephanie Rachor/ Mark Lembke, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 4. Baskı, Haufe, Freiburg, 2018, KSchG § 1, Rn. 670; BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12.

28 Ulrich Tschöpe/ Moritz Kunz, Arbeitsrecht Handbuch, 13. Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2023, s.1513; Martin Henssler/ Heinz Josef Willemsen/ Heinz-Jürgen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10 Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2022, s.1144; Ulucan, bu kavramların doğrudan çeviri metoduyla Türk hukukuna aktarılması halinde anlamsal karışıklıklara yol açabileceği, bu itibarla söz konusu kavramların yeniden yapılandırma ya da yapısal karar olarak kullanılması gerektiği görüşündedir. Devrim Ulucan, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", C.12, S.47, 2015, Legal İSGHD, s.54.

29 BAG, 29.08.2013-2 AZR 273/12.; Bertram Zwanziger, "Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Interessenausgleichs mit Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer", C.45, S.11, 1997, Arbeit und Recht, s.428.

30 Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1, Rn. 454.

31 Yargıtay 9.HD, E: 2008/34144, K: 2009/17161, T: 22.06.2009, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 15.11.2024).

istihdam fazlası yarattığını belirtmiş, tespitleri sırasında işletmesel kararın kurucu (bağımsız) işletmesel karar niteliğinde olduğunu ve yerindeliğinin tartışılamayacağını vurgulamıştır. Kurucu işletmesel kararın, öğretide ve farklı Yargıtay kararlarında işverenin işletmeci kimliği ile almış olduğu ve işletme verimliliğine yönelen kararları olarak değerlendirildiği görülmektedir.[32]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2010 yılında verdiği bir kararında[33] bağlı işletmesel karar kavramından söz edilerek yine Alman hukukunda esas alınan bir ayrım benimsenmiştir. Karara göre, ekonomik kriz gibi işveren iradesinden bağımsız bir nedene dayalı iş hacminde daralma, satış ve üretimde düşüş yaşanması sonucu işverenin aldığı iş sözleşmelerini etkileyen kararlar bağlı işletmesel kararlara örnektir. Sektörel şartlar olumlu seyretse dahi işletmesel kararların kötü yönetimden ve dolayısıyla işletme içi nedenlerden kaynaklanması mümkündür. Bağlı işletmesel karara dayalı fesihlerde, yeniden yapılanma kararlarından farklı olarak kararın nedeninin mahkemece inceleme konusu yapılabilmesi mümkündür. Karara dayanak oluşturan nedenin tespitini takiben, işletmeye olan etkisi değerlendirilecektir. Anılan aşamaların ardından yeniden yapılanma kararlarında benimsenen denetim usullerine geçilecektir.

Alman hukukunda sözü edilen işletmesel karar türlerinden biri de işverenin açıkça ifade etmediği kararlar olarak tanımlanan örtülü veya gizli işletmesel karardır.[34] Örtülü işletmesel kararda işveren, iş sözleşmelerini etkileyecek kararı alırken işyerindeki işçi sayısını fiili ihtiyaca uygun hale getirme niyetiyle hareket etmekte ancak kararına dayanak olarak işletme dışı bir nedeni göstermektedir.[35] İşverenin bir nedeni açık bir biçimde işletmesel kararına dayanak olarak gösterdiği ve işyerinde yapılan fesih işlemlerinin gerekçesi olarak benimsediği durumda, işletmesel kararın bağlı nitelik kazandığı kabul görür. Nedenin bağlı nitelik kazanmasından kasıt, işverenin kendisini bu nedenle bağlamış olması ve artık başkaca bir nedene dayanamayacak olmasıdır. İşveren, kendisini açıkça bir nedene bağlı bırakmamak adına işçilerin işten çıkarılmasına neden olan gerçek bir iradeyi ortaya koymaktan kaçınabilecektir. İşletmesel nedenin açıkça gösterilmediği ve işletme dışında bir duruma dayanıldığı ihtimalde işveren, kendisini bağlamaktan kurtulur.[36]

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2016 yılında verdiği bir kararında[37] örtülü işletmesel kararı, işverenin işçi sayısını mevcut ihtiyaca uygun hale getirmek için açıkça gerekçesini ifade etmeden aldığı karar olarak tanımlamış, işletmesel kararın mevcudiyetinin fesih için gösterilen sebepten çıkarılacağını ve ortaya çıkarılan işletmesel kararın yerindeliğinin denetlenemeyeceğini ifade etmiştir.

Öğretide, Türk hukuku açısından Alman hukukunda benimsenen ayrımların pratik bir faydasının olmadığı, dahası bu kavramların kullanılmasının

---

32 Engin, s.48.

33 Yargıtay 9.HD, E: 2009/41815, K: 2010/37214, T: 10.12.2010, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 19.11.2024).

34 BAG, 19.05.1993 - 2 AZR 584/92.; Rütger Boeddinghaus, "Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung", C.49, S.1, 2001, Arbeit und Recht, s.9.

35 Boeddinghaus, s.9; Yücel Bodur, s.144.

36 Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, KSchG § 1, Rn. 226-233.

37 Yargıtay (Kapatılan)7.HD, E: 2015/35555, K: 2016/1692, T: 28.01.2016. (https://legalbank.net/, s.e.t.: 04.12.2024).

daha büyük karışıklıklara yol açabileceği ileri sürülmektedir.[38] Anılan görüşe göre, gizli işletmesel karar işletme dışı sebeplerin feshe dayanak oluşturmasından farksızdır. İşverenin faaliyet yürüttüğü piyasada gelecekte ortaya çıkabilecek değişikliklere karşı alacağı önlemler, işletmesel kararın temel nedeni olarak açıklanmaya değer değildir. İşverenin gizlemiş olduğu niyeti de temelde bir işletmesel karar olarak, diğer kararlar gibi denetlenecek ve hakkın kötüye kullanılması kuramı etrafında değerlendirilecektir. Dolayısıyla bu ayrımlar, işverenlerin doğrudan muvazaaya dayandığı yönünde yanlış anlaşılmaya yol açabilecektir.[39] Alman hukuk uygulamasında da ayrımların terkine doğru bir eğilim olduğu görülebilir.[40]

II. DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARAR

A. TÜRK İŞ HUKUKUNDA DIŞ KAYNAK KULLANIMI

İşverenin aldığı işletmesel kararların işyerinde dış kaynak kullanımı metoduna yönelik olması mümkündür. İşverenin dış kaynak kullanımı sonucu yapacağı yeniden organizasyon işletmesel karar kavramı ile örtüşür.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında[41], dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar üzerinden değerlendirmeler yapmıştır. Karara konu somut olayda, davalı bankada "kurumsal projeler ve satış sonrası hizmetler müdürü" olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçersiz feshedildiği, fesihte son çare ilkesine uyulmadığı iddiasındadır. Davalı banka ise, feshin işyeri ve işin gereklerinden kaynaklandığı, şirketi feshe yol açacak işletmesel kararları almaya zorlayan nedenlerin herkesin malumu olduğu savunmasını yapmakla birlikte, söz konusu nedenlerin şirkette küçülme, bazı birimlerde dış kaynak kullanımından yararlanılması ve birimlerin kapatılması yönünde işletmesel kararlara şirketi zorladığı iddiasındadır. İlk derece mahkemesi, işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığı ve feshin son çare olma ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. İstinaf yargılamasında ise, bankanın birtakım gerekçelerle devredildiği Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun güvenebileceği bir yönetimle devam etme isteği ve ekonomik gerekçelerle bazı birimleri küçülttüğü, bu yönde bir işletmesel karar alınmasının mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin değerlendirmelerine işletmesel kararın niteliği ile başlamış; işletmesel nedenle yapılan fesihte yargısal denetim için işletmesel kararın varlığının gerektiğini vurgulamış ve belirli faaliyetlerin başka firmalara veya alt işverene aktarılması olarak tanımladığı dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararları işletme içi nedene dayalı işletmesel karar olarak

---

38 Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.680.

39 Ulucan, s.56.

40 Alman Federal İş Mahkemesine göre, işletme içi nedenlere dayalı fesih işlemi ile ilgili olarak tartışmaya değer husus azdır. İşletme dışı nedenlere dayalı fesih konusunda ise, "gizli girişimci kararı" veya "bağlı karar" kavramları etrafında tartışmalar sürmektedir. Oysa, söz edilen kararların her biri yine işletmesel karar ya da girişimci kararıdır. Bu nedenler yalnızca, işverenin çalışma koşullarının ortadan kaldırıldığına yönelik vereceği kararın motivasyonudur. Hukuki odak noktasının kararların denetimi olması gerekir. BAG, 24.02.2005, NZA 2005, 867.868.

41 Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 06.12.2024).

değerlendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre işverenin işletme içi nedene dayanarak yaptığı fesihlerde işletmesel kararın amaca uygunluğunu veya gerekliliğini ispat etmesine gerek yoktur. İşverenin, işletmesel kararı sonucu işçilerin iş ilişkisinde etkilenmemesi için ne gibi tedbirler aldığını ve işletme içi nedenin etkilerini ortaya koyması gerekecektir. Somut olayda dış kaynak kullanımına yönelik karar uyarınca işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olmakla birlikte işçinin çıkarıldığı pozisyon için işçi teminine devam edilmesi işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığını göstermektedir. Kararda sayılan gerekçeler üzerinde durularak feshin geçersizliğine hükmedilmiştir.

İşverenin, ekonomik veya yönetimsel birtakım gerekçelerle aldığı işletmesel kararı sonucu alt işverenlik ilişkisi kurması mümkündür. Alt işverenlik kurumunun, iş hukukunda dış kaynak kullanımı metotlarından biri olduğu söylenebilir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir kararında[42] işyerinin bir bölümünde yürütülen faaliyetin dış kaynak kullanımı sonucu alt işverenlik eliyle görülebileceği vurgulanmış ve alt işverenlik ilişkisine yönelik işletmesel kararın yalnızca fesih yönünden değil, muvazaa ve alt işverenliğin kurucu unsurları bakımından da denetleneceği ifade edilmiştir.

Türk iş hukukunda işverenin tek dış kaynak kullanımı metodunun alt işveren ilişkisi kurmak olduğu söylenemez. İşletmesel karar ile zarar eden birimi kapatarak, tamamen işletme yönetimi ve coğrafi alanı dışına çıkararak doğrudan hizmet temini yoluna gidilmesi de mümkündür. Anılan durumda dış kaynak kullanımına başvuran işveren, ilgili birimdeki faaliyeti tamamen dışarıdan hizmet sağlayıcıya bırakmakta ve daha önce ilgili birimde çalışan işçilerinin iş akdini feshetmektedir. Yargıtay kararlarında bu ihtimalin de dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar olarak değerlendirildiği ve işçilerin iş sözleşmelerine müdahale ettiği ölçüde denetlendiği kabul edilmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir karara[43] konu uyuşmazlıkta bir kumaş-tekstil fabrikasının boyahane biriminde kompaktör operatörü olarak görev yapan davacının iş sözleşmesi, ilgili birimin söz konusu hizmetin dışarıdan alınmasına karar verilmesi neticesinde kapatılması sonucu feshedilmiştir. Davacı işçi son çare ilkesine uyulmaması karşısında işe iadesini talep etmiştir. Davalı işveren, ekonomik şartlar neticesinde işyerinde küçülmeye gitmek durumunda olduklarını ve ilgili birimi kapatarak söz konusu hizmet için dış kaynak kullanma yönünde işletmesel karar aldıklarını beyan etmiştir. Yüksek Mahkeme, öncelikle işletmesel kararın yerindeliği ve amacının denetime konu edilemeyeceğini ancak kararın tutarlı bir biçimde uygulanması gerektiğini belirtmiş ve somut olayda işverenin ilgili birimi kapatmasının ardından işe alımları sürdürerek işletmesel kararı tutarlı bir biçimde uygulamadığına hükmetmiştir.

Dış kaynak kullanımı için Türk iş hukukunda tartışılan metotlardan bir diğeri de moto-kurye modelidir. Esnaf kurye olarak da adlandırılan bu çalışanlar, dijital platformlar üzerinden teslimat yapmaktadır. Esnaf kurye istihdam metodu, *crowdsoursing-crowdwork* olarak adlandırılan kitle kaynak kullanımı

---

[42] Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2018/8482, K: 2018/15363, T: 20.06.2018, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 06.12.2024).

[43] Yargıtay 9. HD, E: 2018/4441, K: 2018/14903, T: 18.06.2018, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 11.12.2024).

modeline işaret etmektedir.[44] Anılan dış kaynak kullanımı metodunda işveren, daha önce kendi işçisi ile yürütmekte olduğu motorlu kurye hizmeti için, bağımsız kuryelerin bir arada olduğu bir platform ile anlaşmakta ve bu hizmeti onlardan temin etmektedir. Bu çerçevede, daha önce işyerinin kendi işçisi ile yürütülen birimin kapatılması sonucu kuryelik işinin hizmet alım metoduyla gördürülmesi sağlanmaktadır. Yargıtay kararlarında, bu metodun tercihi ile dış kaynak kullanım yönünde karar veren işverenlerin yaptığı fesihler de yine işletmesel karar çerçevesinde değerlendirilmekte ve denetlenmektedir.[45]

İşverenin dış kaynak kullanımı uygulamalarına başvurması yönündeki işletmesel kararı sonucunda yapacağı fesihlerde norm kadro uygulamalarına da rastlamak mümkündür. Norm kadro, bir işletme ya da işyerinin sahip olduğu teknik ve ekonomik amaca ulaşabilmek için kullandığı mevcut teknolojinin gereklilikleri de gözetilerek istihdam edilmesi gereken çalışan sayısını ifade eden bir kavramdır. Bu uygulama ile işveren, işyerinde gerekli çalışan sayısını tespit etmekle birlikte gereksiz istihdamın önüne geçmiş olmaktadır.[46] Norm kadro yönteminde, birbirine benzer nitelikteki görevlerden meydana gelen yapı, amaca göre bir tip halinde düzenlenmekte ve kendi aralarında sınıflandırılarak halihazırda bir çalışanın bulunmadığı kadrolar da objektif bir biçimde belirlenerek norm haline getirilmektedir. Objektif belirleme faaliyeti, işletmenin genel ihtiyaçları ve kullanmış olduğu teknolojiler çerçevesinde yapılmaktadır.[47] Yargıtay kararlarında norm kadro uygulamasının da dış kaynak kullanımına yol açabileceği ya da dış kaynak kullanımı sonucu ek olarak norm kadro uygulamasının da yapılabileceği kabul edilmektedir.[48]

B. ALMAN İŞ HUKUKUNDA DIŞ KAYNAK KULLANIMI

Dış kaynak kullanımı kavramı, Alman hukukunda açıkça kanuni bir düzenlemeye konu edilmemiştir. Bununla birlikte, işletmelerin dış kaynak kullanımı metoduna çeşitli biçimlerde başvurması da iş hukuku özelinde yasaklanmamıştır.[49] Dış kaynak kullanımına yönelik tercihin bir işletmesel karar

---

44 Hazal Tolu Yılmaz, Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023. s.26.

45 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir kararına konu uyuşmazlıkta bir ecza deposu işyerinde moto-kurye olarak çalışan davacı işçinin iş akdi işletmesel karar neticesinde feshedilmiştir. Davacı, işyerinde ekonomik küçülmeye yönelik gerekçelerin gerçek olmadığı, aksine depoda istihdam fazlalığı olduğu iddiasıyla işe iadesini talep etmiştir. Yargıtay, işletme içi bir nedene dayanarak yapılan fesihlerde işyerindeki istihdam fazlasının ispatlanması gerektiğini, istihdam fazlası meydana getiren tedbirlere yönelik kararların sürekli ve kalıcı bir biçimde uygulanması gerektiğini belirtmiş; somut olaya ilişkin değerlendirmede işletmesel karar öncesi ve sonrası işçi alım verilerinin irdelenmediği gerekçesiyle eksik incelemeden bozma kararı vermiştir. Yargıtay 9. HD, E: 2018/4502, K: 2018/22900, T: 11.12.2018, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 13.12.2024).

46 Hikmet Timur, "Norm Kadro Saptama Teknikleri ve Norm Kadro Kılavuzunu Hazırlama Yöntemi", C.22, S.2, 2004, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s.203.

47 Keser, s.440.

48 Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/41876, K: 2017/22904, T: 25.10.2017, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 11.01.2025).

49 International Labour Organization, National Reports on Outsourcing, XVth Meeting of European Labour Court Judges, Erfurt, Almanya, 2007, s.11 ; BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11.

olduğu Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da kabul görmektedir. Kararın denetimi de genel anlamda işletmesel kararın denetimine tabidir.[50]

Alman hukukunda dış kaynak kullanımı kavramı, Türk hukukunda ve Yargıtay kararlarında benimsendiği ölçüde geniş değerlendirilmemektedir. Dış kaynak kullanımı, işletmenin içsel üretim süreçlerinde bulunmakta olan, ancak temel nitelik taşımayan bir faaliyetin alanında uzmanlaşmış bir üçüncü kişi konumundaki kuruluştan tedarik edilmesi anlamına gelmektedir.[51] Karar verilen ana kadar işletme içerisinde ve işletme kaynaklarıyla elde edilen üretim çıktısı kararla birlikte dışarıdan temin edilmektedir. Örnek olarak, veri işleme hizmetini daha önce işyerinde kendi işçileri ile gören işverenin ilgili birimi kapatması ya da devretmesi neticesinde artık bu hizmeti dışarıdan temin etmesi gösterilmektedir.[52] Söz edilen tanım ve açıklamalar çerçevesinde Alman iş hukukunda işletmede başvurulacak dış kaynak kullanımı metodu için iki temel usul öngörülmektedir. İlk usul, işletmenin ilgili faaliyetlerini ayırma ve/veya aktarma olarak açıklanmaktadır.

İşletmenin faaliyetini ayırma usulünde, işveren işyerindeki bir birimde üretilen bir hizmeti dış kaynak kullanımı yoluyla temin etmeye karar verdiğinde; bu birimi üçüncü bir kişiye aktarır ya da ilgili birimi kapatarak doğrudan ondan temin etmeye karar verir. İşveren ya ilk ihtimali tercih ederek işyerinin devri yoluna gidecek ve ilgili bölümü devredecektir ya da birimi kapatarak iş sözleşmelerini sona erdirecektir. İşveren ikinci ihtimali seçerek işyerindeki bir bölümü kapatma yönünde işletmesel karar aldığında, işletmesel kararı Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) § 1 çerçevesinde denetlenir.

İşverenin ilk ihtimali seçmesi beraberinde yine başkaca sonuçlar doğurabilir. İşveren, işyerinde daha önce faaliyetini kendisi yürüttüğü bir hizmeti, salt hizmetin bırakılması biçiminde başkaca bir kimseye devrettiğinde burada artık Alman hukukunda yasal olarak tanımlanmamış bir alt işverenlik müessesesi gündeme gelir. Alt işveren kavramı Alman hukuku öğretisinde, asıl işverenin işletmesinin bir kısmında veya asıl işverenin uzmanlık isteyen bir işinde eser ya da hizmet sözleşmesi altında kendi işçileri ile işin yapılmasını üstlenen hukuk süjesi olarak tanımlanır.[53]

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin genellikle eser sözleşmesine dayandığı yönünde görüş dış kaynak kullanımı teorisine de uygun görünmektedir. İşveren, daha önce kendi bünyesinde görmekte olduğu bir işi, ilgili birimdeki maddi olan veya olmayan unsurları, doğrudan ekonomik birliğini koruyacak bir biçimde devretmeksizin başkaca bir kimseye eser sözleşmesi yoluyla gördürmeye başladığında alt işverenlik mevcut olacaktır. Yasal bir düzenlemeye konu edilmemiş alt işverenlik kurumu Türk hukukuna kıyasla daha geniş yorumlanabilmektedir. Örneğin, Alman hukukunda alt işverenin üstlendiği işleri kendi işçileri ile birlikte asıl işverenin işyerinde görmesi aranmaz. Dahası,

---

50 BAG, 02.03.2006 - 2 AZR 23/05.

51 Hromadka/Maschmann, s.470.

52 ILO, s.11.

53 Gerrick von Huene-Hoyningen, "Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?", S.25, 1985, Betriebs-Berater, s.1670-1671.

Alman hukukunda çoğunlukla asıl işverenden alınan işin alt işverenin kendisine ait işyerinde yapılması esastır.[54]

Alman hukukunda, işverenin işyerindeki bir faaliyeti devre konu etmeden başka bir kimseye gördürmesi şeklinde ortaya çıkan dış kaynak kullanımı metodu her zaman alt işverenliğe de yol açmaz. Alman hukukunda, alt işverenlikten daha dar bir anlama sahip olan, tali müteşebbis ilişkisi olarak dilimize çevrilebilecek *subunternehmerverhaeltnis* ilişkisi de bir dış kaynak kullanımı metodudur.[55] Alman öğretisinde kabul edilen bu hukuki ilişki de alt işverenlikte olduğu gibi mevzuatta düzenlenmemiştir. Anılan yöntemde, bir işi ısmarlayan kimseye karşı işi kendisi gerçekleştirmek üzere üstlenen asli müteşebbis (*hauptunternehmer*) ve taahhüdünü asli müteşebbise yönelten tali müteşebbis bulunur. Tali müteşebbis, asli müteşebbisin eser sözleşmesi ile işi ısmarlayana karşı üstlenmiş olduğu işin bir kısmını, asli müteşebbisle gireceği sözleşme ilişkisi çerçevesinde kendi işçileri ile tamamlamayı üstlenmektedir. Sonraki işveren olarak da adlandırılan bu işverenlerle kurulan ilişkilerin, alt işverenlik ilişkisi kurması veya aksi mümkündür. Bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için arada bulunacak üçüncü bir kişiye ihtiyaç yoktur. Hatta anlatılan metot ile alt müteşebbis olarak arada bulunan kimse dış kaynak kullanımına başvurmaktadır.

Alman hukukunda yasal bir temeli bulunmayan alt işverenlik ilişkisinde müteselsil sorumluluktan da söz edilemez. Alt işveren, asıl işverenin ancak Alman Medeni Kanunu (BGB) § 278 kapsamında ifa yardımcısı olarak değerlendirilebilir.[56] Anılan hükme göre borçlu, kanuni temsilcisinin ve bir borcun ifasında kullandığı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacağından Alman hukukunda ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk bağımsız bir sorumluluk olarak görülmez. Bu sorumluluk ancak; ifa yardımcısının davranışının borçluya isnat edildiği bir isnat sorumluluğu niteliğindedir.[57]

Alman hukukunda dış kaynak kullanımı yönünden tek yöntem alt işverenlik değildir. İşveren, devre konu olan alanı tamamen kendi organizasyonundan ayırarak başka bir işverene geçirebilir ve bu işlemi gerçekleştirirken ayırdığı bölümü ekonomik birliğini muhafaza edecek biçimde başka bir kişiye devredebilecektir. Bu yöntemde, BGB § 613a'da düzenlenen işyeri devri ilişkisi mevcut olacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere anılan hüküm işçiyi koruyucu nitelik taşımaktadır.

---

54 İbrahim Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.278.

55 Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk", S.20, 2010, Sicil İHD, s.216.

56 von Huene-Hoyningen, s.1670.

57 Thomas Pfeiffer, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band. 3/2, Schuldrecht 1/2, §243-304, 13. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2014, §278 BGB, Rn.1. Borçlunun farazi kusurunun aranması, ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk hükmünü bir kusur sorumluluğu haline getirmemektedir. Alt işverenin, asıl işverenin ifa yardımcısı gibi görünmesi; alt işveren işçilerinin alacakları bakımından asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu hukuken imkansız kılar. Zira BGB §278 hükmünün uygulanabilmesi borçlu ile zarar gören arasındaki bir akdi borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Oysa alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında bir akdi ilişki söz konusu değildir.

Hükmün esasını oluşturan işyeri kavramı işçi lehine ve geniş yorumlanmalı, işçilerin iş sözleşmelerinin devamına yönelik iradeye ağırlık tanınmalıdır.[58]

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da işyeri devri kavramında benzeri bir yorumun esas alındığı görülmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanının Süzen[59] ve Schmidt[60] kararları öncesinde BGB § 613a anlamında işgücü, işyerinin unsurları arasında sayılmamaktaydı. Bu kararlar sonrasında Alman Federal İş Mahkemesi, kimi işler açısından işçilerin devrini de işyeri devrinin göstergesi olarak değerlendirmektedir.[61]

İşyeri devrinin esasına ve işgücünün işyeri unsurları arasında sayılmasına yönelik kararlar işyerinin veya bir bölümünün kapatılması ile işyeri devri arasındaki farklılığın belirlenmesine yardımcı olabilir. İşyerinin organizasyon olarak değerlendirildiği görüş çerçevesinde, işveren tarafından alınan işletmesel karar sonucu ilgili işletme, organizasyonel olarak tasfiye edilmemiş, varlığını sürdüren bir yapıda ise burada artık işyeri devrinden söz etmek gerekecektir.[62] Ancak işyeri organizasyonunun ve bu organizasyonu sürdüren işçi grubunun tasfiye edilmesi, bizi işyerinin bölümünün kapatıldığı sonucuna götürecektir. İşveren, işyerinin ilgili biriminin kendi kontrolünden farklı olarak varlığını sürdürmesini engelleyecek biçimde işçileri ihbar süresi vererek işten çıkartmışsa, işyeri için yaptığı kira sözleşmesini sona erdirmişse, işyerindeki araç gereci satıp, faaliyetleri kesin olarak sona erdirmişse işyerini veya ilgili bölümünü kapatmış demektir.[63]

Kapatma ile işyeri devri arasındaki farkın, işçilerin daha sonra hak kaybına uğramamaları adına net bir biçimde ortaya konması önem taşımaktadır. Aralarında devir işlemi gerçekleştirecek tarafların anlaşması suretiyle bölümün kapatılmış gibi gösterilerek, işçilerin devralan tarafından daha kötü şartlarla işe alınması ihtimal dahilindedir. Öncelikle işyeri devri ve işyeri bölümünün kapatılmasının birbirini dışlayacak iki kavram olduğu belirtilmelidir.[64] Her iki kavram arasındaki farkı ortaya koyan ölçütlerinden biri zamandır. Faaliyete kısa süreli bir ara verilmesi bizi işyeri devri olgusuna yaklaştırır. Kısa süre sonrasında, ekonomik birliğini koruyan yeni yapı, kimliğini koruyacak şekilde faaliyetini

---

58 BAG, 25.02.1981- AP No. 24 zu § 613a BGB.

59 Karara konu olayda ortaokulun temizlik işlerini yürüten bir şirkette çalışan Ayşe Süzen'in iş sözleşmesi okul ile temizlik şirketinin sözleşmesinin sona ermesini takiben feshedilmiştir. Süzen'in iş ilişkisinin sona ermediği iddiası üzerine açtığı davada ABAD; işten çıkarılan işçilerden birinin, okulun yeni anlaştığı şirkette işe alınması ve faaliyetin de aynı okulda yürütülüyor olması sebebiyle, ekonomik birliğin kimliğinin, gerektiğinde işgücü, iş organizasyonu ve mevcut işyeri vasıtalarında ortaya çıkacağını belirterek Süzen'i haklı bulmuştur. ABAD, C-13-95, Süzen, 11.03.1997, Para 18.

60 Karara konu olayda bir Tasarruf ve Ödünç Sandığı, bünyesinde çalışan temizlik işçisi Schmidt'in iş sözleşmesini feshetmesinin ardından bu işi bir temizlik şirketine devretmiştir. İşi alan temizlik şirketi de Schmidt'e aynı ücretle işyerinde çalışması için teklif götürmüş ancak işçi, çalışma sürelerinin artmasından dolayı teklifi reddetmiş ve feshin geçersizliği iddiasıyla dava açmıştır. ABAD, işyerine ilişkin bir araç devredilmemiş olsa dahi faaliyetin kimliğin korunduğuna hükmetmiş ve işyerinin devrinin varlığına karar vermiştir. ABAD, 14.04.1994., C-392/92.

61 BAG, 22.5.1997 AP No. 154 zu § 613a BGB.

62 Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 57.

63 Doğan Yenisey, s. 200. BAG, 16.05.2002- NZA 2/2003, para. III, 1.

64 Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 56.

sürdürdüğünde işyeri devrinin varlığından söz edilebilir.[65] Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da işyeri devri olgusu ile işyerinin kapatılması kıyaslanırken zaman unsurunun değerlendirilecek ölçütler arasında sayıldığı görülmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında işyeri devrine (ya da kapatılmasına) konu olan sektörün özellikleri, işyerindeki unsurların tasfiyesi, müşteri çevresinin işleme konu olması gibi unsurlar değerlendirilmektedir.[66]

Alman hukukunda, işverenin dış kaynak kullanımına yönelen işletmesel kararı sonrasında ilgili birimi devretmesi halinde işyeri devrinin varlığından söz edebilmek için ilgili birimin maddi olan ve olmayan tüm unsurlarının yeni işverene devredilmesi yönünde bir gereklilik aranmamıştır. Bunun için, ilgili birimin teknik amacını gerçekleştirmesini sağlayacak esaslı unsurlarının devri yeterli görülmektedir.[67] Anılan Adalet Divanı kararları sonrasında Alman hukukunda işyeri, tamamen bir organizasyon olarak görülmeye başlanmış; bu çerçevede organizasyonun faaliyetine devam edip edemediği işyeri devri açısından değerlendirmeye konu edilmiştir.[68]

Alman hukukunda işyerinin devrini ve devrin hukuki sonuçlarını düzenleyen BGB § 613a hükmü uyarınca yeni işveren, devir anında mevcut iş sözleşmelerinde devreden işverenin taşıdığı tüm hak ve borçları üstlenmiş olacaktır.[69] Dolayısıyla, işçiler açısından dış kaynak kullanımının büyük bir sorun yaratacağı, istihdam haklarını engellemiş olacağı ve işyeri devrine yönelen işletmesel kararın, işletmesel kararla yapılan fesihler gibi denetime alınması gerektiğinden söz edilemez.

BGB § 613a hükmüne göre, işyerinin devri anında mevcut olan ve devralan işverene geçen iş ilişkilerinden, işyerinin devrinden önce doğan ve devir tarihinden itibaren bir yıl içinde muaccel olacak olan alacaklardan devralan işverenin yanında devreden işveren de müteselsilen sorumludur. Buradaki sorumluluğun, Türk hukukundaki düzenlemeden farklı bir yanı da bulunmaktadır. Alman hukukunda devirden önce doğan borcun, devir anında muaccel olması aranmamış; devir tarihinden itibaren bir yıl içinde muaccel olması da yeterli görülmüştür. Alman hukukunda, Türk hukukuna göre daha geniş koruma sağlanan bir diğer alan da devreden işverenin sorumluluğunun süresidir. Türk hukukunda devreden işverenin birlikte sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı iken Alman hukukunda, bu yönde bir süre sınırlandırması yoktur (BGB § 613a/2).

Alman hukukunda, dış kaynak kullanımına yönelik kararın alınma usulleri de farklılık taşımaktadır. Alman hukukunda, Alman İşyeri Teşkilatı Kanunu (BetrVG*)* çerçevesinde işyerlerinde örgütlenmelerini gerçekleştiren işyeri kurulu (*Betriebsrat*) adında işçi toplulukları bulunur. İşyeri kurulunun, işverenin dış kaynak kullanımını engelleyebilecek özel bir yetkisi bulunmamakla birlikte müdahil olabildiği bir alan bulunmaktadır. Öncelikle BetrVG § 90 uyarınca işverenin, işyeri kurulunu bilgilendirmesi gereken bazı durumlar mevcuttur.

---

65 Doğan Yenisey, s.216.

66 BAG, 22.05.1997, AP No. 154 zu § 613a BGB.; Aynı yönde; LAG Saxony-Anhalt, 20.07.2011, 4 Sa 442/10.

67 BAG, 29.11.1975, AP No. 2 zu § 613a BGB.

68 Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 50.

69 Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.326.

İşveren, işyeri kurulunu; işyerlerinin, ofislerin ve kuruluşa ait diğer binaların inşası, değiştirilmesi veya genişletilmesi, teknik tesisler, yapay zeka kullanımı da dahil olmak üzere çalışma prosedürleri ve operasyonları konusunda sahip olduğu planlar hususunda vaktinde bilgilendirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, dış kaynak kullanımı metodunun tercihi yönündeki planları bakımından da işyeri kurulunu bilgilendirecektir. Buna ek olarak BetrVG § 111 hükmüne göre, işyeri kurulu ekonomik ve organizasyonel konularda katılım ve ortak karar alma hakkına da sahiptir. Hükme göre, yirmiden fazla çalışanın oy hakkına sahip olduğu işyerlerinde işveren, çalışanların büyük bir bölümüne zarar verebilecek önemli değişiklik önerilerini zamanında ve eksiksiz olarak işyeri kuruluna bildirmek ve önerilen değişiklikler konusunda işyeri kuruluna danışmak zorundadır. Önemli değişiklik ise hükümde; işletmenin tamamında veya önemli bölümlerinde faaliyetlerin azaltılması veya kapatılması, işletmenin tamamının veya önemli bölümlerinin devredilmesi, diğer işletmelerle birleşme veya işletmelerin bölünmesi, işletmenin organizasyonu, amacı veya tesisindeki önemli değişiklikler, tamamen yeni çalışma yöntemlerinin ve üretim süreçlerinin uygulamaya konulması şeklinde sıralanmıştır. Dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar, hükümde sayılan kararlar ile örtüşebileceğinden prosedürün işletilmesi gerekebilir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da bu hususa vurgu yapılmaktadır.[70]

III. DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARARIN DENETİMİ

A. İŞLETMESEL KARARIN DENETİMİ

İşletmesel kararın denetimi, kararın alınma gerekçe ve yöntemi ile kararın sonuçları kadar önem taşımaktadır. Zira, işletmesel kararın denetimi neticesinde bu karara bağlı sonuçların, özellikle bu karar neticesinde meydana gelen fesihlerin geçersizliği gündeme gelebilecek ve belki de işletmesel kararla hedeflenen sonuca ulaşılamayacaktır. Kararların denetimi için tercih edilen usullerin objektif bir biçimde ortaya konması, bu kararlarla hedeflenen sonuçların gerçekleşmesi açısından önemlidir.

İşveren, Anayasal girişim özgürlüğüne dayalı işletmesel karar alma özgürlüğünü dilediği gibi kullanabileceğinden kural olarak bu kararın üzerinde herhangi bir denetim mekanizmasından söz edilemez. Yargıtay kararlarında[71] da *"İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır."* şeklinde açıklamalara yer verilerek; işveren tarafından alınan işletmesel kararların kural olarak yargı denetimi dışında tutulduğu, ancak bu kuralın istisnasının işverenin hukuk düzeni tarafından belirlenmiş sınırların dışına çıkması hali olduğu ifade edilmiştir. Bir

---

70 BAG, 18.11.2003 - 1 AZR 637/02.

71 Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 18.12.2024).

başka Yargıtay kararında[72] da mahkemece; işletmesel kararın işletmeye zarar verip vermediği, mantıklı olup olmadığı gibi denetim mekanizmaları çerçevesinde yerindelik denetimi yapılamayacağı ve kararın hatalı olmasına dayanarak feshin geçersizliğine hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.[73]

İşletmesel karar verme hakkının da her hak gibi kötüye kullanımı mümkündür. Bu itibarla işletmesel kararın TMK m.2 uyarınca denetimden geçirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında[74] işveren tarafından yeniden yapılanmaya gidilmesinin işletmesel bir karar olduğunu ve kötüniyet taşımadıkça yargı denetimine konu edilmeyeceğini belirtmiştir.

İşletmesel kararın, karar türüne uygun olarak farklı denetimlerden geçirilmesi de mümkündür. İşverenin dış kaynak kullanımına başvurarak alt işverenlik metodunu tercih etmesi halinde almış olduğu karar, kanunun alt işverenlik kurumuna ilişkin hükümleri ve genel muvazaa hükümleri çerçevesinde denetlenir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin kararında[75] asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına yönelik kararın bir işletmesel karar olduğunu belirterek, kararın denetimi için hem işletmesel karara ilişkin ilkelerin hem de alt işverenliğe ilişkin kanuni ilkelerin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu çerçevede, muvazaaya dayanan bir karar çerçevesinde kurulan alt işverenlik ilişkisinin korunması, işletmesel karar olduğu gerekçesi ile yargı denetimine tabi tutulamaması gibi bir durum düşünülemez. Yargıtay, dış kaynak kullanımı amacıyla alt işverenlik ilişkisi kurulduğu durumda ileri sürülen muvazaa iddialarını incelemekte ve bu iddiaları sonuçlandırarak uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır.[76]

---

72 Yargıtay 9. HD, E: 2019/166, K: 2019/12182, T: 27.05.2019, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 24.12.2024).

73 İşletmesel kararın kural olarak denetim dışında bırakılması, işletme rizikosu ile ilişkilidir. İşveren, girişim özgürlüğü kapsamında işletmesinde nasıl bir teknoloji ile teknik amacı gerçekleştireceğini kendisi karara bağlamaktadır. Özgürlüğünün karşılığı olarak işletmesinde meydana gelecek ekonomik rizikolara da kendisi katlanacaktır. İşverenin ekonomik rizikosuna kendisinin katlanması karşısında, kararlarının mahkemece değiştirilebileceği düşünülmemelidir. Dolayısıyla işveren tarafından yapılan fesih, hatalı bir işletmesel karara dayandığı gerekçesiyle geçersiz kılınamaz. Kar, s.108; Köme, 2009, s.150. Yargıtay kararlarında da mahkemece işletmesel karara doğrudan müdahale edilmesi anayasal girişim özgürlüğüne aşırı müdahale olarak değerlendirilmiştir. Nitekim 9. Hukuk Dairesi 2007 tarihli bir kararında, davalı işverenin artan fiyatları gerekçe göstererek fabrikasında amonyak üretim birimini kapatması ve tedariği dış kaynak kullanımı metodu ile sağlaması sonucu yaptığı fesihler için işletmesel kararın amacının denetimin kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Yargıtay 9. HD, E: 2007/28108, K: 2007/27809, T: 24.09.2007, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 23.11.2024).

74 Yargıtay 9. HD, E: 2005/19990, K: 2005/23905, T: 06.07.2005, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 24.12.2024); Aynı yönde; İstanbul BAM 30. HD, E: 2023/672, K: 2023/906, T: 18.05.2023; İstanbul BAM 28. HD, E: 2020/2551, K: 2020/2362, T: 31.12.2020, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 10.01.2025).

75 Yargıtay 9. HD, E: 2008/40264, K: 2008/31891, T: 24.11.2008, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 18.12.2024); Aynı yönde; Bursa BAM 3. HD, E: 2018/1187, K: 2018/1552, T: 30.05.2018, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 20.01.2025).

76 Yargıtay 9. HD, E: 2011/6396, K: 2011/2628, T: 14.02.2011, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 18.12.2024); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2016/13486, K: 2017/9424, T: 01.06.2017, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 10.01.2025).

B. İŞLETMESEL KARARA DAYALI FESHİN DENETİMİ

1. Türk Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimi

a. Türk Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimine Yönelik Genel Esaslar

İşveren tarafından alınan işletmesel kararın ilke olarak denetime tabi olmadığı, amacı ve yerindeliği bakımından denetlenemeyeceği, hakimin işverenin yerine geçerek onun yerine karar almasının mümkün olmadığına yönelik temel ilkeler Türk hukukunda olduğu kadar karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde de geçerlidir.[77]

İşletmesel kararın temel ilkeleri korumak suretiyle kimi durumlarda denetime konu edilmesi ise mümkündür. Dahası, işletmesel karara dayalı olarak iş sözleşmelerinin feshi gündeme geldiğinde, bu denetimin yapılması artık Anayasal hakkın tesisi açısından zorunluluk taşımaktadır. Anayasanın, "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49. maddesine göre "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*." Bu halde işverenin iş sözleşmesini sona erdirmek yönündeki işletmesel kararları ile işçinin çalışma hakkı çatışabilecektir. Söz konusu çatışmanın giderilmesi, kanuni sınırlamalar ve ölçülülük ilkesi etrafında çözümlenecektir.[78]

Denetim aşamasından önce işletmesel kararın tespiti gerekmektedir.[79] İşletmesel kararın denetim aşamasına geçildiğinde öncelikle alınan karara göre işletme içi veya dışı sebebin varlığı ortaya çıkarılmalı, ardından işletmesel karar ile işçinin işten çıkarılmasını zorunlu kılan, çalıştığı birimin ya da işin ortadan kalkması olgusu arasındaki ilişki denetlenmelidir.[80] Bu itibarla işletmesel karar için ileri sürülen sebebin gerçekten var olup olmadığı değerlendirilmelidir.[81]

Yargıtay bu ilkeler çerçevesinde, bazı kararlarında genel denetim usullerini bir sıralamayı gözeterek açıklamaktadır. Yargıtayın önüne taşınan bir uyuşmazlıkta iki banka birleşme kararı almış; bu birleşimin ardından göreve başlayan yeni yönetim işletmede birtakım faaliyetlerin dış kaynak kullanımı

---

77 Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1 Rn. 455.

78 Yücel Bodur, s.143.

79 Yargıtay, bu konuda verdiği ilke kararını istikrarlı olarak şu ifadelerle tekrarlamaktadır: "*İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işveren tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.*" Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2015/17194, K: 2015/20706, T: 15.06.2015, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 23.12. 2024).

80 Ulucan, s.57; Engin, s.62; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 04.01.2025).

81 Güzel, 2005, s.167.

metodu ile yürütülmesine karar vererek ilgili birimleri kapatmıştır. Bu birimlerden biri olan ve Yargıtay tarafından yardımcı iş olarak değerlendirilen güvenlik işi de alt işverene verilmiş ve yeni organizasyon çerçevesinde işletmede güvenlik personeli olarak çalıştırılan kimselerin iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçilerin istihdam ilişkilerini etkileyen bu işletmesel karar Yargıtay tarafından; tutarlılık, keyfilik, feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimleri sıralamasında denetlenmiştir.[82] Anılan esasa göre varlığı tespit edilen işletmesel kararın tutarlı bir biçimde uygulandığına karar verilirse keyfi nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirilecek, keyfilik denetiminden de geçerse feshin kaçınılmazlığı yani son çare niteliği taşıyıp taşımadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimleri uygulanacaktır.

Öğretide, Yargıtayın karar denetimlerinde bir sıra benimsemesi eleştiri konusu yapılmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşlere göre, feshe yönelen bir işletmesel kararın bu şekilde sırayla, tek tek ve eksiksiz bir denetimden geçirilmesi yerine feshin gerekçesinden hareket edilerek, gerekçe ışığında hukuka aykırılık meydana getirebilecek hususların denetimi üzerinde durulması hedeflenen sonuca daha sağlıklı ve daha kısa sürede ulaşılmasını sağlayacaktır.[83] *Taşkent'e* göre de her olayda aynı sıranın izlenmesine gerek yoktur. İşverenin fesihte keyfi davrandığı tespit edilirse artık tutarlılık değerlendirmesi yapılması gerekmeyecektir.[84] Yargıtayın sözü edilen eleştiriler çerçevesinde güncel içtihatlarında bu sıralamayı katı bir biçimde uygulamadığı ve hatta terk ettiği ifade edilmelidir.

b. Keyfilik Denetimi

Yargıtay işverenin feshe yol açan işletmesel kararı alırken keyfi davranmadığı noktasında şüpheye yer bırakmayacak bir denetim yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yargıtayın keyfilik denetimini kimi zaman ilk denetim aşaması olarak benimsediği ve isabetli olarak kararın keyfi nitelik taşıdığı ortaya konduğunda tutarlılık denetimine lüzum kalmadığını belirttiği görülmektedir.

Yargıtay kararlarında keyfilik denetimi, *"İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır."* şeklinde açıklanmaktadır.[85] Bu itibarla, keyfilik denetiminin esasını herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğunu ifade eden Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi oluşturur. Hukukumuzda kabul edilen anlayışa uygun olarak objektif iyiniyet kurallarına aykırılık hakkın kötüye kullanımı anlamına gelecektir. Objektif iyiniyet teorisinde, hak sahibinin kötüye kullanmaya yönelik iradeye sahip olmasına ihtiyaç yoktur. Hakkın kullanım usulünün objektif olarak kötüye kullanma niteliği taşıması yeterli görülecektir. Keyfilik denetimi de işletmesel

---

82 Yargıtay 9. HD, E: 2007/16150, K: 2007/30227, T: 15.10.2007, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 04.01.2025).

83 Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.682; Ulucan, s.63.

84 Savaş Taşkent, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", S.21, 2011, Sicil İHD, s.23.

85 Yargıtay 9. HD, E: 2010/2290, K: 2010/4202, T: 22.02.2010, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 06.01.2025); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2016/573, K: 2016/6981, T: 23.03.2016, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C:1, S: 52, 2017).

kararın, objektif, makul ve keyfi olup olmadığının değerlendirilmesinden ibarettir.[86]

Keyfilik denetimine konu edilen ve hakkın kötüye kullanımına konu oluşturan hak işverenin sahip olduğu fesih hakkı değil, işletmesel karar alma hakkıdır. Hukukumuzda işveren, Alman hukukundan farklı olarak işletmenin bazı hizmetleri devretmeye yönelik kararını salt işletmesel karar alma hakkına dayandıramaz. İşverenin kendi iradesinden başka nesnel bir nedene dayandırmadığı işletmesel kararlar, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve keyfilik denetimine takılır.[87]

Yargıtay geçmiş tarihli kararlarında keyfilik denetimini, işverenin feshe yönelik iradesinin son çare, kaçınılmaz olarak ortaya çıkıp çıkmadığı şeklinde tanımlamış ve kararlarında bu yönde değerlendirmeler yapmıştır.[88] Yakın tarihli kararlarda ise bu hatalı içtihattan dönülerek keyfilik denetimi ile son çare ilkesi arasında ayrım yapılmaktadır.[89]

İşverenin son çare haline gelmemiş bir fesih yapması işletmesel karar ve fesih hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullandığı anlamına gelmez. Ancak, işverenin kanuni bir usulü dolanma anlamına gelecek uygulamaları da keyfilik denetiminden geçememelidir. Konuya ilişkin bir karara[90] konu somut uyuşmazlıkta işveren, ekonomik krizin etkilerini aşmak için işyerindeki birtakım faaliyetlerini devrederek ilgili birimleri kapattığını, fesihlerin yeniden yapılanmaya yönelik işletmesel karar çerçevesinde gerçekleştirildiğini iddia etmiştir. Sözleşmesi feshedilen işçi sayısı toplu işçi çıkarmaya varacak boyuttadır. Yargıtay, davalının İş Kanunu'nun toplu işten çıkarmayı düzenleyen 29. maddesi usullerine uymadığını, bu çerçevede otuz gün önceden bir yazı ile sendikaya, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunmadığını belirterek; bu yöndeki fesihleri kanun ve toplu iş sözleşmesi usullerini bertaraf etmek olarak görerek hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir.

Yargıtaya göre, sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine aynı görev için yenilerinin alınmaya devam edilmesi fesihlerin keyfiliğine işaret edebilmektedir.

---

86 Köme, 2009, s.152.

87 Engin, s.65.

88 "*İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir*." Yargıtay 9. HD, E: 2005/37252, K: 2006/6374, T: 13.03.2006, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 06.01.2025).

89 *"(...) mahkemece işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalı (...)*" Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/46684, K: 2018/ 3140, T: 13.02.2018, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 08.01.2024); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2021/11874, K: 2021/16228, T: 07.12.2021; Yargıtay 9. HD, E: 2021/2399, K: 2021/6646, T: 23.03.2021, (https://www.lexpera.com.tr/ s.e.t.: 21.01. 2025).

90 Yargıtay 9. HD, E: 2010/3357, K: 2010/41035, T: 27.12.2010, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 08.01.2024).

Konuya ilişkin bir karara[91] konu uyuşmazlıkta birbiri ile ilişkili üç fabrikaya sahip işveren ekonomik gerekçelerle birini kapatarak ilgili fabrikada çalışan işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmiştir. Yargıtay, diğer fabrikalara kaç işçi aktarıldığı ve fesihlerden sonra işçi alımına devam edip edilmediğinin keyfilik denetimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İşverenin, işletmesel kararı alırken keyfi davrandığı iddiasını işçi ileri sürdüğüne göre ispat yükü de işçinin üzerinde olacaktır. Yerleşik Yargıtay içtihadı da isabetli olarak bu yöndedir.[92] Ancak, iş güvencesi hükümleri uyarınca feshin geçerli nedene dayandığını ve biçimsel koşullara uyduğunu işveren ispat etmek durumunda olduğundan işveren, aldığı kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini ve feshin son çare olduğunu ispat yükü altındadır.[93]

c. Tutarlılık Denetimi

Tutarlılık denetimi öğretide, işverenin aldığı, istihdam fazlasına yol açan işletmesel kararı sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayıp uygulamadığının ortaya çıkarılması şeklinde tanımlanmaktadır. İşveren, aldığı karara uygun olarak fesih işlemlerini gerçekleştirirken birbiri ile çelişmeyen davranışlar sergilemek mecburiyetindedir. Örneğin işveren, bir birimdeki istihdam fazlası nedeniyle iş sözleşmelerini fesheder, ardından tekrar aynı işler için işçi almaya devam ederse bu kararların tutarlı olduğundan söz edilmesi mümkün değildir.[94] Yargıtay kararlarında da işverenin işyerine işçi alımına devam edip etmediği tutarlılık denetiminde ilk değerlendirilen konulardandır.[95] Ancak, feshin üzerinden belirli bir süre geçmesinin ardından yapılan işe alımların işletmesel kararın tutarlılığına etkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtayın 2016 yılında verdiği bir kararında[96] fesih öncesi ve fesihten sonraki altı aya ait SGK kayıtlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek bu süre somut uyuşmazlıkta altı ay olarak belirlenmiştir. Yargıtay 2012 yılında verdiği başka bir kararında[97] ise fesih tarihinden çok sonra

---

91 Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2011/14797, K: 2012/8401, T: 02.05.2012, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 08.01.2024).

92 *"İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel karar dürüstlük kuralarına uygun olarak alınmalı ve bu hak kötüye kullanılmamalıdır. İşverenin keyfi davrandığını ispat yükü işçiye aittir."* Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/793, K: 2017/651, T: 23.01.2017, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 10.01.2024).

93 Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/43747, K:2018/1718, T: 05.02.2018, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 12.01.2024).

94 Keser, s.417; Esra Baskan, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s.59.

95 *"(...) heyet raporunda, personel giderlerinin fazla olduğunun tespiti yanında, davalı işverenin norm kadro çalışması yapmadığı, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde Toplu İş Sözleşmesinde düzenlenen tenkisat kuralına uymadığı, kısaca objektif kriterler getirmediği, ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır. (...) Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işveren işletmesel kararın uygulanmasında tutarlı davranmamıştır. Davalı işveren tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir."* Yargıtay 9. HD, E: 2017/11913, K: 2017/29307, T: 08.10.2017, (Kar, s. 118, dn. 47).

96 Yargıtay (Kapatılan)7.HD, E: 2015/35555, K: 2016/1692, T: 28.01.2016. (https://legalbank.net/, s.e.t.: 04.12.2024).

97 Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2011/13690, K: 2012/6442, T: 05.04.2012, (https://legalbank.net/, s.e.t.: 16.01.2025).

işçi alınmış olmasının feshin tutarlı uygulanmadığını göstermeyeceğini, burada makul sürenin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda işe alınan işçilerin hangi iş için alındığı da değerlendirilmelidir.

İşletmesel kararın tutarlılık denetiminde, kararın işletme için yararlı veya mantıklı olup olmadığının bir önemi yoktur. Mantıksız ve ekonomik anlamda başarısız bir kararı dahi sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayan işverenin tutarlı davrandığından söz edilir.[98] Tutarlılık denetimi, işletmesel kararın geçerliliği değil uygulanmasına yönelik bir denetim olduğundan, işletmesel karar denetiminde bir sıra takip edilecek ise keyfilik denetiminin ardından yapılması daha doğru olacaktır. Bu sıra ile öncelikle kararın geçerliliği, ardından geçerli kararın nasıl uygulandığı değerlendirilecektir.

Tutarlılık denetiminde ispat yükü, keyfilik denetiminin aksine işçinin değil işverenin üzerindedir. Keyfilik denetiminde işçi, işverenin hakkını kötüye kullandığını iddia etmektedir. Oysa tutarlılık, feshin geçerlilik şartlarındandır. Dolayısıyla işveren, ispat etmesi gereken diğer konularla birlikte tutarlı davrandığını da feshin geçerliliği için ortaya koymalıdır.

d. Ölçülülük Denetimi

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmekte, bu kapsamda bireysel temel hakların ancak toplumsal zorlayıcı nitelikteki bir ihtiyacın karşılanması amacıyla sınırlandırılabileceği kabul edilmektedir.[99] Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında[100], *"(...)ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır"* demek suretiyle ölçülülük ilkesinin varlığını hukuk devleti kavramından aldığını ortaya koymaktadır. Hukukumuzda da Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlandırılmaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına yönelik 13. maddesi ölçülülük ilkesinin normatif dayanağı olarak değerlendirilmektedir. Anayasada yer alan bu düzenlemenin de ilkesel temeli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında "*meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması*" şeklinde açıklanmaktadır.[101] Avrupa Konseyi ölçülülük ilkesini, dava konusu işlemin varılmak istenen amaca uygun ve bu amaç için gerekli olup olmadığı ve aleyhinde kullanılan kimseye aşırı yük yükleyip yüklememesi şeklinde denetlemektedir.[102]

Ölçülülük ilkesi açıklanan hususlar çerçevesinde kamu hukuku temelli bir ilke olmakla birlikte özel hukuk ilişkilerinde de esastır. Ölçülülük ilkesinin özel hukuk ilişkilerinde hukuki dayanağını TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve en önemli kullanım alanını yenilik doğuran haklar meydana getirmektedir.

---

98 Köme, 2009, s.153-154.

99 Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.16.

100 BverfGE, 19, 342 vd. Aynı yönde; BVerfGE, 17, 313-314.

101 Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", C.15, Özel Sayı, 2013, DEÜHFD, s.681.

102 Baskan, s.18.

Yenilik doğuran hak ile birlikte hukuki işlemin muhatabının hukuki alanında yeni bir durum meydana getirildiğinden, bu yöndeki bir müdahalenin karşı tarafın hukuki alanında ağır bir durum yaratması hukuken korunamaz. Bu sebeple ölçülülük ilkesi, çatışan menfaatler arasında dengenin sağlanması açısından önem arz etmektedir. İşverenin fesih hakkı da bir bozucu yenilik doğuran haktır. Hakkı doğuran bir nedenin varlığı hakkın her zaman hukuka uygun olarak kullanıldığı sonucunu doğurmaz. Hakkın, muhatabın alanına ağır müdahale niteliği taşıyan ölçüde kullanılması korunamaz. Muhatabının alanında meydana gelen sonuç ile işveren tarafından hedeflenen amaç arasındaki orantı, ölçülülüğün tespiti açısından önem arz etmektedir.[103]

Alman hukukunda da ölçülülük ilkesinin özel hukuka ilişkin görünümü aynı şekilde değerlendirilmiş ve işverenin işletmesel karar alma yetkisine dayalı fesih hakkı ölçülülük denetimi çerçevesinde yargı kararları ile sınırlandırılmıştır. Ölçülülük denetimi birtakım alt ilkelere bölünerek gerçekleştirilmektedir.[104] Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre, işverenin feshin son çare olması ilkesine uygun olarak işçiye önerdiği birtakım değişiklikler karşısında, işçinin bu değişikliklere uymayı kabul etmemesi halinde başvurabileceği değişiklik feshi yolunda da ölçülülük denetimine uyulmalıdır.[105]

Anılan ilkeler Türk hukuku için de geçerlidir. Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararında[106], iş sözleşmesinde değişiklik teklifinin ardından yapılacak fesihlerde ölçülülük ilkesine uyulması gerektiğini belirtmiş ve ölçülülük ilkesi kapsamında elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denetimi yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

Elverişlilik denetimi, işverenin amacını gerçekleştirmek için seçmiş olduğu aracın, bu amacını gerçekleştirmek için uygun olup olmadığı yönünde bir denetimi gerektirir. İşveren tarafından seçilen araç, amacını gerçekleştirmeye yardım etmelidir. İşverenden beklenen, işçiye işletmesinin ekonomik geleceğini riske atmak uğruna yeni bir iş alanı yaratması ya da ekonomik olarak zarar etmeye devam eden bir birimi kapatmaktan imtina etmesi değildir. Burada beklenen, hedeflediği amaç için makul yöntemleri tercih etmesidir.[107] İşveren, henüz tercih etmediği bir yöntemin amacı için elverişli olup olmadığını kesin olarak bilebilecek konumda olmadığından, esasen bir tahminde bulunmaktadır. İşverenin kesin olarak bilemeyeceği bir aracın mutlak olarak elverişli olmasını aramak hakkaniyete uygun olmayacağından Alman hukukunda kısmi bir elverişliliğin de bu denetim için yeterli olacağı yerleşmiş bir görüştür. Bu görüşe göre önemli olan, işverenin bu tahmininde objektif ilkeler çerçevesinde hareket etmesi ve tutarlı olmasıdır.[108]

Gereklilik denetimi, işverenin amacına ulaşmak için seçtiği aracın gerekli olmasını aramaktadır. İşveren, amacına ulaşmak için seçenekleri arasındaki

---

[103] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1058-1059.

[104] Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1, Rn. 351-365.

[105] BAG, 24.04.1997, AP §2 KSchG 1969, 42, NZA 1997, 1047. Aynı yönde; BAG, 26.01.1995, AP §2 KSchG 1969, 37, NZA 1995, 628.

[106] Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/34004, K: 2017/12526, T: 29.05.2017, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 12.01.2024).

[107] Engin, s.92.

[108] Tschöpe/Kunz, s.1564-1565; Henssler/Willemsen/Kalb, s.1752; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.1060.

birden çok araçtan muhatabın hukuk alanına en hafif düzeyde etki edeni tercih etmelidir. Muhataba daha ağır düzeyde müdahale eden yöntemin gereksiz olduğu söylenecektir.[109] Gereklilik denetimi niteliği itibarıyla son çare ilkesi ile örtüşmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da bu iki ilke ortak kullanılmaktadır.[110]

Dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan orantılılık denetiminde ise işveren tarafından yapılan müdahalenin ağırlığı, müdahalenin kendisi ile kıyaslanmaktadır. İşverenin feshe yönelik işletmesel kararı elverişli ve gerekli olarak görülen araç ile orantılı olmak durumundadır. Bu nedenle, hakkın kullanıcısı ile muhatabı arasında menfaat dengesi gözetilecektir. Orantılılık, değerlendirilen diğer denetimlerden farklı olarak hakkın kötüye kullanımı yasağı ile ilişkilendirilmez. Hakkın kötüye kullanımı kavramı hak sahibinin, hakkını objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanması durumunda söz konusudur. Orantılılık ilkesine aykırılık ise, hakkın objektif olarak iyiniyete aykırı nitelikte kullanıldığı anlamına gelmez. Burada hak, amacına uygun olarak kullanılmış olsa dahi muhatabının hukuksal alanında yarattığı etki değerlendirilir.[111]

Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da işverenin orantılılık ilkesi çerçevesinde işçinin alanına müdahalesi ile kendi seçtiği araç arasındaki orantıyı gözetmesi ve orantısızlık olduğu durumda işçi için başkaca çözümleri önermesi gerektiği ifade edilmektedir. Feshe Karşı Koruma Kanunu kapsamında fesih öncesinde imkan var ise işçiye başka iş önerilmelidir. İşveren fesih bildiriminde bulunmadan önce çalışana olası ve makul bir değişiklik teklifinde bulunmazsa, çalışan fesih bildiriminden önce yapılacak muhtemel bir teklifi en azından şartlı olarak kabul edecek konumdaysa, fesih sosyal olarak haksızdır.[112]

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, BGB § 626 kapsamında düzenleme altına alınan menfaatlerin dengelenmesi ilkesi (*interessenabwägung*) ile yakın ilişkili görülmektedir. Söz konusu yasal ilke, fesih işlemi gerçekleştirilirken sözleşme taraflarının menfaatlerinin dengelenmesini gerekli kılar.[113] İşverenin işletmesel kararı ile elde edeceği işletmesel menfaati ile işçinin iş akdinin devamı ile elde edeceği ekonomik ve sosyal menfaatin kıyaslanmasını gerektirir. Buna göre, hangi menfaat daha ağır basıyor ise o yönde bir değerlendirme yapılmalıdır.[114]

---

109 Süleyman Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerindeki Etkileri", C.54, S. 3, 2005, AÜHFD, 53- 94. s.59; Ugan Çatalkaya, s.67-68; Baskan, s.20.

110 BAG, 29.08. 2013 - 2 AZR 809/12; Aynı yönde; BAG, 27.09.1984 - 2 AZR 62/83.

111 Yıldız, s.690.

112 BAG, 27.09.1984 - 2 AZR 62/83.

113 Heinrich Hubmann, "Grundsätze der Interessenabwägung", S.2, 1956, Archiv für die Civilistische Praxis, s.86-87.

114 Tschöpe/Kunz, s.1580. Alman hukukunda işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle fesihlerde kapsamlı bir biçimde uygulanan menfaatlerin dengelenmesi ilkesi 1960'lı yıllarda işletmesel nedenle yapılan fesihlerde de aynı ölçüde kapsamlı uygulanıyordu. BAG, 04.02.1960 - 3 AZR 25/58. Buna göre, işverenin ekonomik yöndeki menfaati işçinin istihdama yönelik menfaati ile tam anlamıyla kıyaslanıyordu. Bu yaklaşım kısmi veya belirli süreli çalışanlar için de aynı düzeyde uygulanıyordu. BAG, 25.06.1964 - 2 AZR 382/63. Ancak 70'li yıllardan itibaren işletmesel nedenle yapılan fesihlerde anılan yaklaşım değişmeye başlamış, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine ancak işçinin içinde bulunduğu ciddi kişisel koşullar nedeniyle korunmaya ihtiyaç duyması halinde aynı

Orantılılık ve menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin birbirlerini tamamladığına yönelik görüşler bulunmakla birlikte bu iki ilke esasen birbirinden farklı niteliktedir. Orantılılık ilkesinde sınırlı bir değerlendirme vardır. Ancak menfaatlerin dengelenmesi ilkesinde, yalnızca amaç ve araç ile sınırlı bir değerlendirme yapılmamakta, somut olay her yönüyle ele alınmakta ve tarafların iş ilişkisine yönelik tüm durumları değerlendirilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında, işçinin işyerindeki davranışları da ilkenin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmakta, işverenin menfaati açısından işletmesel kararın aciliyeti sorgulanmakta ve bu nedenle başkaca bir istihdam imkanı olup olmadığı da değerlendirilmektedir.[115]

Bize göre, Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiş ve dürüstlük kuralı ile ilişkilendirilmesi zor görünen menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin uygulanması güçtür. Ancak işletmesel kararın keyfiliği ve ölçülülüğü denetimlerinde yardımcı ölçüt olarak faydalanılabilir. Yargıtayın kimi kararında ilgili ilkeye atıf yaptığı görülmektedir. Yargıtay 2010 yılında verdiği bir kararında[116], işçinin kusuruna dayanmayan davranışlarının kural olarak fesih konusu yapılamayacağını, kusurlu davranışında ise kusur derecesinin iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin dengelenmesinde rol oynayacağını belirtmiştir.

e. Son Çare İlkesi

Son çare ilkesini, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri arasında değerlendirdiğimiz gereklilik ilkesinden ayırmak güçtür. Gereklilik ilkesi çerçevesinde denetimden geçmek için son çare ilkesinin hayata geçirilmesi gerekir.[117] Gereklilik ilkesinde açıkladığımız üzere işveren, işçinin alanına müdahale edecek araçlardan işçi için en az zararlı olanı seçmek durumundadır. Dolayısıyla işverenin eyleminin, zorunlu nitelik taşıması gerekmektedir. İşverenin iş sözleşmelerini feshi eğer başvurabileceği son çare değilse, işçi için en az aleyhe olacak aracı seçmemiş demektir. Dolayısıyla işletmesel karar gereklilik denetiminden de geçemez. Alman Federal İş Mahkemesinin de kararlarında, son çare ilkesi ile gereklilik ilkesinin aynı kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.[118]

Alman hukukunun aksine Türk hukukunda son çare ilkesinin açıkça düzenlendiği bir kanun hükmü yoktur. Yalnızca İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, *"(...)bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır."* ifadelerine yer verilmiştir. Ancak kanunun gerekçesi hükmün yasal dayanağı olamayacağından,

---

düzeyde başvurulmuştur. BAG, 24.10.1979 - 2 AZR 940/77; BAG, 30. 04. 1987 - 2 AZR 184/86; Wolfgang Däubler, "Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?", C.61, S.1, 2013, Arbeit und Recht, s.10.

115 BAG, 13.5.2015 - 2 AZR 531/14, BB 2015, 2682; Aynı yönde; BAG, 27.11.1991- 2 AZR 309.

116 Yargıtay 9. HD, E: 2009/16140, K: 2010/3388, T: 15.02.2010, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 13.01.2024).

117 Engin, s.91; Ugan Çatalkaya, s.117.

118 Baskan, s.34-35.

gereklilik ilkesi ile uyumlu olarak son çare ilkesinin de hukuki dayanağı olarak TMK 2 hükmü görülebilir.

Yargıtay kararlarında da son çare ilkesi gereklilik ilkesi ile paralel değerlendirilmektedir. Konuya ilişkin bir kararda[119] ölçülülük denetiminin teknik anlamda işletmesel karar denetimini sağladığı ve teknik denetim kapsamında işçinin çalışma olanağının kalıp kalmadığı, daha açık ifade ile feshin son çare olup olmadığının değerlendirildiği ifade edilmektedir.

2. Alman ve Fransız Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimi

Alman hukukunda dış kaynak kullanımına yönelik denetimlerin Türk hukukuna benzer ancak daha serbest tutulduğu söylenebilir. Nitekim Alman hukukunda, işverenin dış kaynak kullanımı metodunu benimseyerek işyerinde yürütülen bir işi dışarıya yani üçüncü kişiye vermesi işletme gereği anlamına gelmemekte ve farklı şekilde denetlenmektedir. İşyerindeki faaliyetin nasıl bir organizasyon etrafında kurgulanacağı işverenin girişim özgürlüğüne tabi bir karardır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshinde işletme gerekleri kavramı ile bir işin artık dışarıya verilmesi aynı şeyi ifade etmez.[120] Alman hukukunda kabul edilen ilkeye göre, işverenin dış kaynak kullanımına karar vermesi neticesinde bir işi dışarıya vermesi sonucu meydana gelen fesih, işverenin işletmesel faaliyetine karar verme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmeli ve ancak keyfilik denetimine tutulabilmelidir. Alman Federal İş Mahkemesi de metal işleme işlerinin yürütüldüğü bir işyerinde polisaj işlerinin başkasına verildiği somut uyuşmazlıkta gerçekleştirilen fesihleri yalnızca keyfilik ve kanuni ilkeler çerçevesinde değerlendirmiş, kaçınılmazlık denetimi yapmamıştır.[121]

Fransız hukukunda ise ekonomik nedenle fesih kavramı çerçevesinde denetimler yapılmaktadır. Ekonomik güçlükler veya teknolojik dönüşüm nedeniyle işçinin işletmedeki işinin ortadan kalkması, dönüşüme uğraması veya esaslı tarzda değişmesi sonucunu doğuran olgular ekonomik nedenlerle fesihleri ifade eder.[122] Ekonomik nedenle fesih çift yönlü bir denetime tabi tutulur. Öncelikle ekonomik nedenin gerçek ve ciddi olup olmadığı değerlendirilir. Ardından gerçek ve ciddi ekonomik nedenle fesih arasındaki illiyet bağı aranır.[123] İlliyet bağı da öncelikle işin niteliğinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması ile ekonomik nedenler arasında, ardından anılan değişiklikler ile fesih olgusu arasında bulunmalıdır.[124]

---

[119] Yargıtay (Kapatılan)7. HD, E: 2016/29721, K: 2016/16996, T: 20.10.2016; Aynı yönde; Yargıtay (Kapatılan)7. HD, E: 2015/16086, K: 2015/18477, T: 07.10.2015, (https://kazanci.com.tr/, s.e.t.: 23.01.2024).

[120] Polat Soyer, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", S.1, 2006, Sicil İHD, s.20; Betül Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", C.18, S.1, 2016, DEÜHFD, s.92.

[121] BAG, 06.09.1991- 1 ABR 45/90.

[122] Frédéric Gea, "Le Droit du Licenciement Économique à L'épreuve de la Sécurisation de L'emploi", S.3, 2013, Droit Social, s.212.

[123] Gilles Auzero/ Dirk Baugard/ Emmanuel Dockés, Droit du Travail, 36. Baskı, Dalloz, Paris, 2022, s.791.

[124] Jean Pélissier/ Alain Supiot/ Antoine Jeammaud, Droit du Travail, 21. Baskı, Dalloz, Paris, 2002, s.579.

Fransız İş Kodunun L.1233-3 maddesinde ekonomik nedenle fesih kavramı açıklanmıştır. Hükme göre feshe dayanak oluşturacak ekonomik nedenlerden biri, faaliyetlerin devamı ya da nakit akışında bozulma gibi en az bir ekonomik göstergede önemli bir değişiklik veya ekonomik zorluklar anlamına gelen siparişler ve ciroda düşüştür. Siparişler ve ciroda düşüşün ne anlama geldiği de yine ilgili maddede, önceki yılın cirosuna kıyasla ve işyerinde çalışan sayısına göre orantılı olarak açıklanmıştır. Diğer ekonomik nedenler ise teknolojik gelişmeler, işletmenin rekabet gücünü korumak için gerekli olan bir yeniden yapılanma ve işyerinin faaliyetinin durdurulması olarak sıralanmıştır. Hükme göre feshin dayanağı olan ekonomik nedenin ağırlığı, işyerinin faaliyet sektörü, özellikle de sunulan ürün, mal veya hizmetlerin niteliği, hedeflenen müşteri kitlesi ve aynı pazara ilişkin dağıtım ağları ve yöntemleri ile birlikte değerlendirilmelidir.

Fransız hukukunda işletmesel kararın denetimi için, Alman hukukuna göre çok daha sıkı ilkelerin benimsendiği söylenebilecektir. Fransız hukukunda mahkeme, öncelikle işverence ileri sürülen nedenin gerçekten mevcut olup olmadığını değerlendirir. Ardından iş sözleşmesinde esaslı değişiklik gereksinimi meydana getiren işletmenin yeniden yapılandırılması yönündeki işletmesel karar, yeni organizasyonun işletmenin yararı dikkate alınarak veya sektördeki rekabet gücünü arttırmak amacıyla yapılıp yapılmadığı yönünde denetlenir. Dolayısıyla keyfilik denetimi bir diğer aşamaya taşınmakta, bu iki neden çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. İki nedenle sınırlandırılmış bu özel denetimde hakim, kararın işletmeye ekonomik yararını değerlendirerek işveren yerine geçip kendisi bir karar almaz. Hakimin yaptığı işlem, işverence alınan işletmesel kararın temel amacını açığa çıkarmak, işletmenin rekabet gücüne etkisi olup olmadığını sorgulamaktır. Anılan denetim, Fransız İş Kodunda ayrıca düzenlenen son çare ilkesine de hizmet etmektedir. Fransız hukukunda işverenin kişisel yetkisini aşması ya da kendi aldığı bir karar neticesinde ekonomik güçlüğe düşmesi sonucunda işçilerini geçerli nedene dayanarak işten çıkarabilmesi de mümkün görünmemektedir.[125]

Alman ve Fransız hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak son çare ilkesi de denetim usulleri arasında yasal olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda yasal düzenlemeye öncülük eden süreç, öğreti görüşleri ve Federal İş Mahkemesi içtihatları ile gerçekleşmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi 1978 yılında verdiği bir kararında[126] "*Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun; veya geçerli bir nedene ya da haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır.*" ifadeleriyle kanuni düzenlemeye öncülük etmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun § 1/2 hükmünde son çare ilkesi, "*İşçinin iş sözleşmesinin feshi sosyal bakımdan haksız ise geçersizdir. İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya*

---

[125] Cass. Soc., 14 Mars 2012, 10-28.413; Fransız Yargıtayının yakın tarihli bir kararına konu uyuşmazlıkta davalı şirket, ticari ilişki içerisine girdiği diğer şirketlerle kendilerine yapılması gereken ödemeleri temettü cinsinden yapılacağı yönünde anlaşma yapmış ancak bu anlaşma neticesinde ekonomik zorluk yaşamaya başlamıştır. İçinde bulunduğu ekonomik zorluktan çıkabilmek için işçilerini işten çıkaran şirketin yaptığı fesihler Yüksek Mahkemece hukuka aykırı bulunmuştur. Cass. Soc., 24 Mai 2018, 17-12.560, Alexandre Fabre, "De la Faute Retrouvée Dans la Contestation des Suppressions d'emplois", S.9, 2018, Revue de Droit du Travail, s. 570.

[126] BAG, 30.05.1978, Güzel, 2005, s. 65.

da işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz işyeri gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal açıdan haksızdır." şeklinde, kaçınılmazlık kavramı ile düzenlenmiştir. Hükmün devamında "*işçinin aynı işyerinde başka bir işte veya aynı işletmenin başka bir işyerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yine sosyal bakımdan haksız sayılır. İşverenden beklenebildiği ölçüde, yeni meslek eğitimi veya geliştirme eğitimi ya da değişik işkollarında çalıştırılma yolu ile işçinin işini sürdürmesi olanağı varsa ve işçi de bunu kabul etmiş ise, fesih yine sosyal açıdan haksız sayılır. İşveren feshi geçerli kılan nedenleri ispatla yükümlüdür*" ifadelerine yer verilmiştir.

Fransız İş Kodunda ise son çare ilkesi, L. 1233-4 hükmünde "*Bir çalışan ancak eğitim ve adaptasyon için tüm çabalar gösterilmişse ve ilgili kişi şirkette veya şirketin ait olduğu gruptaki diğer şirketlerde ülke içinde bulunan ve organizasyonu, faaliyetleri veya faaliyet yeri personelin tamamının veya bir kısmının transferini sağlayan mevcut işlere yeniden yerleştirilemiyorsa ekonomik nedenlerle işten çıkarılabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere Fransız hukukunda son çare ilkesine ilişkin denetim kapsamı bu yönüyle de oldukça geniştir. Zira hükümde, şirketin ait olduğu gruptaki diğer şirketlerde istihdam olgusunun da değerlendirilmesi gerektiği tüzel kişilerin bağımsızlığı ilkesi terk edilircesine ifade edilmiştir. İlgili hüküm, Fransız hukukunda yerleşik ekonomik ve sosyal ünite görüşü ile de uyumludur.[127]

Alman ve Fransız hukuk düzenlerinde işletmesel karara dayalı fesihlerde açıklanan denetimlerin gerçekleştirilmesinin ardından feshin bireyselleştirilmesine yönelik sosyal seçim ilkesi değerlendirilmelidir. Sosyal seçim ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan fesih işlemlerinde daha zayıf durumda olan işçilerin korunması amacına hizmet eder ve işverenin işten çıkaracağı işçilerini birtakım kriterleri gözeterek seçmesi yükümlülüğünü ifade eder.[128] Dolayısıyla bu ilke, işverenin işletmesel kararında keyfi olup olmadığı, fesih kararının ölçülülüğü ve son çare olması gibi aşamaların ardından kararın uygulanmasına yönelir.

Alman hukukunda sosyal seçim, Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun § 1/3 hükmünde kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü ve ağır engellilik kriterleri esas alınarak düzenlenmiştir. Hükme uygun sosyal seçim üç aşamanın sırayla gerçekleştirilmesini gerektirir. Öncelikle sosyal seçime dahil edilecek çalışan grubu belirlenir. Ardından bu grup içerisindeki çalışanlar, kanuni somut kriterler içerisinde değerlendirilmektedir. Bu kriterler sonucunda iş sözleşmesi feshedilebilecek olanlardan da iş sözleşmelerinin devamı işletme çıkarları için gerekli görülenler ayrıştırılır.[129]

Temel amacı, zayıf durumdaki işçilerin korunması olan sosyal seçim ilkesinin coğrafi açıdan sınırları işyeridir. Türk hukukundaki gibi Alman hukukunda da işyeri kavramından bir organizasyon olarak söz edilir. Ancak ekonomik ve sosyal olarak birlik oluşturdukları gerekçesiyle grup şirket bünyesindeki ayrı şirketlerde yer alan işçiler değerlendirmeye dahil

---

127 Fransız hukukunda ekonomik ve sosyal ünite görüşü hakkında ayrıntı için bkz. Umut Dilaver, Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.373-378.

128 Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?- Karar İncelemesi", S.4, 2006, Sicil İHD, s.99.

129 BAG, 31.05.2007, NZA 2007, 1362-1363.

edilmezler.[130] Birlikte işverenlik söz konusu olduğunda ise artık işçiler sosyal seçim için karşılaştırılabilir gruba dahil edilecektir.[131]

İşyerinin sınırları belirlendiğinde karşılaştırılabilir işçiler tespit edilecektir. İşçilerin, içlerinden birkaçının sözleşmesinin feshedileceği ve diğerlerinin görevlerine devam edecekleri düşünüldüğünde, aynı gruptaki işçilerin birbirleri yerine ikame edilebilir olmaları gerekir. Öncelikle işçilerin çalıştıkları birim ve yaptıkları işler değerlendirilir. İşçilerin yalnızca bilgi, beceri ve tecrübeleriyle diğer işçilerin yerine ikame edilebilmeleri de yeterli değildir. Aynı zamanda iş sözleşmeleri ile ilgili alanlarda görevlendirilebilmeleri bakımından işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmamış olmalıdır.[132]

Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında ayrıca yatay karşılaştırılabilirlikten söz edilir. Buna göre, aralarında hiyerarşik ilişki bulunan iki farklı işçinin karşılaştırılması mümkün değildir.[133] Karşılaştırılabilecek grubun tespitinin ardından, bu gruptaki işçilere kanuni ölçütlerin uygulanması aşamasına geçilebilecektir. Emredici nitelikteki bu düzenlemeler, işverenin genel ve objektif bir yaklaşım benimsemesini gerekli kılmaktadır. Ancak işverenin genel ve yeterli bir yaklaşım benimsemesi de feshin geçerli sayılabilmesi için kabul görmektedir. Yine işverenin, bu kriterleri esas alma sırası ve derecesi bakımından, makul ölçü çerçevesinde bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.[134]

Kanuni değerlendirme ölçütlerinden ilki işçinin kıdemidir. Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin kıdemini değerlendirirken söz konusu işyerinde geçirdiği süreden ziyade, farklı işyerlerinde geçiriyor olsa da feshi gerçekleştiren işverenin yanında geçirdiği süreye sonuç bağlamaktadır.[135] Yine, işçinin yaşı ve bakım yükümlülüğü altında olması da değerlendirilen hususlardandır. Bakım yükümlülüğü kavramı hükümde açık bir biçimde tanımlanmamış olmakla birlikte Alman öğretisinde, işçinin özellikle aile fertlerine karşı üstlendiği ekonomik yükümlülükler olarak anlaşılmaktadır.

Fransız hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi, işletmesel gereklerle fesih yoluna gidecek olan işverenin sosyal seçim ilkesine uyması gerekmektedir. İşten çıkarılacak işçilerin seçimi ya da işten çıkarmalarda sıralama olarak adlandırılan bu ilke, Fransız İş Kodunun L.1233-5 ila L.1233-7 hükümlerinde yasal olarak düzenlenmiştir.

Fransız hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak sosyal seçim için karşılaştırılacak işçilerin tespitinde temel alınacak coğrafi alan işletmedir. Fransız hukukunda işletme kavramı, Türk iş hukukundaki işletme anlayışından daha farklı olarak, ekonomik ve sosyal bir birliğe işaret etmektedir. Fransız Yargıtayının yerleşik içtihadına[136] dayalı bu görüş Fransız öğretisinde

---

130 Hromadka/Maschmann, s.477-478.

131 BAG, 27.11.2003 - 2 AZR 48/03.

132 BAG, 15.06.1989, AP KschG 1969, § 1 Soziale Auswahl Nr. 18.

133 BAG, 12.03.2009 - 2 AZR 418/07.

134 Alpagut, s.102.

135 BAG, 29.01.2015 - 2 AZR 164/14.

136 Cass. Soc., 12 Janvier 1994, Dr. Soc. 1994, 275. Ayrıca Fransız Yargıtayına göre, karşılaştırılacak işçi grubunun seçiminde işçinin daha önce ilgili birimlerde benzer görevleri gerçekleştirmesi aranmaktadır. Bu nedenle esas alınacak olan husus, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte bulunduğu işyeri ve gördüğü iştir. Cass. Soc. 30 Juin

eleştirilmektedir. Eleştirilere göre, son çare ilkesinin uygulanması açısından işletme veya grup şirket sınırlarının kullanılması mümkün olabilir. Ancak feshedilecek işçilerin seçimi aynı yararı sağlamayacaktır. Böylesi bir işlem, ekonomik nedenle işin ortadan kalkması arasındaki nedensellik bağının kesilmesine neden olmaktadır.[137]

Fransız hukukunda sosyal ölçütlerde ilk olarak, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi olup olmadığına bakılacak ve varsa, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümler öncelikle uygulanacaktır. Ancak toplu iş sözleşmesi yoksa işveren, öncelikle ekonomik ve sosyal konseye danışarak, kanunda sıralanan ölçütleri uygulayacaktır. Bunlar, ailesel bakım yükümlülüğü, işçinin kıdemi, işçilerin yeniden işe alınmalarını zorlaştıracak yaş ve engellilik gibi faktörler ile mesleki niteliklerdir. Kanuna göre işveren, bu kriterler arasında seçim sırasını objektif ve makul davranmak şartıyla belirleyebilecektir. Bu konuda Alman hukukuna benzer şekilde, işverenin kriterleri uygulama konusundaki gayreti belirleyici olacaktır. İşverenin toplu işten çıkarmaları için düzenlenen L. 1233-5 karşısında, L.1233-7'ye göre bireysel nitelikteki işten çıkarmalarda da aynı kriterlerin esas alınacağı kabul edilmiştir. Söz konusu ölçütler, kanunla işverene yüklenen bir yükümlülük niteliği taşıdıklarından artık bunlara uyduğunu ispatlaması gereken kişi işverendir. Fransız Yargıtayı bu yöndeki bir kararında[138], mesleki nitelikler ölçütüne dayanarak feshi gerçekleştiren işverenin, sözleşmesi feshedilen işçinin diğer işçilere nazaran mesleki anlamda yetersiz olduğunu ispat etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Fransız hukukunda işverenin sosyal seçim ilkesine uymaksızın fesih işlemleri gerçekleştirmesinin yaptırımı ise kanuni olarak düzenlenmemiştir. İşverenin, sosyal seçim ilkelerine aykırı fesihleri Yargıtaya göre feshin geçersizliği veya sosyal olarak haksız olduğu gibi bir sonuç doğurmayacaktır. Yüksek Mahkeme, böyle bir feshe muhatap olan işçinin ancak genel hükümlere göre zararını karşılayacak bir tazminat talep edebileceğine hükmetmektedir. Burada işçinin talep edebileceği zarar, gerçek zararıdır.[139]

SONUÇ

Dış kaynak kullanımı, işletmelerin birtakım işletmesel gereklilikleri, işletme dışındaki bir kuruluştan temin etmeleri olarak tanımlanmaktadır. İşletmeler bu yöntem sayesinde, üretim faaliyetinin ana kısmına odaklanarak üretimde kaliteyi artırmayı, aynı zamanda maliyetleri düşürmek suretiyle serbest ve rekabetçi piyasada ön plana çıkmayı hedeflemektedir. İşveren, işletmesinde maliyetleri düşürmek gibi birtakım nedenlerle dış kaynak kullanımı metodunu benimsediği takdirde almış olduğu karar iş hukuku anlamında işletmesel karar olarak adlandırılır. İşverenin işyeri ya da işletmesi içerisindeki bir birimi işletmesel kararına dayalı olarak devretmesi ya da kapatması işçilerin iş

1993, Ali Güzel/ Emre Ertan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", C.4, S.16, 2007, Legal İSGHD, s.1270.

137 Michel Despax, "L'ordre des Licenciements Dans Les Entreprises à Établissements Multiples", S.3, 1994, Droit Social, s.243-244.

138 Cass. Soc., 28 Janvier 2004, 01-46.442.

139 Pelissier/Supiot/Jeammaud, s.552.

sözleşmeleri üzerinde sonuç doğurduğundan anılan işletmesel kararlar iş hukuku açısından değerlendirilmeye muhtaçtır.

İşletmesel karar, işverenin gelecekteki iş ve işletme politikalarına ilişkin, işletmeye yönelik kararlar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır. İşletmesel kararın geniş anlamı ile işverenin işletmesi ile ilgili aldığı her türlü karar olduğu söylenebilir. Yargıtay kararlarında sıkça yer verilen bu kavram, açık bir kanuni düzenlemeye konu edilmemiştir. İşletmesel kararın hukuki dayanağı, Anayasanın sözleşme ve girişim özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesidir. Buna göre işverenin, istediği kişilerle sözleşme yapabilmesi kural olarak mümkün olmakla birlikte, yine sahip olduğu girişim özgürlüğü çerçevesinde kural olarak dilediği alanlarda teşebbüsler kurması ve bunları iradesine uygun bir biçimde yönetmesi mümkün olacaktır. Alman hukukunda da benzeri bir yaklaşım gözetilerek Anayasanın 12. maddesindeki girişim özgürlüğünün işletmesel karar alma özgürlüğüne hukuki dayanak teşkil ettiği kabul görmekle birlikte, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde de feshin geçerliliğine ilişkin nedenlerden söz edilirken işletmesel kararla işçinin çalıştığı mevkinin ortadan kalkması ibaresi kullanılmakta ve işletmesel karara vurgu yapılmaktadır.

İşverenin, girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı işletmesel kararları birtakım ayrımlara tabi tutulabilir. İşletmesel karara yönelik ayrımların, teorik bir tartışma olduğu kadar pratik sonuçları da bulunur. Konuya ilişkin en temel ayrım, işletmesel kararın nedenine yönelik işletme içi- işletme dışı ayrımıdır. Her iki gerekçe ile alınan işletmesel kararlarda ispat kolaylığı birbiri ile eşdeğer değildir. İşverenin, işletme dışında bir sebebe dayandırdığı fesihlerde işletmesel gereklilikleri ispat etmesi daha kolay olacaktır. Ancak işverenin işletme içi bir nedene dayanarak aldığı fesih kararında, işyerinde içsel gereklilikler ile yeni bir organizasyon kurulduğunun ve işçilerin bu sebeple artık çalışma imkanı kalmadığının ispatı daha güç görünmektedir. Yargıtay, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı işletme içi nedene dayalı karar olarak değerlendirmekte ve karar sonucu fesihleri bu kapsamda denetlemektedir. İşveren, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararın amaca uygunluğu ve gerekliliğine ilişkin ispat zorunluluğu altında olmamakla birlikte işletme içinde feshi engellemek için tedbirler aldığını ispat etmekle yükümlüdür.

İşverenin işletmesel kararı sonucu işyerinde yeniden organizasyona gitmesi dış kaynak kullanımı kavramı ile örtüşür. İşverenin bir birimi alt işverene bırakmaya yönelik kararı da Yargıtay içtihatlarında dış kaynak kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Bu yöndeki işletmesel kararlar, kanunun alt işverenlik ilişkisinin kurulması için belirlediği unsurlar, muvazaa karineleri ve genel muvazaa ilkeleri çerçevesinde denetlenmelidir. İşverenin bir birimi alt işverenlik ilişkisi kurmayacak şekilde devretmesi ve faaliyeti kendi işletmesi bünyesinden dışlaması da mümkündür. Anılan kararın yerindelik ve amaca uygunluğu bakımından değil, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde denetlenmesi gerekir.

Alman iş hukukunda, karar verilen ana kadar işletme içerisinde ve işletme kaynaklarıyla elde edilen üretim çıktısının artık dışarıdan temin edilmesi dış kaynak kullanımı olarak görülmektedir. İşverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı, işyeri bölümünün devri ya da kapatılması sonucu doğurur. İşyeri bölümünün kapatılması sonucunu doğuran işletmesel karar, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu uyarınca denetlenir. İşverenin ilk ihtimali seçmesi halinde Alman hukukunda kanuni olarak düzenlenmemiş alt işverenlik ya da BGB § 613a'da düzenlenmiş işyeri devri ilişkisi ortaya çıkabilir. Alt

işverenlik kurumunun düzenlenmemiş olması karşısında yapılacak denetimler işyeri devri ve BGB § 278'de düzenlenen ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde yapılır.

İşletmesel karar, kural olarak denetime konu edilmez. Ancak her hak gibi kötüye kullanımı mümkün olduğundan dürüstlük kuralı çerçevesinde genel denetimi gerçekleştirilir. Yine, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar söz ettiğimiz hukuki kurumları doğurduğunda, her kurumun kendisine yönelik denetim mekanizmaları uygulama alanı bulur. Ancak işletmesel kararın esas denetimini karara dayalı fesihler oluşturur. Alman hukukunda, işverenin bir birimi maliyet nedeniyle kapatması ile işletmesel kararı çerçevesinde üçüncü bir kişiye devretmesi aynı kapsamda değerlendirilmez. Dış kaynak kullanımı metodu, işverenin tamamen girişim özgürlüğüne dayalı bir karar olarak yalnızca keyfilik, kanun ile düzenlenmiş son çare ilkesi ve sosyal seçim kriterleri çerçevesinde denetlenir. Fransız hukukunda dış kaynak kullanımı temelli fesihler ekonomik nedenle yapılan fesihler olarak görülür ve ekonomik nedeninin ağırlığı, işyerinin faaliyet sektörü, özellikle de sunulan ürün, mal veya hizmetlerin niteliği, hedeflenen müşteri kitlesi ve aynı pazara ilişkin dağıtım ağları ve yöntemleri ile birlikte değerlendirilir.

Türk hukukunda ise karara dayalı fesihlerin öncelikle objektif, makul ve keyfi olup olmadığı, ardından işverenin aldığı, istihdam fazlasına yol açan işletmesel kararı sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayıp uygulamadığı denetlenir. İşverenin tutarlı davranışlarda bulunduğu, birbiri ile çelişmeyen davranışlarından çıkarılır. Anılan denetimlerden geçen işletmesel karara dayalı fesih, üç alt ilkeden oluşan ölçülülük denetiminden geçer. Ölçülülük denetimi, kararın amacı gerçekleştirmeye elverişliliği, aracın gerekliliği ve araç ve müdahalenin ağırlığı arasındaki orantı yönünden değerlendirme gerektirir.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, "Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk", S.20, 2010, Sicil İHD, ss.215-252.

Alp M, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul, 2002, ss.91-126.

Alpagut G, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?- Karar İncelemesi", S.4, 2006, Sicil İHD, ss.95-105.

Altıntepe A, "Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.

Ascheid R/Preis U/Schmidt I, Kündigungsrecht, 5. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2017.

Astarlı M, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", S.17, 2010, Sicil İHD, ss.74-88.

Auzero G/ Baugard D/ Dockés E, Droit du Travail, 36. Baskı, Dalloz, Paris, 2022.

Baskan E, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021.

Başbuğ A/ Yücel Bodur M, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018.

Başterzi S, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerindeki Etkileri", C.54, S. 3, 2005, AÜHFD, ss.53-94.

Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Boeddinghaus R, "Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung", C.49, S.1, 2001, Arbeit und Recht, ss.8-11.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih", C.14, S.54, 2017, Legal İSGHD, ss.671-703.

Centel T, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020.

Däubler W, "Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?", C.61, S.1, 2013, Arbeit und Recht, ss.9-15.

Despax M, "L'ordre des Licenciements Dans Les Entreprises à Établissements Multiples", S.3, 1994, Droit Social, ss.243-250.

Dilaver U, Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Dinç İ C, "Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden Hizmet Alımının İş Hukukunda Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing) Bakımından Değerlendirilmesi", C.17, S.68, Legal İSGHD, ss. 1555-1582.

Doğan Yenisey K, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

Dulay D, "İşletme Gereklerine Dayanan Fesih", C.5, S.46, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, ss.89-94.

Dursun Ateş S, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Ekonomi M, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980.

Engin M, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

Erkanlı B, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", C.18, S.1, 2016, DEÜHFD, ss.63-111.

Fabre A, "De la Faute Retrouvée Dans la Contestation des Suppressions d'emplois", S.9, 2018, Revue de Droit du Travail, ss.570-571.

Gea F, "Le Droit du Licenciement Économique à L'épreuve de la Sécurisation de L'emploi", S.3, 2013, Droit Social, ss.210-222.

Güzel A, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Türk Milli Komitesi, 25-26 Kasım 2011, Ankara, 2002, ss.131-284.

Güzel A, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", S.4, 2005, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.159-182.

Güzel A/Ertan E, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", C.4, S.16, 2007, Legal İSGHD, ss.1219-1307.

Henssler M/ Willemsen H J/ Kalb H J, Arbeitsrecht Kommentar, 10 Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2022.

Hromadka W/Maschmann F, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer, Berlin, 2018.

Hubmann H, "Grundsätze der Interessenabwagung", S.2, 1956, Archiv für die Civilistische Praxis, ss.85-134.

International Labour Organization, National Reports on Outsourcing, XVth Meeting of European Labour Court Judges, Erfurt, Almanya, 2007.

Kar B, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", S.17, 2008, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.101-129.

Keser H, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Köme A, "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.

Lankford W/Parsa F, "Outsourcing: A Primer", C.37, S.4, 1999, Management Decision, ss.310-316.

Mollamahmutoğlu H/Astarlı M/Baysal U, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022.

Müller-Gloge R/Preis U/Schmidt I, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2023.

Nerlich J/Romermann V, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, §125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz,, InsO §125, C.H.Beck, 2012.

Özkaraca E, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Pélissier J/Supiot A/Jeammaud A, Droit du Travail, 21. Baskı, Dalloz, Paris, 2002.

Pfeiffer T, Soergel Bürgerliches Gesetzburch, Band. 3/2, Schuldrecht 1/2, §243-304, 13. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2014.

Soyer P, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", S.1, 2006, Sicil İHD, ss.16-28.

Süzek S/Başterzi S, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.

Taşkent S, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", S.21, 2011, Sicil İHD, ss.15-24.

Taşkent S, İşverenin Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul, 1981.

Timur H, "Norm Kadro Saptama Teknikleri ve Norm Kadro Kılavuzunu Hazırlama Yöntemi", C.22, S.2, 2004, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.201-221.

Tolu Yılmaz H, Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023.

Tschöpe U, Arbeitsrecht Handbuch, 13. Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2023.

Tulukcu N B, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi", S.18, 2010, Sicil İHD, ss.129-142.

Ugan Çatalkaya D, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

Ulucan D, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", C.12, S.47, 2015, Legal İSGHD, ss.49-82.

von Huene-Hoyningen G, "Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?", S. 25, 1985, Betriebs-Berater.

Yıldız G B, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", C.15, Özel Sayı, 2013, DEÜHFD, ss.681-707.

Yücel Bodur M, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", C.1, S.2, 2015, İş ve Hayat Dergisi, ss.137-167.

Zwanziger B, "Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Interessenausgleichs mit Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer", C.45, S.11, 1997, Arbeit und Recht, ss.427-434.

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.

b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.

c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.

ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.

d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.

e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.

f) Araştırma ve makalede ortak araştırıcı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.

g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1.Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.

2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.

3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.

4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayrım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.

5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.

6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.

7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.

8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.

9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.

10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.

11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.

12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.

13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı bulundukları kurumun izni gerekir.

14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir "Özel Sayı" olarak da yayınlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi "AD" kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Mart ve Eylül aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm

yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısıyla ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen e-posta adresine (dergiadalet@gmail.com) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCID kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu husustaki tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. **(Dilekçe Örneği)**. Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı, alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanası hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1. Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3. Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgünlük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati oluştuğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif haklarına ilişkin tüm

sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. YAZIM KURALLARI

A) **1**- Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimeden az, 15.000 kelimeden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde "Başlık" 12 kelimeyi aşmamalı, "Öz" ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, "Anahtar Kelimeler" 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde "Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler"in Türkçe'nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) **1**-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II. ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek:

Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, 11. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek:

Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek:

Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4- Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek:

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek 1:

Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek 2:

Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1 Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek:

M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek:

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan tırnak içinde), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Merci, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1:

Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).**

Örnek 2:

Yargıtay 2. CD, E: 2015/, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).**

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir:

RG, 02.01.2020, S. 30996.

III. KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şekilde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.