

e-ISSN: 2667-6117



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER
ÜNİVERSİTESİ**

**Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)**

Cilt: 5

Sayı: 1

Haziran-2023

Vol.: 5

no.: 1

June-2023

Haziran - 2023**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****(ASBUHFD)**

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 5 Sayı: 1

Vol.: 5 no.: 1

Haziran-2023

June-2023

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

*ASBUHFD is a peer-reviewed journal.**The liability of the published work is on the author/authors.*ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi **TR Dizin** haricinde aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.*ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.***Basım Tarihi:**

Haziran, 2023

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****Editör Kurulu**

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Celil ŞAHİN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Gökberk ÖZSÖKER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Elif Banu VARLI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
---------------------	---

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rauf KARASU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf AKSAR	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III...** Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C...** Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3...** Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c...** Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii...* Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.

5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm aslı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz. <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.

- Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM**Beginning**

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*

SYOK UYGULAMASINDA SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ1

Erdal YERDELEN

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KEFALETİN GÜVENCE OLARAK GÖSTERİLMESİ.....37

Alper UYUMAZ

Hüseyin BULUT

AVRUPA VE ÜLKEMİZDE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAPSAMA ORANI VE BU ORANI ETKİLEYEN FAKTÖRLER 110

Baki Oğuz MÜLAYİM

HUKUKU GÖRSELLEŞTİRMEK: HUKUK TASARIMI..... 154

Emin GİTMEZ

İDARE HUKUKU BOYUTUYLA MİLLETVEKİLLERİNE VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNLARA KARŞI YARGISAL BAŞVURU..... 191

Asuman ÇAPAR

UYGUR HUKUKUNDA FAİZ –UYGUR HUKUK VESİKALARINA GÖRE–..... 242

Salih KORKMAZ

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA UYGULANAN BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI: HUKUKİ SÜREÇ VE MEVCUT DURUM 267

Muhammed GÖÇGÜN

Saliha Merve KAYA

SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNDE SİMSARIN ÜCRET HAKKI 342

Fatih Furkan BİLGE

ANA HATLARIYLA ÇİFT MECLİS SİSTEMİ 382

Abidin Kadir İnce

GENEL AHLAK BAĞLAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ 456

Melisa Seval MERAY

**MADEN İŞLETMELERİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ
ÖNLEMLERİNİN ALINMADIĞINA DAİR TESPİT DAVASININ
HUKUKİ YARARI- KARAR İNCELEMESİ 487**

Rumeysa ÇEVİK

**ÇOCUK HAKLARI, ÇATIŞMA VE ULUSLARARASI CEZA ADALETİ
..... 541**

Diane Marie Amann

Çev. Neyire Akpınarlı

Çev. Mustafa Berk Arslan

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

SYOK UYGULAMASINDA SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Problems and Proposed Solutions in the Implementation of Syok (Decision of Non-Investigation Order)

Erdal YERDELEN*

Öz

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 158'e 15.8.2017 tarih ve 694 Sayılı KHK'nın 145. maddesiyle 6. fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme, 1.2.2018 tarih ve 7078 Sayılı Kanunla aynen kabul edilmiştir. CMK m. 158/6'da soruşturmaya yer olmadığı kararının bir tanımı yapılmamakla birlikte bu kararın hangi hallerde verilebileceği düzenlenerek dolaylı tanıma yer verilmiştir. Soruşturmaya yer olmadığı kararı, asılsız, mesnetsiz ihbar ve şikâyetler nedeniyle kişilerin soruşturmaya uğramalarını ve şüpheli sıfatını almalarını engellemek ve kişileri iftiralara karşı korumak amacını taşımaktadır. Bu şekilde kişilerin lekelenmeme hakkını güvenceye almak bakımından

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8796-2186

Makale Gönderim Tarihi/Received: 10.05.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 07.06.2023.

Atıf/Citation: Yerdelen, Erdal. "Syok Uygulamasında Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 1-36.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



önemli bir adım atılmıştır. İhbar veya şikâyetin CMK m.158/6 kapsamında olması halinde Cumhuriyet savcılarınca soruşturma başlatılmadan SYOK verilecektir. Ancak uygulamada SYOK, yukarıda belirtilen şekilde uygulanmamakta özellikle fıkranın gerekçesine aykırı uygulamalar yapılmaktadır. Bu aykırılıkların bir kısmı bu çalışmada dile getirilecek ve çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İhbar veya Şikâyet, Soyut ve Genel, Soruşturmama Kararı, Lekelenmeme Hakkı

Abstract

Paragraph 6 was added to Article 158 of the Code of Criminal Procedure by Article 6 of the Decree Law No. 694 dated 15.8.2017. This regulation was adopted as it is, with the Law dated 1.2.2018 and numbered 7078. Article 158/6 of the Criminal Procedure Code does not provide a definition of the decision of non-investigation, but an indirect definition is provided by regulating the circumstances under which this decision may be made. The decision of non-investigation aims to prevent persons from being investigated and being labeled as suspects due to unfounded and groundless allegations and complaints, and to protect persons against defamations. In this manner, an important step has been taken to secure the right of individuals not to be defamed. If the denunciation or complaint is within the scope of Article 158/6 of the Code of Criminal Procedure, the public prosecutors will issue an decision of non-investigation without initiating an investigation. However, in practice, this decision is not implemented in the above-mentioned manner, and in particular, practices contradicting the justification of the paragraph are practiced. Some of these contradictions will be expressed in this article and solution recommendations will be presented.

Keywords: Denunciation or Complaint, Abstract and General, Decision not to Investigate, Non-defamation Right

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 158/6 gereğince “*ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması*” durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Böyle bir durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir. Bu karara karşı CMK m.173’teki usule (KYOK için düzenlenmiş itiraz şekli) göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus “*İhbar Sistemine*” (İhbar Kaydı) alınır. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir. Bu fıkra düzenlenmesiyle neyin amaçlandığı bu fıkranın gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre; Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 158’inci maddesine yeni bir fıkra eklenerek, içeriği suç oluşturmayan veya soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler için soruşturma öncesi bir değerlendirme mekanizması oluşturulmaktadır. Bu tür ihbar ve şikâyetler üzerine derhal soruşturmaya başlanması, ilgililere şüpheli sıfatı verilerek yakalama ve ifade alma başta olmak üzere çeşitli muhakeme işlemlerine girişilmesi hem usul ekonomisi ile hem de “lekelenmeme hakkı” ile bağdaşmamaktadır. Düzenlemeyle bu tür ihbar ve şikâyetlerin soruşturma evresi başlatılmadan hukuki sonuca bağlanması sağlanmaktadır.

I. RE'SEN ÖĞRENME ÜZERİNE SYOK VERİLMESİ

Bir kişinin (şüpheli, müşteki, tanık vb.) ifadesinde geçen bir kişiyle ilgili olay, ihbara kaydedilerek soruşturmaya yer olmadığı kararı verilemez. CMK m. 158/6'da "*İhbar ve şikâyet konusu fiilin ...*" ifadesi kullanılmıştır. Kanunun lafzında açıkça ihbar veya şikâyet konusu edilen bir fiilden bahsedilmektedir. Bunu aşarak re'sen öğrenmeyle bir ihbar kaydı oluşturulması ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan kıyas yasağını ihlal edecektir. Çünkü kişinin lekelenmeme hakkını ihlal eder tarzda bir kıyas yapılamaz. Ancak uygulamada bu şekilde başka bir kişinin ifadesinde geçen bir kişiyle ilgili ihbara kaydedildiğine şahit olunmaktadır. Kanunda açıkça ihbar veya şikâyet aranmasına rağmen buna aykırı bir şekilde ihbara kayıt yapmak¹ ve SYOK vermek kanuna aykırı işlem tesisi anlamına gelmektedir. Cumhuriyet savcısı, re'sen öğrenme üzerine soruşturma açma yetkisine sahip olduğu halde SYOK verme yetkisini ancak ihbar veya şikâyet üzerine kullanabilir. İhbar veya şikâyet olmadığı halde re'sen öğrenme yoluyla SYOK verilemez.

¹ UYAP sisteminde ihbar kaydı yapılabilecek şikâyetler şunlardır: İçeriği itibariyle ceza ve ceza muhakemesi hukukunun konusuna girmeyen, diğer muhakeme hukuku alanlarının konusuna giren, hukuki uyumsuzluk teşkil eden, ihbar veya şikâyet içeriğinin ve konusunun belirsiz olması nedeniyle anlaşılamayan, hukuken hiçbir anlam ifade etmeyen, somut olarak yer, zaman, olay belirtmeyen soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler. Suat Çalışkan, "Lekelenmeme Hakkı," *Hukuki Haber*, Ekim 20, 2018, <https://www.hukukihaber.net/sorusturulmasi-gerekmeyen-eylemlerde-ihbar-kaydi-ve-yapilacak-islemler-makale,6166.html>.

II. KOLLUKTAN ARAŞTIRMA TALEP ETME

Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararın verilme şartlarından birisi araştırma yapılmaksızın ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının anlaşılmasıdır. Bu sebeple araştırmanın ne olduğunun doğru bilinmesi gerekir. Soruşturma makamlarının herhangi bir kişiden veya kurumdan belge talep etmesi, herhangi bir yerde suçla ilgili inceleme yaptırması, delil araştırması, ifade alması gibi işlemlere girişmesi halinde araştırma yaptıkları kabul edilir.

Başlangıç şüphesi olduğunu gösteren bir hal (bir suçun işlendiği izlenimini veren hal) varsa CMK m. 160 hükmüne göre, Cumhuriyet savcısı kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Buna “*araştırma mecburiyeti*” denir.² Araştırma mecburiyeti ile kamu davasının mecburiliği farklı kavramlardır. Konumuz bakımından dikkat edilmesi gereken husus, araştırma mecburiyeti için soruşturmayı başlatacak derecede bir şüphenin (suç işlendiği izlenimini verecek bir hal) oluşması gerekir. Bu şüphe dahi yoksa veya işlenen fiilin açıkça suç teşkil etmediği kanaati varsa artık araştırma mecburiyeti de söz konusu olmayacaktır.

İhbar ve şikâyetin CMK m. 158/6 kapsamında kalması halinde; Cumhuriyet savcısının ihbar ve şikâyet edilen hakkında araştırma faaliyetine girişmesi, onun hakkında bilgi ve belge toplaması, kurumlarla yazışması, ifadesine başvurusu lekelenmeme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır. Başka bir ifadeyle CMK m. 158/6 kapsamında kalmasına rağmen bir ihbar ve şikâyet için ihbar kaydı açılmasına rağmen fiili olarak soruşturma açılıyor ve kişiye şüpheli sıfatı vermese de

² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019), 561.

şüpheliyle aynı muameleye tabi tutulması kabul edilebilir bir uygulama değildir.³

Cumhuriyet başsavcılığının ihbar veya şikâyet konusu vakayı CMK m. 158/6 kapsamında değerlendirmesine rağmen araştırma faaliyetine girişmesi, bu kapsamda örneğin, ilgili kurumlarla yazışması ve neticesinde soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesi, CMK m. 158/6'nın amacına hizmet etmemektedir. Bu düzenlemenin asıl gayesi, lekelenme hakkının korunmasına yönelik olduğundan uygulamada da bu hususa özen gösterilmesi gerekmektedir.⁴

III. AYNI KONUDA BİRDEN FAZLA İHBAR VEYA ŞİKÂYET BULUNMASI

Soruşturma evresi öncesi bir kişi ya da olay hakkında birden fazla ve/veya farklı yerde ihbar ve şikâyet yapılabilir. Bu ihbar ve şikâyetlerin mahiyeti itibariyle aynı olması durumlarında akıbetlerinin ne olacağı konusunda kanunda bir düzenleme olmamasının sorunlara neden olabileceği ileri sürülmüştür. Bu

³ Uğur Tural, *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar* (İstanbul: Legal Yayınları, 2019), 6.

⁴ Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 263. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne yapılan incelemelerde CMK m. 171/1 kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının yeterli oranda olmadığı, dolayısıyla erteleme kurumuna yeterince müracaat edilmemesi nedeniyle amacına hizmet etmediği, takdirilik sisteminden ziyade mecburilik sisteminin daha çok tercih edildiği yönüyle eleştirilmektedir. Doğan Gedik, "Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu," *Adalet Dergisi*, no. 10 (2002): 4; Hüseyin Tanfer Ayhan, "Ceza Muhakemesi Kanunu 171/1'inci Maddesi Kapsamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi," *Askeri Adalet Dergisi* 39, no. 133 (2011): 57. Benzer bir uygulamanın "soruşturmaya yer olmadığı kararı" kurumu için söz konusu olması halinde, Cumhuriyet savcılarının önlerine gelen her ihbar ve şikâyeti CMK m. 158/6'da yer alan şartları taşıyıp taşımadığını incelemeyen soruşturma başlatması, hukuk güvenliği ihlaline neden olacaktır.

konunun açık bırakılmasının büyük bir eksiklik teşkil ettiği, başta etkili soruşturma yükümlülüğü ve hak arama hürriyetinin ihlali olmak üzere uygulamada sorunlara neden olabileceği belirtilmiştir.⁵ Aynı görüşe göre; “*ne bis in idem ilkesi*” davanın reddi nedeni olarak CMK m. 223/7’de düzenlenmiştir. Bu ilke bireyin aynı eylemden dolayı ve aynı konuda iki kere yargılanması ve cezalandırılmasına karşı bir hukuki himaye sağlamaktadır ve “*kesin hükmün önleme etkisi*” olarak anılmaktadır. YCGK’nın da kararlarında benimsediği bu ilkenin ceza muhakemesinin tüm evrelerinde geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte kişinin tekrar muhakeme süjesi haline getirilmesi insan onurunu zedeleyecek ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşürecektir.⁶ Bu bağlamda ortada herhangi bir soruşturma mevcut olmasa dahi bir ihbar ve şikâyetin varlığı halinde bu ihbar ve şikâyet nedeniyle soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş olabilir. Bu kararı müteakiben aynı kişi ve aynı kapsamdaki ihbar veya şikâyet yapılabilir. Böyle bir halde de soruşturmaya yer olmadığı kurumunda da “*ne bis in idem*” ilkesinin geçerli olması gerekir.⁷

Kanaatimizce; burada kastedilen CMK m. 158/6 kapsamında olan ihbar ve şikâyetin, aynı olayla ilgili olarak birden fazla yerde yapılmış olmasıdır. Uygulamada bu durum genellikle aynı olayla ilgili olarak hiyerarşik en üstten başlayarak ilgili kuruma kadar tüm birimlere ihbar veya şikâyette bulunulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Tüm ihbar ve şikâyetler CMK m. 158/6 kapsamında kalan türden olduğundan her biri için ilgili Cumhuriyet başsavcılığının soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesi usul ekonomisi ve lekelenmeme hakkı bakımından daha

⁵ Tural, Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar, 85.

⁶ Asiye Selcen Ataç, “İham İçtihatları Işığında Ne Bis in Idem Etkisi,” iç. Dr.Dr.h.c. Silvia TELLENBACH’a Armağan, eds. Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu ve Faruk Turhan (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 835.

⁷ Tural, Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar, 85.

uygundur. Kaldı ki soruşturmaya yer olmadığı kararı, herhangi bir araştırma inceleme yapılmadan verilmesi gereken bir karar olduğundan aynı konuyla ilgili olsa da birden fazla ihbar veya şikâyetin her biriyle ilgili ayrı ayrı SYOK verilmesi gerekir.

Uygulamada bir kişi hakkında birden fazla SYOK verilmiş olmasının önüne geçmek için bunların birleştirildiği ve tek bir SYOK verildiği bilinmektedir. SYOK'un kişinin lekelenmeme hakkını koruduğu, temel haklara daha uygun olduğunu kabul ettiğimizde birleştirme kararının verilmemesi, her bir ihbar için ayrı SYOK verilmesi gerektiğini savunabiliriz. Hakkında soruşturma dahi açılmayacak olan bir olayla ilgili olarak bu karar türleriyle zaman geçirmenin CMK m. 158/6'nin amacına hizmet etmeyeceği tam tersine ihbar ve şikâyeti bir süre daha ihbar edilen kişi için Demokles'in Kılıcı gibi tehdit olarak tutacağı bunun da lekelenmeme hakkını ihlal edeceği açıktır. Ancak uygulamada SYOK vermeden önce araştırmalara girişilip adeta soruşturma yapıldığını bilmekteyiz. Bu nedenle uygulamada birleştirme kararının veriliyor olması, kişi hakkında daha az sayıda SYOK verilmiş olması nedeniyle ihbar edilenin lehine işlemektedir. Birleştirme kararları, hem CMK hem de Kalem Hizmetleri Yönetmeliğinde (m.65 ve m. 219) kovuşturma ve soruşturma evresi için düzenlenmiştir. Bunun kıyas yoluyla ihbar dosyaları için de uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu kadar araştırma ve yazışmaların yapıldığı bir süreçte lekelenmeme hakkını daha hassas korumak bakımından birleştirme yoluna gidilmesi daha isabetlidir. Hiçbir araştırma ve yazışmanın yapılmadan verilecek SYOK için birleştirme yoluna gidilmesine gerek yoktur.

IV. BİR İHBAR VEYA ŞİKÂYET İLE FARKLI İKİ KONUNUN İLETİLMESİ

CMK m. 158/6 kapsamında kalan ihbar ve şikâyetlerin ihbar kaydına alınmasından sonra bunlarla ilgili ayırma kararı

verilmesi süreci uzatacaktır. Hakkında soruşturma dahi açılmayacak olan bir olayla ilgili olarak ayırma kararıyla zaman geçirmek, CMK m. 158/6'nin amacına hizmet etmeyecek tam tersine ihbar ve şikâyeti bir süre daha ihbar edilen kişi için demoklesin kılıcı gibi tehdit olarak tutacak bu da lekelenmeme hakkını ihlal edecektir.

Kanaatimizce; yukarıda birleştirme kararları bakımından yaptığımız açıklamalar aynen ayırma kararları için de geçerlidir. SYOK'un kişinin lekelenmeme hakkını koruduğu, temel haklara daha uygun olduğunu kabul ettiğimizde ayırma kararının verilmemesi birden fazla suç isnadı içeren ihbar hakkında bir SYOK verilmesi gerekir. Hakkında soruşturma dahi açılmayacak olan bir olayla ilgili olarak bu karar türleriyle zaman geçirmenin CMK m. 158/6'nin amacına hizmet etmeyeceği tam tersine ihbar ve şikâyeti bir süre daha ihbar edilen kişi için Demokles'in Kılıcı gibi tehdit olarak tutacağı bunun da lekelenmeme hakkını ihlal edeceği açıktır. Ancak uygulamada SYOK vermeden önce araştırmalara girilip adeta soruşturma yapıldığını bilmekteyiz. Bu nedenle uygulamada ayırma kararı verilmemesi kişi hakkında daha az sayıda SYOK verilmiş olması nedeniyle ihbar edilenin lehine işleyecektir. Ayırma kararları hem CMK hem de Kalem Hizmetleri Yönetmeliğinde (m.65 ve m. 219) kovuşturma ve soruşturma evresi için düzenlenmiştir. Bunun kıyas yoluyla ihbar dosyaları için de uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu kadar araştırma ve yazışmaların yapıldığı bir süreçte lekelenmeme hakkını daha hassas korumak bakımından ayırma yoluna gidilmemesi daha isabetlidir.

V. İHBAR DOSYASIYLA İLGİLİ YETKİSİZLİK KARARI VERİLMESİ

CMK m. 158/6 kapsamında kalan ihbar ve şikâyetlerin ihbar kaydına alınmasından sonra bunlarla ilgili yetkisizlik kararı verilerek başka Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi süreci

uzatacak kişinin lekelenmeme hakkı bakımından olumsuz bir durum oluşturacaktır. Soruşturma açılmadan evvel olayla ilgili yetkisizlik kararı verilmesi de mümkün değildir. Hakkında herhangi bir inceleme, araştırma, delil toplama gibi faaliyette bulunulamayacak ihbar dosyasının başka yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinde herhangi bir kamu yararı da bulunmamaktadır.

Yukarıda lekelenmeme hakkı bakımından yaptığımız açıklamalar, aynen yetkisizlik kararları için de geçerlidir. SYOK'un kişinin lekelenmeme hakkını koruduğu, temel haklara daha uygun olduğunu kabul ettiğimizde yetkisizlik kararı verilmesi yerine SYOK verilmesi gerekir. Hakkında soruşturma dahi açılmayacak olan bir olayla ilgili olarak yetkisizlik kararıyla zaman geçirmenin CMK m. 158/6'nin amacına hizmet etmeyeceği tam tersine ihbar ve şikâyeti bir süre daha ihbar edilen kişi için Demokles'in Kılıcı gibi tehdit olarak tutacağı bunun da lekelenmeme hakkını ihlal edeceği açıktır. Ancak uygulamada SYOK vermeden önce araştırmalara girişilip adeta soruşturma yapıldığını bilmekteyiz. Bu nedenle uygulamada yetkisizlik kararları verildiği de bilinmektedir. Yetkisizlik kararları hem CMK hem de Kalem Hizmetleri Yönetmeliğinde (m.29, 108, 134, 141) kovuşturma ve soruşturma evresi için düzenlenmiştir. Bunun kıyas yoluyla ihbar dosyaları için de uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak lekelenmeme hakkını daha hassas korumak bakımından yetkisizlik kararı verme yoluna gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak uygulamada ihbar dosya kayıtları hakkında birleştirme, ayırma ve yetkisizlik kararları verilmektedir. Yetkisizlik kararlarının karşılıklı olması halini düşündüğümüzde işin içerisine son yetkisizlik kararını veren Cumhuriyet başsavcılığına en yakın ağır ceza mahkemesinin de girmesi mümkündür. Böyle bir süreç ve dosyanın sürüncemede

kalmasının lekelenmeme hakkı açısından doğuracağı sakıncaları izah etmeye lüzum bulunmamaktadır.

VI. SYOK'U KAMU PERSONELİNİN ÇALIŞTIĞI KURUMUNA BİLDİRME

CMK m. 158/6'ya göre *“İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir.”* Bu hüküm gereğince kamu görevlisi olan ihbar edilen hakkında verilmiş olan soruşturmaya yer olmadığı kararının ilgilinin kurumuna bildirilmemesi gerekir. Kaldı ki 657 Sayılı DMK m. 131/3; *“160 Sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşlarda çalışan personel hakkında; görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarla kişisel suçları sebebiyle Cumhuriyet savcuları veya askeri savcılar veya sorgu hâkimlikleri veya Memurun Muhakematı Hakkında Kanun uyarınca yetkili kurullarca yapılan soruşturma sonunda düzenlenen takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme karar suretleri ile ilgili mahkemelerce verilen kesinleşmiş karar suretleri bu personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşa gönderilir.”* ifadesini içermektedir. Bu düzenlemeye göre; Cumhuriyet başsavcılıkları kamu görevlileriyle ilgili yapılan soruşturmaların sonunda verilecek yukarıda sayılan (*takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme*) kararları personelin bağlı olduğu kamu kurumuna gönderecektir. Bu düzenlemede hangi kararların ilgili kamu görevlisinin kurumuna bildirileceği açıkça ve sınırlı sayıda sayma yöntemiyle belirlenmiştir.

4483 Sayılı Kanun m. 4/3'e göre *“Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya*

şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.” Aynı Kanun’un 4. Fıkrasına göre “Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir.”

Kanaatimizce; 657 Sayılı DMK m. 131/3’ün açık düzenlemesinde “soruşturma sonunda verilen kararlar” ifadesi kullanılmış ve gönderilecek karar türleri de açıkça sayılmıştır. Kamu görevlisi hakkında yapılan ihbar veya şikâyet üzerine CMK m. 158/6 gereğince verilen soruşturmaya yer olmadığı kararının bu kamu görevlisinin bağlı olduğu kamu kurumuna gönderilmemesi gerekir. Bunun gerekçesi, kanun maddesindeki açık düzenlemenin yanında istisna olan DMK m. 131/3 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olmamasıdır. Ayrıca kanaatimizi destekleyen bir başka husus da 4483 Sayılı Kanun m. 4’deki düzenlemedir. Bu maddede de kamu görevlileri hakkında yapılan asılsız ihbar ve şikâyetlerin işleme konulmayacağı düzenlenmiştir. Yine görüşümüzü destekleyen başka bir kural da CMK m. 158/6-5. Cümle gereğince “Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir” ifadesidir. Bu düzenlemeler mevcutken Cumhuriyet başsavcılığının ihbar ve şikâyetin soyut ve genel olduğu konusunda kanaat getirerek vermiş olduğu soruşturmaya yer olmadığı kararını personelin bağlı olduğu kamu kurumuna göndermenin herhangi bir gereği de bulunmamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu, soruşturmaya yer olmadığı kararının ihbar edilene tebliğ edilmesine dahi gerek görmemiştir. İhbar edilen kişinin, bu ihbar ve şikâyetten haberi olmadığından ve soruşturmaya başlanmadığından buna gerek görülmemiştir. Kamu görevlisinin kendisine dahi bildirilmeyen bir hususun, kurumuna gönderilmesi kabul edilemez. Aksi uygulama lekelenmeme hakkının ihlali anlamına gelecektir. Zira kuruma bildirmeye birlikte ihbar edilen ve kurum çevresi bundan haberdar olacaktır. Kurumların bu kararı almaları halinde ne

yapacaklarının da bir problem olduğunu kabul etmek gerekir. Yeni olan SYOK'un hukuki niteliğinin ne olduğunun kamu kurumları tarafından bilinmesini ve gereğinin yapılmasını beklemek de zordur. Kamu kurumları bunlar hakkında KYOK gibi işlem yapma yoluna gidebilecekler ve bu da muhatabın mağduriyetine sebep olabilecektir. CMK m. 158/6 kapsamında kalacak bir ihbar veya şikâyetin işleme konulmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Tüm bu açık mevzuat hükümlerine karşın kamu görevlisi olan ihbar edilen hakkında verilen soruşturmaya yer olmadığı kararının ilgilinin kurumuna bildirilmesi mevzuata, lekelenme hakkına ve CMK m. 158/6'nun düzenlenme amacına aykırıdır. Böyle bir bildirim alan kamu kurumunun ilgili hakkında yapabileceği herhangi bir işlem de bulunmamaktadır.

Kamu kurumları, Cumhuriyet başsavcılığından gelen soruşturmaya yer olmadığı kararı almaları üzerine nasıl bir işlem tesis edeceklerini de bilmemektedirler. Böyle bir bildirimle kamu görevlisi kendi kurumunda da izahı zor bir duruma düşebilmektedir. Lekelenme hakkı, disiplin soruşturmaları bakımından da geçerlidir. Böyle bildirimle birlikte kişinin kurumunda haksız ve mesnetsiz yere isnat altında kalmasına neden olunacağını bilmesi gerekir.

VII. ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİNE TABİ OLAN KİŞİLERLE İLGİLİ SYOK VERİLMESİ

Ceza muhakemesinde dava açma tekeli kural olarak Cumhuriyet savcılarında verilmiş olup bunun istisnalarına örnek olarak TBMM'nin Cumhurbaşkanı ve bakanların yüce divana sevki gösterilebilir. Bu istisnalar dışında son soruşturmanın (kamu davasının) açılıp açılmamasına; Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2. Dairesi; Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında Yükseköğretim Kurulu

üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul; üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı ile üniversite genel sekreterleri hakkında rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcısından oluşacak üç kişilik kurul; öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul; 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu, karar verir (2547 s.K. m. 53-c.2.a-e).

2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kurulu Kanunu m. 53 uyarınca üniversite görevlilerinin görevleri sebebiyle ya da görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturulmalarında Cumhuriyet savcısı tamamen devre dışı bırakılmış, davanın son soruşturmanın açılması kararıyla doğrudan mahkemesine gönderilmesi kuralı, kabul edilmiştir. Bu düzenleme sebebiyle Cumhuriyet başsavcılıklarına intikal eden ve 2547 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilen ihbar ve şikâyetler; kaybolma, olası delillerin toplanması haricinde hiçbir işlem yapılmadan görevsizlik kararına bağlanarak YÖK Başkanlığı'na gönderilecektir. Son soruşturmanın açılması kararı ya da soruşturmanın açılmamasına ilişkin karara suçtan zarar görenin başvurusu halinde bu kararın kaldırılmasına dair idari yargı kararları Cumhuriyet başsavcılığına intikal ettiğinde kamu davası için Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 12 gereğince esas defterinden numara alınması ve evrakın kararda yazılı mahkemesine teslimiyle yetinilmesi gerekmektedir.⁸

⁸ Hatice Mesci ve Vahdettin Aydın, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü," *SDÜHFD* 7, no. 2 (2017): 27;

2547 Sayılı Kanun kapsamında özel soruşturma usullerine tabi kişiler hakkında ihbar veya şikâyet söz konusu olabilir. Bu durumda; dilekçenin işleme konulmaması, soruşturma açılmaması veya soruşturma açılması şeklinde üç yol izlenebilmektedir. Soruşturma açılması halinde yukarıda belirtilen kurullar tarafından son soruşturma açılıp açılmamasına da karar verilmektedir. Ancak dilekçenin işleme konulmaması, işleme konulup da soruşturma açılmaması kararları icrai idari karar niteliğindedir. Bu kararlardan dilekçenin işleme alınmasına rağmen soruşturma açılmamasına dair karar SYOK'a benzemektedir. Bu durumda ilgili hakkında soruşturmaya geçilmemesine karar verilmektedir. Bu karara karşı da idari yargıda iptal davası açılabilceği Danıştay'ın içtihatla geliştirdiği bir uygulamadır. İlgili kurumlar soruşturma açılmamasına karar verirken herhangi bir araştırma veya inceleme işlemine girişmemektedir.

Kanaatimizce; CMK m. 158/6 düzenlemesinden sonra 2547 Sayılı Kanun kapsamında özel soruşturma usullerine tabi kişiler hakkında ihbar veya şikâyet söz konusu olduğunda CMK m. 158/6'daki şartlar mevcutsa artık SYOK verilmesi gerekmektedir. Soruşturma yapma yetkisine sahip olan kişi veya kurul, soruşturmaya yer olmadığı kararını vermeye de yetkilidir.

VIII. İHBAR EDEN HAKKINDA İFTİRA SUÇU (TCK M. 267) OLUŞUR MU?

TCK m. 267'de iftira suçu düzenlenmiştir. Buna göre; *“yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir*

Abdullah Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri* (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, 2008), 241; Cengiz Topel Çiftçioğlu, *Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Denetimi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 104.

kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla masum bir kimseyi ceza soruşturması veya kovuşturmasına uğratmak ya da bu kimse hakkında idari yaptırım uygulanmasını sağlamak için hukuka aykırı bir fiil isnadı iftira suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır (TCK m. 267/1).⁹

İftira suçunun işlenme biçimleri; ihbar, şikâyet veya basın yayın yoluyla. Ceza muhakemesi terimi olan ihbar, şikâyete bağlı olmayan suçlarda suçtan haberdar olan kimsenin bunu yetkili makamlara bildirmesidir. Anayasadaki dilekçe hakkının (Any. m. 74) bir uzantısı olarak düzenlenmiştir. İhbarla bulunma kural olarak bir yükümlülük değildir. Kanunlarımızda bunun istisnaları da mevcuttur (TCK m. 278, 279; CMK 161/2). Bu yükümlülük, iftirada bulunma hakkı vermez.¹⁰ İftira suçunda ihbar, müfterinin masum bir kimsenin hukuka aykırı bir eylem işlediğini yetkili makamlara bildirmesidir. İftira suçunun gerçekleştirilme biçimlerinden "ihbarı" artık ceza muhakemesi terimi olarak algılamamız gerekir. Çünkü idare hukuku anlamında hukuka aykırı eylemler de suç kapsamına alındığından idari makamlara yapılan bildirimler de bu suç bakımından "ihbar" niteliğindedir. Başka bir deyişle buradaki "ihbar" terimini kanun, idareye bir hukuka aykırı eylemin işlendiğine dair yapılan bildirimleri de içerecek şekilde düzenlemiştir.¹¹ Hem bir muhakeme şartı (TCK m. 73/1) hem de suçun öğrenilme şekli (CMK m. 158) olan "şikâyet" te müfteri kendisine karşı bir suç işlendiğini söyleyerek, hukuki bir deyişle

⁹ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 737; Akif Yıldırım, "İftira Suçu," TBBD, no. 69 (2007): 190.

¹⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 81; Yıldırım, "İftira Suçu," 190.

¹¹ Yıldırım, "İftira Suçu," 190-191.

kendisini mağdur konumuna sokarak yetkili makamlara ihbarda bulunmaktadır.¹²

İhbar ya da şikâyet, bazen Anayasada düzenlenen “dilekçe” hakkının bir uzantısı şeklinde bir hak olarak bazen de bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz ki kişinin hakkını kullandığı veya görevini yerine getirdiği durumlarda fiil, hukuka uygun olacak, iftira suçu oluşmayacaktır (TCK m. 26). Belli kimselere hukuka aykırı bir fiil yüklenmeden ihbar ya da şikâyette bulunulamaz. Suçlu olduğuna inandığı bir kimse hakkında yetkili makamlara bildirimde bulunan kişinin fiili suç oluşturmayacaktır.¹³ Ancak bir kimse bu hakkını kullanırken suçsuz olduğunu bildiği bir kimse hakkında hukuka aykırı bir fiil isnat ederse artık bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmeyecek eylem iftira suçunu oluşturacaktır.¹⁴ Burada önemli olan nokta, failin ihbar ya da şikâyetin asılsızlığını bilip bilmediğidir.¹⁵

Kanun, ihbar veya şikâyet yoluyla yapılan asılsız isnatların yetkili makamlara yapılması koşuluyla bu suçu oluşturabileceğini kabul etmiştir. İhbar ve şikâyetin yetkili makamlara yapılmasıyla iftira suçu oluşmaktadır. CMK m. 158’de ihbar ve şikâyetleri kabule yetkili makamları belirtmiştir. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığı’na veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. Bir

¹² Yıldırım, “İftira Suçu,” 191.

¹³ Köksal Bayraktar, “İftira,” *İÜHF* XL, no. 1-4 (1974): 187; Yıldırım, “İftira Suçu,” 192.

¹⁴ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 754.

¹⁵ Yar. 4. CD, E.11353, K.14251, 7.10.2002; Yar. 4. CD, E.2003/5363, K.2004/6310, 22.03.2004, [Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 1214-1220; Yıldırım, “İftira Suçu,” 192].

kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir (CMK m. 158/1-4). Hakkında SYOK verilecek ihbar edilenle ilgili ihbar ve şikâyetin bu makamlardan birine yapılmış olması da iftira suçunun işlenmesi bakımından yeterlidir. İftira suçu; isnat edilen hukuka aykırı fiil, idari yaptırım gerektiren bir fiil ise bunun yaptırımı uygulayacak makamın; suç ise ihbar veya şikâyetle ya da basın ve yayından yetkili makamların haberdar olduğu anda tamamlanır.¹⁶

Türk Ceza Kanunu, suç isnadı yanında idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı eylemlerin isnadını da iftira suçu kapsamına almıştır. Bu şekilde hukuka aykırı bir fiil isnat edilmiş olması yeterlidir. Isnat edilen fiil objektif olarak gerçek dışı olmalıdır ve fail (ihbar veya şikâyet eden) bunun gerçek dışı olduğunu bilerek yapmış olmalıdır. Kasten işlenen suç olan iftiranın gerçekleşmesi için gerçek dışılığın mutlaka ihbar veya şikâyet eden tarafından bilinmesi gerekir. TCK, "işlemediğini bildiği halde... hukuka aykırı bir fiil isnat eden..." ibaresini kullanarak bu suçun manevi unsuruna işaret etmiştir. TCK, genel kastın ötesinde hukuka aykırı fiili isnat edende masum kişi hakkında idari bir yaptırım uygulanmasını ya da soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını sağlama amacı da olmalıdır.¹⁷

Kasten işlenebilen suçlar hem doğrudan hem olası kastla işlenebilirken kanun metninde "bilerek" , "bildiği halde", "bilmesine rağmen" ifadelerine yer veren suçlar olası kastla işlenemezler.¹⁸ İftira da bu tür suçlardandır. Çünkü olası kastın

¹⁶ Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 752.

¹⁷ Bayraktar, "İftira," 200; Yıldırım, "İftira Suçu," 200.

¹⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 305-306.

teorik temelinde bilme değil kabullenme vardır. Masum olduğunu bildiği kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etme, suçun unsuru kabul edildiğinden iftira olası kastla işlenemez. Kanun, masum olduğunu bildiği kimseye bir isnatta bulunmayı gerekli gördüğüne göre gerçekte o eylemi işlediği düşünülerek yapılan bildirimlerde iftira suçu oluşmaz.¹⁹

Bu açıklamalar çerçevesinde *kanaatimizce*; her SYOK ile sonuçlanan ihbar ve şikâyet neticesinde ihbar veya şikâyeti yapan kişinin iftira suçunu işlediğini söylemek mümkün değildir. Ancak ihbar edilen kişi hakkında soruşturma açılmamış olması, suçun diğer unsurları mevcutsa ihbar ve şikâyet edenin fiilinin iftira suçunu oluşturmasına engel değildir. Başka bir ifadeyle yukarıda izah edilen iftira suçunun tüm unsurları tamamlanmışsa ihbar edilen kişi hakkında soruşturma açılmamış olması (SYOK verilmiş olması) iftira suçunun oluşmasına ve ihbar veya şikâyet edenin bu suçtan mahkûm olmasına engel teşkil etmeyecektir. Çünkü iftira suçu, ihbar ve şikâyetin yapılmasıyla tamamlanan sırf davranış suçudur. Kişi hakkında soruşturma açılmamış olsa da iftira suçu tamamlanmış olacaktır.

IX. AİHM VEYA ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU VE ETKİN SORUŞTURMA YAPILMAMASI NEDENİYLE İHLAL KARARI VERMESİ

Kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi ve AİHM'ye gidebilme imkânının SYOK'lar hakkında da geçerli olup-olmayacağı üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Bu noktada verilen kararın “*temel hak ve özgürlüğün özüne zarar verdiği*” bir halin söz konusu olması ve başvuru hukuki bir yararı bulunması²⁰ gereklidir. Burada

¹⁹ Bayraktar, “İftira,” 201.

²⁰ Selami Turabi, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 14.

savcılık tarafından SYOK verilmesiyle ihlal edilen temel hak ve hürriyetin Anayasa m. 36'da düzenlenen "**şikâyet hakkı, hak arama özgürlüğü**" olduğu açıktır.²¹ KYOK'a karşı bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi, çoğu hallerde "*iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle*" ret kararları vermektedir. Anayasa m. 148/3, bireysel başvuru için iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramaktadır. KYOK'ta iç hukuk yollarının tüketilmesi ancak itiraz yolunun (kovuşturma davası açılmasının ve sonuçlanmasının) sonrasında mümkündür. SYOK için de öngörülmüş olan CMK'nın 173. maddesine göre olan itiraz sonuçlanmadan AYM ve AİHM'ye başvurulamayacağını kabul etmek gerekir. İtiraz sonrası sulh ceza hâkiminin verdiği kararın kesin olduğu kabul edildiğinden, SYOK'lara itiraz sonrası da iç hukuk yollarının tüketilme sürecinin tamamlandığı kabul edilmelidir.²²

Soruşturmaya yer olmadığına dair karara karşı kanun yollarının ve tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ihbarın dirilmesine neden olabilecek bir başka yol, AİHM tarafından o olayla ilgili olarak etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmesidir. AİHM'nin bu şekilde ihlal kararının kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde ihbara kaydın yeniden yapılması gerekir (CMK m. 172/3). CMK m. 172/3'de yer alan kurumun sadece AİHM tarafından verilen "etkili soruşturma yapılmaması" nedeniyle ihlal kararlarında değil, bunun yanı sıra bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek bu yöndeki kararlar nedeniyle de CMK m. 172/3 kurumun işletilmesi gerektiği ifade

²¹ Hakan Kızılarlan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi," *TBB*, no. 144 (2019): 95.

²² Kızılarlan, "SYOK ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi," 96.

edilmektedir.²³ Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle verdiği ihlal kararı, soruşturmanın açılmasının nedeni olarak karşımıza çıkacaktır.²⁴

Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin 14.9.2021 tarihinde vermiş olduğu iki kararı ve bu kararların karşı oy gerekçelerini incelemek yerinde olacaktır. Her iki kararın içeriği ve karşı oy yazıları benzer olduğundan tekrara düşmemek adına birinin incelenmesi yeterlidir. Bu kapsamda A.A Başvurusu kimliğinin gizli tutulması talebi de bulunduğundan daha kapsamlıdır.²⁵

Anayasa Mahkemesi bu kararın esasa ilişkin gerekçesinde; *“Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.' şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise herkesin iddia ve savunma ile '...adil yargılanma' hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddeye adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü*

²³ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 268. Aksi görüş için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 572; Atilla Tanrıvermiş, *Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 473.

²⁴ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 560.

²⁵ AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/25041>). Benzer değerlendirmeler için bkz. AYM BB, A.O. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/9565, Karar Tarihi: 14.9.2021, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/9565>).

fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (Adem Hüseyinoğlu, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33). Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013). Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki boyutu bulunmaktadır. Güvencenin ilk boyutu kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; güvencenin ikinci boyutuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Galip Şahin, § 40; Mustafa Akın, B. No: 2013/2696, 9/9/2015, § 38; K.Ş., B. No: 2016/3267, 28/1/2020, §§ 28, 29). Buna göre hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26)".²⁶

"Bununla birlikte tüm idari ve adli makamların işlem ve kararlarında masumiyet karinesine aykırı bir yön olup olmadığı değerlendirilirken kullanılan ifadelerin bağlamının da nazara alınması gerekir. İdari ve adli makamların suç isnadı altındaki kişilerle ilgili verdiği kararlar bütün hâlinde dikkate alınmalı ve kişinin suçlu olduğuna dair bir yargıda ya da imada bulunulup bulunulmadığı bundan sonra değerlendirilmelidir (Murat Şanlı (2), B. No: 2018/4962, 21/10/2020, § 32). Diğer taraftan masumiyet karinesi, kişilere soruşturma yapılmamasını isteme yönünde bir güvence sağlamamaktadır. Kaldı ki suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmadığından soruşturma/kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararların verildiği durumlarda da kişi hakkında masumiyet karinesi devam etmektedir (Murat Şanlı, § 33). Başvuru

²⁶ AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, 30. ve 31. paragraflar.

konusu olayda terör örgütü üyesi olma suçundan başvuru hakkında soruşturma başlatılmıştır. Başvuru, soyut nitelikteki iddialara dayalı olarak soruşturma başlatılmasının ve soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verilmesinin anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarının ceza gerektiren bir suçla itham edildiği sürece ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla masumiyet karinesinin birinci boyutunun somut olayda uygulanabilir olduğu kanaatine varılmıştır”.²⁷

“Somut olayda Başsavcılık, yapmış olduğu değerlendirmeler sonucunda başvuru hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Anılan kararda “terör örgütü üyesi olduğunu kanıtlayacak nitelikte kamu davası açılmasına yeterli delil ve emare elde edilemediği” ifadelerine yer vermiştir. Anılan kararda geçen ifadeler başvuru hakkındaki suçluluğuna işaret etmediği gibi buna yönelik bir ima da içermemektedir. Bağlamı nazara alındığında söz konusu ifadelerden başvuru hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek düzeyde yeterli şüpheye ulaşamadığı anlamı çıkmaktadır. Masumiyet karinesinin kişilere yargısal organlardan haklarındaki ihbar ve şikâyetlerle ilgili olarak soruşturma yapılmamasını isteme güvencesini de içermediği nazara alındığında masumiyet karinesine yönelik bir ihlalin bulunmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir”.²⁸

Anayasa Mahkemesini, bu kararlarda AİHM’nin yaklaşımını²⁹ benimsemek suretiyle olayı sadece masumiyet karinesi çerçevesinde incelemesi nedeniyle eleştirmek gerekir. Bu iki kavramın birbirinden sadece şekilsel değil esas bakımından da ayrı olduklarını tekrar ifade etmek gerekir. CMK

²⁷ AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, 32, 33 ve 34. paragraflar.

²⁸ AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, 35, 36 ve 37. paragraflar.

²⁹ *Nestak/Slovakya*, B. No: 65559/01, 25/2/2007, § 88; *Khuzhin ve diğerleri/Rusya*, B. No: 13470/02, 23/10/2008, § 94; *Daktaras/Litvanya*, B. No: 42095/98, 10/10/2000, § 42; *Lavents/Letonya*, B. No: 58442/00, 28/11/2002, § 126; AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, 20. paragraf.

m. 158/6 hükmünün düzenlenmesi ve SYOK kurumunun kabul edilmesinin gerekçesi de zaten budur. Kişilerin şüpheli olması ile olmaması arasında farkın ortaya konulması ve soruşturma makamları tarafından buna özen gösterilmesi gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları kanun koyucunun amacına dahi hizmet etmemektedir.

Yukarıda izah ettiğimize benzer gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin iki üyesi bu karara muhalefet etmiştir. Bu karşı oy gerekçesi şu şekildedir: *“Başvurucu kendisi hakkında terör örgütü üyesi olduğundan bahisle kimliği bilinmeyen meçhul kişi veya kişilerce tamamen soyut ve genel nitelikte bir ihbar yapıldığını;5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 158. maddesinin (6) numaralı fıkrasının amir hükmü gereğince bu nitelikteki ihbarlar hakkında herhangi bir soruşturma yapılmasına yer olmadığına (SYOK) karar verilmesi gerekirken kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (KYOK) verilmesinin masumiyetine gölge düşürdüğünü ve lekelenme hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.*

Başvurucunun şikâyetleri masumiyet karinesi yönünden incelenmişken lekelenme hakkı yönünden incelenmemiştir. Öncelikle başvurusunun lekelenme hakkı olarak formüle ettiği ve kendisine şüpheli sıfatıyla soruşturma başlatılmasının insan onuruna, maddi ve manevi varlığına saldırı oluşturduğu yönündeki şikâyetlerinin masumiyet karinesi kapsamında incelenmesi başvurusunun esas şikâyetlerinden birinin Anayasa Mahkemesi önünde tartışılmasını engellemiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 158. maddesinin (6) numaralı fıkrasında düzenlenen SYOK şikâyet edilen kişi hakkında başlangıç şüphesinin dahi elde edilemediği durumlarda şüpheli sıfatı verilmesini önlemek amacıyla kanun koyucu tarafından kabul edilmiş yeni bir müessesedir. Şüpheli, hukuken kolluk ve savcılık evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. SYOK sisteminin getirilmesinin amaçlarından biri her yıl milyonlarca yeni soruşturma açılmasının ve böylece kolluk ve savcılıklar üzerindeki iş yükünün azaltılması iken daha önemli sebebi ise birçok hukukçu ve kamuoyu

tarafından lekelenmeme hakkı olarak da nitelendirilen kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasıdır. Ceza usul sistemimizde savcı, kural olarak kendisine yapılan her başvuruyu değerlendirmek zorundadır. Soruşturmanın mecburiliği denilen bu sisteminin katı bir şekilde uygulanması sonrasında, iş yükü sürekli katlanarak artmış ama daha önemlisi milyonlarca kişi kolluk ve savcılıklarca bazı durumlarda oldukça ciddi suçlardan soruşturma açılmış şüpheliler olarak tanımlanmıştır. SYOK müessesesinin soruşturmanın mecburiliği sisteminin yumuşatılması için getirildiği gerek kanunun gerekçesinde ve gerekse Adalet Bakanlığının o tarihteki yetkililerince lekelenmeme hakkının sağlanması amacını taşıdığı ifade edilmiştir. 694 Sayılı KHK'nın 145. maddesinin gerekçesinde; "soyut ve dayanaksız ihbar ve şikâyetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilebilmesi ve bu kararların ayrı bir sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme haklarının sağlanması amaçlanmıştır" denilerek amacın lekelenmeme hakkının da sağlanması olduğu açıkça belirtilmektedir. Lekelenmeme hakkı masumiyet karinesi ile çok yakından bağlantılıdır ancak ayrı ve özel bir haktır Bu hak, kişinin toplumsal saygınlığının zedelenmemesini sağlayarak insan haysiyetinin korunmasına katkı sağlamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 158. maddesinin (6) numaralı fıkrasında "ihbarın soyut ve genel nitelikte olması" SYOK verilecek hallerden biri olarak sayılmıştır. Bu fıkra; "SYOK verilmiş kişiye şüpheli sıfatı verilemeyeceği" hükmü de düzenlenmiştir. O halde soruşturma evresine geçmiş diğer evraklardan farklı şekilde, artık SYOK kararı verilmiş olaylarda şikâyet veya ihbar edilmiş kişilere karşı şüpheli sıfatı kullanılamaz, "şikâyet edilen" veya "ihbar edilen" şeklinde başka tanımlar kullanılmalıdır. Cumhuriyet savcılarında, kendilerine gelen bir ihbar veya şikâyet sonrasında, öncelikli olarak, ihbar veya şikâyetin herhangi bir suç içerip içermediği ve soyut, genel nitelikte olup olmadığı konularında araştırma yapmak görev, sorumluluk ve yetkisi verilmektedir. Savcının ihbar ve dilekçede öncelikli olarak bu incelemeyi yaparak, bu inceleme sonrasında gerekli gördüğü hallerde soruşturmaya başlaması, bir anlamda bir önsoruşturma sürecini işletmesi gerekmektedir. Kişiler hakkında SYOK

verilmesi gerekiyorken şu veya bu gerekçeyle KYOK verilmesi masumiyet karinesini ihlal etmemiş olsa bile kanun koyucunun SYOK sistemini getirdiği ve yukarıda zikredilen kanuni düzenleme ile ulaşılmak istenen kişilerin itibarının korunması amacına aykırı olmadığı söylenemez. Ceza muhakemesi, mağdurları olduğu kadar - şüpheli veya sanık- suçlananları da korumak zorundadır. Bu sebeple de soruşturmayı başlatmakla sorumlu olan Cumhuriyet savcısının, kişilere şüpheli sıfatı vermeden önce dikkatli olması gereklidir. İnsan haysiyetinin korunması ceza muhakemesinin nihai tahlilde en temel ilkelerinden biridir. Kişilerin toplum ve çevresi karşısında, şöhret ve itibarlarının lekelenmesi hiç şüphesiz insan haysiyetinin korunması amacı ile de bağdaşmaz.

Nitekim fıkra metnindeki ihbar ve şikâyet edilenlere “şüpheli sıfatının verilemeyeceği, bu tür kararların herkes tarafından ulaşılamayacak ve sadece hâkim ve Cumhuriyet savcısı tarafından görülebilecek şekilde ayrı bir şekilde muhafaza edileceği” şeklindeki hüküm de kişilerin şöhretinin lekelenmemesinin temini ve tesisi için getirilmiş bir düzenleme niteliğindedir. Zira SYOK kararlarının hâkim ve Cumhuriyet savcısı dışındaki kişilerin görmesinin bile engellenmesi kanun koyucunun bir kimse hakkında yalnızca soruşturma yapılmış olması olgusunun o kişinin şöhret ve itibarını haleldar etme potansiyeli bulunduğunu kabul ettiğinin bir göstergesidir. SYOK’un savcılıklarca yaygın bir şekilde uygulandığı Adalet Bakanlığınca yayınlanan istatistiklerden anlaşılmaktadır. Buna göre uygulamanın başladığı tarihten bu yana, cumhuriyet başsavcılıklarına yapılan yaklaşık 602 bin ihbardan, 404 bin 800’ünde SYOK verilmiştir. Devlet, insanların haklarında SYOK kararı verilmesinde menfaatleri olduğunu ve verilmemesini onların şöhret ve itibarlarını lekeleyeceğini kabul etmiştir. SYOK müessesesi ile Devlet kişilerin lekelenmeme haklarının en baştan güvence altına alınmasını ve kendilerine bir hukuki himaye sağlanmasını amaçlamıştır. Devletin kişilerin şöhret ve itibarlarının lekelenmemesi için getirdiği bir müessesenin kanunda belirtilen koşullara göre uygulanmadığı ve kişisel bir zararın doğduğu şikâyetlerinin Anayasa Mahkememizce incelenmesi gerekirdi.

Somut olayda başvuruçuya şüpheli sıfatını vermeyi haklaştıracak hiçbir delil ortaya konulmadığı açıktır. Başvuruçucu hakkında başlangıçta, soyut ve temellendirilmemiş bir iddiadan başka bir delil bulunmadığı gibi daha sonra da en küçük bir delil elde edilememiştir. O halde başvuruçuya şüpheli, başka bir deyişle terör örgütüne üye olmak gibi son derece ciddi bir suçtan soruşturma geçirmiş ancak dava açmak için yeterli delil elde edilememiş bir kişi sıfatı vermenin hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Esasa ilişkin olarak ise ne savcılıkça ne de sulh ceza mahkemesince başvuruçucu hakkında SYOK kararı verilmesinin gerekmediği ileri sürülmüştür. Üstelik başvuruçunun Anayasa Mahkemesi önüne sunduğu belgelerde hakkında SYOK kararı verilmesine bir engel bulunmadığı da görülmektedir. Başvuruçunun KYOK kararına itirazından sonra başvuruçucu hakkında SYOK kararı verilmesi, KYOK kayıtlarının imha edilerek SYOK kayıtlarının ise yalnızca hâkim ve savcıların erişimine açık olan özel sistemine kaydedilmesi gerekirdi. Savcılık ve sulh ceza mahkemesinin başvuruçunun talebini gerekçesiz olarak reddetmeleri ile birlikte düşünüldüğünde başvuruçunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında korunan şöhret ve itibarının korunmasını isteme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır".³⁰

Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımına da burada yer vermek gerekir. Yargıtay, bir kararında lekelenememe hakkını müstakil bir hak olarak değerlendirmiştir.³¹ Bu kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *"Lekelenememe hakkı ve masumiyet karinesi kişilerin haklarında soruşturma başlatılma ihtimali olan bir adli sürece karşı soruşturma evresi başlatılmadan dahi korunmasını gerektirmektedir. Bunu sağlamak Devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alır. Bu kapsamda çağdaş ceza muhakemelerinde soruşturma aşamasında da benimsenen lekelenememe hakkına kayıtsız kalmayan yasa koyucu*

³⁰ AYM BB, Başvuru Numarası: 2019/25041, Kararın Karşı Oy Gereçesi, 13 paragraf. Benzer değerlendirmeler için bkz. AYM BB, A.O. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/9565.

³¹ Yar. 18. CD, E.2019/2369, K.2019/10606, 17.06.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

lekelenmeme hakkına güçlü bir vurgu ve yasal güvence için CMK'nın 158/6. maddeye bir ekleme yaparak CMK'nın madde 158/6 ile "soruşturmaya yer olmadığına dair karar" kurumunu getirmiştir. Bu düzenleme ile amaçlanan kişilerin haksız ve yersiz ihbar ve şikâyetler ile kamu ve toplum nezdinde suçlu muamelesi görmesini ve ceza soruşturmalarına muhatap olmalarını engellemektir. "Soruşturmaya yer olmadığına dair karar" kurumunun en çok ve doğrudan ilişki içerisinde olduğu hakların başında lekelenmeme hakkı gelmektedir. Çünkü lekelenmeme hakkı soruşturma evresindeki işlemlerin gizli tutulmasını, hakkındaki iddialar araştırılmakta olan kişilerin saygınlığının ve manevi haklarının korunmasını esas almaktadır."

X. SYOK'A İTİRAZ ÜZERİNE VERİLEN KARARA KARŞI KANUN YARARINA BOZMA

Hukuka aykırı olduğu iddia edilen ve bir şekilde itiraz veya itirazsız şekilde kesinleşmiş olan SYOK'lara karşı (diğer benzer hallerde söz konusu olduğu gibi) "Kanun Yararına Bozma" yoluna gidilip gidilemeyeceği de tartışılması gereken bir konudur. İtiraz edilmeksizin kesinleşen SYOK'a karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ancak itiraz üzerine verilen sulh ceza hâkimliği kararına karşı ise kanun yararına bozma yolu mümkündür.³²

Hâkim kararları, kanunda aksine hüküm olmadıkça itiraz kanun yoluna tabidirler. Mahkeme kararlarına karşı ise ancak kanunda açıkça gösterilmesi halinde itiraz etmek mümkündür. İtiraza tabi olan bir karar, itiraz üzerine ya da itiraz edilmezse buna ilişkin kanuni sürenin geçmesiyle birlikte kural olarak kesinleşir. Kesinleşen bu kararlardaki hukuka aykırılıkların şartları varsa kanun yararına bozmaya konu olması

³² Benzer görüş için bkz. Kızılarlan, "SYOK ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi," 95.

mümkündür.³³ Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın reddi kararları da bu türden kararlardır ve itiraz üzerine verilen sulh ceza hâkimliği kararına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.³⁴

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz üzerine verilen sulh ceza hâkimliği kararına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir.³⁵ CMK m. 158/6'da SYOK'a karşı CMK m. 172 hükmüne göre itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Kanun yolu olarak KYOK'a karşı var olan itiraz kanun yolu, SYOK için de öngörülmüştür. Aynı kanun yolunun öngörülmüş olması nedeniyle bu kanun yolunda kesinleşen bir karara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmesi de mümkün olacaktır. Çünkü CMK m. 309'da yer alan "*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hüküm*" ifadesi, SYOK'a itiraz üzerine verilen sulh ceza hâkimi kararlarını da kapsamaktadır.

³³ Ezgi Aygün Eşitli, "Ceza Muhakemesi Kanunda Kanun Yararına Bozma," *TBBD*, no. 122 (2016): 204; Fahri Gökçen Taner, "Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Dar, Sarp, Kısmen Açık Bir Yol," *TBBD*, no. 135 (2018): 122-123.

³⁴ "C. Savcılığı'nca eylemin suç oluşturmayıp kabahat oluşturduğu saptanarak, suç nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine, bu karar Cumhuriyet Savcısı'nın görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından inceleneceğinden, ağır ceza mahkemesi başkanınca verilen karar, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığından, bu kararın olağan üstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yoluna konu edileceğinin kabulü gerekmektedir." Yar. CGK, E.2010/7-33, K.2010/58, 23.03.2010, (Eşitli, "Kanun Yararına Bozma," 206).

³⁵ Taner, "Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru," 124, 125.

XI. SYOK KURUMUNUN KABULÜNDEN SONRA KYOK'A İTİRAZ

Burada iki ayrı soruya cevap bulmak gerekmektedir. Bunlar; SYOK, ihbar edilene de tebliğ edilmeli midir? KYOK'a karşı şüpheliye; "hakkımda KYOK yerine SYOK verilmesi gerekir şeklindeki bir gerekçeyle itiraz hakkı tanınmalı mıdır?

CMK m. 173'e göre; *"Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir"*.

CMK m. 173, KYOK'a karşı sadece suçtan zarar görene itiraz hakkı tanımıştır. CMK m. 158/e 694 Sayılı KHK ile 6. fıkra eklenene kadar da bu konuda derin bir tartışma bulunmamaktaydı. KYOK'ın şüpheli açısından yeterli güvence sağladığı inancı kanun koyucu yanında ceza hukuku camiasında da karşılık bulmaktaydı. Hatta SYOK'un hakkında ihbar ve şikâyetle bulunulana karşı isnat edici hiçbir işlem gerçekleştirilmediğinden, bu kararın, hakkında ihbar ve şikâyetle bulunulana bildirilmemesi gerektiği savunulmaktadır³⁶. Ancak özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 21.9.2021 tarihli bireysel başvuru neticesi vermiş olduğu kararlar ve özellikle bu kararların karşıoy gerekçeleri artık KYOK'un lekelenmeme hakkı açısından yeterli güvenceyi sağlamadığını göstermektedir.

Bu konuda bireysel başvuru yoluna gidilmiş, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilirlik kararı verilmiş ve haklı gerekçelerle karşıoy yazıları yazılmış bir konunun tartışma

³⁶ Muharrem Özen ve Atacan Köksal, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı," *AÜHFD* 68, no. 1 (2019): 280.

zemininin masumiyet karinesi değil lekelenmeme hakkı olduğunu tespit etmek gerekir. Konunun bu zemin üzerinde tartışılması halinde uygulamada sorun diye belirttiğimiz ve çözüm önerileri sıraladığımız pek çok konu çözüme kavuşacaktır.

Kanaatimizce; tüm açıklamalar ve haklı gerekçeler kapsamında artık CMK m. 172 ve 173 hükümlerinin de yeniden düzenlenmesi ve KYOK'un şüpheliye de tebliğinin sağlanması ve KYOK'a karşı şüpheliye de itiraz hakkının (özellikle hakkında SYOK verilmesi gerekirken KYOK verilmesi sebebiyle) tanınması gerekir. Hakkında ihbar veya şikâyetle bulunulan kişinin haksız fiil sebebiyle tazminat hakkının bulunması ve ihbar ve şikâyet edenin fiilinin iftira suçunu oluşturma ihtimalleri de SYOK'tan ihbar edilenin haberdar olması gereğini ortaya koymaktadır.³⁷

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 158'e 15.8.2017 tarih ve 694 Sayılı KHK'nın 145. maddesiyle 6. fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme, 1.2.2018 tarih ve 7078 Sayılı Kanunla aynen kabul edilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 158/6 gereğince *"ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması"* durumunda soruşturma

³⁷ Değişik gerekçeler belirten *Kızılarslan* da benzer görüştedir. "Ancak bazı haller vardır ki kişinin sosyal, iş, siyasi ve yakın çevresi, kişiliği bu tür bir işleme yetinecek durumda olmayabilir. Kişi, her ne kadar mesnetsiz ve soyut olsa da kendisine yükletilmek istenen suçla ilgili bütün soruşturma işlemleri yapılarak konunun hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde aydınlatılmasını ve KYOK' la hakkının teslim edilmesini talep edebilir. Bu tür durumlarda, ceza muhakemesinin genel yapısı ve haklar bütünü içerisinde, şikâyet edilene de itiraz hakkının verilmesinin hukukun özüne daha uygun olacağı kanaatindeyiz". *Kızılarslan*, "SYOK ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi," 92.

yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Böyle bir durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir. Bu karara karşı CMK m.173'teki usule (KYOK için düzenlenmiş itiraz şekli) göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus "İhbar Sistemine" (İhbar Kaydı) alınır. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158'inci maddesine yeni bir fıkra eklenerek, içeriği suç oluşturmayan veya soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler için soruşturma öncesi bir değerlendirme mekanizması oluşturulmaktadır. Bu tür ihbar ve şikâyetler üzerine derhal soruşturmaya başlanması, ilgililere şüpheli sıfatı verilerek yakalama ve ifade alma başta olmak üzere çeşitli muhakeme işlemlerine girişilmesi hem usul ekonomisi ile hem de "lekelenmeme hakkı" ile bağdaşmamaktadır. Ancak uygulamada CMK m.158/6'nın amacına aykırı uygulamalar yapılmaktadır.

CMK m. 158/6'da "İhbar ve şikâyet konusu fiilin ..." ifadesi kullanılmıştır. Kanunun lafzında açıkça ihbar veya şikâyet konusu edilen bir fiilden bahsedilmektedir. Bunu aşarak re'sen öğrenmeyle bir ihbar kaydı oluşturulması ve SYOK verilmesi mümkün değildir. İhbar ve şikâyetin CMK m. 158/6 kapsamında kalması halinde; Cumhuriyet savcısının ihbar ve şikâyet edilen hakkında araştırma faaliyetine girişmesi, onun hakkında bilgi ve belge toplaması, kurumlarla yazışması, ifadesine başvurusu lekelenmeme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

Aynı olayla ilgili birden fazla ihbar veya şikâyet yapılması söz konusu olabilir. CMK m. 158/6 kapsamında olan ihbar ve şikâyetin, aynı olayla ilgili olarak birden fazla yerde yapılmış olması halinde her bir ihbar ve şikâyet için ilgili Cumhuriyet başsavcılığı tarafından soruşturmaya yer olmadığı kararı

vermesi gerekir. Bunların birleştirilmesi yoluna gidilmemesi usul ekonomisi ve lekelenme hakkı bakımından daha uygundur. Ancak uygulamada olduğu gibi her bir ihbar veya şikâyetle ilgili kolluk araştırması yoluna gidiliyorsa (ki bu yöntem yanlıştır) bu durumda birleştirilmesi ve tek evrak üzerinden işlem yapılması lekelenme hakkı açısından daha uygun olacaktır.

Aynı ihbar veya şikâyet ile birden fazla konunun dile getirildiği başvurular söz konusu olabilir. Bu durumda SYOK'un kişinin lekelenme hakkını koruması, temel haklara daha az müdahale içermesi nedeniyle bu başvuruyla ilgili ayırma kararının verilmemesi gerekir. Birden fazla suç isnadı içeren ihbar hakkında bir SYOK verilmesi yerinde olacaktır. SYOK'un kişinin lekelenme hakkını koruduğu, temel haklara daha uygun olduğunu kabul ettiğimizde yetkisizlik kararı verilmesi yerine SYOK verilmesi gerekir. Hakkında soruşturma dahi açılmayacak olan bir olayla ilgili olarak yetkisizlik kararıyla zaman geçirmenin CMK m. 158/6'nin amacına hizmet etmeyecektir.

657 Sayılı DMK m. 131/3'ün açık düzenlemesinde *“soruşturma sonunda verilen kararlar”* ifadesi kullanılmış ve gönderilecek karar türleri de açıkça sayılmıştır. Kamu görevlisi hakkında yapılan ihbar veya şikâyet üzerine CMK m. 158/6 gereğince verilen soruşturmaya yer olmadığı kararının bu kamu görevlisinin bağlı olduğu kamu kurumuna gönderilmemesi gerekir. CMK m. 158/6 düzenlemesinden sonra özel soruşturma usullerine tabi kişiler hakkında ihbar veya şikâyet söz konusu olduğunda CMK m. 158/6'daki şartlar mevcutsa artık SYOK verilmesi gerekmektedir. Soruşturma yapma yetkisine sahip olan kişi veya kurul, soruşturmaya yer olmadığı kararını vermeye de yetkilidir.

İftira suçunun tüm unsurları tamamlanmışsa ihbar edilen kişi hakkında soruşturma açılmamış olması (SYOK verilmiş olması) iftira suçunun oluşmasına ve ihbar veya şikâyet edenin

bu suçtan mahkûm olmasına engel teşkil etmeyecektir. Çünkü iftira suçu, ihbar ve şikâyetin yapılmasıyla tamamlanan sırf davranış suçudur. Kişi hakkında soruşturma açılmamış olsa da iftira suçu tamamlanmış olacaktır.

CMK m. 172 ve 173 hükümlerinin de yeniden düzenlenmesi ve KYOK'un şüpheliye de tebliğinin sağlanması ve KYOK'a karşı şüpheliye de itiraz hakkının (özellikle hakkında SYOK verilmesi gerekirken KYOK verilmesi sebebiyle) tanınması gerekir. Hakkında ihbar veya şikâyette bulunulan kişinin haksız fiil sebebiyle tazminat hakkının bulunması ve ihbar ve şikâyet edenin fiilinin iftira suçunu oluşturma ihtimalleri de SYOK'tan ihbar edilenin haberdar olması gereğini ortaya koymaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Ataç, Asiye Selcen. "İham İctihatları Işığında Ne Bis in Idem Etkisi." iç. *Dr.Dr.h.c. Silvia TELLENBACH'a Armağan*, eds. Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu ve Faruk Turhan, 817-845. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Ayhan, Hüseyin Tanfer. "Ceza Muhakemesi Kanunu 171/1'inci Maddesi Kapsamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi." *Askeri Adalet Dergisi* 39, no. 133 (2011).
- Bayraktar, Köksal. "İftira." *İÜHFEM XL*, no. 1-4 (1974).
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Eşitli, Ezgi Aygün. "Ceza Muhakemesi Kanunda Kanun Yararına Bozma." *TBBĐ*, no. 122 (2016).
- Çalışkan, Suat. "Lekelenmeme Hakkı." *Hukuki Haber*, Ekim 20, 2018. <https://www.hukukihaber.net/sorusturulmasi-gerekmeyen-eylemlerde-ihbar-kaydi-ve-yapilacak-islemler-makale,6166.html>
- Çiftçioglu, Cengiz Topel. *Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Denetimi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Gedik, Doğan. "Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu." *Adalet Dergisi*, no. 10 (2002).
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Kızıllarslan, Hakan. "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi." *TBBĐ*, no. 144 (2019).
- Meran, Necati. *Açıklamalı-İctihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

- Mesci, Hatice ve Vahdettin Aydın. "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturama Usulü." *SDÜHFD* 7, no. 2 (2017).
- Özen, Muharrem ve Atacan Köksal. "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı." *AÜHFD* 68, no. 1 (2019).
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Şan, Abdullah Ayhan. *Özel Soruşturma Usulleri*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayını, 2008.
- Taner, Fahri Gökçen. "Kovuşturamaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Dar, Sarp, Kısmen Açık Bir Yol." *TBBĐ*, no. 135 (2018).
- Tanrıvermiş, Atilla. *Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Turabi, Selami. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Tural, Uğur. *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*. İstanbul: Legal Yayınları, 2019.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Yıldırım, Akif. "İftira Suçu." *TBBĐ*, no. 69 (2007)

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KEFALETİN GÜVENCE OLARAK GÖSTERİLMESİ

Bail as a Security for the Rental Contract

Alper UYUMAZ*

Hüseyin BULUT**

Öz

Kira sözleşmesinden doğan borçları güvence altına alabilmek için genellikle kiracıdan bir kefil göstermesi talep edilmektedir. Zira kiracının kira sözleşmesi kapsamında borçlarını yerine getirmeme riski vardır. Bu anlamda ilk akla gelen kira bedelinin ödenmemesidir. Bununla birlikte başka sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali sebebiyle kiraya verenin zarara uğraması söz konusu olabilir. İşte kefalet sözleşmesiyle bu borçların güvence altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından TBK'da kiracının göstereceği güvence ile ilgili düzenlemeler söz

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, alperuyumaz@gmail.com, ORCID ID: 0001-8479-4642.

** Arş. Gör. KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, huseyinbulut091@gmail.com, ORCID ID: 0001-6289-9662.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 03.10.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 19.04.2023.

Atıf/Citation: Uymaz, Alper ve Hüseyin Bulut. "Kira Sözleşmesinde Kefaletin Güvence Olarak Gösterilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 37-109.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



konusudur. Fakat bu düzenlemeler yalnızca para ve kıymetli evrakın güvence olarak gösterilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Buna göre kiracının göstereceği güvencenin üç aylık kira bedelini aşması mümkün değildir. Kira sözleşmesinden doğan borçlar için kefalet sözleşmesinin güvence olarak gösterilmesi durumunda bu üç aylık sınırın uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusudur. Makalede bu tartışmalara değinilmekte ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada, sözleşmesinin güvence olarak gösterildiği durumda kefilin sorumluluğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmada, kefilin sorumluluğunun içerik ve zaman bakımından kapsamı değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, kefalet sözleşmesinin ve kira sözleşmesinin süreli veya süresiz olmasının birbirlerine etkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kefalet güvencesi, kirada kefalet, kirada kefil, süreli/süresiz kefalet, kefalet teminatı.

Abstract

To guarantee the debts arising from the lease agreement, the lessee usually needs to provide a guarantor. Because there is a possibility that the lessee may harm the lessor within the scope of the lease agreement, it is possible that the rental fee will not be paid. However, the lessor may incur losses due to violating some other obligations. This loss is tried to be covered with a contract of bail. These are products related to using rentals in residential and roofed workplaces. However, these regulations are only in question if money and valuable papers are shown as security. The lessee's assurance cannot exceed the three-month rental price. It is a matter of debate whether the three-month limit will be applied if the contract of bail is shown as security for the lease agreement. In the article, these discussions are mentioned and a conclusion is tried to be reached. In cases where the contract of bail is shown as a guarantee, the responsibility of the bail should also be evaluated. In the study, it was tried to assess the scope of

the responsibility of the guarantor in terms of content and time. The effect of the contract of bail and the lease contract on each other whether they are temporary or indefinite has been examined.

Keywords: Bail as a security, bail in rental agreement, bail for rent, limited/ indefinite duration contract bail.

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesi şahsi bir teminat aracı olarak hukuki işlemlerden doğabilecek olan riskleri güvence altına almak için yapılmaktadır. Kefalet sözleşmesi bir borç ilişkisinde zayıf taraf olan borçludan istenilen bir güvencedir. Asıl borcun doğduğu hukuki işlemdeki hükümlerle kefalet sözleşmesinin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi önem arz eder. Borçlunun korunması dışında da uyuşmazlıkların çözümü bakımından birçok hususta asıl sözleşme ile kefalet sözleşmesinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Makalede ifade edilen gereklilik çerçevesinde kefalet sözleşmesinin kira sözleşmesinden doğan borçlara güvence olarak gösterilmesi hususu incelenmektedir. Kira sözleşmesinde kefalet sözleşmesinin güvence olarak gösterildiği durumda değerlendirilmesi ve çözülmesi gereken konuların başında kiracının güvence verme borcu sayılabilir. Kira sözleşmesinde güvence verme borcu kararlaştırılmışsa bunun kefaletle olan ilişkisi değerlendirilmelidir. Bundan başka kefalet sözleşmesi ve kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulması bakımından şekle ilişkin değerlendirmelerin yapılması da önem arz etmektedir. Makalede kira sözleşmesinden doğan borçlar için gösterilen kefaletin zaman ve içerik bakımından kapsamı değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin çeşitli tartışmalara yer verilmiştir.

I. KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRACININ GÜVENCE VERMESİ

A. Genel Olarak

6098 Sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce kira hukukuna ilişkin düzenlemeler 818 Sayılı BK'da ve 6570 Sayılı GKHK'da yer almaktadır. TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar Yargıtay tarafından kabul ediliyor olsa dahi, kiracının güvence verme borcuna ilişkin 818 S. BK ve 6570 S. GKHK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kiracının güvence verme borcu 6098 Sayılı TBK m. 342'de düzenlenmektedir. Bu düzenleme İBK 257e maddesini esas almak suretiyle hazırlanmıştır.

Kira sözleşmesi yapmakla kiraya veren kira konusu malın kullanımını kiracıya bırakmakta ve bununla bir risk almaktadır.¹ Kira bedelinin ödenmemesi, kira konusuna zarar verilmesi bu risklere örnek olarak gösterilebilir. Kiraya verenin bu ve benzeri sebeplerle zarara uğraması mümkündür.² Bu yüzden uygulamada meydana gelen bu riskleri güvence almak amacıyla depozito adıyla kendine özgü bir teminat türü ortaya çıkmıştır.³

¹ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 2* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 59; Murat İnceoğlu ve Ece Baş, "Türk Borçlar Kanunu Açısından Depozito ve Bankaların Bundan Kaynaklanan Sorumluluğu," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 1 (2012): 112; Abdülkerim Yıldırım, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 1 (2015): 240.

² Hayriye Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2019): 292, 293; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 59; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 112.

³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 412; Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 354; Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 161; Erol Ulusoy, "Kira Depozitosuna Faiz Ödenir Mi?" *Banka ve*

Depozito, kiraya veren tarafından, depozito veya başka ad altında ve kira bedeli dışında kira sözleşmesinin yapıldığı sırada veya başka bir zamanda, kira sözleşmesinden doğan borçları güvence altına almak amacıyla alınan para olarak tanımlanmaktadır.⁴

Söz konusu güvence verilmesine ilişkin düzenlemenin taraflar bakımından bir zorunluluk olmadığını, tarafların isterlerse sözleşme serbestisi kapsamında güvenceyi kararlaştırabileceklerini söylemek mümkündür.⁵ TBK m. 342’de “(1) Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse... (2) Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa...” denilerek bu durum ifade edilmiştir.

Güvence, uygulamada karşılaşılan ismiyle depozito, verilmesi hususunda kiracılar bazı sorunlarla

Ticaret Hukuku Dergisi 20, no. 3 (2000): 44; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 318; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 59.

⁴ Hayrunnisa Altın, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi,” Yüksek Lisans Tezi. (Ankara, 2017), 6; Murat Aydoğdu, “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu (TBK 342),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2012): 3; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 505; Hakkı Mert Doğu, “Kiracı veya Kiraya Veren Güvenceyi (Depozitoyu) Kira Bedeline Karşılık Sayabilir Mi?” *KTO Karataş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2019): 222; Doğan, *Sona Erme*, 355; Gümüş, *Kira*, 161; Yıldırım, “Kiracının Güvence Vermesi,” 240; Madde gerekçesi için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-borclar-kanunu-madde-gerekceleri/1>.

⁵ Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 505; Doğu, “Güvence ve Kira Bedeli,” 223; Şen Doğramacı, “Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler,” 295; Ulusoy, “Depozito ve Faiz,” 43; Yıldırım, “Kiracının Güvence Vermesi,” 244.

karşılaşmaktadırlar.⁶ Bunlar arasından söz konusu güvencenin bedeli kiraya veren tarafından kullanılması, keyfi olarak kesintiye uğratılması, kiracının iade zamanında güvence bedelini almakta güçlük çekmesi gibi durumlar sayılabilir.⁷ Kanun koyucu kiracıların bu türden sorunlarla karşılaşmasını önlemek amacıyla TBK m. 342 hükmünü düzenleme altına almıştır. TBK'nın 'Kiracının Güvence Vermesi' başlıklı 342'nci maddesi "(1) Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz. (2) Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo eder. Banka, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir. (3) Kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflas yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse banka, kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlüdür." hükmüyle güvence bedelinin miktarı sınırlandırılarak, güvencenin geri alınmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

⁶ Nihat Yavuz, *Kira Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 471; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 112.

⁷ İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 113; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 241.

B. Hükümün Uygulama Alanı

1. Sözleşmenin Niteliği Bakımından

Kiracıyı korumaya yönelik olan TBK m. 342 hükmü sadece konut ve çatılı işyeri kiralaları için uygulama alanı bulmaktadır.⁸ Diğer kira sözleşmelerinde 342'nci maddenin uygulanması söz konusu değildir. Hükümün 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları'na ilişkin ikinci ayırımda bulunması bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

İBK'nın 257e maddesi ikinci fıkrasını göre konut kiralalarında kiraya verenin üç aylık kira bedelini aşmayacak şekilde güvence isteyebileceği ifade edilmektedir. TBK'dan farklı olarak OR. Art. 257e'de güvence konut ve çatılı işyeri kiralaları için değil yalnızca konut kiralaları için uygulama alanı bulmaktadır.⁹

Konut ve çatılı işyeri kiralaları dışında kalan diğer kiralarda da güvence verilmesi mümkündür. Kiracının güvence vermesine ilişkin hükümün konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin kısımda yer almış olması diğer kiralarda güvence gösterilemeyeceği anlamına gelmemektedir.¹⁰ Kanun koyucu sosyal sebeplerle konut ve çatılı işyeri kirasında kiracıyı korumak adına güvence verilmesini açıkça düzenleme altına almış, bu hususta bazı sınırlamalar öngörmüştür. Yani hüküm bu tür kiralarda kısıtlama getirerek kiracıyı korumaya çalışmıştır.

⁸ Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 6; Doğu, "Güvence ve Kira Bedeli," 223; Gümüş, *Kira*, 162; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 65; Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 296; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 242; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 319.

⁹ Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 506; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 66; Yavuz, *Kira*, 470.

¹⁰ Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 243.

2. Güvencenin Niteliği Bakımından

TBK m. 342'nin ikinci fıkrası uyarınca güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi mümkündür. Bununla birlikte kira sözleşmesinde madde 342'nin uygulama alanı kapsamında bu ikisi dışında güvence gösterilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Türk hukukundaki hâkim görüşe göre kira sözleşmesinde para ve kıymetli evrak dışında gösterilen güvenceler 342'nci maddenin uygulama alanı içerisinde değildir.¹¹ Fakat hükmün düzenleniş biçiminden, her türlü güvencenin madde 342'nin uygulama alanının içerisinde olduğu sonucuna varılabilir. Bir diğer ifadeyle hükmün lafzı para ve kıymetli evrak dışında bir güvencenin gösterilmesi durumunda da uygulanabileceğine ilişkin bir çıkarım yapılmasına izin vermektedir. Hükmün birinci fıkrasında kiracıya bir güvence borcu getirildiği takdirde bunun, üç aylık kira bedelini aşamayacağı düzenlenmektedir. Bu anlamda kanun koyucu öncelikle genel kuralı düzenlemiş gibi bir izlenim oluşmaktadır. Daha sonra hükmün ikinci fıkrasında "*güvence olarak para veya kıymetli evrak düzenlenmişse*" ifadesi kullanılmaktadır. Hükmün sistematığına bakıldığında, birinci fıkraya göre, gösterilecek herhangi bir güvencenin üç aylık kira bedeliyle sınırlı olduğu, bununla birlikte ikinci fıkrada, güvence para veya kıymetli evraksa ayrıca bir koruma daha getirildiği, üçüncü fıkrayla da genel bir koruma getirildiği, şeklinde lafzi bir yorum getirilebilmektedir.

¹¹ Serkan Ayan, "Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan* 19, no. Özel Sayı (2017): 312; Altın, *Kiracının Güvence Vermesi*, 62, 63; Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 6; Gümüş, *Kira*, 162; Eren, *Borçlar Özel*, 412; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 64; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 114; Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 296; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 244; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 319.

TBK bakımından söz konusu olan bu tartışma konusu, İBK bakımından söz konusu değildir. Zira OR Art. 257e’de öncelikle birinci fıkrada konut ve çatılı işyeri kiralarında güvence olarak para ve kıymetli evrak verilmesi düzenlenmiş daha sonra ikinci fıkrada kiraya verenin isteyeceği güvencenin üç ayı geçemeyeceği ifade edilmiştir.

Öğretide de TBK m. 342’nin, ancak güvence olarak para ve kıymetli evrak gösterilmişse uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bununla beraber söz konusu durum, başka türlü güvence gösterilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Konut ve çatılı işyeri kirasında tarafların kefalet, banka teminat mektubu, ipotek gibi başka güvenceler göstermesinin mümkün olduğu fakat bu şekilde bir güvencenin kararlaştırıldığı durumda TBK m. 342’nin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.¹² Bu görüşe göre, TBK m. 342’nin yalnızca para ve kıymetli evrakın güvence gösterildiği hallerde uygulanmasının gerekçesi olarak, kiracının güvence olarak verdiği paranın iadesi konusunda kiraya verenin iflâsına karşı korunması gösterilmektedir.¹³ Böyle bir risk kefalette söz konusu olmadığından, sınırlamanın da söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir.¹⁴

Bu haliyle hükmün yoruma muhtaç olduğu ifade edilmelidir. Lafzi veya sistematik yorum yoluyla sorunun çözülmesi mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede amaçsal yorum da yapılmalı ve hükmün ratio legisine bakılmalıdır. Hükmün gerekçesinde de kanun koyucunun İsviçre Borçlar Kanunu’ndan düzenlemeyi alırken niçin bir ayrıma giderek birinci ve ikinci fıkraların yerini değiştirdiğine ilişkin bilgi bulunmamaktadır.

¹² Ayan, “Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması,” 310; Gümüş, *Kira*, 162; Yıldırım, “Kiracının Güvence Vermesi,” 244.

¹³ İnceoğlu ve Baş, “Depozito ve Bankanın Sorumluluğu,” 114.

¹⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 64.

Hükümde kiraya verenin talep edebileceği güvencenin üç aylık kira bedeliyle sınırlandırılmasının kiracıyı korumayı amaçladığı ifade edilebilir. Bu bakımdan kira sözleşmesinin kefaletle güvence altına alınması durumunda, kefaletin üç aylık kira bedeliyle sınırlandırılmasının kiracıyı koruyucu bir etki gösterip göstermediği değerlendirilmelidir.

Kefaletin bir ivaz karşılığında gerçekleştirildiği uygulamalarda kiracı, bu iş için kurulmuş kuruluşlardan kefalet güvencesi alabilmek için bir karşılık verdiği için kefilin ve dolaylı olarak kiracının da korunduğunu söylemek mümkündür.¹⁵ Zira burada kefalet miktarı sınırlandırıldığı için kiracının kefilin güvencesini elde edebilmek amacıyla ödeyeceği karşılık da sınırlandırılmış olmaktadır. Fakat Türk Hukuku uygulamasında kefaletin çoğunlukla hatır için yapıldığı göz önüne alınmalıdır. Kefaletin hatır için, ivazsız olması durumunda kiracının kefile ödeyeceği bir karşılık bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, miktarı sınırlandırmanın kefilin koruyucu bir etki ortaya çıkardığı ifade edilebilir.

Hüküm yorumlanırken dikkatten kaçmaması gereken bir konu da İsviçre ve Alman hukukunda güvence getirilmesine ilişkin düzenlemenin yalnızca konut kiralarna ilişkin olduğudur. Dolayısıyla işyeri kiralari için böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Türk Hukukunda güvenceye ilişkin bu düzenleme konut ve çatılı işyeri kiralari hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Gösterilecek her türlü güvenceyi, kira bedelinin üç aylık miktarıyla sınırlamanın işyeri kiralari bakımından sonuçlarını göz önünde tutmak gerekir. İşyeri kiralari bakımından güvencenin sınırlandırılmasının teminatın amacına uymaması gibi sonuçlar doğurması mümkündür.¹⁶ Sonuç olarak mehaz Kanun, hükmün amacı, sosyal yapı ve ihtiyaçlar bakımından yapılan bir değerlendirme sonucunda,

¹⁵ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması,"311.

¹⁶ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 311.

güvencenin yalnızca para ve kıymetli evrak olarak gösterildiği durumda mı yoksa diğer güvencelerde de uygulanıp uygulanmaması gerektiğine karar verilmelidir.¹⁷ Öğretide¹⁸ TBK m. 342'deki sınırlamaların, yalnızca güvence olarak para veya kıymetli evrak gösterildiği takdirde uygulanacağı, diğer güvencelerin söz konusu olduğu durumda uygulanmayacağı kabul edilmektedir.

Kira sözleşmesinden doğan borçlar için kefil gösterildiğinde, alacaklı için alternatif bir güvence sağlanmış olmaktadır. Bu durumda, alacaklı kira sözleşmesinden doğacak borçlar için kefilin varlığına güvenerek kira sözleşmesini yapmaktadır. Öte yandan, kiracının güvence bedeli olarak belli bir miktar parayı güvence gösterdiği durumlarda ise, bunu üç aylık kira bedeli ile sınırlamak, kiracının (borçlunun) korunması ilkesine uygundur. Fakat kefilin şahsi olarak sorumlu olduğu, alacaklının buna güvenerek kira sözleşmesi yaptığı durumlarda, güvence miktarını üç aylık kira bedeliyle sınırlamak alacaklı açısından menfaatler dengesine aykırı olacaktır. Burada, böyle bir sınırlamanın olmadığını ifade etmek gerekir.

C. Güvencenin Gösterilme Zamanı

Kanunda güvencenin gösterilme zamanına ilişkin bir sınırlandırma bulunmamaktadır.¹⁹ Güvencenin sözleşme

¹⁷ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 312.

¹⁸ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 312; Altın, *Kiracının Güvence Vermesi*, 62, 63; Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 6; Gümüş, *Kira*, 162; Eren, *Borçlar Özel*, 412; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 64; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 114; Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 296; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 244, 319.

¹⁹ Doğu, "Güvence ve Kira Bedeli," 224; Gümüş, *Kira*, 164; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 66; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 117; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 318.

kurulurken gösterilmesi²⁰ mümkün olduğu gibi taraflar sonradan yapacakları bir anlaşma ile de güvencenin gösterilmesini kararlaştırabilirler.

D. Güvencenin Kapsamı

TBK m. 342/I uyarınca gösterilecek olan güvence üç aylık kira bedelini aşmayacak şekilde kararlaştırılmalıdır. Hüküm emredici bir nitelik taşımaktadır.²¹ Bu sebeple taraflarca anlaşılacak şartıyla üç aylık güvencenin daha az miktarda kararlaştırılması söz konusuysen daha fazla bir miktarın kararlaştırılması söz konusu değildir. Üç aydan daha fazla bir miktarın kararlaştırılması durumunda hükmün geçersiz olduğu, şartları varsa kısmi butlan yaptırımına tabi olacağı kabul edilmektedir.²² Bu çerçevede üç aya kadar olan kısım geçerli iken üç aylık miktarı aşan kısım geçersiz olmaktadır.

Kira bedelinin aylık olarak belirlenmediği durumlarda ise güvence miktarının ne olacağı sorusu akla gelir.²³ Örneğin kira bedeli yıllık olarak belirlenmişse bu durumda aylık güvence miktarı bulunarak bunu üçle çarpmak ve güvence miktarının sınırını belirlemek gerekmektedir. Her durumda bu şekilde bir oranlama yapılarak aylık kira bedelinin tespiti söz konusudur.

²⁰ Yar. 3. HD, E. 1999/4930, K. 1999/5843, 03.06.1999, "Kira parasını sözleşme yapılırken özgürce belirlemek olanaklı olduğuna göre, halk arasında "depozito" denilen aslında "güvence" niteliğinde bulunan bir miktar paranın kira ilişkisi başlarken alınması geçerli olup, 6570 sayılı Kanununun 16. maddesine aykırı bir yön taşımamaktadır."

²¹ Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 6; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 71; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 247.

²² Doğu, "Güvence ve Kira Bedeli," 224; Eren, *Borçlar Özel*, 412; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 247.

²³ Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 8; Doğu, "Güvence ve Kira Bedeli," 224; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 68; Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 247.

Kiracının TBK m. 342 çerçevesinde göstereceği güvencenin, kiracının hangi borçlarını kapsayacağı tespit edilmelidir. Güvencenin, kiracının kira sözleşmesinden doğan hangi borçlarına teminat teşkil ettiğinin tespiti bir yorum meselesidir.²⁴

Kira sözleşmesinden doğan, kiracının en önemli borcu olarak kira bedelini ifade etmek mümkündür. Bunun dışında kullanmaya ilişkin giderler, TBK m. 317 çerçevesinde temizlik ve bakım giderleri gibi yan giderlerin güvencenin kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda güvence “üç aylık ödeme ‘monatzinsen’” ile sınırlandırılmıştır²⁵ ve üç aylık ödeme kira bedelini ve kira sözleşmesinden doğan yan giderleri kapsamaktadır. TBK’da ise güvenceye ilişkin olarak üç aylık kira bedeli denilmektedir. Yargıtay’a göre, kira sözleşmesi için gösterilen güvence yalnızca kira bedelini değil, sözleşmeden doğan yan giderleri de kapsamaktadır.²⁶

Öğretide bir görüşe göre, güvence yalnız kira bedelini kapsamaktadır.²⁷ Bir diğer görüşe göreyse kira bedeli değil kira sözleşmesinden doğan tüm giderleri kapsamaktadır.²⁸

Kira sözleşmesinde gösterilen güvencenin yalnızca kira bedelini değil diğer giderleri de kapsadığını ifade eden görüşe göre, hükmün amacını tespit için mehzaz kanununun düzenlemesi çerçevesinde yapılacak bir yorumdan yola çıkılması

²⁴ Gümüş, *Kira*, 164; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 66.

²⁵ Aydoğdu, “Kiracının Güvence Verme Borcu,” 7; Gümüş, *Kira*, 164.

²⁶ Yar. 3. HD, E. 2010/4729, K. 2010/6965, 20.04.2010, “Depozito sözleşme ile herhangi bir alacağa tahdidi olarak özgülenmediği takdirde kiralayanın sözleşmeden kaynaklanan her türlü alacağını temin için verilmiş sayılır.” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2010-4729-k-2010-6965-t-20-04-2010>).

²⁷ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 68; İnceoğlu ve Baş, “Depozito ve Bankanın Sorumluluğu,” 119; Yıldırım, “Kiracının Güvence Vermesi,” 247; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 318.

²⁸ Aydoğdu, “Kiracının Güvence Verme Borcu,” 7; Eren, *Borçlar Özel*, 411 - 412.

gerekmektedir. Bunun neticesinde de üç aylık kira bedeli ifadesinin, kira bedelini ve kullanma giderlerini de içine alacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁹

Kira sözleşmesinde gösterilen güvencenin yalnızca kira bedelini kapsadığını ifade eden görüşe göre ise, TBK m. 342'de açıkça "*...bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz*" ifadesinin kullanılmış olması bu duruma gerekçe gösterilmektedir. Bu çerçevede, güvencenin üst sınırı belirlenirken bakım ve temizlik giderleri gibi yan giderler dikkate alınmamaktadır. Bu hususta, güvence bedelinin kira bedeline göre belirlenmesi fakat bununla birlikte, kira sözleşmesinden doğan diğer borçları da kapsamaması gerektiği söylenebilir.

Kira bedelinde sonradan yapılacak artışların güvence bedelini de artırma yükümlülüğü doğurup doğurmadığının tespiti gerekmektedir. Kira bedelinin sonradan artmasıyla birlikte güvence bedelinin de artırılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anlaşma yapılmak suretiyle güvencenin artırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.³⁰ Bir diğer görüşe göre ise, kira bedeli sonradan artırılsa dahi güvence miktarını artırmak mümkün değildir.³¹ Burada, isabetli olan tercih, güvence bedelinin daha sonradan kira bedelinin güncellenen miktarı çerçevesinde yenilenmesinin mümkün olduğudur. Sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar daha sonra anlaşmak suretiyle güvence bedelini artırabilirler. Hükmün kiracıyı korumak amacı taşıması sebebiyle kiraya verenin tek taraflı olarak böyle bir artışın yapılacağına karar vermesinin mümkün olmayacağı söylenebilir. Böyle bir

²⁹ Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 7.

³⁰ Yıldırım, "Kiracının Güvence Vermesi," 247; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 319.

³¹ Aydoğdu, "Kiracının Güvence Verme Borcu," 8; İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 70; İnceoğlu ve Baş, "Depozito ve Bankanın Sorumluluğu," 119.

durumda da güvencenin miktarı, kira sözleşmesinin yeni miktarının üç katını aşmamalıdır.

II. KİRA GÜVENCESİ OLARAK KEFALETİN GÖSTERİLMESİ

A. Kira Güvencesi Olarak Gösterilen Kefaletin Özellikleri

1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581 vd. düzenlenmektedir. Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.³² Borcun ifa edilmemesi sebebiyle kefilin kişisel olarak üstlendiği sorumluluk para borcu şeklinde ortaya

³² Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 2 (2004): 95; Ayşe Arat, "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi," *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 19, no. 41 (Yıl Özel Sayısı 2016): 209; Eugen Bucher, *Obligationrecht Besonderer Teil*. (Zurich: Schulthes Verlag, 1988), 285; Josef Esser, *Schuldrecht Besonderer Teil* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1971), 213, 214; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 320; Claire Huguenin, *Obligationrecht Besonderer Teil* (Zurich- Basel- Genf: Schultess Verlag, 2008), 187; Şebnem Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Editör Turgut Öz (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 845; Gizem Özkan Şahin, "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 1289; Banu Bilge Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 1 (2022): 224; Gökhan Şahan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 17; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 1521; Merve Yılmaz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 24, no. 97 (2011): 156; Süleyman Yılmaz, "Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 755; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 813; Eren, *Borçlar Özel*, 773; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 699.

çıkılmaktadır.³³ Akdi bir ilişkiden doğan borç için kefil olunması mümkün olduğu gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan borçlar için de kefil olunması mümkündür.³⁴ 818 Sayılı BK'da kefalet sözleşmesi "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.*" şeklinde tanımlanmaktaydı. Buradan kefaletin yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için yapılabileceği şeklinde bir anlam çıkarılmaktadır. Fakat hüküm 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda değiştirilerek daha isabetli bir düzenleme yapılmıştır. TBK m. 581'de "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ve borçlu dışında bir üçüncü kişinin varlığını gerektirdiğinden üçlü bir ilişkiyi meydana getirmektedir.³⁵ Fakat burada dikkat edilmelidir ki üçlü ilişki ifadesi kefalet sözleşmesinin üç tarafı olduğu anlamında kullanılmamaktadır. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin bir tarafını oluşturmamaktadır.³⁶ Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil

³³ Nami Barlas, "Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunları," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2006): 4; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara: 2013), 3-16, 21; Eren, *Borçlar Özel*, 777; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1526.

³⁴ Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 57; Caner Taşatan, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 2 (2021): 345; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalette İfanın Sonuçları," 96; Gümüş, *Özel*, 320; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1289; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 21; Sarıhan, "Kefalette Şekil ve Eşin Rızası," 224; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 700.

³⁵ Erich Molitor, *Schuldrecht Besonderer Teil* (München- Berlin: 1966), 138; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 20.

³⁶ Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalette İfanın Sonuçları," 95; Bucher, *Besonderer Teil*, 287; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 20.

arasında kurulan bir sözleşmedir.³⁷ Kefil asıl borçlunun rızası olmasa dahi alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmak suretiyle borç altına girebilir.³⁸

Kefil, kefalet sözleşmesiyle birlikte asıl borçlunun borcunu devralmamakta, onun borcunu kendi borcu haline getirmemektedir.³⁹ Kefil, güvence altına aldığı borcun doğduğu asıl ilişkinin bir tarafı da değildir. Kefalet sözleşmesiyle birlikte ortaya bu sözleşmeden doğan yeni bir borç çıkmaktadır. Bununla birlikte kefilin yükümlülüğü güvence altına alınan asıl borca bağlıdır.

Kefilin asıl borcun yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan yükümlülüğü, borcun yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen zararın para ile karşılanmasıdır.⁴⁰ Bir başka açıdan, kefilin borcu, asıl borçlu yerine geçerek borcun ifası veya asıl borçluyu borcun ifası konusunda teşvik değildir. Kefil alacaklıya ödeme yaptığı zaman kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmiş olmaktadır.

Kefalet sözleşmesi hatır için yapılmış olabileceği gibi, ivazlı olarak örneğin bir borcun ifası için de yapılması mümkündür.⁴¹ Örneğin, bir satış sözleşmesinden doğan borcun, kefalet sözleşmesinde güvence verilerek ödenmesi mümkündür. Bir

³⁷ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 846; Esser, *Besonderer Teil*, 214; Eren, *Borçlar Özel*, 776; Gümüş, *Özel*, 322; Molitor, *Besonderer Teil*, 138; Özen, *Kefalet*, 59; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 20; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1524.

³⁸ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 846; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalette İfanın Sonuçları," 95; Özen, *Kefalet*, 60; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 20.

³⁹ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 846; Özen, *Kefalet*, 65.

⁴⁰ Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalette İfanın Sonuçları," 96; Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 4; Özen, *Kefalet*, 65; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1290; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 21.

⁴¹ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 847.

diğer deyişle bir kimse satış sözleşmesinden doğan borcunu o kişi için güvence vermek suretiyle ödemiş olabilir.

Kefalet sözleşmesi, güvence altına alınan alacağın doğduğu asıl sözleşmeden ayrı bir varlığa sahiptir.⁴² Esas borç koşula bağlı değilse veya bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi, kefalet sözleşmesinde kefilin borcu koşula bağlanabilir veya bir vade kararlaştırılmış olabilir.

2. Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Olması

Kefalet sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi her zaman asıl bir borcun varlığına bağlı olup bu husus kefalet sözleşmesinin karakterize özelliği olan fer'ilik ilkesinin bir sonucudur.⁴³ Kefalet sözleşmesi asıl borcu takip eder. Bu anlamda güvence altına alınan alacağın başkasına devredilmesi durumunda kefaletten doğan haklar yeni alacaklıya geçer.⁴⁴ TBK m. 189'da "*Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar*

⁴² Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (1962): 331; Özen, *Kefalet*, 72; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 702.

⁴³ Töre Günsay, "Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği İlkesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2017): 1089; Halil Yılmaz, "Taşınmaz Kira Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsam ve Süresi," *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 18 (2008): 23; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 848; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 815; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalet İfanın Sonuçları," 96; Arat, "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi," 210; Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 5; Bucher, *Besonderer Teil*, 287; Esser, *Besonderer Teil*, 214; Eren, *Borçlar Özel*, 778; Huguenin, *Besonderer Teil*, 193; Gümüş, *Özel*, 322; Özen, *Kefalet*, 86; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1291; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 22; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 329; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 20; Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 301; Taşatan, "Kefaletin Geçerliliği," 343; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1529; Yılmaz, "Sorumluluk," 756; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 701.

⁴⁴ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 849; Günsay, "Kefaletin Feriliği," 1088; Özen, *Kefalet*, 87; Yılmaz, "Sorumluluk," 756.

dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer” şeklinde ifade edilmektedir. Bu sebeple, güvence altına alınan alacağın sona ermesi durumunda kefalet de sona erer.⁴⁵

Fer’ilik ilkesinin önemli bir sonucu da kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha fazla olamamasında kendini göstermektedir.⁴⁶ Buna göre, kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan fazla olamazsa da daha az olabilir.⁴⁷

Kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan fazla olması mümkün değilse de taraflar kefalet sözleşmesinde kefil için daha fazla sorumluluk doğuracak bir miktar kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda, sözleşme hükmünün yorumlanması gerekmektedir. Tarafların sorumluluğunu aşan kısım bakımından, ayrı bir sözleşme yapmak, kefil için kefalet sözleşmesinden başka bir sorumluluk ortaya koymak amacıyla iseler bu durumda, sorumluluğun aşan kısmı için doğru nitelenmenin yapılması gerekir.⁴⁸ Zira

⁴⁵ Eren, *Borçlar Özel*, 778; Esser, *Besonderer Teil*, 225; Huguenin, *Besonderer Teil*, 195; Günsay, “Kefaletin Feriliği,” 1089; Özen, *Kefalet*, 87; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 22; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1529.

⁴⁶ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 513; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 848 - 849; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 815; Eren, *Borçlar Özel*, 778; Gümüş, *Özel*, 323; Günsay, “Kefaletin Feriliği,” 1092; Reisoğlu, “Kefaletin Şartları,” 330, 331; Özen, *Kefalet*, 88; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1529; Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 701.

⁴⁷ Özen, *Kefalet*, 88.

⁴⁸ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 849; Sözleşmenin niteliğinin yanlış belirlenmesi hakkında, Yar. 11. HD, E. 2013/7173, K. 2013/22201, 05.12.2013, “Davacı vekili, ... Ltd. Şti.nin acentelik sözleşmesi gereğince müvekkil şirketin acenteliğini yürütmekte olup, yapacağı her türlü acentelik faaliyetlerinden dolayı müvekkili şirketin muteber ve kat'i delil teşkil eden defter ve kayıtlarınca doğan ve doğacak bilumum borçlarını ve yükümlülüklerini tamamından sorumlu olduğunu, davalılardan ... ve ...'ın

TBK.m.19'a göre bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınmalıdır. Yapılan değerlendirme sonrasında dahi tarafların böyle bir anlaşma yapmak istedikleri sonucu çıkarılamazsa, bir diğer deyişle taraflar gerçekten asıl sözleşmedekinden daha fazla bir sorumluluk öngörmüşlerse burada aşan kısım geçersiz olur.⁴⁹

3. Kefalet Sözleşmesinin İkincil (Tali) Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğun ikincil nitelikte (tali) bir sorumluluk olduğu ifade edilmelidir.⁵⁰ Kefalet

ise, söz konusu acentelik sözleşmesinin eki olan Garanti Sözleşmesi uyarınca, acentenin doğacak tüm borçlarına garantör olacaklarını kabul ve imza ettiklerini... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davalıların imzasını taşıyan 13/11/2006 tarihli sözleşme her ne kadar 'Garanti Sözleşmesi' olarak adlandırılmış ise de acentelik sözleşmesinin eki olarak düzenlenen sözleşmenin müteselsil kefalet sözleşmesi niteliğinde olmasına ve sorumluluk limitinin belirlenmemesi sebebiyle geçersiz bulunmasına göre, taraf vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2013-7173-k-2013-22201-t-5-12-2013>). Kararda taraflarca yapılan sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak adlandırılmış olması dikkate alınmayıp, yapılan sözleşmenin aslında kefalet sözleşmesi olduğu ve kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uygun yapılmaması sebebiyle, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilmiştir.

⁴⁹ Özen, *Kefalet*, 88, 89.

⁵⁰ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 851; Arat, "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi," 211; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 816; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefalet İfanın Sonuçları," 96; Eren, *Borçlar Özel*, 779; Gümüş, *Özel*, 323; Molitor, *Besonderer Teil*, 138; Özen, *Kefalet*, 91; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1292; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 25; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 332; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 22; Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 301; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1531; Yılmaz, "Sorumluluk," 756.

sözleşmesinin bu niteliğinin anlamı, alacaklının asıl borçluya başvurmadan önce kefile başvuramamasıdır.⁵¹

Kefalet sözleşmesinin ikincil nitelikte olması adi kefalet bakımından, TBK m. 585/1’de kendisini göstermektedir. Buna göre, adi kefalette alacaklı, kefil takip edebilmek için öncelikle asıl borçluya başvurmalıdır. TBK.m.585/2’ye göre de alacak kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, kefil alacağın tahsili için öncelikle rehine başvurulmasını talep edebilir. Kural böyle olmakla beraber, alacaklının doğrudan kefile başvurmasının mümkün olduğu durumlar da söz konusudur.⁵²

Kefalet sözleşmesinin, müteselsil kefalet olarak yapılması durumunda da yine kefaletin ikincil niteliği mevcuttur.⁵³ TBK m. 586/1’e göre “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.” hükmü bunu ifade etmektedir. Müteselsil kefalette kefilin ikincil sorumluluğu zayıflatılmıştır. Bir başka deyişle, alacaklının doğrudan kefile başvurabilme imkânı, adi kefaletle göre daha kolaydır. Fakat buna rağmen müteselsil kefalette de kefilin sorumluluğu ikincil bir sorumluluktur. Zira alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için, borçlunun ifada gecikmesi

⁵¹ Seren Düden, “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2020): 191; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 851.

⁵² TBK m. 585/1 “...ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması. 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi. 3. Borçlunun iflasına karar verilmesi. 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması”.

⁵³ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 852.

ve ihtarın sonuçsuz kalması ya da borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekmektedir.

4. Kefalet Sözleşmesinin İvazsız Olması

Kefalet sözleşmesi kural olarak sadece kefilin sorumluluk altına girdiği bir sözleşmedir.⁵⁴ Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde bir ivazın kararlaştırılması da mümkündür. Fakat ivazlı veya ivazsız olma fer'ilik gibi zorunlu bir unsur değildir.

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla sözleşmenin ivazlı olup olmadığı meselesi incelenirken buna bakılması gerekmektedir. Ülkemiz uygulamalarında kefil genel olarak hatır için sorumluluk altına girmektedir. Fakat kefilin, kefil olmak için asıl borçludan bir menfaat talep etmesi sözleşmenin ivazlı yapıldığı anlamına gelmemektedir. Örneğin bir bankadan kefalet güvencesi temin etmek için bankaya komisyon ödenmesi kefalet sözleşmesini ivazlı hale getirmemektedir. Kefalet sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olabilmesi için asıl borçlunun kefile karşı bir asli edim yükümlülüğü yüklenmiş olması gerekmektedir.

5. Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Tazminat Yükümlülüğü

TBK m. 581'de "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme*" olduğu ifade edilmektedir. Kefil yükümlülük altına girmekle borçlunun yerine

⁵⁴ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 855; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 817; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 96; Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 3; Esser, *Besonderer Teil*, 214; Eren, *Borçlar Özel*, 775; Gümüş, *Özel*, 329; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 25; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1293; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 333; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 23; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1531; Yılmaz, "Sorumluluk," 756; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 702.

geçmemektedir. Bu sebeple kefilin, alacaklı tarafından aynen ifaya zorlanması söz konusu değildir.

Bir görüşe göre kefilin, asıl borçlunun borcunun yerine getirmemesinden doğan müspet zararı tazmin ettiği ifade edilmektedir.⁵⁵ Kefil, menfi zararı tazminle yükümlü değildir.⁵⁶ TBK m. 589/4'te "Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaları kesin olarak hükümsüz" olduğu ifade edilmektedir. Hüküm kefilin menfi zararı tazminle yükümlü olmadığına delil olarak gösterilmektedir.

Bir başka görüşe göre ise, kefilin borcunun bir tazminat borcu olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁷ Burada, kefilin borcunun kefalet sözleşmesinden doğan sözleşmeye özgü bir borç olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple, asıl borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde kefil, kefalet sözleşmesinden doğan kendi edimini yerine getirmektedir.

B. Kira Sözleşmesinin Güvencesi Olan Kefaletin Geçerlilik Koşulları

1. Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması

Geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir asıl borcun bulunması gerekmektedir.⁵⁸ Bu husus kefalet sözleşmesinin

⁵⁵ Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 817; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 28.

⁵⁶ Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 28.

⁵⁷ Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 5; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 700.

⁵⁸ Özlem Acar Ünal ve Nihal Ural Çınar, "Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2-1 (2016): 47; Haluk Tandoğan, "Kefaletin Geçerlik Şartları," *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi* 9, no. 1 (1977):

fer'ilik niteliğinin bir gereğidir.⁵⁹ Asıl sözleşme olan kira sözleşmesi geçerli bir biçimde kurulmamışsa bu sözleşmeden doğan bir borç söz konusu olmayacağından kefalet sözleşmesi de geçersiz olmaktadır.⁶⁰ Asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda bulunması şart değildir.⁶¹ Bu anlamda, gelecekte doğacak bir borç için veya şarta bağlı borç için kefil olunması mümkündür.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda kira sözleşmesi geçerli değilse, daha sonradan bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması söz konusu olmaz.⁶² Bu durumda kefalet sözleşmesi de geçersizdir. Taraflara daha sonra aynı içerikte bir kira

19; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 857; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 819; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 97; Eren, *Borçlar Özel*, 783; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1295; Gümü, *Özel*, 335; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 345; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 225; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 24; Taşatan, "Kefaletin Geçerliliği," 345; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1534; Yılmaz, "Süre," 23; Yılmaz, "Sorumluluk," 757; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 707; Yar. 11. HD, E. 2016/1534, K. 2017/4204, 11.09.2017, "Mahkemece, iddia, savunma, grafolog bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davaya konu genel kredi sözleşmesi ve kasa tediye fişindeki imzaların davalı ...'nin eli ürünü olmadığı, asıl borçlu ... ile davacı banka arasında kredi sözleşmesi kurulmadığı, kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği, asıl borcun geçersiz olmasının kefalet akdini de geçersiz kıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir... Davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına... karar verildi." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-1534-k-2017-4204-t-11-9-2017>).

⁵⁹ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 298; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 45; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1529.

⁶⁰ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 298; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 97; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1295; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 45; Yılmaz, "Sorumluluk," 757.

⁶¹ Eren, *Borçlar Özel*, 784; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlik Şartları," 19.

⁶² Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 45; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 345.

sözleşmesi yapmış olsalar dahi, artık yeni bir akdi ilişki ortaya çıkmış olmaktadır. Bu sebeple, yeni yapılan sözleşmeden doğan borçlar için kefalet sözleşmesinin güvence olması söz konusu değildir.

Kira sözleşmesinin başlangıçta geçerli olması fakat daha sonra hükümsüz hale gelmesi durumunda, geçersizlik haline kadar olan kısımdan sorumluluk söz konusu olur.⁶³ Örneğin, kira konusunun sözleşme yapıldıktan sonra yok olması durumunda, edimin sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle ifa edilememesi sebebi ile sözleşme sona erer. Bu durumda, kira konusu şeyin yok olması ve kira sözleşmesinin ortadan kalkması zamanına kadar doğan borçlardan sorumluluk devam eder.

2. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

a. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi, asıl borcun doğduğu sözleşmenin fer'isi olmakla beraber, ondan ayrı olarak kendisi de bir sözleşmedir. Zira kira sözleşmesi kiraya veren ile kiracı arasında kurulmuş olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi kiraya veren ile kefil arasında kurulmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olması sebebiyle, bu sözleşmeden doğan sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için geçerli bir biçimde kurulmuş olması gerekmektedir.⁶⁴ Kefalet sözleşmesinin, bir sözleşme olarak öncelikle Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri bakımından sözleşmenin

⁶³ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 298.

⁶⁴ Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 97; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 52; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 28; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1538; Yılmaz, "Sorumluluk," 758.

kurulmasına ilişkin şartları taşıyor olması gerekmektedir.⁶⁵ Bu bakımdan öneri ve kabulün usulüne uygun olması, irade sakatlığının olmaması, kanunun emredici hükümlerine aykırılığın bulunmaması, imkânsızlığın söz konusu olmaması gerekir.

Kefil olma ehliyeti bakımından, kural olarak tam ehliyetli kişilerin gerekli koşulları yerine getirerek kefalet sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu konunun ayrıntılı olarak incelenmesi makale konusunun kapsamını aşmış olacağından ilgili yere atıf yapmakla yetinilmektedir.⁶⁶

b. Kefalet Sözleşmesinin Şekli

i. Yazılı Şekil

Kiracının kira sözleşmesinden doğacak borçlarının teminat altına alınması kira sözleşmesinin bir şartı/kaydı olarak düzenlenmektedir. Bu durumda, kefaletle ilişkin kayıt kira sözleşmesine eklenmektedir. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi kira sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenmesi de söz konusu olabilir.

Bir görüşe göre, kefalet sözleşmesinin kira sözleşmesinin bir hükmü olarak düzenlenmesiyle ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesinin geçerlilik şartları bakımından farkı bulunmamaktadır.⁶⁷ Bu görüşe göre, kefalet sözleşmesinin hükümlerinin, kira sözleşmesine ilişkin metin içinde bir sözleşme şartı olarak bulunması durumunda iki sözleşmenin tek

⁶⁵ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 48; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 97; Eren, *Borçlar Özel*, 783; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 52; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlik Şartları," 24, 25; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1538.

⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 52.

⁶⁷ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 49; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 299.

bir metinde yer alması söz konusudur. Burada önemli olan, tek bir metin içinde olsa dahi Türk Borçlar Kanunu'nun aramış olduğu şekil şartlarının bulunup bulunmamasıdır. Eğer söz konusu şekil şartları (örneğin kefilin sorumlu olduğu azami miktarın bulunması) sağlanmışsa, belgenin altına atılan imza kefalet sözleşmesini de kapsamış olacaktır.

Diğer bir görüşe göre ise, kefaletin ayrı bir sözleşme şeklinde yapılmaksızın kira sözleşmesinin bir şartı olarak yapılması mümkün değildir.⁶⁸ Zira bu durumda kefalet sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda aranan şekil şartlarının sağlanmadığı ifade edilmektedir. Kira sözleşmesinin altına imzalanmasının kefalet sözleşmesindeki şekil şartını karşılamaması sebebiyle, bu şekilde yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı ifade edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 583'te, adi kefalet bakımından, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın ve kefalet tarihinin belirtilmesi aranmaktadır. Söz konusu koşulları barındıran bir metin kefil tarafından imzalandığı takdirde kefalet sözleşmesinin kurulmasını engelleyecek bir durumun olmadığı ifade edilebilir. Bu hususta ilk görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

TBK'nın 'Şekil' başlıklı 583'üncü maddesi birinci fıkrasında *"Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır."* kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre kefalet sözleşmesinin

⁶⁸ Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler," 302.

şekli nitelikli yazılı şekildir.⁶⁹ Kefalet sözleşmesinde metin kısmı yazılı olmakla beraber bazı hususların bizzat kefilin el yazısıyla yazmasını ve yine bazı hususların mutlaka sözleşmede bulunması gerektiği düzenlenmektedir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar kefalet sözleşmesinde yer almalıdır.⁷⁰ Ayrıca kefilin bu miktarı kendi el yazısıyla yazması gerekmektedir.⁷¹ Kefalet tarihi de sözleşme de yer almalı ve kefilin kendi el yazısıyla yazılması gerekmektedir.⁷² Kefalet tarihinin

⁶⁹ Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70, no. 2 (2012): 128; Alper Uyumaz ve Feride Demirbaş, "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı," *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2014): 40; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 861; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 300; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 98; Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 5; Bucher, *Besonderer Teil*, 291; Huguenin, *Besonderer Teil*, 192; Reisoglu, "Kefaletin Şartları," 373; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1550; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 712.

⁷⁰ Şamil Demir, "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no. 108 (2013): 90; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 102; Baş, "Kefaletin Geçerliliğine İlişkin Yenilikler," 128; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 862; Bucher, *Besonderer Teil*, 292; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 228; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 712.

⁷¹ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 862; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 65; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 228.

⁷² Yar. 3. HD, E. 2017/5234, K. 2019/938, 11.02.2019, "Taraflar arasında imzalanan kira sözleşmesinde davalının bilgisayar yazısıyla yazılmış "müteselsil kefil" ibaresinin altında imzası bulunmakta ise de kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi ve müteselsil kefil olduğu el yazısı ile belirtilmediğinden taraflar arasında geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesi geçerli olmamasına rağmen..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2017-5234-k-2019-938-t-11-2-2019>); Baş, "Kefaletin Geçerliliğine İlişkin Yenilikler," 128; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 228.

sözleşmede bulunmaması veya bulunmakla beraber, el yazısı dışında bir araçla yazılmış olması durumunda kefalet sözleşmesi hükümsüz olacaktır.

Söz konusu düzenleme kefalet sözleşmesi bakımından geçerlilik şekli olarak ifade edilmektedir.⁷³ Dolayısıyla, ifade edilen şekle aykırı olarak yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur.⁷⁴

Kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul ettiği, alacaklının belli şartlar altında borçluya takip yapmadan veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefile karşı takip

⁷³ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 49; Arat, "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi," 212; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 861; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 299; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 820; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 98; Demir, "Kefaletin Uygulama Alanı," 89; Eren, *Borçlar Özel*, 787; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 227; Reisoğlu, "Kefaletin Şartları," 373; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 36; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlik Şartları," 24; Uyumaz ve Demirbaş, "Kefaletle Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı," 41; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1553; Yılmaz, "Süre," 24; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 711.

⁷⁴ Yar. 3. HD, E. 2017/2148, K. 2017/8827, 01.06.2017, "anılan yasa az önce yukarıda belirtildiği üzere kefaletin geçerli olması için kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla ve bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğunu öngörmüştür. Davaya konu 01.05.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesinde ise düzenlemeye uygun bir kefaletin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. O halde kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığı gibi..." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 49; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 299; Ayrancı, "Şekle Uyulmadan Yapılan Kefaletle İfanın Sonuçları," 102; Bucher, *Besonderer Teil*, 292; Sarıhan, "Kefaletle Şekil ve Eşin Rızası," 228; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 711.

yapabileceği kefalet türüne müteselsil kefalet denir. Şekil konusunda müteselsil kefaletle ilişkin farklı bir durum da söz konusudur. Kefalet sözleşmesinde kefilin müteselsil kefil olabilmesi için bunun sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmektedir.⁷⁵ TBK m. 583'te ifade edildiği üzere kefil müteselsil kefil olduğunu veya bu anlama gelebilecek herhangi bir ifadeyi kendi el yazısıyla yazmadığı sürece kural olarak adi kefalet hükümlerine göre sorumlu olmaktadır.⁷⁶

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir diğer önemli konu ise kefalet sözleşmesinde güvence miktarının sınırıdır. TBK m. 583 hükmüne göre kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca söz konusu miktarın kefilin el yazısıyla yazılmış olması da geçerlilik koşuludur. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın hiç yazılmamış olması veya kefilin el yazısıyla yazılmamış olduğu durumlarda kefalet sözleşmesi hükümsüz olacaktır.⁷⁷

ii. Eşin Rızası

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince kişiler sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin istediği şekil ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmeyi sona erdirmeye konularında özgürdürler. Dolayısıyla bir kişi kefalet sözleşmesi yapmak konusunda kural olarak serbesttir. Bununla birlikte kanun koyucu evli kimselerin kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetine bir sınırlama getirmiştir.

⁷⁵ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 300.

⁷⁶ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 300.

⁷⁷ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 304; Uyumaz ve Demirbaş, "Kefaletle Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı," 46.

TBK m. 584'e göre evli bir kimsenin kefil olabilmesi için kural olarak eşinin rızası gerekmektedir.⁷⁸ Hükümde “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, evli kimselerin kefalet sözleşmesi yapabilmesi, eşinin izni aranmak suretiyle sınırlandırılmıştır.⁷⁹ Kanun koyucu, ayrıca bu iznin yazılı olmasını da aramaktadır. Eşin yazılı izni olmadan yapılan kefalet sözleşmesi emredici hükme ve şekle aykırılık sebebi ile kesin hükümsüz olacaktır.⁸⁰

iii. Kefilin Sorumluluğunun Belirli Olması

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan koşul, teminat altına alınan miktarın belirli olması ve el yazısıyla yazılmasıdır.⁸¹ Bu husustaki iki sorun, sorumluluğun belirlenebilir olmasının geçerli bir kefalet olarak sayılıp

⁷⁸ Banu Günarşlan, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası,” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 143 (2018): 93; Elif Yüksel, “Evlilik Birliği İçerisinde Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler,” *Yüksek Lisans Tezi* (Ankara, 2019), 75; Acar Ünal ve Ural Çınar, “Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi,” 305; Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 866; Aydoğdu ve Kahveci, *Borçlar Özel*, 823; Baş, “Kefaletin Geçerliliğine İlişkin Yenilikler,” 115; Demir, “Kefaletin Uygulama Alanı,” 92; Gümüş, *Özel*, 341; Sarıhan, “Kefalette Şekil ve Eşin Rızası,” 234; Şen Doğramacı, “Kira Bedelinin Ödenmesini Sağlamaya Yönelik Çareler,” 302; Uyumaz ve Demirbaş, “Kefalette Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı,” 41; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1539; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 713.

⁷⁹ Bucher, *Besonderer Teil*, 293; Sarıhan, “Kefalette Şekil ve Eşin Rızası,” 234 - 235.

⁸⁰ Sarıhan, “Kefalette Şekil ve Eşin Rızası,” 234.

⁸¹ Gümüş, *Özel*, 326; Reisoğlu, “Kefaletin Şartları,” 383; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 40; Yılmaz, “Sorumluluk,” 759; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 714.

sayılmayacağı ve sorumlu olunan miktarın rakamsal olarak gösterilmesinin zorunlu olup olmadığıdır.

Yargıtay İBHGK'nun 1944 tarihli kararında “*Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamayacağı hususunun hâkim tarafından resen nazara alınması lazım geldiği...*”⁸² şeklinde ifade edilmiştir. Karara göre kefilin sorumlu olduğu miktarın gösterilmesi veya miktarın senetten anlaşıldığı durumda hâkimin bunu resen dikkate alması gerekmektedir. Karardan, sorumluluk miktarının rakamsal olarak kesin bir şekilde gösterilmesinin şart olmadığı çıkarılabilir.⁸³

Kefalet sözleşmesinde miktarın belirli olması konusunda iki yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kefalet sözleşmesinde miktar hiç bulunmamakla birlikte asıl borç belirli ise bunu kefaletin sınırı kabul etmektedir. İkincisi ise kefalet sözleşmesinde miktar bulunmamakla birlikte kefaletin asıl borçla sınırlı olduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay, bazı kararlarında kefalet sözleşmesinde sorumlu olunan miktarın belli olmamasına ve asıl sözleşmeye herhangi bir atıfta bulunmamasına rağmen, asıl borcun gösterildiği durumda, kefilin sorumluluğunu bununla sınırlandırmaktadır.⁸⁴

⁸² Yar. İBHGK, E. 1943/14, K. 1944/13, 12.04.1944, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatları-birlestirme-hgk-e-1943-14-k-1944-13-t-12-04-1944>).

⁸³ Aynı yönde, Barlas, “Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları,” 9; Gümüş, *Özel*, 326; Uyumaz ve Demirbaş, “Kefalette Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı,” 42; Yılmaz, “Sorumluluk,” 761; Aksi yönde, Acar Ünal ve Ural Çınar, “Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi,” 52; Baş, “Kefaletin Geçerliliğine İlişkin Yenilikler,” 133; Özen, *Kefalet*, 227; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1556 -1557.

⁸⁴ Yar. 11. HD, E. 2002/2649, K. 2002/5315, 28.05.2002, “Davaya konu kredi kartı sözleşmesinde kefilin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm

Fakat bu yerinde bir yaklaşım değildir. Zira asıl borç miktarının kefalet sözleşmesinde gösterilmiş olması kefilin sorumlu olduğu miktarı belirli hale getirmemektedir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen dolaylı olarak belirlenmesinin mümkün olduğu ifade edilebilir.⁸⁵ Örneğin bir yıllık yapılmış olan bir kira sözleşmesinden doğan borçları

bulunmamaktadır. Anılan sözleşmenin 9. maddesinde, üyenin 30 günlük ekstre dönemleri içinde yapabileceği harcama ve veya çekebileceği nakiller international kart için (10.000-USD) veya muadili dövizle sınırlandırılmış ise de, bu miktar asıl borçlu için geçerlidir. Ne var ki, yukarıda belirtildiği gibi kefilin sorumluluğuna ilişkin sözleşmede özel bir hüküm bulunmadığına göre, kefilin sorumluluğu her aylık ekstre dönemi için (10.000)-USD ile değil, sözleşme süresi boyunca azami (10.000)-USD asıl borç ve kefilin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren tahakkuk edecek faiz ve borcun diğer fer'ileriyle sınırlıdır." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2002-2649-k-2002-5315-t-28-05-2002>); Yar. 19. HD, E. 2014/11562, K. 2014/14123, 25.09.2014, "818 sayılı Borçlar Kanunu' nun 484. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı olmasına ve kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın sözleşmede belirlenmiş olması koşuluna bağlıdır. Takip dayanağı 10.05.2006 tarihli genel kredi sözleşmesinde kredi limitinin 1.000.000 YTL olduğu açıkça gösterilmiştir. Bu durumda mahkemece, kredi limitinin aynı zamanda kefalet sorumluluğunu belirlediği düşünülerek bir karar vermek gerekirken kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenmediği şeklindeki gerekçe ile hüküm kurulması doğru değildir." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2014-11562-k-2014-14123-t-25-09-2014>).

⁸⁵ Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 11; Gümüş, *Özel*, 326; Bu hususta bir değerlendirme için bkz. "Türk Borçlar Kanunu m. 583'ün ifadesi, kefalet sınırının belirlenebilir olmasına imkân tanımaktadır. Örneğin, akdedilen bir kira sözleşmesinde bir kimse kiracıya kefil olmak istemişse ve kira sözleşmesinin altına el yazısıyla kefalet sınırı olarak 'Yukarıda yazılan yıllık kira bedelinin üç katına kadar kefilim' yazarsa, söz konusu kefalet, geçerli olacak mıdır? Böyle bir soruya mahal vermemek adına kanun koyucunun 'rakamla' ibaresini kanuna eklemesi gerektiği savunulabilir." Uyumaz ve Demirbaş, "Kefalette Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı," 42; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1555.

güvence altına almak amacıyla yapılan kefalet sözleşmesinde sorumlu olunan miktar belirtilmemişse fakat bir yıllık kira bedeliyle sorumlu olunacağı ifade edilmekteyse, bu durumda kefalet sözleşmesi geçerlidir. Fakat bir yıllık kira sözleşmesi için yapılan kefalet sözleşmesinde miktar bulunmuyorsa kefilin sorumluluğunun da bir yıllık kira tutarıyla sınırlı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.⁸⁶

Kefalet sözleşmesinin süresinin belirlenmesi veya belirlenmemesinin kefalet sözleşmesinin geçerliliğine bir etkisi olmadığı ifade edilmektedir.⁸⁷ Fakat Yargıtay aksine görüşte, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesini süresinin belirlenmesine bağlamaktadır.⁸⁸

III. KEFALETİN KİRA GÜVENCESİ OLARAK GÖSTERİLMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. Kefilin Sorumluluğunun Zaman Bakımından Kapsamı

Kefalet sözleşmesi belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabilmektedir. Öğretide kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için sürenin belirlenmiş olmasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği ifade edilmektedir.⁸⁹ Bununla birlikte Yargıtay,

⁸⁶ Barlas, "Kefaletin Geçerlilik Şartları ve Sorunları," 11; Uyumaz ve Demirbaş, "Kefalette Şekil Açısından Sorumluluğun Sınır ve Kapsamı," 45.

⁸⁷ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 305.

⁸⁸ Yar. 6. HD, E. 2012/9850, K. 2013/1546, 04.02.2013, "Borçlar Kanununun 484. (TBK. 583.) maddesi hükmü gereğince kefaletin geçerli olabilmesi, kefilin sorumlu olacağı miktarın ve kefalet süresinin belirlenmesi koşuluna bağlıdır. Kefili sınırsız bir sorumluluk altına sokan kefalet hükümleri geçerli değildir." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2012-9850-k-2013-1546-t-4-2-2013>).

⁸⁹ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 312.

kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için kefalet süresinin belirlenmiş olması gerektiğini kabul etmektedir.⁹⁰

Kefalet sözleşmesi ve kira sözleşmesinin süreli ve süresiz olarak yapılması mümkündür.⁹¹ Bu çerçevede kira ve kefalet sözleşmelerinin süreli veya süresiz olarak yapılması durumlarında kefalet sözleşmesinden doğan teminat borcunun zaman bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Kira Sözleşmesinden Doğan Borçların Belirli Süreli Kefalet Sözleşmesi ile Güvence Altına Alınması

a. Genel Olarak

TBK m. 600'de "*Süreli kefalette kefilin, sürenin sonunda borcundan kurtulacağı*" ifade edilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde kefalet sözleşmesinin süreli olarak yapılabileceğini

⁹⁰ Yar. HGK, E. 2017/1844, K. 2021/1145, 05.10.2021, "Borçlar Kanunu'nun 484. Maddesine göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1844-k-2021-1145-t-5-10-2021>); Yar. 6. HD, E. 2016/4077, K. 2016/4142, 26.05.2016, "hükmü gereğince; yazılı şekilde düzenlenmiş, süresi ve ödenecek kira parasının miktarı açıkça gösterilmiş bir kira sözleşmesini, kiracının kefil sıfatıyla imzalayan kişi sözleşmede gösterilen kira süresi boyunca kiracının ödemekle yükümlü kira parasından kefil sıfatıyla kiralayana karşı sorumludur. Zira böyle bir durumda kefilin sorumluluğu süre ve miktar itibarıyla sınırlıdır. Kefaletin geçerli olabilmesi, kefilin sorumlu olacağı miktar ve kefalet süresinin belirlenmesi koşuluna bağlıdır." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2016-4077-k-2016-4142-t-26-5-2016>).

⁹¹ Burak Özen, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi" *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2011): 57.

ifade etmek mümkündür.⁹² Taraflar, kefalet sözleşmesinin süresini serbestçe kararlaştırabilirler.⁹³ Bununla birlikte TBK m. 598/3'e göre kefalet sözleşmesi en fazla on yıllık bir süre için yapılabilir. Hükümde "*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*" denilerek bu husus ifade edilmektedir.

Kefalet sözleşmesinin süresi, üç yıl, dört yıl gibi kesin bir süre şeklinde kararlaştırılabilir. Bununla beraber, objektif olarak belirlenebilecek şekilde bir süre tayin edilmesi de mümkündür.⁹⁴ Bu kapsamda sürenin belirlenebilmesi için taraf iradelerinden bağımsız olarak sürenin açıkça tespit edilebilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Örneğin, kefilin 2025'in Cumhuriyet Bayramı'na kadar kefilim, şeklindeki ifadesinden kefalet süresi tespit edilebilmektedir.

Kefalet sözleşmesinin süreli olması ile kefilin belli bir sürede doğacak borçlardan sorumlu olması aynı şey değildir.⁹⁵ Kefaletin süreli olması durumunda kefil sürenin sonunda borcundan kurtulmaktadır. Alacaklı ancak söz konusu süre içinde kefile başvurabilmektedir.⁹⁶ Belli bir süre içinde doğan borçlardan sorumlu olunması halinde ise alacaklı söz konusu sürenin sona ermesinden itibaren zamanaşımı süresi içinde kefile başvurabilecektir.⁹⁷

⁹² Ömer Çınar, "Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2018): 147; Özen, "Kefaletin Sona Ermesi," 55.

⁹³ Özen, "Kefaletin Sona Ermesi," 55.

⁹⁴ Özen, "Kefaletin Sona Ermesi," 55.

⁹⁵ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 313; Çınar, "Kiracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 147.

⁹⁶ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 313.

⁹⁷ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 313; Çınar, "Kiracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 147.

Taraflarca kefalet sözleşmesinin süresinin açıkça kararlaştırılması mümkün olduğu gibi tarafların ifadelerinden de kefalet sözleşmesinin süreli olduğunun çıkarılması mümkündür.⁹⁸ Kefalet sözleşmesinin üç yıl geçerli olduğuna ilişkin bir ifade sözleşmenin açıkça süreli yapıldığını göstermektedir. Söz konusu sürenin sona ermesiyle birlikte kefalet sözleşmesi sona erecektir.

Süreli kefaletin on yıldan daha kısa bir süre için kararlaştırılması durumunda bu sürenin sona ermesiyle birlikte kefalet sözleşmesi ortadan kalkar. Zira TBK m. 598/3'e göre "*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*" düzenlemesiyle bu husus açıkça ifade edilmektedir. On yıl veya daha uzun süreli olarak kefalet sözleşmesinin yapılması durumunda sözleşme on yılın dolmasıyla birlikte ortadan kalkar.⁹⁹ Bu husus, TBK m. 598'de "*Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir.*" şeklinde ifade edilmektedir. On yıllık süre kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren işlemeye başlar.¹⁰⁰

Kefalet sözleşmesinin belirli süreli mi olduğu yoksa belirsiz süreli mi olduğunun tespit edilemediği bir durumda, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir.¹⁰¹ Kefalet sözleşmesinin belirli süreli olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi beklenmektedir.

Asıl sözleşmenin süreli olması fakat kefalet sözleşmesinde sürenin bulunmaması durumu, kefalet sözleşmesinin süreli

⁹⁸ Çınar, "Kıracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 148.

⁹⁹ Çınar, "Kıracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 149.

¹⁰⁰ Çınar, "Kıracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 149.

¹⁰¹ Yılmaz, "Sorumluluk," 768.

olarak değerlendirilmesine imkân vermemektedir.¹⁰² Yargıtay'ın tercihi ise asıl sözleşmenin süresini, kefalet sözleşmesinin süresi olarak kabul etmek yönündedir.¹⁰³

¹⁰² Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 313; Çınar, "Kiracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 155; Gümüş, *Özel*, 438; Yılmaz, "Sorumluluk," 768.

¹⁰³ Yar. 6. HD, E. 2016/10168, K. 2016/6065, 20.10.2016, "Tarafklar arasındaki kira sözleşmesi 01.11.2008 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli olup 31.10.2013 tarihinde sona ermektedir. Davalılarından ... kira sözleşmesinde müşterek ve müteselsil kefil olup ancak bu döneme ilişkin ödenmeyen kira parasından sorumludur. Somut olayda talep edilen kira bedellerinin davacının yapmış olduğu açıklamasına göre Kasım, Aralık 2013 ve Ocak 2014 aylarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kefil sözleşme süresi dışında kalan talebe konu kira parasından sorumlu olmadığı gibi kefil hakkında TBK'nun 600. maddesinde belirtilen süre sonunda icra takibi ya da dava açılmadığında kefil borcundan kurtulmuş olup..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2016-10168-k-2016-6065-t-20-10-2016>); Olayda kefalet sözleşmesinin süresine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamasına rağmen mahkeme kira sözleşmesinin beş yıl süreli olduğundan bahisle kefalet sözleşmesinin de beş yıl süreli olarak kabul etmekte ve sorumluluğun sona erdiğine hükmetmektedir.; Bir başka kararında ise, Yar. 6. HD, E. 2015/6560, K. 2016/2185, 21.03.2016, "Takibe konu edilen ve hükme esas alınan 01.04.2011 başlangıç tarihli ve iki yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı sözleşmeyi kefil sıfatıyla imzalamıştır. Davacı tarafından davalı kefil ile birlikte dava dışı kiracı hakkında başlatılan icra takibinde 16.083,68 TL alacağın tahsili istenmiştir. 6098 Sayılı TBK'nun 600. maddesi hükmüne göre süreli kefalette kefil sürenin sonunda borcundan kurtulur. Yeni düzenleme ile diğer sözleşmelerde olduğu gibi sürenin geçmesi kefalet sözleşmesinde de mutlak bir sona erme sebebi kabul edilmiştir. Yasanın açık hükmü karşısında 01.04.2011 başlangıç tarihli iki yıl süreli kefalet sözleşmesi 01.04.2013 tarihinde sona ermiş, bu tarih itibarıyla kefil borcundan kurtulmuştur. Bu tarih geçtikten sonra 29.08.2013 tarihinde başlatılan icra takibine dayalı davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2015-6560-k-2016-2185-t-21-3-2016>). Olayda kira sözleşmesi iki yıllık süre için yapılmıştır. Fakat kefalet sözleşmesinin süresi bulunmamaktadır. Buna rağmen Yargıtay kefalet sözleşmesinin de iki yıl süreyle yapılmış olduğunu kabul etmektedir.

b. Kira Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması Durumu

Belirsiz süreli olarak yapılan kira sözleşmesinin belirli süreli bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması mümkündür. Böyle bir durumda kefil, daha önce ifade edildiği üzere, kefalet sözleşmesiyle belirlenen süre itibariyle sorumlu olmaktadır. TBK m. 600'e göre de kefil, söz konusu sürenin sona ermesinden sonra borcundan kurtulmuş olmaktadır. Bu durumda kiraya veren (alacaklı), kefalet sözleşmesinin süresinin dolmasından önce kefilin sorumluluğuna başvurmalıdır. Aksi takdirde kefil borcundan kurtulur.

Örneğin, süresiz olarak bir kira sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmeden doğan borçlar için iki yıllık bir kefalet sözleşmesi yapılmış olsun. Bu durumda kefil iki yıllık süre boyunca kira sözleşmesinden doğacak borçlar için sorumlu olmaktadır. İki yıllık sürenin sona ermesiyle birlikte kefilin kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğu sona ermektedir. Kefalet sözleşmesi, kira sözleşmesinin iki yılından doğacak borçlardan sorumluluk şeklinde olsaydı, bu iki yılda doğan borçlardan sorumluluk on yıllık zamanaşımı süresi sonunda sona erecektir.

c. Kira Sözleşmesinin Belirli Süreli Olması Durumu

Belirli süreli bir kira sözleşmesinden doğan borçların süreli kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınması söz konusu olabilir. Bu durumda da yine kural olarak TBK m. 600 kapsamında, sürenin sona ermesiyle birlikte kefil sorumluluktan kurtulmuş olmaktadır. Sürenin sona ermesinden itibaren ortaya çıkan borçlardan kefilin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Kira sözleşmesinin ve kefalet sözleşmesinin süreli olarak yapılması durumu, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, kira sözleşmesi kefalet sözleşmesinden daha uzun süreli yapılmış olabilir ya da kefalet sözleşmesi kira sözleşmesinden daha uzun süreli olarak yapılmış olabilir. Son olarak kira sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi eşit süre ile de yapılmış olabilir.

Kira sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden daha uzun yapılması durumunda, kefalet sözleşmesine ilişkin sürenin bitiminden sonra kefilin sorumluluğu sona ermiş olur. Örneğin, dört yıllık bir kira sözleşmesi için teminat olarak iki yıllık bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa bu durumda kefil iki yıl boyunca sorumlu olur. İki yılın sonunda sorumluluğu sona erer.

Kira sözleşmesinin uzaması durumunda kefalet sözleşmesinin süresi kadar kefilin sorumluluğunun devam edip etmeyeceği konusunda tartışma bulunmaktadır.¹⁰⁴ Kefalet sözleşmesinin süresinin kira sözleşmesinin süresinden daha uzun olması, kira sözleşmesinin uzama ihtimaline binaen uzayan kira dönemlerinde de kefilin sorumlu olmasını sağlamaya yöneliktir.¹⁰⁵ Bu durumda kefalet sözleşmesinin süresi sona ermeden önce, kira sözleşmesinin süresinin sona ermesi ve bu sebeple sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, kefalet sözleşmesi de sona ermiş olur. Zira TBK m. 598'e göre *"Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur."* denilerek bu husus ifade edilmiştir. Kefalet sözleşmesinin süresi sona ermediği, kira sözleşmesinin de uzayarak devam ettiği durumda, örneğin bir yıllık kira sözleşmesi için üç yıllık kefalet sözleşmesi yapılmışsa ve kira sözleşmesi uzayarak üç yıl sürmüştü, kefilin sorumluluğu da üç yıldır. Böyle bir durumda, kefilin sorumluluğunun sınırının aşılması söz konusu değildir. Zira kefilin sorumluluğunun hem süresi hem de azami miktarı belirlidir. Dolayısıyla, iki yıllık bir kira sözleşmesi için dört yıllık kefalet sözleşmesi yapılmışsa, kira sözleşmesi de uzayarak dört yıla ulaşmış veya geçmişse, kefilin dört yıllık süreden azami miktar çerçevesinde sorumlu olacağı ifade edilmelidir.

¹⁰⁴ Tartışma için bkz. III. A. 2. c.; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 317.

¹⁰⁵ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 317.

Kefalet sözleşmesiyle kira sözleşmesinin sürelerinin aynı olarak kararlaştırılması da mümkündür. Bu durumda da yine kefil kefalet sözleşmesiyle belirlenmiş olan süreyle sınırlı olmak üzere sorumlu olacaktır. Örneğin iki yıllık bir kira sözleşmesi iki yıllık bir kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınmışsa, iki yılın dolmasıyla birlikte kefilin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır.

2. Kira Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesi ile Güvence Altına Alınması

a. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin belirli bir süre kararlaştırılmadan yapılması mümkündür.¹⁰⁶ Kefaletin süresiz olması sebebiyle kefilin haksız birtakım sonuçlarla karşılaşmaması amacıyla TBK 'Süreli olmayan kefalet' başlıklı m. 601'de süresiz kefaletin sona erme koşulları düzenlenmektedir. Hükümde "(1) Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. (2) Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. (3) Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur." Şeklinde sona erme sebepleri düzenlenmiştir.

b. Kira Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması Durumu

Süresiz olarak yapılan kira sözleşmesinin süresiz olarak yapılan kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması söz

¹⁰⁶ Çınar, "Kiracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 151.

konusu olabilir. TBK m. 347’de “(1) Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. (2) Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler. (3) Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılacağı durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir.” denilerek kira sözleşmesinin uzamasına ilişkin esaslar ifade edilmiştir.

Kira sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması durumunda konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı tarafından sözleşme feshedilmediği ya da genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılmadığı durumda kira sözleşmesinin on yıl devam edeceği ifade edilmektedir. On yıldan sonra kiraya verenin sözleşmeyi fesih hakkı ortaya çıkmaktadır. TBK m. 598/3’e göre ise “Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.” Bu çerçevede süresiz olarak yapılan kefalet sözleşmesi, başka şekilde sona ermediği sürece on yıl sonra kendiliğinden sona erecektir.

Sonuç olarak süresiz olarak yapılan bir kira sözleşmesi devam ettiği sürece süresiz olarak yapılan kefalet sözleşmesinden doğan kefilin sorumluluğu da devam etmektedir. Fakat TBK m. 598 uyarınca kefilin sorumluluğu on yılın dolmasıyla sona ermektedir. Kefil bu on yıl ile sorumludur. Süresiz olarak yapılan kira sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesiyle birlikte kefalet sözleşmesi de sona ermiş olmaktadır. Bu durumda da kefil, kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarih ile kira sözleşmesinin ve dolayısıyla kefalet sözleşmesinin

sona erdiği tarihe kadar doğacak borçlardan sorumlu olmaktadır.¹⁰⁷

c. Kira Sözleşmesinin Süreli Olması Durumu

Kira sözleşmesinin süreli fakat kefalet sözleşmesinin belirsiz süreli olması durumunda, asıl sözleşmenin süreli olması, kefalet sözleşmesinin süreli olarak kabul edilmesine imkân vermemektedir. Fakat kira sözleşmesi süreli olduğunda, sürenin bitmesi sebebiyle kira sözleşmesi sona ereceğinden ve kira sözleşmesi sona erdiğinde de kefalet sözleşmesi sona ermiş olduğundan, kefaletin belirsiz süreli, kiranın belirli süreli olduğu durumda kefaletin süresi kira süresi ile aynı olacaktır.

Kira sözleşmesinin belirli süreli olması durumunda kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluk kural olarak kira sözleşmesinin süresinin bitişine kadar devam etmektedir. Sürenin sonunda kira sözleşmesi sürdürülmek istenilmediği takdirde, kefaletin sorumluluğu kira süresi kadar olur.¹⁰⁸

Kira sözleşmesinin süresinin sonu geldiğinde, sözleşmenin sona erdirilmek istenilmemesi ve uzaması durumunda belirsiz süreli kefalette kefaletin sorumluluğunun yenilenen kira dönemlerinde devam edip etmeyeceği konusunda tartışma söz konusudur.¹⁰⁹

Bir görüşe göre kira sözleşmesinin TBK m. 347 uyarınca uzadığı bir durumda, uzayan yıllar bakımından da kefaletin sorumluluğu devam etmektedir.¹¹⁰ Bu görüşe göre, TBK m. 347 anlamında kira sözleşmesinin uzaması, TBK m. 133 anlamında

¹⁰⁷ Ayan, "Kira Sözleşmesinin Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 316.

¹⁰⁸ Ayan, "Kira Sözleşmesinin Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 321.

¹⁰⁹ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 61.

¹¹⁰ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 61, Yazarlardan Ural Çınar bu görüştedir; Çınar, "Kira Sözleşmesinin Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 157; Yılmaz, "Sorumluluk," 766.

borcu sona erdiren 'yenileme' olarak kabul edilmemelidir. Dolayısıyla bu halde asıl borcun doğduğu kira sözleşmesi ve dolayısıyla asıl borç devam etmektedir. TBK m. 133 anlamında bir yenileme durumunda asıl borç ve ferileri sona ermektedir. Fakat burada asıl borç sona ermediğinden uzayan dönemler için de kefilin sorumluluğunun devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca bu durum kefalet sözleşmesinin kapsamını da belirsiz ve sınırsız hale getirmemektedir. Zira kefilin sorumlu olduğu azami miktar zaten sözleşmenin başında kararlaştırılmış durumdadır. Kefil her halükârda belirtilen azami miktarla sorumlu olmaktadır. Buna ilaveten TBK m. 598'de gerçek kişilerin vermiş olduğu kefaletin, sözleşmenin yapılmasından itibaren on yıl geçmekle sona ereceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu görüşün daha isabetli olduğu savunulabilir.

Diğer bir görüşe göre ise kefilin kira sözleşmesinin uzayan dönemlerinden doğan borçtan sorumlu olması bunun sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bağlıdır.¹¹¹ Böyle bir düzenlemenin bulunmaması durumunda kefil yalnızca kira sözleşmesinin süresi kadar sorumlu olmaktadır.¹¹²

¹¹¹ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 62 (Yazarlardan Acar Ünal bu görüştedir.); Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 319 vd; Çınar, "Kiracı Lehine Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet," 156 - 157; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 730.

¹¹² Yar. 6. HD, E. 2015/940, K. 2015/11221, 17.12.2015, "Müteselsil kefaleti düzenleyen T.B.K.nun 586.maddesi ile kefalette şekil şartını düzenleyen 583.maddesi hükmüne göre kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe kefalet geçerli olamaz. Müteselsil kefilin sorumluluğu kira sözleşmesindeki ilk yıl için geçerlidir. Yenilenen dönemlerde de sorumlu tutulabilmesi için kefalet süresi ile kefil olunan miktarın açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Davacının dayandığı kira sözleşmesinde de kefilin sorumlu olduğu süre ve kefalet miktarı açıkça kararlaştırılmadığına göre yenilenen döneme ait kira parasından kefilin sorumlu tutulması doğru olduğundan..." (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2015-940-k-2015-11221-t-17-12-2015>).

B. Kira Güvencesi Olarak Yapılan Kefalette Kefilin Sorumluluğunun Miktar Bakımından Kapsamı

TBK m. 583'e göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği kefilin sorumlu olduğu azami miktarın sözleşmede gösterilmiş olmasına bağlıdır. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin tartışma bu noktadadır. Kefalet senedinde gösterilen azami miktar çerçevesinde yalnızca asıl borcun mu güvence altına alınmakta olduğu yoksa bununla beraber temerrüt faizi, mahkeme giderleri gibi başka borçların da güvence altına almakta olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Kefilin sorumluluğunun kapsamı tespit edilirken TBK m. 583 ve m. 589 bir arada değerlendirilmelidir. Öncelikle, m. 583 anlamında kefilin el yazısıyla belirttiği azami miktar üst sınır olarak göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak 'Sorumluluğun kapsamı' başlıklı m. 589 değerlendirilmelidir. Öğretideki bir görüşte "*Kefilin sorumlu olduğu limit, boş bir bardak; kefil olunan asıl borç ilişkisindeki asıl borç ve ferileri ise su gibidir. Boş bardağa en fazla ne kadar su dolabileceği baştan bellidir. Fakat kefil olunan asıl borç, bu bardağın alabileceğinden daha az veya çok olabilir. Sonuçta kefil, bardağa dolan su kadar sorumlu olacaktır.*"¹¹³ benzetmesi yapılmaktadır. Bu benzetmede ifade edildiği gibi TBK m. 589/1, 2'ye göre "(1) Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. (2) Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur: 1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdüniün yasal sonuçları. 2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılımlarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar. 3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait

¹¹³ Ayan, Kefalet Sözleşmesi, 513.

*akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri” aksi kararlaştırılmamışsa kefilin sorumluluğu içinde olmaktadır.*¹¹⁴

Kefilin kanundan doğan sorumluluğa ilişkin belirtilen kalemler emredici nitelikte değildir.¹¹⁵ Kefilin sorumluluğunun kapsamı genişletilebileceği gibi daraltılması da söz konusu olabilir. Kefilin sorumluluğunun kapsamını artırılması yine kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uygun olarak yapılmalıdır.¹¹⁶ Bununla birlikte kefilin azami miktarla sınırlı olmak üzere sorumlu olması emredici niteliktedir.¹¹⁷ Bu sebeple, kefalet limitinin herhangi bir olayın gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak veya herhangi bir olay olmaksızın kendiliğinden artırılmasının kararlaştırılması söz konusu değildir.¹¹⁸

TBK m. 589/3’e göre kefil kural olarak kiracının, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumlu olmaktadır.¹¹⁹ Hükümde de “Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.” denilerek bu durum ifade edilmektedir. Dolayısıyla aksi kararlaştırılmamışsa kiracının zaman bakımından her türlü borcu değil kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçları için kefil olunduğu kabul edilmektedir.¹²⁰ Bununla birlikte kefalet sözleşmesi yapılırken kiraya veren ve kefil, kiracının kefalet sözleşmesi

¹¹⁴ Gümüş, Özel, 412; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1581.

¹¹⁵ Acar Ünal ve Ural Çınar, “Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi,” 56.

¹¹⁶ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 518; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1559.

¹¹⁷ Gümüş, Özel, 412; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 514; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1556.

¹¹⁸ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 514.

¹¹⁹ Gümüş, Özel, 413; Acar Ünal ve Ural Çınar, “Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi,” 57; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 522.

¹²⁰ Acar Ünal ve Ural Çınar, “Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi,” 57.

yapılmadan önceki borçları için de kefil olduğu hususunda anlaşma yapabilirler.¹²¹

1. Kira Sözleşmesinden Doğan Hangi Borçların Teminat Altına Alındığının Kararlaştırılmış Olması

a. Özel Olarak Belirlenmiş Bir Borca Kefil Olunması Durumunda Kapsam

Kira sözleşmesinden doğan borçlardan en önemlisi kira bedelidir. Fakat kira ilişkisinden, başka borçların da doğması mümkündür. İşte, kira sözleşmesinden doğan borçlardan hangisinin güvence altına alındığı kefalet sözleşmesinde açıkça belirlenmişse, bu durumda kefilin o borçlar bakımından sorumlu olduğu ifade edilmektedir.¹²² Örneğin sadece kira bedelinin ödenmemesi konusunda açıkça teminat verilmiş ise artık sadece kira bedeli için sorumluluk ortaya çıkar.¹²³ Bunun dışındaki diğer borçlardan sorumluluk söz konusu olmaz. Zira burada hem kefilin hem de alacaklının baştan hangi borçlara kefil olduğu konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları söz konusudur.

b. Tüm Borçlara Kefil Olunduğu İfadesinin Olması Durumunda Kapsam

Kefalet sözleşmesinde, kira sözleşmesinden doğan tüm borçlara kefil olduğuna ilişkin ifadesinin bulunması

¹²¹ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 57; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 523.

¹²² Özen, *Kefalet*, 127; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 322.

¹²³ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 521; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 321.

durumunda, öncelikle TBK m. 589 hükmü gündeme gelir.¹²⁴ Hükmün düzenleyici bir hüküm olarak 'tüm borçlar' ifadesinin yorumlanması ve kefaletin kapsamının belirlenmesinde yardımcı olacağı söylenebilir. Madde 589 hükmü, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, ifadesini içermektedir. Sözleşmede tüm borçlara kefil olduğu ifadesinin bulunduğu bir durumda ise madde 589'a aykırı bir durumun olmadığı söylenebilir. Bu bakımdan bütün borçlara kefil olunması durumunda madde 589'daki kalemler sorumluluk kapsamına girecektir.

Kefalet sözleşmesinin kapsamına giren borçlardan en önemlisi asıl borç olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan kefil azami miktarı aşmamak kaydıyla asıl borçtan sorumludur.¹²⁵ Asıl borçla birlikte kefil, borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumlu olur.¹²⁶

¹²⁴ TBK.m.589'a göre, "Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur: 1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları. 2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılımlarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar. 3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür".

¹²⁵ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1581; Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 58; Eren, *Borçlar Özel*, 795; Gümüş, *Özel*, 412; Yılmaz, "Sorumluluk," 165.

¹²⁶ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 57; Eren, *Borçlar Özel*, 796; Gümüş, *Özel*, 413.

Kefilin kusurunun yasal sonuçlardan kastın, alacaklının ifa menfaatine olan kaybindan kaynaklanan zararlar olduğu ifade edilmelidir.¹²⁷ Buna göre kefilin sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, alacaklının ifa menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, sorumluluğun kapsamı tespit edilirken edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrı değerlendirilmelidir.¹²⁸ Buna göre kira sözleşmesinden doğan bütün borçların güvence altına alındığı ifade ediliyorsa bunun kapsamına asli ve yan edim yükümlülükleri öncelikle girmektedir.¹²⁹ Fakat yan yükümlülüklerin kefaletin güvence kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılması gerekmektedir. Yan yükümlülükler ifa menfaatinin korunmasına hizmet etmekteyse bu durumda söz konusu borçlar de kefaletin güvencesi altına girmektedir.¹³⁰ Fakat ifa menfaatine yönelik olmayan, bütünlük menfaatine yönelik olan koruyucu yan yükümlülükler söz konusu olduğunda, özellikle kapsama alınmadıkça, bunların kefaletin kapsamında olmadığı söylenebilir.¹³¹ Bu kapsamda bütün borçlara kefil olduğunun belirtildiği bir durumda, aidat bedeli, elektrik, su, doğalgaz ödemeleri, kiralananın özenle kullanılmamasından kaynaklanan borçlar özellikle belirtilmiş olmasa dahi kefalet sözleşmesi gereği güvencenin kapsamına girer. Bununla birlikte kiracının, kira konusu şeyi haksız kullanımı sonucu komşusuna verdiği zarardan doğan bir borç gibi koruyucu yan yükümlerinin ihlalinden borç doğmuşsa, taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında bunu ödeyen kiraya veren, söz konusu borç

¹²⁷ Gümüş, Özel, 413.

¹²⁸ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 565; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 323.

¹²⁹ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 565.

¹³⁰ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 565.

¹³¹ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 565.

bütünlük menfaatine ilişkin olduğundan kefalet kapsamında talepte bulunamaz.

Kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan, alacaklının zararının niteliği müspet zarardır.¹³² TBK m. 589/4'e göre "Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür." Hükme göre kanun koyucu kefalet sözleşmesiyle alacaklı kiraya verenin menfi zararının güvence altında olmadığını aksi kararlaştıramayacak bir biçimde düzenlemektedir.¹³³ Bu çerçevede kefilin, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) kapsamında veya kira sözleşmesinin irade bozukluğu gibi bir sebeple geçersiz olmasından sorumlu olmayacağı ifade edilmelidir.¹³⁴

TBK m. 334'e göre "Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür." Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ortaya bir zararın çıkması söz konusu olabilir. Geri verme borcuna aykırılık sebebiyle kiraya verenin uğradığı zararın da kefalet sözleşmesinin kapsamına girdiği ifade edilebilir.¹³⁵

2. Kefalet Sözleşmesinde Hangi Borca Kefil Olduğuna İlişkin Herhangi Bir Düzenleme Bulunmaması

Kefalet sözleşmesinde, kira sözleşmesinden doğan hangi borçların teminat altına alındığı düzenlenmemiş olabilir. Bu durumda dahi kefilin sorumlu olduğu azami miktar belirtilmek

¹³² Seda Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2009): 51; Gümüş, Özel, 414.

¹³³ Gümüş, Özel, 414.

¹³⁴ Gümüş, Özel, 414.

¹³⁵ Ayan, Kefalet Sözleşmesi, 568.

zorundadır. Zira bunun belli olmaması kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasına neden olmaktadır.¹³⁶

Bir görüşe göre kefalet sözleşmesiyle, kira sözleşmesinden doğan hangi borçlara kefil olduğu belli değilse bu durumda, kira sözleşmesinden doğan bütün borçlara kefil olduğu kabul edilmelidir.¹³⁷ Bu görüş gereğince kefil, kira bedellerinden sorumlu olmasının yanı sıra kiracının diğer borçlarının yerine getirilmemesinden doğan zarardan da sorumlu olmaktadır.¹³⁸

Bir diğer görüşe göre ise kefalet sözleşmesinde kira sözleşmesinden doğan borçlardan hangisine/hangilerine kefil olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamağaysa kefilin yalnızca kira bedeline ilişkin olarak güvence verdiği kabul edilmelidir.¹³⁹ Bu görüşe göre, yalnızca kira bedelinden sorumlu olunmasının sebebi şüphe halinde borçlu lehine yorum yapılması ilkesidir. Kefilin hangi borçlara kefil olduğunun belirtilmemesi durumunda borçlu kefil lehine yorum yapılarak yalnızca kira bedeline kefil olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca kefalet sözleşmesinin niteliği gereği, kefilin koruma ilkesi de bu duruma gerekçe olarak gösterilebilir. Borçlar Hukuku'nun ifade edilen ilkeleri çerçevesinde, ikinci görüşün daha isabetli olduğu savunulabilir.

3. Kira Sözleşmesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Kefilin Borcuna Olan Etkisi

Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kira sözleşmesinde belirlenmiş olan kira bedelinin sonradan artması ya da azalması söz konusu olabilir. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereği bu artış

¹³⁶ Özen, *Kefalet*, 222; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1556.

¹³⁷ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 59, 60.

¹³⁸ Acar Ünal ve Ural Çınar, "Kefaletin Kira Bakımından Değerlendirilmesi," 60.

¹³⁹ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 563.

veya azalış kefalet sözleşmesini de etkiler.¹⁴⁰ Asıl borçta meydana gelen değişiklikler taraf iradelerinden kaynaklanabileceği gibi tarafların iradesi dışında da ortaya çıkabilir.¹⁴¹

Kira sözleşmesinde kira bedelinin sonradan azalması durumunda kefilin sorumluluğu da bu ölçüde azalmış olur.¹⁴² Tarafların bunun aksini kararlaştırmaları da söz konusu değildir. Bir diğer deyişle kira sözleşmesinde kiracının kiraya verene karşı olan sorumluluğunun azalmasına karşın kefilin sorumluluğunun azalmayacağını kararlaştırmak mümkün değildir.¹⁴³ Bunun kararlaştırılması durumunda bu hüküm geçersiz olacaktır. Zira kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği sebebiyle kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan fazla olamaz. Böylece, kiracının sorumluluğu azaldığı takdirde kefilin sorumluluğu da azalacaktır.¹⁴⁴

Kira sözleşmesinde borçlunun sorumluluğu azalırsa kefalet sözleşmesinde kefilin de sorumluluğunun azalacağı ifade edildi. Fakat bu durum kefilin kefalet sözleşmesinde sorumlu olduğu azami miktarın azalması anlamına gelmemektedir.¹⁴⁵ Sorumlu olunan azami miktar aynı kalır. Ancak bu limit kapsamında kefilin fiilen ödeyeceği miktarda bir azalma söz konusu olur.

Kira sözleşmesindeki kiracının borcunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra artması da mümkündür. Bu artış, kural olarak kefilin sorumluluğunun artmasına neden

¹⁴⁰ Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," 50; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 525; Eren, *Borçlar Özel*, 787; Özen, *Kefalet*, 127; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 208.

¹⁴¹ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 525; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 208.

¹⁴² Özen, *Kefalet*, 127; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 525; Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," 50; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 208.

¹⁴³ Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 208; Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," 50.

¹⁴⁴ Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," 50.

¹⁴⁵ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 526.

olmaz.¹⁴⁶ Elbette, kefilin söz konusu kira sözleşmesindeki artışlardan sorumlu olabileceği durumlar söz konusu olabilir. Fakat bu durumda dahi kefil kefalet sözleşmesindeki azami miktarla sorumlu olur.

Kefilin sorumluluğunun artması iki durumda söz konusu olabilir. Bunlar asıl borçtaki artışın işin niteliği gereği olması ve bu hususta başlangıçta anlaşılmış olmasıdır.¹⁴⁷ Asıl sözleşmedeki artış cari hesaba kefil olunması, çerçeve sözleşmeye kefil olunması ya da genel kredi sözleşmesine kefil olunması durumlarında söz konusu olabilir.¹⁴⁸ Kira sözleşmesinde de bir yıllık yapılan sözleşme için beş yıllık bir kefalet sözleşmesi yapılması durumunda, kira bedelinin artışının sözleşme gereği olarak kabul edilmesi mümkündür.¹⁴⁹ Bu durumda da kefilin artan kira bedellerinden azami miktarla sınırlı olmak koşuluyla sorumlu olacağı ifade edilebilir.

Böyle bir durum olmasa dahi sonradan artış gösteren borcun kefalet kapsamına alınması mümkündür. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kefil ve kiraya veren alacaklı kefalet sözleşmesi yaparken, sonradan doğacak ve sorumluluğu artıracak borçların da limit kapsamında kalmak kaydıyla kefaletin kapsamına gireceğini kararlaştırabilirler.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Özen, *Kefalet*, 127; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 527.

¹⁴⁷ Gümüş, *Özel*, 412; Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı," 50; Özen, *Kefalet*, 127; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 209.

¹⁴⁸ Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 209; Gümüş, *Özel*, 412.

¹⁴⁹ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 528.

¹⁵⁰ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 528.

C. Kira Sözleşmesinin Adi İş, Ticari İş Veya Tüketici İşlemi Olmasının Kefalet Etkisi

1. Ticari İş veya Adi İş Olması Durumunda

Ticari iş, TTK'nın 3 ve 19'uncu maddeleri çerçevesinde tanımlanmıştır.¹⁵¹ Buna göre, ilk olarak madde 3 uyarınca TTK'da düzenlenen hususlarda bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılmaktadır.¹⁵² Bu anlamda, bir tacirin ticari işletmesinin merkezi olmak üzere bir taşınmazı kiralaması durumunda, kira sözleşmesi bir ticari iş niteliği

¹⁵¹ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2018), 72; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 14; Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, "Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 413; Sevgi Bozkurt Yaşar, "TTK m.7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 175 (2019): 448; Nuri Aziz Midyat, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75, no. 2 (2017): 686; Burcu Özkul, "Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu," Doktora Tezi (Isparta, 2013), 15; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 48; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 71.

¹⁵² Deniz Onur Aras, "Tüketici İşlemi, Adi İş ve Ticari İş Ayrımı ve Sonuçlar," Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 2017), 28; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2018), 36; Kadir Berk Kapanacı, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen 'Ticari İşlerde Teselsül Karinesi' Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Mıdır?" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2016): 134; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 70; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 72; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 14; Bahtiyar ve Biçer, "Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi," 313; Bozkurt Yaşar, "Ticari Borca Kefalet," 449; Midyat, "Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefalet Etkisi," 686; Özkul, *Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu*, 15; Şener, *Ticari İşletme*, 48; Ülgen ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku*, 71.

taşıyacaktır. İkinci olarak 19'uncu madde, tacirin bütün borçlarının adi bir karine olarak ticari iş sayıldığını ifade etmektedir.¹⁵³

Kiracının bir konut ve çatılı işyeri kiralaması onun için ticari iş niteliğinde olabilir. Kefilin, kiracı açısından ticari iş niteliğinde olan bir kira sözleşmesi için kefil olması durumunda TTK. m. 7 düzenlemesindeki teselsül karinesi değerlendirilmelidir. TTK m. 7'de "(1) İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez. (2) Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur." denilerek teselsüle ilişkin husus ifade edilmiştir.

Bir görüşe göre, kefalet sözleşmesinde müteselsil sorumluluğa ilişkin bir ibare bulunmasa dahi söz konusu kefalet sözleşmesinde kefilin müteselsil kefalet kabul edileceği ifade edilmelidir.¹⁵⁴ Diğer bir diğer görüşe göre ise, ticari iş dahi olsa müteselsil sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için TBK m. 583 hükmündeki şartların yerine getirilmesi aranmaktadır.¹⁵⁵

¹⁵³ Aras, *Tüketici İşlemi, Adi İş ve Ticari İş*, 31; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 73 - 74; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 19; Bahtiyar ve Biçer, "Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi," 414; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 37; Bozkurt Yaşar, "Ticari Borca Kefalet," 450; Kapanıcı, "Ticari İşlerde Teselsül," 135; Midyat, "Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefalet Etkisi," 686; Özkul, *Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu*, 17; Şener, *Ticari İşletme*, 51; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 72; Ülgen ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku*, 72.

¹⁵⁴ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 300; Bozkurt Yaşar, "Ticari Borca Kefalet," 459, 461; Midyat, "Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefalet Etkisi," 697; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1552.

¹⁵⁵ Kapanıcı, "Ticari İşlerde Teselsül," 164; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 35.

Kira sözleşmesinin ticari iş olması halinde, kefalette müteselsil kefaletle ilişkin bir ibare bulunmasa dahi TTK m. 7 anlamında müteselsil kefalet sayılması durumunda alacaklının kefile doğrudan başvurabilmesi açısından farklılıklar ortaya çıkarmaktadır.¹⁵⁶ Bu sebeple, söz konusu uyuşmazlığın çözülmesi önem arz eder.

İlk görüşe göre TTK, TBK'ya göre özel nitelik arz ettiğinden öncelikle TTK hükümleri dikkate alınmalıdır. Buna göre TTK m. 7'de ticari işlerde kefaletin müteselsil kefalet olması karine olarak kabul edilmiş, müteselsil kefalet olmadığının kanunda veya sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması aranmıştır.¹⁵⁷

İkinci görüşe göre ise, TTK, TBK'ya göre özel nitelikte olsa bile, TTK m. 7/1'deki "*kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe*" ifadesi sebebiyle, ticari iş dahi olmuş olsa müteselsil ifadesinin sözleşmede belirtilmiş olması gerekir.¹⁵⁸ Yani bu görüş TBK m. 583 ile TTK m. 7/1'e göre kanunda aksinin öngörülmüş olduğunu ifade etmektedir.

Bu çerçevede, kira sözleşmesinin ticari iş niteliğinde olduğu bir durumda, müteselsil kefaletle ilişkin bir ibare bulunmasa dahi kefaletin müteselsil kefalet olduğunu kabul eden ilk görüşün isabetli olduğu söylenebilir. Aksinin kabulü halinde, işin ticari olup olmadığına bakılmaksızın TBK m. 586'ya göre müteselsil ibaresi varsa müteselsil kefalet yoksa adi kefalet hükümleri uygulanır ki bu durum TTK m. 7'nin uygulama alanını tamamen ortadan kaldırır.

Kira sözleşmesinin adi iş olması yani ticari iş olmaması durumunda TTK m. 7/1 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

¹⁵⁶ Özkul, *Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu*, 14.

¹⁵⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 77 - 78; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 75 - 76; Şener, *Ticari İşletme*, 68 - 69; Ülgen ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku* 76 - 78, Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 27.

¹⁵⁸ Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 35.

Bu durumda, TBK çerçevesinde kefilin müteselsil kefil olduğuna ilişkin bir ibareyi el yazısıyla yazmış olması aranacaktır. Böyle bir ibare bulunmamaktaysa adi kefaletle ilişkin hükümler uygulanacaktır.

2. Tüketici İşlemi Durumunda

Kiracının yaptığı kira sözleşmesinin onun için bir tüketici işlemi olması mümkündür. 6502 Sayılı TKHK m. 3/1'in k bendine göre tüketici, *"ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"*dir. Tüketici işlemi ise TKHK m. 3/1'in 1 bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre, tüketici işlemi *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi"* ifade etmektedir. Şüphesiz, kira sözleşmesi de diğer şartlar varsa (tüketicinin, ticari veya mesleki amaçla hareket eden satıcı ve sağlayıcı ile işlem yapması) bu örnek kabilinden sayılan sözleşmelerden biri olabilir.

Kefilin kiracı için tüketici işlemi olan bir kira sözleşmesine kefil olması durumunda adi kefaletle ilişkin bir karine söz konusudur. TKHK m. 4/6'da *"Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır."* denilerek bu husus açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil olduğuna ilişkin bir ibare bulunmuş olsa dahi, tüketici

işlemi sayılan bir kira sözleşmesi için yapılan kefalet sözleşmesi adi kefalet sayılmaktadır.¹⁵⁹

Taraflardan birinin tüketici olduğu kira sözleşmesinde müteselsil kefaletle ilişkin bir ifade bulunmuş olsa dahi kefalet adi kefalet olur. Bu husus kesin kanuni karine olduğu için aksinin ispatı mümkün değildir. Bir tarafın tüketici olduğu diğer tarafın ise tacir olduğu bir durumda kefaletle ilişkin iki karine karşı karşıya gelmektedir. Zira tüketici hukukunda kefalet sözleşmesinde, müteselsil ifadesi olsa bile adi kefalet olurken, ticaret hukukunda müteselsil ifadesi olmasa bile kefalet müteselsil kefalet sayılmaktadır. Taraflardan birinin tüketici olduğu kira sözleşmesi için gösterilen kefalet, TKHK uyarınca adi kefalet sayılmalıdır.

Kira sözleşmesi tüketici işlemi değilse bu durumda kefaletle ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, kefaletin müteselsil kefalet olabilmesi için, müteselsil olarak kefil olduğu veya bu anlama gelebilecek bir ifadenin bulunması halinde kefalet müteselsil kefalet, bulunmaması halinde adi kefalet olacaktır.

D. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Gösterilen Güvencenin Üç Aylık Kira Bedeliyle Sınırlı Olmasının Kefalet Etkisi

TBK m. 342/1'de "*Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz.*" hükmü mevcuttur. Söz konusu güvencenin kapsamına ilişkin detaylı değerlendirme daha önce yapılmıştı.¹⁶⁰ Bu çerçevede TBK m. 342 anlamında gösterilecek güvencenin,

¹⁵⁹ Öz Seçer, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 139 - 140 (Mart-Nisan 2016): 93; Arat, "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi," 218; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 302 - 303.

¹⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. I, B, 2.

yalnızca para ve kıymetli evrak olabileceği, bunun dışında bir teminatın gösterilmesi durumunda söz konusu sınır uygulanmayacaktır.

Kira sözleşmesinin kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması durumunda, bunun azami miktarının kira sözleşmesinin üç aylık miktarıyla sınırlı olmayacağı ifade edilebilir. Zira bu üç aylık sınırla kiracıya getirilen güvence gösterme zorunluluğunun yumuşatılması ve kiracının korunması amaçlanmaktadır.

E. Kira Güvencesi Olarak Yapılan Kefalette Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi

1. Kira Sözleşmesinden Doğan Borcun Sona Ermesi Sebebiyle Kefilin Borcunun Sona Ermesi

Asıl borç hangi sebeple sona ererse ersin kefilin sorumluluğu da sona ermektedir.¹⁶¹ TBK m. 598/1’de bu husus “*Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*” denilerek bu durum açıkça ifade edilmektedir. Kefilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından, alacaklının tatmin edilmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁶² Ayrıca TBK m. 131’de de “*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olacaktır*” ifade edilmektedir. Asıl borç sona

¹⁶¹ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 874; Ayan, “Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması,” 327; Eren, *Borçlar Özel*, 805; Esser, *Besonderer Teil*, 225; Gümüş, *Özel*, 428; Huguenin, *Besonderer Teil*, 195; Özen, *Kefalet*, 539; Özen, “Kefaletin Sona Ermesi,” 54; Özkan Şahin, “Kefaletin Sona Ermesi,” 1301; Şahan, *Kefaletin Sona Ermesi*, 119; Taşatan, “Kefaletin Geçerliliği,” 360; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1606.

¹⁶² Özen, *Kefalet*, 539.

erdiği takdirde kefilin sorumluluğunun da sona ermesi, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin bir sonucudur.¹⁶³

Asıl borcun sona erdiği durumlardan en olağanı borcun ifasıdır. Borcun ifa edilmesiyle birlikte borç sona ereceğinden kefilin sorumluluğu da ortadan kalkmış olur.¹⁶⁴ Bunun dışında asıl borcun ifasının imkânsızlaşması, asıl borca ilişkin ibranın gerçekleşmesi, asıl borcun yenilenmesi, asıl borç için zamanaşımının gerçekleşmesi, asıl borcun sonradan hükümsüz hale gelmesi, kira ilişkisinin devrinde kefilin buna yazılı olarak izin vermemesi, borçlu ile alacaklı sıfatlarının birleşmesi gibi sebeplerle de borç sona erdiği takdirde kefilin sorumluluğu da sona ermektedir.¹⁶⁵

Genel olarak borcu sona erdiren sebepler kira sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştiği takdirde borç sona ermekte ve bunun sonucu olarak kefilin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte kira sözleşmesinin kendine özgü sona erme şekillerinden biri sebebiyle de kira sözleşmesi sona ermişse kefilin sorumluluğu sona ermektedir.¹⁶⁶ Örneğin kira sözleşmesi, yazılı tahliye taahhüdü, kiracının kira bedelini ödememesi, yeni malikin gereksinimi, kiraya verenin gereksinimi gibi sebeplerle sona erdiği takdirde kefalet sözleşmesi de sona ermektedir.

¹⁶³ Özen, "Kefaletin Sona Ermesi," 54; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1301; Taşatan, "Kefaletin Geçerliliği," 360.

¹⁶⁴ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 874; Gümüş, *Özel*, 428; Özen, *Kefalet*, 541; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1606.

¹⁶⁵ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 875; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 587; Gümüş, *Özel*, 428; Huguenin, *Besonderer Teil*, 195; Özen, *Kefalet*, 539; Özkan Şahin, "Kefaletin Sona Ermesi," 1303 vd; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1606.

¹⁶⁶ Kira sözleşmesinin sona erme halleri konusunda detaylı olarak bkz. İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 179.

2. Kira Sözleşmesinden Kaynaklanmayan, Kefaletle Özgü Sebeplerle Kefilin Borcunun Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesi asıl sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sona erer. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi, kendinden kaynaklanan sebeplerle de sona erebilir. Öncelikle, kefalet sözleşmesinin borcun genel sona erme sebepleriyle sona ermesi mümkündür. Kefalet sözleşmesi kefilin sorumluluğu için kararlaştırılan sürenin dolması sebebiyle, süresiz kefalette kefilin alacaklıya karşı olan ve borçludan alacağını tahsil etmesine yönelik olan (TBK m.601'deki) haklarını kullanması sonrası alacaklının kefilin taleplerini yerine getirmemesi, alacaklının kefilin ödeme teklifini kabul etmemesi sebebiyle, azami sorumluluk süresinin dolması sebebiyle, kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi sebebiyle sona erebilir¹⁶⁷. Fakat bunların hepsinin ayrı ayrı incelenmesi makalenin konusuna girmediğinden yalnızca kira sözleşmesiyle özel olarak bağlantı kurulabilen sona erme sebepleri aşağıda incelenmiştir.

a. Süreli Kefalette Sürenin Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesinin süreli olarak yapıldığı bir durumda, kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle birlikte kefalet sözleşmesi de sona ermektedir.¹⁶⁸ Gerçekten TBK m. 600'e göre "*Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur*" denilmektedir. Fakat daha önce de ifade edildiği üzere kefalet sözleşmesinin süreli olarak yapılmasıyla, bir başka deyişle kefilin sorumluluğunun süre ile sınırlandırılmasıyla.¹⁶⁹ kefilin belli bir süre aralığında doğan borçlara kefil olması birbirine karıştırılmamalıdır. Zira bu ikinci durumda kefaletin sürenin

¹⁶⁷ Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 606; Özen, *Kefalet*, 546.

¹⁶⁸ Akipek Öcal ve diğerleri, *Borçlar Özel*, 877; Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 328; Eren, *Borçlar Özel*, 809; Gümüş, *Özel*, 436; Özen, *Kefalet*, 552; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1608.

¹⁶⁹ Özen, *Kefalet*, 552.

bitimi sebebiyle sona ermesi söz konusu değildir. Burada borcun kapsamı sınırlandırılmış olur.

b. Süresiz Kefalette Kefilin Kendine Tanınan Hakları Kullanması

Kefilin herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın sorumluluk altına girdiği durumda kefalet TBK m. 601'e göre sona erebilir. Hükümde *“(1) Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. (2) Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. (3) Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur.”* denilerek süreli olmayan kefalette sona ermeye ilişkin hususlar ifade edilmiştir.

Alacaklının asıl borç muaccel olduğu halde onu talep etmesinin, takip yapmasının veya dava açmasının kural olarak bir zorunluluk olmadığı ifade edilebilir. Bununla birlikte süresiz kefalet sözleşmesinde TBK m. 601 hükmü kefile, alacaklıyı borcunun tahsili konusunda bir zorlama yetkisi tanımış; alacaklıya da bu konuda bir yükümlülük yüklemiştir. Zira burada alacaklının muaccel olan bir borcu uzun bir süre talep etmemesi sebebiyle asıl borçlunun malvarlığında meydana gelebilecek eksilmeler, asıl borçlunun ödeme gücünde gerçekleşebilecek zayıflamalar sebebiyle kefilin rücu hakkını kullanamaması söz konusu olabilir. Bu tehlikenin önüne geçebilmek için kanun koyucu kefile böyle bir hak tanımıştır.

TBK m. 601'in uygulanması esas olarak sürekli olmayan borç ilişkileri için söz konusudur. Zira bu borçlarda hükmün uygulanması çok daha kolaydır. Fakat bununla birlikte sürekli

borç doğuran sözleşmelerde de TBK m. 601 hükmünün uygulanması mümkündür.¹⁷⁰

Kefalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmeye, örneğin kira sözleşmesine, teminat olarak gösterilmesi durumunda TBK m. 601'e başvurulabilmesi için kefaletin üzerinden bir yıl geçmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir ihtilaf bulunmaktadır. Bir görüşe göre kira sözleşmesinde kefilin m. 601 hükmüne başvurabilmesi için kira bedelinin yıllık olarak ödenmesi veya birikmiş ve ödenmemiş durumda bulunan bir yıllık kira bedelinin olması¹⁷¹ gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre ise kira sözleşmesi yıllık olmasa veya sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl geçmemiş olsa bile kira borcunun ödenmemesi halinde TBK m. 601'e göre alacaklının borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.¹⁷² İkinci görüşün daha isabetli olduğu ifade edilebilir. Zira TBK m. 601/1'de, az önce kefilin alacaklıdan talep edebileceği hakların nasıl kullanılacağı ifade edilmektedir. Bir yıllık sınırlama ise 601/2'de muacceliyet ihbarının yapılması gereken durumlar için öngörülmektedir.

Sürelili veya süresiz bir kira sözleşmesinde, kira borcunun ödenmemesi durumunda kefilin TBK m. 601 çerçevesinde alacaklıya başvurmasının mümkün olduğu söylenebilir. Kira sözleşmesinde kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür. Yani esas itibarıyla kira sözleşmesinde her ayın sonunda kira borcu muaccel olmaktadır. Bu bakımdan sürelili olmayan bir kefalet

¹⁷⁰ Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 336; Özen, *Kefalet*, 566.

¹⁷¹ Özen, *Kefalet*, 566.

¹⁷² Ayan, "Kiracının Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," 337.

sözleşmesinde, asıl borç olan ilgili ayın veya birkaç ayın ya da bir yıllık kira bedelinin muaccel olması halinde kefil, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde kiracıya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Bu hususta kira bedelinin ödenmemesi halinde kiraya verenin (alacaklının), kiracıya karşı dava veya takip hakkını kullanmasını gerektirecek bir durumun oluşmuş olması gerektiği ifade edilmelidir.

Borcun muaccel olması alacaklının ihtarına bağlı ise bu durumda kefil, kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra alacaklıdan muacceliyete ilişkin bildirim yapmasını isteyebilir. Bu hususta, asıl sözleşmede borcun muacceliyeti için örneğin iki yıl veya üç yıl boyunca bildirimde bulunulamayacağı kararlaştırılmışsa, kefil bir yıl sonra alacaklıdan muacceliyet bildiriminde bulunmasını talep etse dahi ilgili süre geçinceye dek bildirim yapılamayacağı ifade edilmelidir.¹⁷³

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi kira sözleşmesinden doğacak borçlar için güvence olarak gösterilebilir. Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak yapılabilmesi için nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir. Kefalet sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi kira sözleşmesinin içinde düzenlenmesi de mümkündür. Kira sözleşmesinin içinde düzenlenen kefalet sözleşmesinin şekil şartları yerine getirilmişse sözleşme geçerlidir.

Kira sözleşmesinde güvence olarak para veya kıymetli evrakin gösterilmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte diğer teminatların da kira sözleşmesinden doğan borçlar

¹⁷³ Özen, *Kefalet*, 572.

için güvence teşkil etmesi mümkündür. Kira sözleşmesinde kiracının güvence göstermesi kararlaştırılmışsa, bunun miktarı üç aylık kira bedelinden daha fazla olamaz. Kira sözleşmesinde güvence gösterilmesine ilişkin TBK m. 342’de ifade edilen, güvencenin üç aylık kira bedeliyle sınırlı olması kuralının, kefalet sözleşmesi bakımından geçerli olmadığını ifade etmek mümkündür.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar belirli veya kesin bir şekilde belirlenebilir olmalıdır. Kefilin sorumluluğunun azami miktarı açıkça, rakamla yazılabileceği dolaylı olarak da belirlenebilir olması da mümkündür. Kefalet sözleşmesinin ayrı bir belgede yapıldığı durumda azami miktar hakkında kira sözleşmesine atıf yapılmışsa ve kefilin sorumlu olduğu azami miktar hakkında tereddütsüz bir şekilde ortaya çıkıyorsa bunun da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Kira sözleşmesine güvence olarak gösterilen kefaletin kapsamına nelerin gireceğine sözleşmeye göre karar verilmelidir. Sözleşmede hangi borçlara kefil olduğunun belirtilmiş olması durumunda kefalet söz konusu borçlar bakımından azami miktarla sınırlı olmak üzere sorumluluk ortaya çıkaracaktır. Kira sözleşmesinden doğan tüm borçlara kefil olduğu ifade edilmekteyse burada da alacaklının kira sözleşmesindeki ifa menfaatindeki kaybından doğan zararları göz önünde tutulmalıdır. Bunun dışındaki bütünlük menfaatine yönelik olan, örneğin koruyucu yan yükümlerin ihlali durumunda, bundan doğan zararlar kefaletin kapsamına girmemelidir. Kefalet sözleşmesinde, kira sözleşmesinden doğacak hangi borçlara kefil olduğuna ilişkin bir ifade yoksa şüphe halinde borçlu lehine yorum ilkesi çerçevesinde, kefalet sözleşmesinin kapsamında yalnızca kira bedelinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Kefilin belirli bir sürede doğacak olan borçlardan sorumlu olmasıyla, belirli süreyle sorumlu olması aynı değildir. Belirli bir sürede doğacak olan borçlardan sorumluluk genel

zamanaşımına tabi olacaktır. Fakat kefilin belirli süreyle sorumlu olması durumunda o sürenin bitmesiyle kefilin sorumluluğu da ortadan kalkmış olacaktır.

Kefalet ve kira sözleşmelerinin her ikisinin de belirli veya belirsiz süreli yapılması mümkündür. Kefalet sözleşmesinin belirli süreli olduğu durumda kira sözleşmesinden doğan borçlar için kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinin süresi kadar olmaktadır. Kefalet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu durumda ise kefilin sorumluluğu kira sözleşmesinin süresi kadar olmaktadır.

Kira sözleşmesinin süresinin uzaması meselesi de belirli süreli kira sözleşmesinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda kefalet sözleşmesi belirli süreliyse kefilin sorumluluğu bu süre kadar olur. Kira sözleşmesinin süresi uzamışsa bile kefalet sözleşmesinin süresi içinde kalıyorsa kefil sorumlu olacaktır. Yani iki yıllık kira sözleşmesi için dört yıllık kefalet sözleşmesi yapılmışsa, kira sözleşmesi uzadığı takdirde dört yıla kadar sorumluluk söz konusudur. Dört yıl olmadan kira sözleşmesi sona ererse sorumluluk da sona erer. Kefalet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu durumda kira sözleşmesinin uzayan yılları için de kefilin sorumluluğu söz konusudur. Elbette burada kefilin azami sorumluluk süresi olan on yıllık süre de göz önünde bulundurulmalıdır.

Kira sözleşmesinin niteliği kefilin sorumluluğu, kefaletin müteselsil kefalet olup olmaması bakımından önem arz etmektedir. Kira sözleşmesi adi iş olduğu takdirde Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri çerçevesinde kefilin müteselsil kefil olduğuna dair veya bu anlama gelebilecek bir ifade kefilin el yazısıyla yazılmışsa kefalet müteselsil kefalet, yazılmamışsa adi kefalet olacaktır. Kira sözleşmesi ticari iş niteliğindeyse bu takdire Türk Ticaret Kanunu m. 7 uyarınca kefilin müteselsil kefil olduğuna dair bir ifade olmasa bile kefalet müteselsil kefalet olur. Kira sözleşmesi tüketici işlemi olduğu takdirde de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/6 uyarınca,

yapılacak olan kefalet sözleşmesi, müteselsil kefalet olduğuna ilişkin bir ibare bile bulunsa adi kefalet olur.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Acar Ünal, Özlem ve Nihal Ural Çınar. "Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2-1 (2016): 43-80.
- Akipek Öcal, Şebnem, Hayrunnisa Özdemir, Selin Sert Sütçü, Murat Doğan, Ebru Ceylan, Kemal Şenocak ve Emre Cumalıgölu. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Editör Turgut Öz. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Altın, Hayrunnisa. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2017.
- Aras, Deniz Onur. "Tüketici İşlemi, Adi İş ve Ticari İş Ayrımı ve Sonuçlar." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2017.
- Arat, Ayşe. "Tüketici Hukuku'nda Kefalet Sözleşmesi." *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 19, no. 41 (Yıl Özel Sayısı 2016): 207-223.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2018.
- Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ayan, Serkan. "Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan* 19, no. Özel Sayı (2017): 295-348.
- Aydoğdu, Murat. "Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu (TBK 342)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2012): 1-53.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayrancı, Hasan. "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 2 (2004): 95-120.
- Bahtiyar, Mehmet ve Levent Biçer. "Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 395-436.
- Barlas, Nami. "Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunları." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2006): 3-16.
- Baş, Ece. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70, no. 2 (2012): 115-144.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2018.
- Bozkurt Yaşar, Sevgi. "TTK m.7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 175 (2019): 433-527.
- Bucher, Eugen. *Obligationrecht Besonderer Teil*. Zurich: Schulthes Verlag, 1988.
- Çınar, Ömer. "Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2018): 145-168.
- Demir, Şamil. "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no. 108 (2013): 87-122.
- Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

- Doğu, Hakkı Mert. "Kiracı veya Kiraya Veren Güvenceyi (Depozitoyu) Kira Bedeline Karşılık Sayabilir Mi?" *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2019): 221-232.
- Düden, Seren. "Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2020): 187-211.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Esser, Josef. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1971.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Günarslan, Banu. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası." *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 143 (2018): 90-102.
- Günsay, Töre. "Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği İlkesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2017): 1079-1101.
- Huguenin, Claire. *Obligationrecht Besonderer Teil*. Zurich- Basel- Genf: Schulthess Verlag, 2008.
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku Cilt 2*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- İnceoğlu, Murat ve Ece Baş. "Türk Borçlar Kanunu Açısından Depozito ve Bankaların Bundan Kaynaklanan Sorumluluğu." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 1 (2012): 111-154.
- Kapancı, Kadir Berk. "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen 'Ticari İşlerde Teselsül Karinesi' Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Mıdır?" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2016): 131-170.

- Kara Kılıçarslan, Seda. "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2009): 43-59.
- Midyat, Nuri Aziz. "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75, no. 2 (2017): 681-705.
- Molitor, Erich. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Munchen-Berlin: 1966.
- Özen, Burak. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özen, Burak. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2011): 53-77.
- Özkan Şahin, Gizem. "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 1288-1336.
- Özkul, Burcu. "Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu." Doktora Tezi. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 2013.
- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: 2013.
- Reisoğlu, Seza. "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (1962): 327-392.
- Sarıhan, Banu Bilge. "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 1 (2022): 221-258.
- Seçer, Öz. "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 139-140 (Mart-Nisan 2016): 91-120.

- Şahan, Gökhan. *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Şen Doğramacı, Hayriye “Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2019): 291-311.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Tandoğan, Haluk. “Kefaletin Geçerlik Şartları.” *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi* 9, no. 1 (1977): 19-54.
- Taşatan, Caner. “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 2 (2021): 341-369.
- Ulusoy, Erol. “Kira Depozitosuna Faiz Ödenir Mi?” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 20, no. 3 (2000): 41-59.
- Uyumaz, Alper ve Feride Demirbaş. “Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı.” *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2014): 37-59.
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yavuz, Nihat. *Kira Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Yıldırım, Abdülkerim. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64, no. 1 (2015): 237-266.
- Yılmaz, Merve. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 24, no. 97 (2011): 155-170.

- Yılmaz, Halil. "Taşınmaz Kira Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsam ve Süresi." *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 18 (2008): 21-31.
- Yılmaz, Süleyman. "Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 753-778, (Sorumluluk).
- Yüksel, Elif. "Evlilik Birliği İçerisinde Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2019.
- Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

AVRUPA VE ÜLKEMİZDE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAPSAMA ORANI VE BU ORANI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

*The Coverage Rate of the Collective Agreement in
Europe and Our Country and the Factors Affecting
This Rate*

Baki Oğuz MÜLAYİM*

Öz

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, çalışma koşulları bir ya da birden fazla toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen işçilerin, diğer işçilere olan oranıdır. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin gelişmesi açısından toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksek olması gerekir. Toplu iş hukukunda sendikal yoğunluk oldukça önemlidir. Ancak sendikal işçi sayısı, tek başına toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçi sayısını göstermez. Zira sendika üyesi olmak, bir işçinin toplu iş sözleşmesinden

* Doç. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, bakioguz.mulayim@gmail.com, ORCID:0000-0002-5472-8414.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 02.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.10.2022.

Atıf/Citation: Mülayim, Baki Oğuz. "Avrupa ve Ülkemizde Toplu İş Sözleşmesi Kapsama Oranı ve Bu Oranı Etkileyen Faktörler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 110-153.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yararlandığını ortaya koyan kesin bir veri değildir. Bir ülkede uygulanan toplu iş hukukuna dair yasal düzenlemeler, bu kapsamda kanun koyucunun tercihleri, toplu iş sözleşmesi kapsama oranını belirlemektedir. Çalışmamızda tarihsel süreçte de yer verilmiş, ülkemiz ve farklı ülkeler hakkında açıklamalar yapılmak sureti ile konu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Sözleşmesi Kapsama Oranı, Sendikal Yoğunluk, Sendika, Teşmil.

Abstract

The collective agreement coverage ratio is the ratio of the workers whose working conditions are regulated by one or more collective bargaining agreements to other workers. In terms of the development of collective bargaining autonomy, the coverage ratio of the collective bargaining should be high. In collective labor law, the union density is very important. However, the number of unionized workers does not indicate the number of workers covered by the collective agreement alone. Because being a union member is not a definite data that reveals that a worker benefits from a collective agreement. The legal regulations regarding the collective labor law applied in a country and the preferences of the legislator in this context determine the coverage rate of the collective agreement. In our study, the subject is examined by making explanations about our country and different countries and the historical process is also included.

Keywords: The Collective Agreement, The Coverage Rate of The Collective Agreement, Union Density, Union, The Collective Labor Law.

GİRİŞ

Toplu pazarlık, endüstriyel demokrasinin temel taşıdır.¹ Çalışanlara, işverenler karşısında kolektif bir ses verir. İstihdam şartlarını düzenlemenin bir yolu olarak toplu pazarlığın somut önemi, genel olarak kapsamı, yani yetkisi altındaki çalışan sayısı ile artar. Toplu pazarlık, yalnızca endüstriyel demokrasinin değil, aynı zamanda sosyo-ekonomik yönetişimin de bir meselesidir.²

Toplu pazarlık, bir müzakere sürecidir. Bağımsız sendikalar ve işverenler ya da işveren örgütleri arasında ücret ve çalışma süresi gibi istihdam koşullarını belirlemek amacı ile toplu pazarlık yapılır. Toplu pazarlığın sonucu, müzakere yapan taraflarca imzalanan toplu iş sözleşmesidir.³

Toplu pazarlık, beklendiği gibi son yirmi beş yılda dünyayı etkileyen büyük değişikliklerin etkisini hissetmiştir. Berlin Duvarı'nın yıkılmasının ardından piyasa ekonomisinin genel kabul görmesi, devletin rolü ve yapısı üzerine tartışmalar, ekonomide yeniden yapılanma ve küreselleşme, enflasyonla mücadele, atipik çalışma biçimlerinin ve geçici iş sözleşmelerinin artması, devam eden siyasi ve sosyal demokratikleşme süreci, sendikaların siyasi partilerden artan özerkliği ve çok sayıda başka faktör bu kapsamda sayılabilir.⁴

¹ Endüstriyel demokrasi kavramı hakkında bkz. Cahit Talas, "Endüstriyel Demokrasi ve Türkiye'de Uygulanma Olanakları," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 25, no. 2 (1970): 191-234; Barış Seçer, "Endüstriyel Demokrasi: İşçilerin Yönetime Katılmasından İşçi Katılımına," *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım (2009), 19-35.

² Franz Traxler and Bernd Brandl, *The Economic Effects Of Collective Bargaining Coverage: A Cross-National Analysis* (Geneva: ILO 2009), 1.

³ Jelle Visser, Susan Hayter, and Rosina Gammarano, *Trends In Collective Bargaining Coverage: Stability, Erosion Or Decline?* (Geneva: ILO, 2017), 1.

⁴ Bernard Gernigon, Alberto Otero and Horacio Guido, "ILO Principles Concerning Collective Bargaining," *International Labour Review* 139, no. 1 (2000), 33.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun⁵ yürürlüğe girmesinde, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Avrupa Birliği (AB) tarafından yapılan eleştiriler etkili olmuştur.⁶ Zira 98 nolu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Dair Sözleşmesi⁷ 1951'de, sendikal haklara ilişkin 87 nolu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi⁸ ile 151 nolu Çalışma İlişkileri Sözleşmesi (Kamu Hizmeti) ise 2003 yılında Türkiye tarafından onaylanmıştır.⁹

ILO, sendikaların işleyişine fazla müdahale edildiği ve sendikalara gereken düzenleme serbestisi bırakılmadığı gerekçesi ile mevzuatımızı eleştirmekte idi. Toplu pazarlığın önüne işkolu barajı engeli konularak bu surette serbest toplu pazarlık ortamının sağlanmaması, grev hakkının önüne çeşitli engeller konularak kapsamlı grev yasaklarının bulunması ve grev ertelenmesi sonucu Yüksek Hakem Kurulu'nun devreye

⁵ RG. 07.11.2012, S. 28460.

⁶ "Ancak ILO, Kanunda ILO standartlarını ihlal eden ve özellikle 87 ve 98 sayılı Sözleşmelere odaklanan çok sayıda maddeye işaret eden bir muhtıra kaleme aldı. Avrupa Komisyonu da benzer şekilde temel sendikal hakların yeni Kanunla geliştirilmediğini açıkladı. Tüm bu eleştirilere rağmen, Kasım 2012'de yürürlüğe giren yeni Kanun onaylandı.," Banu Uçkan Hekimler, "Two Steps Forward, One Step Back, or Vice Versa: The New Legal Framework of Collective Labour Relations In Turkey," European Review of Labour and Research 19, no. 4 (2013), 572.

⁷ Türkiye'de 23.01.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Erişim tarihi Ocak 15, 2023, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377267/lang--tr/in dex.htm.

⁸ Türkiye'de 12.07.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Erişim tarihi Ocak 15, 2023, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm.

⁹ Türkiye'de 12.07.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Erişim tarihi Ocak 15, 2023, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang--tr/index.htm.

girerek zorunlu tahkime gidilmesi de eleştirilen hususlar arasında yer almakta idi.¹⁰

Avrupa Birliği üyelik sürecinde yayımlanan İlerleme Raporları'nda da 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar ile ilgili olarak eleştiriler yer almakta idi.^{11 12} Ancak 6356 sayılı Kanun yürürlüğe konulmasına rağmen, eski kanunlarda esaslı bir değişikliğe gidilmeksizin bazı maddelerin değiştirildiği, sendikalar üzerinde vesayet kaldırılmadığı, tarafların özgür iradesine dayalı bir toplu iş sözleşmesi özerkliğinin oluşturulamadığı ileri sürülmektedir¹³. Sendikaların bu kapsamda bir taleplerinin olmamasından dolayı zamanla etkilerini yitirmiş olmaları da bu duruma gerekçe olarak gösterilmektedir.¹⁴ Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun, ILO ve AB eleştirilerini karşılama doğrultusunda önemli bir adım olarak da nitelendirilebilmektedir.¹⁵

¹⁰ Melda Sur, "6356 Sayılı Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi," *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 39 (2013), 319.

¹¹ Bülent Pirler, "Toplu İş İlişkileri Sistemimizde Yeni Döneme Başlarken Geride Bıraktıklarımız," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. özel sayı (2013), 885.

¹² Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu AB İlerleme Raporları için Bkz. Erişim tarihi Ocak 15, 2023, <https://www.avrupa.info.tr/tr/ilerleme-raporlari-744>.

¹³ "Bununla beraber 6356 Sk. İle önceki mevzuatta bazı yasak ve sınırlamalar kaldırılmış olsa bile bu, ILO'nun eleştirilerini tam olarak karşılamaktan uzak görünmektedir. Kaldı ki, bazı hükümlere yer verilmemiş olması da aslında göstermelik olup değişen fazla bir şey yoktur." A. Can Tuncay, F. Burcu Savaş-Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2016), 14.

¹⁴ Devrim Ulucan, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. 1 (2014), 582.

¹⁵ Ufuk Aydın ve Özlem Keskin, "2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye'de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2015), 1.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAPSAMA ORANI

A. Kavram Olarak

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, ücret ve çalışma koşulları, bir veya birden fazla toplu iş sözleşmesi ile belirlenen işçilerin diğer işçilere olan oranıdır. Bu oran, işçilerin istihdam koşullarının toplu iş sözleşmesi müzakerelerinden ne ölçüde etkilendiğinin bir göstergesidir.¹⁶ Ülkemizde ise toplu iş sözleşmesi tek düzeyli olduğundan, toplu iş sözleşmesinin kapsama oranı, ücret ve çalışma koşulları, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen işçilerin diğer işçilere olan oranı olarak tanımlanabilir.

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, bir sendikaya üye olan işçilerin sendikal haklarını kullanıp kullanmadıklarını ortaya koyar. Zira toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan sendikalı bir işçinin, gerçek bir sendikal korumadan yararlandığı söylenemez. Toplu iş sözleşmesi kapsamında yer almak, en önemli sendikalaşma ölçütüdür.¹⁷

Bir ülkede toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, çalışma ilişkileri sistemi ve yasal düzenlemelere bağlı olarak sendikal yoğunluğun üstünde ya da altında gerçekleşebilmektedir.¹⁸ Ancak sendikalı işçi sayısının düşük olması, toplu iş sözleşmesi kapsama oranının da bu doğrultuda düşük olması sonucunu doğurmaz. Sendikal yoğunluğun %8 olduğu Fransa'da, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %98'dir.¹⁹ Zira Fransız toplu sözleşme

¹⁶ Wolfgang Ochel, "Collective Bargaining Coverage in the OECD from the 1960s to the 1990s," *CESifo DICE Report Journal For Institutional Comparisons* 2, no. 4 (2016), 62.

¹⁷ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK), *Türkiye'de Sendikalaşma, Toplu İş Sözleşmesi Kapsamı ve Grevler (2013-2019)* (İstanbul: Disk, 2019), 25.

¹⁸ DİSK, "Türkiye'de Sendikalaşma," 7.

¹⁹ Katrin Oesingmann, "The Extension of Collective Agreements in Europe," *CESifo DICE Report Journal For Institutional Comparisons* 14, no. 2 (2016), 60.

geleneği, aktif devlet müdahalesi içermekte, zayıf ve bölünmüş örgütleri, genel uygulanabilirlik sistemi veya toplu iş sözleşmelerinin erga omnes etkisi ile dengelenmesi üzerine kuruludur.²⁰ Sendikal yoğunluğun %50 olduğu Belçika'da, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %96'dır.²¹

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranındaki istikrar veya artış, sosyal ortakların stratejilerine ve toplu pazarlığı destekleyen hükümet politikalarına bağlıdır. Bu durum, örgütsel hakların güvence altına alınmasını sağlayan, aynı zamanda bu örgütlerin toplu pazarlık amacıyla etkin bir şekilde tanınmasını kolaylaştıran yasal bir çerçevenin öngörülmesini içerir. Ayrıca hükümetler tarafından toplu pazarlığı teşvik etmek ve geliştirmek için uygun önlem ve politikaların benimsenmesi de gerekir. Güçlü ve temsil kabiliyeti yüksek işçi ve işveren örgütlerinin varlığı ile kapsayıcı toplu pazarlığın temellerinin güçlendirilmeye ihtiyaç bulunmaktadır.²²

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksek olması, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin varlığı ile anlam kazanır.²³ Toplu iş sözleşmesi özerkliği, toplu iş hukuku açısından temel bir kavramdır. Ücret ve çalışma koşullarının, Anayasa ve kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere özgür bir şekilde taraflarca düzenlenmesi, bu kavram ile ifade edilmektedir.²⁴ Gerçek anlamda toplu iş sözleşmesi özerkliğinin varlığı için sendikal özgürlüğün, toplu iş sözleşmesi ve grev

²⁰ Niklas Bruun, *The Autonomy of Collective Agreement*, Report to the VII. European Regional Congress, International Society For Labour Law and Social Security (2002), 30.

²¹ Oesingmann, "The Extension," 60.

²² Visser, Hayter and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 10.

²³ Toplu iş sözleşmesi özerkliği hakkında bkz. Baki Oğuz Mülayim, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği," *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 146 (2018), 24-39.

²⁴ İbrahim Subaşı, "Toplu İş Sözleşmesi'nin Taraflarca Değiştirilmesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 74, no. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı (2016), 992.

haklarının Anayasal güvence altına alınmaları tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu hakları amacına uygun olarak kullanabilen bir işçi sınıfının varlığı da gerekir.²⁵

B. Avrupa Ülkelerinde Toplu İş Sözleşmesi Kapsama Oranı

Dünyada birçok ülkede toplu iş sözleşmesi kapsama oranı düşmektedir.²⁶ Sendikal yoğunluk da azalmaktadır.²⁷ Sendikal yoğunluktaki düşüş, toplu iş sözleşmesi kapsama oranındaki düşüşten on yıl ya da daha önce başlamış olup, sendikal yoğunluk, ortalama olarak toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yarısı kadardır.²⁸ Toplu pazarlık, dünyada yaşanan 2008 mali krizinden bu yana birçok ülkede baskı altına girmiştir. Bu durum, sendikal yoğunlukta uzun vadeli bir düşüşe yol açmıştır. Toplu iş sözleşmesi kapsama oranının sabit kaldığı veya arttığı ülkeler, birtakım önlemler almak sureti ile toplu pazarlığı destekleyen ülkelerdir.²⁹

Avrupa Birliği'nde toplu pazarlık hakkı, endüstri ilişkilerinde anahtar bir rol oynamaktadır.³⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 28. maddesinde de bu hususa işaret

²⁵ Ulucan, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği," 593.

²⁶ 1985-2015 tarihleri arasında toplu iş sözleşmesi kapsama oranları hakkında bkz. OECD, *OECD Employment Outlook* (Paris: ILO, 2017), 138.

²⁷ Virginia Doellgast and Chiara Benassi, "Collective Bargaining" in *The Handbook of Research on Employee Voice*, ed. Adrian Wilkinson, Jimmy Donaghey, Tony Dundon and Richard B. Freeman (UK: Edward Elgar 2014), 227-246; Jelle Visser, "What Happened To Collective Bargaining During The Great Recession?," *IZA Journal of Labor Policy*, no. 59 (2016), 4; Jelle Visser, "Can Unions Revitalize Themselves?," *International Journal of Labour Research* 9, no. 1-2 (2019), 19.

²⁸ 1960-2013 yılları arasında toplu iş sözleşmesi kapsama oranı ve sendikal yoğunluk için bkz. Visser, "What Happened to Collective Bargaining During The Great Recession?" 5, tablo 1.

²⁹ Visser, Hayter and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 1.

³⁰ Oesingmann, "The Extension," 59-64.

edilmektedir.³¹ Avrupa Birliği ülkeleri ve Norveç'i birlikte değerlendirdiğimizde, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, ortalama %60 olarak gerçekleşmektedir. Ancak bu oranın, sendikal yoğunluğun oldukça üstüne ulaşarak %90 olarak gerçekleştiği ülkelerin yanı sıra %10 ya da daha az gerçekleştiği ülkeler de bulunmaktadır.³²

Avrupa Birliği, 14.09.2022 tarihinde asgari ücrete ilişkin bir direktif kabul etmiştir.³³ Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen düzenleme, işçilerin asgari ücretlerinin makul bir yaşam standardını sağlayacak seviyeye yükseltilmesi, toplu pazarlığın güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Zira toplu pazarlık, makul asgari ücrete ulaşmak için temel bir faktör olarak kabul edilmektedir. Toplu iş sözleşmesi kapsamı oranının %80'in altında olduğu ülkelerde toplu pazarlığın güçlendirilmesi, bu doğrultuda sosyal ortakların katılımı ile bir eylem planı oluşturulması da öngörülmüştür. Toplu iş sözleşmesi kapsama oranında, %80 oran bir önemli eşik olarak kabul edilmektedir.³⁴

³¹ Madde, "İşçiler ve işverenler veya bunların ilgili kuruluşları, topluluk mevzuatı ile ulusal yasalar ve uygulamalara göre uygun düzeylerde toplu sözleşmeler müzakere etme, imzalama ve menfaat ihtilafı olması halinde, grev dahil kendi çıkarlarını korumak için ortak eylem yapma hakkına sahiptir." şeklindedir. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

³² Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Collective-Bargaining2>.

³³ Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2022\)_733618](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2022)_733618).

³⁴ Bu oran, düzenlemenin ilk halinde %70 olarak öngörülmüştü. Konu hakkında bkz. Marketa Pape, "Directive on adequate minimum wages," erişim tarihi, Ocak 15, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733535/EPRS_BRI\(2022\)733535_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733535/EPRS_BRI(2022)733535_EN.pdf).

Avrupa ülkeleri, kuzey, merkez batı, güney, batı ve merkez doğu ülkeleri olarak beş gruba ayrılarak incelendiğinde;

- Kuzey ülkelerinde (Danimarka, Finlandiya ve İsveç) ortalama toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %87,1, sendikal yoğunluk %64,7, işverenlerin sendikal yoğunluğu ise %76 olup, toplu iş sözleşmesi düzeyi kural olarak işkolu düzeyidir.
- Merkez batı ülkelerinde (Lüksemburg, Avusturya, Belçika, Almanya, Hollanda, Slovenya) ortalama toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %77,3, sendikal yoğunluk %29 ve işverenlerin sendikal yoğunluğu ise %83,6 olup, toplu iş sözleşmesi düzeyi kural olarak işyeri düzeyidir.
- Güney ülkelerinde (Fransa, Yunanistan, İtalya, Portekiz, İspanya) ortalama toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %76,3, sendikal yoğunluk %19,1 ve işverenlerin sendikal yoğunluğu ise %67,7 olup, toplu iş sözleşmesi düzeyi farklılık göstermektedir.
- Batı bölümünde (Güney Kıbrıs Rum Kesimi, İrlanda, Malta, İngiltere) ortalama toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %37,8, sendikal yoğunluk %36,2 ve işverenlerin sendikal yoğunluğu ise %60 olup, toplu iş sözleşmesi düzeyi kural olarak şirket/işyeri düzeyidir.
- Merkez doğu ülkeleri olan diğer ülkelerde ise ortalama toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %27,1, sendikal yoğunluk %13,1 ve işverenlerin sendikal yoğunluğu ise %54,2 olup, toplu iş sözleşmesi düzeyi kural olarak şirket/işyeri düzeyidir.³⁵

³⁵ Torsten, Muller, Collective Bargaining Systems In Europe- Some Stylised Facts (Brussels: UNI Europa Regional Conference Paper, 2021), 2.

OECD ülkeleri ortalaması, 2019 yılı itibarı ile %32,1'dir.³⁶ Nitekim birçok OECD ülkesinde, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, bir sendikaya üye olan işçilerin oranından önemli ölçüde yüksektir.³⁷ OECD ülkeleri içerisinde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksek olduğu ülkeler, İtalya %100, Avusturya %98, Belçika %96, İsveç %88 olarak sayılabilir. Bu oranın düşük olduğu ülkeler ise Polonya %13,4, ABD %12,1, Meksika %10,4, Türkiye %8,5 ve Litvanya %7,9 olarak gösterilebilir.³⁸ Genel olarak, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, kıta Avrupası ve Avustralya'da yüksektir. İngilizce konuşan ülkeler (Avustralya hariç) ve Japonya'da ise düşüktür.³⁹

C. Ülkemizde Toplu İş Sözleşmesi Kapsama Oranı

Ülkemizde kayıtlı işçi sayısı, 2023 yılı Ocak ayı itibarı ile 16.163.540, sendikalaşma oranı ise %14,42 olarak gerçekleşmiştir.⁴⁰ ⁴¹ 2020 yılı Ocak ayı istatistikleri kapsamında yapılan bir araştırma ile toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, yalnızca %7,8 olarak ortaya konulmuştur. Bu oran, tüm kayıtlı ve kayıtsız işçiler için geçerli olup, sigortalı işçiler esas

³⁶ Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>. OECD ülkelerinin 1980-2000 arası kapsama oranları hakkında bkz. Traxler and Brandl, *The Economic Effects*, 14-15.

³⁷ OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work* (Paris: OECD, 2019), 49.

³⁸ Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>.

³⁹ Ochel, "Collective Bargaining Coverage," 63.

⁴⁰ 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2023 Ocak Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ, RG. 09.01.2023, S. 32078.

⁴¹ 2022 yılı ocak ayı itibarıyla 15.294.362 işçiden 2.189.645'i sendikalı olup, sendikalı işçilerin oranı, %14,32 olarak gerçekleşmiştir. 2022 yılı temmuz ayında ise bu oran, %14,26'ya gerilemiştir. Erişim tarihi Ocak 15, 2023, <https://www.csgb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/>.

alındığında %8,9 olarak gerçekleşmektedir. Özel sektörde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı ise %5,8 düzeyindedir.⁴² Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) kayıtlarına göre ise 2019 yılı itibarı ile Türkiye’de sendikal yoğunluk %9,9 oranında iken, işçilerin ancak %8,5 oranındaki kısmı, bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmaktadır.⁴³

Ülkemizde sendikalı işçilerin dahi önemli bir kısmı, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı içerisinde yer almaz. Nitekim 2019 yılı istatistiklerine göre sendikalı işçilerin, ancak %64,1’i bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta iken, %35,9’u ise herhangi bir toplu iş sözleşmesi kapsamında yer almamaktadır.⁴⁴

6356 sayılı Kanununun 51. maddesinin iki nolu fıkrası gereğince Yüksek Hakem Kurulu kararları kesin olup toplu iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu nedenle Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağitlanan sözleşmelerden yararlanan işçiler de toplu iş sözleşmesi kapsama oranına dâhildir. Ancak toplu iş sözleşmesi özerkliğinin geliştirilmesi bağlamında Yüksek Hakem Kurulu’nun varlığı tartışılabilir.⁴⁵ Yüksek Hakem Kurulu

⁴² Konu hakkında bkz. DİSK, *Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye’de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması* (İstanbul: Disk, 2020), 13, tablo 2-7 (Bu rapor, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı-ÇSGB tarafından her yıl ocak ve temmuz aylarından yayımlanan işçi sendikaları istatistiklerine dayalı olarak Ocak 2020 istatistikleri esas alınarak hazırlanmıştır.).

⁴³ İstatistikler için bkz. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>. Konu hakkında ayrıca bkz. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://www.oecd.org/employment/collective-bargaining-database-turkey.pdf>.

⁴⁴ DİSK, “Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye’de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması,” 14, tablo 6.

⁴⁵ Yüksek Hakem Kurulu hakkında bkz. Baki Oğuz Mülayim, “Yüksek Hakem Kurulunun Yapısı ve Görevleri ile Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yoluna Başvurulması,” *İstanbul Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*:2, Prof.

tarafından bağitlanan toplu iş sözleşmeleri giderek artmaktadır. 2012’de 20.000 işçiyi kapsayan toplu iş sözleşmelerini bağitlayan kurul, 2016 yılında 182.000, 2017 yılında ise 287.000 işçinin toplu iş sözleşmesini bağitlamıştır.⁴⁶

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAPSAMA ORANINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

A. Sendikal Yoğunluk

Sendikal yoğunluk, bir işçi sendikasına üye olma hakkına sahip olanlardan sendikaya üye olanların oranı olup, sendikaların gücünü değerlendirmek için kullanılan en önemli ölçüttür. Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, maaşlı işçilerin sendika tarafından müzakere edilen istihdam şart ve koşullarına gerçek ölçüde tabi olduklarını ölçerken, sendikal yoğunluk, sendikaların pazarlıktaki potansiyel gücünü ölçer.⁴⁷

Sendikalar, iş hukukunun özgün kurumları arasında yer almakta olup, çalışma hayatında özellikle çalışan taraf açısından önem taşır. Sendikalar, bu amaçlarını, daha çok toplu iş sözleşmesi imzalamak sureti ile gerçekleştirir.⁴⁸ Toplu iş sözleşmesi, çeşitli tarihi, ekonomik ve toplumsal nedenlerden

Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan içinde, haz. Abuzer Kendigelen, Saibe Oktay-Özdemir (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2020), 537-571.

⁴⁶ DİSK, “Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye’de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması,” 4.

⁴⁷ Jelle Visser, “Union Membership Statistics In 24 Countries,” *Monthly Labor Review*, January (2006), 38; Dierk Herzer, *Unions and Income Inequality: A Heterogeneous Panel Cointegration and Causality Analysis* (Hamburg: Helmut Schmidt Üniversitesi, 2014), 15.

⁴⁸ Murat Kandemir, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 39 (2013), 168.

dolayı ortaya çıkmıştır.⁴⁹ Ücretler ve çalışma koşulları üzerinde toplu pazarlık, genel olarak sendikaların en temel faaliyetidir.⁵⁰

Dünyada işveren sendikaları yoğunluğu istikrarlı bir görüntü çizerken, işçilerin sendikal yoğunluğu ise son kırk yılda giderek azalmaktadır.⁵¹ Bu oran, 1975 yılında %33 iken, 2018 yılında %16 olarak gerçekleşmiştir. Hatta bazı ülkelerde bu düşüş, daha hızlı gerçekleşmiştir. 1990'lı yıllarda doğu Avrupa ülkeleri, Yeni Zelanda ve İsrail ile 2000'li yıllarda Türkiye, en az %30 oranında düşüş ile bu duruma örnek gösterilebilir.⁵² Ancak bu durum, her ülke için geçerli değildir. Örneğin 1990'larda hiçbir İskandinav ülkesinde sendika üyeliğinde, önemli bir düşüş görülmemiştir. Aksine sendika üyeliği, bazı sektörlerde artmıştır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, bu ülkelerde yüksektir.⁵³

Konu hakkında yapılan çalışmalar, sendikal yoğunluğun yanı sıra toplu iş sözleşmesi kapsama oranının da çoğu ülkede düştüğünü ortaya koymaktadır. Ancak ülkeler arasında sendikal yoğunluk ve toplu pazarlık göstergeleri arasında önemli farklılıklar da vardır. Sendikal yoğunluğu etkileyen birçok faktör bulunmaktadır.⁵⁴

6356 sayılı Kanun kapsamında toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için sendikal işçi olmak ya da yetkili sendikaya dayanışma aidatı ödemek gerekir. Kanununun 17. maddesi

⁴⁹ Jonas Malmberg, "The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions," *Scandinavian Studies in Law*, January (2002), 190.

⁵⁰ Visser, Hayter and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 3.

⁵¹ OECD, *Employment Outlook*, 138; Amerika, Asya, Afrika ve Avrupa bazında tablolar için bkz. Visser, "Can Unions Revitalize Themselves?," 20.

⁵² OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*, 33.

⁵³ Bruun, "The Autonomy of Collective Agreement," 11.

⁵⁴ Claus Schnabel, *Union Membership and Collective Bargaining: Trends and Determinant* (Bonn: Institute of Labor Economics, 2020), 1.

gereğince on beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilmektedir. 6356 sayılı Kanunun 42. maddesi gereğince yetkili sendikaların belirlenmesi amacı ile her yıl ocak ve temmuz aylarında istatistikler yayımlanmaktadır.⁵⁵

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2023 Ocak Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ” e göre 2023 yılı Ocak ayı itibarı ile ülkemizde toplam işçi sayısı, 16.163.540, sendikalaşma oranı ise %14,42 olarak gerçekleşmiştir.⁵⁶

Ancak Türkiye’de 2013 yılı öncesine ait sendikal yoğunluğa dair resmi istatistiklerin gerçekçi olmadığı, bir toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işçi sayılarının esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁷ Kamu görevlileri dışında 1988-2012 yılları arasında toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işçi

⁵⁵ 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin beş nolu fıkrası gereğince bu istatistikler yayımlanmaktadır. Düzenleme, “Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanuncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez.” şeklindedir. Tebliğler için bkz. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://www.csgb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler>.

⁵⁶ RG. 09.01.2023, S. 32078.

⁵⁷ ÇSGB’nun, ILO’nun kullandığı yöntemlerden farklı olarak kendine özgü yöntemler kullandığı hakkında bkz. Aziz Çelik ve Kuvvet Lordoğlu, “Türkiye’de Resmi Sendikalaşma İstatistiklerinin Sorunları,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 9 (2006), 11-30.

sayısı dikkate alındığında, 1980’li yılların sonu ile 1990’lı yılların başlarında %25 oranında olan toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, 2000’li yılların başlarında %10-12 düzeyine, 2010’lu yıllarda ise %6-7 düzeyine gerilemiştir.

Sendikal yoğunluk, 2013 yılından itibaren sayısal ve oransal olarak artış göstermektedir.⁵⁸ Ancak bu durum, daha çok kamu kurumlarında alt işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin, sürekli işçi kadrosuna geçirilmesinden kaynaklanmakta ve bütün işkollarını aynı oranda etkilememektedir.⁵⁹ 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁶⁰ ile bu kapsamda bir düzenleme yapılmıştır.⁶¹

Sendikal yoğunluk denildiğinde, yalnızca işçilerin sendika üyeliği anlaşılmalıdır. İşverenlerin sendika üyeliği de bu kapsamda değerlendirilebilir. Nitekim Avrupa ülkelerinde işveren sendikalarına zorunlu üyeliğin öngörüldüğü, bu doğrultuda işverenler açısından sendikal yoğunluğun yüksek olduğu ülkeler olan Avusturya ve 2006 yılına kadar Slovenya’da

⁵⁸ Türkiye’de 1985-2015 yılları arasında toplu pazarlık kapsama oranı için bkz. OECD, *Negotiating Our Way*, 46.

⁵⁹ Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Dairesi, *Türkiye’de Sendikalaşma*, 34.

⁶⁰ RG. 24.12.2017, S. 30280.

⁶¹ “Sendikalaşmadaki artışın asıl olarak kamuda (yerel yönetimler dâhil) yaşandığını görüyoruz. 2010’lu yıllarda önce kamu taşeron işçilerinin sendikalaşmasının kolaylaştırılması ve ardından 2017 yılında bu işçilerin merkezi idarede kadroya, yerel yönetimlerde ise belediye şirketlerine aktarılması sonucunda sendikalaşmada ciddi bir artış yaşandı. Bunu anlayabilmek için kamu işçisi sayısının son 10 yıldaki artışına bakmak yeterli olacaktır. Eylül 2011’de 410 bin olan yerel yönetimler dâhil kamu işçisi sayısı Eylül 2021’de 1 milyon 253 bine yükseldi. Kamu istihdamında yaşanan 843 bin kişilik artışın temel sebebi taşeron işçilerinin kadroya alınmasıdır. Bu artış doğrudan sendikalaşmaya da yansdı. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmada üyelik koşulu nedeniyle kamu işçilerinin neredeyse tamamı sendikalı. Dolayısıyla işin sırrı kamu istihdamındaki artış.” Aziz Çelik, “Sendikalaşma İç Açıcı Değil,” *Birgün Gazetesi*, Ocak 31, 2022, <https://www.birgun.net/haber/sendikalasma-ic-acici-degil-375323>.

toplular iş sözleşmesi kapsama oranı yüksektir. Bunun gibi toplular iş sözleşmesinin teşmil yolu ile işkolu alanında uygulanmak üzere genişletildiği ülkelerde de işverenlerin sendikal yoğunluğu artmaktadır.⁶² Bu duruma, Fransa, Lüksemburg ve Hollanda örnek gösterilebilir. Teşmil yolu ile devletin toplular pazarlığa müdahale etmediği ülkelerde, bu kapsamda Almanya, Malta ve Norveç gibi ülkelerde ise işverenlerin sendikal yoğunluğu, toplular iş sözleşmesi kapsamını az ya da çok etkilemektedir.⁶³

Ülkemizde, işverenlerin örgütlenme oranı, %20 ila 30 arasında değişmektedir.⁶⁴ Ancak işverenlerin sendika üyeliği ile toplular iş sözleşmesi kapsama oranı arasındaki ilişkiyi ortaya koymak oldukça oldukça zordur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işçi sendikalarına ilişkin olarak tebliğler yayımlanmaktadır. Ancak işveren sendikalarına yönelik veriler ise yayımlanmamaktadır. Bununla birlikte ülkemizde teşmilin yoğun olarak uygulanmadığı, erga omnes kuralı öngörülmediği ve toplular iş sözleşmesi düzeyi işyeri olarak öngörüldüğünden dolayı, işveren sendikalarına üyeliğin az ya da çok olmasının, toplular iş sözleşmesi kapsama oranına önemli bir etkisi olmadığı görüşündeyiz.

B. Toplular İş Sözleşmesi Düzeyi

Bir ülkenin toplular pazarlık ve toplular iş sözleşmesi düzeyinin, daha çok her ülkenin ekonomik koşullarına, tarihi, sosyal ve

⁶² Konu hakkında bkz. Franz Traxler, "Employer Associations, Institutions and Economic Change: A Crossnational Comparison," *Industrielle Beziehungen/The German Journal of Industrial Relations* 11, no. 1/2 (2004), 42-60.

⁶³ Oesingmann, "Collective Agreements," 63. Ayrıca bkz. 62, tablo 3.

⁶⁴ Gaye Baycık, "Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri (Ankara: Yetkin, 2022), 70.

siyasal yapısına göre belirlendiği ileri sürülmektedir.⁶⁵ Toplu iş sözleşmesi düzeyi kavramı, toplu iş sözleşmesinin yapılabileceği ve kapsayacağı alanı ifade eder.⁶⁶ Diğer bir deyişle, toplu iş sözleşmesine esas birimi ifade eder.⁶⁷

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, sendikal yoğunluktan daha çok toplu iş sözleşmesinin gerçekleştiği düzeye bağlıdır. Çok işverenli pazarlığın olduğu ülkelerde bu oran, tipik olarak yüksek ve istikrarlıdır. Ancak birçok ülkede toplu pazarlık yapılarının merkezîyetçi olmaması, son yıllarda toplu iş sözleşmesi kapsama oranında düşüşe katkıda bulunmuştur.⁶⁸ Tek düzeyli toplu pazarlık, merkezi olsun ya da olmasın tek düzeyde yapılan pazarlık türüdür. Günümüz şartlarında, tek düzeyli toplu pazarlık, toplu pazarlığın kapsamını daraltıcı etkisi nedeniyle yeterli görülmemektedir.⁶⁹

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %80 ve üstü olan ülkeler, esas itibarı ile ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilk grupta yer alan İsveç, Finlandiya ve Danimarka, sendikalaşma yoğunluğunun yüksek olduğu ülkelerdir. İkinci grupta yer alan Avusturya, Belçika, İtalya, Hollanda ve Portekiz'de ise toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksekliği, yasal düzenlemeler ile bağlantılıdır. Toplu iş sözleşmesi düzeyi, bu bakımdan önem taşımaktadır. Örneğin Avusturya'da işkolu düzeyinde gerçekleşen bir toplu iş sözleşmesi, o işkolunda tüm işçilere uygulanmaktadır. Norveç, İspanya, Slovenya, Hırvatistan, Malta, Lüksemburg, Almanya ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi, %50 ila %75 oranında kapsama

⁶⁵ Ali Güzel, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel bir Yaklaşım," *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2, no. özel (2016), 895.

⁶⁶ Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Seçkin, 2022), 397.

⁶⁷ Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Oniki Levha, 2022), 286.

⁶⁸ Schnabel, *Union Membership and Collective Bargaining: Trends and Determinant*, 31.

⁶⁹ Mehtap Demir, *Çok Düzeyli Toplu Pazarlık ve Türkiye'de Uygulanabilirliği* (İstanbul: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi, 2018), 2.

oranına sahip olup, Malta dışında bu ülkelerde işkolu düzeyinde kapsamlı bir toplu sözleşme düzeyi bulunmaktadır. İngiltere'de giyim, tekstil ve inşaat gibi bazı sektörlerde hâlâ işkolu düzeyinde toplu pazarlık vardır, ancak özel sektörde çoğu durumda pazarlık, işyeri veya şirket düzeyindedir. Kamu sektörü dışında, işkolu düzeyinde pazarlığın olmadığı, İrlanda ve Malta için de aynı husus geçerlidir.⁷⁰

Avrupa Birliği üye ülkelerinde tek işveren ile yapılan işyeri, işletme, şirket düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri, genellikle büyük ve orta ölçekli işletmelerde veya işyerlerinde çalışanlar olmak üzere sınırlı sayıda çalışana kapsama eğilimindedir. Bu ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, %1 ila %35 arasında değişmekte olup, ortalama %14'tür. İşletme düzeyinde pazarlığın münhasıran öngörüldüğü ülkelerde ise toplu iş sözleşmesi kapsamı oranı, %25'i geçmemektedir.

İşkolu veya ulusal düzeyde pazarlıkta çok işverenli pazarlıkların hâkim olduğu ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, çeşitlilik göstermekte olup, İsviçre'de %49'dan, Fransa ve Avusturya'da %98'e kadar değişebilmektedir. İşkolu veya ulusal düzeyde ya da her iki düzeyde pazarlığın birlikte öngörüldüğü ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, %76,8'dir. İşkolu ve işletme düzeyinin karma şekilde öngörüldüğü, bu düzeylerden biri altında sınıflandırılmayan diğer ülkelerde ise kapsama oranları ortalama değerlerdedir. Toplu iş sözleşmesi kapsamının daha az olduğu ülkelerde, işyeri toplu iş sözleşmesi düzeyleri öne çıkmaktadır. Bu ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsamı oranı, daha çok sendikal yoğunluk ile doğru orantılıdır.⁷¹ Çok işverenli pazarlığın yerini tek işverenle yapılan pazarlığın aldığı her yerde, toplu iş

⁷⁰ Erişim tarihi Ocak 15, 2023, <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Collective-Bargaining2>.

⁷¹ Visser, Hayter and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 6.

sözleşmesi kapsama oranı, hızlı ve çarpıcı bir şekilde düşüş göstermektedir.⁷²

Ülkemizde, AB'ne üye ülkelerin çoğunda öngörülen işyeri, işletme ve işkolu düzeyinde, duruma göre bölgesel veya yerel düzeyde toplu pazarlık esasının düşünülmesi gerektiği, bu şekilde işçilerin önemli bir bölümünün, toplu iş sözleşmesi hakkında gerçek anlamda yararlanabileceği ileri sürülmektedir.⁷³

6356 sayılı Kanunda da toplu pazarlığa esas temel birim işyeri olup, bazı yenilikler de yapılmıştır.⁷⁴ Kanun ile işyeri toplu iş sözleşmesi, grup toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesinin yanı sıra çerçeve sözleşme yapılabilmesi de öngörülmüştür. İşyeri toplu iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yapılabilen en küçük birim olarak yasal düzenlemede yer almaktadır.⁷⁵

Bir toplu iş sözleşmesi, bir işkolu düzeyinde tüm işyerlerini kapsayabileceği gibi, yalnızca belirli bir ya da daha çok işyerine ilişkin de olabilir. 6356 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda⁷⁶ da öngörülen işyeri düzeyini benimsenmiştir. Bu doğrultuda çerçeve sözleşme dışında, işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılması öngörülmemiştir.⁷⁷

⁷² Visser, Hayter and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 5.

⁷³ Güzel, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştireysel bir Yaklaşım," 911.

⁷⁴ Sur, "6356 Sayılı Kanun," 338; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Ankara: Turhan, 2017), 268.

⁷⁵ Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri," 123.

⁷⁶ RG. 07.05.1983, S. 18040.

⁷⁷ Kandemir, "Toplu İş Sözleşmesi," 171.

6356 sayılı Kanun ile grup toplu iş sözleşmeleri açık bir şekilde düzenlenmiştir.⁷⁸ İşyeri düzeyinde üç türde toplu iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak esas olan işyeri toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır. Bir toplu iş sözleşmesinin, mutlak olarak bir işyerine ilişkin olarak yapılması da gerekmez. Zira grup toplu iş sözleşmesi, işyerleri toplu iş sözleşmesinin bir türü olarak öngörülmüştür. İşletme toplu iş sözleşmesi ise aynı işkolunda birden çok işyerinin aynı işverene ait olması durumunda söz konusu olur.⁷⁹ ⁸⁰

ILO, toplu iş sözleşmesi düzeyinin, 98 nolu ILO sözleşmesinin 4. maddesinde ifade edildiği üzere tarafların takdirine bırakılması gereken bir konu olduğunu belirtmektedir.⁸¹ Anayasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağına dair düzenleme, 12.09.2010 tarihinde yapılan referandum sonucu gerçekleşen Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır. Bu kapsamda ILO tarafından yapılan eleştirileri karşılamak üzere 6356 sayılı Kanun ile çerçeve sözleşme yürürlüğe konulmuştur.⁸² Bu

⁷⁸ "Fiilen uygulanan grup toplu iş sözleşmelerinin pozitif düzenlemeye kavuşturulması isabetli ise de tarafların anlaşmasına bağlanması isabetli değildir. Diğer tarafın zorlama hakkı olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam edecektir," Subaşı, *Toplu İş Sözleşmesi*, 615.

⁷⁹ Kandemir, "Toplu İş Sözleşmesi," 172.

⁸⁰ 6356 sayılı Kanununun 34. maddesinin gerekçesinde toplu iş sözleşmesi düzeyinde kural olarak işyeri esası belirlenmiştir denilmek sureti ile işletme düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmesinin aslında işyeri toplu iş sözleşmesi olduğu hakkında bkz. Güzel, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel bir Yaklaşım," 909.

⁸¹ ILO, *Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO Fifth (revised) edition* (Geneva: ILO, 2016), 197.

⁸² Metin Kutsal, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları," *Sicil İş*

duruma uyum sağlamak amacı ile yapılan göstermelik bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.⁸³

Çerçeve sözleşme, 6356 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının “b” alt bendinde “*Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme*”, olarak tanımlanmaktadır. Bu sözleşmenin öncelikleri farklıdır.⁸⁴ Çerçeve sözleşme, Kanununun 33. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince “*mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikaları*” konularını içerebilir. Çerçeve sözleşme ile çok düzeyli bir toplu pazarlık sistemine kapı açılmaktadır.⁸⁵ Ancak bu doğrultuda herhangi bir uyuşmazlık çözüm mekanizması, Kanunda yer almamaktadır.⁸⁶

Çerçeve sözleşmenin, toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi normatif etkiye de sahip olmadığı, yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olarak nitelendirilemeyeceği ifade

Hukuku Dergisi, no. 29 (2013), 143: Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 35 (2012), 29; Ahmet Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 157.

⁸³ Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 342.

⁸⁴ Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 291.

⁸⁵ İbrahim Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi,” *Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, no. 1 (2014), 608; Uçkan Hekimler, “Two Steps Forward, One Step Back, or Vice Versa: The New Legal Framework of Collective Labour Relations In Turkey,” 574; Toker Dereli, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 36 (2013), 54.

⁸⁶ Uçkan Hekimler, “Two Steps Forward, One Step Back, or Vice Versa: The New Legal Framework of Collective Labour Relations In Turkey,” 574.

edilmektedir.⁸⁷ Kanunda çerçeve toplu iş sözleşmesi yerine çerçeve sözleşme ifadesinin kullanmasından dolayı, kanun koyucunun çerçeve sözleşmeyi, toplu iş sözleşmesi olarak kabul etmediği⁸⁸, alt düzey toplu iş sözleşmelerine yönelik genel bir çerçeve belirleyen bir sözleşme olduğu⁸⁹, bir toplu iş hukuku sözleşmesi olduğu⁹⁰, kendine ait bir hukuki rejime tabi bir kolektif sözleşme niteliğinde olduğuna yönelik görüşler de bulunmaktadır.⁹¹ Bununla birlikte kendine özgü bir toplu iş sözleşmesi türü olduğu da ileri sürülmektedir.⁹²

Gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi olmaması nedeni ile çerçeve sözleşmenin, ILO tarafından yöneltilen eleştirileri karşılayamayacağı, grup toplu iş sözleşmelerinin işkolu düzeyinde toplu pazarlığı sağlayabilecek nitelikte olduğu ileri sürülmektedir.⁹³ Kanımızca da toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmaması, yalnızca mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilmesi ve normatif bir etkisi bulunmamasından dolayı çerçeve sözleşmeler, çok düzeyli pazarlığı karşılamaktan

⁸⁷ Talat Canbolat, "6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği," *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, no. 1 (2014), 539: Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 291: Sayım Yorğun, "Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü'nün Hukuki Boyutu," *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 76 (2023), 104.

⁸⁸ Öner Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. özel sayı (2013), 119: Kutal, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları," 143.

⁸⁹ Güzel, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştireysel bir Yaklaşım," 908.

⁹⁰ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 342.

⁹¹ Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 277.

⁹² Tuncay, Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 244-249.

⁹³ Sur, "6356 Sayılı Kanun," 262.

uzaktır. Nitekim uygulamada da tercih edilmemesi, görüşümüzü desteklemektedir.⁹⁴

2017 yılında 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin⁹⁵ 112. maddesi ile 6356 sayılı Kanuna ek 2. madde eklenmiş, 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun⁹⁶ 105. maddesi ile aynen kabul edilmiştir.⁹⁷ Madde gereğince hükümet, kamu işveren sendikaları ile işçi sendikaları konfederasyonları arasında kamu sektöründe çalıştırılan işçilerin mali ve sosyal haklarını belirlemek üzere, kamu toplu iş sözleşmeleri çerçeve anlaşma protokolü imzalanabilir. Bu protokol hükümleri, geçerlilik süresi içinde madde kapsamındaki idareler ile taraf konfederasyona üye olan sendikalar için bağlayıcıdır. Düzenleme ile 1989 yılından beri uygulanmakta olan kamu sektörü toplu iş sözleşmesi çerçeve anlaşma protokollerinin yasal bir zemin ve bağlayıcı bir nitelik kazandığı, toplu pazarlık ve grev hakkının kamu sektörü için yeniden şekillendiği, toplu pazarlıkların merkezi düzeyde

⁹⁴ “6356 sayılı Kanunun kabul edildiği 2012 yılından bugüne kadar herhangi bir çerçeve sözleşme imzalanmadığı gibi bu sürecin başlamasına dair hiçbir girişim de olmamıştır... Bir başka deyişle, bu düzenleme ile Türkiye’de endüstri ilişkileri sisteminde, içinde resim olmayan boş bir çerçeve çizilmiş ve çok düzeyli toplu pazarlık sistemi yanılısaması yaratılmaya çalışılmıştır.” Banu Uçkan Hekimler, “Türkiye’de Kamu Sektöründe Yeni Bir Endüstri İlişkileri Sistemine Geçişin Habercisi: Kamu Kesimi Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolleri,” Çalışma ve Toplum Dergisi, no. 61 (2019), 906-907

⁹⁵ RG. 24.12.2017, S. 30280.

⁹⁶ RG. 08.03.2018, S. 30354 (Mükerrer).

⁹⁷ 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 136. maddesi ile 112. maddenin, 02.01.2018 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış, daha sonra bu hüküm 7079 sayılı Kanunun 124. maddesi ile de aynı doğrultuda 02.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

bağıtlanması, işçi konfederasyonlarının bu pazarlığın yasal tarafı olması nedenleri ile sendikaların grev hakkının da kullanılamaz hale gelmesine ve kamu sektöründe, memur sendikalarına benzer bir şekilde, grevsiz toplu pazarlık sisteminin oluşmasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁹⁸.

Toplu pazarlık düzeyi ile ilgili kısıtlamanın, 98 nolu ILO Sözleşmesi ile öngörülen tarafların özgür iradesine dayalı toplu pazarlık ilkesinin yanı sıra 87 nolu ILO Sözleşmesi ile öngörülen örgütlenme hakkının kısıtlanmamasına yönelik düzenlemeye de aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda ülkemizde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artırılması için öncelikle toplu pazarlık düzeyinin çoklu şekilde düzenlenmesi, işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasına imkân tanınması gereği ifade edilmektedir.⁹⁹

C. Teşmil

Teşmil, toplu iş sözleşmesi kapsayıcılığının artırılması hususunda önemli bir düzenlemedir.¹⁰⁰ Bu şekilde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısı artmaktadır.¹⁰¹ Toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısı, sendikalı işçi sayısını

⁹⁸ Uçkan Hekimler, "Türkiye'de Kamu Sektöründe Yeni Bir Endüstri İlişkileri Sistemine Geçişin Habercisi: Kamu Kesimi Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolleri," 914.

⁹⁹ Baycık, Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri, 89. Ayrıca Gaye Baycık, Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler (Ankara: ILO, 2019), 27.

¹⁰⁰ Teşmil ve erga omnes kuralı hakkında bkz. Gaye Baycık, Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri (Ankara: Yetkin, 2022); Gaye Baycık, Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Teşmil Uygulaması ve Türkiye İçin Öneriler (Ankara: ILO, 2019).

¹⁰¹ Ancak teşmil uygulamasının, isabetli bir biçimde işletilmediğinde sakıncalar getirdiği hakkında bkz. Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 357.

aşmaktadır. Nitekim OECD ve AB ülkelerinin çoğunda bu durum görülmektedir. Teşmil ile işçilerin örgütlü ya da örgütsüz olmasına bakılmaksızın çalışma koşullarında uyum sağlanması, işverenler arasında haksız rekabetin önlenmesi ile sosyal alanda gerçekleşen gelişmelerin ülke genelinde uygulanması gerçekleştirilmiş olur.¹⁰²

Teşmil düzenlemesi kapsamında erga omnes kuralından da bahsedilmelidir. Bu kural, sözleşmelerin sadece taraf sendika üyesi işçiler için değil, tüm işçiler için genişletilmesini ifade eder.¹⁰³ Teşmil ile erga omnes kuralı birbiri ile karıştırılmamalıdır. Bu kuralın uygulandığı ülkelerde, toplu iş sözleşmesi, toplu sözleşmeyi imzalayan işveren veya işveren sendikasına üye olunup olunmaması önem taşımaksızın tüm işçilere uygulanır.¹⁰⁴

Teşmile ilişkin düzenlemeler, ülkeler arasında önemli ölçüde farklılık arz etmektedir. Teşmil, herhangi bir toplu iş sözleşmesinin erga omnes ilan edilmesinin yanı sıra yasal bir düzenlemenin gereği olarak kendiliğinden de gerçekleşebilir. Diğer teşmil uygulamaları, toplu iş sözleşmesinin teşmilini, yalnızca belirli hallerle sınırladıkları, gerçekçi olmayan düzeylerde temsil eşikleri öngörebilecekleri için kısıtlayıcı olarak

¹⁰² A. Murat Demircioğlu, "Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulaması," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 15 (2009), 120-121; Aktay ve Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, 227.

¹⁰³ OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*, 265.

¹⁰⁴ Baycık, *Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri*, 9.

tanımlanabilir. Bu hallerin dışında toplu pazarlığı teşvik etmenin bir yolu olarak destekleyici teşmil rejimi de öngörülebilir.¹⁰⁵

Birçok ülkede sınırlı sayıda işveren ve sendika tarafından müzakere edilmek sureti ile belirlenen ücretlere ilişkin düzenlemeler ve çalışma koşulları, devlet tarafından bir işkolundaki tüm çalışanlara ve işverenlere teşmil edilmektedir.¹⁰⁶ Toplu iş sözleşmesi kapsama oranları, Belçika'da¹⁰⁷ %96, Fransa'da %98, İspanya'da %70, Lüksemburg %50 (Veri özel sektörü göstermekte olup, kamu sektöründe ise %100'dür), Hollanda'da %81 ve Finlandiya'da %91'dir.¹⁰⁸ Bu ülkelerde yasal bir düzenlemenin gereği olarak kendiliğinden ya da sıkça kullanılan teşmil uygulaması vardır. Bu ülkeler arasında en düşük toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, %50 ile

¹⁰⁵ Susan Hayter and Jelle Visser, "The Application and Extension of Collective Agreements: Enhancing The Inclusiveness Of Labour Protection" in *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ed. Susan Hayter and Jelle Visser (Geneva: ILO, 2008), 6.

¹⁰⁶ Oesingmann, "Collective Agreements," 60.

¹⁰⁷ Örneğin Belçika'da 5 Aralık 1968 tarihli Kanunun (Official Gazette, 15 January 1969) 19. maddesi gereğince işçinin sendikalı olup olmaması önem arz etmez. Şirket düzeyinde yapılan anlaşma, kural olarak çalışan herkes için geçerli olmaktadır. Konu hakkında bkz. Chris Engels and Lisa Salas, "Collective Bargaining In Belgium" in *Collective Bargaining in Europe*, ed. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005), 52.

¹⁰⁸ Hollanda, Finlandiya, İsviçre, Norveç için bkz. Jelle Visser, "Extension Policies Compared: How the Extension of Collective Agreements Works in the Netherlands, Switzerland, Finland and Norway" in *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ed. Susan Hayter and Jelle Visser (Geneva: ILO, 2018), 33-64. Norveç ve Finlandiya için ayrıca bkz. Niklas Bruun, "Extension of Collective Agreements: The Nordic situation" in *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ed. Susan Hayter and Jelle Visser (Geneva: ILO, 2018), 119-178.

Lüksemburg'dadır.¹⁰⁹ Fransa'da sendikal yoğunluk oldukça düşük (%8) olmasına karşın, teşmil etkin şekilde kullanılmaktadır. Belçika'da sendikal yoğunluk %50 olup, bu rakam sırası ile Hollanda'da %20, İspanya'da %19, Lüksemburg'da ise %41'dir. Finlandiya'da ise sendikal yoğunluk da (%74) yüksektir.¹¹⁰ Ancak Batı Avrupa'da toplu iş sözleşmesi kapsama oranı ile sendikal yoğunluk arasındaki uyumsuzluğun uzun vadede sürdürülebilir bir durum olmadığı da ifade edilmektedir.¹¹¹

Teşmilin öngörüldüğü, ancak az ya da nadiren kullanıldığı ülkelerde ise sendikal yoğunluk ve toplu iş sözleşmesi kapsama oranları sırası ile Avusturya (%28-95), Bulgaristan (%20-30), Çek Cumhuriyeti (%17-38), Estonya (%10-33), Almanya (%18-57), Macaristan (%12-33), İrlanda (%31-44), Letonya (%13-34), Litvanya (%10-15), Norveç (%52-70), Polonya (%15-30), Portekiz¹¹² (%19-92) (2021 yılı öncesinde teşmil, etkin şekilde kullanılmakta idi.¹¹³), Romanya (%33-36), Slovakya (%17-35), Slovenya (%27-90) olarak sayılabilir.¹¹⁴

Almanya'da, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı giderek düşmektedir.¹¹⁵ Bu ülkede teşmile ilişkin bir düzenleme olmasına karşın, 2000'li yıllardan itibaren teşmil edilen toplu iş

¹⁰⁹ Oesingmann, "Collective Agreements," 60-62, tablo 1-2.

¹¹⁰ Oesingmann, "Collective Agreements," 62, tablo 2.

¹¹¹ Bruun, "The Autonomy of Collective Agreement," 28.

¹¹² Portekiz'de teşmil uygulaması hakkında bkz. Reinhard Naumann, "Reregulating the Extension of Collective Agreements in Portugal: A case study" in *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ed. Susan Hayter and Jelle Visser (Geneva: ILO, 2018), 93-118.

¹¹³ Oesingmann, "Collective Agreements," 61.

¹¹⁴ Oesingmann, "Collective Agreements," 62, tablo 2.

¹¹⁵ Uwe Jirjahn, *Research On Trade Unions And Collective Bargaining In Germany: The Contribution of Labor Economics* (Trier: Universität Trier, 2015), 4.

sözleşmesi sayısı, büyük bir düşüş göstermiştir. Norveç'te toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, tüm işçilerin yaklaşık üçte ikisi oranında olup, meslek, işkolu ve sektör bazında farklılıklar göstermektedir. Kamu çalışanlarının tamamı, toplu iş sözleşmesi kapsamında yer almakta iken, özel sektörde bu oran, yaklaşık %50'dir. Bunun gibi küçük şirketler ile karşılaştırıldığında büyük şirketlerde kapsama oranı daha yüksek olup, parkende, otel, restaurant ve benzeri hizmet sektöründe ise daha düşüktür.¹¹⁶

Teşmile ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı ülkeler; İtalya, Danimarka, Kıbrıs Rum Kesimi, Yunanistan (Yunanistan'da 2011 yılından önce etkin şekilde kullanılmakta idi.¹¹⁷), Malta, İsveç ve İngiltere'dir. İsveç'te sendikal yoğunluk %70, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %88 olup, bu rakamlar, Danimarka'da sırası ile %67 ve %80'dir. Bu ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı yüksek olmakla birlikte, sendikal yoğunluk ile toplu iş sözleşmesi kapsama oranı doğru orantılıdır. Danimarka'da 2000 yılında toplu iş sözleşmesi kapsama oranı %85, sendikal yoğunluk %81 olup, 2012 yılında ise bu oranlar sırası ile %84 ve %77 olarak gerçekleşmiştir.¹¹⁸ 2018 yılı itibarı ile ise bu oran %82'dir. Sendikal yoğunluk ise %67 oranındadır.¹¹⁹ ¹²⁰ Sendikal yoğunluk ve toplu iş sözleşmesi

¹¹⁶ Kristine Nergaard, *Trade Unions in Norway Coordinated Wage Bargaining and Workplace Level Co-determination* (Berlin: Friedrich Ebert Stiftung, 2014), 8.

¹¹⁷ Oesingmann, "Collective Agreements," 61.

¹¹⁸ Jens Lind, "Collective Bargaining In Europe: Towards An Endgame," in *Denmark: The Sacred Cow Of Collective Bargaining Is Still Alive*, ed. Torsten Müller, Kurt Vandaele and Jeremy Waddington (Brussels: ETUI, 2019), 151.

¹¹⁹ Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>.

¹²⁰ Oesingmann, "Collective Agreements," 61.

kapsama oranı sırası ile Kıbrıs Rum Kesiminde %55-52, Yunanistan'da %25-65 ve Malta'da ise %51-61 şeklindedir.¹²¹

İtalya'da sendikal yoğunluk %35, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı ise %80'dir. Bu ülkede teşmîle ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, ancak aynı sonucu doğuran benzer düzenlemeler öngörülmektedir.¹²² Avusturya için de aynı durum söz konusudur. Avusturya, İtalya ve Fransa gibi Avrupa ülkelerinin düşük sendikal yoğunluğa karşın, toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksek olmasının nedeni, toplu iş sözleşmelerinin yaygınlaştırılmasına yönelik kurumsal mekanizmaların varlığıdır.¹²³

Teşmilin, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı üzerindeki doğrudan etkisini belirlemek oldukça zordur. Yalnızca teşmil öncesi ve sonrasında kapsama oranı hakkında paylaşılan verilerden hareketle bazı ülkeler, bu kapsamda yaklaşık olarak değerlendirilebilir. Toplu iş sözleşmesi oranına en büyük katkı, yarı otomatik teşmil rejiminin öngörüldüğü Fransa'da %30, Finlandiya'da ise %16 olarak görülmüştür. Destekleyici teşmil rejiminin öngörüldüğü ülkeler olan Belçika'da %20, İsviçre'de %13, Hollanda'da %9, Slovakiya'da %6 ve Almanya'da %1 olarak bu etki gerçekleşmiştir. Teşmîle yönelik kısıtlayıcı

¹²¹ Oesingmann, "Collective Agreements," 62.

¹²² Ülke bazında teşmîle dair düzenlemeler hakkında bkz. Oesingmann, "Collective Agreements," 60. Ayrıca kapsama oranları, teşmil ve sendikalaşma arasındaki ilişki için tablo, a.g.e. 62. OECD istatistiklerine göre ise bu oran %100 olarak gerçekleşmiştir. Ayrıca konu hakkında bkz. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023, <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>.

¹²³ Espen Løken, Torgeir Aarvaag Stokke and Kristine Nergaard, *Labour Relations in Norway* (Norway: Fafo, 2013), 36.

düzenlemelerin olduğu Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya ve Macaristan'da ise bu etki %1 ila 3 arasında olmuştur.¹²⁴

Türkiye'de zorunlu bir teşmil düzenlemesi öngörülmediği gibi aynı sonucu doğuran yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır.¹²⁵ Teşmil, 6356 sayılı Kanununun 40. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı, teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının, ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilir. Yüksek Hakem Kurulu, bu konudaki görüşünü on beş iş günü içinde bildirir. Teşmil kararında, teşmilin gerekçesi açıklanır. Teşmil kararı, yürürlüğe gireceği tarih de belirtilmek suretiyle Resmî Gazete'de yayımlanır, ancak yürürlük tarihi, Resmî Gazete'de yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez. Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile teşmil kararı da ortadan kalkar. Cumhurbaşkanı, teşmil kararını, gerekçesini de açıklayarak gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırabilir. Ancak toplu iş sözleşmesinin, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurma hakkındaki hükümleri teşmil edilemez.

Yetki için başvurulduktan sonra bu işlem tamamlanuncaya kadar veya yetki belgesi alındıktan sonra yetki devam ettiği sürece, kapsama giren işyerleri için teşmil kararı alınmaz.

¹²⁴ Hayter, Visser and Gammarano, *Trends In Collective Bargaining*, 8. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid. 23, tablo 1.1.

¹²⁵ OECD and AIAS, "Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts" (Paris: OECD, 2021), 2.

Ancak toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için başvurulabilir ve yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte teşmil uygulaması kendiliğinden sona erer.

6356 sayılı Kanunda teşmil, 2822 sayılı Kanundan daha farklı düzenlenmiştir. 2822 sayılı Kanunda yer alan düzenlemede Bakanlar Kurulu'nun, bağlı bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip bulunan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini teşmil edebileceği hükmü yer alırken, 6356 sayılı Kanunda, toplu iş sözleşmesinin tarafı olacak işçi sendikasının işkolu barajını aşmış olma koşulu kaldırılmış, sadece kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendika olma koşulu aranmıştır.¹²⁶ Teşmil için aranan koşulların hafifletilmesi, toplu iş sözleşmesinin kapsama oranının artırılması doğrultusunda olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir.

Ülkemizde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artırılması için alınacak önlemler kapsamında teşmilin daha uygulanabilir hale getirilmesi gereği ifade edilmektedir.¹²⁷ Ancak toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artırılmasında, teşmilden daha çok tarafların özgür iradesine dayalı toplu pazarlığın geliştirilmesi, teşmilin, ancak işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsama alınmasına

¹²⁶ Kandemir, "Toplu İş Sözleşmesi," 206.

¹²⁷ Baycık, Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri, 70; Baycık, Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler, 42.

yönelik bir alternatif seçenek, diğer bir deyişle, “sonraki adım” niteliğinde bir yol olduğu da vurgulanmaktadır.¹²⁸

Avrupa ülkelerinde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının, erga omnes kuralı nedeni ile yüksek bir oranda kaldığı söylenebilir.¹²⁹ 2015 yılı OECD verilerine göre, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti¹³⁰, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Lüksemburg, İspanya ve Slovak Cumhuriyeti’nde erga omnes kuralı uygulanmaktadır¹³¹. Almanya¹³², Portekiz, İsveç ve Türkiye’de toplu iş sözleşmesi, yalnızca sendika üyesi işçilere uygulanmakta, ancak dayanışma aidatı gibi bazı koşullarla işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı bulunmaktadır.¹³³ İzlanda’da ve İspanya’da erga omnes kuralı uygulanmamaktadır, ancak aynı etkiyi doğuran yasal düzenlemeler bulunmaktadır. İtalya’da ise yasal düzenleme bulunmamakla birlikte de facto olarak bu kural uygulanmaktadır.¹³⁴

¹²⁸ Baycık, *Avrupa Birliği*, 113; Baycık, *Sosyal Diyalog*, 44. İşveren örgütlenme yoğunluğu artmadan, çok düzeyli pazarlık yapısına geçilmesi ya da genişletme mekanizmaları yolu ile toplu pazarlık kapsamının artırılmasının güç olduğu, bu doğrultuda öncelikle teşmil uygulamasının sık kullanımı ile işveren örgütlenme yoğunluğunun artması, daha sonra işkolu düzeyinde toplu pazarlıklara geçilmesi de önerilmektedir. Konu hakkında bkz. Ayhan Görmüş, “Toplu Pazarlık Kapsamını Etkileyen Faktörler: Karşılaştırmalı Endüstri İlişkileri Temelinde Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Modernizasyonu,” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no. 78 (2020), 105.

¹²⁹ Bruun, “The Autonomy of Collective Agreement,” 27.

¹³⁰ Bu ülkede de facto olarak uygulanmakta ancak yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında bkz. OECD, *Use of Erga Omnes Clauses* (Paris: ILO, 2017), 2.

¹³¹ OECD, *Erga Omnes*, 3.

¹³² Almanya hakkında bkz. Thorsten Schulten, “The Role of Extension in German Collective Bargaining” in *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ed. Susan Hayter and Jelle Visser (Geneva: ILO, 2018), 65-92.

¹³³ Baycık, *Avrupa Birliği*, 10; OECD, *OECD Employment Outlook*, 140-141.

¹³⁴ OECD, *Erga Omnes*, 2-3.

SONUÇ

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, çalışma koşulları, bir ya da birden fazla toplu iş sözleşmesi, ülkemizde ise bir toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen işçilerin, diğer işçilere olan oranını ortaya koyar.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2023 Ocak Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ"e göre ülkemizde işçilerin, ancak %14,42'si sendikalıdır. Sendikalı işçi sayısında, yakın zamanda bir artış görülmektedir. Ancak bu durumun ortaya çıkmasında, kamu kurumlarında alt işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin, sürekli işçi kadrolarına geçirilmelerine yönelik 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname etkili olmuştur. Ülkemizde sendikal yoğunluk düşük olup, toplu iş sözleşmesi kapsama oranının güçlü sendikacılık hareketleri ile artırılması çok mümkün görülmemektedir.

2020 Ocak ayı rakamları esas alınmak sureti ile yapılan çalışmalar, ülkemizde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının, yalnızca %7,8 olduğunu ortaya koymaktadır. Kayıtlı işçiler, esas alındığında bu oran, %8,9 olarak gerçekleşmektedir. Özel sektörde ise bu oran çok daha düşük olup, %5,8'dir. Ülkemizde sendikalı işçilerin bile yaklaşık üçte ikisi, bir toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadır. Bu durum üzerinde durulması, tartışılması ve çözüme kavuşturulması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksekliği, bir ülkede kanun koyucunun tercihlerine bağlı olarak değişebilir. Nitekim Kuzey Avrupa ülkelerinde, örneğin Danimarka, İsveç gibi ülkelerde güçlü sendikacılık hareketleri ile toplu iş sözleşmesi kapsamı oranının artırılması amaçlanmakta iken, Fransa'da ise toplu iş sözleşmesinin teşmiline yönelik düzenlemeler ile bu durum sağlanmaya çalışılmaktadır. Sendikal yoğunluğun

yüksek olduğu ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı ile sendikal yoğunluk doğru orantılıdır.

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranının yüksek olmasında, toplu iş sözleşmesinin gerçekleştiği düzey, en önemli husustur. Toplu iş sözleşmesi düzeyinin işyeri düzeyi olması, toplu iş sözleşmesi kapsama oranını olumsuz etkilemektedir. Tek işverenle yapılan toplu pazarlık, bu oranın artmasına katkıda bulunmamaktadır. İşyeri düzeyinde tek işverenle yapılan toplu iş sözleşmelerinin kapsama oranı düşük olmaktadır. Grup toplu iş sözleşmesi de tarafların anlaşmasına bağlı olduğundan, bu durumu değiştirmemektedir.

İşkolu düzeyinde toplu pazarlığın yapıldığı ülkelerde, toplu iş sözleşmesi kapsama oranı yüksektir. Bu doğrultuda ülkemizde işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasının yolu açılmalı, çok işverenle toplu pazarlık da bu kapsamda öngörülmelidir. Zira çok işverenle toplu pazarlığın yapıldığı ülkelerde toplu iş sözleşmesi kapsama oranı, daha yüksek ve istikrarlıdır. 6356 sayılı Kanunda çerçeve sözleşmenin öngörülmüş olması, toplu iş sözleşmesi düzeyinin işyeri toplu iş sözleşmesi olması durumunu değiştirmemiştir. Doktrinde çerçeve sözleşme, esasen genel olarak bir toplu iş sözleşmesi olarak da kabul edilmemektedir. Toplu iş sözleşmesi niteliğini taşıyamaması, normatif olmayan yapısı ve kapsamının sınırlı olmasından dolayı tercih edilmemekte, çok düzeyli pazarlığa yol açacak bir etkisi de uygulamada görülmemektedir.

Toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artırılmasında teşmile ilişkin düzenlemeler, bir diğer önemli etkidir. Erga omnes kuralından da bu kapsamda bahsedilebilir. Zira bu kural, bağitlanmış olan bir toplu iş sözleşmesinin, o toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayanlara uygulanması sonucunu doğurduğundan, toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artmasında önemli bir rol oynar. Ancak bu doğrultuda bir düzenleme, toplu iş hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır.

Bununla birlikte teşmile ilişkin düzenlemeler, tek başına toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artması için yeterli değildir. Bu hususta, kanun koyucunun tercihleri de önemlidir. Nitekim 6356 sayılı Kanununun 40. maddesinde teşmile ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte bu düzenlemeler, ülkemizde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artmasına olumlu bir etkide bulunmamaktadır. Teşmilin kendiliğinden ya da bir idari veya yargı organının kararına bağlı tutulması ile de facto olarak uygulanması gibi hususlar, ayrıca o ülkenin sosyal ve siyasi yapısı ile çalışma hayatına ilişkin yasal düzenlemeleri, bu uygulamanın kapsama oranına etkisini belirlemektedir.

Toplu iş hukukunda en önemli göstergenin, o ülkede toplu iş sözleşmesi özerkliğinin varlığı koşulu ile toplu iş sözleşmesi kapsama oranı olduğu kanaatindeyiz. Ülkemizde toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artırılması, diğer bir deyişle toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin sayısının artırılması hayati önemi haizdir. Böylelikle bireysel iş sözleşmeleri ile çalışma koşulları düzenlenen işçilere önemli haklar sağlanacaktır. Düşük sendikal yoğunluğun, kısa vadede yükselmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi düzeyinin tek düzeyli olmaktan çıkarılması, öncelikle gerçekleştirilmesi gereken bir hedef olmalıdır.

Son olarak ifade etmek isteriz ki, nihayetinde toplu iş hukukunda yapılan düzenlemeler, işçilerin haklarının farkında olmalarına ve bu hakları özgür bir biçimde kullanabilmelerine bağlıdır. Uluslararası hukuk normları esas alınmak sureti ile toplu iş hukukunda gerçekleştirilecek yasal değişikliklerin, toplu iş sözleşmesi kapsama oranının artmasına katkıda bulunacağı da göz ardı edilmemelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Aktay, Ahmet Nizamettin ve Olgu Özdemir Ertürk. *Toplu İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Seçkin, 2022.
- Alpagut Gülsevil. "6356 Sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi - Uluslararası Normlara Uyum." *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 35 (2012): 25-55.
- Aydın, Ufuk ve Özlem Keskin. "2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye'de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2015): 1-41.
- Baycık, Gaye. *Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ile Ülkemizdeki Teşmil Sistemine Yönelik Uygulama ve Mevzuat Değişikliği Önerileri*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Baycık, Gaye. *Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler*. Ankara: ILO, 2019.
- Baycık, Gaye. *Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Teşmil Uygulaması ve Türkiye için Öneriler*. Ankara: ILO, 2019.
- Bruun, Niklas. *The Autonomy of Collective Agreement*. Report to the VII European Regional Congress of the International Society for Labour Law and Social Security (2002).
- Bruun, Niklas. "Extension of Collective Agreements: The Nordic situation Agreements: Extending Labour Protection." In *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, edited by Hayter, Susan, Jelle Visser. 119-178. Geneva: ILO, 2018.
- Canbolat, Talat. "6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği." *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a*

- Armağan,* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, no. 1 (2014): 523-541.
- Çelik, Aziz. "Sendikalaşma İç Açıcı Değil." *Birgün Gazetesi*. Ocak 31, 2022. <https://www.birgun.net/haber/sendikalasma-ic-acici-degil-375323>.
- Çelik, Aziz ve Kuvvet Lordoğlu. "Türkiye'de Resmi Sendikalaşma İstatistiklerinin Sorunları." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 9 (2006): 11-30.
- Demir, Mehtap. Çok Düzeyli Toplu Pazarlık ve Türkiye'de Uygulanabilirliği. İstanbul: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayını, 2018.
- Demircioğlu, A. Murat. "Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulaması". *Sicil İş Hukuk Dergisi*, no. 15 (2009): 120-121.
- Dereli, Toker. "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 36 (2013): 41-64.
- Doellgast, Virginia and Chiara Benassi. "Collective Bargaining." In *The Handbook of Research on Employee Voice*, edited by Wilkinson, Adrian, Jimmy Donaghey, Tony Dundon and Richard B. Freeman. 227-246. UK: Edward Elgar, 2014.
- Ekmekçi, Ömer. Toplu İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Engels, Chris and Lisa Salas, "Collective Bargaining In Belgium." In *Collective Bargaining in Europe*, edited by Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos Collective Bargaining in Europe, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 51-76. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones 2005.
- Eyrenci, Öner. "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. özel sayı (2013): 119-146.

- Gernigon, Bernard, Alberto Otero and Horacio Guido. "ILO Principles Concerning Collective Bargaining." *International Labour Review* 13, no. 1 (2000): 33-55.
- Görmüş, Ayhan. "Toplu Pazarlık Kapsamını Etkileyen Faktörler: Karşılaştırmalı Endüstri İlişkileri Temelinde Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Modernizasyonu." *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no. 78 (2020): 63-109.
- Güzel, Ali. "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştireysel bir Yaklaşım." *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2, no. özel sayı (2016): 887-945.
- Hayter, Susan and Jelle Visser. "The Application and Extension of Collective Agreements: Enhancing The Inclusiveness Of Labour Protection." In *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, edited by Hayter, Susan, Jelle Visser. 1-26. Geneva: ILO, 2018:
- Herzer, Dierk. *Unions and Income Inequality: A Heterogeneous Panel Cointegration And Causality Analysis*. Hamburg: Helmut Schmidt Universität, 2014.
- ILO. Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO Fifth (revised) edition. Geneva: ILO, 2016.
- Jirjahn, Uwe. *Research On Trade Unions And Collective Bargaining In Germany: The Contribution of Labor Economics*. Trier: Universität Trier, 2015.
- Kandemir, Murat. "Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 39 (2013): 167-214.
- Kutal, Metin. "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 29 (2013): 135-144.
- Lind, Jens, "Collective Bargaining In Europe: Towards An Endgame." In *Denmark: The Sacred Cow Of Collective Bargaining Is Still Alive*, edited by Torsten Müller, Kurt

- Vandaele and Jeremy Waddington. 151-171. Brussels: ETUI, 2019.
- Løken, Espen, Stokke, Torgeir Aarvaag and Kristine Nergaard. *Labour Relations in Norway*. Norway: Fafo, 2013.
- Malmberg, Jonas. "The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions." *Scandinavian Studies in Law*, January (2002): 189-213.
- Muller, Torsten. "Collective Bargaining Systems In Europe- Some Stylised Facts." Brussels: UNI Europa Regional Conference Paper, 2021.
- Mülayim, Baki Oğuz. "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği." *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 146, (2018): 24-39.
- Mülayim, Baki Oğuz. "Yüksek Hakem Kurulunun Yapısı ve Görevleri ile Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yoluna Başvurulması." İç. *İstanbul Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi:2, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, editörler Abuzer Kendigelen, Saibe Oktay-Özdemir. 537-571. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2020.
- Naumann, Reinhard. "Reregulating The Extension Of Collective Agreements In Portugal: A case study." *In Collective Agreements: Extending Labour Protection*, edited by Hayter, Susan and Jelle Visser. 93-118. Geneva: ILO, 2018.
- Nergaard, Kristine. *Trade Unions in Norway Coordinated Wage Bargaining and Workplace Level Co-determination*. Berlin: Friedrich Ebert Stiftung, 2014.
- Ochel, Wolfgang. "Collective Bargaining Coverage in the OECD from the 1960s to the 1990s." *CESifo DICE Report Journal For Institutional Comparisons* 2, no. 4 (2016): 62-65.
- OECD. *Use of Erga Omnes Clauses*. Paris: ILO, 2017.
- OECD. *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*. Paris: OECD, 2019.
- OECD. *OECD Employment Outlook 2017*. Paris: ILO, 2017.

- OECD. OECD Statics on Collective Bargaining Coverage. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023. <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC>.
- OECD. "OECD Main Indicators And Characteristics Of Collective Bargaining". Erişim Tarihi, Ocak 15, 2023. <<https://www.oecd.org/employment/collective-bargaining-database-turkey.pdf>>
- OECD and AIAS. *Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts*. Paris: OECD, 2021.
- Oesingmann, Katrin. "The Extension of Collective Agreements in Europe." *CESifo DICE Report Journal For Institutional Comparisons* 14, no. 2 (2016): 59-64.
- Pape, Marketa. "Minimum Wage Directive." (2022). Erişim tarihi, Ocak 15, 2023. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2022\)733618](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2022)733618).
- Pirler, Bülent. "Toplu İş İlişkileri Sistemimizde Yeni Döneme Başlarken Geride Bıraktıklarımız." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. özel sayı (2013): 883-912.
- Schnabel, Claus. *Union Membership and Collective Bargaining: Trends and Determinant*. Bonn: Institute of Labor Economics, 2020.
- Schulten, Thorsten. "The Role of Extension in German Collective Bargaining." In *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, edited by Hayter, Susan and Jelle Visser. 65-92. Geneva: ILO, 2018.
- Seçer, Barış. "Endüstriyel Demokrasi: İşçilerin Yönetime Katılmasından İşçi Katılımına." *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım (2009): 19-35.
- Subaşı, İbrahim. "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi." *Prof. Dr. Ali Rıza*

- Okur'a Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, no. 1 (2014): 596-653.
- Subaşı, İbrahim. "Toplu İş Sözleşmesi'nin Taraflarca Değiştirilmesi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası* 74, no. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı (2016): 993-1024.
- Sur, Melda. "6356 Sayılı Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 39 (2013): 317-356.
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: Turhan, 2017.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Talas, Cahit. "Endüstriyel Demokrasi ve Türkiye'de Uygulanma Olanakları." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 25, no. 2 (1970): 191-234.
- The European Trade Union-ETUI. *Collective Bargaining*. Erişim tarihi, Ocak 15, 2023. <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Collective-Bargaining2>.
- Traxler, Franz and Bernd Brandl. *The Economic Effects of Collective Bargaining Coverage: A Cross-National Analysis*. Geneva: ILO, 2009.
- Traxler, Franz. "Employer Associations, Institutions and Economic Change: A Crossnational Comparison." *Industrielle Beziehungen/The German Journal of Industrial Relations, Collective Actors in Industrial Relations: Which Future?* 11, no. 1/2 (2004): 42-60.
- Tuncay, A. Can ve F. Burcu Savaş-Kutsal. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2019.
- Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu. *Covid-19 Salgını Günlerinde Türkiye'de Sendikalaşmanın Durumu Araştırması*. İstanbul: Disk, 2020.
- Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu. *Türkiye'de Sendikalaşma, Toplu İş Sözleşmesi Kapsamı ve Grevler (2013-2019)*. İstanbul: Disk, 2019.

- Uçkan Hekimler, Banu. "Two Steps Forward, One Step Back, or Vice Versa: The New Legal Framework of Collective Labour Relations In Turkey." *European Review of Labour and Research* 19, no. 4 (2013): 569-579.
- Uçkan Hekimler, Banu. "Türkiye'de Kamu Sektöründe Yeni Bir Endüstri İlişkileri Sistemine Geçişin Habercisi: Kamu Kesimi Toplu İş Sözleşmesi Çerçeve Anlaşma Protokolleri." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 61 (2019): 903-916.
- Ulucan, Devrim. "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yetki Sorunu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no.1 (2014): 581-594.
- Visser, Jelle, Susan Hayter and Rosina Gammarano. *Trends In Collective Bargaining Coverage: Stability, Erosion Or Decline?*. Geneva: ILO, 2017.
- Visser, Jelle. "Union Membership Statistics In 24 Countries." *Monthly Labor Review*, January (2006): 38-49.
- Visser, Jelle. "What Happened To Collective Bargaining During The Great Recession?." *IZA Journal of Labor Policy*, no. 59 (2016): 1-35.
- Visser, Jelle. "Can Unions Revitalize Themselves?." *International Journal of Labour Research* 9, no. 1-2 (2019): 17-48.
- Visser, Jelle. "Extension Policies Compared: How the Extension of Collective Agreements Works in the Netherlands, Switzerland, Finland and Norway." In *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, edited by Hayter, Susan and Jelle Visser. 33-64. Geneva: ILO, 2018.
- Yorğun, Sayım. "Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü'nün Hukuki Boyutu." *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 76 (2023): 97-120.

HUKUKU GÖRSELLEŞTİRMEK: HUKUK TASARIMI

Visualizing the Law: Legal Design

Emin GİTMEZ*

Öz

Hukuk tasarımı, hukuk uygulamalarının ve hukuki metinlerin görselleştirilerek hukukla etkileşime geçen herkes için onların ihtiyaçları doğrultusunda kolay anlaşılmasını sağlamaktır. Hukukun herkes tarafından anlaşılabilmesini sağlamak hukuk disiplininin meslek mensupları açısından seçkinci yapısına zarar vermez mi? Ya da hukuk metnlerinin herkes tarafından anlaşılması gerekli midir? Kuşkusuz bu konular hakkında farklı değerlendirmeler yapılabilir fakat bir gerçektir ki hukuk hizmetlerinin sunumunda hizmet kullanıcısı, sunulan bilgi yönüyle avukatlar ve diğer meslek mensuplarınca yeterince tatmin edilmemekte ve sonuç olarak memnuniyet düzeyi düşük kalmaktadır. Bununla birlikte, özellikle teknolojik

* Dr. Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, emin.gitmez@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6678-2506

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.05.2023.

Atıf/Citation: Gitmez, Emin. "Hukuku Görselleştirmek: Hukuk Tasarımı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 154-190.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



devrimle hayatımıza giren yeni uygulamalar ve kavramların ortaya çıkardığı karmaşık sorunlar, artık tek bir disiplin tarafından çözülebilecek nitelikte değildir. Bu durumda, sorunu çözmek adına birden fazla disiplinin bir arada veya iç içe olduğu mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuk tasarımı bu yönüyle her olgu veya olayın özelinde farklılaşmakla birlikte hukukun yanında tasarım, psikoloji, sosyoloji, sosyal çalışmalar ve proje yönetimi gibi disiplinlerin de olduğu bir yapı sergilemektedir. Hukuk alanında kabul edilen yeni bir yaklaşım olarak hukuk tasarımı ile kullanıcı merkezli yenilik, adalete erişimin yaygın olarak sağlanması, hukuk eğitiminde niteliğin artırılması ve kullanıcıların tatmin edici bilgiyle memnuniyetinin artırılması mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Teknolojisi, Görsel Hukuk, Hukuk, Tasarım, Hukuk Tasarımı

Abstract

Legal design is to ensure that legal practices and legal texts are visualized and easy to understand in line with their needs for everyone who interacts with the law. Doesn't ensuring that the law can be understood by everyone harms the elitist nature of the legal discipline for the members of the profession? Or is it necessary for legal texts to be understood by everyone? Complex problems created by new applications and concepts that came into our lives, especially with the technological revolution, can no longer be solved by a single discipline. In this case, there is a need for mechanisms in which more than one discipline is combined or intertwined in order to solve the problem. With this aspect, legal design differs according to each case or event, and it exhibits a structure that includes disciplines such as design, psychology, sociology, social studies and project management as well as law. With legal design as a new approach accepted in the field of law, it will be possible to provide user-centered innovation, to ensure widespread access to justice, to increase the

quality of legal education and to increase the satisfaction of users with satisfactory information.

Keywords: Legal Technology, Visual Law, Law, Design, Legal Design

GİRİŞ

Hukuk tasarımı bir disiplin olarak yeni kabul edilebilir. Fakat, hukuk teoriğinde eğitim amaçlı kullanılan ve uyarı mahiyetinde bazı mevzuat hükümlerinin açıklanmasında başvurulan eski bir yöntemdir. Örneğin, medeni hukukta haklar konusu incelendiğinde konuyu basitleştirerek anlatmak ve katılımcıların da daha kolay anlamasını mümkün kılmak adına hakları kategorilendirme için ağaç diyagramı çizeriz. Bununla birlikte, kapalı alanlarda sigara kullanımının yasak olduğunu gösteren uyarı levhası herkesçe bilinmektedir. Oysa bu uyarı levhası 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'da yer alan bir hükmün açıklanmasına karşılık gelir ve söz konusu madde hükmü görselleştirilerek kişilerin dikkatinin çekilmesi amaçlanmıştır. Bu uyarı levhasının karşılığı olan madde hükmü kanun metninde yer aldığı şekilde de yazılabilirdi. Fakat hükmün tamamının yazılması yerine daha basit ve dikkat çekici bir tasarım kullanılmıştır. Bu, aslında tipik bir hukuk tasarımı çalışmasıdır. Bu anlamda her ne kadar bir disiplin olarak hukuk tasarımı yeni kabul görse de, hukukun görselleştirilmesi eskiye dayanan bir geçmişe sahiptir.¹

Teknolojik gelişmeyle birlikte sosyal, tıp, mühendislik, mimarlık, planlama, tasarım, ziraat vb. temel konu alanlarının

¹ **Marietjie Botes and Arianna Rossi**, "Back to the Future with Icons and Images: Using 'Low-Tech' to Communicate and Protect Privacy and Data," *Legal Design Perspectives: Theoretical and Practical Insights from the Field*, ed. **Rossana Ducato and Alain Strowel** (Ledi Publishing, 2021), 209-226.

sınırları belirsizleşmiş birbirinin içine geçmiş alanlar ortaya çıkmıştır. Bu disiplinler bazen bir araya gelerek bazen de birbirini etkileyerek yeni interdisipliner ve multidisipliner alanları oluşturmuştur. Araştırmalar gerçek anlamda tasarım merkezli organizasyonların da karlılık ve piyasa değeri açısından somut faydalar ortaya koyduğunu göstermektedir. Örneğin, McKinsey Quarterly Ekim 2018 tarihli bir araştırmasında beş yıllık bir süre boyunca birden fazla ülke ve sektörde halka açık 300 şirketin tasarım uygulamalarını izleyerek tasarımın işe sağladığı değeri ortaya koymuştur. Bu amaçla oluşturdukları McKinsey Tasarım Endeksi şirketlerin tasarım uzmanlıklarına ve bunun şirketin finansal performansıyla nasıl ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Yapılan araştırma sonucunda en iyi tasarımın sanatçıların gelirlerini artırdığı ve hissedarların sektördeki meslektaşlarının neredeyse iki katı oranında getiri sağladığını ortaya koymuştur.²

Nitekim, günümüz akademik dünyasında birden fazla disiplini bir araya getiren çalışmalar daha değerli görülmektedir. Bu bağlamda hukuk tasarımı hukuk ile birlikte tasarım, yazılım, sosyal inceleme gibi alanları da içeren yeni bir disiplin olarak kabul edilebilir. Peki, böyle bir hukuk disiplinin varlığı gerekli midir? Ya da hukuk tasarımı yoluyla hukukun herkes tarafından anlaşılmasını mümkün kılmaya çalışmak hukukun seçkin yapıyla uyuyor mu? Kuşkusuz teknolojik ilerleme etkilerini hukuk üzerinde de göstermekte yeni uygulamaları beraberinde getirmektedir. Örneğin 20 yıl öncesine kadar sadece ticaret kavramından bahsederken bugün elektronik ticaret kavramı hayatımıza girmiştir. Yeni uygulamalar, kavramlar ve mevzuat karmaşık süreçler meydana getirmektedir. Sürecin kolay

² “The business value of design,” McKinsey&Company, erişim tarihi Temmuz 20, 2022,

<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-design/our-insights/the-business-value-of-design>.

anlaşılması adına hukuk tasarımının gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada, hukuk tasarımının adalete erişim, hukuk eğitimi ve hukuk metodolojisi gibi konularda hukuk felsefesi ile ilişkisine değinilmemiştir. Hukuk alanına yeni bir yaklaşım getiren hukuk tasarımının tanımı, ilkeleri, amaçları, aşamaları, gerekliliği ve kullanım alanları; hukuk pratiği yönüyle ele alınmıştır.

I. HUKUK TASARIMI

Tasarım, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun³ (SMK) 55. maddesinde; "ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü" şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda, hukuk tasarımında özellikle birincil ve ikincil hukuk kaynakları bir ürün olarak değerlendirilmekte bu ürünün kullanıcılarının ürünlerden maksimum fayda sağlaması için (düzenlemelerde yer alan hükümlerin herkes tarafından anlaşılabilmesini sağlamak) çizgi, şekil, biçim ve ses gibi araçlar kullanılmaktadır. Tasarım; tıp, turizm, sigorta ve finans gibi birçok sektörde baskın bir inovasyon yöntemi olmuştur. Yaratıcılık, işlevsellik ve yeniliği birleştiren çok yönlü bir disiplin olan tasarım, problem çözme için yinelemeli, eylem odaklı ve deneysel bir yaklaşım benimseyerek kullanıcı deneyimine odaklanır. Tasarım, daha etkin politikalar, stratejiler ve organizasyonlar oluşturmanın yanı sıra daha işlevsel ürünler yaratmak, iletişim kurmak ve hizmetleri tatmin etmek için sezgisel, pratik, kullanışlı yollar bulmayı amaçlayan kullanılabilirlik ve işbirliğine dayalı bir alandır. İşlev ve biçim dışında tasarımın bir beceri seti, zihniyet ve süreç gibi yönleri de vardır. Buna göre tasarım, ürün, hizmet, görseller, organizasyon ve sistem ile ilgili farklı uzmanlıklara

³ RG. 10.01.2017, S. 29944.

bağlı olarak çeşitli beceriler gerektirir. Ana yanılığıya rağmen, tasarım, yzeyssel görünüm ve estetikten çok daha fazlasıdır. Bu bağlamda tasarım odaklı düşünme, kendi metodolojileri ile yaratıcılığı, empatiyi, insan merkezliliği ve iş birliğini benimser. Son olarak, tasarım süreci, varsayımlar, statik yollar ve formalist doğrusal düşünme yerine dönüştürücü çözümler için anlayışlı yeni yollar sunar.⁴ Hukuk tasarımı, tasarım hukuku değildir. Her iki disiplinin ortak yönü hukuk ve tasarımın bir arada bulunmasıdır. Fakat tasarım hukukunda, hukuk tasarımının aksine disiplinin aktif süjesi hukuk, pasifi ise tasarımdır. Bir de her iki disiplini birbirine bağlayan zincir olan teknoloji bu disiplin için olmazsa olmazdır.

Hukuk tasarımı bir akademik disiplin midir? Bir disiplin olarak tanınabilmesi için gerekli özellikleri barındırıyor mu? Disiplinler, düzenli davranış uygulamalarını, söylem dizilerini, düşünme yollarını, prosedürleri, duygusal tepkileri ve motivasyonları şekillendiren bilgi kaynakları rezervuarlarıdır.⁵ Yapılan akademik çalışmalar hukuk tasarımının hukukun bir alt disiplini olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁶

⁴ Selen Uncular, "Legal Design: An Emerging Alliance for Creating Socio-Ecological Impact in a Changing World," erişim tarihi Temmuz 30, 2022. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3965797>.

⁵ Tony Becher, *Academic Tribes and Territories: Intellectual enquiry and the culture of disciplines* (Buckingham: Open University Press, 1989), 9.

⁶ Eğer bu bir disiplinse, sınırları olmalıdır. Disiplinlerarası ise, yani akademik disiplin sınırlarını aşan bir faaliyet alanıysa, o zaman bu sınırlar var olmalı ve disiplin uygulamacıların eylemleriyle korunmalıdır. Doğmakta olan bir disiplin için tehlike, sorgulanmayı hak eden konuşulmamış varsayımları ve reddedilmeyi hak eden mevcut eşitsizlikleri bir araya getirebilmesidir. Hukuk tasarımı, işleri farklı şekilde yapmak için büyük ve cesaret verici bir fırsata sahiptir ve kendi retoriği mevcut disiplinlerinkileri bilinçsizce takip etmek yerine, yöntemlerini ve altyapısını bilinçli ve olumlu bir şekilde tasarlamaya yönlendirmelidir. Hukuk Tasarımının dışa dönük doğası, en çekici özelliklerinden biridir. Hukuk Tasarımı için "akademik disiplin"

Hukuk tasarımının hukuk alanına girmesi, yalnızca düşünme biçiminde bir değişiklik değil, aynı zamanda yeni bir davranış biçimi de getirmiştir. Avukatların ve tasarımcıların çalışma biçimleri arasındaki fark, yeni bir işbirliği tarzına ilham vermiştir. Bir avukat, bir tasarımcının bir soruna veya hedefe nasıl yaklaştığına kıyasla tipik olarak daha fazla araçsal rasyonalite kullanır. Hukukçular için bir davadaki hukuki sorunları tespit etmek hukuki analizdeki ilk ve en önemli adım iken, tasarımcılar için keşif ve deneyler tasarım sürecinin temel unsurlarıdır.⁷

Hukuk tasarımında, tasarım hukuk teoriği ve uygulamasında kullanılır. Bu durumda tasarım tüm bileşenleri ve ekosistemiyle hukuku şekillendirir. Bu birleşimde tasarım aktif, hukuk ise pasiftir. Yani ortada kanun, yönetmelik, tebliğ gibi metinsel bir çalışma veya uygulamasında karışıklığa yol veren bir hukuki süreç vardır (dava açmak isteyen bir vatandaşın herhangi bir adliye binasında karşılaştığı karmaşık durum) tasarım bu ve benzeri durumları kendi yaratıcı yöntemleri ile insanlar için daha kolay ve anlaşılır kılmaya çalışır. Dolayısıyla, hukuka ilişkin veriyi sorun olarak düşündüğümüzde çözümü ortaya koyacak olan tasarımın kendisi olacaktır. Tasarım bir disiplin olarak çözümü ortaya

olmanın ne anlama gelebileceğinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesini veya uygulayıcılarının kasıtlı olarak kendi disiplin kültürlerini ve çalışma uygulamalarını nasıl tasarlayabileceklerine dair iç tartışmayı göz ardı etmemesi gerekir. Daha fazlası için bkz. Michael Doherty, "Disciplinary and the modes of legal design," in Lockton, ed. by D., Lenzi, S., Hekkert, P., Oak, A., Sádaba, J., Lloyd, P., (Bilbao, 2022). <https://doi.org/10.21606/drs.2022.537>.

⁷ Gerlinde Berger-Walliser, Thomas. D. Barton, and Helena Haapio, "From visualization to legal design: A collaborative and creative process," *American Business Law Journal* 54, no.2 (Summer 2017): 347-354; Xiaoyu Ji, *Where design and law meet (An empirical study for understanding legal design and its implication for research and practice)*, (Helsinki: Aalto University School of Arts, 2019), 39.

koyarken hukukçu, veri analisti, sosyal çalışmacı, psikolog vb. kişilerin uzmanlıklarından faydalanması gerekecektir.

İngilizce karşılığı “legal design” olan hukuk tasarımının Türkçe’ye nasıl çevrileceği konusunda kafa karışıklığı bulunmaktadır. Kavrama karşılık doktrinde hukuki tasarım⁸, hukukta tasarım⁹ ve hukuk tasarımı¹⁰ kavramları kullanılabilir. Kanaatimce hukuk tasarımı tabiri “legal design” kavramını tam olarak karşılamasa da diğer tanımlamalara göre kullanılması daha uygundur. Çünkü yeni bir disiplin olan “legal technology” kavramı hukuk teknolojisi olarak dilimize çevrilmekte ve doktrinde bu kavram üzerinde bir mutabakatın olduğu söylenebilir. Ayrıca, kavram genellikle hukuk teknolojisi ifadesiyle birlikte kullanılır. Bu açıdan, hukuk tasarımı kavramını kullanmak yerinde olacaktır. Bunun yanında hukuk tasarımı tabirinin dar ve geniş anlamda tanımının yapılması kavramın kapsamını belirlemek ve sınırlarını çizmek adına önemlidir. Elbette çoğu insan dar anlamda hukuk tasarımı renkli sunumlar veya iyi yapılmış kartvizitler ile

⁸ “Hukuki Tasarım Penceresinden Ticaret Hukuku” isimli kitap çalışmasında hukuki tasarım kavramı kullanılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Argun Karamanlioğlu, Hukuki Tasarım Penceresinden Ticaret Hukuku Aristo Yayınları, erişim tarihi Temmuz 30, 2022,

<https://www.aristoyayinevi.com/u/aristoyayinevi/docs/2/0/2022-yili-kaynakca-listesi-1672745296.pdf>.

⁹ Hukukta tasarım terimi şeklinde bir kullanım mevcuttur. “Hukuki tasarım ve hukuk tasarımı ifadeleri yerine, hukukta tasarım teriminin tercih edilmesinin sebebi, bu metod çerçevesinde temel olarak insan odaklı tasarım ilkelerinin hukuk alanında uygulanıyor olmasıdır” Daha fazla bilgi için bkz. Ebru Metin, “Yeni Bir Yaklaşım: Hukukta Tasarım Metodu (Legal Design),” erişim tarihi Temmuz 30, 2022,

<https://www.aycaakkayanyildirim.com/yeni-bir-yaklasim-hukukta-tasarim-metodu-legal-design/>.

¹⁰ Furkan Güven Taştan, “Legal Design: Tasarım, Hukuki Mevzulara Burnunu Sokarsa,” erişim tarihi Temmuz 30, 2022. <https://www.sinerjik.org/2019/09/legal-design-tasarim-hukuki-mevzulara-burnunu-sokarsa/>.

ilişkilendirmektedir. Gerçek şu ki, hukuk tasarımı çok daha küresel ama aynı zamanda herkese yakın bir konudur: yasal görevlerin çözümüne yönelik tüm yaratıcı yaklaşımları kapsar. Hukuk tasarımı sadece yasal belgelerin görünümü ile ilgili değildir¹¹. Bu açıdan geniş anlamda hukuk tasarımı düşündüğümüzde adliye binalarının hukuki işleyişe uygun tasarlanmasından adliyelerdeki iş yoğunluğunun ve süreçlerinin görsel-işitsel anlamda düzenlenmesine kadar geniş bir çerçeveyi tasavvur etmiş oluruz. Bu nedenle kavramın iyi anlaşılması için geniş anlamda bir tanımın yapılması da kanaatimce gereklidir.

Hukuk tasarımı, ileriye dönük hukuki düşüncüyü tasarım düşüncesiyle birleştirmek için kullanılan bir şemsiye terimdir. Sadece hukuki bilgi ve belgeleri değil, aynı zamanda hukuk hizmetlerini, süreçleri ve sistemleri de kapsayan, sözleşmelere, hukuka, disiplinlerarası ve proaktif bir yaklaşım getirir.¹² Hukuk tasarımı, tasarım araçları vasıtasıyla hukuk hizmetlerinin daha kullanışlı, ilgi çekici ve faydalı sunulmasını sağlayan disiplinler arası bir alandır.¹³ Geleneksel anlamda hukukun tasarımla

¹¹ Roman M. Yankovskiy, "Legal Design: New Challenges and New Opportunities," *Zakon*, no. 5, 2019: 1, 76-86.

¹² For Proactive Law and Proactive Contracting, bkz. Helena Haapio, "Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting." *In: Wahlgren P (Ed.), A Proactive Approach. Scandinavian Studies in Law 49.* (Stockholm 2006): 149–160. Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, erişim tarihi Ağustos 10, 2022, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-9.pdf>.

¹³ Margaret Hagan, hukuk tasarımı, hukuk sistemlerini ve hizmetlerini daha insan merkezli, kullanışlı ve tatmin edici hale getirmek için insan merkezli tasarımın hukuk dünyasına uygulanması olarak tanımlamaktadır. Bkz. Margaret Hagan, "Law by Design," erişim tarihi Eylül 10, 2022. <http://www.lawbydesign.co/>. Legal Design Alliance hukuk tasarımı, yasal sorunları önlemek veya çözmek için insan merkezli tasarımı uygulamaya yönelik disiplinlerarası bir yaklaşım olarak tanımlamaktadır. Legal Design Alliance tasarım yoluyla hukuk sistemini daha insan merkezli ve etkili hale getirmeye kendini adanmış avukatlar, tasarımcılar, teknoloji

herhangi bir ortak yönü bulunmamaktadır. Hatta hukuk disiplininde yeniliğin olamayacağını düşünen hukukçular da bulunabilir. Hukuk disiplini sadece avukat ve yargıçların meslek faaliyetlerinden ibaret de değildir. Hukukun kullanıcısı ayrı ayrı olarak toplumdaki tüm bireylerdir. Dolayısıyla, hukuka ilişkin hizmet faaliyetlerinin öncelikli olarak bireylere yansıtılması gerekmektedir. Bireylerin herhangi bir hukuk bilgisine sahip olmadan yürürlükteki hukuk hakkında bilinçlendirilmesi için hukuka ilişkin tüm verilerin kolay anlaşılabilir bir düzeye getirilmesi ve çalışmaların birey odaklı bir zemine oturtulması gerekmektedir. Bu nedenle, hukukçuların çalışma biçiminde ve kamuya hukuk hizmetlerini nasıl sundukları konusunda bir devrime ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁴ Bu ihtiyacın karşılanması da hukuk tasarımı ile mümkün görünmektedir.

A. Hukuk Tasarımının Temel İlkeleri

Hukuk tasarımına ilişkin projelerde sistematik bir bakış açısıyla faaliyetlerin yürütülmesi için bazı ilkelerin temel alınması gerekir. Bu temel ilkelerin herhangi bir projenin her aşamasında dikkate alınması yapılan çalışmanın etkin olmasını sağlar. Hukuk tasarımında ilkelerin sayısının kaç olduğu ve hangi ilkeler olduğu doktrinde farklılık gösterebilmektedir. Fakat, bu ilkeler münhasıran yapılan çalışmalar neticesinde hem 'normal' hem de 'kurumsal' hukuk hizmetlerinin daha iyi çalışmasını sağlayan temel dersler olarak ortaya çıkmıştır. Bu ilkeler hukuk tasarımının tüm çalışmalarında örneğin hukuk temalı bir web sitesinin tasarımı, bir hukuki metnin görsel araçlar ile tasarımı veya bir adliyedeki karmaşık iş ve işlemlerin

uzmanları, akademisyenler ve diğer profesyonellerden oluşan gayri resmi bir ağıdır. Bkz. Legal Design Alliance, "Legal Design Manifesto," erişim tarihi Eylül 10, 2022. <https://www.legaldesignalliance.org/>.

¹⁴ Robert W. Gordon "Lawyers, the Legal Profession & Access to Justice in the United States: A Brief History." *Daedalus* 148, no. 1 (2019): 178. <https://www.jstor.org/stable/48562980>.

sistematik bir yapıya dönüştürülmesi için tasarım araçlarının kullanılması durumu vb. her çalışmada göz önünde bulundurulmalıdır. Çalışmamızda hukuk tasarımının temel ilkeleri dört başlıkta ele alınmıştır.

1. Kullanıcının Temel Alınması İlkesi

Çalışmalarda kullanıcının durumu temel alınmalıdır. Hukuk tasarımı neticesinde ortaya çıkan ürün ve hizmeti kullanacak kitleye ilişkin ihtiyaç analizi yapılması gereklidir. Mevcut duruma ilişkin veri toplanmalıdır. Hukuk tasarımına ilişkin çalışmalar her alana ilişkin yapılmayabilir. Öncelikle tasarımın kullanıcılar açısından gerekli olup olmadığı bu aşamada ortaya konulmalıdır. Yapılan çalışmalarda uygulamanın ihtiyaç duyan herkes tarafından kullanılacağı göz önünde bulundurularak en düşük beceriye sahip kişinin durumu temel alınarak çalışma yapılmalıdır. Tasarımın güçlü, açık, kısa yollar içerir, çözüm odaklı ve kullanıcıya rehberlik edici nitelikte olması gereklidir. Sonuç olarak tasarım yapılırken kullanıcıların ihtiyaçları esas alınmalı, gerekmediği sürece kullanıcıların tercihlerine saygı çerçevesinde aşırı tasarım detaylandırılmasına da gidilmemelidir.¹⁵

2. Çalışmaların Basit ve Rehberlik Edici Nitelikte Olması İlkesi

Kullanıcı, hangi yolu izlemek istediği konusunda hemen yönlendirilmelidir. Bu amaçla, kullanıcıyı yönlendiren nereye gitmek isteyebileceklerini görmelerini sağlayan bir yol haritası sunulmalıdır. Onların potansiyel olarak neye ihtiyaç duyacaklarını önceden tahmin etmek ve onları oraya götürecek bilgi ve araçları almanın yolların ifade edilmesi gerekir. Mümkün olan en temel yollar sunulmalı, bilgiler net bir şekilde

¹⁵ "Design Principles," A Better Legal Internet, erişim tarihi Eylül 1, 2022, <https://betterinternet.law.stanford.edu/design-guide/design-principles/>.

hierarchy sunulmalıdır. Sunulan bilginin açık bir mantıkla sunulduğundan emin olunmalı ve sadece o anda açıklanması gerekli olan her ne ise o açıklanmalıdır. Gereksiz ayrıntılandırmalardan uzak durulmalıdır. Kaynaklar belirli sorulara verilen yanıtlara dayalı olarak kategoriler halinde sunulmalıdır. Örneğin, "Bu ihtiyaç nasıl çözülür? Bu görev nasıl tamamlanır?". Çalışmanın kolay anlaşılması için sınıflandırma ve gruplandırmalara yer verilmelidir. Kullanıcının sorununu nasıl anladığına, sorununu nasıl adlandırdığına, sorununu nasıl sınıflandırdığına dayalı dizinler sunulmalıdır. İlk etapta çok sınırlı bilgiler, kullanıcının takip edebileceği sınırlı seçeneklerle sunulmalı ve yavaş yavaş aradığı daha spesifik, derinlemesine bilgiler ortaya çıkarılmalıdır. Çalışmanın her adımında, onlara sağılan tutarlı bir bilgi şablonuna sahip olunmalıdır.¹⁶ Sonuç olarak, bir kişiye sistemin nasıl çalıştığının adım adım gösterilmesi gerekir. Bir masa oyunu gibi, kişilere çeşitli yolların ve bunların başlangıç ve bitiş noktalarının ne olduğu gösterilmelidir. Bu, bir konu üzerinde çalışan profesyonelleri ve meslekten olmayan kişileri gclendirecektir.¹⁷

3. Kullanıcılarla işbirliği Yapılarak Açık ve Zengin Bir Etkileşim Sağlanması İlkesi

İyi hukuk tasarımı, tek yönlü olmaktan çok iki yönlü olabilen ve insanlara kendilerini temsil eden profesyonellerle etkileşimde bulunurken şeffaflık ve saygınlık duygusu veren ilişkiler için araçlar, stratejiler ve şablonlar sağlamalıdır. Avukatlar çoğu zaman kendilerini "yetişkin", müvekkili ise "ocuk" olarak düşünürler. Esasında bu durum çoğu zaman müvekkili küçümsemeye karşılılık gelir. Çünkü müvekkiller yeteri kadar hukuk bilgisine sahip değildir, her konuya dair

¹⁶ A Better Legal Internet, "Design Principles."

¹⁷ Margaret Hagan, "Law by Design," erişim tarihi Eylül 10, 2022. <https://lawbydesign.co/design-mechanics/>.

bilgilendirme yapmak da bu açıdan gereksiz görülmektedir. Sonuç olarak uyumsuzluğa ilişkin ayrıntılar müvekkilden gizlenmektedir. Avukatlar bir şeyleri neden yaptıklarını çoğu zaman açıklamaz ve müvekkillerinden fazla katkıda bulunmalarını da beklemezler. Oysaki birçok insan kendi savunuculuklarında daha büyük bir role sahip olmak istemektedir. Örneğin, bilgi toplamak, seçeneklerini ve stratejilerini anlamak ve avukatlarının (veya diğer avukatlarının) kendileri için yürüttüğü süreci denetlemek istemektedirler.¹⁸

4. Çalışmaların İçeriğinin Kullanıcı Dostu Olması İlkesi

Çalışmalarda sade bir dil kullanılmalı, hedef kitle çok iyi eğitilmiş ve hukuka aşina olsa bile, mevcut kaynaklar en sıradan kullanıcılar için tasarlanmış terimlerle ifade edilmelidir. Hukuk disiplinine ait kavramları kullanmak gerekiyorsa bunu basit ifadelerle tanımlamak gereklidir. Mümkün olduğunca, hukuki metinler simgelere, fotoğraflara, diyagramlara, karikatürlere ve senaryolara dönüştürülmelidir. Kullanıcı için çalışmanın yol haritası ortaya konulmalı, bu çalışmanın bağlamını ve neyi neden yaptıklarının anlaşılması sağlanmalıdır. Çünkü, iyi bir tasarım, kullanıcılara tabi oldukları hukuk sistemi ve onlar için hangi yolların mevcut olduğu hakkında perspektif çizer, şeffaflık sağlar. İnsanlar çok fazla seçim yapmak istemezler. Kendileri için en iyi stratejinin ne olduğunun söylenmesini ve ardından bu stratejiyi takip etmek isterler. Çok fazla seçenek veya bilgi vermek etkileşimi engeller. Tüm insanlar bilgiyi aynı şekilde almaktan hoşlanmaz. Bazı insanlar görselliği, bazıları metni okumayı sever. Bazıları tamamen sorumlu olmayı sever, nedenleri ve arka plan bilgilerini araştırır, analiz ve karar vermeyi ise başkalarına devretmek ister. İyi bir tasarım, bu farklı kullanıcı türlerini hesaba katmak için aynı içeriği birden fazla

¹⁸ "Law by Design."

modda kullanılabilir hale getirebilir.¹⁹ Hedef kullanıcılar her nerede olursa olsun, oraya gitmek ve ona göre içerik hazırlamak gerekir. Örneğin kendisine ödeme emri gönderilen bir borunun takip edeceği süreç farklı, iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin işe iade davası açmak için başvuracağı yol farklıdır. Dolayısıyla, alışmalar hedef kullanıcıların ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirilmelidir. Hatta yapılan çalışmaların alternatifleri de oluşturulabilir. Örneğin bir hukuk tasarımı oyun tabanlı bir mobil uygulamaya dönüştürülerek kullanılması bu anlamda düşünülebilir.

B. Hukuk Tasarımının Amaçları

Hukuk tasarımı, hukuk sisteminin insanlar için daha iyi işlemesini sağlamak için henüz yaygınlaşmaya başlayan bir hukuk pratiğidir. Hukuk tasarımı, farklı disiplinlerin teknolojik gelişimle ortaya koydukları yeni teknikler ile katılımcı politika oluşturma konularındaki çalışmalardan esinlenerek geliştirilmiştir. Bu disiplin hangi haklara sahip olduğumuz, hangi risklerle karşı karşıya olduğumuz, hangi kuralların bizi kısıtladığı gibi soyut karmaşıklıklara bir hukukçu olarak odaklanmayı sağlar. Bunun yanında işlerin bize nasıl göründüğü, işleri nasıl yaptığımız gibi yaşanmış deneyimlere de tasarımcı olarak odaklanmayı gerektirir. Bu odaklanma bir sistemdeki insanların sorunlarını stratejik olarak iyileştirmek, karmaşık sorunları czmek ve onlara hizmet etmek şeklinde hem

¹⁹ Margaret Hagan, "A Human-Centered Design Approach to Access to Justice: Generating New Prototypes and Hypotheses for Intervention to Make Courts User-Friendly" *Indiana Journal of Law and Social Equality* 6, no.2 (2018): 199-239; Dan Jackson, "Human-Centered Legal Tech: Integrating Design in Legal Education." *Law Teacher* 50, no.1 (2016): 82-87.

hukuksal odak hem de tasarım odaklı ortak bir temel benzerliği ortaya koymaktadır.²⁰

Hukuk tasarımı düşüncesinin amacı, hukukla etkileşime giren kişilerin bağlamını ve ihtiyaçlarını daha iyi anlamak, bu bilgiye dayalı olarak iyileştirmeler ve yenilikler yaratmaktır. Hukuk tasarımı kullanıcı merkezli görsel tasarımı dikkate alır. Hukuk kullanıcısı en iyi kullanıcı deneyimine sahip olmalıdır. Hukuk sistemi bir engel olarak algılanmamalıdır. Bu nedenle, hukuk tasarımı düşüncesi sadece uygun bir yenilikçi yöntemi değil, aynı zamanda hukuk sistemiyle etkileşime giren ve bağlamsal olarak iyi hazırlanmış bilgilere dayanarak daha iyi ve daha akıllı kararlar alma hakkına sahip olan insanları güçlendirmenin kapsayıcı bir amacına da sahiptir. Bu amaca göre özellikle en temel hukuki metinleri anlamak için insanlar bağımsız olarak hareket edebilir. Böylelikle, kısmen de olsa kullanıcılar hukukçulara bağımlı hissetmeyeceklerdir.²¹

Hukuk tasarımı, hukuk sisteminde reform yapmak için insan merkezli, katılımcı bir yaklaşım geliştirmeyi de beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşım, yeni teknolojinin önemini kabul eder. Mevcut gerçeklere çok dikkat eden sistemik değişiklikler yapmak için belgelerin, ürünlerin, hizmetlerin, politikaların ve yasaların tasarımını bir araya getirir. Disiplinler arası, kapsayıcı grupların sistemde yeni iyileştirmeler oluşturmasını ve onları test etmesini sağlamaktadır. Hukuk tasarımı, hukuki çalışmanın sistem düşüncesi ve analizi ile birlikte yaratıcı keşif ve tasarım çalışmasının bir arada yapılmasını mümkün kılar. Hukuk tasarımı, hukuk sisteminin

²⁰ "The Legal Design Manifesto."; Margaret Hagan; "Legal Design as a Thing: A Theory of Change and a Set of Methods to Craft a Human-Centered Legal System," *Design Issues* 36, no. 3 (2020): 4.

²¹ Astrid Kohlmeier, "What is Legal Design Thinking? A Guide for Legal Professionals," erişim tarihi Eylül 1, 2022, <https://www.legalfestival.com/blog/what-is-legal-design-thinking-a-guide-for-legal-professionals>.

birden fazla alanda iyileştirilmesini amaçlar. Hukuk sistemini, ticaret, para, konut, aile vb. ile ilgili sorunları çözmek için kullanması gereken sıradan insanlar için daha erişilebilir kılmak ister. Bunun yanında, sözleşme yapmak, dava açmak ile iş yapmak için başvurulmuş avukat gibi kurumsal profesyonellerin durumlarını da göz önünde bulundurur. Bu yönüyle avukata olan ihtiyacı tamamen ortadan kaldıramaz. Ancak daha nitelikli bir hukuk hizmetinin alınmasına aracılık eder. Bununla birlikte, standartları belirlemek ile hak ve yükümlülükler dayalı uyumu sağlamak için sistemi kullanan politika yapıcılara ve hükümet yetkililerine de hizmet edebilir.²²

C. Hukuk Tasarımının Aşamaları

Hukuk tasarımının merkezi metodolojisinde farklılıklar vardır. NuLawLab, dört aşamalı bir yaklaşım kullanır: İlham, sentez, fikir oluşturma ve deneme ile uygulama şeklindedir²³. İngiliz Tasarım Konseyi²⁴ "çift elmas" olarak nitelendirilen hukuk tasarımını bir süreç olarak görselleştirilen keşfetme, tanımlama, geliştirme ve sunma modelini benimser²⁵. Stanford Hukuk Okulu modeli beş aşamalı bir yapıyı kabul eder. Empati kur, tanımla, düşün, prototip oluştur, test et.²⁶ Bu adımlardan bazıları, geleneksel hukuk uygulamasında avukatlar tarafından

²² Hagan, "Legal Design as a Thing: A Theory of Change and," 4.

²³ "Human-Centered Legal Tech: Integrating Design in Legal Education," 82-90.

²⁴ İngiliz Kraliyet fermanı ile kurulmuş bir Birleşik Krallık yardım kuruluşudur. Amacı, kapsayıcı tasarım konseptini benimseyerek hayatı iyileştiren ve işleri daha iyi hale getiren tasarımları desteklemektir.

²⁵ Marc Stickdorn, Markus Edgar Hormess, Adam Lawrence and Jakob Schneider, *This is Service Design Doing* (O'Reilly Media, Inc., 2018), 18; "What is the Double Diamond," Design Council, erişim tarihi Eylül 5, 2022, <https://tinyurl.com/mt8pxf2d>.

²⁶ "An Introduction to Design Thinking process guide," Institute of Design at Stanford. Erişim tarihi Eylül 5, 2022, <https://web.stanford.edu/~mshanks/MichaelShanks/files/509554.pdf>.

sıklıkla kullanılmaktadır. Örneğin, “Empati”, avukatların hukuki sorunları anlamak ve onlara çözüm bulmak için müvekkilleriyle çalışma süreçlerine zaten yerleştirilmiştir.²⁷

Avukatlık mesleği açısından hukuk tasarımı avukatların müvekkillerine daha iyi hizmet vermek için yaratıcı çözümler sunmalarına yardımcı olabilir. Örneğin, bir avukat müvekkiline, hukuki bir belgenin içeriğini ve anlamını daha iyi anlamalarına yardımcı olmak için görsel unsurlar veya grafikler içeren bir belge sunabilir. Ayrıca, avukatlar hukuk tasarımı ilkelerini kullanarak müvekkillerinin hukuki sorunlarına ilişkin çözümleri daha kolay anlatıp, anlaşılır hale getirebilirler.²⁸ Esasında, tüm paydaşlar açısından hukuk tasarımı yaklaşımı sürecin işlerliği açısından büyük ölçüde benzerlik gösterir. Ancak çok aşamalı bir süreci sınırlandırmanın ve etiketlenmenin uygulayıcılara bağlı olarak biraz farklı yollarının olduğunu da ifade etmek gerekir. Ancak, tüm uygulayıcılar bu modellerin mekanik olmayan ve esnek şekillerde uygulanması gerektiği konusunda hemfikirdir. Tasarım düşüncesinin temel metodolojisi, hukuk sistemlerine ve hizmetlerine uygulanmadan önce de zaten net bir şekilde ortaya konulmuştur. Bununla birlikte çok geniş anlamda, hukuk tasarımı disiplinin farklı coğrafi kuluçkalarında farklı odak noktaları oluşmuştur. Örneğin, Avrupa'da, özellikle Finlandiya ve Almanya'da sözleşmeler hukukunda görselleştirme çalışmaları yürütülmektedir. ABD'nin "hukuk laboratuvarlarında" ise adalete erişim ve uyuşmazlık çözüm

²⁷ Charles J. Ogletree “Beyond Justifications: Seeking Motivations to Sustain Public Defenders,” The Harvard Law Review Association 106, no. 6 (1993): 1239-1250.

²⁸ Gwendolyn Leachman, *Legal Framing*, in *Studies in Law, Politics, And Society*, ed. by Austin Sarat, (2013); Bill Kennedy, Emily Fisher and Colin Bailey, “Framing in Race-Conscious, Anti-Poverty Advocacy: A Science-Based Guide to Delivering Your Most Persuasive Message,” *Clearinghouse Rev* 43, no.9-10 (2010): 408.

prosedürlerinin tasarımı yoğunlukla çalışılmaktadır.²⁹ Ancak, bu farklı alanlarda sergilenen uzmanlaşma hukuk tasarımının temel amaçları ve yöntemleri konusunda önemli çatışmalara yol açmamıştır.

Hukuk tasarımı, tasarım düşüncesinin hukuk hizmetlerine uygulanmasıdır. Hukuk tasarımına dair çalışmalar ağırlıklı olarak 2013 yılında Stanford Hukuk Okulu Tasarım Laboratuvarının kurulmasından sonraki süreçte yapılmıştır.³⁰ Hukuk Tasarımı Laboratuvarının Direktörü Margaret Hagan hukuk tasarımının “insan merkezli ve görsel tasarım, sivil teknoloji ve katılımcı politika oluşturma” dan kaynaklandığını ifade etmektedir³¹. Hagan bu durumu şöyle özetlemektedir. “Yeni bir ürün inşa etmek için bir fikriniz var. Ya da çözülmesi gerektiğini bildiğiniz bir sorunuz var. Şimdi bu fikirden veya bu sorun ifadesinden yola çıkarak onunla nasıl başa çıkacağınızı ya da peşinden gitmeye değer olup olmadığını anlamanız gerekiyor. Bir şeyin daha iyi olabileceğine dair bu sezgiden, insanlar için bir sorunu çözecek bir şey başlatmaya nasıl varırsınız? Bir tasarım sürecinden geçmek, sizi bir fikirden hangi ürünü inşa etmeniz gerektiğine dair güçlü, detaylandırılmış ve esaslı bir konseptte götürebilir. İşte tasarım süreci, neyi inşa etmeniz gerektiğini, onu hedef kullanıcılarınız için nasıl uygun hale getirebileceğinizi ve bu şeyin nasıl büyütülebileceğini anlamak için yapılacak ilk eylemler döngüsüdür”.³²

Hukuk tasarımı süreci beş temel aşamada ele alınabilir. Aşağıda bu aşamalara değinilmiştir.³³

²⁹ “Disciplinary and the modes of legal design.”

³⁰ Margaret Hagan, *Design Comes to the Law School*, in *Modernising Legal Education*, ed. by Catrina Denvir (Cambridge University Press, 2019): 109-111.

³¹ “The Legal Design Manifesto.”

³² “Law by Design.”

³³ Margaret Hagan’ın hukuk tasarımı modelinden faydalanılmıştır.

1. Keşfetme

Problem alanını içeren bir veri toplama aşamasını ifade eder. Araştırmayı vurgular. Problemden etkilenen potansiyel müşteriler veya hizmet sağlayıcılar ile doğrudan gözlem ve konuşmayı vurgular. Hagan, bu aşamaya 'genişleyen bir yaratıcılık' ile başlamak olarak atıfta bulunur. Hukuk tasarımcıları, çözülmesi gereken görevle ilgilenir. Buradaki görev, avukatların alışık olduğu gibi, planlanan çözüm için iyi tanımlanmış bir hukuki metin olarak kabul edilemez. Baştan sona en verimli, hukuken çözüm ile en uyumlu olanı ortaya koymak süreç açısından önemli görülür. Bunun için de sorunun en yoğun kısmı "anlamak" ile başlar. Mevcut sorun farklı yöntemlerle daha detaylı incelenir. Göreve dayalı olarak bulunan hipotezler daha sonra paydaşlarla sorgulanır. Bu sorgulama, hizmet gerektiren ihtiyaçlar ve ilgi alanlarının tespiti amacıyla kişisel olarak gözlemlene ve görüşme yoluyla sağlanır. Birçok durumda, bu derin kullanıcı araştırmasının sonucu, temel sorunun başlangıçta varsayıldığından tamamen farklı bir yerde konumlandırılmasıyla sonuçlanır.³⁴

Keşfetme süreci, hukuk tasarımının hedef kullanıcı kitlesi temelinde ilerler. Dolayısıyla, kullanıcının sorun ve ihtiyaç analizinin net olarak ortaya konulması gereklidir. Kullanıcı araştırması yapmak için kullanılacak birçok yöntem, donanım ve araç vardır: Röportajlar ve hikaye anlatımı, gözlem, ürün ve hizmeti deneyimlemek, hizmet safarisini³⁵, kişisel yol haritaları vb.

³⁴ Astrid Kohlmeier, "Legal Design and Mastering Challenges in the Legal Market," erişim tarihi Eylül 10, 2022, https://astridkohlmeier.de/wp-content/uploads/2020/01/legaldesign_legalbusinessworld_neo.pdf.

³⁵ Hagan kavramı şöyle tanımlamaktadır. Bir etnograf veya kaşif gibi, bir servise gidin ve onu içten dışa anlamaya çalışın. İlgili insanlarla konuşun, süreci izleyin ve nasıl çalıştığını görün, devam eden kalıpları ve basit davranışları bulmaya çalışın. Örneğin, yerel bir Starbucks'a gidin ve

teknikler kullanılabilir. Hangi tekniğin kullanılması gerektiği sorunun türüne göre değişiklik gösterebilir. İngiliz Tasarım Konseyi, “keşfetmenin” amacının, sorunun ne olduğunu basitçe varsaymak yerine “anlamak” olduğunu ifade etmektedir³⁶. Bu, organizasyondan, sistemden veya sorundan etkilenen insanlarla konuşmak anlamına gelmektedir. Her tasarım sürecinde keşfetme aşamasında sağlanan veriler, sorunun tüm yönleriyle anlaşılması ve sonraki aşamalarda hedeflenen çıktının elde edilmesinde eşsiz bir değere sahiptir. Ancak, McKinsey Araştırma Şirketi bir tasarım düşüncesinde, ankete katılan halka açık 300 şirketin sadece yarısının “ilk tasarım fikirlerini veya spesifikasyonlarını üretmeden önce kullanıcı araştırması yaptığını” ortaya koymuştur.³⁷

2. Sentezleme

Keşif aşamasında toplanan bilgilerin “gerçek soruna” odaklanmak için filtrelendiği ve düzenlendiği bir konu daraltma sürecidir. Bu aşamada tasarım çalışmasının çerçevesi belirlenir. Bu, kullanıcı gruplarının belirlenmesini, haritalama ve sıralama alıştırmalarını içerebilir.³⁸ Araştırma yapıldıktan sonra, çözüme geçmeden önce elde edilen bilgileri anlamlandırmak için zaman ayırmak önemlidir. Kullanıcılardan öğrenilenleri iç görüleriyle sentezlemek, sorun alanını belirlemek, bu konuda ne yapılması

mağazanın müşteri için belirli bir deneyim yaratmak için yaptığı her şeyi fark etmeye başlayın ve ardından birçok farklı müşteriye ve hizmette nasıl ilerlediklerini izleyin. Daha göze çarpan kalıpların yanı sıra gerçekten küçük şeyleri fark etmeye çalışın. Bkz. “Law by Design.”

³⁶ Design Council, erişim tarihi Eylül 12, 2022, <https://www.designcouncil.org.uk/news-opinion/what-framework-innovation-design-councils-evolved-double-diamond>.

³⁷ “The business value of design.”

³⁸ Felicity Bell, “The Sustainability of Law and Lawyers,” erişim tarihi Eylül 13, 2022,

https://www.lawsociety.com.au/sites/default/files/2021-06/LS3600_FLIP_FlipStream2021-Legal%20Design-v03a.pdf.

gerektiğini daha iyi tanımlamaya yardımcı olabilir. Sürecin bu aşaması, en sık karşılaşılan, kritik ve hatta şaşırtıcı nokta ve ihtiyaçları ortaya çıkarabilir. Ayrıca uçtan uca kullanıcı deneyiminin daha kapsamlı ve bütünsel bir resmini ortaya koyabilir. Daha sonra iç görüler, kullanıcıların ihtiyaçları, değerleri ve beklentilerinde görselleştirmeye ve temellendirmeye yardımcı olacak eserler oluşturmak ve potansiyel çözümler için fırsat alanlarını belirlemek için kullanılabilir.

Kullanıcı araştırması yoluyla toplanan verileri sentezleme aşamasında anlamlandırmanın bir yolu çıkarımları kalıplar ve temalar halinde gruplandırmaktır. Bunu yapmanın birçok yolu olsa da, iç görüleri eşlemek, iç görülerin kolay gruplandırılmasını ve adlandırılmasını kolaylaştırmak için yaygın bir yaklaşım olarak yapışkan notlar kullanılabilir. Her görüşmeden, anketten veya diğer araştırmalardan elde edilen bilgiler yapışkan notlara yazılarak süreç devam ettirilebilir. Son olarak, kapsayıcı temasını belirlemek için her bir içgörü kümesi gözden geçirilebilir. Bu alıştırma, bir dizi kullanıcı girdisini ve deneyimini uygulanabilir iç görüleri çevirerek araştırmadaki kalıpların belirlenmesine yardımcı olabilir³⁹. Sentez aşamasının amacı, tasarım ekibinin ne üzerinde çalışması gerektiğine odaklanmak, zorluk durumunu ile kullanıcının ihtiyaçlarını paydaşlara veya ekip üyelerine açıklayabilmektir. Sentez aşamasında oluşturulan tüm haritalar, listeler, belgeler ve kategorilendirmeler tasarım sürecinin geri kalanında hukuk tasarımı ekibinin oryantasyonunu sağlamada anahtar çıktıdır⁴⁰.

³⁹ "Build a better Strategies for user-informed legal design," Michigan Advocacy Program Graphic Advocacy Project, erişim tarihi Eylül 14, 2022, <https://www.lsnatp.org/sites/lsnatp.org/files/MAP%20x%20GAP%20Report%20-%20Strategies%20for%20User-Informed%20Legal%20Design.pdf>.

⁴⁰ "Law by Design."

3. İnşa Etme

Bu aşama, ekibin fikirler oluşturduğu ve bunları prototip haline getirdiği noktadır. Yaratıcı ve yapıcı olmakla ilgilidir. Beyin fırtınası yapma, diyagramlar çizme ve görsel araçları kullanma bu aşamada yerine getirilir. Ortaya birçok olası çözüm konulur. İnşa etme süreci tasarım odaklı düşünme sürecinin kilit parçasıdır. Hukuk uygulaması göz önüne alındığında genellikle avukatların hukuki yardım sağlamadığı bir aşamadır. Müvekkilden uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin alındığı, mevcut hukuk hükümleri ışığında daha önce verilmiş mahkeme kararlarıyla bu bilgilerin harmanlanarak birden fazla yol haritasının ortaya konulduğu bir aşamadır. Burada, prototipi en iyi duruma getirmek için müvekkillerden mümkün olduğunca çok geri bildirim alınır. Bir başka deyişle, bu aşamada mükemmel bir prototip versiyonu yaratmaya çalışılmaz, aksine çözülecek probleme mümkün olduğunca yakın olan birkaç versiyon oluşturmaya çalışılır. Avukatlar, hukuki riske ilişkin yönlendirmeler, seçenekler ve değerlendirmeler sunma eğilimindedir⁴¹. Esasında avukatlar, müvekkiline bu yolları açıklamadan önce, çeşitli yaklaşımların gerçek dünyadaki uygulanabilirliğini nadiren prototip haline getirir⁴². Çünkü bu avukatlar için zaman alıcı bir eylemdir. İnşa etme sürecinin sonunda karar verilen çalışmanın test edilmesine geçilir.⁴³

⁴¹ Martha F. Davis, "What is Essential: Legal Design And Client Stories," in *Elon Law Journal* 13, no.39 (2021): 52; Margaret Spencer Dixon, "Project Management for Lawyers (with Forms and Exhibits)," *64 Practise. L.* 31, 32 (2018).

⁴² Margaret Hagan, "Flipping Lawyers from Talking to Doing: Prototype-First Design Process," erişim tarihi Eylül 14, 2022, <http://www.openlawlab.com/2017/03/24/flipping-lawyers-from-talking-to-doing-prototype-first-design-process/>.

⁴³ "How Legal Design can help in the metaverse's regulation?," Law Career Start, erişim tarihi Eylül 17, 2022,

4. Test Etme

Test etme, inşa etme ile yakından ilişkilidir ve oluşturulan fikirlerin ve prototiplerin test edilmesi ve eleştirilmesi anlamına gelir. Hızlı bir şekilde teste geçmek, tasarım odaklı düşünme yöntemlerinin ayırt edici özelliğidir. Amaç, hızlı bir şekilde geri bildirim oluşturmak ve gerektiğinde döngüsel bir süreçte prototipi tekrar test etmektir⁴⁴. Sürecin bu bölümünde, genç fikirler test edilir, geri bildirimler toplanır, tamamlanmış ve gelecek vaat eden bir versiyona doğru geliştirilmeye başlanır. Paydaşlar için sorun çözmeye odaklanmamış fikirler göz ardı edilir, böylelikle önceki fikirlere dönülebilir. Bu aşamada, prototip oluşturma ve test neredeyse aynı anda devam etmelidir. Fikir geliştirirken (eskizlerde ve kabataslak formatlarda bile) hemen test yapılmalıdır. Erken test yapmak, en umut verici olanları bulmak için beyin fırtınası yapılan birçok fikrin gözden geçirilmesine yardımcı olacaktır. Süreç boyunca yapılan sürekli testler, tasarım seçimlerini, odak çalışmayı ve tasarımla birlikte sunulan özellikleri, stilleri ve işlevleri iyileştirecektir⁴⁵.

5. Geliştirme

Bu aşama belki de tüm hukuk tasarımı sürecinin en zorlu aşamasıdır. Çalışma ekibi bu aşamada çalışmanın yönü üzerinde daha az kontrole sahip olacaktır. İlk konseptin neye benzediğini ve sahada nasıl davrandığını, gerçekte nasıl kullanıldığını, kötüye kullanılıp kullanılmadığı veya başka bir şekilde şekillendirilebileceği gerçeğini görebilmek adına daha fazla paydaş ve kullanıcıyla çalışmak gereklidir. Geliştirme, pilot uygulama, ölçeklendirmeyi içeren rafine prototipin/fikrin test

<https://lawcareerstart.ch/how-legal-design-can-help-in-the-metaverses-regulation/>.

⁴⁴ "The Sustainability of Law and Lawyers."

⁴⁵ "Law by Design."

edilmesini kapsayan ve muhtemel projenin ölçeğinin büyütülmesine ve uygulanmasına yol açan aşamadır⁴⁶.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilen hukuk tasarımı sürecine rağmen tasarım süreci değiştirilemez katı bir süreç değildir. Ancak süreci formüle edilmiş bir dizi aşama yoluyla hareket etmek faydalı olacaktır. Daha fazla döngüden geçerken, tercihler karşılandıkça, her aşamanın farklı değerleri ve etkinlikleri görüldükçe süreç özelleştirilebilir. Her zorluk, kişinin becerisine, kullanıcının ihtiyaçlarına ve çözmeye çalışılan problemin türüne uyacak şekilde tasarım sürecinin farklı bir varyasyonunu gerektirebilir. Dolayısıyla, süreç özel biçimler alabilir ancak genel akış oldukça standarttır. İzlenecek bazı ayrı adımların olduğu süreç tabanlı bir yaklaşım izlenmelidir. Bireysel tasarımcıya veya proje ihtiyaçlarına bağlı olarak, atılacak adımların hangi uzunlukta, hangi sırayla ve hangi önceliğe sahip olduklarına göre süreç büyük ölçüde değişebilir⁴⁷.

II. HUKUK TASARIMININ GEREKLİLİĞİ

Temel düzenlemeler hukukun açıklığı ve erişilebilirliği konusunda daha yüksek standartlar getirdiğinden, hukukun erişilemezliği ve anlaşılmazlığı günümüz dünyasında artık kabul görmemektedir. Örneğin, Avrupa Birliği (AB) Genel Veri Koruma Tüzüğü⁴⁸ (General Data Protection Regulation-GPDR) kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili bilgiler için, yakından ilişkili olan şeffaflık temel ilkesine uygun daha yüksek bir netlik ve erişilebilirlik standardı belirler. Kişisel verilere ilişkin tüm

⁴⁶ "Law by Design."

⁴⁷ Margaret Hagan, "Introduction in Law by Design," erişim tarihi Eylül 18, 2022. <https://www.lawbydesign.co/>.

⁴⁸ Regulation (EU) 2016/679, Directive 95/46/EC General Data Protection Regulation, erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

bilgilerin "özlü, şeffaf, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak" iletilmesi gerekmektedir. (GDPR m.12). Çalışma Grubu 29⁴⁹, GDPR, kapsamındaki rıza yönergelerinde mesajın, yalnızca avukatlar için değil, ortalama bir kişi için de kolayca anlaşılabilir olmalıdır. Veri sorumluları (*data controller*) anlaşılması zor uzun gizlilik politikaları veya yasal jargonla dolu ifadeler kullanamazlar. Rıza açık ve diğer hususlardan ayırt edilebilir olmalı, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde sunulması gereği ifade edilmektedir. Avrupa Birliği Sigorta Dağıtım Direktifi⁵⁰ ((EU) 2016/97), tüketicilerin daha bilinçli kararlar verebilmeleri için hayat dışı sigorta ürünleri hakkında net bilgi sağlayan basit, standartlaştırılmış bir sigorta ürünü bilgi belgesi getirmektedir. Temel olarak bu, AB düzeyinde tüketicilerin yararına dayanan bilgi ve grafik tasarımıdır. AB tüketici hukuku da benzer şekilde hizmet sağlayıcılara onlarca yıldır tüketici odaklı sade ve anlaşılır bir dil dayatmaktadır. Son olarak, mahkemelerde münhasıran hakimler taraflardan kısa ve net belgeler talep edilmektedir. Örneğin, Avrupa Adalet Divanı'nın Uygulama Kuralları, yazılı savunmalar için maksimum sayfa sayısı belirler (fikri mülkiyet davaları için en az on sayfa). Ayrıca, Avrupa ve Amerika'daki bazı yargıçlar açıkça 20 sayfadan uzun hiçbir şeyi okumamaktadır⁵¹.

Hukuki metinlerin çoğu en iyi şekilde sadece o metni hazırlayan kişiler tarafından anlaşılabilir. Bazı hukuk

⁴⁹ 95/46 / EC sayılı AB Veri Koruma Direktifin 29 uncu maddesi uyarınca kurulmuştur. Veri koruma ve gizlilik konusunda bağımsız bir Avrupa danışma organıdır.

⁵⁰ Directive (EU) 2016/97. Erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32016L0097>

⁵¹ Marie Potel-Saville, "An introduction to legal design, Practical Law UK Practice Note w-020-2432," erişim tarihi Eylül 18, 2022, <https://www.amurabi.eu/wp-content/uploads/2020/07/An-introduction-to-legal-design.pdf>.

metinleri hukuku meslek haline getiren kişilerce bile anlaşılmamaktadır. Birçok hukuki metin dilinin ağırlığı, hukuki kavramlarının yoğun kullanımı nedeniyle anlaşılmamakta ve kullanışsız kalmaktadır. Aşağıdaki madde hükmü bir özel bankanın genel kredi sözleşmesinden⁵² alınmıştır.

“ Müşteri, keşide ettiği çeklerinin ibrazında karşılığının bulunmaması ihtimaline binaen keşide ettiği her çek yaprağı için ilgili yasa gereği çekin yetkili hamiline Bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutarları Bankaya depo etmeyi kabul ve taahhüt eder. Müşteri bu tutarların ödenmesini teminen müşteri hesapları üzerinde Bankanın rehin, takas mahsup yapma ve/veya depo talep hakkı olduğunu kabul ve beyan ederler. Karşılığı olmadığı halde Bankaca sehven ödenen çek bedelleri açık kredi hükmünde olup işbu Sözleşmenin temerrüt hükümleri uygulanır. Ayrıca, Banka tarafından sorumluluk tutarı ödendiği takdirde ödenen miktarın ödeme tarihinden itibaren işbu Sözleşmenin 39. maddesinde yer alan temerrüt faizi ve fer'ileriyle birlikte Bankaca hesaptan mahsuben veya yasal yola başvurularak Müşteriden ve Kefillerden tahsil edileceğini Müşteri ve Kefiller kabul ve beyan ederler”.

Yukarıda belirtilen madde hükmü “keşide etmek, ibraz, hamil, rehin, depo talep hakkı, sehven, çek, açık kredi, temerrüt, mahsuben vb” şeklinde bankacılığa ilişkin hukuki kavramlar içermektedir. Bu kavramlar bir genel kredi sözleşmesinde yer almakta olup bankadan kredi kullanan herkes tarafından okunup anlaşıldığı beyan edilerek imzalanmaktadır. Oysaki bu kavramların ne anlama geldiğini bilmek hukukçu olmanın ötesinde bankacılık veya ticaret hukuku alanında ihtisaslaşmayı gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla sözleşme içeriğini kabul edip imzasıyla bu durumu beyan eden kişinin aslında sözleşme detaylarına hakim olmadığı açıktır. Esasen, çoğu zaman bu sözleşme hükümleri okunmadan sözleşme imzalanmaktadır. Bu

⁵² “Genel Kredi Sözleşmesi,” HSBC, s. 2, erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://www.business.hsbc.com.tr>.

nedenle, sözleşme içeriklerinin ortalama, makul bir kişi tarafından da anlaşılabilmesini sağlamak için çok sayfalı sözleşme metinleri yerine basit, sade ve kolay anlaşılabilir içerikler hazırlanmalıdır⁵³. Münhasıran teknolojik uygulamaların hukukta yaygın kullanıldığı günümüz dünyasında kişisel verilerin kullanımı için gerekli olan açık rızanın da alınmasının kolaylaştırılması için sözleşme içeriklerinin basit ve anlaşılabilir nitelikte hazırlanması bir gerekliliktir.

Sonuç olarak, hukuk tasarımı bir fikir üretmek ve fikri uygulamak için uygulayıcılara esnek bir yol sunar. Çözüm üretme konusunda da geleneksel hukuk yöntemlerinden farklı olarak esneklik gösterir.⁵⁴ Hukukçuların tasarım araçlarını kullanarak müşterilerin ihtiyaçlarına göre hukuku uyarlamalarına olanak tanır. Araştırmalar, avukatların en çok değer verdiği becerilerin yeterlilik olduğunu, ancak müşterilerin en çok değer verdiği şeyin dinleyecek biri olduğunu göstermektedir. Müşteriyi dinlemek empatik bir zihniyet ve duygusal zekâ gerektirmektedir. Müvekkillerin hukuki yardım talep ettiği sorunların çoğu hassas ve kişiseldir. Bu nedenle, avukatların müvekkillerini dinlemek, onları daha iyi anlamak ve onların yasal sorunlarını çözmede başarılı olması için hukuk tasarımına ihtiyacı vardır⁵⁵.

⁵³ Stefania Passera, "Juro Privacy Policy," erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://stefaniapassera.com/portfolio/juro/>.

⁵⁴ "Legal Design: A Beginner's Guide," Prolawgue, erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://www.prolawgue.com/legal-design-a-beginners-guide>.

⁵⁵ Hannele Korhonen, "Lawyer's Design School," erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://lawyersdesignschool.com/what-is-legal-design-and-why-you-should-care/>.

III. HUKUK TASARIMININ KULLANIM ALANLARI

Hukuk tasarımı, fiziki hukuk mekânlarının oluşturulması, hukuk hizmetlerinin sunulması, hukuk teknolojisi ve hukuk eğitiminde kullanılmaktadır. Hukuk hizmetlerinin yürütüldüğü mekânların oluşturulmasında hukuk tasarımı kullanılır. Örneğin, adliye saraylarının tasarlanmasında mahkeme salonları odak noktayı oluşturmaktadır. Mahkemenin ilk ve üst derece olup olmadığı, tek veya çok hakimli olup olmadığı, genel ya da özel mahkeme olup olmadığı, yargı bölümünün (adli-idari) ne olduğu vb. kriterler adliye tasarımı şekillendirmektedir. Ayrıca, adliye binalarının giriş katlarında genel olarak tevzi büroları yer alır. Bu bürolar, dava açmak isteyen kişilerin ilk uğradığı yerdir. Tevzi bürolarının adliyelerin üst katlarında değil de giriş katlarında yer alması esasen binaların belli bir tasarım düşüncesine bağlı olarak inşa edildiklerini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte yargı mensuplarının rahat çalışmasını teşvik edici, hukuk hizmetlerinden faydalanan kişilerin adalete kolay erişimini sağlayıcı bir anlayış da bu mekânların tasarlanmasında göz önünde tutulmaktadır⁵⁶.

Hukuk tasarımının kullanım alanları içinde hukuk hizmetlerinin sunulması geniş yer tutar. Bu alan genel olarak özel hukuk uygulamalarını içerse de kamu hukuku alanında da karşılık bulabilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan temel hak ve hürriyetler, sosyal ve ekonomik haklar ile siyasi hakların hukuk tasarımı disiplini kullanılarak vatandaşlara aktarılması kişilerin haklardan yararlanması veya bilinç düzeyinin artırılması konusunda daha etkileyici sonuçlar ortaya koyabilir.

⁵⁶ Dicle Aydın ve M. Mithat Özgen, "Mimari Programlama ve Tasarım için Çözümleme: Adalet Sarayları," *Online Journal of Art and Design* 5, no. 1 (Ankara: 2017): 98.

Dünya çapında, büyük pazar yaratma fırsatına sahip, yeterince karşılanmayan hukuksal ihtiyaçlar bulunmaktadır. Ancak, çoğu kurumsal/ticari avukat, hukuk hizmetleri için yeni pazarlar yaratmakla ilgilenmez. Çünkü, birçok hukuk bürosu, hukuk hizmetleri için yeni pazarlar yaratmak üzere yapılandırılmamıştır. Öte yandan, yenilikçi olmak kurumsal hukuk hizmetleri pazarında eksik olan şeydir. Kurumsal hukuk hizmetlerinin çoğu karşılanıyor, pazar rekabetçi ve kalabalık ise her şeyin yolunda olduğu düşünülür. Ancak, hukuk hizmetleri sunulsa da müvekkil memnuniyeti genel olarak düşük kalmakta ve kurumsal hukuk hizmetleri pahalı, karmaşık ve kafa karıştırıcı olmaya devam etmektedir. Buna karşılık, birçok müvekkil avukatlarından (hem şirket içi hem de hukuk bürosu) daha fazla verimlilik ve değer talep etmektedir. Bu verimlilik hukuki süreci yürüten avukatın hukuk tekniği konusunda müvekkile daha fazla bilgi vermesini gerekli kılmaktadır. Ancak, avukatlar, müvekkillerinin verimlilik istediklerini duydukları halde sorunlarının temel nedenini dinlememektedir⁵⁷. Müvekkilin talep ettiği verimlilik ve değeri ortaya koymak hukuk tasarısını etkili kullanmakla mümkün olabilir.

Teknolojik gelişimin hukukta değişimi sağlaması hukukun var olduğu her alanda karar vericilerin daha hızlı karar almasını gerekli kılmaktadır. Bu durum, iş ihtiyaçları ile geleneksel yasal araçlar arasındaki boşluğu genişletmektedir. İş yoğunluğunun yüksek olduğu sektörlerde dijitalleşen bir işe ayak uydurmak için çok fazla zamanınız olmayabilir. Örneğin, işiniz gereği kısa sürede bulut anlaşmaları veya etkileyici sözleşmeler hazırlamak zorunda olduğunuzu varsayalım. Süreci hızla tamamlamak için geleneksel 50 sayfalık sözleşme şablonları kullanmak işinizi kolaylaştırır mı? Ya da bu sözleşmelerin uygulamada kullanıldığını düşündüğümüzde kullanıcıların içeriği kolaylıkla

⁵⁷ "Innovation in Legal Services: What It is and How We Do It," Korum New Law, Erişim tarihi Eylül 25, 2022, <https://blog.korumlegal.com/innovation-in-legal-services-what-it-is-and-how-we-do-it>.

anlayıp sözleşmeleri onaylaması mümkün müdür? Bu açıdan, hızla birlikte aynı zamanda kullanıcıların dijital zihniyetine de uyarlanmış yeni yasal araçlara duyulan ihtiyacın olduğu da açıktır. Bu bağlamda, hukuk endüstrisindeki müşteri memnuniyeti seviyeleri herkesin bildiği gibi zayıftır ve işletmelerin ihtiyaçları ile avukatlar tarafından üretilen belgeler arasında bir kopukluk vardır. Sonuç olarak, bu sorunun hukuk tasarımı ile çözülmesi mümkün olabilir⁵⁸.

Hukuk tasarımı sözleşmeler hukukunda gerçek etkisini gösterebilir. Çünkü günümüz hukuk hizmetlerinin sunumunda sözleşmeler oldukça kapsamlı hazırlanmakta ve bu sözleşmeler uygulamada yaygın kullanılmaktadır. Ancak, bu sözleşmeler bir o kadar da karmaşık yapıya sahiptir. Çoğu kez sözleşme metinleri oluşturuldukları tarihten itibaren meslek mensuplarınca yıllarca kullanılır. Hatta bazen avukatların sözleşmelerden abartılı maddeleri silmekte tereddüt ettikleri bile sıklıkla görülmektedir. Bununla birlikte bu sözleşmeler uzun süredir yürürlükte olduklarından hukuka konu olan olgu bağlamında kıdemli avukatlar veya kurum içi avukatlar zamanla daha fazla madde eklemiş de olabilir. Yeni hükümlerin eklendiği veya beklenmedik durumlar için bile saklanan ancak hemen hemen hiçbir maddenin silinmediği bir sözleşme metinleri ne etik ne de verimli olan kapsamlı sözleşmeler yaratır⁵⁹. Bu açıdan hukuk hizmetlerini, ürünlerini ve süreçlerini sade bir dil, görseller ve kullanıcı merkezli tasarımla değiştirmeye büyük ihtiyaç vardır.

⁵⁸ "An introduction to legal design."

⁵⁹ Katri Nousiainen, "General theory of legal design in law and economics framework of commercial contracting," *Journal of Strategic Contracting and Negotiation* 5, no. 4 (2021): 248.

SONUÇ

Hukuk tasarımının hukuk alanının bir parçası olarak varlığı esasen çok eskilere dayanmaktadır. Fakat, bir disiplin olarak kabul edilmesi yenidir. Bu açıdan, hukuk tasarımının bilinen ilk örneğinin Themis (adalet tanrıçası) heykeli olduğu da söylenebilir. Themis, adalet denildiğinde günümüz insanın aklına gelen ilk mitolojik isimdir⁶⁰. Heykelin bir elinde kılıç, diğer elinde terazinin olması, gözlerinin kapalı ve kadın olması kendi içinde bir anlam barındırır. Bu yönüyle heykel kendinden menkul olarak hukuk felsefesi, anayasa hukuku, idare hukukundan ayrıntılar ortaya koyar. Belki ciltler dolusu kitaplarla insanlara aktarılacak yoğun bir bilgi bankası sadece bir heykelin varlığında mücessem hale gelmiştir.

Teknolojik gelişme hukuk büroları ve meslek mensupları ile bir bütün olarak hukuk sektörü üzerinde büyük bir değişim baskısı meydana getirmiştir. Bu değişim geleneksel hukuk alanlarının yanında birden çok disiplini bir araya getiren yeni hukuk tiplerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Hukuk disiplini dinamik bir yapıya sahiptir. Toplumsal ihtiyaçların artması, değişmesi, dönüşmesi ile yeni toplumsal ilişkilerin ortaya çıkması yeni hukuk kavramlarının da ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir. Toplumsal yapıdaki değişimin etkisi hukuk metinlerinde ve hukuk eğitiminde de kendisini göstermiştir. Bundan kırk yıl önce elektronik sözleşmeler, internet suçları, kişisel verilerin korunması vb. kavramlardan bahsetmek mümkün değildi. Fakat zamanla bu yeni kavramların ortaya çıkması hukuki metinlerin sayısında da artışa neden olmuştur. Artan derecede yeni kavramlar ve yeni hukuki metinlerin insanlar tarafından akılda tutulması teknolojik dünyada çok mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla herkesin anlayabileceği şekilde hukuk metinlerinin basitleştirilerek

⁶⁰ Özgür Küçüktaşdemir, "Mitolojide Adalet İmgeleri," *ViraVerita E-Dergi*, 5, (2016): 107.

görselleştirilmesi hukukun geleceği açısından da elzem görölmektedir. Bu bağlamda, hukuk tasarımının bu sorunun çözümüne katkı sağlayacağı düşünölmektedir. Sonuç olarak hukuk tasarımı, hem teorik hem de pratik hukukta verimlilik sağlayabilir. Hukuk tasarımı ile hukuk eğitimi daha nitelikli hale dönüştürülebilir. Hukuki metinlerin daha kolay anlaşılması mümkün kılınabilir. Hukukun toplumun geniş kesimlerince anlaşılması ve vatandaşlık bilincinin gelişmesi sağlanabilir. Bu yaklaşım, hukuk sistemlerinin bir bütün olarak daha adil, anlaşılır ve kullanıcı dostu hale gelmesine yardımcı olabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- A Better Legal Internet. "Design Principles." Erişim tarihi Eylül 1, 2022. <https://betterinternet.law.stanford.edu/design-guide/design-principles/>.
- Aydın, Dicle ve M. Mithat Özgen. "Mimari Programlama ve Tasarım için Çözümleme: Adalet Sarayları." *Online Journal of Art and Design* 5, no. 1 (2017): 91–104.
- Becher, Tony. *Academic Tribes and Territories: Intellectual enquiry and the culture of disciplines*. Buckingham: Open University Press, 1989.
- Berger-Walliser, Gerlinde, Thomas. D. Barton, and Helena Haapio. "From visualization to legal design: A collaborative and creative process." *American Business Law Journal* 54, no. 2 (Summer 2017): 347-392.
- Bell, Felicity. "The Sustainability of Law and Lawyers." Erişim tarihi Eylül 13, 2022. https://www.lawsociety.com.au/sites/default/files/2021-6/LS3600_FLIP_FlipStream2021-Legal%20Design-v03a.pdf.
- Botes, Marietjie and Rossi, Arianna. "Back to the Future with Icons and Images: Using 'Low-Tech' to Communicate and Protect Privacy and Data." *Legal Design Perspectives: Theoretical and Practical Insights from the Field*, ed. by Rossana Ducato and Alain Strowel. (2021): 209-226.
- Davis, Martha F. "What is Essential: Legal Design And Client Stories." *Elon Law Journal* 13, no. 39 (2021): 39-74.
- Design Council. "What is the Double Diamond." Erişim tarihi Eylül 5, 2022. <https://tinyurl.com/mt8pxf2d>.
- Dixon, Margaret Spencer. "Project Management for Lawyers (with Forms and Exhibits)." *64 Practise. L.* 31, 32 (2018).
- Doherty, Michael. *Disciplinarity and the modes of legal design, in Lockton*. Edited by. D., Lenzi, S., Hekkert, P., Oak, A., Sádaba,

- J., Lloyd, P. Bilbao: 2022. <https://doi.org/10.21606/drs.2022.537>
- Gordon, Robert W. "Lawyers, the Legal Profession & Access to Justice in the United States: A Brief History." *Daedalus* 148, no. 1 (2019): 177–89. <https://www.jstor.org/stable/48562980>.
- Haapio, Helena. "Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting". Wahlgren P (Ed.), *A Proactive Approach. Scandinavian Studies in Law* 49, Stockholm Institute for Scandinavian Law, (Stockholm 2006): 149–194. Erişim tarihi Ağustos 10, 2022. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-9.pdf>.
- Hagan, Margaret. "Law by Design." Erişim tarihi Eylül 10, 2022, <http://www.lawbydesign.co/>.
- Hagan, Margaret. "A Human-Centered Design Approach to Access to Justice: Generating New Prototypes and Hypotheses for Intervention to Make Courts User-Friendly." *Indiana Journal of Law and Social Equality* 6, no. 2 (2018): 199-239.
- Hagan; Margaret. "Legal Design as a Thing: A Theory of Change and a Set of Methods to Craft a Human-Centered Legal System." *Design Issues* 36, no. 3 (2020): 3-15.
- Hagan, Margaret. *Design Comes to the Law School. Modernising Legal Education*, edited by Catrina Denvir, Cambridge University Press (2019): 109-111.
- Hagan, Margaret. "Flipping Lawyers from Talking to Doing: Prototype-First Design Process." Erişim tarihi Eylül 14, 2022. <http://www.openlawlab.com/2017/03/24/flipping-lawyers-from-talking-to-doing-prototype-first-design-process/>
- Hagan, Margaret. "Introduction in Law by Design." Erişim tarihi Eylül 18, 2022. <https://www.lawbydesign.co/>.
- HSBC, "Genel Kredi Sözleşmesi" Erişim tarihi Eylül 20, 2022. <https://www.business.hsbc.com.tr>.

- Jackson, Dan. "Human-Centered Legal Tech: Integrating Design in Legal Education." *Law Teacher* 50, no. 1 (2016): 82–97.
- Ji, Xiaoyu. *Where design and law meet (An empirical study for understanding legal design and its implication for research and practice)*, Helsinki: Aalto University School of Arts, 2019. https://aaltodoc.aalto.fi/bitstream/handle/123456789/42645/master_Ji_Xiaoyu_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Kennedy, Bill, Emily Fisher and Colin Bailey "Framing in Race-Conscious, Anti-Poverty Advocacy: A Science-Based Guide to Delivering Your Most Persuasive Message." *Clearinghouse Rev* 43, no.9-10 (2010): 408-421.
- Kohlmeier, Astrid. "What is Legal Design Thinking? A Guide for Legal Professionals." Erişim tarihi Eylül 1, 2022. <https://www.legalfestival.com/blog/what-is-legal-design-thinking-a-guide-for-legal-professionals>.
- Kohlmeier, Astrid. "Legal Design and Mastering Challenges in the Legal Market." Erişim tarihi Eylül 10, 2022. https://astridkohlmeier.de/wpcontent/uploads/2020/01/legaldesign_legalbusinessworld_neo.pdf.
- Korhonen, Hannele. "Lawyer's Design School." Erişim tarihi Eylül 20, 2022, <https://lawyersdesignschool.com/what-is-legal-design-and-why-you-should-care/>.
- Korum New Law. "Innovation in Legal Services: What it is and How We Do it." Erişim tarihi Eylül 25, 2022. <https://blog.korumlegal.com/innovation-in-legal-services-what-it-is-and-how-we-do-it>.
- Küçüktaşdemir, Özgür. "Mitolojide Adalet İmgeleri", *ViraVerita E-Dergi* 5 (2016): 87-132.
- Law Career Start. "How Legal Design can help in the metaverse's regulation?." Erişim tarihi Eylül 17, 2022. <https://lawcareerstart.ch/how-legal-design-can-help-in-the-metaverses-regulation/>.

Leachman, *Gwendolyn*. *Legal Framing*. Studies in Law, Politics, and Society. Edited by Austin Sarat, (setting out a typology of legal frames), 2013.

Legal Design Alliance, "Legal Design Manifesto." Erişim tarihi Eylül 10, 2022.

<https://www.legaldesignalliance.org/>.

Metin, Ebru. "Yeni Bir Yaklaşım: Hukukta Tasarım Metodu (Legal Design)." Erişim tarihi: Temmuz, 30 2022. <https://www.aycaakkayanyildirim.com/yeni-bir-yaklasim-hukukta-tasarim-metodu-legal-design/>

McKinsey&Company. "The Business Value of Design." Erişim tarihi Temmuz 20, 2022,

<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-design/our-insights/the-business-value-of-design>.

Michigan Advocacy Program Graphic Advocacy Project. "Build a Better Strategies for User-Informed Legal Design." Erişim tarihi Eylül 14, 2022.

<https://www.lsntap.org/sites/lsntap.org/files/MAP%20x%20GAP%20Report%20-%20Strategies%20for%20User-Informed%20Legal%20Design.pdf>.

Nousiainen, Katri. "General theory of legal design in law and economics framework of commercial contracting." *Journal of Strategic Contracting and Negotiation* 5, no. 4, (2021): 248.

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/20555636211061611>.

Institute of Design at Standford. "An Introduction to Design Thinking process guide." Erişim tarihi Eylül 5, 2022. <https://web.stanford.edu/~mshanks/MichaelShanks/files/509554.pdf>

Passera, Stefania. "Juro Privacy Policy." Erişim tarihi Eylül 20, 2022. <https://stefaniapassera.com/portfolio/juro/>.

- Potel-Saville, Marie. "An Introduction to Legal Design, Practical Law UK Practice Note w-020-2432." Erişim tarihi Eylül 18, 2022.
<https://www.amurabi.eu/wp-content/uploads/2020/07/An-introduction-to-legal-design.pdf>.
- Prolawgue, "Legal Design: A Beginner's Guide." Erişim tarihi Eylül 20, 2022. <https://www.prolawgue.com/legal-design-a-beginners-guide>.
- Ogletree, Charles J. "Beyond Justifications: Seeking Motivations to Sustain Public Defenders." *The Harvard Law Review Association* 106, no. 6 (1993): 1239-1294.
- Stickdorn, Marc, Markus Edgar Hormess, Adam Lawrence and Jakob Schneider, *This is Service Design Doing*. (O'Reilly Media, Inc., 2018).
- Taştan, Furkan Güven. "Legal Design: Tasarım, Hukuki Mevzulara Burnunu Sokarsa." Erişim tarihi Temmuz 30, 2022. <https://www.sinerjik.org/2019/09/legal-design-tasarim-hukuki-mevzulara-burnunu-sokarsa/>.
- Uncular, Selen. "Legal Design: An Emerging Alliance for Creating Socio-Ecological Impact in a Changing World." Erişim tarihi Temmuz 30, 2022. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3965797>.
- Yankovskiy, M. Roman. "Legal Design: New Challenges and New Opportunities." *Zakon*, no. 5, 2019: 1, 76-92. <https://ssrn.com/abstract=3447215>

İDARE HUKUKU BOYUTUYLA MİLLETVEKİLLERİNE VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNLARA KARŞI YARGISAL BAŞVURU

*The Legal Nature of Disciplinary Penalties
Imposed on Members of Parliament from the
Perspective of Administrative Law and the Judicial
Application Against Them*

Asuman ÇAPAR*

Öz

Yasama organının yasama fonksiyonu dışında kalan, idari fonksiyon kapsamına giren birtakım faaliyetler yapabildiği konusunda günümüzde tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasama organının hangi işlemlerinin idari fonksiyon kapsamında kaldığı ve bunlara karşı yargı yoluna gidilip gidilmeyeceği, gidilecek ise hangi yargı organına

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, acapar@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7870-0811.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 22.05.2023.

Atıf/Citation: Çapar, Asuman. "İdare Hukuku Boyutuyla Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Bunlara Karşı Yargısal Başvuru." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 191-241.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



başvurulabileceği hususunda net olmayan bir kısım hukuki alanlar bulunmaktadır. Net olmayan bu alanlardan birisini milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hukuki niteliği ve bunlara karşı hangi yargı organına başvurulacağı oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı konuyu bilimsel içtihatlar ve yargı içtihatları çerçevesinde değerlendirmektir. Konu, devlet fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan maddi (fonksiyonel) ve şekli (organik) kriter ile idari işlem kavramı çerçevesinde izah edilmeye çalışılmıştır. Kanımızca yasama organınca milletvekillerine verilen disiplin cezaları yasama fonksiyonu kapsamına girmeyen, idari fonksiyon kapsamında kalan işlemlerdir. Bu nedenle milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: İdari fonksiyon, Yasama fonksiyonu, İdari işlem, Disiplin cezası, Milletvekili.

Abstract

There is currently no dispute that the legislative body can perform certain activities beyond the legislative function, which fall within the scope of the administrative function. However, there are several legal areas that are not clear as to which acts of the legislature fall within the scope of the administrative function and whether judicial remedies can be taken against them, and if so, to which judicial body it is possible to apply. One such ambiguous area is the legal nature of the disciplinary penalties imposed on members of parliament and the judicial body to which they can be appealed. The present study aims to discuss this issue within the framework of scientific jurisprudence and judicial precedents. The issue is analyzed within the framework of the substantive (functional) and formal (organic) criteria employed in the classification of state functions and the concept of the administrative act. From our standpoint, disciplinary penalties imposed on members of parliament by the

legislature do not fall within the scope of the legislative function, but within the scope of the administrative function. Therefore, we believe that disciplinary penalties imposed on MPs must be subject to administrative judicial proceedings.

Keywords: Administrative function, Legislative function, Administrative action, Disciplinary penalty, Members of Parliament.

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde devlet organları yasama, yürütme ve yargı organından oluşmaktadır. Kural olarak her bir organın kendi fonksiyonunu ifa etmesi esas olmakla birlikte, devlet organlarının farklı fonksiyonları yerine getirmeleri de söz konusu olmaktadır. Devlet fonksiyonlarının içeriklerine ve amaçlarına göre yapılan ayırım, anayasanın yapmış olduğu iş bölümünden kaynaklanan görev ayırımına aynen uymayıp, aynı zamanda birtakım iç içe geçmeler içermektedir.¹ Bu çerçevede idari organlar haricinde kamu gücü kullanan yasama ve yargı organının da idari fonksiyon kapsamında yapmış olduğu çeşitli faaliyetler bulunmaktadır.

Yasama organının idari fonksiyon kapsamında yapmış olduğu işlemlere ilişkin literatürde çeşitli incelemeler bulunsa da yaptığı bazı işlemlerin yasama fonksiyonu kapsamında mı yoksa idari fonksiyon kapsamında mı kaldığı konusunda yeteri kadar açıklık bulunmamaktadır. Bu işlemlerden birisini milletvekillerine verilen disiplin cezaları oluşturmaktadır. Konunun yargı kararları ve bilimsel görüşler çerçevesinde ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Bu çalışmanın amacı yasama organı tarafından milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hukuki niteliğini ve bunlara karşı başvurulabilecek yargı organını tespit etmektir. Bu

¹ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 1-6.

kapsamda öncelikle devlet organlarının fonksiyonları açıklanacak, devamında yasama organının idari nitelik gösteren işlemlerine genel olarak değinildikten sonra milletvekillerine verilen disiplin cezaları ve bunlara karşı başvurulabilecek yargı organı incelenecektir. Konu, doktrinde ve yargı kararlarında kullanılan kriterler ve idari işlem kavramı çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. DEVLET ORGANLARININ FONKSİYONLARI

Devlet organlarının fonksiyonları, organların yapmış oldukları işlemlere göre yürütme fonksiyonu, yasama fonksiyonu ve yargı fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Yürütme Fonksiyonu- İdari Fonksiyon

Kamu gücü kullanan bir organın yapmış olduğu faaliyetin hukuki niteliğini belirlemek için iki kriter kullanılmaktadır. Bunlar maddi (fonksiyonel) kriter ve şekli (organik) kriterdir.² Maddi kriter Fransız hukukçusu Duguit tarafından ileri sürülmüş olup bu kriterle göre devlet fonksiyonlarının tasnifi, bunların yerine getirilmesinde başvuru işlemlerin hukuki içeriğine dayanmaktadır. Burada devlet fonksiyonları, bunları yerine getiren kişilerden ya da kurullardan tamamen soyutlanmış olarak, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde başvuru işlemlerin iç bünyesine, hukuki içeriklerine göre tanımlanmaktadır.³ Maddi kriter uyarınca yasama organı tarafından yapılan kanunlar ve içtüzükler ile yürütme organı

² Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 185; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021), 669; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 194-195.

³ Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel* (Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923), 156-158, aktaran Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 194-195; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I (Bursa: Ekin Yayınları, 2019), 40.

tarafından çıkarılan kararname ve yönetmelikler yasama fonksiyonuna dahildir.⁴

Devlet fonksiyonlarının tasnifinde kullanılan bir diğer kriter olan şekli (organik) kriterin en güçlü savunucusu Fransız hukukçusu Malberg'dir. Bu kriter gereğince devlet fonksiyonları ve bunları ifa vasıtası olan hukuki işlemler, onları yapan organa ve yapılaş biçimlerine göre tasnif edilmektedir. Bu tasnifte şekli anlamda fonksiyondan, devletin üç organı tarafından bunların her birinin kendine özgü metotlarla yerine getirdiği çeşitli faaliyetler anlaşılmalıdır. Bu kriter gereğince yapılan işlemin hangi fonksiyona dahil olduğunu belirleyen etken, onu yapan organ ve işlemin icra ediliş şeklidir. İşlemin maddi içeriğinin, bir diğer deyişle bireysel ya da genel oluşunun bu belirlemede hiçbir rolü bulunmamaktadır. Yasama organının kanun adıyla yapmış olduğu işlemler maddi niteliği ve içeriği ne olursa olsun her zaman kanun olarak kabul edilirler. Buna karşın yargısal ya da idari bir makamın yaptığı işlem, içerik ve özellik olarak kanunlarla aynı olsa bile bunlar kanun gücü taşımazlar ve kanun değildirler.⁵

Şekli kriter kullanılarak yargı ve yasama organlarının işlemlerinin idari işlem olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir. İdari işlemlerin yalnızca idari makamlar tarafından yapılabileceğini söylemek, diğer kamusal makam ve organlar tarafından yapılan işlemleri idari işlemin kapsamı dışında tutmak mümkündür. Bununla birlikte bu işlemlerin yargı

⁴ Atar, 186.

⁵ R. Carrè de Malberg, *Contribution a la theorie gènèrale de l'Etat* (Paris: 1920) c. I, n. 1, 259, aktaran Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 196-197; Atar, 187.

denetiminden muaf tutulması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı için maddi kritere başvurma gereği doğmuştur.⁶

Devlet fonksiyonlarından birisini oluşturan yürütme fonksiyonunun neyi ifade ettiği konusunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş idari fonksiyon ile yürütme fonksiyonu arasında bir ayrıma gitmemektedir. Maddi kriter uyarınca yürütme yani idare fonksiyonu somut, kişisel ve subjektif işlemler yapılmasını ifade etmektedir. Yürütme işlemi her zaman bir defa kullanılmakla tükenen işlemlerdir.⁷ Alman idare hukukçusu W. Jellinek'ten gelen tanımlama ile bu görüş taraftarları idari fonksiyonu, yargı ve yasama fonksiyonu dışında kalan devlet fonksiyonu olarak kabul etmektedir, bunlar haricinde devletin topluma karşı üstlendiği tüm faaliyetleri idari fonksiyona dahil saymaktadır.⁸

Başka bir görüş ise yürütme fonksiyonu ile idari fonksiyonu ayrı değerlendirmekte, yürütmenin idari fonksiyon haricinde kalan, salt siyasal nitelikli faaliyetlerinin yürütme fonksiyonu kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre idari fonksiyon, yargı ve yasama fonksiyonları ile yürütmenin salt siyasal nitelikteki faaliyetleri haricinde kalan, devletin günlük toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yürütmüş olduğu tüm kamusal faaliyetleri ifade etmektedir.⁹

⁶ Turan Yıldırım ve diğerleri, *İdare Hukuku*, Editör Turan Yıldırım (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 412; Devlet organlarının fonksiyonlarının ayrımı konusunda maddi kriterin değil şekli kriterin kullanılması gerektiği yönündeki görüş için bakınız (bkz.) Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 675.

⁷ Atar, 186.

⁸ Metin Günay, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 13; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt II (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 985.

⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 48-49; Günay, 14; Ahmet Nohutçu ve Nazlı Ece Özün, "TBMM Tarafından Devlet Kurumlarına Üye Atanması İşleminin Hukuki Rejimi," *Ombudsman Akademik*, (2015), 64; Oğuz Sancakdar ve diğerleri, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 40.

İdari fonksiyon kavramını Onar, genel ihtiyaçların karşılanması için lüzumlu ve faydalı olan neticelere ulaşmak maksadıyla çeşitli hareketleri içeren süreklilik arz eden bir fonksiyon olarak ifade etmiştir. Onar'a göre bu fonksiyonda hukuki düzenlemeler bir gaye olmayıp bunlar bir vasıta niteliği taşımaktadır. İdari fonksiyon, iyi ve faydalı sonuçlara ulaşmak maksadıyla hukuki çerçevede, hukuki vasıtalarla yerine getirilen bir fonksiyondur.¹⁰

B. Yasama Fonksiyonu

Yasama fonksiyonu soyut ve genel nitelikte norm koyma, kaldırma ya da değiştirme faaliyetlerine denilmektedir.¹¹ Yasama faaliyetleri yasama organı tarafından genel kurul ve komisyonlar vasıtasıyla gerçekleştirilir. Kural olarak bunların faaliyetleri yasama işlemi olarak gerçekleştirirler ve anayasa hukukunun alanına girerler.¹² *Yasama işlemi* kavramı, yasama organının yasama yetkileriyle ve görevleriyle ilgili olarak, belli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine yönelik olarak yaptığı irade açıklamalarını ifade etmektedir.¹³

Yasama organının hukuki işlemleri kanunlar ve parlamento kararları¹⁴ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁵ 1982 Anayasası'nın¹⁶ (Anayasa) 87. maddesinde ve bir kısım maddelerinde yasama organına anayasa, kanun ve içtüzük

¹⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I, 4.

¹¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I, 2; Sancakdar ve diğerleri (vd.), 35; Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 40.

¹² Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015), 115.

¹³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 691.

¹⁴ Çalışmada yasama organını ifade etmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ifadesi kullanıldığı halde, anayasa hukuku alanında bir terim olarak kullanılan "*parlamento kararı*" terimi değiştirilmeden kullanılmıştır.

¹⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 237.

¹⁶ Resmi Gazete (RG), 09.11.1982, Sayı (S): 17863 (Mükerrer).

yapmak, değiştirmek gibi birtakım görev ve yetkiler verilmiştir. Anayasa'da yasama organının görevleri arasında kanun yapmak belirtilmiştir. Kanun, yasama organı tarafından kanun adıyla ve belirli yasama usulleriyle yapılmış olan her türlü işlem olarak tanımlanabilir.¹⁷

Parlamento kararları ise konu ve nitelik olarak çok çeşitli olduğu için bunların maddi bakımdan tanımlanmaları, bunların tam bir tasnifinin yapılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle parlamento kararlarını TBMM'nin kanun haricindeki tüm işlemleri olarak tanımlamak mümkündür. Yasama organının çalışmalarına ve örgütlenmesine ilişkin kararlar parlamento kararlarının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Yasama organı kural olarak kendi çalışmalarına ve örgütlenmesine ilişkin olarak dilediği kararları alabilir. TBMM İktüzüğü'nün¹⁸ kabul edilmesi, komisyonlara üye seçimi, seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi, kapalı oturum yapılmasına karar verilmesi gibi kararlar buna örnektir. Parlamento kararlarının bir diğer bölümünü ise yasama organının yürütme organı ile olan ilişkileri kapsamında verdiği kararlar oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanı ya da bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması kararı, meclis araştırması açılması kararı gibi kararlar buna örnek gösterilebilir.¹⁹ Kural olarak parlamento kararlarının RG'de yayımlanması şart

¹⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 209-212.

¹⁸ RG. 13.4.1973, S. 14506.

¹⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 237-238; Gözler'e göre 'parlamento kararı' ile 'parlamentonun idari kararları' birbirinden ayrı kavramlardır. Parlamento kararları TBMM Genel Kurulundan çıkarken, parlamentonun idari kararları TBMM Başkanlığı, Başkanlık divanı ya da Genel Sekreterliğinden çıkmaktadır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 703.

olmayıp, hangilerinin RG'de yayımlanacağı ilgili yönetmelikte belirtilmiştir.²⁰

Doktrinde bir görüşe göre yasama organının yapmış olduğu işlemleri ifade etmek için kullanılan *yasama işlemi* kavramı yalnızca kanunları ve parlamento kararlarını ifade etmek için kullanılmamaktadır. Yasama işlemi kavramı aynı zamanda TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmasıyla gerçekleşen ve *"diğer (isimsiz) yasama işlemi"* olarak da adlandırılan birtakım işlemleri de kapsamaktadır. Fakat bu görüşe göre TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulan her durumda diğer yasama işlemi ortaya çıkmamakta, bilgiye sunumdan sonra yasama yetkisi ya da göreviyle ilgili bir hukuki sonuç meydana gelmiş ise *yasama işlemi* ortaya çıkmaktadır.²¹ Parlamento kararlarının doğru bir şekilde tanımlanabilmesi için bu tür yasama organı işlemlerinin ayrımını sağlayacak bir ölçütün parlamento kararlarının tanımında bulunması gerekir. Buna göre diğer yasama işlemlerinin Anayasa, TBMM İçtüzüğü, meclis teamülleri ve kanunlar olmak üzere dört kaynağı bulunmaktadır. Anayasa'nın 84. maddesinde belirtilen *"Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur."* hükmü uyarınca milletvekilliğinin düşmesi diğer yasama işlemlerine örnek gösterilebilir.²²

²⁰ Sezgin Baş, "Parlamento Kararlarının Yayınlanması ve Yürürlüğe Girmesi," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, no. 2 (2021), 471. Hangi parlamento kararlarının RG'de yayımlanacağı konusunda 1.10.1989 tarih ve 20299 sayılı RG'de yayımlanan "Resmî Gazetede Yayınlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divanı Kararları Hakkında Yönetmelik" hükümleri uygulanmaktadır.

²¹ Onur Çekiç, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri," *Yasama Dergisi*, no. 12 (2009), 113; Abbas Kılıç, *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 444.

²² Çekiç, 122-123.

Yasama organının yasama fonksiyonu haricinde, idari fonksiyon kapsamına giren işlemleri de bulunmaktadır. Yasama organının yasama fonksiyonu ile idari fonksiyon kapsamında yapmış olduğu işlemleri ayırt etmek her zaman kolay olmamaktadır.²³ Belirtmek gerekir ki maddi kriteri kullanarak yasama fonksiyonunun idari fonksiyondan ayrılması her zaman mümkün olmamaktadır. Nitekim idari organlar da kimi zaman soyut ve genel nitelikte normlar koyabilmektedir. Buna idarenin düzenleyici işlemleri niteliğini taşıyan cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler örnek gösterilebilir.²⁴

C. Yargı Fonksiyonu

Yargı fonksiyonu nitelik olarak yürütme ve yasamadan farklı özellik göstermektedir. Yürütme ve yasama fonksiyonundan farklı olarak kendine özgü olan adaletin gerçekleştirilmesi hedefi doğrultusunda hukuki uyuşmazlıkların kesin olarak çözümlenmesi faaliyetini bünyesinde barındırmaktadır. Yargılama faaliyeti hukuki uyuşmazlık hakkında karar vermek ve verilen kararın gerçekleştirilmesini emretmek unsurlarından oluşmaktadır.²⁵

²³ Sancakdar vd., 36; Yasama organının özel hukuk işlemi niteliği taşıyan işlemleri de bulunabilir. Yasama organının alım-satım, kira gibi özel hukuk işlemlerine dayanan işlemleri, adli yargı organları tarafından incelenmektedir. Buna karşın bu sözleşmelerden bir kısmını oluşturan TBMM Başkanlığının özel bir mesleki bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici işlerde çalıştırdığı personelle imzalamış olduğu idari hizmet sözleşmeleri gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargı mercilerince çözümlenmektedir. Çekiç, 112.

²⁴ Günday, 10; Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 41.

²⁵ Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 76.

Maddi kritere göre yargı fonksiyonu, hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesini ve hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanmasını ifade eder. Buna göre yargı organlarının idari nitelik gösteren işlemleri yargı fonksiyonu kapsamına girmeyip idari fonksiyon kapsamında kalmaktadır.²⁶ Bununla birlikte yargı fonksiyonunun tanımlanabilmesi için maddi ve şekli kriterin bir arada bulunması gerekmektedir. Bir faaliyetin yargı fonksiyonu kapsamında değerlendirilebilmesi için o faaliyetin bir yargı organı (mahkeme) tarafından yapılıyor olması ve yapılan faaliyetin hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olması şartının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Yargı organları haricinde başka organların hukuki uyuşmazlıkları çözümlene işlevi yargı fonksiyonu kapsamına dahil değildir. Bu kapsamda idari makamların vermiş oldukları disiplin cezaları yargı fonksiyonu kapsamına girmemektedir. Aynı zamanda yargı organları tarafından yapılmakla birlikte hukuki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olmayan işlemler de yargı fonksiyonu kapsamında değerlendirilmez.²⁷

Yargı organlarının yargılama faaliyeti dışında kalan, idari fonksiyon kapsamında yapmış olduğu faaliyetleri de bulunmaktadır.²⁸ Bunların idari yargıya konu olabilecekleri açıktır, fakat yargı organı tarafından tesis edilen bir işlemin yargısal değil de idari olduğunu kabul edebilmek için ilgili

²⁶ Atar, 186; Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 41.

²⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 44-48.

²⁸ Çağlayan, 117-118. Doktrinde çekişmesiz yargı adıyla yargı organlarınca yapılan işlemlerin de idare işlevi kapsamında kaldığı yönündeki görüş için bkz. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku- Genel Esaslar*, Cilt I (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 21. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş için bkz. Çağlayan, 119.

işlemin tümüyle idari fonksiyona ilişkin olması, yargısal nitelik gösteren bir yetkinin kullanımına ilişkin olmaması gerekir.²⁹

Adalet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bireysel ve düzenleyici işlemler, adliyenin idari personeline ilişkin işlemleri ve disiplin işlemleri gibi birtakım işlemler idari nitelikte olup idari yargının görev alanında kalmaktadır. Hakimler haricinde yargı organlarında istihdam edilen personelin idaresine ilişkin işlemlerin idari fonksiyon kapsamında kaldığı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. Mahkemelerin kendi üyeleri arasından başkan ve üye seçimi konusunda ise yargı organlarınca verilmiş farklı kararlar bulunmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtaya üye seçimine karşı açılan iptal davasında, idare işlevine ilişkin bir davanın olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verirken,³⁰ başka bir davada Askeri Yargıtaya üye aday belirleme işleminin idare işlevi kapsamında kaldığına³¹ karar vermiştir.³²

II. GENEL OLARAK İDARİ FONKSİYON KAPSAMINA GİREN YASAMA ORGANI İŞLEMLERİ

Yasama organının idari işlem niteliği gösteren faaliyetleri, aşağıda ifade edileceği üzere azımsanamayacak kadar çoktur. Yasama organının idari işlem niteliği taşıyan işlemlerine birtakım yargı kararları ışığında değinmek, milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hukuki niteliğinin izahı bakımından faydalı olacaktır. Bu nedenle ana hatları ile bu işlemlere değinilecektir.

²⁹ Dan. 10. D, E. 1990/2918, K. 1990/1760, 20.09.1990, (Legalbank); Çağlayan, 117.

³⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, E. 1994/21, K. 1994/4, 10.02.1994, aktaran Çağlayan, 118.

³¹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, E. 2000/59, K. 2000/1728, 19.10.2000, aktaran Çağlayan, 118.

³² Çağlayan, 117.

A. TBMM Başkanlığı, Genel Sekreterliği ve Başkanlık Divanı İşlemleri

Yasama organının asıl görevi kanun yapmak ve Anayasa'da belirtilen diğer görevleri ifa etmek olmakla birlikte, yasama organı sahip olduğu teşkilatın işlemesi için idari nitelikte birtakım faaliyetleri de yerine getirmektedir. Kural olarak TBMM Başkanı, Başkanvekilleri, Başkanlık Divanı, genel sekreter ve yardımcıları ile idare amirleri tarafından yerine getirilen bu faaliyetler, 6253 sayılı TBMM Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu'nda³³ düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre TBMM Başkanlığı idari teşkilatı içerisinde Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Bütçe Başkanlığı, Tutanak Hizmetleri Başkanlığı gibi toplam on sekiz kalem idari hizmet birimi bulunmaktadır.

TBMM Başkanlık makamı temsili bir kurum olmayıp, TBMM Başkanlık Divanının hem idari sorumluluğunu hem de yasama fonksiyonu kapsamında kalan sorumluluğunu paylaşan bir makamdır.³⁴ Anayasa'nın 95/3. maddesinde TBMM Başkanlığının görevleri arasında "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde kolluk ve yönetim hizmetleri Meclis Başkanlığı eliyle düzenlenir ve yürütülür.*" ifadesi belirtilmiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 14/8. maddesinde "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin idarî ve malî işleri ile kolluk işlerini yürütmek ve denetlemek*" Başkanlığın görevleri arasında sayılmıştır. Bu

³³ RG. 18.12.2011, S. 28146; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınları, 2022), 274.

³⁴ Hamit Eşen, "Parlamento Hukuku Açısından Başkanlık Divanı'nın Konumu, Görevleri ve Yetkileri," *Yasama Dergisi*, (2007), 19; TBMM'ye bağlı olan Millî Saraylar Daire Başkanlığı, 2011'de 6253 sayılı TBMM Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu ile Genel Sekreter Yardımcılığına dönüştürülmüştür. 16.07.2018 tarihli ve 30480 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan kararnamenin ardından da Cumhurbaşkanlığına bağlanmış ve Millî Saraylar Başkanlığı kurulmuştur. Erişim tarihi Şubat 16, 2023, <https://www.millisaraylar.gov.tr/kurumsal/hakkimizda>.

çerçevede TBMM Başkanlığı ve genel sekreterliği idari fonksiyon kapsamında birtakım faaliyetler yapabilir.

TBMM Başkanlık Divanı ise Anayasa'nın 94. maddesi uyarınca, "Meclis üyeleri arasından seçilen Meclis Başkanı, Başkanvekilleri, Katip üyeler ve İdare Amirlerinden oluşur.". TBMM Başkanlık Divanının, TBMM'de temsil edilen siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiği idari bir organ durumunda olduğu ifade edilebilir.³⁵

TBMM Başkanlık Divanı işlemleri şekli kritere göre yasama işlemi özelliği göstermektedir, fakat hukuki işlemlerin niteliğini açıklama bakımından şekli kriterin tek başına kullanılması yeterli olmamaktadır. Maddi kriterin de değerlendirmeye alınması ile TBMM Başkanlık Divanı işlemlerinin bir bölümünün idari işlem niteliği taşıdığı görülmektedir.³⁶ Diğer bir deyişle TBMM Başkanlık Divanının idari nitelik taşıyan, idari yapının işleyişine ilişkin kararları olduğu gibi, TBMM'nin iç işleyişine ve siyasal örgütüne ilişkin kararları da bulunmaktadır. TBMM Başkanlık Divanının görevleri TBMM İçtüzüğü'nde 13. maddede düzenlenmiştir. Bu görevlerin daha çok yasama fonksiyonuna ilişkin olduğu ifade edilebilir.³⁷

TBMM Başkanlık Divanının yasama organında görev yapan memurlarla ilgili olarak verdiği kararlar konusunda Danıştayın farklı kararları bulunmaktadır. Bir kararında Danıştay memuriyetin yasama organınca sonlandırılmasına karşı açılan bir davada, verilen kararın mahiyeti itibariyle idari nitelikte olduğunu belirtmiş, bununla birlikte bu işlem yasama organı tarafından yapıldığı için bunun idari davaya konu

³⁵ Eşen, 6.

³⁶ Bülent Yücel, "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri," *Sosyal Bilimler Dergisi* 1 (2004), 5.

³⁷ Eşen, 18-19.

olamayacağını belirtmiştir.³⁸ Diğer yandan ilerleyen süreçte Danıştay yasama organının memurlarla ilgili kararlarına karşı açılan davalara bakmıştır. Danıştay bir kararında TBMM Başkanlığının ve Başkanlık Divanının idari makam olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Sayıştay üyelerinin aylıklarının ve ödeneklerinin ödenmemesine yönelik TBMM Başkanı işlemine karşı açılan davada Danıştay, görev sorununu tartışmaksızın davaya bakmış ve verilen kararı iptal etmiştir.³⁹

B. TBMM Başkanlığının İdari Personele Yönelik İşlemleri

Yasama organının kendi bünyesinde çalışan idari personeli hakkında tesis etmiş olduğu birtakım işlemler vardır. Yasama organında görev yapan idari personel birtakım haklara ve yetkilere sahiptir. TBMM Başkanlığının idari personel ve milletvekilleri üzerindeki yetkileri TBMM İçtüzüğü'nde düzenlenmiştir.

Yasama organında görev yapan idari personel hakkında TBMM Başkanlığının düzenlemiş olduğu birtakım işlemlerin idari fonksiyon kapsamında kaldığı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Yasama organının idari personel hakkında yapmış olduğu faaliyetlerin hukuki niteliğinin ne olduğu, Danıştay kararlarına da konu olmuştur. Danıştay vermiş olduğu birtakım kararlarında TBMM Başkanlığı tarafından burada görev yapan personel hakkında yapılan işlemlere karşı açılan davalarda, bunlar fonksiyonel olarak idari işlem niteliği taşıdığı için bunların TBMM Genel Kurulunun veya komisyonlarının bir tasarrufu olarak düşünülemediğini, buna ilişkin olarak açılan

³⁸ Dan. Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1947/36, K. 1947/46, 16.05.1947, aktaran Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku*, Cilt II (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 140.

³⁹ Dan. Dava Daireleri Kurulu, E. 1967/846, K. 1968/271, 6.4.1968, aktaran Gözübüyük ve Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, 139-140.

davaların idari yargı mercilerinin görev alanına girdiğini ifade etmiştir.⁴⁰ Bu çerçevede yasama organı çalışanları, kendileri hakkında TBMM Başkanlığının almış olduğu kararlara karşı idari yargıya başvurabilirler. Örneğin bir idari personel TBMM Başkanlığının kendisi hakkında vermiş olduğu disiplin cezasını idari yargıya taşıyabilir.

Danıştayın bu kararları isabetlidir.⁴¹ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki TBMM Başkanlığı tarafından yapılan her türlü işlem idari işlem niteliği taşımaz. Örneğin TBMM'nin olağanüstü toplantıya çağırılması işlemi TBMM Başkanlığı tarafından yapılmakla birlikte idari işlem kapsamına girmemektedir.⁴²

C. TBMM'nin Birtakım Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Başkan ve Üye Seçme İşlemi

TBMM'nin Sayıştaya, Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna (RTÜK) üye seçme işlemi, Kamu Başdenetçisini seçme işlemi, Kişisel Verileri Koruma Kuruluna ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye seçme işlemi, yasama organının idari fonksiyon kapsamına dahil edilebilecek işlem türlerinden bir kısmını oluşturmaktadır. Bu kapsamda bu işlemlerin hukuki niteliğine genel olarak değinmekte fayda vardır.

⁴⁰ Örneğin bkz. Dan. 5. D, E. 1987/2380, K. 1987/1783, 16.12.1987, aktaran Gözübüyük ve Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, 139; Dan. 5. D, E. 1987/2379, K. 1987/1785, 16.12.1987 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴¹ TBMM Başkanlığının yalnızca bireysel idari işlemleri değil aynı zamanda düzenleyici işlemleri (yönetmelikleri) de idari işlem niteliğindedir ve idari yargının görev alanına girmektedir. Danıştay da bir kararında (Dan. 6. D, E. 1996/91, K. 1996/929, 28.02.1996) TBMM'nin çıkardığı yönetmeliklerin kendi denetimine tabi olduğuna karar vermiştir. Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 728.

⁴² Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 729.

1. TBMM'nin Sayıştaya Başkan ve Üye Seçme İşlemi

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun⁴³ 13. maddesi uyarınca Sayıştay başkanı TBMM Genel Kurulu tarafından bu Kanun'da belirtilen usullere göre seçilir. 6058 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca Sayıştay Genel Kurulunca her boş üyelik için belirlenen dört aday, TBMM'ce oluşturulan Geçici Komisyonunda ikiye düşürülerek bunlardan birisi Sayıştaya üye olarak seçilir.⁴⁴

Bir yönüyle Sayıştayın temel işlevinin TBMM adına bütçe denetimi yapmak olduğu, Sayıştayın faaliyetlerini TBMM'den ayrı olarak görmenin mümkün olmadığı, bunların bir bütün olduğu, bu nedenle Sayıştaya başkan ve üye seçme faaliyetinin yasama fonksiyonu kapsamında kaldığı ifade edilebilir. Başka bir yönüyle üst düzey kamusal makamlara üye atamaları, niteliği itibariyle prensip olarak idari fonksiyon kapsamında değerlendirilir. Bu sebeple Sayıştay her ne kadar idari görevlerden ziyade hesap yargılaması yapmak gibi görevleri yürütse de Sayıştaya üye seçimi, idari fonksiyon kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁵

Görülme ihtimali zayıf olsa da bu tür işlemlerde yapılabilecek ağır ve bariz hukuki hataların yargısal boyutta denetlenebilirliği hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda TBMM'nin Sayıştaya başkan ve üye seçme işlemini idari fonksiyon kapsamında değerlendirmek daha uygun görünmektedir. Böylelikle bu tür atamalara ilişkin yetki ve usulde yapılan açık ve bariz hataların idari yargı organları tarafından denetlenmesi mümkün olabilir.⁴⁶

⁴³ RG. 19.12.2010, S. 27790.

⁴⁴ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 57.

⁴⁵ Benzer görüş için bkz. Yücel, 14; Nohutçu ve Özin, 68.

⁴⁶ Ulusoy, 57; TBMM'nin AYM'ye üye seçimine ilişkin işlemin de yargısal denetime tabi tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Nohutçu ve Özin, 71.

1961 Anayasası döneminde, Cumhuriyet Senatosunun Sayıştay Birinci Başkanını seçme kararına karşı Anayasa Mahkemesine (AYM) iptal davası açılmıştır. AYM yapmış olduğu değerlendirmede kendisini bu konuda yetkisiz görmüş ve açılan davanın reddine karar vermiştir.⁴⁷ AYM ilerleyen yıllarda vermiş olduğu bir kararında isabetli bir şekilde, Sayıştaya üye seçiminin TBMM'nin istisnai olarak kullandığı, maddi anlamda idari nitelik gösteren bir yetki olduğunu belirtmiştir.⁴⁸

Danıştay bir kararında Meclis başkanının TBMM adına denetim görevini yerine getiren Sayıştayın da doğal olarak ita amiri olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Başka bir kararda ise kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemiş olan Anayasamıza göre TBMM'nin yetkilerinin ve görevlerinin yasama bölümünde düzenlendiğini, TBMM İçtüzüğü'ne göre oluşturulan Plan ve Bütçe Komisyonunun "*idari makam*" olarak düşünülmesinin mümkün olmadığını, bu kapsamda Sayıştaya üye seçme işleminin idari işlem olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını, idari yargı denetiminin de mümkün olmadığını belirtmiştir. Danıştay yapmış olduğu esas incelemesinde TBMM'nin bu konudaki seçim iradesine, bir diğer deyişle takdir yetkisine müdahale edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁰

Danıştay bu kararında şekli kriteri kullanarak idari fonksiyon- yasama fonksiyonu ayrımı yapmıştır ve yapılan işlemin hukuki niteliğinin idari fonksiyon kapsamına girmediği

⁴⁷ AYM, E. 1978/50, K. 1978/43, 22.6.1978, AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, 16.02.2023. Çalışmada kullanılan ve kaynak belirtilmeyen AYM norm denetimi kararları bu adresten alınmıştır.

⁴⁸ AYM, E. 1990/39, K. 1991/21, 11.07.1991.

⁴⁹ Dan. 3. D, E. 1978/834, K. 1978/894, 18.07.1978 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁰ Dan. 5. D, E. 1987/2379, K. 1987/1785, 16.12.1987 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

gerekçesiyle işlemin idari yargı organlarınca denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir. Danıştayın bu yaklaşımına katılmamaktayız. Burada şekli kriterin tek başına kullanılması yeterli görünmemektedir. Maddi ölçüt çerçevesinde, Sayıştaya başkan ve üye seçme işlemi yasama organının yasama fonksiyonu kapsamında yapmış olduğu bir faaliyet olmayıp, yargı denetimine tabi tutulabilecek idari fonksiyon kapsamına giren bir nitelik taşımaktadır. Elbette burada yasama organının bu konuda sahip olduğu geniş takdir yetkisinin denetlenmesi söz konusu değildir. Fakat maddi ölçüt çerçevesinde idari fonksiyon kapsamında kalan işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması, hukuk devletinin gereklerinden birisidir.⁵¹

2. TBMM'nin Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna Üye Seçme İşlemi

Anayasa'nın 133/2. maddesi uyarınca RTÜK üyeleri TBMM'de bulunan siyasi parti grupları tarafından seçilmektedir. RTÜK konumu itibariyle bağımsız idari otorite niteliği taşımaktadır ve idari fonksiyon kapsamında faaliyet yürütmektedir. RTÜK'ün yaptığı faaliyetlerin yasama fonksiyonu ile ilgisi bulunmamaktadır.⁵²

Danıştay bir kararında TBMM Genel Kurulunun RTÜK'e üye seçiminin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme yapmıştır. Danıştay bu kararında idare işlevine ilişkin işlemlerin yasama

⁵¹ TBMM'nin Sayıştaya üye seçme işlemi yasama fonksiyonu kapsamına girmese bile komisyon ve genel kurul kararı olarak ortaya çıktığı için bunun idari yargı organları tarafından denetlenemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Çağlayan, 117. Benzer şekilde Gözler de TBMM'nin Sayıştay başkanı ve üyelerini, Kamu başdenetçisini ve RTÜK üyelerini seçme işleminin bireysel idari işlem niteliği göstererek, maddi bakımdan idari işleme benzeseler bile organik olarak yasama işlemi olduklarını ve yasama işlemlerinin hukuki rejimine tabi olduklarını belirtmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 44; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 689.

⁵² Ulusoy, 58.

organı tarafından yapılmasının, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceğini, bunların yargısal denetim dışında bırakılmayacağını ifade etmiştir.⁵³ Danıştay 5. Dairesinin bu kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından hukuka uygun görülmüştür.⁵⁴ Bu bağlamda RTÜK'e üye seçme işlemi yasama organı tarafından yapılsa da maddi anlamda idari fonksiyon kapsamında yapılan bir işlem olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle idari yargı organları tarafından denetlenebilir.⁵⁵

Böylelikle iradenin dışı vurum şekli parlamento kararı olarak tezahür etse de maddi ölçüt çerçevesinde idari işlem özelliği taşıyan birtakım yasama organı işlemlerinin bulunabileceği ve bunların idari yargı organlarınca denetlenebileceği, zikredilen yargı içtihatlarıyla tespit edilmiştir.

3. TBMM'nin Kamu Başdenetçisini Seçme İşlemi

TBMM Genel Kurulunun kamu başdenetçisini seçme işleminin maddi kriter açısından idari nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle kamu başdenetçisi seçimine ilişkin bu kararın idari yargının görev alanına girdiği ifade edilmiştir. Bu kabul ile hem kamu başdenetçisi seçimine ilişkin TBMM Genel Kurul kararının, ilk incelemede görevli mahkemenin belirsizliği nedeniyle muallakta kalması engellenecektir, hem de esas

⁵³ Dan. 5. D, E. 2005/5627, K. 2007/72, 24.01.2007, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); TBMM'nin RTÜK'e üye seçme işleminin, idari fonksiyon kapsamına girse bile idari yargı denetiminin dışında bulunduğu, zira bunun bir "parlamento kararı" ile alındığı, ancak açık anayasal düzenleme ile anayasa yargısının konusu olabileceği yönündeki görüş için bkz. Çağlayan, 116.

⁵⁴ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2008/697, 18.12.2012, aktaran Ulusoy, 58.

⁵⁵ İl Han Özay, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu," *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no. 10 (1995), 59-60.

incelemesi aşamasında Genel Kurul iradesinin hukuka uygunluğu denetlenebilecektir.⁵⁶

4. TBMM'nin Kişisel Verileri Koruma Kuruluna ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna Üye Seçme İşlemi

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun⁵⁷ 21. maddesinde TBMM'nin, Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun karar organı olan Kişisel Verileri Koruma Kuruluna beş üye seçeceği belirtilmiş, üye olabilme şartları ve üyelerin seçim usulü düzenlenmiştir. Diğer yandan Anayasa'nın 159. maddesine göre TBMM, Hakimler ve Savcılar Kuruluna bu maddede belirtilen kişiler arasından toplam yedi adet üye seçme hakkına sahiptir.

TBMM'nin Kişisel Verileri Koruma Kuruluna ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye seçme işleminin maddi ölçüt çerçevesinde idari fonksiyon kapsamında değerlendirilmesi ile TBMM'nin ilgili mevzuatta belirtilen koşullara uymayan bir üye seçmesi ya da başka bir hukuka aykırılık durumunda, bu işlemlerin yargı denetimine tutulması mümkün olacaktır.⁵⁸

⁵⁶ Nazile İrem Yeşilyurt, "TBMM'nin Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemlerinin Yargısal Denetimi Üzerine Bir Çözümleme," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 107 (2013), 141; 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, kamu başdenetçisi TBMM Genel Kurulu tarafından seçilirken, kamu denetçileri TBMM'de oluşturulan Karma Komisyon tarafından seçilmektedir.

⁵⁷ RG. 7.4.2016, S. 29677.

⁵⁸ Teziç, yasama organının yüksek dereceli kamu görevlilerini ve yüksek mahkemelere üye atamasını idari işlev kapsamında kalan işlemler olarak değerlendirmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 467; Benzer şekilde Yücel de yasama organının bazı işlemlerinin idare işlevi kapsamında kaldığını "Her ne kadar, işlemi yapan yasama organı da olsa, maddi ölçüt gereğince yapılan işlemlerin idari nitelikli olması, yasama organını da o işlem açısından idare konumuna sokacak ve dolayısıyla 125. madde kapsamında değerlendirilmesine neden olacaktır. İşlemleri

III. MİLLETVEKİLLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE MİLLETVEKİLLERİNE VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Konunun daha iyi izah edilebilmesi için öncelikle genel olarak milletvekillerinin hukuki statüsüne, bunlara verilebilecek disiplin cezalarına değinildikten sonra milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hukuki niteliği incelenmeye çalışılacaktır.

A. Genel Olarak Milletvekillerinin Hukuki Statüsü ve Milletvekillerine Verilebilecek Disiplin Cezaları

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca *"kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* Kamu görevlisi kavramı doktrinde iki anlamda kullanılmakta olup bunlar dar anlamda ve geniş anlamda kamu görevlisidir. Dar anlamda kamu görevlisi, özel hukuka tabi olarak çalışanlar haricinde kamu tüzel kişilerinde mesleki bir sıfatla ücretli olarak çalışan ve kamu hukuku rejimine tabi olan kamu görevlilerini ifade eder. Geniş anlamda kamu görevlisi ise yaptıkları görevin niteliğine ve hukuki durumlarına bakılmaksızın devletin tüm organlarında ve kamu kesiminde

yapan makâmın yasama organı olması, sırf bu niteliği sebebiyle, idari işlemler açısından yargısal denetimden ayırık tutulan hallerin kapsamını genişletmek sonucunu doğurmamalıdır." ifadeleri ile belirtmektedir. Yücel, 15; TBMM'nin çeşitli kurullara üye seçme işlevinin Genel Kurul tarafından yapılmış olması nedeniyle bunların idare işlevine dayanan idari işlem olarak değil de yasama fonksiyonuna dayanan parlamento kararı olduğu yönündeki görüş için bkz. Kılıç, 449; Gözler ise yasama organınca alınan parlamento kararlarının Anayasa'da belirtilen üç parlamento kararı haricinde yargısal denetimlerinin yapılamayacağını ifade etmektedir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 701 ve devamı.

görev yapan, kamu hukuku rejimine tabi olan herkesi ifade etmektedir.⁵⁹

Milletvekillerinin kamu görevlisi olup olmadığı Anayasa'da belirtilmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁶⁰ 6/1-c maddesinde belirtilen "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" ifadesinden yola çıkarak milletvekillerinin asli ve sürekli nitelikte bir kamusal faaliyet olan yasama faaliyetlerini yürüten, seçim yoluyla göreve gelen ve süreli bir şekilde bu faaliyetleri yerine getiren kamu görevlisi olduğu ifade edilebilir.⁶¹ Milletvekilleri 'geniş anlamda kamu görevlisi'⁶² kapsamına girmekle birlikte, seçilmiş olmaları ve ifa ettikleri görev itibarıyla diğer kamu görevlilerinden farklı özellikler gösterirler. Milletvekilleri, milletin temsilcileri olarak TBMM'de görev yapmakta olup, egemenlik yetkisi millet adına milletvekilleri vasıtasıyla kullanılmaktadır. Milletvekillerinin halkın istek ve arzularını rahatça ifade edebilmeleri maksadıyla milletvekilleri için Anayasa'da yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu gibi güvenceler benimsenmiştir. Bununla birlikte bir kurum olarak TBMM'nin, çalışma düzeninin tesis edilip

⁵⁹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*. Cilt II (Bursa: Ekin Yayınları, 2019), 644; Günday, 580. Benzer tanımlama için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları: 2023), 701-702; Ulusoy Kamu hukuku çalışanlarını kendi içerisinde "Kamu Görevlileri" ve "İstisnai Kamu Hukuku Çalışanı" olarak ayırmakta olup, milletvekili, muhtar, belediye başkanı gibi seçimle gelen ve belli bir süre görev yapan kamu hukuku çalışanları ile asli, rutin ve sürekli kamusal görev yürüten kamu görevlilerinin birbirinden ayrılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Ulusoy, 617.

⁶⁰ RG, 12.10.2004, S: 25611.

⁶¹ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 717-718.

⁶² Akyılmaz vd., 701; Gözler, *İdare Hukuku*. Cilt II, 644; Eren, 718; Milletvekillerinin geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilebileceğine ve statülerine ilişkin açıklamalar için bkz. AYM, E. 2009/57, K. 2011/33, 03.02.2011.

korunması gerekir. Nitekim fiiliyatta TBMM'nin çalışmaları sırasında milletvekilleri tarafından arzu edilmeyen birtakım olumsuz davranışlar sergilenmektedir.

Disiplin cezaları esas olarak hiyerarşi gücüne dayanılarak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi maksadıyla, kamu hizmeti ifa eden görevlinin hizmete bağlılığını ve kamu hizmetini iyi bir şekilde ifa etmesini sağlamak için verilen idari yaptırımlardır.⁶³ Çalışılan kurumun düzenini tesis edip korumak maksadıyla getirilmişlerdir. Bu bağlamda disiplin cezaları, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında kendi mevzuatlarına dayanılarak ilgililere uygulanan idari işlemlerdir. Milletvekillerinin disiplin hükümleri, memurlara ve diğer kamu görevlilerine ilişkin disiplin hükümlerinden bağımsız olarak TBMM İçtüzüğü'nde 156 ila 163. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBMM İçtüzüğü'nde düzenlenen disiplin hükümleri -diğer kamu kurum ve kuruluşlarında olduğu gibi- yasama organının bir devlet organı olarak gereği gibi çalışabilmesi maksadıyla getirilmiş olan düzenlemeler olup, yasama fonksiyonu nedeniyle ve/veya yasama fonksiyonu kapsamında öngörülmüş düzenlemeler değildir.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin tabi olacakları disiplin hükümleri ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Disiplin cezaları konusunda memurların ve diğer kamu görevlilerinin yargısal başvuru hakkı bulunmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi kapsamına giren milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı başvurulabilecek yargı yolu konusunda Anayasa'da ve TBMM İçtüzüğü'nde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın 129/3. maddesinde "Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." şeklinde ifade edilmiştir. Geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilen milletvekillerini, Anayasa'nın memurlara ve diğer kamu

⁶³ Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 37.

görevlilerine tanıdığı bu yargısal başvuru hakkından hariç tutacak bir düzenleme bulunmamaktadır.

TBMM İçtüzüğü'nün 156. maddesine göre milletvekillerine disiplin cezası olarak uyarma, kınama ve meclisten geçici çıkarma cezası verilebilir. TBMM İçtüzüğü'nün 157. maddesinde söz kesmek, sükûneti ve çalışma düzenini bozmak, şahsiyatla uğraşmak uyarma cezasını gerektiren durumlar olarak düzenlenmiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 159. maddesinde "*Aynı birleşimde iki defa uyarma cezası alan milletvekilinin*", "*söz söylemekten yasaklama cezası*" alabileceği hâl düzenlenmiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 160. maddesinde kınama cezasını gerektiren hareketler düzenlenmiş olup, "*Kaba ve yaralayıcı sözler sarf etmek ve hareketler yapmak*" ve "*Bir ay içinde üç kere uyarma cezasına uğramış olmak*" gibi birtakım haller, kınama cezasını gerektiren durumlar arasında sayılmıştır. TBMM İçtüzüğü'nün 161. maddesinde ise "*Meclisten geçici çıkarma*" cezası düzenlenmiş olup bu cezayı gerektiren hallere örnek olarak "*Aynı birleşim sırasında üç kere kınama cezasına uğramak*" ve "*Bir ay içinde beş kere kınama cezası almak*" gibi haller gösterilebilir. TBMM İçtüzüğü'nün 163/5. maddesi uyarınca "*Kınama cezasına çarptırılan milletvekilinin bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte biri kesilir.*".

TBMM İçtüzüğü'nün 158. maddesi uyarınca "*Uyarma cezası verilmesinin gereğini takdir ve yerine getirme yetkisi, Başkana aittir.*". İçtüzükte öngörülen diğer cezalar bakımından 159. ve 163. maddelerde "*Genel Kurulca görüşmesiz, işaret oyu ile kararlaştırılır*" şeklinde belirtilmiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 163. maddesinde verilen cezalara karşı ilgilinin ya da arkadaşının savunma yapabileceği düzenlenmiş olsa da bu düzenleme yargı yoluna başvuruyu engelleyecek bir düzenleme değildir.

Görüldüğü üzere milletvekilleri bakımından öngörülmüş olan "*Meclisten geçici çıkarma*" cezası ve "*söz söylemekten yasaklama cezası*" gibi disiplin cezaları milletvekilinin ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı, ödenek ve yolluk kesintileri ise mülkiyet hakkına

müdahale edici nitelik taşımaktadır. Bu durum dolaylı olarak milletvekilinin temsil ettiği kesimin yasama organında yeterince ifade edilmesine mâni olabilir. Yasama organında sayısal çoğunluğun belli partiler lehine artması durumunda, hukuksuz disiplin cezalarının verilmesi gündeme gelebilir. Böylelikle dolaylı da olsa yasama organının üstlenmiş olduğu bazı görevler sekteye uğrayabilir.

B. Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği

Yukarıda izah edildiği üzere yasama fonksiyonu genel, soyut, bir kez uygulanmakla tükenmeyen objektif ve sürekli norm koyma niteliğini ifade ederken, idari fonksiyon konulmuş olan bu genel ve soyut normların bireysel olaylara ve kişilere uygulanması işlevidir. Kural olarak böyle olmakla birlikte hem yasama organının bireysel nitelik gösteren işlemleri hem de idarenin genel ve soyut nitelik gösteren işlemleri olabilmektedir.⁶⁴ İdari işlemler yalnızca idari organlar tarafından yapılabilen işlemler değildir. Yasama ve yargı organlarının kendi fonksiyonları kapsamına girmeyen faaliyetlerine ilişkin birtakım işlemleri idari fonksiyon kapsamında kalabilir.⁶⁵

Yasama organında görev yapan milletvekilleri hakkında TBMM'nin tesis etmiş olduğu disiplin cezaları, AYM'ye yapılan 27.10.2022 tarihli 2018/1878 numaralı bireysel başvuru dosyası ile AYM'nin gündemine gelmiştir. AYM 2018/1878 numaralı bireysel başvuruda başvuran milletvekili, TBMM'de kullanmış olduğu bir ifadeden dolayı disiplin cezasına mahkûm edilmiştir. TBMM Genel Kurulu tarafından başvurana disiplin cezası olarak, başvuranın TBMM'den geçici çıkarılmasına ve bunun neticesi olarak bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin

⁶⁴ Nohutçu ve Özin, 63.

⁶⁵ Sancakdar vd., 35-36.

kesilmesine karar verilmiştir.⁶⁶ Başvuran milletvekili, TBMM Genel Kurulu kararına karşı itiraz yolunun kapalı olması gerekçesiyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM yasama organının disiplin cezası verme işleminin, yargı denetimi dışında bırakılan *yasama işlemi* niteliğinde kaldığını ifade ederek, başvurunun "*konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna*" oy çokluğu ile karar vermiştir.⁶⁷

Konumuz bakımından önem arz eden husus, başvuran milletvekiline disiplin cezası verme işleminin yasama işlemi olarak mı idari işlem olarak mı değerlendirileceği hususudur. Bir diğer deyişle milletvekiline verilen disiplin cezasının yasama fonksiyonu kapsamında mı, yoksa idari fonksiyon kapsamında mı kaldığının tespiti gereklidir. Milletvekillerine verilen disiplin cezalarında iradenin açıklanma şekli -uyarma cezası haricinde- Genel Kurul tarafından alınan parlamento kararı şeklinde tezahür etmektedir. Disiplin cezası başvuran milletvekiline, TBMM Genel Kurulunun "*TBMM kararı*" ile diğer adıyla "*parlamento kararı*" ile verilmiştir.

Yapılan hukuki işlemin bireysel başvuru konusu olup olamayacağı hususu ile idari fonksiyon kapsamına girip girmediği, böylelikle idari yargı organlarında dava edilip edilmeyeceği hususu farklı konulardır. Bu nedenle öncelikle milletvekillerine verilen disiplin cezalarının hangi fonksiyon kapsamına girdiği; yapılan hukuki işlemin niteliği belirlenmelidir. Zira bu belirlendikten sonra, işlemin yargı denetimine girip girmediği saptanabilir.

⁶⁶ TBMM İçtüzüğü'nün 163/5. maddesinde belirtilen "*Meclisten geçici olarak çıkarma cezasına çarptırılan milletvekilinin bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisi*"nin kesilmesi bölümü AYM'nin E. 2017/162, K. 2018/100, 17.10.2018 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. AYM, Bireysel Başvuru (B.B.) No: 2018/1878, 27.10.2022, paragraf (p.) 23, AYM Kararlar Bilgi Bankası, (Erişim tarihi Şubat 16, 2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

⁶⁷ AYM, B.B. No: 2018/1878, 27.10.2022.

Devlet organlarının fonksiyonları konusunda kullanılan kriterler bakımından milletvekillerine verilen disiplin cezaları, şekli kriter kullanıldığında yasama fonksiyonu kapsamında kalmaktadır. Şekli kriter uyarınca yasama fonksiyonu kapsamında kalan bir işlemin idari yargı organları tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Fakat aşağıda izah edileceği üzere, milletvekillerine verilen disiplin cezaları, kamu gücü tarafından kurum düzenin korunması maksadıyla tesis edilen işlemlerden olup doktrinde ve yargı kararlarında kullanılan idari işlem tanımlamasına uymaktadır. Sadece şekli kriter esas alınırsa, idari fonksiyon kapsamında kalan, kişilerin temel haklarını ve hürriyetlerini kısıtlayan bir işlem, açık hukuki dayanak olmaksızın yargı denetiminden muaf tutulmuş olacaktır. Bu durumda yasama organını sınırlayan bir hukuki güç bulunmayıp, TBMM'de sayısal çoğunluğu elinde bulunduran siyasi parti gruplarının keyfi uygulamalarının önü açılmış olacaktır. Bu nedenle şekli kriterin buradaki hukuki işlemin niteliğini belirleme bakımından yeterli olmadığını değerlendirmekteyiz.

İdari fonksiyonun önemli bir bölümünü idari işlemler oluşturmaktadır. Milletvekili hakkında düzenlenen disiplin cezasının hukuki niteliğini belirleme bakımından idari işlem kavramının ne anlama geldiğini hatırlamakta fayda vardır.

İdari işlem kavramı en genel tanımıyla idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olan irade açıklamaları olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda bir idari işlemin varlığından bahsedebilmek için irade açıklamasının ve hukuki sonucun varlığı gereklidir. İdari işlem bu iki unsurun bir araya gelmesi ile meydana gelir.⁶⁸ Benzer bir tanımla ile Danıştay idari işlemi, idari makam veya mercilerin idare hukuku alanında yürütmüş

⁶⁸ Ahmet Emrah Akyazan, "Maddî Açından İdari İşlemler," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 85 (2009), 221; Benzer tanımlar için bkz. Yıldırım vd., 408-411.

olduğu faaliyetlerle ilgili olarak, kamu hukuku kurallarını uygulamak suretiyle kamusal alanda tesis ettikleri, tek taraflı ve doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte hukuki işlemler olarak tanımlamıştır.⁶⁹ Başka bir kararında ise idari merciler tarafından idari fonksiyonla ilgili olarak kamu hukuku alanında başka bir makamın onayı gerekmeksizin tesis edilen, doğrudan uygulanabilir ve tek taraflı nitelikteki irade beyanları olarak tanımlamıştır.⁷⁰

İdari işlem konusunda belki de en kapsamlı tanımlamanın Akyılmaz, Sezginer ve Kaya tarafından yapıldığı söylenebilir. Buna göre idari işlem, idare ya da idare adına hareket eden özel hukuk kişilerin veya yargı veya yasama organlarının, yargı ve yasama fonksiyonu dışında kalan, idari fonksiyona ilişkin olan ve kamu gücü kullanılarak yapılan, doğrudan veya belli bir süreç içerisinde, rızalarıyla ya da rızaları dışında, kişilerin ya da nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelik taşıyan tek yanlı irade açıklamalarıdır.⁷¹

Bu noktada idari işlem türlerini genel hatları ile hatırlamak, konunun izahı bakımından yararlı olacaktır. İdari işlemler ilk olarak birel işlem olarak adlandırılan somut, bir kez uygulanmakla tükenen kişisel düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkabilir. İkinci olarak düzenleyici işlem olarak adlandırılan genel nitelikte, soyut, kişilik dışı ve sürekli nitelik gösteren idari işlemler de vardır. İdari işlemin somut bir düzenleme mi yoksa soyut bir düzenleme mi olduğunun belirlenmesi hususunda düzenlenen hukuki durum ile düzenlemenin muhatabının kim

⁶⁹ Dan. 10. D, E. 2007/6407, K. 2008/3039, 30.04.2008; Dan. 7. D, E. 2002/3190, K. 2002/2962, 26.09.2002 (Legalbank).

⁷⁰ Dan. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/4286, K. 2007/60, 08.02.2007 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Dan. 7. D, E. 2002/3190, K. 2002/2962, 26.09.2002: *“yasama ve yargı fonksiyonları ile hükümet etme faaliyeti dışında kalan tüm kurumsal işler, yönetim işlevini meydana getirir”* (Legalbank); Benzer tanımlamalar için bkz. AYM, E. 2005/108, K. 2006/35, 01.03.2006.

⁷¹ Akyılmaz vd., 366.

olduğu konuları önem arz etmektedir. Buna göre yapılan düzenleme kişi, yer ve zaman bakımından belirlenebilir nitelikteyse ortada somut bir düzenleme bulunmaktadır. Bunlar bir kez uygulanmakla tükenirler. Bu tür işlemler birel işlem olarak adlandırılırlar. Bunun yanı sıra düzenlenen hukuki durum kavramsal nitelikte olup bir şarta ya da varsayıma dayanıyorsa, soyut ve sürekli nitelikte bir düzenleme söz konusudur. Buna karşın sayıları belli olmayan ve kapsama alanına girecek herkese yönelik bir işlem söz konusu ise ortada kişilik dışı, genel düzenleyici işlem bulunmaktadır. Bu tür işlemlere idarenin düzenleyici işlemleri denir.⁷² Bu bağlamda kamu personel hukukunda disiplin cezaları birel idari işlem niteliği taşımaktadır.

Milletvekiline disiplin cezası verme işleminde ortada her ne kadar TBMM Genel Kurulu tarafından yapılmış bir işlem olsa da çalışma düzeninin devamı maksadıyla yetkili organ tarafından alınmış, kişilerin haklarını etkileyen, kişiler üzerinde hukuki sonuç doğuran, icra edilebilir nitelikte bir karar bulunmaktadır. Bu noktada bu işlemler, yasama işlemlerine dolaylı katkısı olan işlemler olarak nitelendirilebilir. Yasama işlemlerine dolaylı katkısı olan ya da bunlara dolaylı olarak etki eden tüm işlemler yasama fonksiyonu çerçevesinde değerlendirilirse, bu çıkarım bizi yasama organı tarafından yapılan hiçbir işlemin idari işlem niteliği taşımadığı yanılığısına düşürecektir.

Milletvekillere disiplin cezası verme işlemi kanımızca yasama organının yasama faaliyeti kapsamında yapmış olduğu bir işlem olmayıp, yasama işlemlerinin gereği gibi yapılması amacıyla getirilmiş olan, yasama işlemlerine dolaylı olarak katkı sağlayan, TBMM İçtüzüğü'nün uygulanması niteliğinde bir karardır. Bu nedenle yasama organı tarafından milletvekillere verilen disiplin cezalarının maddi kriter ve idari işlem teorisi çerçevesinde idari fonksiyon kapsamında kaldığını

⁷² Akyazan, 230-231.

değerlendirmekteyiz.⁷³ Zira her ne kadar yasama organı tarafından yapılmış olsa da verilen disiplin cezaları, ilgisinin hukuki durumunu etkileyen, kamu gücü kullanımına dayanan, tek taraflı, ilgili milletvekilinin ifade hürriyeti ve mülkiyet hakkı gibi temel haklarına ve hürriyetlerine doğrudan müdahale edebilen, mahiyetleri itibariyle idari fonksiyon niteliği baskın olan, birel nitelikte idari işlemlerin özelliklerini sergilemektedir.

IV. MİLLETVEKİLLERİNE VERİLEN DİSİPLİN CEZALARINA KARŞI YARGISAL BAŞVURU

Bu başlık altında milletvekillerine verilen disiplin cezalarının dava edilebilirliği sorunu ve milletvekillerine verilen disiplin cezalarında görevli ve yetkili yargı organı incelenecektir.

A. Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarının Dava Edilebilirliği

Yukarıda izah edildiği üzere milletvekillerine ilişkin disiplin cezaları, -uyarma cezası haricinde- TBMM Genel Kurulu tarafından alınan parlamento kararı ile tesis edilmektedir. Anayasa'nın 85. maddesinde "*Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine*" ilişkin parlamento kararlarına karşı, kararın Anayasa'ya, kanuna ya da içtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için AYM'ye başvurabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca AYM denetimine tabi olan diğer parlamento kararı TBMM İçtüzüğü'dür. Anayasa koyucunun bu açık düzenlemesi karşısında, diğer parlamento kararlarına karşı yargı yoluna başvuru imkanının tanınmadığı, zira onları yargı denetimine tabi kılmak isteseydi anayasa koyucunun bu şekilde istisnai bir hüküm düzenlemeyeceği ya da en azından yargı denetimine tabi

⁷³ TBMM İçtüzüğü'nün 156. maddesine göre milletvekillerine verilebilecek disiplin cezalarının yasama organının idari faaliyetleri kapsamında değerlendirilebileceği yönündeki görüş için bkz. Sancakdar vd., 36.

kılmak istediği diğer parlamento kararlarını da belirteceği şeklinde bir iddia ileri sürülebilir. Nitekim Türk anayasa hukuku doktrininde, Anayasa'da belirtilenler haricinde diğer parlamento kararlarının yargı denetimine tabi olmadığı şeklinde geniş bir kabul bulunmaktadır.⁷⁴

Bununla birlikte bu yorum hem bugüne kadar AYM'nin yapmış olduğu parlamento kararı denetimleriyle çelişmektedir hem de yasama organının da idari işlem yapabileceği gerçeğiyle uyuşmamaktadır. Türk idare hukukunda kural olarak idari işlemlere karşı yargı denetimi açıktır. Bu durumda anayasa hukuku doktrinindeki genel kabul, somut olay adaletine uymayabilir ve kamu vicdanını tatmin etmeyebilir. Nitekim bugüne kadar parlamento kararlarına karşı açılmış çeşitli davalar olmuştur.

Yukarıda ifade edildiği üzere milletvekillerinin kural dışı davranışlarına karşı verilecek disiplin cezaları ve bunların verilmesinde uygulanacak usuller TBMM İçtüzüğü'nde düzenlenmiştir.⁷⁵ TBMM Genel Kurulu tarafından disiplin cezası verilecek milletvekiline, TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen cezadan daha ağır bir cezanın verilmesi durumunda ya da burada öngörülen usul dışında bir yöntem izlenerek ceza verildiğinde nasıl bir yol izlenmelidir? Bu tür durumlarda, yapılan işlemin yargı denetimine tabi olmadığı kabulü, denetlenemez işlemler grubunu açık hukuki dayanak olmaksızın genişletmek anlamına gelecektir. Bu durum hak arama hürriyetiyle, adil yargılanma hakkıyla ve hukuk devleti

⁷⁴ Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 239; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 701 ve devamı; Erdal Abdulkakımoğulları, "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu," *Yasama Dergisi*, no. 5 (2007), 7; TBMM kararlarını yasama fonksiyonu kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Günday, 10-11.

⁷⁵ Şeref İba, "Türk Parlamento Hukukunda Milletvekillerinin Kural Dışı Tutum ve Davranışları ve Disiplin Cezası Uygulamaları," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no. 57-1 (2002), 44.

ilkesiyle bağdaşmaz. Yapılan işlemin yasama fonksiyonu kapsamında yapıldığını kabul ederek disiplin cezası verme işlemini yargı denetimi dışında bırakmak, bizleri hukukun ulaşmak istediği adil sonucu ulaştırmayacaktır.

AYM'nin 2018/1878 numaralı bireysel başvuru kararında, TBMM İçtüzüğü'nün 163. maddesinde TBMM'den geçici çıkarma disiplin cezasının verilmesine ilişkin usulün belirlendiği, buna göre bu cezanın yalnızca oturum başkanının teklifi üzerine Genel Kurulca verilebileceği, nitekim somut başvuruda da başvuran milletvekili hakkındaki disiplin cezasının TBMM Başkanvekilinin teklifi ile TBMM Genel Kurulu tarafından oyçokluğuyla alındığı, TBMM'nin Genel Kurulunda ve yapılan bir oylama sonucunda alınmış olması nedeniyle ilgili disiplin cezasının bir parlamento kararı olduğu belirtilmiştir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un⁷⁶ (6216 sayılı Kanun) 45/3. maddesinde⁷⁷ bireysel başvuruya konu işlemin, işlem bakımından sınırı gösterilmiş olup söz konusu işlemin AYM'nin konu bakımından yetkisine girmesi gerekir. AYM'ye göre burada yasama organı tarafından yapılan bir işlem; *yasama işlemi* söz konusudur. Bir diğer deyişle AYM, parlamento kararını TBMM'nin kanun dışındaki "*yasama işlemleri*" olarak ifade etmektedir.⁷⁸

AYM'ye göre *yasama işlemlerinin* yargısal denetimleri Anayasa'da ayrıca düzenlenmiş olup, hangi yasama faaliyetinin hangi tür yargısal denetime tabi olacağı tek tek ifade edilmiştir, bu konuda AYM yetkili kılınmıştır. Birer yasama işlemi olan parlamento kararları içerisinden milletvekilliğinin düşmesine,

⁷⁶ RG. 3.4.2011, S. 27894.

⁷⁷ 6216 sayılı Kanun madde 45/3: "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

⁷⁸ AYM, B.B. No: 2018/1878, 27.10.2022.

yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve TBMM İçtüzüğü değişikliklerine ilişkin kararlar Anayasa'nın 85. ve 148. maddesi ile yargısal denetime tabi tutulmuştur. Bu üç parlamento kararı haricinde Anayasa'da diğer parlamento kararlarının yargısal denetimlerinin yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasal yetkilendirmenin yapılmadığı bir alanda AYM'nin denetim yapması mümkün değildir.⁷⁹

AYM'nin 2018/1878 başvuru numaralı kararında karşı oy görüşünde, *yasama işlemi* kavramından başvurucuyu doğrudan ve kişisel olarak etkilemeyen kural koyucu/düzenleyici yasama işlemlerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle niteliği gereği bireylerin temel haklarını ve özgürlüklerini doğrudan ve kişisel olarak etkileyen parlamento kararlarının değil, sadece soyut ve genel nitelik taşıyan parlamento kararlarının bireysel başvurulara konu olmayacağı belirtilmiştir. Somut olayda verilen disiplin cezasının parlamento kararı niteliği taşıdığı, bunun kural koyucu parlamento kararı niteliği taşıyan TBMM İçtüzüğü'nün uygulanması niteliğinde olduğu belirtilmiştir. İçtüzük hükümlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılması mümkün olmamakla birlikte İçtüzük hükmünün uygulanması niteliği taşıyan başvuru konusu disiplin cezasına karşı bireysel başvuru yapılmasında herhangi bir engel bulunmadığı, aksi uygulamanın Anayasa'nın 148/3. maddesine aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁸⁰

AYM'nin bu kararının gerekçesinde ve karşı oy görüşünde milletvekiline verilen disiplin cezasının bireysel başvuruya konu olup olamayacağı bakımından değerlendirme yapılmış olup, disiplin cezası verme işleminin temel hakları ve hürriyetleri etkileyen bir parlamento kararı olduğu, düzenleyici idari işlem kapsamında kalmadığı ve bunlara karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm bulunmadığı gibi hususlara değinilmiş, bunun ötesinde yapılan işlemin hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin

⁷⁹ AYM, B.B. No: 2018/1878, 27.10.2022, p. 25.

⁸⁰ AYM, B.B. No: 2018/1878, 27.10.2022, Karşı oy Hasan Tahsin Gökcan, p. 13.

değerlendirmeye girilmemiştir.⁸¹ Yapılan bu değerlendirmelerde parlamento kararları bakımından içerik olarak ayrıma gidilmiştir. Parlamento kararları soyut/genel nitelik gösteren parlamento kararları ve somut/birel nitelik gösteren parlamento kararları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Bu kararda AYM gerekçesinde ve karşı oy görüşlerinde, milletvekiline disiplin cezası verme işleminin hukuki niteliği konusunda yeteri kadar değerlendirme yapılmadığını düşünmekteyiz. Kanımızca söz konusu bireysel başvurudaki hukuki sorun; ortada idari fonksiyon kapsamına giren bir hukuki işlemin varlığı, buna rağmen olağan başvuru yollarının tüketilmemiş olmasıdır.

6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesinde *yasama işlemleri* konu bakımından bireysel başvuru kapsamı dışında tutulmuştur. Söz konusu bireysel başvuruya konu işlemin, şekli kriter çerçevesinde yasama işlemi niteliğinde olduğuna kuşku yoktur. Fakat yalnızca şekli kriter bakımından değerlendirme yapmak, bizi yapılan işlemin hem olağan yargı denetiminden hem de bireysel başvuru denetiminden hariç tutulması sonucuna götürecektir.

TBMM'nin bireylerin hukukunu etkileyen parlamento kararlarının yargı denetimi dışında olduğunun kabulü, TBMM İçtüzüğü'ne aykırı yasama organı işlemlerinin yargı denetimi

⁸¹ Bununla birlikte karşı oy görüşlerinde birtakım hukuki gerekçeler ileri sürülmüştür. Örneğin Zühtü Aslan karşı oy görüşünde, Anayasa'da sadece idari işlemler bakımından yargı yolunun kapatıldığı durumların sayıldığını, oysa yasama işlemleri ve bu kapsamda parlamento kararları bakımından böyle bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bu gerekçeye devamla "*Anayasa'da herhangi bir yasama işleminin yargı denetimi dışında bırakıldığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda İçtüzük uygulanarak milletvekillerine disiplin cezası verilmesi şeklindeki işlemlerin yargıya kapalı olduğuna dair de herhangi bir anayasal düzenleme yoktur.*" şeklinde ifade etmiştir. AYM, B.B. No: 2018/1878, 27.10.2022, Karşı oy Zühtü Aslan, p. 10-15.

dışında kalmasına neden olacaktır.⁸² AYM'nin 2018/1878 numaralı bireysel başvuru kararının gerekçesinde belirtilen, milletvekillerine verilen disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılan bir *yasama işlemi* olduğu görüşüne katılmamaktayız. Zira başvuran milletvekiline verilen disiplin cezası maddi kriter ve idari işlem teorisi çerçevesinde bir idari işlemin sahip olduğu özellikleri taşımaktadır.

Bu kararında AYM'nin, TBMM Genel Kurulunun milletvekiline disiplin cezası verme işlemini parlamento kararı olarak nitelendirmesinde yanlış bir tespit bulunmamaktadır. Anayasa'da belirtilen üç parlamento kararı haricinde diğer parlamento kararlarının yargısal denetime tabi tutulmadığı yorumu da -anayasa hukuku doktrinindeki genel kabul gözetildiğinde- ileri sürülebilecek bir görüştür. Fakat burada eksik bir husus görünmektedir. Sorun zannımızca olaya yalnızca anayasa hukuku perspektifinden bakılmasından kaynaklanmaktadır. Oysa uyumsuzluğun hakkaniyetli çözümü için aynı zamanda idare hukuku perspektifinden de bakılmalıdır. Üstelik AYM'nin bu yorumu, AYM ve Danıştay içtihatlarıyla da uyumsuzdur. AYM ve idari yargı denetimine tabi olan kimi parlamento kararları hukuk sistemimizde mevcuttur.

AYM'nin Anayasa'da belirtilen üç parlamento kararı haricinde diğer parlamento kararlarının yargısal denetimlerinin yapılamayacağı yorumu tartışılabilir. Anayasa'nın lafzi yorumu çerçevesinde, bu üç parlamento kararı haricinde kalan diğer parlamento kararlarının AYM'nin yargısal denetimine tabi olmadığı söylenebilir. Fakat diğer parlamento kararlarının, AYM denetimi haricindeki yargısal denetimlere tabi tutulmasını sınırlayan bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Anayasa koyucunun bu üç parlamento kararını özellikle AYM'nin denetimine tabi tutmak istediği, diğer parlamento kararları bakımından genel hükümlerin uygulanması gerektiği ileri

⁸² Kılıç, 451.

sürülebilir. Bir diğer deyişle Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan düzenleme burada belirtilen parlamento kararlarının yargısal denetimi konusunda AYM'yi özel görevli kılan bir düzenleme olarak yorumlanabilir. Nitekim bu çözüm yolu, belirtildiği üzere bugüne kadar kimi parlamento kararlarının yargı organları tarafından denetime tabi tutulmuş olması göz önünde bulundurulduğunda, mevcut yargı içtihatlarıyla da uyumlu olacaktır.

AYM yapmış olduğu yorumlarla kimi kararlarında görev alanını genişleterek, birtakım parlamento kararlarını maddi anlamda kanun kapsamına girdiği gerekçesiyle denetlemiştir. AYM, önüne gelen hukuki uyuşmazlıkta anayasaya uygunluk denetimi yaparken TBMM'nin yapmış olduğu hukuki nitelendirmeye kendisini bağlı görmemektedir. AYM'ye göre anayasa denetiminin amacı AYM'nin incelemesi için önüne gelen hukuki metnin AYM tarafından yeniden nitelendirilmesini zorunlu kılmaktadır.⁸³ Bu denetimle AYM, kanunla yapılması gereken işlerin, anayasal denetimden kaçırmak maksadıyla karar biçiminde yapılmasının önüne geçmek istemiştir.⁸⁴

AYM'ye göre Anayasa'nın 85. maddesinde belirtilenler dışında, TBMM'nin karar niteliği taşıyan hükümlerinin yargısal denetime tabi tutulduğuna ilişkin, AYM'ye bu alanda yetki veren açık bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasama metninde yapılan isimlendirme, o metnin anayasal yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağı konusunda yeterli ve tek ölçüt değildir. Aynı zamanda yasama metninin özünün ve içeriğinin de göz önünde tutulması gerekir.

⁸³ Abdulhakimoğulları, 10; Örneğin bkz. AYM, E. 1966/7, K. 1966/46, 19.12.1966; AYM, E. 1977/6, K. 1977/14, 22.2.1977; AYM, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesi kararında olduğu gibi siyasi nitelik gösteren birtakım parlamento kararlarını ise niteliği gereği denetlenemez işlemler olarak ifade etmiştir (AYM, E. 1977/61, K. 1977/47, 21.04.1977). Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 240.

⁸⁴ Atar, 194.

AYM'nin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi yasama organı tarafından Anayasa'da öngörülenler dışındaki isimler altında ve başka yöntemlerle oluşturulan işlemlerin AYM'nin denetimine bağlı olup olmadığı belirlenirken, uygulanan yöntemle birlikte o metnin içeriğinin niteliği üzerinde durulmalıdır. Yapılan değerlendirmede o metnin içerik olarak anayasal denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğer nitelikte olduğu saptanıyorsa, bu denetimin yapılması zorunluluktur.⁸⁵

Kanımızca da AYM denetimine tabi tutulan parlamento kararları haricindeki diğer parlamento kararlarının yargı denetimine tabi olup olmayacağı konusunda, kararın içeriğine bakmak önem arz etmektedir. Bir diğer deyişle parlamento kararlarını, içeriğine göre iki şekilde kategorize etmek gereği doğmaktadır. İlk olarak TBMM'nin kuvvetler ayrılığı ve yönetsel bağımsızlık ilkeleri uyarınca almış olduğu bir kısım kararlarının yasama fonksiyonu kapsamında kaldığına kuşku yoktur. İkinci olarak yukarıda zikrolunan kararlarda olduğu gibi idari fonksiyon yönü ağır basan parlamento kararları da bulunabilir.

Ortada şekli kriter çerçevesinde yasama işlemi niteliğinde bir işlem bulunsa da maddi kriter çerçevesinde idari işlem özelliği gösteren bir işlem bulunabilir. AYM'nin daha önceki kimi kararlarında uyguladığı üzere, şekli olarak parlamento kararı özelliği gösterse de maddi anlamda kanun özelliği taşıyan kararlar bakımından, AYM norm denetiminin yapılabileceği görüşü tamamen dışlanamaz. Bu nedenle bu tür işlemlerin maddi kriter kullanılarak AYM denetimine tabi tutulması mümkündür. Bunların haricinde yasama organının -yasama fonksiyonu dışında kalan- idari fonksiyon kapsamına giren, idari işlem özelliği sergileyen işlemleri, anayasal ilkeler uyarınca yargısal denetime tabi tutulabilmelidir. Bu tür işlemlerin yargısal denetime tabi tutulması, bizi ulaştığımız adil

⁸⁵ AYM, E. 1990/31, K. 1990/24, 24.09.1990.

sonuca ulaştıracaktır. Bu aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de gereğidir. Burada yargısal denetim yapılırken elbette ki Anayasa'nın yasama organına tanıdığı geniş takdir yetkisi (idarenin takdir yetkisi bağlamında) gibi idari yargıya ilişkin yerleşik ilkeler göz önünde tutulmalıdır.

Milletvekillerine verilen disiplin cezalarının yasama organının işlemi olması hasebiyle bunların yargısal denetime tabi tutulmadığını iddia etmek, bugüne kadar yargı içtihatları ile yapılan çeşitli yasama organı işlemi denetimlerini tamamen hukuksuz hale getirecek, bunlara aykırı bir yorum olacaktır. Yasama organının işlemi olması nedeniyle milletvekillerine verilen disiplin cezalarının yargı denetiminden muaf olduğunu ileri sürmenin, makul çözüm olmayacağını değerlendirmekteyiz. Özellikle kişilerin haklarını ve hürriyetlerini etkileyen, idari fonksiyon kapsamında kalan yasama organı işlemleri bakımından bunların yargı denetimine tabi olduğunu kabul etmek, bu konuda genel hükümlere başvurmak kanımızca adalet anlayışına daha uygun bir çözümdür. Üstelik bunların denetimi, disiplin cezalarının yargısal denetime tabi olduğunu belirten Anayasa'nın 129/3. maddesinin de bir gereğidir.

B. Milletvekillerine Verilen Disiplin Cezalarında Görevli ve Yetkili Yargı Organı

Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idarenin kamu gücü kullanarak tesis etmiş olduğu, kamu hukuku alanına giren işlemlerin ve eylemlerin idari yargı denetimine tabi olması gerekir.⁸⁶ Fakat yasama organının idari fonksiyon kapsamında yapmış olduğu faaliyetlere karşı nerede dava açılmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. Anayasa'da ya da ilgili mevzuatta yasama organının işlemlerine karşı başvurulacak yargı yolu açık

⁸⁶ AYM, E. 2010/55, K. 2011/140, 20.10.2011; AYM, E. 2005/108, K. 2006/35, 01.03.2006.

bir şekilde belirtilmiş ise işlemin hukuki niteliğini tartışmaya lüzum olmaksızın ilgili normun belirttiği yargı yolunun kullanılması gerekir. Örneğin Anayasa'nın 85. maddesinde TBMM Genel Kurulunca milletvekilliğinin düşmesine karar verilmesi durumunda bu karara karşı, ilgili ya da bir başka milletvekilinin kararın alındığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde AYM'ye, Anayasa'ya, TBMM İçtüzüğü'ne veya kanuna aykırılık nedeniyle iptal davası açabileceği belirtilmiştir.

AYM iptal ve itiraz davalarını incelemekle görevli ve yetkili olup, aynı zamanda bireysel başvuruları karara bağlamaktadır. 6216 sayılı Kanun'un 45/2. maddesine göre bireysel başvuru yapılmadan önce ihlale sebep olduğu iddia edilen işlem için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının hepsinin tüketilmiş olması gerekir. AYM'ye yapılan bireysel başvuru bakımından, milletvekillerine verilen disiplin cezaları kanunla açıkça yargı yolu kapalı olan hukuki işlemlerden olmadığı için olağan başvuru yollarının tüketilmediği, bu nedenle ilk başvuru mercii olarak bireysel başvuru yolunun kullanılmayacağı ileri sürülebilir.

İdari fonksiyon kapsamında kalan yasama organı işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna başvurulabileceğini söylemek kanımızca mümkün görünmemektedir. Zira 6216 sayılı Kanun'a göre AYM'ye bireysel başvuru yapabilmek için öncelikle diğer hukuki başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Bu noktada her ne kadar yasama organı tarafından yapılan bir hukuki işlem söz konusu olsa da milletvekillerine verilen disiplin cezası, idari fonksiyon kapsamında kaldığı için verilen disiplin cezasına karşı ilgili milletvekilinin idari yargı yoluna başvurması gerekmektedir. Aksi halde yapılan işleme karşı tüm yargı yolları açık hukuki dayanak olmaksızın kapatılmış ve denetlenemez işlemlerin alanı yorum yöntemiyle genişletilmiş olacaktır.

Bu nedenle AYM 2018/1878 numaralı bireysel başvuruda, yapılan işlemin bireysel başvuruya konu olabilmesinden ziyade,

İdari yargı yolunun açıklığını tespit etmek yerinde olacaktır. Söz konusu disiplin cezası idari yargı yolu tüketildikten sonra şartları varsa bireysel başvuruya konu olabilir. Esasen mevzuatta idari yargıya gitmeye engel bir durum olmadığı için disiplin cezası alan milletvekilinin öncelikle bu yola başvurusu, bireysel başvuru yolunun olağan yargı yolunun tüketilmesinden sonra kullanılması gerekirdi. Bu nedenle AYM'ye yapılan 2018/1878 başvuru numaralı bireysel başvuruda kanımızca, *“konu bakımından yetkisizlik nedeniyle”* değil de *“olağan başvuru yollarının tüketilmemesi”* nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmeliydi.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde Danıştayın özel görevli olarak ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakabileceği davalar belirtilmiştir. Bu davalar sayma usulüyle belirtilmiş olup bunlar arasında yasama organının herhangi bir işlemi bulunmamaktadır.⁸⁷ Bu düzenlemeler çerçevesinde milletvekillerine verilen disiplin cezalarının Danıştayın da görev alanına girmediği söylenebilir.

Yetkili ve görevli yargı organının tespiti için 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'daki⁸⁸ ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki⁸⁹ hükümleri incelemek gerekmektedir. İdari yargıda genel görevli mahkeme, 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesi⁹⁰ uyarınca idare

⁸⁷ Danıştayda dava açılacak haller bunlardan ibaret olmayıp, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu gibi çeşitli kanunlarda Danıştaya bu konuda görev veren hükümler bulunmaktadır. Kaplan, 137.

⁸⁸ RG, 18.12.2011, S. 28146.

⁸⁹ RG, 20.01.1982, S. 17580.

⁹⁰ İdare Mahkemelerinin görevleri: Madde 5 – 1. (Değişik: 24/2/1988- 3410/1 md.) “İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki: a) İptal

mahkemeleridir. Bir diğer deyişle ilk derece mahkemesi olarak vergi mahkemelerinin ve Danıştayın görevine girmeyen her idari dava ya da uyuşmazlık idare mahkemelerinin görevine girmektedir.⁹¹ 2577 sayılı Kanun'un 32/1. maddesine göre yetkili mahkeme *"dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir."* Diğer yandan milletvekilleri geniş anlamda kamu görevlisi olduğu için 2577 sayılı Kanun'un 33/3. maddesi uyarınca milletvekilinin görevli olduğu yer idare mahkemesi yetkilidir. Bu durumda görevli ve yetkili mahkeme Ankara idare mahkemesidir.

Danıştay bir kararında iptal davalarını, 2577 sayılı Kanun madde 2/1 (a)'da idari işlemler hakkında yetki, şekil, konu, sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırılıkları nedeniyle iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak ifade etmiştir. Buna göre iptal davasının açılması için idari bir makamca tesis edilmiş olan kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlemin varlığı aranmaktadır. Danıştayın incelemiş olduğu bu davada, davacı milletvekili kendisi hakkında hakaret içeren basın bildirisine ilişkin beyanların TBMM tutanağına geçirilerek TBMM internet sitesinde yayımlanması üzerine bunun kaldırılması için TBMM Başkanlığına başvurmuş, TBMM Başkanlığı ise yapılan talebi reddetmiştir. Bunun üzerine ilgili milletvekilinin Ankara idare mahkemesinde açmış olduğu iptal davasında yerel mahkeme, tesis edilen işlemin bir idari işlem niteliği taşımadığı, ortada iptal davasına konu olabilecek yürütülmesi gerekli ve kesin nitelik

davalarını, b) Tam yargı davalarını, c) (Değişik: 8/6/2000 - 4577/2 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları, d) Diğer kanunlarla verilen işleri, Çözümler. 2. Özel Kanunlarda Danıştayın görevli olduğu belirtilen ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ile idare mahkemelerinin görevli kılınmış bulunduğu davaları çözümler."

⁹¹ Kaplan, 146.

taşıyan bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise yaptığı temyiz incelemesinde yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Danıştaya göre yasama organı tarafından yapılan idari işlemler bakımından idari yargı yolunun açılması, hukuk devletinin etki alanının artarak kökleşmesi bakımından yerinde olacaktır. Bu aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Diğer yandan Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen "*idarenin her türlü eylemine karşı yargı yolu açıktır*" ifadesi de bunu gerektirmektedir. Zira şekli kritere göre ortada bir idari işlem bulunmasa bile maddi kritere göre yasama organının idari işlem niteliği taşıyan işlemleri bulunmakta olup, bu hüküm kapsamına dahil edilecektir. İşlemi yapan organın yasama organı olması, sırf bu nedenle yapılan işlemin yargı denetiminden çıkarılarak, denetlenemez idari işlemlerin alanının genişletilmesi sonucunu doğurmamalıdır.⁹²

Danıştay burada TBMM Başkanlığının yapmış olduğu işlemin davacının hukukunu etkileyen, idare işlevine ilişkin bir işlem olduğu nitelendirmesini yapmıştır. Danıştaya göre iptal davasına konu olabilecek bu tür işlemler sadece Anayasa'nın şekli/organik olarak idare örgütü içerisinde öngördüğü idare yapısına özgü olmayıp, yargı veya yasama organı tarafından tesis edilmekle birlikte, yargı ya da yasama fonksiyonuyla ilgili

⁹² Dan. 10. D, E. 2007/7981, K. 2010/6186, 20.07.2010 (Legalbank); Özbudun parlamento kararlarının Anayasa'da belirtilen iki istisna dışında yargısal denetim dışında bırakılmasını, hukuk devleti bakımından önemli bir sakınca olarak görmeyen abartı olduğunu, parlamento kararlarının vatandaşlar bakımından uyulması zorunlu genel hukuk kuralları koymayacağını ifade etmektedir. Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 239; Ergun Özbudun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36, (1979), 11; aynı yönde görüş için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 704; Bu görüşe katılmamaktayız. Zira parlamento kararları genel hukuk kuralı koyan norm niteliği taşımasa da kişilerin temel haklarını ve hürriyetlerini etkileyebilmektedir.

olmayan, tümüyle idare işlevine ilişkin olarak alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir. Nitekim normlar hiyerarşisi bakımından, bu tür işlemlerden daha üst sırada bulunan kanunların, kararnamelerin, TBMM İÇtüzüğü'nün ya da bunların belli madde ve hükümlerinin esas ve şekil açısından AYM önünde iptal davasına konu edilmeleri mümkünken, yasama organının idari işlem niteliği taşıyan işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.⁹³ Danıştayın bu yorumu yerindedir.

Milletvekillere verilen disiplin cezaları idari fonksiyon kapsamında değerlendirilerek, ilgili milletvekilinin bu işlemin iptali için Ankara idare mahkemesinde iptal davası açmasına hukuki bir engel görünmemektedir. Bu yorum TBMM'nin yasama fonksiyonu haricinde yapmış olduğu diğer işlemlerin yargısal denetimi bakımından Danıştayın daha önce vermiş olduğu içtihatlarla da uyumlu olacaktır. Bu çıkarım aynı zamanda hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma ilkesi, idari işlemlerin yargısal denetime tabi olması ilkesi ve hak arama hürriyeti gibi temel hukuk ilkeleriyle de uyumludur. Dava açma süresi ise 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca işlemin yazılı bildiriminden itibaren altmış gündür.

Bununla birlikte bu konuda en makul çözüm yöntemi bu işi yorum yöntemine bırakmaksızın, milletvekillere verilen disiplin cezalarına karşı yargısal başvuru yolunun mevzuatta açıkça düzenlenmesidir. Bu ihtiyaç esasında Anayasa'da açıkça yargı denetimine açılan üç parlamento kararı haricinde kalan diğer bir kısım parlamento kararları bakımından da duyulmaktadır. Zira çeşitli parlamento kararlarına karşı AYM'de ve idari yargı organlarında davaların açılmış olması, bu organların kimi zaman bu kararları yargısal denetime tabi tutmaları, bu konuda mevzuatta bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

⁹³ Dan. 10. D, E. 2007/7981, K. 2010/6186, 20.07.2010 (Legalbank).

Milletvekillerine verilen disiplin cezalarının yargısal denetimi konusunda, kanun ile AYM'nin yetkili kılınamayacağını değerlendirmekteyiz. Zira bu konu AYM'nin Anayasa'da çizilen görev alanı dışında kalmaktadır. Bu konuda ancak Anayasal düzenleme ile AYM görevlendirilebilir. Danıştay bakımından ise milletvekillerine verilecek disiplin cezaları her ne kadar TBMM İçtüzüğü'nde düzenlenmiş olsa da İçtüzük ile Danıştaya görev atfetmek, Anayasa'nın 155. maddesinde belirtilen "*Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*" hükmü uyarınca mümkün görünmemektedir. Diğer yandan kanuni düzenleme ile bu görevin Danıştaya verilmesini engelleyici Anayasal bir hükmün bulunmadığını değerlendirmekteyiz.

SONUÇ

Yasama organı tarafından yapılan hukuki işlemlerin niteliğinin belirlenmesinde tek başına maddi ya da şekli kriterin kullanılması yeterli görünmemektedir. İşlemin salt yasama organı tarafından yapılmış olması onu doğrudan yasama fonksiyonu kapsamına dahil etmemektedir. TBMM İçtüzüğü'ne ve kanuna ilişkin işlemler haricinde, yasama organının yapmış olduğu bir işlemin yasama fonksiyonu kapsamında mı yoksa idari fonksiyon kapsamında mı kaldığını belirlemek için her bir işlem bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Bu noktada sırf iradenin dışa yansıma şekli parlamento kararı olarak gerçekleştiği gerekçesiyle, yapılan işlem *yasama işlemi* kategorisine dahil edilmemelidir. Dışa yansıma şekli parlamento kararı olsa bile idari işlem niteliği taşıyan birtakım işlemler bulunabilir. Bu nedenle hukuki niteliğin belirlenmesi için yapılan işlemin içeriğine bakılması gerekmektedir. İdari fonksiyon kapsamına giren bir işlemin varlığı durumunda idare hukuku ilkeleri çerçevesinde hareket edilmelidir.

Milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı hukuki başvuru yollarının açıkça belirtilmemiş olması, milletvekilleri

bakımından güvencesiz bir ortam yaratmanın ötesinde, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından sakınca doğurmaktadır. Burada önem arz eden husus yasama organının idari fonksiyon niteliği taşıyan tüm işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulabilmesidir. Hukuk devleti ilkesi uyarınca kişilerin hakları ve hürriyetleri yeterli güvenceye kavuşturulmuş olmalıdır. Kime uygulanırsa uygulansın yargı denetimine tabi olmayan kamu gücüne dayanan işlemler, hukuk devletinde arzu edilmeyen bir durumdur. Bu nedenle bunlara karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Böylelikle maddi kriter ve idari işlem teorisi uyarınca idari işlemlerin özelliklerini taşıyan yasama organı işlemlerine karşı yargı yolu, yorum yöntemiyle kapatılmamış olur.

Kanımızca milletvekillerine verilen disiplin cezalarının doğrudan bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün görünmemektedir. Zira AYM'ye bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için öncelikle olağan başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir. Bu işlemlere karşı yargı yolunu kapatan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bugün itibarıyla milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı başvurulabilecek yargı organı konusunda, ayrı ve açık bir düzenleme bulunmadığı için yargısal başvuru yolu olarak 2576 sayılı ve 2577 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemeleri uyarınca, Ankara idare mahkemesinin yetkili ve görevli olduğunu değerlendirmekteyiz.⁹⁴

Diğer yandan milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı başvurulacak yargı organının açık bir şekilde mevzuatta düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır. Zira yukarıda izah edildiği üzere bu konu yargı kararı ile adil bir çözüme kavuşmamıştır. Anayasal düzenleme ile bu konuda AYM

⁹⁴ İdari nitelik taşıyan yasama organı işleminin muhataplarına, AYM'ye başvuru hakkının tanınabileceği yönündeki görüş için bkz. Yücel, 14.

görevlendirilebilir. Diğer bir çözüm ise kanun koyucunun kanuni bir düzenleme ile Danıştayı görevlendirmesidir.

Netice itibariyle yasama organı tarafından milletvekiline verilen disiplin cezalarının dava konusu edilebileceğini, iradenin dışı vurma şekli parlamento kararı olarak tezahür etse de bu işlemlerin yasama organının idari fonksiyon kapsamında kalan işlemleri olduğunu, bu nedenle kişilerin hukuki durumlarına etki eden bu işlemlere karşı idari yargıya başvurulabileceğini değerlendirmekteyiz. Devlet organlarının yetkileri çeşitli hükümlerle sınırlanmış olsa da bu organların hukuka aykırı işlemleri zaman zaman gündeme gelmektedir. Bu kapsamda yapılan işlemin yasama organı tarafından yapılıyor olması, kişiler açısından tek başına güvence sağlamamaktadır. Bu konuda engelleyici açık hüküm olmamasına rağmen, Anayasa tarafından memurlara ve diğer kamu görevlilerine tanınan yargısal başvuru hakkından milletvekilleri mahrum bırakılmamalıdır. Mevzuatta yapılacak düzenleme ile milletvekillerine verilen disiplin cezalarına karşı yargısal başvuru yolunun açıkça düzenlenmesi, hukuk devleti idealine ulaşma bakımından eksik olan bir taşın daha yerine konulması anlamına gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author stated that she did not receive financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Abdulahkimoğulları, Erdal. "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu" *Yasama Dergisi*, no. 5 (2007): 5-26.
- Akyazan, Ahmet Emrah. "Maddî Açıdan İdari İşlemler" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 85 (2009): 220-240.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Aslan, Zehreddin ve Halil Altındağ. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Baş, Sezgin. "Parlamento Kararlarının Yayımlanması ve Yürürlüğe Girmesi" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 471-487.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015.
- Çekiç, Onur. "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri" *Yasama Dergisi*, no. 12 (2009): 107-135.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Ertaş, Türker. *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Eşen, Hamit. "Parlamento Hukuku Açısından Başkanlık Divanı'nın Konumu, Görevleri ve Yetkileri" *Yasama Dergisi* 2, no. 4 (2007): 5-26.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2021.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku. Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku. Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.

- Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku- Genel Esaslar. Cilt I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku. Cilt II*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- İba, Şeref. "Türk Parlamento Hukukunda Milletvekillerinin Kural Dışı Tutum ve Davranışları ve Disiplin Cezası Uygulamaları" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no. 57-1 (2002): 35-53.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, 2022.
- Kılıç, Abbas. *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Nohutçu, Ahmet ve Nazlı Ece Özün. "TBMM Tarafından Devlet Kurumlarına Üye Atanması İşleminin Hukuki Rejimi." *Ombudsman Akademik*, (2015): 59-71.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt I*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt II*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- Özay, İl Han. "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu." *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, no. 10, (1995): 59-60.
- Özbudun, Ergun. "Parlâmento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 36 (1979): 3-26.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Sancakdar, Oğuz, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.

Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.

Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Yeşilyurt, Nazile İrem. "TBMM'nin Kamu Başdenetçisi Seçme İşlemlerinin Yargısal Denetimi Üzerine Bir Çözümleme" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 107 (2013): 119-142.

Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy. *İdare Hukuku*. Editör Turan Yıldırım, İstanbul: Oniki Levha, 2020.

Yücel, Bülent. "Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama- İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri" *Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 1 (2004): 1-18.

Erişim tarihi Şubat 16, 2023,
<https://www.millisaraylar.gov.tr/kurumsal/hakkimizda>.

UYGUR HUKUKUNDA FAİZ –UYGUR HUKUK VESİKALARINA GÖRE–

*Interest in Uyghur Law –According to Uyghur
Legal/Civil Documents-*

Salih KORKMAZ*

Öz

Faiz, tarihi çok eskilere dayanan bir müessesedir. Nitekim pek çok hukuk sistemi faizi farklı şekillerde tanımlamış ve buna binaen farklı hükümler öngörmüştür. Bu makalede, Uygurların Müslüman olmadan önceki devirlerinden kalma hukuk vesikaları üzerinden faiz tatbikatı tetkik edilmiştir. Uygur hukukunda hemen hemen bütün vadeli borçlanmalarda faizin cereyan ettiği görülmüştür. Ayrıca günümüz hukukunda faiz olarak görülmeyen, fakat Uygur hukuku açısından faiz olarak tavsif edilmesi gereken durumlarla da karşılaşmıştır. Dolaylı faiz tatbikatı olarak isimlendirilen bu durumlar, trampa, rehin

* Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, korkmazslh@gmail.com, salihkorkmaz@sdu.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7824-0037>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 24.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 19.06.2023.

Atıf/Citation: Korkmaz, Salih. "Uygur Hukukunda Faiz –Uygur Hukuk Vesikalarına Göre–." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 242-266.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



ve bey' bi'l-vefâ (geri alım şartıyla satım) akitlerinde söz konusu olmuştur. Bu çerçevede Uygur hukukunda faiz tatbikatı; faizin cereyan ettiği akitler, faiz çeşitleri, vade türü ve faiz, faiz oranları gibi alt başlıklar halinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Faiz, Vade, Bey' bi'l-vefâ (Geri Alım Şartıyla Satım), Uygur Hukuku, Uygur Hukuk Vesikaları, İslamiyet Öncesi Türk Hukuku, Eski Türk Hukuku.

Abstract

Interest is an institution with very old history. Many legal systems have defined interest in different ways and have stipulated different provisions accordingly. In this article, the practice of interest has been examined on the legal/civil documents from the period of the Uyghurs before they became Muslims. It has been observed that interest is in almost all term debt relations in Uyghur law. In addition, situations that are not seen as interest in today's law but should be described as interest in terms of Uyghur law have also been encountered. These situations are named as indirect interest practice. Indirect interest is available in barter, pledge and bey' bi'l-vefa (sale on purpose of repurchase) contracts. In this context, interest practice in Uyghur law; Contracts in which interest occurs, interest types, maturity types and interest are discussed under sub-headings such as interest rates.

Keywords: Interest, Maturity, Bey' bi'l-vefâ (Sale On The Condition Of Repurchase), Uyghur Law, Uyghur Legal/Civil Documents, Pre-Islamic Turkish Law, Old Turkish Law.

GİRİŞ

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair malumat genel olarak Çin kaynakları, İslam kaynakları ve eski Türklerden kalma bazı eserler üzerinden takip edilmektedir. Güney (Turfan)

Uygurlarının hukuku hakkında ise bu kaynaklardan farklı olarak çok önemli bazı hukuk vesikaları günümüze ulaşmıştır. Bu vesikalar, Uygur hukukuna dair eşsiz malumat ihtiva etmektedir ve dönemin hukuk anlayışını göstermesi bakımından çok kıymetlidir. Bunların hangi tarihte yazılmış oldukları tam olarak bilinmemekle birlikte X-XIV. asırlarda kaleme alındıkları tahmin edilmektedir. Vesikalar içerisinde akitler, makbuzlar, dilekçeler, buyruklar bulunmaktadır. Fakat evrakların ekserisi çeşitli akitleri muhtevirdir.

Uygur hukuk vesikaları Uygur Türklerinin yerleşik hayata geçtiği, din değiştirdiği ve Çin ile çok yakın münasebetleri bulunduğu bir devirden kalmadır. Yine vesikalarda belirli noktalarda Çin tesiri görülmektedir. Ayrıca özellikle idare hukukunu alakadar eden vesikaların pek çoğu Moğol hakimiyeti devrinden kalmadır ve bu çerçevede Moğol idari ve askeri teşkilatına dair de kıymetli malumat ihtiva etmektedir. Bu da Uygur hukukuna Moğol hukukunun tesirini düşündürmektedir.¹ Bu sebeple Uygur hukuk vesikalarına bakarak ulaşılan neticeleri tüm İslamiyet öncesi Türk hukukuna teşmil etmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Fakat bu durum Uygur hukukunun “eski Türk hukukundan” hiçbir iz taşımadığı manasında yorumlanmamalıdır.²

Faiz, pek çok hukuk sisteminde karşılaşılan; hukuk ve iktisat sistemlerinin kendisine atfettiği hükme/değere göre farklı tanımları, farklı türleri bulunan bir müessesedir. Uygur hukuk vesikaları tetkik edildiğinde çeşitli faiz tatbikatlarına

¹ Çin ve Moğol hukukunun Uygur hukukuna ne derece tesir ettiği de şimdiye kadar tafsilatlı olarak tetkik edilmemiştir. Çin tesiri ile alakalı bazı genel değerlendirmeler mevcut olmakla birlikte Moğol tesiri hakkında şimdiye dek herhangi bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu münasebetle burada meseleye işaret etmekle iktifa edilmiştir.

² Uygur hukuku ile alakalı literatürün değerlendirmesi için bkz. Salih Korkmaz, “Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili,” *Adalet Dergisi, Dergisi*, S.69, (2022), s.249-291.

rastlanmıştır. Hatta vadeli borç ilişkilerinde faiz neredeyse olmazsa olmaz bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada hem günümüz hukukundaki faiz tatbikatına hem de günümüz hukukunda faiz olarak isimlendirilemeyen, fakat Uygur hukuku için faiz olarak tavsif edilmesi gereken³ bazı misallere rastlanmıştır. Bu münasebetle makale, Uygur hukukunda faiz tatbikatını tetkik etmeye teşebbüs etmiştir. Çalışmadaki değerlendirmeler Uygur hukuk vesikalarına istinat etmektedir. Dolayısıyla bu vesikalar aynı zamanda çalışmanın sınırlarını çizmektedir.⁴ Makalede Uygur hukukunda faiz tatbikatı “Faiz ve Uygur Hukukundaki Görünümü”, “Faizin Cereyan Ettiği Akitler”, “Faiz Çeşitleri”, “Vade Türü ve Faiz” ve “Faiz Oranları” başlıkları altında ele alınmıştır.

³ Neden böyle bir vasıflandırma yapıldığı alakalı başlık altında ele alınmıştır.

⁴ Vesikalara yapılan atıflarda bunların Türkçe ve İngilizce tercümeleleri mukayeseli olarak kullanılmıştır. Vesikaların Türkçe tercümelelerini yapanlar burada zikredilmiştir. Bununla birlikte bu evrakların isimlendirmesinde, tercümelelerin en yenisi ve en geniş kapsamlısı olan, Berker Keskin tarafından kaleme alınan doktora tezinde kullanılan isimlendirmeler tercih edilmiştir. Bkz. Hüseyin Namık Orkun, “Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları,” *Türk Hukuku Tarihi -Araştırmalar ve Düşünceler-* (Ankara: 1935), 533-548; Reşid Rahmeti Arat, “Uygurca yazılar arasında,” *Türk Tarih Arkeolojiya ve Etnografiya Dergisi*, II, (1936), 101-112; Reşid Rahmeti Arat, “Uygurca Yazılar Arasında-II,” *Türk Dili Ve Edebiyatı Dergisi*, XXIII, (1979), 17-28; Reşid Rahmeti Arat, “Eski Türk Hukuk Vesikaları,” *Türk Kültürü Araştırmaları*, no. 1, (Ankara: 1964), 5-51; Özkan İzgi, *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)* (Ankara: Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987), Seri:3, Sayı:A.17.; Abdullah Şen, “Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2004); Ayşe Melek Özyetgin, *Eski Türk Vergi Terimleri* (Ankara: KÖKSAV, 2004); Ayşe Melek Özyetgin, *İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku* (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2014); Berker Keskin, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı,” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020). Bu çalışma Türk Tarih Kurumu tarafından kitap olarak neşredilmiştir. Berker Keskin, *Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2022).

I. FAİZ VE UYGUR HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Faiz, farklı hukuk sistemlerinde farklı tanımları ve türleri bulunan bir müessese olup kelime manası olarak fazlalık demektir. İslam hukuk ıstılahında ise bir tarafın diğer tarafa ödemesi şart koşulan ve karşılığı olmayan fazlalık olarak tarif edilmiş ve caiz görülmemiştir.⁵ Günümüz Türk hukukunda ise faiz “*alacaklının alacak olarak istemeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre mahrum kalması sebebiyle kendisine ödenen bir karşılık ve sermayenin geliri*”⁶ şeklinde tarif edilmiş ve asıl alacağı genişleten bir yan hak olarak tavsif edilmiştir.

Uygur hukuk vesikalarında hemen hemen her türlü vadeli borç ilişkisinde faiz neredeyse olmazsa olmaz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada hem akdi faizin hem de kanuni faizin misallerini görmek mümkündür. Yine vesikalarda hem anapara faizi ile hem de temerrüt faizi ile karşılaşmıştır. Ayrıca Uygur hukukunda hem nakdi hem aynı borç durumunda faiz söz konusu olabilmektedir. Nitekim hem nakit para borcunda

⁵ Serahsî, *Mebûsât*, ed. Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit, 12 (İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2008), 203; İbrâhim b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, Çev. Mustafa Uysal, 3 (Konya: Uysal Yayınevi, 1971), 119; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, 4, (Beyrut: 1987 H.1407), 176; Vehbe Zuhaylî, *Hanefî Fıkhi*, Çev. Yusuf Cığır, 2 (İstanbul: Sağlam Yayıncılık, 2020), 311; Faiz Yahudi ve Hristiyan hukuklarında da caiz görülmemiştir. Fakat Hristiyan hukukundaki faiz yasağı zamanla gevşetilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Zeytinoğlu, “İslam ve Diğer Sistemlerde Faiz,” Para, Faiz ve İslâm, (İstanbul: İSAV, 1987), 91-116; Nitekim Orta Çağda Hristiyan hukukçular tarafından faiz meselesi üzerine çok sayıda yazı kaleme alınmıştır. Bunlardan bazılarında faize, faiz ile borç veren kişinin, ödünç alan kişiye “sadece Tanrıya ait olan zamanı,” yani kendi mülkü olmayan bir şeyi sattığı gerekçesi ile karşı çıkılır. Jacques Le Goff, *Ya Paranı Ya Canını -Orta Çağda Ekonomi ve Din-*, Çev. Enes Öztürk (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2021).

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 1109.

(para ve para yerine kullanılan eşyalar: altın, gümüş, kunpu, böz vb.) hem de mal borcunda (susam, tahıl, darı vb.) borca karşılık faiz yürütülecektir. Hatta Uygur hukuk vesikalarında bugün Türk borçlar hukukunda faiz olarak nitelendirilmeyen bazı faiz tatbikatlarına da rastlanmıştır ki bunlar aşağıda ayrıca tetkik edilmiştir.

II. FAİZİN CEREYAN ETTİĞİ AKİTLER

Faiz söz konusu olduğunda ilk akla gelen akit karz (tüketim ödünçü) olsa da Uygur hukukunda hemen her türlü vadeli borç ilişkisinde faiz söz konusu olmaktadır. Nitekim karz, vadeli satım ve trampa faiz cereyan eden akitlerden bazılarıdır. Bununla birlikte Uygur hukukunda faiz cereyan eden akitlerin ortak özelliği, bütün bu akitlerin “kredi temini” maksadıyla yapılıyor oluşudur. Dolayısıyla Uygur hukukunda kredi temininin faizli akitler ile sağlandığı söylenebilir.

Faizin cereyan ettiği akitlerden birincisi karz akidir. Bu akit TBK’da “tüketim ödünçü” olarak isimlendirilmiş ve “*ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşme*”⁷ şeklinde tarif edilmiştir. Yine TBK’da ticari olmayan karz akidinde “ *taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemeyeceği*”, ticari karz akidinde ise “*taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği*” hüküm altına alınmıştır.⁸ Kanundaki bu tarifler Uygur hukuku için de kullanılabilir görünmektedir. Uygur hukuk vesikaları içinde çok sayıda karz akidinde rastlanmıştır.⁹ İnsanların bu akdi

⁷ TBK, m.386.

⁸ TBK, m.387.

⁹ Bkz. Borç01-55 (09, 17, 22, 24, 48, 54 hariç), Çeş74, 83, 93. Bu evraklardan Borç05, 06, 07, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 50, 51, Çeş74, 83, 93 isimlilerin metinlerindeki eksiklik sebebiyle sadece karz olduğu anlaşılmış fakat

yapmasının sebebi, ihtiyaç duydukları mal veya parayı karşılamaktır. Nitekim hemen hemen tüm vesikalarda akdin saiki zikredilmiş ve karz alan kişiye “para, tahıl vb. gerekli olduğu” ifade edilmiştir. Karz olarak verilen mallar arasında altın, gümüş, para, kunpu (kuanpu),¹⁰ tahıl, şarap, darı, susam, keçe bulunmaktadır. Hemen hemen tüm karz akitlerinde faiz kararlaştırıldığı ve borca teminat olarak kefil¹¹ istendiği müşahede edilmiştir. Faiz şartına rastlanmayan sadece bir adet karz vesikası bulunmaktadır.¹² Burada faiz, bazen temerrüt faizi¹³ bazen anapara faiz¹⁴ bazen her ikisi beraber¹⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela Çöri, Kayımtu’dan vadeli olarak

tafsilat anlayışlamamıştır. Metnin eksikliği gibi sebeplerle mahiyeti tam olarak anlayışlamamakla birlikte karz olması muhtemel olan evraklar ise şunlardır: Çeş11, 13, 18, 46, 48, Kar39.

¹⁰ Kunpu veya kuanpu ödeme aracı olarak kullanılan bir çeşit kumaştır. Berker Keskin, “Eski Uygur Borç Sözleşmelerine Dair Sekiz Fragman,” *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, no. 51, (Nisan 2021), 260.

¹¹ Uygur hukukunda kefâlet günümüz hukukundakinden farklı bir anlam taşımaktadır. Bu çerçevede “kefâlet” borçlunun ölmesi durumunda bu borcu borçlunun mirasçılarının ödemesi gerektiğini tasrih eden bir senet; mirasçılara da bu borcun ödenmesini emreden bir “vasiyet” gibi telakki edilmelidir. Dolayısıyla Uygur hukuk vesikalarındaki kefil ile borçlunun ölmesi durumunda borçtan mesul olacak kişi/ler kastedilmektedir. Nihayetinde Uygur hukukunda kefâlet, miras hukuku ile alakalı bir vazife icra etmektedir. Bununla birlikte bu ifadelerden Uygur hukukunda günümüz hukukundaki gibi bir kefâletin mevcut bulunmadığı manası da çıkarılmamalıdır. Bu minvalde, şimdilik “bu tür bir kefâlete” rastlanmadığını ifade etmek daha sağlıklı olacaktır. Makalenin çerçevesi dışına çıkmamak ve konuyu dağıtmamak maksadıyla burada Uygur hukukunda kefâletin hukuki mahiyeti tartışmasına girilmemiş sadece bu kısa malumat zikredilmekle iktifa edilmiştir.

¹² Borç45.

¹³ Mesela bkz. Borç24.

¹⁴ Mesela bkz. Borç04.

¹⁵ Mesela bkz. Borç15, 37.

“bir küri susam” borç almıştır. Bunun karşılığında vade geldiğinde, faizi ile birlikte “iki küri susam” ödeyecektir.¹⁶

Vadeli satım¹⁷ akitleri de faizin cereyan ettiği akitlerdendir. Buradaki faiz, temerrüt faizidir. Mesela bir kişi “keçeye” ihtiyaç duymuş ve bir başkasından “altı böz” karşılığında bir keçe satın almıştır. Keçenin bedeli “kervan gidip döndüğünde” ödenecek, kervan döndüğünde ödeme yapılmazsa yani temerrüde düşülürse, ödeme yapılana kadar geçen her ay için “bir böz” faiz ödenecektir.¹⁸ Eldeki vadeli satım evrakları tetkik edildiğinde Uygur hukukunda vadeli satım akdinin, kredi ihtiyacını temin için karz gibi bir görev icra ettiği anlaşılmıştır. Çünkü tüm evraklarda paraya ihtiyaç duyan kimseler bir başkasından bunu almış karşılığında ise ilerideki bir tarihte farklı bir mal ödemeyi vadetmiştir.

Trampa akdi TBK’da “mal değişim sözleşmesi” olarak isimlendirilmiş ve “ taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tarif edilmiştir.¹⁹ Uygur hukuk vesikalarında trampa akdini muhtevi beş evraka tesadüf edilmiştir.²⁰ Bunlardan üçü arazi trampasını, ikisi menkul trampasını konu almıştır. Menkul trampasına dair iki evrak da vadelidir. Anlaşıldığı kadarıyla burada trampa akdi (vadeli satım akdinde de olduğu gibi), kredi ihtiyacını temin için karz gibi bir görev

¹⁶ Borç39.

¹⁷ Borç09, 17, 22, 24.

¹⁸ Borç09. Burada “böz”ün pamuklu bir kumaş türünü ifade ettiği dolayısıyla bu akdin satım değil trampa olması gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte böz her ne kadar menkul bir mal olsa da Uygur hukuk vesikalarından anlaşıldığı kadarıyla bir ödeme aracı, bir nevi para olarak kullanılmaktadır. Bu çerçevede bu akit satım olarak tavsif edilmiştir.

¹⁹ TBK, m.282.

²⁰ ArTa01-03, Borç48, 54.

icra etmektedir.²¹ Çünkü her iki evrakta da belirli bir mala ihtiyaç duyan kimseler bir başkasından bunu almış karşılığında ise ilerideki bir tarihte farklı bir mal ödemeyi vaad etmiştir. Mesela bir evrakta tahıl karşılığında “tâmbin” ve şarap ödenecektir. Bu “... Ögrüz Tâmir’e faiz (karşılığında) tahıl gerekli olup Bâdrüz’den iki küri tahıl aldım. Güz zamanında otuz tâmbin, bir kap şarabı doğru olarak veririm.” şeklinde ifade edilmiştir. Trampada faizin nasıl cereyan ettiği ayrı bir başlık altında tetkik edilmiştir.²²

Uygur hukukunda yukarıda zikredilen akitlerden başka rehinde ve bey’ bi’l-vefada (geri alım şartıyla satış) da dolaylı faiz söz konusu olabilmektedir. Bu iki durum “Dolaylı Faiz Tatbikatları” başlığı altında ayrıca ele alındığı için burada sadece zikredilmekle iktifa edilmiştir. Ayrıca “makbuz” mahiyetindeki bir evrakta borcun kaynağı/mahiyeti tam olarak anlaşılammakla birlikte faizli bir borçlanmanın söz konusu olduğu anlaşılmıştır.²³

III. FAİZ ÇEŞİTLERİ

A. Basit-Bileşik Faiz

Basit faiz, faizin anapara üzerinden hesaplandığı faizdir. Bileşik faiz ise işletilen faizin dönemler halinde anaparaya eklenerek toplam miktar üzerine tekrar faiz yürütülmesi, yani faize faiz yürütülmesidir. Türk borçlar hukukunda adi işlerde bileşik faiz yasaktır.²⁴ Fakat istisnai olarak bazı ticari işlerde bileşik faize izin verilmiştir.²⁵ Uygur hukukundaki faiz, basit

²¹ Bkz. “Menkul Satımı” başlığı.

²² Bkz. “Dolaylı Faiz Tatbikatları” başlığı.

²³ Mak07.

²⁴ TBK m.388/3.

²⁵ TTK m.8.

faiz olarak karşımıza çıkmaktadır. Eldeki vesikalarda bileşik faiz tatbikatına rastlanmamıştır.

B. Anapara-Temerrüt Faizi

Anapara faizi borçlunun temerrüde düşmesinden bağımsız olarak ödemesi gereken faizdir. Bu faiz ekseriyetle akdi olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte anapara faizinin kanuni olarak tespit edilmesi de mümkündür. Nitekim bazı vesikalarda “faiz ile borç verildiği” ve borcun “faizi ile ödeneceği” ifade edilmiş, fakat faiz oranına dair herhangi bir malumat verilmemiştir. Burada faiz oranının “faiz töresine göre” yani kanunen belirlendiği söylenebilir.²⁶ Vesikalarda hem aynı hem nakdi borçlar için anapara faizi söz konusu olabilmektedir. Mesela Inal Bars, Yoktur’dan bir yıl vadeli olarak “yüz kunpu” borç almıştır. Bunun karşılığında vade geldiğinde “elli kunpu faizi” ile birlikte yüz elli kunpu ödeyecektir. Bu durum nakdi borçta anapara faizine misal teşkil etmektedir.²⁷ Bir başka misalde ise “*Maymun yılı dördüncü ayın onuncu gününde, Kımır’a faiz (karşılığında) susam gerekli*” olmuş bunun üzerine “*Kayımtu’dan dört şîş susam*” almıştır. Kımır aldığı bu susamı “*güz zamanında sekiz şîş*” olarak ifa edecektir ki bu da aynı borçta anapara faizinin misalidir.²⁸

Temerrüt faizi ise borçlunun borcu zamanında ödemeyip temerrüde düşmesi durumunda talep edilebilecek faizdir. Temerrüt faizi akdi olabileceği gibi kanuni de olabilir. Burada da hem aynı hem nakdi borçlar için temerrüt faizi söz konusu olabilmektedir. Mesela Būdüs Tutuñ, Oğul’dan vadeli olarak “*altı böz karşılığında*” bir keçe satın almıştır. Aldığı keçenin bedeli “*keroan döndüğünde*” ifa edilecektir. Eğer ifa, zamanında yapılmazsa ifanın yapılmadığı her ay için “*birer böz*” temerrüt

²⁶ Bkz. “Akdi-Kanuni Faiz” başlığı.

²⁷ Borç11.

²⁸ Borç12.

faizi ödenecektir.²⁹ Temerrüt faizi ile alakalı ilginç bir misal ise şöyledir: Bir miktar buğday ile “iki kadın kişi” trampa akdine konu olmuştur.³⁰ Burada buğday peşinen teslim edilmiştir. Kadınlar ise yaklaşık bir buçuk ay sonra teslim edilecektir. Eğer günü geldiğinde teslim gerçekleşmezse borcun “günlük kirasıyla beraber” ödeneceği ifade edilmiştir. Burada “günlük kirası” ifadesi ile neyin kastedildiği tam olarak anlaşılammakla birlikte bu ifade ile gecikilen her gün için, teslim edilmesi gereken iki kişinin “günlük çalıştırılma ücretinin” ödeneceği, bu ödemenin de temerrüt faizi hükmünde olduğu söylenebilir.

C. Akdi-Kanuni Faiz

Akdi faiz, akit ile kararlaştırılmış, akitten doğan faizdir. Burada akit esnasında hangi durumda ne kadar faiz ödeneceği tasrih edilmiştir. Dolayısıyla faizin türü, oranı vb. hususlar akitten anlaşılmaktadır. Vesikalarda akdi faizin çok sayıda misaline rastlanmıştır. Akitte tespit edilen faiz anapara faizi olabileceği gibi temerrüt faizi de olabilir. Mesela Kımır, Kayımtu’dan “dört şinj” susam almıştır. İfa zamanı geldiğinde bu borcu faizi ile birlikte “sekiz şinj” olarak ödeyecektir.³¹ Görüldüğü üzere bu misalde akit ile anapara faizi tespit edilmiştir. Bir başka misalde ise “El Tämür”, “Sängä (ve) Baytämür”den bir “davar” satın almış ve bedelini bir ay içinde ödeyeceğini söylemiştir. Eğer borç zamanında ifa edilmezse “bire bir” (yüzde yüz) faizi ile birlikte ödenecektir. Görüldüğü üzere bu misalde de akit ile temerrüt faizi tespit edilmiştir.

Kanuni faiz, akitte faiz şartı bulunmasa bile kanuna dayanarak talep edilen faizdir ki, bunun en önemli misali temerrüt faizidir. Uygur hukuk vesikalarında ödeme zamanının geçirilmesi yani borcun vadesinde ödenmeyip temerrüde

²⁹ Borç09.

³⁰ Borç54.

³¹ Borç12.

düşülmesi durumunda “ülke töresine göre faiz” ödenmesini öngören çok sayıda misal mevcuttur.³² Mesela “Marla”, “Kayımtu”dan faiz ile “üç yarım kaba böz” borç almıştır. Ödeme zamanı geldiğinde bu borcu faizi ile ifa edecektir. Eğer, ifa zamanında borç ödenmez “verme zamanı geçirilirse”, borç “ülke töresine göre faiziyle” ifa edilecektir.³³ Görüldüğü üzere burada anapara faizi akdi olarak belirlenmiştir. Fakat borç zamanında ödenmezse bu sebeple ödenecek temerrüt faizi “ülke töresine göre” yani kanuni olarak tespit edilecektir. Vesikalarda temerrüt faizi ekseriyetle kanuni faiz olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, temerrüt faizinin akit ile belirlendiği misaller de mevcuttur. Nitekim yukarıda da zikredildiği üzere, Büdüs Tutuñ, Oğul’dan vadeli olarak “altı böz karşılığında” bir keçe satın almıştır. Aldığı keçenin bedeli “kervan döndüğünde” ifa edilecektir. Eğer ifa, zamanında yapılmazsa ifanın yapılmadığı her ay için “birer böz” temerrüt faizi ödenecektir.³⁴

Faizi aylık olarak tahakkuk edecek bazı para borçlarında “faizle” borç alındığı ve bunun “faizi ile ödeneceği” ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu borçlanmanın hangi faiz oranı ile yapıldığına dair bir malumat bulunmamaktadır.³⁵ Bu da faiz oranının ülkede geçerli “kanuni faiz oranına” göre tespit olunacağı anlamına gelmektedir. Yani anapara faizinin ödeneceği akitle tespit olunmakla birlikte, faiz oranının tespiti kanuna bırakılmıştır. Neticede kanuni faiz hem anapara hem temerrüt faizinde gündeme gelebilmektedir.

Bir vesikada ise faiz şartı açıkça zikredilmemiş, vade geldiğinde borçlunun borcu “uygun şekilde” ifa edeceği ifade

³² Mesela bkz. Borç14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 27, 37, 39.

³³ Borç15.

³⁴ Borç09.

³⁵ Borç04, 35, 36, 43.

edilmiştir.³⁶ Burada uygun şekilde ifadesi ile ne kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu, borcun geciktirilmeden, gereği gibi ifasını ifade edebileceği gibi; borcun geciktirilmeden, faizi ile ifasını da ifade ediyor olabilir. Uygur hukukunda borçlanmalarda faiz asıl, faizin olmaması istisna olduğu için bu vesikadaki ifade “faizi ile ifa” şeklinde anlaşılmış ve buraya eklenmiştir.

D. Dolaylı Faiz Tatbikatları

Uygur hukuk vesikaları içerisinde faizin dolaylı olarak karşımıza çıktığı başka tatbikatlar da bulunmaktadır. Burada tekrar ifade edilmelidir ki bu tatbikatlar günümüz hukukunda faiz kapsamında değerlendirilmeyebilir. Yine tercih edilen faiz tanımına göre bunların faiz kapsamında ele alınıp alınmayacağı tartışılabilir. Nitekim aynı tatbikat, farklı hukuk sistemlerinin farklı yaklaşımları sebebiyle farklı kategorilere sokulabilir. Fakat faiz, “karşı tarafa karşılıksız menfaat sağlayan her şey” gibi geniş bir şekilde tanımlanırsa bu misaller icra ettikleri fonksiyon ve Uygur hukuku açısından birer faiz tatbikatı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü Uygur hukuk vesikalarının tümü tetkik edildiğinde hemen hemen tüm vadeli borçlanmaların faiz ile yapıldığı görülecektir. Vadeli borçlanma olup, açıkça faizin belirlenmediği durumlarda da bu başlık altındaki tatbikatlar gündeme gelmektedir ki bunlar faiz olarak alacaklıya sağlanacak menfaatin başka türden bir karşılığını oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, farklı türden bir mal ile faiz ödeme durumu tetkik edilmelidir. Bu durum vadeli trampa-satım gibi akitlerde karşımıza çıkmaktadır. Trampa akdi iki malın değiş tokuşunu ifade ettiği için aslında burada bir faiz tatbikatı yok gibi görünmektedir. Çünkü iki farklı mal değişilmektedir. Fakat bu

³⁶ Borç40.

hukuki ilişkiye daha yakından bakıldığında faizin bu akit içinde de mevcut bulunduğu görülmektedir. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere Uygur hukukunda satım ve trampa akitleri umumiyetle peşin yapılmakta, istisnai olarak menkul satımı ve trampasında vadeli akitlere rastlanmaktadır. Bu vadeli satım ve trampa krediyi temin için faizli karz gibi bir vazife icra ettiği de yine yukarıda ifade edilmişti. Buna göre bir mala ihtiyaç duyan kimse onu bir başkasından vadeli olarak almakta karşılığında ileride farklı bir mal ödemeyi vaad etmektedir. Bu akdin kredi ihtiyacını temin için faizli bir borçlanma olduğu ise "... Ögrüz Tâmir'e faiz (karşılığında) tahıl gerekli olup Bâdrüz'den iki küri tahıl aldım. Güz zamanında otuz tâmbin, bir kap şarabı doğru olarak veririm." şeklinde ifade edilmiştir.³⁷ Yani burada faiz, alınan şeyden farklı bir türden ödeme yapılmak suretiyle ödenmektedir. Trampa akdinde trampa edilen malların birbirine denk olma zarureti yoktur. Bununla birlikte akitteki ifadelerden edimler arası bu dengesizliğin "faiz karşılığında" olduğu ifade edildiği için, bu gibi akitler de faizin dolaylı olarak görüldüğü durumlar içerisinde ele alınmıştır.³⁸

Dolaylı faiz tatbikatları başlığı altında tetkik edilmesi gereken ikinci durum evlat-çocuk rehni müessesesi ile karşımıza çıkmaktadır. Burada bir kimse çocuğunu borcuna teminat olmak üzere alacaklıya rehin vermektedir. Çocuğu rehin alan kimse bu çocuğu belirli sınırlar dahilinde çalıştırma hakkına sahip olmaktadır. Uygur hukuk vesikalarında hemen her türlü

³⁷ Borç48.

³⁸ Burada faizin doğrudan kelime manası olan fazlalık anlamında kullanılmış olma ihtimali akla gelebilir. Nitekim Osmanlı Devleti'nde faiz ifadesi, hem haram olan ribayı hem de meşru kârı ifade etmek üzere kullanılmıştır. Fakat Uygur hukuk vesikaları için bu ihtimalin mümkün olmadığı söylenmelidir. Faizin kelime manası olan fazlalık manasında kullanılması İslam hukukuna dair bir keyfiyettir. Uygur hukukunda "faiz" kelimesine fazlalık anlamı yüklenmediği gibi tüm misallerde faiz, İslam hukuk istilahındaki faize/ribaya karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır.

vadeli borç ilişkisinde faizin bulunduğu ifade edilmişti. Evlat rehni müessesesinde de vadeli bir borç ilişkisi bulunmasına rağmen bu vesikalarda klasik manada bir faizden söz edilmemektedir. Yani borç alan kişi vade geldiğinde aldığı miktarı ödeyecek, herhangi bir nakdi/aynî fazlalık ödemeyecektir. Fakat burada rehin verilen kişinin çalıştırılmasının faizin yerini tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu neticeye hem akdin mahiyetinden hem de bir vesikada karşılaşılan bazı ifadelerden ulaşılmaktadır. Buna göre, bir çocuk üç yıllığına bir başkasına rehin verilmiştir. Verilen borç karşılığında çocuk üç yıl boyunca rehin alanın himayesinde çalışacaktır. Çocuğun vade dolmadan geri istenmesi durumunda alınan borcun faizi ile ödeneceği ifade edilmiştir. Yani üç yıl içinde çocuk geri istenmezse herhangi bir (nakdi) faiz istenmeyecek ama istenirse faiz ödenecektir.³⁹ Ayrıca çocuğun hastalanması durumunda yedi güne kadar rehin alan kimsenin çocuğun bakımını üstleneceği, yedi günden sonra ise bakımını kendi babasının üstleneceği ifade edilmiştir. Hastalığın yedi günden fazla sürmesi durumunda çocuğun babası çocuğu iyileşene kadar yanına alacak ve rehin alan kişinin evinde bulunmadığı her gün için de rehin alana bir ödeme yapacaktır. Nitekim çocuğun hastalık sebebiyle baba evine gitmesi onun o süre boyunca çalışmaması manasına gelmektedir. Bunlar da çocuğun çalışmasının borç paranın faizinin yerini tuttuğunu göstermektedir.

Dolaylı faiz tatbikatları başlığı altında tetkiki gereken üçüncü durum ise "bey' bi'l-vefâ (geri alım şartıyla satım)" akdidir. Bey' bi'l-vefâda satıcı, bir malı üçüncü bir kimseye, aldığı parayı iade ettiğinde sattığı malı geri almak koşuluyla satmaktadır. Dolayısıyla malı satan kimse belirli bir süre içerisinde parayı iade ederse sattığı malı tekrar satın alma hakkına sahip olmaktadır. Belirlenen süre içerisinde parayı iade

³⁹ Rehin02.

etmezse sattığı malı tekrar satın alma hakkını kaybeder. Yani bu süre geçince geri alım şartıyla satım, kesin (adi) satım akdine dönüşür. Bu akdin ekseriyetle, paraya/krediye ihtiyaç duyan fakat malını da satmak istemeyen kişiler tarafından kullanıldığı; bu akitle malı satan kimsenin belirli bir kredi temin ettiği ve vade kazandığı ifade edilmiştir. Bey' bi'l-vefâda malı satın alan kimsenin kârı/menfaati ise bu malın belirlenen süre içerisindeki kullanımından ibarettir. Bey' bi'l-vefâ İslam hukuk tarihinde ve özellikle Osmanlı hukukunda ciddi bir tatbik sahası bulmuştur. Bu çerçevede bey' bi'l-vefânın menşeinin eski Türk hukuku olması da kuvvetle muhtemeldir.⁴⁰ Vesikalar içerisinde bir adet bey' bi'l-vefâyâ tesadüf edilmiştir. Yukarıda da zikredildiği üzere faiz geniş şekilde tanımlandığında bu akitle satın alınan malın kullanımı da Uygur hukuku açısından dolaylı bir faiz tatbikatı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹

IV. VADE TÜRÜ VE FAİZ

Vadenin türü de faizin işletilmesi açısından ehemmiyetlidir. Bu çerçevede (doktrindeki tartışmaları bir kenara bırakırsak) günümüz Türk hukukunda vade, belirsiz, belirli ve kesin vade

⁴⁰ Bey' bi'l-vefânın menşesine dair bkz. Salih Korkmaz, "Bey' Bi'l-Vefâ'nın Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-," *SDÜHFD -Arş. Gör. Zühre Elvan'a Armağan-*, 12, no. 2, (2022), 773-797.

⁴¹ Bey' bi'l-vefâ İslam hukukunda faizsiz kredi bulamayan kimseler için faizsiz borçlanmayı sağlayan bir hîle-i şer'iyye tatbikatı olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam hukukunda her meselenin dini ve kazai cihetinin olduğu ve hükümlerin şartlara göre değişebileceği nazara alındığında bu tatbikatın "faiz" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Nitekim aynı tatbikat, farklı hukuk sistemlerinin farklı yaklaşımları sebebiyle farklı kategorilere sokulabilir. Meselenin hîle-i şer'iyyenin meşruiyeti çerçevesinde İslam ve Osmanlı hukuku açısından tetkiki için bkz. Salih Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 25-69, 87, 98-101.

olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Belirsiz vade ödeme zamanının tam olarak belirtilmediği vadedir.⁴² Ödemenin hasat zamanı yapılacağı gibi bir vade tayini buna misaldir. Belirli vadede ise ödeme zamanı net olarak bellidir.⁴³ Vade tarihinin gün/ay/yıl şeklinde ifade edilmesi de buna misaldir. Kesin vade ise aslında belirli vadenin bir türüdür. Yani kesin vadede de vade tarihi açıkça belirtilmiştir. Fakat kesin vadenin belirli vadeden farkı, kesin vadede vade tarihinden sonra yapılacak ifanın kabul edilmeyecek oluşudur.⁴⁴ Kesin vade ekseriyetle, vade tarihinden sonra yapılacak ifanın alacaklı açısından anlamsız olduğu akitlerde kullanılmaktadır. Düğün günü teslim edilmesi gereken bir gelinliğin düğünden bir gün sonra teslimi alacaklı açısından anlamsızdır ve burada alacaklı gecikmiş bu ifayı kabul etmeyecektir. Belirli vade-kesin vade ayrımının borçlunun temerrüdü dolayısıyla sözleşmeden dönme gibi hususlarda farklı hükümleri bulunmakla birlikte bu farka dair tartışmalar bu makale çerçevesinde meselemiz değildir. Uygur hukukunda ise vade belirli ve belirsiz olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Uygur hukuk vesikalarındaki bazı evraklarda vade belirlidir. Bu belirleme bazen yıl/ay/gün şeklinde yapılmıştır.⁴⁵ Bazen de borcun “güz zamanı” gibi bir vakitte ödeneceği tasrih edilmiştir. Vadenin bu şekilde tespiti günümüz hukuku açısından belirli vade olarak tavsif edilmese bile Uygur hukuku açısından bu gibi misaller belirli vade olarak kabul edilebilir. Çünkü burada “güz zamanı” vb. ifadeler ile belirli aylar kastedilmektedir. Nitekim Uygur hukuku açısından belirsiz vade dendiğinde ödeme zamanı hiç belirtilmemektedir.

⁴² Eren, *Borçlar Hukuku*, 1048.

⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1051.

⁴⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1069; A. Dilşad Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık,” *Gazi Üniversitesi HFD*, 11, no. 1-2, (2007), 212.

⁴⁵ Mesela bkz. Borç11.

Vade belirli olduğunda vade tarihine kadar ne kadar/ne oranda faiz ödeneceği tasrih edilmiştir. Mesela “Toņama”, “Kayımtu’dan” “ikinci ayın beşinci günü” karz olarak bir şıg darı almıştır. Aldığı bu borcu “güz zamanı” faizi ile birlikte “bir yarım (bir buçuk, yani %50 faiz) şıg darı” olarak ifa edecektir.⁴⁶ Yine mesela “Kaçmaz”, “Tutmuş”tan “Ejderha yılı ikinci ayın yirmi altısında” bir yıllık vade ile karz olarak “iki yüz kunpu” almıştır. Bir senenin sonunda anaparaya “yüz kunpu faiz” eklenerek borç ifa edilecektir. Burada vade akdin başında akdin yapılış tarihi belirlendikten sonra “yıllık kunpu gerekli olup” vb. ifadeler ile belirlenmektedir.⁴⁷

Belirsiz vadede ise borcun ne zaman ifa edileceği ile alakalı bir tespit yoktur. Bu gibi durumlarda faiz “aylık” gibi belirli dönemlerde işletilecektir. Yani borçlu borcu ne kadar süre elinde tutarsa o nispette faiz ödeyecektir. Mesela “sıçan yılı dokuzuncu ayın on ikisinde” “Bolmuş”, “İşirä”dan karz olarak belirli bir miktar gümüş almıştır. Aldığı bu borcu ne zaman ifa edeceğine dair bir tespit de yapılmamıştır. Buna göre “Bolmuş” borcu elinde kaç ay tutarsa o kadar faiz ödeyecektir. Bu vesikada parayı “Kaç ay tutarsam ay sayarak (her ay için) birer bakır gümüşü faiziyle birlikte doğru olarak veririm.” şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁸ Yine mesela bir evrakta borcun “kervan gidip döndüğünde” ödeneceği ifade edilmiş, eğer kervan döndüğünde borç ifa edilmezse gecikilen her ay için belirli bir miktar faiz ödeneceği tasrih edilmiştir.⁴⁹

V. FAİZ ORANLARI

Vesikalar tetkik edildiğinde farklı faiz oranları ile karşılaşılmaktadır. Öncelikle kanuni faizin söz konusu olduğu

⁴⁶ Borç14.

⁴⁷ Borç03.

⁴⁸ Borç41.

⁴⁹ Borç09.

durumlarda faiz oranına dair herhangi bir malumata ulaşılamamıştır. Çünkü bu durumda, borç zamanında ödenmezse “ülke töresine göre faiz” ödeneceği ifade edilmekle birlikte bu faiz oranının ne olduğu ile alakalı bir malumat bulunmamaktadır. Çok sayıda evrakta faiz için ülke töresine atf yapıldığı göz önüne alındığında bu miktarın “herkesçe bilinir, malum bir miktar” olduğu söylenebilir. Fakat vesikalarda orana dair bir malumat yoktur.

Akdi faizin söz konusu olduğu durumlarda ise farklı faiz oranları göze çarpmaktadır. Karşılaşılan farklı faiz oranlarının ortak özelliği ise günümüz faiz oranlarına göre ciddi şekilde yüksek olmasıdır. Bu çerçevede ilk olarak belirli vadeli para borçlarında yıllık %50, %100 ve %200'e tekabül eden anapara faiz oranlarına rastlanmıştır.⁵⁰ Satım akdi kaynaklı bir borç ilişkisinde de borç vadesinde ödenirse herhangi bir faiz ödenmeyecek fakat vade geçirilirse “bire bir” yani %100 oranında temerrüt faizi tahakkuk edecektir.⁵¹

Belirsiz vadeli para borçlarında ise faiz ekseriyetle aylık olarak tespit edilmiştir.⁵² Buna göre borçlunun borçlandığı tarihten borcu ifa ettiği tarihe kadar kaç ay geçmişse o kadar zaman için tahakkuk eden faizi ödeyecektir. Vesikalarda karşılaşılan aylık faiz oranları ise %5, %6, %10 olarak tespit edilmiştir. Bir vesikada “altı bözlük” bir borç için gecikilen her ay için “bir böz” faiz ödenecektir. Bu misalde yıllık faiz oranı %200 olmaktadır.⁵³

Belirli vadeli para dışı borçlanmalarda (ekseriyetle tahıl gibi gıda maddelerinde söz konusu olmaktadır) ise faiz oranı belirli vadeli para borçlarına göre daha yüksektir. Nitekim burada da yıllık %100, %150, %200 ve %400'e tekabül eden faiz oranları

⁵⁰ Borç11, 15, 37.

⁵¹ Borç24.

⁵² Borç09, 42, 44, 47, 55.

⁵³ Borç09.

mevcuttur.⁵⁴ Yine bu borçlanmalarda vade süresi (para borçlarına göre) ekseriyetle daha kısadır. Bu vesikalarda üç aylık, altı aylık ve bir yıllık vadelere rastlanmakla birlikte, ekseriyetle 6 aylık vadeler söz konusudur. Vesikalarda açıkça zikredilmese bile bu tür tahıl borçlanmalarını, tarlaya ekmek için tohuma ihtiyaç duyan kişilerin, tohumluk ihtiyaçlarını karşılamak için yaptığı söylenebilir. Çünkü bu vesikalarda borç alınan zaman ile borcun ifa edileceği zaman ekseriyetle tohum ekim ve hasat zamanına denk düşmektedir.

Faizli borçlanmayı muhtevi dört vesikada faizle borç alındığı ifade edilmekle birlikte bu borçlanmanın hangi faiz oranı ile yapıldığına dair bir malumat bulunmamaktadır.⁵⁵ Bu dört vesikada da borç para borcudur ve faiz aylık olarak eklenecektir. Yani borçlu parayı elinde kaç ay tutarsa o kadar ayın faizini ödeyecektir. Burada faiz oranının zikredilmemesi, ama faizin ödeneceğinin açıkça ifade edilmesi ülkede geçerli bir “kanuni faiz oranı” olduğuna işaret etmektedir. Nitekim yukarıda ayrıca ele alındığı üzere pek çok evrakta borç için “ülke töresine göre faiz” alınacağı ifade edilmişti. Bu vesikalarda bu durum açıkça ifade edilmese de faiz oranının “kanuni faiz”e göre tespit edileceği söylenebilir.⁵⁶

Borç alınan paranın faizinin farklı bir para cinsi veya ölçü birimi ile tespit edildiği bazı vesikalarda da faiz oranı tespit edilememiştir.⁵⁷ Mesela Bolmuş, İşirâ'den faizle “üç sızır gümüş” borç almıştır. Bu borcu “elinde tuttuğu” her ay için “birer bakır gümüşü faiz” ödeyecektir.⁵⁸ Görüldüğü üzere borç alınan gümüşün miktarı “üç sızır gümüş” faizi ise “birer bakır gümüş” tür. Bu ölçülerin o gün neye tekabül ettiği tam olarak

⁵⁴ Borç12, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 30.

⁵⁵ Borç04, 35, 36, 43.

⁵⁶ Borç04, 35, 36, 43.

⁵⁷ Borç41, 49.

⁵⁸ Borç41.

bilinemediği için faiz oranı da tespit edilememiştir. Yine bir süredir faiz işleyen alacağın alındığına dair “makbuz” niteliğindeki vesikalarda da borcun kaynağı ve faiz oranı tespit edilememiştir.⁵⁹

SONUÇ

Faiz, tarihi çok eskilere dayanan bir müessesedir. Bu müesseseye Uygur hukukunda da rastlanmış ve çalışmada Uygur hukuk vesikalarında karşılaşılan tüm faiz tatbikatları tetkik edilmiştir. Bu tetkik neticesinde ulaşılan sonuçlar maddeler halinde zikredilmiştir.

1. Uygur hukukunda hemen her türlü vadeli borç ilişkisinde faiz, neredeyse olmazsa olmaz bir şart olarak karşımıza çıkmıştır. Mesela, vesikalar içinde karz akdini muhtevi onlarca kayıt vardır. Bunlar içerisinde faiz şartına rastlanmayan sadece bir adet karz vesikası bulunmaktadır. Diğer vadeli borç münasebetlerinde de durum bundan farklı değildir. Dolayısıyla Uygur hukukunda hemen her türlü vadeli borç münasebetinin faiz şartını ihtiva etmesinin kural, faiz şartı bulunmamasının istisna olduğu söylenebilir.

2. Uygur hukukunda faiz tatbikatına; karz, vadeli satım, vadeli trampa, rehin ve bey’ bi’l-vefa (geri alım şartıyla satış) akitlerinde rastlanmıştır. Bunların ortak özelliği, bütün bu akitlerin “kredi temini” maksadıyla yapılıyor oluşudur. Dolayısıyla Uygur hukukunda kredi temininin faizli akitler ile sağlandığı söylenebilir.

3. Uygur hukukunda faizin oturmuş bir hukuki müessese olduğunu gösteren bir başka delil de faiz meselesinde “töre”ye yapılan atıftır. Nitekim ödeme zamanının geçirilmesi yani borcun vadesinde ödenmeyip temerrüde düşülmesi durumunda “ülke töresine göre faiz” ödenmesini öngören çok

⁵⁹ Mak07, 11.

sayıda misal mevcuttur. Yine bazı faizli borçlanmalarda anapara faiz oranının da “ülke töresine” göre tespit edileceği müşahede edilmiştir. Bununla birlikte “ülke töresi” gereği ödenmesi gereken faizin oranına dair bir malumat yoktur. Fakat çok sayıda evrakta faiz için ülke töresine atıf yapıldığı göz önüne alındığında bu miktarın “herkesçe bilinir, malum bir miktar” olduğu söylenebilir.

4. Uygur hukukunda faiz, basit faiz olarak tatbik edilmiştir. Vesikalarda bileşik faiz tatbikatına rastlanmamıştır.

5. Uygur hukukunda faiz hem aynı hem de nakdi borçlar için söz konusu olmaktadır. Bu faiz anapara faizi olabileceği gibi temerrüt faizi de (veya her ikisi birlikte) olabilmektedir.

6. Vesikalarda hem akdi faiz hem de kanuni faiz tatbikatına tesadüf edilmiştir. Akitle tespit edilen faiz anapara faizi olabileceği gibi temerrüt faizi de olabilir. Kanuni faiz ise ekseriyetle temerrüt faizi söz konusu olduğunda gündeme gelmekle birlikte, anapara faizinin de kanuni olarak tespit edildiği durumlar mevcuttur.

7. Günümüz hukukunda faiz kapsamında değerlendirilmeyen, bununla birlikte Uygur hukuku açısından faiz olarak nitelenebilecek birkaç akit söz konusudur. Bunlardan birincisi evlat-çocuk rehni tatbikatıdır. Bir borç karşılığında belirli bir süre alacaklıya rehin olarak verilen çocuk alacaklı yanında belirli işlerde çalıştırılmaktadır. Ayrıntısı alakalı başlık altında ele alındığı üzere çocuğun bu çalışması da söz konusu borcun faizi hükmündedir. İkinci tatbikat ise, bey' bi'l-vefâ (geri alım şartıyla satım) akididir. Bu akitle malı satan kimsenin belirli bir kredi temin ettiği ve vade kazandığı; malı satın alan kimsenin ise bu malın belirlenen süre içerisindeki kullanımı ile bir menfaat elde ettiği ve bunun da Uygur hukuku açısından faiz hükmünde olduğu söylenebilir.

8. Uygur hukukunda vade belirli ve belirsiz olmak üzere ikiye ayrılabilir. Belirli vadeli işlemlerde, vade tarihine kadar ne

kadar/ne oranda faiz ödeneceği de belirtilmiştir. Belirsiz vadeli işlemlerde ise faiz "aylık" gibi belirli dönemlerde işletilecek, yani borçlu borcu ne kadar süre elinde tutarsa o nispette faiz ödeyecektir.

9. Faiz oranlarına bakıldığında farklı borç türleri için farklı oranlar göze çarpmaktadır. Belirli vadeli para borçlarında yıllık %50, %100 ve %200; belirsiz vadeli para borçlarında aylık faiz oranları ise %5, %6, %10, %16.6; belirli vadeli para dışı borçlanmalarda (ekseriyetle tahıl gibi gıda maddelerinde söz konusu olmaktadır) ise faiz oranı yıllık %100, %150, %200 ve %400 gibi oranlarla karşılaşmıştır. Kanuni faizin söz konusu olduğu durumlarda ise faiz oranının ne olduğu ile alakalı bir malumata ulaşamamaktadır. Karşılaşılan farklı faiz oranlarının ortak özelliği ise günümüz faiz oranlarına göre ciddi şekilde yüksek olmasıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Arat, Reşid Rahmeti. "Uygurca yazılar arasında." *Türk Tarih Arkeologiya ve Etnografya Dergisi* II (1936): 101-112.
- Arat, Reşid Rahmeti. "Eski Türk Hukuk Vesikaları." *Türk Kültürü Araştırmaları*, no. 1, Ankara: (1964): 5-51.
- Arat, Reşid Rahmeti. "Uygurca Yazılar Arasında-II." *Türk Dili Ve Edebiyatı Dergisi* XXIII (1979): 17-28.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- el-Halebî, İbrâhim b. Muhammed. *Mülteka'l-Ebhur Cilt 3*. Çev. Mustafa Uysal. Konya: Uysal Yayınevi, 1971.
- İbn Âbidîn. *Reddü'l-Muhtâr Cilt 4*. Beyrut: 1987, H. 1407.
- İzgi, Özkan. *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*. Ankara: Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987. Seri: 3, Sayı: A.17.
- Orkun, Hüseyin Namık. "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları." *Türk Hukuku Tarihi –Araştırmalar ve Düşünceler-*, (Ankara: 1935): 533-548.
- Özyetgin, Ayşe Melek. *Eski Türk Vergi Terimleri*. Ankara: KÖKSAV, 2004.
- Özyetgin, Ayşe Melek. *İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku*. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2014.
- Keskin, Berker. "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı." Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020.
- Berker Keskin. "Eski Uygur Borç Sözleşmelerine Air Sekiz Fragman." *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, no. 51 (Nisan 2021): 253-272.
- Keskin, Berker. *Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2022.

- Keskin, A. Dilşad. "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık." *Gazi Üniversitesi HFD* 11, no. 1-2 (2007): 209-231.
- Korkmaz, Salih. *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Korkmaz, Salih. "Bey' Bi'l-Vefâ'nın Menşei Üzerine Bir Katkı - Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-." *SDÜHFD -Arş. Gör. Zühre Elvan'a Armağan-* 12, no. 2 (2022): 773-797.
- Korkmaz, Salih. "Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili." *Adalet Dergisi, Dergisi*, no. 69 (2022): 249-291.
- Le Goff, Jacques. *Ya Paranı Ya Canını -Orta Çağda Ekonomi ve Din*, Çev. Enes Öztürk. İstanbul: Dergâh Yayınları, 2021.
- Serahsî. *Mebûsât*, ed. Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit, 12. İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2008.
- Şen, Abdullah. "Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2004.
- Zeytinoğlu, Erol. "İslam ve Diğer Sistemlerde Faiz." İç. Para, Faiz ve İslâm: 91-116. İstanbul: İSAV, 1987.
- Zuhaylî, Vehbe. *Hanefî Fıkhı*, Çev. Yusuf Ciğer, 2, İstanbul: Sağlam Yayıncılık, 2020.

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA UYGULANAN BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI: HUKUKİ SÜREÇ VE MEVCUT DURUM

*The Headscarf Ban in Higher Education
Institutions: Legal Process and Current Situation*

Muhammed GÖÇGÜN*

Saliha Merve KAYA**

Öz

Ülkemizde diğer kamu kurumlarında olduğu gibi yükseköğretim kurumlarında da uzun yıllar devam eden başörtüsü yasağı, Yükseköğretim Kurulunun ya da ilgili yükseköğretim kurumunun tesis ettiği idari işlemlerle uygulanabilmiştir. Bununla birlikte yasal bir dayanağı bulunmayan söz konusu yasağa yüksek yargı organlarının

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: muhammed.gocgun@ankaramedipol.edu.tr., 0000-0003-3918-759X.

** Arş. Gör., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: saliha.kaya@ihu.edu.tr., 0000-0002-4108-3725.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.04.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.06.2023.

Atıf/Citation: Göçgün, Muhammed ve Saliha Merve Kaya. "Yüksek Öğretim Kurumların Uygulanan Başörtüsü Yasağı: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 267-341.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



verdiği kararlarla da hukuki meşruiyet kazandırılmaya çalışılmıştır. Nitekim yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerinin Anayasa'daki açık düzenlemelere rağmen ihlali anlamına gelen başörtüsü yasağı uygulaması, herhangi bir yasal değişikliğe gerek duyulmadan hukuk devleti ilkesi doğrultusunda hareket eden kamu görevlilerinin tasarruflarıyla son bulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise benimsemiş olduğu çoğulcu laiklik ilkesi doğrultusunda verdiği bireysel başvuru kararlarında başörtüsü yasağının; din özgürlüğünün, eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiği yönünde hukuki gerekçeler ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihatlarından uzun bir süre geçtikten sonra Aralık 2022'de, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören başörtülü öğrencileri de kapsayacak şekilde tüm başörtülü kadınların temel hak ve özgürlüklerinin anayasal düzeyde güvence altına alınmasını amaçlayan Anayasa değişikliği teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sunulmuştur. Başörtüsü yasağına ilişkin bir Anayasa değişikliği yapılması durumunda; hukuki bir dayanağı bulunmamasına rağmen yükseköğretim kurumlarında çok uzun bir süre fiilen uygulanmış olan söz konusu yasak, anayasal olarak, daha somut ve kesin bir şekilde ortadan kaldırılmış olacaktır.

Anahtar kelimeler: Başörtüsü yasağı, Anayasa Mahkemesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Kanunilik.

Abstract

The headscarf ban, which continued for many years in higher education institutions, as in other public institutions in our country, has been implemented through administrative actions taken by the Council of Higher Education or the relevant higher education institution. Furthermore, the ban, which has no legal basis, has been tried to uphold legality with the decisions of the higher judicial bodies. Thus, despite the clear regulations

in the Constitution, the headscarf ban, which means a violation of the fundamental rights and freedoms of students in higher education institutions, ended with public officials acting in line with the rule of law without the need for any legal amendment. On the other hand, the Constitutional Court of the Republic of Turkey stated that the headscarf ban in its individual application decisions, in line with the pluralist secularism principle, put forward legal justifications that include violating freedom of religion, the right to education and the prohibition of discrimination. In December 2022, long after the Constitutional Court's jurisprudence, a constitutional amendment proposal was submitted to the Presidency of the Turkish Grand National Assembly, aiming to constitutionally guarantee the fundamental rights and freedoms of all headscarved women, including headscarved students studying in higher education institutions. In the event of a constitutional amendment on the headscarf ban, the ban, which has been de facto applied in higher education institutions for a very long time despite having no legal basis, will be constitutionally abolished in a more concrete and definitive manner.

Keywords: Headscarf Ban, Constitutional Court, Fundamental Rights and Freedoms, Legality.

GİRİŞ

Türkiye’de yükseköğretim kurumlarının başörtülü öğrencilere yönelik sergilediği ilk olumsuz tutum, 1964 yılında, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesini birincilikle bitiren Gülşen Ataseven’in geleneksel olarak fakülte birincilerinin yaptığı mezuniyet konuşmasını yapmasına engel olunmasıyla ortaya

çıkıştır.¹ Lisans eğitimi devam ederken başörtüsü nedeniyle mağduriyet yaşayan ilk kişi ise 1968 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden başörtülü şekilde derslere girdiği gerekçesiyle ihraç edilen Hatice Babacan'dır.² Bu tarihten sonra özellikle 1982 yılının aralık ayından itibaren gerek Yükseköğretim Kurulunun (YÖK) idari tasarrufları ve yükseköğretim kurumlarının uygulamaları gerekse yüksek yargı organlarının başörtüsü yasağının hukuka uygun olduğuna ilişkin aldıkları kararlarla yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı ülkemizde uzun yıllar uygulanmıştır.

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının 2023 yılında yayımlanması planlanan bir makaleye konu yapılmasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerin en önemlilerinden biri, başörtüsü yasağının hukuka aykırılı olduğunun, AYM'nin (AYM) bireysel başvuru sonucu 2018 yılında verdiği *Sara Akgül* kararıyla kesin biçimde tespit edilmiş olmasıdır. Zira bu kararla; gerek yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağına dayanak olarak gösterilen AYM'nin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararların hukuki eleştirisi yapılmış gerekse yargı organları ve kamu görevlilerinin on yıllardan beri laiklik ilkesine yükledikleri anlam ve bu ilkeyi yorumlayışlarındaki çarpıklık ortaya konulmuştur. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin mezkur kararları ele alınarak başörtüsü yasağının ülkemizdeki seyri ve Mahkemenin başörtüsü yasağına ilişkin sahip olduğu bakış

¹ Fatma Barbarosoğlu, "Başörtülülerin Tarihine Küçük Bir Katkı," *Yenişafak Gazetesi*, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.yenisafak.com/yazarlar/fatma-barbarosoglu/baortululerin-tarihine-kucuk-bir-katki-46735>

² Fatma Benli, *1964-2011 Türkiye'de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi* (İstanbul: Mazlumder, 2011), 11, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.mazlumder.org/fotograf/yayinresimleri/dokuman/turkiyede-dunyada-basortusu-yasagi-kronolojisi.pdf>

açısındaki değişikliğin incelenmesi önem arz etmektedir. Diğer yandan; konuya ilişkin olarak 2022 yılı sonunda Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından TBMM'ye sunulan Anayasa değişikliği teklifi, başörtüsü meselesinin güncelliğini muhafaza ettiğini gösteren ve konunun yeniden incelenmesini gerekli kılan bir diğer husustur.

Çalışma, yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağını konu edindiğinden başörtüsü yasağının farklı tezahürleri çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kapsamda; yükseköğretim kurumlarına kayıtlı öğrenciler dışındaki kişilere uygulanan başörtüsü yasağına ilişkin yargı içtihatlarına ve tartışmalara çalışmada yer verilmemiştir. Bunun yerine çalışmada; üniversite öğrencileri bakımından yasağın başlangıcından itibaren YÖK'ün kabul ettiği konuya ilişkin düzenlemeler ve Danıştayın başörtüsü yasağına ilişkin verdiği kararlar özellikle idare hukuku bakımından ele alınmıştır. Bununla birlikte ülkemizde uzun yıllar yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının dayanağı olarak gösterilen; AYM'nin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlar ile 2008'de yapılan *Anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırı bulunduğu* ve bu nedenle özgün nitelik taşıyan karar da çalışmada yer bulmuştur. Son olarak yine AYM'nin başörtüsü yasağının temel hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına geldiğine ilişkin 2014 ve 2018 yıllarında verdiği bireysel başvuru kararları ve 2022 yılında TBMM'ye sunularak Anayasa Komisyonunda kabul edilen Anayasa değişikliği teklifi de çalışmanın kapsamına dahil edilmiştir. Buna karşılık çalışma kapsamında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) başörtüsü yasağının din özgürlüğü ve eğitim hakkı bakımından ihlal oluşturmadığı yönünde verdiği *Leyla Şahin* kararlarının çalışmanın kapsamını sınırlı tutmak ve hacmini daha fazla genişletmemek adına incelenmediği belirtilmelidir.

I. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI VE YÖK'ÜN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

A. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği Öncesi Dönem

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği³, YÖK tarafından 1985 yılında kabul edilmişti. Bununla birlikte söz konusu Yönetmelik henüz yürürlüğe girmemişken yayımlanan 20.12.1982 tarihli genelgeyle, yükseköğretim kurumlarında başörtüsünü yasaklayan bir düzenleme getirilmişti. Söz konusu genelgede şu hükümler yer almaktaydı:

“b. Yabancı uyruklu öğrenciler de dahil olmak üzere, bütün kız ve erkek öğrencilerin, elbise, gömlek ve ayakkabıları temiz, düzgün ve sade olacak; başı açık olacak ve kurum içinde baş örtmeyecektir.”⁴

Bu düzenlemenin ardından 10.5.1984 tarihinde yayımlanan genelgede ise yükseköğretim kurumlarında “modern bir şekilde türban”ın serbest olduğu, şu şekilde ifade edilmekteydi:

“20 Aralık 1982 tarihli genelge ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin başlarının açık olması esası yer almış olmasına rağmen, bazı yükseköğretim kurumlarında, sayıları az da olsa kız öğrencilerin müessesede içinde başörtüsü kullandıkları konusu üzerinde durarak bu durumun etkin bir surette önlenmesi gerektiği; ancak modern bir şekilde ‘türban’ kullanılabilceği görüşü çoğunlukla benimsendi.”⁵

³ RG, 13.01.1985

⁴ YÖK, Karar No: 7327. Aktaran: Kübra Yanıkoğlu, “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu,” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 55.

⁵ YÖK, Karar No: 84.15.527, Aktaran: Yanıkoğlu, “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu,” 55.

YÖK'ün bu kararla başörtülü öğrencilere eğitim haklarını kullanabilmeleri bakımından bir imkan tanımış olduğu söylenebilecekse de düzenlemenin "türban"ın ne olduğu, modern ya da modern olmayan türbanın kim tarafından, hangi ölçütler çerçevesinde belirleneceği gibi soruları beraberinde getirmesi nedeniyle hukuki belirsizlik içeren ve başörtüsü sorununu çözmekten uzak bir idari tasarruf olduğu da açıktır.

B. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği

13.1.1985 tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde⁶ kılık kıyafete ilişkin herhangi bir disiplin suçu öngörülmemiştir. Bununla birlikte Yönetmeliğin "Kınama cezasını gerektiren disiplin suçları" başlıklı 7. maddesine 8.1.1987 tarihinde eklenen (h) fıkrasıyla "*Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak*", kınama cezası gerektiren disiplin suçları arasına

⁶ AYM'nin 8/9/2022 tarih ve E. 2022/54, K. 2022/99 sayılı kararıyla 2547 sayılı Kanun'un 65. maddesinde yer alan ve öğrencilerin disiplin işlemlerinin, disiplin amirlerinin yetkilerinin ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususların yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. AYM, bu doğrultuda verdiği iptal kararının, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Bkz: RG. 20.9.2022

Bunun üzerine 2547 sayılı Kanun'un "Öğrencilerin disiplin işlemleri" başlıklı 54. maddesinde 9.2.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7437 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu öğrencilerin disiplin işlemlerine ilişkin düzenlemeler tümüyle 54. maddeye aktarılmıştır. Son olarak; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, 11.3.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik'le yürürlükten kaldırılmıştır.

dahil edildi.⁷ Bu değişikliğin ardından 4.12.1987 tarihinde Yönetmeliğin yine 7. maddesinde yapılan değişiklikle ve parantez içerisinde belirtilmek suretiyle dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların, örtü veya türbanla kapatılabileceği öngörüldü.⁸ Yönetmeliğin 7. maddesindeki son değişiklik ise 28.12.1989 tarihinde yapıldı ve 7. maddenin (h) fıkrası yürürlükten kaldırıldı.⁹ Böylelikle artık Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde kılık kıyafete ilişkin herhangi bir düzenleme kalmamıştı.

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler bakımından ilk olarak YÖK'ün başörtüsünü yasaklamak için kullandığı, hukuki belirlilikten uzak ve ideolojik bir yaklaşımın tezahürü olan “çağdaş bir kıyafet ve görünüm” ifadesi üzerinde durmak gerekir. Zira hangi kıyafetin çağdaş ya da çağdaş olmayan bir kıyafet olduğunun nasıl ve kim tarafından belirleneceği bir yana; çağdaşlığın bir disiplin suçunun tespitinde ölçüt olarak kullanılmasının hukuki güvenlikle bağdaşmayacağı açıktır.

⁷ *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik*

Madde 1 — 13 Ocak 1985 tarih ve 18634 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”nin 7. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

h) Yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak.” Bkz., 8.1.1987 tarihli R.G.

⁸ *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik*

Madde 1 — Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin 7. maddesinin (h) fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

h) Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak (Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.)” Bkz., 4.12.1988 tarihli R.G.

⁹ RG. 28.12.1989

Kaldı ki söz konusu ölçütün yasal bir dayanağının bulunmuyoru olması da bir başka hukuksal sorundur. Bununla birlikte YÖK, bu düzenlemeden yaklaşık iki yıl sonra söz konusu Yönetmelik'te bir değişiklik yapmış ve, esasında mevzuat hazırlama tekniği bakımından problemlili şekilde, ilgili fıkranın sonuna “(Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar, örtü veya türbanla kapatılabilir.)” ifadesini eklemiştir. Burada YÖK'ün söz konusu değişiklikle dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının çağdaş olmayan bir kıyafet ya da görünüm kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtme ihtiyacı hissetmiş olması dikkate değerdir. Öte yandan bu düzenlemeden çok kısa bir sonra yine Aralık 1988'de 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek 16. maddeyle gerek yükseköğretim kurumlarında çağdaş bir kıyafet ve görünümde bulunmak zorunluluğu gerekse dinî inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılabileceğine ilişkin düzenleme aynı şekliyle yasal düzenleme halini almıştır. Görülmektedir ki; “çağdaş bir kıyafet ve görünüm” ısrarı, YÖK'ten sonra kanun koyucuda da devam etmiştir. Ne var ki bu ısrar, Aralık 1989'da YÖK'ün ilgili fıkrayı yürürlükten kaldırmasıyla iradi şekilde; Anayasa Mahkemesinin Ek 16. maddeyi iptali sonrasında ise zorunlu olarak son bulmuştur.

C. Uygulamanın Devamını ve Kapsamının Genişlemesini Öngören İşlemler

Başörtüsü yasağı uygulaması, gerek yükseköğretim kurumlarının gerekse de YÖK'ün almış olduğu kararlarla devam ettirilmiş ve hatta uygulamanın kapsamı genişletilmiştir. bu duruma örnek olarak İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 23.2.1998 tarihinde tesis edilen işlem¹⁰ verilebilir.

¹⁰ AİHM'in *Leyla Şahin* kararlarına konu olan bu işlemin, başvuruçunun din özgürlüğünü ve eğitim hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Bkz.

Öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine veya okul binalarına alınmamaları ve öğrencilerin başörtüsü ve sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara kabul edilmemelerini öngören söz konusu işlemin¹¹ yürütmesi, İstanbul 6. İdare Mahkemesi tarafından durdurulmuştu.¹² Bu karara yapılan itiraz üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi ise söz konusu yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştı.¹³ Bu kararın ardından ise dönemin YÖK Başkanı Kemal Gürüz, 7.9.1998 tarihinde üniversitelere gönderdiği ve *"Bölge İdare Mahkemesince alınan 19.08.1998 tarih ve 1998/947 sayılı kararlar; öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine*

AİHM 4. Daire, Leyla Şahin/Türkiye, B.N. 44774/98, T. 29.6.2004; AİHM Büyük Daire, Leyla Şahin/Türkiye, B.N. 44774/98, 10.11.2005. Kararların eleştirisi için bkz. Kerem Altıparmak/Onur Karahanoğulları, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun," *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 1, no. 3 (Temmuz-Eylül 2004): 5, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turban.pdf>; Ali Ulusoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no. 4 (2004): 125-134; Fatma Benli, "Türkiye'de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı," *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları- Birikimler II* (İstanbul: 2006), 231-250, erişim tarihi Şubat 1, 2023, <https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerII/105.pdf>

¹¹ Söz konusu idari işlemin hukuka aykırılığı hakkında yapılan bir değerlendirme için bkz: Muharrem Balcı, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları* (İstanbul: Danışman Yayınları, 1999), 86ff.

¹² İstanbul 6. İdare Mahkemesi, T. 26/6/1998, E. 1998/369. Aktaran: Özge Genç/Ebru İlhan, *Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul: Tesev Yayınları, 2012), 13.

¹³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 19/8/1998 tarih ve E. 1998/947 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "Öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin üniversite kampüslerine veya binalarına alınmamaları ve bayan öğrencilerin başörtüsü, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları yolunda tesis edilen işlemlerin hukuka ve mevzuata uygun olduğuna karar verilmiştir." Aktaran: Genç/İlhan, *Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, 13.

alınmamaları ve bayan öğrencilerin başörtüsü, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları yolunda tesis edilen işlemin hukuka ve mevzuata uygun olduğuna karar verilmiştir.” ifadelerinin yer aldığı “Yargı kararı” konulu yazısıyla başörtüsü yasağının devam etmesi gerektiğini hatırlatmıştı.¹⁴

YÖK Başkanı Kemal Gürüz imzalı bir diğer düzenleme ise başörtülü öğrencilerin üniversitelere peruk, şapka ve bereyle girmelerini yasaklayan 27.3.2002 tarihli genelgedir. Söz konusu genelgede şu ifadelere yer verilmişti:

“...AYM'nin verdiği karar birlikte değerlendirildiğinde, yasal mevzuat, yargı kararları doğrultusunda, türbanlı olarak üniversiteye gelmek, üniversitenin huzur ve sükunetini bozan siyasi ve ideolojik bir eylem ve Yüksek Öğretim Kurumlarından çıkarmayı gerektiren bir fiil olarak kabul edilmektedir. ... Öğrencilerin, Akademik ve İdari Personelin Üniversitemize türbanla alınmamaları, bayan öğrencilerin başı açık, boyun kısımlarını kapatmayacak şekilde giysi içinde kampüslerimize alınmaları gerektiği gibi, türbanlı veya türban yasağını saklayıcı nitelikte (türban üzerine giyilen peruk, bere şapka v.b) giysilerle de kampüslere alınmamaları yasal zorunluluktur.”¹⁵

Söz konusu düzenlemede dikkat çeken hususların ilki, dönemin YÖK Başkanı'nın başörtülü olarak üniversiteye gelmeyi üniversitenin huzur ve sükunetini bozan siyasi ve ideolojik bir eylem olarak nitelenmesi ve bunun sonucunda da başörtülü öğrencilerin Öğrenci Disiplin Yönetmeliği uyarınca yükseköğretim kurumlarından çıkarılması gerektiği yönündeki ifadeleridir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki; YÖK Başkanı'nun AYM kararını, yasal mevzuatı ve diğer yargı kararlarını nasıl bir

¹⁴ YÖK, T. 10/5/1984 ve B.30.0 HKM. 06.10.001/ 2393 sayılı yazı. Aktaran: Balcı, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları*, 93.

¹⁵ YÖK, T. 27/3/2002 ve B.30.2.MAR.0.00.00.01/2959 sayılı yazı. Aktaran: Benli, “1964-2011 Türkiye’de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi,” 90.

değerlendirmeye tâbi tutarak bu sonuca vardığı ve başörtülü öğrencilerin üniversitenin huzur ve sükunetini ne şekilde bozduğu gibi hususlarda bir belirsizlik mevcuttur. Diğer yandan idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edeceği işlemlerin ancak kamu düzeninin korunmasına yönelik olabileceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanunda yer almayan bir yasağın idarece ihdas edilemeyeceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede öğrencilerin başörtülü bir şekilde eğitim almalarını yasaklayan açık bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece idarenin kanun koyucu gibi hareket ederek eğitim hakkından yararlanmayı başı açık olma şartına bağlaması, idari işlemin yetki unsurundaki bir sakatlık hali olan fonksiyon gasbına yol açacak niteliktedir. Bu durumda ise söz konusu işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir.¹⁶ Ayrıca vurgulamak gerekir ki; başörtüsü yasağını uygulayan YÖK ya da yükseköğretim kurumlarının bu uygulama kapsamında tesis ettikleri idari işlemler, kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek somut herhangi bir fiil ya da durum olmaksızın kolluk faaliyeti kapsamında yürürlüğe konulan işlemler olmaları nedeniyle de hukuka aykırılık içermektedir. Zira idare hukuku bakımından kamu düzeni; korku, endişe ya da paranoyalarla korunmaya çalışılacak soyut ve subjektif bir düzen olmayıp somut, objektif ve maddi bir düzendir. Diğer bir ifadeyle “sokaktaki düzen”dir.¹⁷ Bu noktada kamu düzenini bozacak olan durumun öğrencilerin başörtülü şekilde eğitim almaları değil; aksine öğrencilerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuk devletine aykırı şekilde sınırlandırılması sonucu uğradıkları ayrımcılık olduğu vurgulanmalıdır. Son olarak Genelge’deki dikkat çeken bir diğer husus ise YÖK Başkanı’nın; “başörtüsü yasağını saklayıcı nitelikte” şeklinde Türkçe dilbilgisi

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 420.

¹⁷ Özge Okay Tekinsoy, “Kolluk Faaliyetleri,” iç. *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 620.

açısından bozuk bir ifade kullanarak sadece başörtüsünü değil peruk, bere ya da şapkeyi da yasak kapsamına sokması ve uygulamanın kapsamını genişletmiş olmasıdır.

D. Uygulamanın Sona Ermesi Yönünde Tesis Edilen İşlemler

2008 yılında dönemin YÖK başkanı Yusuf Ziya Özcan tarafından tesis edilen ve yükseköğretim kurumlarına gönderilen 24.2.2008 tarih ve 225 sayılı işlem, 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin sonucu olarak yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının herhangi yasal ya da idari bir düzenlemeye gerek olmaksızın sona erdirilmesine yönelikti. Danıştay tarafından genelge olarak nitelenen ve yetki unsurundaki sakatlık nedeniyle yürütmesi durdurulan yazıda Rektörlüklere; 23.2.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler uyarınca uygulama yapılması hususu hatırlatılmaktaydı.

Bir başka kararda ise İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde bir öğrencinin başörtülü olduğu gerekçesiyle dersten çıkarılması üzerine konuya müdahil olan YÖK, İstanbul Üniversitesine gönderdiği 4.10.2010 tarihli yazıyla disiplin yönetmeliğine uymayan öğrencilerin dersten çıkarılmasının hukuken mümkün olmadığını belirtmişti. YÖK, söz konusu yazıda öğrencilerin “disiplin yönetmeliğine aykırı” durumu nedeniyle sınıftan çıkarılamayacağını; ancak konuya ilişkin tutanak tutulabileceğini ve öğrenciyi dersten çıkaran öğretim görevlisi hakkında soruşturma açılacağını vurgulamıştı.¹⁸

¹⁸ Aktaran: Benli, “Türkiye’de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bakış Açısı,” 219-220.

YÖK'ün bu kararıyla yükseköğretim kurumlarında keyfi bir şekilde uygulanan başörtüsü yasağı, anayasa değişikliğine ya da yasal bir düzenlemeye gerek duyulmaksızın basit bir yetki kuralının devreye girmesiyle sona erdirilmiştir. Böylelikle YÖK tarafından Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." kuralının zorunlu bir sonucu olarak; kimsenin, velev ki disiplin yönetmeliğine aykırı bir durum olarak değerlendirsin, başörtülü bir öğrenciyi dersten çıkaramayacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla da dersten çıkarılmak suretiyle başörtülü öğrencilerin eğitim hakkının engellenemeyeceği üniversite yöneticilerine hatırlatılarak başörtüsü yasağının hukuka aykırılığı bir kez daha ortaya konulmuştur.

II. DANIŞTAY VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Başörtüsü yasağının uygulandığı dönemde yasal bir dayanağı bulunmaması nedeniyle söz konusu yasağı hukuken gerekçelendirmek isteyen kişilerin başvurabildikleri tek yol yüksek yargı organları tarafından verilen kararlar olmuştur. Bu bakımdan başörtüsü yasağına ilişkin hukuki sürecin ele alınması, idari ve yasal düzenlemelerin yanı sıra Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarının tetkikini de gerekli kılar.

A. Danıştay Kararları

1. Disiplin Cezalarına İlişkin Kararlar

Danıştayın yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağına ilişkin vermiş olduğu kararlar ağırlıklı olarak başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezaları hakkında olmuştur. 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren vermiş olduğu kararlarda Danıştay, 1992 yılında verdiği ve daha sonra İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK) tarafından bozulan

bir karar¹⁹ hariç başörtüsü yasağını hukuka uygun bulmuş ve iptal istemlerini reddetmiştir. Ne var ki bu kararlarda başörtülü olarak derse girmek isteyen öğrencilerin bu tercihlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgisinin bulunup bulunmadığı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ölçütleri gibi konular üzerinde hiç durulmamıştır. Burada belirtmek gerekir ki; başörtülü öğrenciler hakkında tesis edilen disiplin cezalarının bir kısmı doğrudan ilgili düzenleyici işlemde yer alan "başı açık olma" kuralının uygulanması şeklinde tezahür etmiştir. Örneğin; Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi 1. sınıf öğrencisi tarafından açılan davada; Üniversite, 20.12.1982 tarihli YÖK genelgesinde yer alan kuralın ihlalini gerekçe göstererek davacıya disiplin cezası vermiştir. Danıştay, bu işlemin yargısal denetimi sonucunda oyçokluğuyla verdiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

*"...Yükseköğretim Kurumunun yetkili organlarınca alınan ve çağdaş kıyafet ve görünümünde olmak düşüncesine uygun bulunan bu yoldaki karara aykırı bir tutum ve davranışı belirten başörtüsünü kullanmaktaki tutumunu sürdüren davacı hakkında verilen cezada yasalara aykırılık yoktur."*²⁰

Bu karar, YÖK'ün 1984 yılında üniversite rektörlerine gönderdiği ve öğrencilerin modern bir şekilde türban kullanabileceklerini öngören genelgesi yürürlükteyken verilmiş olduğundan karara gerekçe yönünden yazılan azlık oyunda bu husus dile getirilmiş ve türban ile başörtüsü ayrımı şu şekilde yapılmıştır:

"Bazı kız öğrencilerin ideolojik amaçla kullandıkları bilinen biçimi ile başörtüsü kullandığı anlaşılan davacı bu eylemi nedeni ile 4.6.1984 günlü fakülte disiplin kurulu kararı ile disiplin cezasına

¹⁹ Danıştay İDDGK, T. 17/6/1994, E. 1993/61, K. 1994/327, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

²⁰ Danıştay 8. Daire, T. 12/2/1987, E. 1986/105, K. 1987/63, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

çarpıtılmıştır. Burada uyuşmazlığın çözümü davacının kullandığı başörtüsünün Yükseköğretim Kurulu kararı ile kullanılmasına izin verilen türban sayılıp sayılmayacağına bağlıdır. Türban da bir çeşit başörtü olmakla birlikte biçim ve kullanım amacı yönünden başörtüsü ayrıdır. Başın yüz kısmı dışında kalan yerlerini sımsıkı kapatan ve kapatmasına özen gösterilen biçimi ile başörtüsü laikliğe aykırı bir ideolojinin simgesi olarak kullanılmaktadır. Türbanda ise böyle bağnaz bir kapalılık görünümü bulunmamaktadır. Bu nedenle disiplin kurulunca başörtüsünün türban sayılmaması yerindedir.”

Azlık oyu yazan üyelere göre başlarının yüz kısmı dışında kalan yerleri sımsıkı kapatmayan ve kapatmaya özen göstermeyen öğrenciler, YÖK genelgesi uyarınca “bağnaz olmayan modern türbanlı” sayılacaklarından söz konusu öğrencilerin üniversitede eğitim görmelerinde hiçbir sakınca yoktur. Buna karşılık başın yüz kısmı dışında kalan yerlerini sımsıkı kapatan ve kapatmaya özen gösteren bağnaz (!) öğrencilerin ise “Cumhuriyetin temel ilkesi laikliğe karşı din kurallarına dayalı bir devlet düzenini savunduklarını belirtmek amacı ile başörtüsünü ideolojilerine bayrak yaptıkları” bilindiğinden; “laik Cumhuriyet düzeninde her türlü kadın hakları eşitliğinden yararlanarak üniversite düzeyinde eğitim gören ve Cumhuriyet’imizin yaşam koşulu laikliğin değerini bilmesi gereken” bu kişilerin üniversite öğrencisi olmalarına müsaade edilmemesi gerekir.²¹

²¹ Karşı oy gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Davacının başörtüsü kullanmasına gelince, üniversitelerimizde bazı kız öğrencilerin Cumhuriyetin temel ilkesi laikliğe karşı din kurallarına dayalı bir devlet düzenini savunduklarını belirtmek amacı ile başörtüsünü ideolojilerine bayrak yaptıkları bilinmektedir. Gerçi dar toplumsal çevre koşullarından kurtulamamış eğitimi yetersiz bazı kadınlarımız hala başörtüsü kullanmakta olduklarına göre her başörtüsü kullananı böyle bir eylem içinde sayma olanağı yoksa da laik Cumhuriyet düzeninde her türlü kadın hakları eşitliğinden yararlanarak üniversite düzeyinde eğitim gören ve

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde, 8.1.1987 tarihinde yapılan değişiklikle “Yükseköğretim Kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmak” yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların kınama cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Danıştay da bu düzenlemenin getiriliş amacına uygun olarak başörtülü bir şekilde üniversite eğitimi almak isteyen öğrencilere yükseköğretim kurumları tarafından verilen disiplin cezalarını hukuka uygun bulmuştur. Danıştay, bu kararlarında başörtüsünün “çağdaş kıyafet ve görünüm” şartını sağlamadığı ön kabulüyle hareket ederek ve “*Başörtüsü; günümüz insanı için çağdaş bir kıyafet olmadığından anılan yönetmelik kuralı gereğince davacının eylemi kınama cezasını gerektirmektedir.*” gerekçesiyle davaları reddetmiştir.²²

Başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarına dayanak gösterilen bir diğer düzenleme ise Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 9. maddesinin (d) bendi olmuştur. Bu düzenlemeye göre; dil, ırk, renk din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırmayı gerektirmektedir. Danıştay da Buca Eğitim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Eğitim Bölümü 3. sınıf öğrencisi olan davacının bir yarıyıl yükseköğretim kurumundan

Cumhuriyet'imizin yaşam koşulu laikliğin değerini bilmesi gereken davacının böyle bir masum davranış içinde olmadığı açıktır. İnsan gönlünde yer alabilecek bazı kutsal değerlerin bir ideoloji maskesi yapılmasına özellikle yüksek eğitim kurumlarınca izin verilmemesi yerindedir. Öğrencilerin kullandığı başörtüsünün, bir kılık olarak çağdaş görünüme uygun olup olmamayı çok aşan boyutları karşısında davanın yukarıda açıklanan nedenlerle reddi gerektiği oyu ile karara gerekçe yönünden karşıyız.”

²² Danıştay 8. Daire, T. 3/10/1989, E. 1988/105, K. 1989/715; Danıştay 8. Daire, T. 13/12/1989, E. 1989/1239, K. 1989/1027; Danıştay 8. Daire, T. 10/11/1990, E. 1988/1016, K. 1990/15, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

uzaklaştırma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Fakülte Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılan dava kapsamında; davacı başörtülü öğrencinin “20.11.1990 tarihinde Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi dersinde başörtüsü takan öğrencilerin dinin vecibelerini yerine getirdiklerini, takmayanların dine aykırı hareket ettiklerini, Cumhuriyet döneminde camilerin kapatıldığını, ibadet edilemez bir duruma geldiğini v.s. belirttiği ve dolayısıyla din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle bir yarıyıl Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Disiplin Kurulu kararında mevzuata aykırılık bulunmadığını” belirterek İzmir 1. İdare Mahkemesinin 21.9.1993 tarihli kararını bozmuştur.²³

Danıştay, başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını ağırlıklı olarak onamışsa da yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının hukuka aykırı olduğuna hükmedilen ve dava konusu işlemlerin iptal edildiği Danıştay kararları da mevcuttur. Örneğin; 1992 yılında Mahkeme, derslere ve sınavlara başörtülü olarak girdiği gerekçesiyle kınama cezası alan bir öğrencinin açmış olduğu dava üzerine verdiği kararda, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde başörtülü öğrencilere ceza verilmesini gerektirecek bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir: “Belirtilen maddede, yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak bulunmanın kınama cezasını gerektirdiği yolunda herhangi bir kural yer almamaktadır. Davacının eyleminin, Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) ve (c) bentlerindeki

²³ Danıştay 8. Daire, T. 31/5/1994, E. 1994/104, K. 1994/1626, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

eylemlere de uymaması karşısında disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmemiştir.”²⁴

Mahkemenin, açıkça ifade etmese de başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezaları bakımından en temel hukuki sorunlardan biri olan “tipiklik” unsuruna vurgu yapması önemlidir. Zira tipiklik, disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin bir tezahürü olmak cihetiyle işlenen fiilin mevzuatta suç olarak kabul edilen fiille örtüşmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Diğer

²⁴ Danıştay 8. Daire, T. 13/11/1992. E. 1992/609, K. 1992/2809, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr. Karara yazılan azlık oyu gerekçesi şu şekildedir: “...Son zamanlarda ülkemizde görülen laiklik karşıtı bir kısım hareketlerin, eğitim ve öğretim kurumlarında da etkinliklerini sürdürdükleri görülmektedir.

Geleneksel yaşamın egemen olduğu kırsal kesimler başka olmak üzere, ülkemizde bazı kızlarımız ve kadınlarımız hiçbir siyasal ya da özel amaç ve düşünceleri olmadan başlarını örtmektedirler. Bir kısım kadın ve kızlarımız ise kendilerine hiçbir toplumsal etki ve baskı olmaksızın ideolojik bir görüşle laik cumhuriyete karşı olmanın simgesi olarak örtünmektedirler. Böylece, islam dinini geleneksel biçimde yaşayan kişilerden farklı bir örtünme biçimi ile, laiklik karşıtı hareketlerle, toplumun ilgisini çekmeyi amaçlamaktadırlar. Bu durumun doğal sonucu olarak dini, kişisel inanç ve ibadet çerçevesini aşarak, siyasi bir güç durumuna getirmeye yönelik hareketler, laik eğitim ve öğretim kurumlarında, üniversitelerde, eğitimli ve örgütlü gruplar ortaya çıkarmaktadır.

Yükseköğretim kurumları, salt bilgi aktarılan, teknik bilgilerin alındığı yerler olmayıp, dersler dışında sosyal ve kültürel boyutu da olan ortamlardır. Bu ortamlarda gençlerin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma içinde aşamaları ve eğitimlerini sürdürmeleri asıl ve arzulanan bir durum olmakla birlikte, laikliğe aykırı dinsel hareketler, üniversitelerde öğrenciler arasında bölünmeye ve kutuplaşmaya da zemin hazırlamaktadır.

Cumhuriyetimiz temel niteliklerinden olan laiklik ilkesine karşı bir dünya görüşünü simgeleyen türban ve başörtüsünün, Yükseköğretim Kurumlarında kullanılması kabul edilemez ve hoşgörülemez bir durumdur.”

²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2002): 9.

bir deyişle tipiklik şartı, ilgililer hakkında subjektif ve keyfi değerlendirmeler sonucu disiplin cezası verilmesini engelleyecek nitelikte hukuki güvenliği sağlamaya yönelik bir unsurdur. Bu nedenle başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda da YÖK tarafından çıkarılan yönetmeliklerde ya da disipline ilişkin diğer mevzuatta açıkça başörtüsünün yasak olduğu belirtilmediği sürece; çağdaşlık, kurumların huzur ve sükununu bozma, kutuplaştırıcı/bölücü faaliyetlerde bulunma gibi gerekçelere dayanılarak verilen disiplin cezalarının tümü, diğer gerekçelere ilaveten, tipiklik şartına uyulmadığı için de hukuka aykırı olacaktır.²⁶

1992 yılında 8. Daire tarafından verilen yukarıdaki karar, dönemin şartları ve Danıştayın süregelen içtihatları dikkate alındığında şaşırtıcıdır. Ne var ki kararın Danıştay İDDGK tarafından bozulmasının aynı derecede şaşırtıcı olduğu söylenemez. İDDGK, hukuki tartışmalara girmek yerine ideolojik ve subjektif değerlendirme yapma alışkanlığını sürdürdüğü bozma kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Buna göre, öncelikle ve özellikle, yükseköğretim öğrencisi Atatürk inkılapları ve ilkelerini benimsemiş ve bu ilkeler doğrultusunda davranan kişi olmalıdır. Dolayısıyla, Atatürk İnkılap ve ilkeleri dışında davranışlarda bulunan öğrencinin, yüksek öğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getirdiğinden söz etmenin imkanı bulunmamaktadır. Başka deyişle, çağdaş kıyafet ve

²⁶ “Uyuşmazlıkta, davacının kamu kurumunda başörtülü olarak çalışmak şeklindeki fiilinin, çalıştığı kurumun huzur, sükun ve çalışma düzenini hangi yönlerden bozucu nitelikte bulunduğu ortaya konulmadığı gibi, ideolojik ve siyasi amaçlarla yapıldığı da ortaya konulamamış olup, bu haliyle davacının eyleminin, yukarıda aktarılan Yönetmeliğin 11/a maddesindeki suç tanımına uymadığı ve disiplin hukukunda yer alan tipiklik şartının gerçekleşmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir” Danıştay 8. Daire, T. 6/5/2015, E. 2014/1805, K. 2015/4319 sayılı kararı, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr Aynı yönde: Danıştay 12. Daire, T. 21/11/2012, E. 2012/3480, K. 2012/9158, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr.

görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davrandığı böylelikle yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır. Bu itibarla, derslere başörtüsü ile giren davacıya, kınama cezası verilmesinde dayanak alınan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7.maddesinin (a) bendinde yer alan düzenleme, davacı fiiline denk düşmektedir. Ayrıca, öğretim elemanlarınca, birden fazla uyarılmış olmasına rağmen ısrarla başörtüsü takmaya devam eden davacının, okuldaki çalışma düzenini de bozduğu belirlenmekle, verilen cezanın, anılan 7 nci maddenin (e) bendine de uygunluk taşıdığı sonucuna varılmaktadır.”²⁷

Danıştay, bu kararda da alışlageldik şekilde disiplin hukukundaki tipiklik şartını dikkate almaksızın²⁸ ideolojik ve keyfi değerlendirmelere dayanarak başörtüsü yasağının hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Mahkemenin bu kararında; başörtülü öğrencilerin yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gereklerini tam olarak yerine getiremeyeceği ve başörtülü olmanın yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı gibi subjektif ve bir o kadar da hukuki temelden yoksun değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Öte yandan Mahkemenin öğretim elemanlarınca birden fazla uyarılmış olmasına rağmen ısrarla başörtüsüyle

²⁷ Danıştay İDDGK, T. 17/6/1994, E. 1993/161, K. 1994/327, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

²⁸ Karara yazılan karşı oy gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir: “Türk Ceza Yasasının 1 inci maddesinde yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğuna kuşku bulunmadığına ve Disiplin Yönetmeliğinde davacının boyun ve saçlarını örtmesini cezalandıran (yaptırma bağlayan) bir hüküm bulunmadığına ve davacı davranışının kargaşaya yol açtığı, düzeni bozduğu yolunda, temyiz dosyasında bir bilgi ve belge de mevcut olmadığına göre Danıştay Sekizinci Dairesi kararının davacıya kınama cezası verilmesine ilişkin işlemin iptaline dair kısmının da onanması gerektiği düşüncesiyle aksine verilen karara katılmıyoruz.”

derse devam etmek isteyen öğrencinin, okuldaki çalışma düzenini ne şekilde bozduğuna ilişkin somut ve objektif hiçbir delil ortaya koyamadığı da dikkate değerdir.²⁹

Danıştayın başörtülü öğrencilere verilen disiplin cezalarının yargısal denetimi sonucu verdiği bir diğer karar ise davacı hakkında derslere başörtülü girmeye devam ettiği gerekçesiyle ve tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesine ilişkindir.³⁰ Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi; *“tekerrür halinde verilmesi gereken disiplin cezasının eyleme uygun görülen asıl cezanın bir üstü olan disiplin cezası olması gerektiği, olayda davacının kınama cezası verilmesi gerektiği kabul edilen eyleminden dolayı daha önce verilen disiplin cezaları nazara alınarak disiplin cezasının en ağırı olan yüksek öğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği”* gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Danıştay ise bu kararı; *“Kınama cezasını gerektiren bu davranışın sürdürülmesi halinde ise her defasında daha ağır cezanın verilerek sonuçta bir çoğu T.Ceza Kanununa göre de suç oluşturan eylemlerin karşılığı olan Yükseköğretim Kurumundan çıkarma cezası tayininde yönetmeliğe ve hukuka aykırılık açıktır.”* şeklinde yaptığı değerlendirme sonucu onamıştır.³¹ Danıştayın bu yaklaşımı,

²⁹ Nitekim karşı oy gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır: *“Davacının saçlarını türbanla kapatması, öğrencilik sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak bir davranış olarak düşünülemeyeceği gibi, düzen bozucu hareket olarak değerlendirilmesi de mümkün görülememektedir.”*

³⁰ Danıştay 8. Daire, T. 16.5.1994, E. 1994/162, K. 1994/1579, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³¹ Aynı yönde: Ankara 1. İdare Mahkemesinin davanın reddi yönünde verdiği 29/12/1992 tarih ve 1763 sayılı karar, *“Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Disiplin Suçunun Tekerrürü başlıklı 12. maddesinde ‘Disiplin cezası verilmesine neden olmuş bir fiil veya halin öğrencilik süresince tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır.’ kuralının yer aldığı, bu maddedeki bir derece ağır ceza kavramından suçun niteliği*

yükseköğretim kurumlarının ilgili mevzuatta yer alan tekerrür hükümlerini “tekerrüre tekerrür uygulanmaz” ilkesiyle³² bağdaşmayacak şekilde uygulayarak, başörtülü öğrenciler hakkında verdikleri yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarının hukuka aykırılığını ortaya koyması bakımından önemlidir.

2. Üniversite Binasına ya da Sınava Girişin Engellenmesi Üzerine Verilen Kararlar

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı, disiplin soruşturması sonucunda ilgili öğrencinin disiplin cezası alması şeklinde uygulandığı gibi başörtülü öğrencilerin fiilen üniversite binasına ya da sınavlara girişinin engellenmesi yoluyla da somutlaşmıştır. Bu uygulamaların birinde İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesinde kayıtlı bir öğrenci, başörtülü olduğu gerekçesiyle Fakülte binasına alınmamıştır. 1980’lerin başında gerçekleşen bu olay sonrasında açılan davada Danıştay, kararın verildiği yıllarda başörtüsü konusunda sahip olduğu genel yaklaşımını sürdürerek hukuki hiçbir tartışmaya girmemiş ve gerek hüküm kısmı gerekse gerekçe bakımından

hangi cezayı gerektiriyorsa bu cezanın bir derece ağırlığının anlaşılması gerektiğinin açık olduğu, aksi bir anlayışın cezaların derece derece ağırlaşarak öğrencinin fakülteden çıkarılması sonucunu doğuracağı, bunun da Anayasa ile güvence altına alınan öğrenim hakkını kısıtlayıcı bir duruma yol açacağı” gerekçesiyle Danıştay 8. Dairesi tarafından 2/3/1994 tarih ve 680 sayılı kararla bozulmuştur. Bu karar üzerine Ankara 1. İdare Mahkemesinin yeniden yargılama sonucu verdiği 8/6/1994 tarih ve 782 sayılı iptal kararı ise Danıştay 8. Dairesi tarafından onanmıştır. Bkz. Danıştay 8. Daire, T. 6/3/1996, E. 1994/5952, K. 1996/544, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³² Danıştay 12. Daire, T. 24/5/2016, E. 2013/6845 K. 2016/3169, E.T. Şubat 1, 2023, www.lexpera.com.tr

Danıştay 12. Daire, T. 4/4/2017, E. 2016/7096, K. 2017/1186, aktaran: Burak Bozkurt, *Danıştay Kararları Işığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 183.

ideolojik ve subjektif değerlendirmeler içeren bir karar vermiştir:

“Yeterli öğretim görmemiş bazı kızlarımız hiçbir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin etkisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda, kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmeyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf Laik Cumhuriyet İlkelerine karşı çıkararak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir. Davacı yüksek öğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir. Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır. Bu kurallar herkesce bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez. ... Bu nedenle yüksek öğrenim görmek üzere okula geldiği sırada dahi başörtüsünü çıkartmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacının okula alınmamasında yasalara aykırılık olmadığından davanın reddine karar verildi.”³³

Bir başka olayda ise başörtülü olduğu gerekçesiyle 16.12.1998 tarihinde yapılan sınava alınmayan öğrencinin açtığı davada karar veren Danıştayın; başörtüsü yasağına bakış açısında herhangi bir değişiklik olmadığı görülür:

“Bu açıdan, Yükseköğretim Kurumlarının dersliklerinde ve eğitimle ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden ve Yükseköğretimde karışıklık ve karmaşa yaratan ve huzur bozan durumlardan uzak kalınması zorunluluğu gözetildiğinden laik eğitim

³³ Danıştay 8. Daire, T. 23/2/1984, E. 1983/207, K. 1984/330, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

kuralına ve Yükseköğretim ilke ve amacına, yükseköğrenim düzeninin sağlanmasına aykırılık teşkil eden eylemlerin önlenmesi idarenin görevidir. Belirtilen bu durumlar karşısında, üniversitelerde eğitim birliği içinde; aklın ve bilimin öncülük ettiği, duygu ve görüş birliğini sağlamaya yönelik, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, ulusal değerlere saygılı, çağdaş görüşlü ve çağdaş görünümlü insan yetiştirme amacına aykırılık teşkil etmeyen dava konusu işlemde hukuka ve ilgili mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”³⁴

Danıştayın bu kararlarının ortak yönü; ne yazık ki hukuki açıdan oldukça zayıf hatta neredeyse hiçbir hukukilik barındırmayan, katı bir ideolojik bakış açısı çerçevesinde şekillenmiş ve ortalama düzeyde bir hukukçudan beklenen bilimsel derinlikten uzak metinler olmalarıdır. Nitekim bu hususu Gözler de “Danıştayın bu önermesi normatif bir önerme değil, tasviri bir önermedir. Bir mahkeme kararında değil, bir sosyoloji incelemesinde, tarih incelemesinde, bir siyaset bilimi çalışmasında yer alabilir. Bunun hukukla bir alakası yoktur. Yine Danıştayın ‘davacı yükseköğretim düzeyinde eğitim gördüğüne göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmesi gerekmektedir’ demesini de anlamak mümkün değil. Davacı bunları bilse ne olur? Bilmese ne olur?” ifadeleriyle gayet sarih ve net bir şekilde ortaya koymuştur.³⁵

Konuya ilişkin bir başka karar ise Ankara Üniversitesi öğrencileri tarafından yapılan şikayetler üzerine yaptırılan soruşturma kapsamında YÖK Başkanlığınca oluşturulan Kurulun verdiği 16/11/2015 tarih ve 2015/64 sayılı men-i muhakeme kararı hakkındadır. Danıştay 1. Dairesi yaptığı inceleme sonucunda aşağıdaki gerekçelerle söz konusu kararı bozmuştur:

³⁴ Danıştay 8. Daire, T. 27/12/2001, E. 2000/612, K. 2001/6307, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 343.

“...soruşturmada, Üniversiteye ait mekanlara, kampüslere veya derslere girmelerinin engellendiğini ve mağdur olduklarını iddia eden şikayetçi öğrencilerin ifadelerine başvurulmadığı, ayrıca dosya içeriğinde, 2011 yılında bu nedenle çok sayıda öğrenci hakkında tutanak düzenlendiğinin görüldüğü, bu öğrenciler arasında mağduriyet yaşayan öğrenciler olup olmadığı hususunun araştırılmadığı, genel olarak türbanlı öğrencilerin eğitim ve öğretimlerinin engellenip engellenmediği hususunun açıkça irdelenmediği ... görülmüştür.”³⁶

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının fiilen büyük oranda son bulduğu bir dönemde verdiği bu kararda Danıştay, haklarında tutanak tutulan öğrencilere ilişkin, her ne kadar disiplin soruşturması başlatılmış olmasa da bu öğrencilerin derslere fiilen girmelerinin engellenip engellenmediğinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştayın bu tutumu, başörtülü öğrencilerin derslere girmelerinin engellenmesinin suç teşkil edeceği yönünde sahip olduğu kanaatin bir göstergesi olup; başörtülü öğrenciler hakkında artık yalnızca tutanak tutma şeklinde tezahür edebilen yasakçı zihniyete 2018 yılında verilen, hukukun üstünlüğü konulu bir ders mahiyetindedir.

3. Mezuniyet Belgesi Verilmesi Talebinin Reddine İlişkin Karar

Danıştay, Eczacılık Fakültesini bitiren bir öğrencinin çıkış/mezuniyet belgesi verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; YÖK Başkanlığının 30.12.1982 tarihli genelgesinde kız öğrencilerin kıyafetleri belirlenirken başın açık olacağı belirtildiğinden çıkış/mezuniyet belgesinde de bu kurala uygun bir fotoğrafın yer alması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, T. 14/2/2018, E. 2017/2178, K. 2018/185, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

görmemiştir.³⁷ Bu karar göstermektedir ki; Danıştay ve yükseköğretim kurumları, kararın verildiği dönem itibariyle başörtülü öğrencilerin yükseköğretim kurumlarına giremeyecekleri, girmiş olsalar bile başları açık fotoğraf vermedikleri sürece bu kurumlardan çıkmayacakları yönünde hukuk dışı bir bakış açısına sahiptirler.³⁸

4. Düzenleyici İşlemlerin Hukuka Uygunluğunun Denetlendiği Kararlar

Danıştayın başörtüsü yasağı öngören düzenlemeler hakkında vermiş olduğu çok sayıda karar olsa da doğrudan yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı hakkındaki düzenlemelere ilişkin 1987, 1988 ve 1989 yıllarında verdiği üç karar özellikle ön plana çıkmaktadır. 1987 ve 1988 yıllarında verilen kararlara konu olan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (h) fıkrasında esasında başörtülü olarak derslere ya da sınavlara girmenin yasak olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte

³⁷ Danıştay 8. Daire, T. 16/10/1989, E. 1989/694, K. 1989/772, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

³⁸ Karara karşı oy yazan üyenin görüşleri ise şu şekildedir: “Söz konusu yasa hükümleri ve bu hükümlere dayanılarak çıkarılmış bulunan yönetmelik ve genelgeler, öğrencilerin eğitim ve öğretim esasları ile disipline ilişkin kuralları düzenlemiştir. Bu kurallar öğrenciler hakkında ve eğitimleri süresinde uygulanabilir. Eğitim ve öğretim programı sona ermiş veya mezuniyet belgesi alma durumuna gelmiş kişiler hakkında bu kural ve düzenlemelerin uygulanma olanağı yoktur. Nitekim dava konusu işlemin dayanağı olan yönetmelik ve genelgeler, öğrencilerin kılık ve kıyafetleri ile ilgili olup diploma ve mezuniyet belgesi ile bunlarda kullanılacak fotoğraflar konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7/4 bendinde, çağdaş kıyafet dışında kıyafet taşıyan öğrenciler için kınama cezası öngörülmüş iken öğrenciliği sona ermiş ve mezuniyet belgesi alma durumuna gelmiş kişilerin, resimle ilgili kıyafetlerinden dolayı mezuniyet belgesi verilmemek suretiyle çok daha ağır bir yaptırımla tecziye edilmek istenilmesinde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

bu düzenleme, yükseköğretim kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının dayanağı olarak kabul edilmiştir. Kural, yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünüm dışındaki bir kıyafet ve görünümde bulunmanın kınama cezasını gerektirdiğine ilişkin olup iki ayrı davaya konu olmuştur. Her iki davada da Danıştay, 1984 yılında verdiği ve yukarıda aktarılan kararındaki³⁹ gerekçeyi tekrarlamıştır. Buna ek olarak 1987 yılında verilen kararda, davacı öğrencinin “Yükseköğretim görmek üzere dahi okula geldiği sırada başörtüsünü çıkarmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunduğu anlaşıldığına” vurgu yapılmak suretiyle dava konusu işlem hukuka uygun bulunmuştur.⁴⁰ Bu vurgudan da anlaşılacağı gibi Danıştay, başörtüsü yasağı hakkında vermiş olduğu kararlarında mevcut düzenlemenin ya da uygulamanın; temel hak ve özgürlükler içerisindeki yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma usul ve esaslarına ya da laiklik ilkesiyle din ve vicdan özgürlüğü arasındaki ilişkiyi, vb. ortaya koyabilecek hukuki yorum ve değerlendirmelere yer vermekten kaçınmaktadır.

Danıştayın 1989 yılında verdiği karar ise 4/12/1988 gün ve 20009 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik”le getirilen ve parantez içerisinde yer verilen “Dini inanç nedeniyle boyun ve

³⁹ Bkz. dipnot 31.: Danıştay 8. Daire, T. 23/2/1984, E. 1983/207, K. 1984/330, E.T. Şubat 1, 2023 www.kazanci.com.tr

⁴⁰ Danıştay 8. Daire, T. 16/11/1987, E. 1987/128, K. 1987/486, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

Bu davada ayrıca Yönetmelikteki düzenlemeyle aynı içeriği taşıyan YÖK Başkanlığının 24.12.1986 tarihli genelgesinin de iptali istenmiştir. Aynı gerekçeyle davanın reddi yönünde karar verilen diğer dava ise Danıştay 8. Dairesinin 27/6/1988 tarih ve E. 1987/178, K. 1988/512 sayılı kararıdır. Karar için bkz: E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

saçlar örtü veya türban ile kapatılabilir.” kuralının iptali istemine ilişkindir. Mahkeme, 2547 sayılı Kanun’un aynı içerikteki ek 16. maddesinin AYM tarafından iptal edildiğini belirterek⁴¹ bu gerekçeyle Yönetmelik maddesini de iptal etmiştir:

*“Açıklanan nedenlerle; yasa kuralı haline getirilen “Dini inanç nedeniyle boyun ve saçlar örtü veya turbanla kapatılabilir” tümcesinin AYM’nin belirtilen kararı ile iptal edilmiş olması karşısında anılan yönetmelik kuralının, herhangi bir yasa kuralına dayanmaksızın Anayasanın öden verilmesi düşünülemeyecek Cumhuriyetin temel niteliklerine ilişkin laiklik ilkesine, 174. maddesinde yer alan devrim yasalarının korunması ilkesine ve ayrıca Anayasanın 10. ve 24. maddelerinde yer alan kurallara aykırı olduğundan iptaline, ... 7.7.1989 gününde oybirliğiyle karar verildi.”*⁴²

AYM tarafından iptal edilen bir yasa kuralıyla aynı içerikteki yönetmelik kuralının Danıştay tarafından iptal edilmesi beklenebilecek bir durum olsa da Danıştayın bir temel hak ve özgürlüğün kullanımı için yasal düzenlemeye dayanılması gerektiği yönündeki ifadelerine katılmak mümkün değildir. Zira Anayasa’nın 13. maddesinde bir temel hak ya da özgürlüğün kullanımı için değil, sınırlandırılması için kanunilik ilkesi şart koşulmuştur. Bu nedenledir ki; açık bir kanun hükmünün bulunmaması, başörtüsü serbestliğinin değil başörtüsü yasağının önündeki bir engel olabilir.

⁴¹ “İptali istenen bu yönetmelik kuralı daha sonra 27.12.1988 gün ve 20032 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 2547 sayılı Yasanın 44. maddesine ek 16. fıkrayı ekleyen 3511 sayılı yasanın 2. maddesinde aynen yer alarak yasa kuralı niteliğini kazanmış, ancak bu yasa kuralının Anayasa’ya aykırı olduğu görüşüyle Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonucu sözü edilen 3511 sayılı Yasa kuralı Anayasanın başlangıç kısmı ve 2, 10 ve 174. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle 7.3.1989 gün ve E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararla iptal edilmiş ve Anayasa Mahkemesi kararı 5 Temmuz 1989 gün ve 20216 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.”

⁴² Danıştay 8. Daire, T. 7/7/1989, E. 1988/1173, K. 1989/652, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

Danıştayın başörtüsü yasağına ilişkin düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi sonucunda verdiği kararların bir diğeri ise YÖK Başkanlığının; 23/2/2008 tarih ve 26796 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler doğrultusunda uygulama yapılması hususunda Başkan Yusuf Ziya Özcan imzasıyla yükseköğretim kurumlarına gönderdiği 24/2/2008 tarih ve 225 sayılı genelgesinin iptali istemi hakkındadır. Söz konusu genelgenin içeriğinde ise *"bazı kız öğrencilerin başlarını örtmekte kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları"* belirtilmiş ve *"söz konusu Anayasa Değişikliği göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulama yapılmasının kamu görevi ifa eden yükseköğretim kurumlarının yöneticilerinin görev, yetki ve sorumluluğunda olduğu"* vurgulanmıştır. Dava dilekçesinde; mezkur genelgenin üniversitelerde gruplaşmalara yol açacağı, yapılan Anayasa değişikliğinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı, yasal düzenlemeyi gerektirdiği, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun YÖK Başkanına böyle bir yetki vermediği, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa’nın başlangıç hükümlerine ve Cumhuriyetin niteliklerine uygun bir biçimde kullanılabilmesi ileri sürülmüştür.

Danıştay, kararında ilk olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca; yükseköğretim kurumlarının Kanun’da belirtilen amaç ve hedefler doğrultusunda geliştirilmesi, eğitim-öğretim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, yükseköğretim kurumları arasında birleştirici, bütünleştirici, sürekli ve geliştirici işbirliği ve koordinasyonun sağlanması gibi ülke çapındaki görevlerin Yükseköğretim Genel Kuruluna ait olduğunu ve bu görevlerin Yürütme Kuruluna devrinin mümkün olmadığını vurgulamıştır. Bu doğrultuda aşağıdaki gerekçelerle işlemin yetki unsuru bakımından sakatlığına hükmetmiş ve yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir:

“...Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa, Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; ancak, Yükseköğretim Genel Kurulu’nun tesis edeceği işlemle düzenleme getirilecek bir alanda Yükseköğretim Kurulu Başkanı’nın tek başına işlem tesis etmek suretiyle düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.”⁴³

Danıştayın başörtüsü yasağının kaldırılması söz konusu olduğunda sergilemiş olduğu çifte standarda örnek teşkil edecek bu kararın gerekçesinin, esasında, Kemal Gürüz’ün üniversitelere gönderdiği 7.9.1998 tarihli “Yargı kararı” konulu yazı bakımından da geçerli olması dikkat çekicidir. Zira Kemal Gürüz imzasıyla yürürlüğe konulan söz konusu işlem de aslında 2547 sayılı Kanun uyarınca YÖK Genel Kurulunun yetkisi dahilindeki konulara ilişkindir. Bu nedenle söz konusu işlemin de yetki unsuru bakımından hukuka aykırı hale geldiği tespit edilmelidir.⁴⁴

Öte yandan Danıştayın bu kararının idari yargılama usulü bakımından da ele alınması gerekir. Zira 2577 sayılı Kanun’un “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” başlıklı 14. maddesine göre dava dilekçelerinin esasa girilmeden önce 3. fıkrada sayılan hususlar⁴⁵ bakımından incelenmesi gerekmektedir. İnceleme sonucu verilmesi gereken kararlar ise Kanun’un 15. maddesinde gösterilmiştir. Bu kapsamda ilk inceleme aşamasında dikkate alınacak hususlardan biri, dava konusu işlemin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığıdır. YÖK Başkanı tarafından anayasa değişiklikleri yönünde uygulama yapılması gerektiğinin

⁴³ Danıştay 8. Daire, T. 10/3/2008, E. 2008/1501, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

⁴⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, 343.

⁴⁵ İlk inceleme hakkında detaylı bilgi için bkz: Halit Eyüp Özdemir, *İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019)

hatırlatılması/bildirilmesi amacıyla tesis edilen işlemin, YÖK ve üniversiteler arasındaki ilişkinin niteliği de gözönünde bulundurulduğunda ilgili bakımından kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı; diğer bir ifadeyle doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağı söylenmelidir. Dolayısıyla söz konusu işlemin Danıştay tarafından ilk inceleme kapsamında idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden de ele alınması gerekmektedir. Bu inceleme sonucunda dava konusu işlemin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı tespit edildiğinde ise 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca davanın esasa girilmeksizin reddedilmesi sonucu doğacaktır. Halbuki kararda Danıştay tarafından bu şekilde bir incelemenin yapılmadığı görülmüştür. Diğer yandan kararın idari yargılama usulü bakımından problemlı yanlarından bir diğeri de yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 2577 sayılı Kanun'da aranan şartlar sağlanmadığı halde Danıştayın bu yönde bir karar vermiş olmasıdır. Zira 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Danıştay ise ele alınan kararda idari işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırılığını tespit etmişse de; YÖK Başkanı'nın başörtüsü konusunda üniversite rektörlerine yönelik Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerine eklenen ibareler doğrultusunda uygulama yapılması hususunu hatırlatması sonucunda telafisi güç ya da imkansız herhangi bir zararın doğacağını kabul etmek kolay değildir. Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'da yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan şartlar sağlanmadığı halde verilmiş olan kararın bu bakımdan da hukuka aykırı olduğuna işaret etmek gerekir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararları

1. 2547 sayılı Kanun'un Ek 16. Maddesinin İptali

1988 yılında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na ek 16. madde eklenmiştir. Bu maddeyle; “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç, sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.” düzenlemesi getirilmiştir.⁴⁶ Bunun üzerine dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren, maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açmış; AYM ise yaptığı inceleme sonucunda ek 16. maddeyi oyçokluğuyla iptal etmiştir.⁴⁷

Kararda AYM, Anayasa'nın başlangıç bölümü yönünden yaptığı incelemede, özellikle laiklik ilkesi üzerinde durarak, laikliğin tüm diğer ilkelerin üzerinde ve onlara temel teşkil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ek 16. maddeyi laiklik ilkesinin bir bütün olduğu, Türkiye'nin yaşam felsefesi olduğu ve ayrıcalıklı bir yere sahip olduğu ön kabulü doğrultusunda şu şekilde ele almıştır:

“Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. ... Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. ... Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim-öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim

⁴⁶ Bkz. 3511 sayılı Kanun, RG, 27.12.1988

⁴⁷ AYM, T. 7/3/1989, E 1989/1, K. 1989/12, bkz: RG, 5.7.1989

alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğrenim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılmaz.

Lâikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. "Dinsel inanç gereği" sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."

Kararda laiklik ilkesinin yorumlanması ve ilkeye yüklenen anlama karşılık 1982 Anayasası incelendiğinde görülecektir ki; Anayasa'da "laiklik ilkesinin bir bütün olduğu" ya da diğer ilkelerden üstün olduğuna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.⁴⁸ Laikliğin Türkiye'nin yaşam felsefesi olduğu iddiasının ise ne ölçüde hukuki ve sosyolojik bir temele sahip olduğu tartışmalıdır. Belirtmek gerekir ki; AYM'nin söz konusu kararında izhar ettiği ve daha sonraki kararlarında da sürdürdüğü kendine özgü ideolojik ve katı laiklik anlayışı, çoğulcu demokrasinin gerekleriyle uyumlu değildir.⁴⁹ Zira laiklik ilkesinin demokratik yorumu, din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olarak çoğulcu ve özgürlükçü bir sistem kurmayı hedeflemektedir.

⁴⁸ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 75.

⁴⁹ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 201.

AYM'nin aktarılan kararı, ağırlıklı olarak laiklik ilkesi⁵⁰ ekseninde şekillendiğinden laiklik ilkesi üzerinde kısaca durmak gerekir. Laiklik ilkesinin, temelde, din özgürlüğü ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması şeklinde iki boyutu bulunmaktadır. Din özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 24. maddesinde; kişilerin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu özgürlük, ancak "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olması durumunda sınırlandırılabilir. Devletin vicdan ve ibadet hürriyetini kural olarak koruma, gerektiğinde ise sınırlandırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ne var ki; Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlandırma, bir mahkeme kararıyla değil ancak bir kanunla mümkün olabilir. YÖK Kanunu'nun ek 16. maddesi hakkında verilen AYM kararı ele alındığında ise kararda; başörtüsü kullanmanın laiklik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin hiçbir somut dayanak gösterilmediği, üstelik din ve vicdan özgürlüğüne bir mahkeme kararıyla sınırlandırma getirilmiş olduğu tespitini yapmak mümkündür.

Laikliğin diğer boyutu ise din ve devlet işlerinin ayrılmasıdır. Bu ise devletin resmî bir dininin olmamasını, bütün din mensuplarına eşit davranılmasını, devlet kurallarının din kurallarına dayanmak zorunda olmamasını ve bunun sonucunda da herkes için din ve vicdan özgürlüğünün tanınmış ve güvence altına alınmış olmasını ihtiva etmektedir.⁵¹ Nitekim, inancı gereği kişilerin başörtüsü kullanmaları, laikliğin bu boyutuna da aykırılık teşkil etmemektedir. Söz konusu kararda karşı oy kullanan üye Mehmet Çınarlı, bu duruma

⁵⁰ Laiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Bihterin Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, (İstanbul: Kazancı Kitap, 1991); Abdulkadir Yıldız, *Din ve Vicdan Hürriyeti* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021).

⁵¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 84.

ilişkin görüşlerini şu cümlelerle gayet net bir şekilde ortaya koymuştur:

“Din ve vicdan hürriyetinin gereği olarak boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının dinin Devlet işlerine karıştırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Giyim-kuşam bir Devlet işi değil, bir fert işidir. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Başörtüsü veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa'nın lâiklik ilkesini ihlâl etmez.”

Diğer yandan kararda dikkat çeken bir diğer husus ise AYM'nin dini, vicdanlara iterek inancın izhar edilmesine imkân verilmemesi gerektiğine ilişkin şu ifadeleridir:

“Dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır.”...“Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan lâik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez.” Halbuki din ve vicdan özgürlüğü, dinin izhar edilmesini de içermektedir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki dine vicdanlarda ve mabetlerde yaşamak dışında sosyal hayatta bir fonksiyon tanınmaması şeklindeki uygulamanın sosyolojik gerçeklerle örtüşmemesi bir yana, bu şekilde bir uygulamanın batı demokrasilerinde bile bir örneği bulunmamaktadır.⁵²

Kararda ayrıca şu değerlendirmelere de yer verilmiştir: “Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa,

⁵² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 84-85.

güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir.” AYM’nin hukukilikten uzak bu değerlendirmesine karşılık sorulabilecek; “Kıyafet konusunda çağın gerekleri nelerdir, bu gerekleri belirleme yetkisi/tekeli AYM’de midir?” ya da “Çağa, güne, ortama, koşula uymak ne anlama gelmektedir?” gibi sorular bulunmaktadır. Bu sorular, esasında, söz konusu kararın Mahkeme’nin iptal yönünde karar veren üyelerinin ideolojilerinin bir yansıması olarak tebarüz ettiğinin de bir göstergesi niteliğindedir.

AYM, Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi çerçevesinde ise şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır”. AYM’nin bu değerlendirmesine karşılık; gerekçede yer alan ifadelerden; başörtüsünün serbest olmasıyla başörtüsünün kişiler üzerinde zorlama aracı olması arasındaki illiyet bağının nasıl kurulduğunu ya da başörtüsünün serbest olmasının neden aynı dinden olan kişiler bakımından ayrılık yaratacağını anlamak güçtür.

AYM, davaya konu yasal düzenlemeyi Anayasa’nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesi bakımından da ele almıştır. Mahkeme, başörtülü bireylerin yükseköğretim kurumlarında öğrenim görmeleri durumunda; öğrenciler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılıklarının ortaya çıkacağını, bunun sonucunda da devlet ve ulus bütünlüğünün, kamu düzeninin ve güvenliğinin bozulabileceğini bu nedenle de dinin toplumsal hayatta görünür olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ne var ki Mahkemenin bu değerlendirmeleri, somut gerçeklerden uzak, objektif ve hukuki dayanağı bulunmayan; ancak paranoyak bir zihnin “başörtüsü yasağını meşrulaştırma çabaları” olarak dikkate alınabilecektir.

Sonuç olarak AYM, 2547 sayılı Kanun'un ek 16. maddesi hakkında verdiği kararda; varsayımlar üzerinden sosyolojik çıkarımlarda bulunarak, hiçbir hukuki dayanak ya da somut gerekçe göstermeden ideolojik bir bakış açısıyla yükseköğretim kurumlarında başörtüsüne serbestlik getiren yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu noktada; özgürlüklerin kural, sınırlandırmaların istisna olması gerektiği dikkate alındığında kişilerin inançlarına uygun şekilde giyinmelerini serbest bırakan yasal bir düzenlemeye hukuki açıdan aslında gerek olmadığı da söylenebilir.⁵³ Ne var ki dönemin koşulları açısından fiilen uygulanan yasağın ortadan kalkmasını temin etmek amacıyla zorunlu olarak böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulması da makul karşılanmalıdır.

2. 2547 sayılı Kanun'un Ek 17. Maddesine İlişkin Karar

25.10.1990 tarih ve 3670 sayılı Kanun'la⁵⁴ 2547 sayılı YÖK Kanunu'na "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." şeklinde bir ek madde eklenmiştir. Bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında AYM, iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁵⁵ Ancak AYM, bu kararında yukarıda ele alınan YÖK Kanunu'nun ek 16. maddesinin iptaline hükmettiği kararındaki değerlendirmelerine atıf yaparak dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının, kılık-kıyafet serbestisi kapsamı dışında kaldığı değerlendirilmesinde bulunmuş; böylece hukuk literatüründe

⁵³ Hande Seher Demir, *Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2011), 131.

⁵⁴ RG, 28.10.1990

⁵⁵ AYM, T. 9/4/1991, E. 1990/36, K. 1991/8. Bkz: RG, 31.07.1991

“yorumlu ret”⁵⁶ olarak bilinen tartışmaların başlamasına sebep olmuştur.

İptal isteminin gerekçesinde dava konusu ek 17. maddenin, iptal edilen ek 16. maddeden bir farkı olmadığı, her iki hükmün de amacının aynı olduğu, AYM tarafından iptal edilen bir hükmün yeniden aynı şekilde yasalaştırılmasının mümkün olmayacağı, aksi halde bunun Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan AYM kararlarının yasama, yürütme, yargı organları ile tüm idari makamları, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı yönündeki düzenlemeye aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.

Talebi değerlendiren AYM, öncelikle YÖK Kanunu’nun ek 17. maddesinin, ek 16. maddesine ilişkin verilen iptal kararını etkisiz hale getirip getirmeyeceğini ele almıştır. Mahkemeye göre, ek 17. maddede geçen “yürürlükteki kanunlar” ifadesi, sadece şekli anlamda kanunları değil; aynı zamanda Anayasa’yı ve AYM tarafından verilen iptal kararlarını da içermektedir. Dolayısıyla Mahkemeye göre, Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilen ek 16. maddenin devre dışı bırakılıp başörtüsüne serbestlik tanınması düşünülemez. Öte yandan AYM’nin bu kararı, iki farklı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Birinci görüşe göre; AYM’nin vermiş olduğu ret kararlarının gerekçesi ve gerekçede yer alan hukuki yorumlar da bağlayıcıdır.⁵⁷ Bu bakımdan Mahkemenin ek 17. maddeye ilişkin verdiği ret kararındaki “yükseköğretim kurumlarında başörtüsünün serbest olmadığı” yönündeki yorumunun bağlayıcılığı bulunmaktadır. Diğer görüşe göre ise, AYM’nin kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin sadece önüne gelen yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı; yani ilgili yasa

⁵⁶ Yorumlu ret hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İsmail Yüksel, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013).

⁵⁷ M. Semih Gemalmaz, *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), 530.

kuralının iptali ya da iptal isteminin reddi yönünde vereceği hükümle sınırlıdır.⁵⁸ Zira bu görüşe göre AYM kararlarının yorumlarının da bağlayıcı olduğunun kabulü, Anayasa'nın 153. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; AYM'nin bir hükmü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde karar veremeyeceği düzenlemesine aykırılık teşkil eder. Kararda değişik gerekçe yazan üye *Haşim Kılıç*, konuya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "...Verilen iptal kararlarında 'Kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edememe' şeklindeki Anayasa kuralı, 'ret kararlarında' da geçerli olacaktır. Bu yasanın uygulamada nasıl anlaşılması gerektiğini öncelikle yorumlayacak olan, idarenin işlemlerinden doğacak adli ve idari sorunların çözüme kavuşturulduğu yer olarak bilinen Yargıtay ve Danıştay'dır." Kılıç'ın vurguladığı gibi; Anayasa'nın 153. maddesi doğrultusunda iptal kararlarında kanun koyucu gibi hareket edemeyecek olan Anayasa Mahkemesi, ret kararlarında da bu sonucu doğuracak yorumlardan kaçınmalıdır. Nitekim Danıştay 8. Dairesi, 1988 yılında verdiği bir kararında konuya ilişkin: "... Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin yorumu ile bağlı olmadığı, ... duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır." ifadelerine yer vererek AYM'nin yorumlarının bağlayıcı olmadığını vurgulamıştır.⁵⁹

Öte yandan AYM, 1987 tarihli bir kararında AYM'nin önüne gelen davayı kendi görüşüne göre yorumlayarak bir hüküm verdiğini ve hükmün de Anayasa'nın 153. maddesinin son

⁵⁸ İlkay Okdemir, "Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005), 127.

⁵⁹ Danıştay 8. Dairesi, T. 17/3/1988, E. 1986/402, K. 1988/192, E.T. Şubat 1, 2023, www.kazanci.com.tr

fıkrasına göre yasama, yürütme ve yargı organlarını, tüm idari makamları, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağını ifade etmiştir.⁶⁰ Ancak belirtilmelidir ki; AYM'nin Cumhuriyetin niteliklerini belirli bir formda yorumlaması, bu görüşe uygun olmayan tüm kanun değişikliklerinin de iptal edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu durum ise hukuk devleti ilkesi bakımından kabul edilemez olduğu gibi milli iradeyi temsil eden TBMM'nin görüşlerinin yok sayılarak devletin "yargıçlar devletine" dönüşmesine zemin hazırlayabilir.⁶¹ Benzer görüşte olan Haşim Kılıç'ın değişik gerekçe yazısındaki ifadeleri dikkat çekicidir:

"Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı ilkesi, aynı konuda anayasal aykırılığı giderilmiş yeni bir yasal düzenlemenin yapılmasına engel değildir. Böyle bir yeni düzenlemenin Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz hale getirdiği de söylenemez. Bilâkis iptal kararında belirtilen hukuki aykırılıklar giderilerek düzenleme yapıldığı için "yasama organını bağlayıcılık" ilkesinin de böylece etkinliğini göstermiş olduğu düşünülmür."

Kılıç'ın da ifade ettiği gibi iptal edilen ek 16. maddede geçen "dinî inanç sebebiyle" ifadesi, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde sadece belli bir inanca sahip kişilere üstünlük tanınması amacıyla getirilmemiştir. Düzenleme, ilk başta ek 16. maddeyle sadece başörtülü öğrencilerin mağduriyetlerinin giderilmesi için getirildiği izlenimi uyandırsa da sonradan tüm inanç sahiplerini kapsayacak şekilde ek 17. maddeyle konuya ilişkin yeniden düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, Kılıç'ın değişik gerekçe yazısında belirttiği üzere, asıl, inançları gereği başörtüsü kullananların ek 17. madde kapsamı dışında bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

⁶⁰ AYM, T. 13/1/1987, E. 1985/22, K. 1987/2, bkz: RG, 5.7.1987

⁶¹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), 219.

Diğer yandan; yasama organının söz konusu düzenlemeyi getirmesindeki asıl amacın, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü yasağını kaldırmak olduğu açıktır. TBMM, bu iradesini lafzen gayet açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu bakımdan AYM'nin, verdiği kararda yasama organın öngörmediği şekilde bir yorum yapmak suretiyle yasama organının iradesini yok saymış olduğu görülmektedir.⁶² Bu durum, kararda değişik gerekçe yazan Haşim Kılıç tarafından şu şekilde dile getirilmiştir:

Bu iptal kararını, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetin ne tür olacağı ya da 'nelerin giyilemeyeceğini' tesbit eden bir düzenleme olarak değerlendirmek mümkün değildir. ...Aksi halde kararı, belirtilen kıyafeti yasaklayan bir düzenleme olarak yorumlamak Anayasa Mahkemesi'ni "Kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis eden" bir kurum haline getirir ki bu da Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur...Bir alanın kanunla düzenlenmesine ihtiyaç olup olmadığına dair takdir ve yetki sadece yasama organına aittir. Bu sebeplerdir ki Anayasa Mahkemesi iptal kararı verirken, Yasama'nın yaptığı bir düzenlemeyi kimi noktalardan Anayasa'ya aykırı bulmanın dışında bir düzenleme yapmış sayılamaz. Aksi halde "uygunluk" denetiminin dışına çıkılarak "yerindelik" denetimi yapılmış olur."

Belirtmek gerekir ki; idari yargı mercileri bakımından geçerli olan idari işlemlere yönelik yerindelik denetimi yasağının AYM tarafından yasal düzenlemelere ilişkin yapılacak denetimler bakımından da geçerli olması, kuvvetler ayrılığı ve dolayısıyla hukuk devleti bakımından son derece önemli bir yargısal sınırı ifade etmektedir. Bu nedendir ki Haşim Kılıç'la aynı doğrultuda; AYM'nin, 2547 sayılı Kanun'un

⁶² Enis Duman, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 64.

17. maddesine ilişkin bir nevi yasama yorumu⁶³ yapmak suretiyle vermiş olduğu kararıyla kaynağını Anayasa'dan almadığı bir yetkiyi kullandığını ve bu yönüyle de bir fonksiyon gaspına yol açtığını söylemek mümkündür.

3. 2008 Anayasa Değişikliği

Yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağı sorununun anayasal düzeyde çözülmesi amacıyla 9.2.2008 tarihinde 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.⁶⁴ Böylece 10. madde şu şekli almıştır: "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır". 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle de Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesine "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." şeklinde yedinci fıkra eklenmiştir.

AYM, söz konusu değişikliğin iptaline hükmettiği kararında⁶⁵, öncelikle YÖK Kanunu'nun ek 16. ve ek 17. maddelerinin iptali talebine ilişkin vermiş olduğu kararlarda ortaya koyduğu gerekçe ve yorumları yinelemiştir. Mahkeme, bu kapsamda; Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikle kamu düzeninin bozulduğuna, düzenlemenin başkalarının haklarına müdahale oluşturması nedeniyle laiklik ilkesinin açıkça ihlal edildiğine, söz konusu Anayasa

⁶³ Yasama yorumu hakkında bkz. İsmail Köküsarı, "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu Ve Uygulaması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no. 4, (2018): 807-855.

⁶⁴ Bkz. RG, 23.2.2008

⁶⁵ AYM, T. 5/6/2008, E. 2008/16, K. 2008/116, bkz: RG, 22.10.2008

değişikliğinin cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirdiği ve işlevsizleştirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın "Değiştirilemeyecek hükümler" başlıklı 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırılık meydana geldiğine karar vermiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 4. ve 175. maddelerine ilişkin ise şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz."

Mahkemeye göre Anayasa'nın 4. maddesine aykırı olan bir düzenleme, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan Anayasa değişikliği teklif koşuluna da aykırıdır. Dolayısıyla Anayasa değişikliğindeki şekil denetimi sadece teklif çokluğu koşuluyla sınırlı olmayıp aynı zamanda "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik yapılacak denetimi de içermektedir.⁶⁶

Bu noktada belirtmek gerekir ki; Anayasa'daki hükümler arasında bir hiyerarşi öngörülmemiştir.⁶⁷ Bu nedenle bir Anayasa değişikliğinin Anayasa'nın başka bir hükmüyle çeliştiği varsayımında dahi AYM'nin, ilgili hükmü iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda birbiriyle çelişik

⁶⁶ Mahkemenin teklif edilebilirlik kriteri bakımından ulaştığı sonucun eleştirisi için bkz. Yıldız, *Din ve Vicdan Hürriyeti*, 151-152.

⁶⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 1999), 153.

ya da zıt iki hüküm aynı anda yürürlükte olacak ve bu hükümlerden biri diğerinin geçerliliğini etkilemeyecektir.⁶⁸

Karşı oy gerekçesinde kararı usul açısından değerlendiren *Haşim Kılıç*, Anayasa'da anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin tek hükmün 148. madde olduğunu; bu maddeye göre ise anayasa değişikliklerinin esastan incelemeye tâbi tutulamayacağını vurgulamıştır. Kılıç ayrıca, AYM'nin 1982 Anayasası döneminde verdiği tüm kararlarında esasa ilişkin denetim yapılamayacağını üzerinde durduğunu, oyçokluğuyla verilen kararlar esasında 148. maddeye yeni bir şekil şartı getirildiğini ve böylece Anayasa değişikliğinin esas yönünden de incelendiğini belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, "esasın şekil olarak kabul edilmesi" suretiyle Anayasa'nın şekil denetimine ilişkin kurallarının berataraf edilmesi anlamına gelir.⁶⁹ Bu doğrultuda Kılıç, Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanamayacağı ve 11. maddesinde Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu hükümlerine AYM'nin de uyması gerektiğini ifade etmiştir.

AYM, esasa ilişkin yapmış olduğu değerlendirme kapsamında ise, değişiklikle 10. maddeye eklenen "*her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında*" ifadesine ilişkin; "*...Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkında yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.*" sonucuna varmıştır. Ancak

⁶⁸ S. Alp Limoncuoğlu, "Türban Sorunu'nun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur Mu?," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 75 (2008): 159.

⁶⁹ Konuya ilişkin 1961 Anayasası döneminde kaleme alınmış detaylı değerlendirme ve tespitlerin yer aldığı bir çalışma için bkz. Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 33 (1976): 63-104.

Mahkemenin görüşünün aksine, Anayasa'nın 10. maddesi bakımından özel hüküm niteliği taşıyan 42. maddeye değişiklik sonucu eklenen *"Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, eğitim ve öğrenim hakkının sınırlanmasına ilişkin kanun koyucuya açık ve geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Bu nedenle Mahkemenin iptal yönünde karar veren üyelerinin yüksek öğrenim hakkına hiçbir sınırlama getirilemeyeceğine ilişkin endişe edecekleri bir durum mevcut değildir. Ancak doğal olarak eğitim ve öğrenim hakkına getirilecek sınırlamalar, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olamayacaktır. Diğer yandan değişiklik sonucu kamu hizmeti alan ve veren ayrımı yapılması, her ne kadar başörtülü olarak kamu hizmetlerinin sunumuna katılmak isteyen kadınların çalışma ve kamu hizmetlerine girme haklarının ihlali anlamına gelebilecekse de başörtülü kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanırken eşit muameleye tâbi tutulmasına yönelik getirilen bir düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim karşı oy gerekçesinde *Haşim Kılıç*, konuya ilişkin *"Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu nedenle yapılan değişikliğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "somutlaştırılması"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır."* ifadelerini kullanarak bu hususa işaret etmiştir.

Kararda AYM, Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesine eklenen 7. fıkraya ilişkin ise şu ifadeleri kullanmıştır: *"Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının*

üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "kanunda açıkça yazılı haller" in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir."

Karşı oy gerekçesinde ise Haşim Kılıç, 7. fıkra hakkında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "...Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen 'kanunda açıkça yazılı olmayan' ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasakoyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. ... Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve

kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır."

2008'de yapılmak istenen Anayasa değişikliğiyle anayasa koyucu, başörtülü öğrencilerin maruz kaldıkları söz konusu fiili durumun, gerek eşit muamele hakkının gerekse eğitim hakkının ihlaline yol açması nedeniyle ortadan kaldırılmasını amaçlamıştır. Ne var ki ve ne yazık ki; 2008 yılında henüz AYM'ye bireysel başvuru olanağının bulunmadığı bir dönemde temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yönelik bir tedbir niteliğinde hayata geçirilmek istenen bu girişim, AYM'nin Anayasa hükümlerini açıkça yok sayarak vermiş olduğu ideolojik bir kararlar bir kez daha engellenmiştir. Böylelikle, yani "Anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırı bulunarak" iptal edilmesiyle başörtüsü yasağı, hiçbir kanuni dayanağı olmamasına rağmen; AYM ve Danıştay kararları gerekçe gösterilerek bazı yükseköğretim kurumlarında fiilen bir müddet daha uygulanmaya devam etmiştir.

III. İHLALİN TESPİTİ: AYM'NİN SARA AKGÜL KARARI

2010 Anayasa değişiklikleriyle Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan kişilere AYM'ye bireysel başvuruda bulunma imkanı tanınmıştır.⁷⁰ Bu kapsamda gerek yükseköğretim kurumlarında öğrencilik statüsü devam ederken başörtüsü yasağına muhatap olanlar gerek kamu

⁷⁰ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkında detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) ve Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015).

kurumlarında çalışanlar⁷¹ ve gerekse de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kayıtlı kişiler⁷² AYM'ye başvurarak maruz kaldıkları hak ihlallerinin tespiti ve uğramış oldukları zararların giderilmesi talebinde bulunmuşlardır.⁷³

Başörtüsü yasağına muhatap olup AYM'ye bireysel başvuru yapanlardan biri de Sara Akgül'dür. 2000 yılında Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilgisi Öğretmenliği Bölümüne kayıt yaptıran Akgül, 2000-2005 yılları arasında Millî Eğitim Bakanlığında (MEB) mecburi hizmet karşılığı burs almıştır. Akgül, bu bursla ilgili olarak 01.11.2000 tarihli bir taahhütname imzalamıştır. Üniversitede uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle başörtülü bir şekilde okula girmesi engellenen Akgül'ün üniversiteyle ilişkisi, kaydını yenilemediği gerekçesiyle 11.9.2007 tarihinde kesilmiştir. Bununla birlikte MEB tarafından, Akgül'ün üniversiteden ilişişinin kesilmesi nedeniyle, aldığı bursla ilgili taahhüdünü ihlal ettiğinden bahisle 4.972,50 TL tutarındaki miktarı geri ödemesi gerektiği yönünde 13.11.2012 tarihli bir işlem tesis edilmiştir. Akgül'ün bu işleme karşı yaptığı itiraz, MEB tarafından 25.12.2012 tarihinde reddedilmiştir.

Akgül, söz konusu ret işlemine karşı; Boğaziçi Üniversitesinde hukuka aykırı bir şekilde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle okula gidemediğini, dolayısıyla okulla ilişişinin kesilmesinde kendisinin bir kusuru olmadığını ileri sürerek dava açmıştır. Açılan davada İstanbul 1. İdare Mahkemesinin verdiği iptal kararını bozan İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğuna

⁷¹ AYM, B.S. Kararı, T. 18/7/2018, B.N. 2015/8491, RG, 2.8.2018

⁷² AYM, Tuğba Arslan kararı, T. 25/6/2014, B.N. 2014/256, RG, 5.7.2014

⁷³ AYM, konuyla ilgili bir diğer kararında ise başvuruçunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz: AYM, Esra Nur Özbey kararı, T. 20/5/2015, B.N. 2013/7443, RG, 10.8.2015

hükmetmiştir. Bu karar üzerine Sara Akgül, AYM'ye bireysel başvuru yoluna giderek din özgürlüğünün ve eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; Mahkemeden bu ihlallerin tespiti ile yeniden yargılanma ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

A. Din Özgürlüğü

Demokratik ve özgürlükçü bir anayasal devlette kurucu nitelik taşıyan⁷⁴ din özgürlüğü, herhangi bir dine inanma ya da inanmama arasında seçim yaparak inandığı dinin gereklerini bireysel ya da toplu olarak yerine getirebilme özgürlüğünü ifade eder.⁷⁵ Dinî inançlarının gereğini yerine getirmek amacıyla başörtüsü kullanmayı tercih eden kişilerin bu tercihlerine kamu gücü kullanan otoriteler tarafından yapılan müdahaleler, öncelikle bu kişilerin din özgürlüğüne yönelik sonuçlar doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle demokratik bir hukuk devletinde kişilerin dinî inançlarının gereğini yerine getirmek istemeleri karşısında kamu otoritelerinin meşru bir amaca hizmet etmeyen, yasal dayanağı olmayan ya da ölçülülük ilkesine aykırı şekilde gerçekleştirdikleri müdahaleler, ilk olarak bu müdahalelere muhatap olan kişilerin din özgürlüklerinin ihlali anlamına gelir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, başörtüsü yasağına ilişkin bireysel başvuruları incelerken din özgürlüğünün önemi ve kapsamı üzerinde durmaktadır.

⁷⁴ Korkut Kanadoğlu, "Laiklik ve Din Özgürlüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 109, (2013): 353-383, 356.

⁷⁵ İbrahim Kaboğlu, "Din Özgürlüğü: Sınırı ve Güvencesi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 46, no. 1 (1991): 265-278, 268.

1. Din Özgürlüğünün Demokratik Devletteki Önemi ve Kapsamı

Sara Akgül'ün yaptığı başvuru üzerine AYM, vermiş olduğu kararda⁷⁶ din özgürlüğü ve laiklik ilkesine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur.⁷⁷ Mahkeme, ilk olarak din özgürlüğünün Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 24. maddesinde yer bulan din özgürlüğü; hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için de vazgeçilmez niteliktedir. Mahkeme, din özgürlüğünün korunabilmesi için demokratik bir devletin; tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık olarak tezahür eden üç temel anlayış üzerine inşa edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Burada tanıma, devlet birey ilişkilerinde devletin tüm din veya inanç gruplarının varlığını eşit şekilde kabul etmesini gerektirirken tarafsızlık, bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklik ilkesinden doğan bir tarafsızlıktır. Diğer bir deyişle; demokratik bir devlette tüm din veya inanç gruplarının varlığının tanınması yetmemekte, buna ek olarak söz konusu din veya inanç gruplarının din ve vicdan özgürlüklerinin devlet tarafından eşit düzeyde ve tarafsız bir şekilde korunması gerekmektedir.

Din özgürlüğünün korunabilmesi için demokratik bir devlette bulunması gereken bir diğer anlayış ise çoğulcudur. Burada AYM'nin çoğulculuğa ilişkin tespitlerini olduğu gibi aktarmak faydalı olacaktır:

“Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle, kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların

⁷⁶ AYM, Sara Akgül Kararı, T. 22/11/2018, B.N. 2015/269, RG, 11.12.2018

⁷⁷ Mahkeme, bu tespitlerde ağırlıklı olarak Tuğba Arslan ve Esra Nur Özbey başvurularında verdiği kararlara atıf yapmıştır.

ve farklı olanların tanınmadığı, tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini yanlış olarak kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa’da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir.”⁷⁸

“...Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır (benzer değerlendirmeler için bkz. Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, Tulkens’in muhalefet şerhi, § 1). Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.”⁷⁹

Kararın aktarılan kısmı bakımından; ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağının temelini, esasen, yargı organlarının kılık kıyafet konusunda “doğru” ve “asıl” olanın başörtülü olmama/başı açık olma yönünde katı bir şekilde benimsediği ve dayattığı bir ön kabulün oluşturduğunu ilk ve en önemli tespitlerden biri olarak ortaya koymak gerekir. Bu husus, gerek AYM’nin verdiği norm denetimi kararlarında gerekse Danıştay kararlarında açıkça görülmektedir. Halbuki AYM’nin bireysel başvuru kararlarında da vurgulandığı üzere; yaşam tarzlarından birinin “yanlış” olarak kabul edilmesi, demokratik bir devletin vazgeçilmez unsurlarından olan çoğulculukla

⁷⁸ Tuğba Arslan kararı, prg. 54.

⁷⁹ Tuğba Arslan kararı, prg. 129.

bağdaşmaz.⁸⁰ Benzer şekilde anayasal/meşru bir sınırlama sebebi olmadığı müddetçe çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gidip gitmemesine bakılmaksızın farklılıkların bir arada yaşatılmasına imkan tanınması da yine çoğulculuğun bir gereğidir.

AYM'nin din özgürlüğüne ilişkin tespitlerinin bir kısmı ise Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan bu özgürlüğün kapsamına ilişkindir. Mahkeme, din özgürlüğünün içsel ve dışsal alan olarak iki boyutunun bulunduğunu belirterek; kişinin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını içsel alan olarak nitelemiştir. Din özgürlüğünün koruma altına alınan dışsal alanı ise Mahkeme tarafından; öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı olarak ifade edilmiştir.

2. Laiklik ve Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki

AYM, *Sara Akgül* kararında ilk olarak laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzının devletin müdahalesi dışında ve

⁸⁰ Benzer yönde: Tuğba Arslan kararı, prg. 72: “Aynı şekilde başvuruçuların kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamaların” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuruçuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerinde” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. ...başörtüsü yasağının toplumda “tarafsızlığı” ve “çoğulculuğu” sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce beraberinde din ve inanç alanında devletin “normal” ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır.”

fakat koruması altında bulunduğunu, dolayısıyla bu yönüyle laiklik ilkesinin din özgürlüğünün bir güvencesi olduğunu vurgulamıştır. Gerçekten de başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda yargı organları ve yasağın uygulayıcılarının temel yanılığısı, laikliğin belli bir yaşam tarzının güvencesi olduğuna ilişkin sahip oldukları bakış açılarından kaynaklanmaktadır. Zira laiklik, yalnızca yaşam tarzlarında dinin belirleyici etkisi olmayan bireylerin mevcut yaşam tarzlarının bir güvencesi olarak tasavvur edildiğinde; başörtüsü yasağının, laiklik ilkesinin doğurduğu bir sonuç olarak görülebilmesi mümkündür. Halbuki laiklik, bir yönüyle, devletin belli bir yaşam tarzı ya da bireylerin kılık kıyafet konusundaki tercihlerinden bağımsız olarak dinî inançlar karşısındaki eşit ve tarafsız konumuyla alakalıdır.⁸¹ Diğer bir deyişle laiklik, bireylerin din özgürlüğü kapsamındaki davranış, tutum ya da tercihlerine yönelik bir müdahale aracı/gerekçesi şeklinde değil; bu alandaki farklılıkların devletin tarafsızlığı sayesinde korunmasına ilişkin bir güvence olarak ele alınmalıdır.⁸² Laikliğin tarafsızlığı kolaylaştıracağı; ancak bunu her zaman garanti etmeyeceği düşüncesi⁸³ karşısında tarafsızlığın gerçekleşmesi için laikliğin olmazsa olmaz bir nitelik taşımadığı ileri sürülebilir. Böylelikle laikliğin; devletin resmî bir dininin olmaması ve bu çerçevede hukuk kurallarının dinî kurallara dayanmak zorunda olmaması; öte yandan devletin, vatandaşlarının din özgürlüğünü sağlaması şeklinde iki temel yönünün olduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁴ Burada belirtmek

⁸¹ Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları, 195-196.

⁸² Hasan S. Vural, *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 232-233; Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 51.

⁸³ Hasan S. Vural, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü.” *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 343-353, 346.

⁸⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 103.

gerekir ki; yürürlükteki hukuk kurallarının dinî kurallara dayanmak zorunda olmaması, din ve vicdan özgürlüğünün hayata geçirilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılamayacağı anlamına gelmez. Bu, şüphesiz, devletin din özgürlüğü alanında negatif yükümlüğünün ötesinde bir işlev yüklenmesinin bir sonucu olabilir.⁸⁵ Zira önemli olan, din özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir toplumsal ihtiyaç ve talebin mevcut olmasıdır. Bu talep ya da ihtiyacın karşılanması sonucu kamu düzeninin bozulmayacak olması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellenmiyor olması devletin bu alandaki pozitif yükümlüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli olur. Kuşkusuz devletin din özgürlüğü alanındaki bu işlevi, çoğulcu ve esnek bir laiklik⁸⁶ anlayışının benimsenmesiyle ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle; laikliğin klasik uygulamasında hukukun toplumsal yaşamı din kurallarına göre değil insanların ihtiyaçlarına göre düzenleyeceğinin kabul edilmesi⁸⁷ söz konusudur. Buna karşılık devletin din özgürlüğü alanında birtakım pozitif yükümlülükleri yerine getirmesine yönelik bir toplumsal ihtiyaç ortaya çıktığında bu ihtiyacın yerine getirilmesi, esnek laiklik anlayışının bir gereği olarak belirir. Zira esnek laiklik yerine çoğulcu laiklik kavramını

⁸⁵ Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 63-64. Bu konuda 8.2.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi örnek gösterilebilir. Genelgeyle; “Anayasa ve ilgili mevzuatla güvence altına alınan dini inanç hürriyetinin bir gereği olarak; Cuma Namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verilir.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

⁸⁶ Esnek laiklik kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Yıldız, “*Din ve Vicdan Hürriyeti*,” 62 vd. “Esnek laiklik” kavramı yerine “yumuşak laiklik” kavramını kullanan Kanadoğlu ise “Dinsel inanışlar ve bunlara uygun yaşama hakkı” gerekçesiyle sosyal ve kültürel yaşamın bütün dokularına din kurallarının ve dinci ideolojinin damgasının düşeceğini belirtmiştir. Bkz. Kanadoğlu, “Laiklik ve Din Özgürlüğü,” 356.

⁸⁷ Metin Feyzioğlu, “Laiklik ve Teokrasi Üzerine Bir Deneme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 2, (1997): 157-180, 167.

kullanan AYM'nin de ifade ettiği gibi “çoğulcu laiklik anlayışı, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanınarak ve dini konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında, ancak koruması altında tutarak din özgürlüğünün güvencesi hâline gelir. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir.”⁸⁸

AYM'nin demokratik bir toplumun gereği olarak nitelendirdiği çoğulcu laiklik anlayışına göre “farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir.’ Bu nedenle laik devlet, din özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır.”⁸⁹

Diğer yandan laiklik ilkesinin din özgürlüğünün sınırlanma gerekçelerinden biri olmayıp aksine din özgürlüğünün kullanımının bir güvencesi olma niteliği, Anayasa'nın 13. maddesinde de ortaya konulmuştur. Şöyle ki; bu maddede temel hak ve hürriyetlere yapılacak sınırlamaların, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Burada laiklik ilkesinin din özgürlüğüne ilişkin bir sınırlamanın gerekçesi değil bu sınırlamanın bir sınırı olabileceği görülür.

Sara Akgül kararında AYM, laikliğin devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemekte olduğunu vurgulamıştır. Buna göre, “negatif yükümlülük, bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri

⁸⁸ Tuğba Arslan kararı, prg. 139-140.

⁸⁹ AYM, T. 20/9/2012, E. 2012/65, K. 2012/128, RG, 18.4.2013; Tuğba Arslan kararı, prg. 137; Esra Nur Özbey kararı, prg. 85.

kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”⁹⁰

Ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağı bakımından devletin laiklik ilkesinden kaynaklı pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği aşıkardır. Zira kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamın sağlanması bir tarafa, başörtüsü yasağının muhataplarının laiklik temelli gerekçelerle inandıkları gibi yaşamaları engellenmek istenmiştir. Negatif yükümlülük bakımından ise; din özgürlüğüne yapılan müdahalelerin zorunlu/zorlayıcı nedenlerden kaynaklanması gerektiği düşünüldüğünde, AYM’nin de ifade ettiği gibi; *“laiklik gerekçesinin din özgürlüğüne yönelik müdahale bakımından meşru bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için müdahalenin makul bir temelinin bulunması, bu kapsamda müdahaleye maruz kalan kişinin davranış, tutum ya da eylemlerinin laiklik ilkesini ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmesi ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekir. (Tuğba Arslan, § 141). Bu anlamda laikliğin sınırlama sebebi olduğundan bahsedilebilmesi için dinî bir gereklilik olarak kullanıldığı belirtilen başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir (Tuğba Arslan, § 142).”⁹¹*

AYM’nin bu değerlendirmeleri doğrultusunda vurgulanmalıdır ki; ülkemizde uygulanan başörtüsü yasağının makul ve izah edilebilir bir yönünün olabilmesi için başörtülü bireylerin bu tercihlerini saldırgan, başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı ve tahrik edici bir şekilde ve kendi inancını zorla kabul ettirme amacıyla ortaya koyduklarının

⁹⁰ B.S. kararı, prg. 59.

⁹¹ Sara Akgül kararı, prg. 89-90.

somut ve objektif bir biçimde delillendirilebilmesi şarttır.⁹² Halbuki yasağın ülkemiz uygulamasında bilhassa yargı organları tarafından ihtimallerin ve varsayımların gerekçe olarak kullanıldığı göze çarpmaktadır. Sara Akgül kararının en önemli kısımlarından biri, tam da bu hususla alakalıdır:

“Bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dinî bir meydan okuma olduğu şeklindeki yorum ise bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa’da güvence altına alınan herhangi bir temel hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi, kaygılar ve varsayımlarla değil yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. Bu sebeple doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışa vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlama yükümlülüğü başvuruçuya değil bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, olanı esas alır; kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez (Tuğba Arslan, § 143).”

Bu noktada İslam dininin kadınlar açısından bir dışavurum aracı olarak nitelendirilebilecek olan başörtüsünün; kaygı, endişe, korku, ihtimal ya da varsayımın ötesine taşarak laikliğin çoğulcu anlamına aykırılık teşkil etmesi anlamına gelebilecek nitelikte somut herhangi bir vaka ya da duruma yol açtığına ilişkin ciddi bir verinin bulunmadığı ortadadır. Dolayısıyla çoğulcu laiklik ilkesi bakımından “olan”ın esas alındığı bir değerlendirme sonucunda başörtüsünün yasaklanması gibi bir sonuca varmanın mümkün olmadığını vurgulamak gerekir.⁹³

⁹² Benzer yönde: Bkz. Tuğba Arslan kararı, prg. 142.

⁹³ Benzer yönde: Bkz. Tuğba Arslan kararı, prg. 130.

B. Eğitim Hakkı

Sara Akgül kararında AYM, başvuruçunun eğitim hakkının ihlali iddiasıyla ilgili olarak öncelikle eğitim hakkına ilişkin önceki kararlarına atıfta bulunmuş ve eğitim hakkının; ilk, orta ve yükseköğrenim seviyelerini kapsadığını⁹⁴, belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına aldığını⁹⁵ ve kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklediğini⁹⁶ hatırlatmıştır. Bunun ardından yaptığı değerlendirmede ise yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü yasağının eğitim hakkının ihlalini doğurduğu sonucuna varmıştır:

“... Eğitim hakkının belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına aldığı gözetildiğinde başvuruçunun başörtüsü yasağı nedeniyle Üniversiteye devam edememiş olması eğitim hakkına yönelik bir müdahaledir. Eğitim hakkına yönelik müdahale konusunda din özgürlüğü bağlamındaki şikâyetler bakımından müdahalenin kanunilik koşulunun sağlanmaması nedeniyle hak ihlali sonucuna varıldığı (bkz. § 114) dikkate alınarak başvuruçunun Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının da ihlal edildiği neticesine ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa’nın 24. maddesinde korunan din özgürlüğünü kullanması nedeniyle Üniversiteye

⁹⁴ AYM, Hikmet Balabanoğlu kararı, T. 17/9/2013, B.N. 2012/1334, prg. 28, RG, 30.10.2013; AYM, İhsan Asutay kararı, T. 20/2/2014, B.N. 2012/606, prg. 34, RG, 19.3.2014

⁹⁵ AYM, Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri kararı, T. 10/12/2014, B.N. 2013/583, prg. 68, RG, 4.4.2015

⁹⁶ AYM, Adem Öğüt ve diğerleri kararı, T. 22/11/2017, B.N. 2014/20527, prg. 44, RG, 22.12.2017; AYM, Yüksel Baran kararı, T. 26/6/2014, B.N. 2012/782, prg. 36, RG, 11.9.2014

devam edememiş olmasının Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlali niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir."⁹⁷

AYM, yükseköğretim kurumlarında başörtülü bir şekilde öğrenim görme talebinin eğitim hakkının din özgürlüğüyle birlikte kullanılmasının bir tezahürü olduğunu, dolayısıyla da bu iki hak ve özgürlüğün birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır. Bunun sonucunda Mahkeme, kanunilik kriterini her iki hak ve özgürlük bakımından ele alarak yükseköğretim kurumlarında başörtüsünün yasaklanması suretiyle din özgürlüğüne yapılacak bir müdahaleyi haklı kılacak yasal bir dayanağın bulunmamasının eğitim hakkı bakımından da geçerli olduğuna işaret etmiştir.

C. Kanunla Sınırlama

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak sınırlamalara ilişkin en önemli ilke, bu sınırlamaların "ancak kanunla" yapılabilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle bir temel hak ya da özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmadıkça o hak ya da özgürlüğe idari düzenlemelerle veyahut içtihat yoluyla sınırlama getirilemez. Aksi durumda yasama fonksiyonunun yürütme ya da yargı organı tarafından kullanılması şeklinde tezahür edecek bir fonksiyon gasbından söz etmek gerekir. Bu, şüphesiz, millet iradesinin de gasp edilmesidir. Nitekim AYM'nin de belirttiği üzere: "*Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren*

⁹⁷ Sara Akgül kararı, prg. 122, 124-126.

bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır.”⁹⁸

Bununla birlikte ülkemizde yükseköğretim kurumlarında başörtüsünü yasaklayan herhangi bir kanun bulunmamasına rağmen AYM'nin özellikle 1989 ve 1991 yıllarında verdiği kararlar, başörtüsü yasağına gerekçe ve dayanak olarak gösterilmiştir. Öte yandan belirtmek gerekir ki; hukukumuzda başörtüsünü yasaklayan bir kanun olmadığı gibi 2547 sayılı Kanun'un ek 17. maddesi de hâlâ yürürlüktedir. Bu maddeye göre ise yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir. Bu nedenle sorun, AYM'nin ek 17. maddenin iptali istemiyle açılan davada, ilgili kanun maddesinin başörtüsü serbestisini kapsamadığı yönünde yaptığı yorumdan kaynaklanmıştır.

AYM, *Sara Akgül* kararında ise konuya ilişkin net bir tavır ortaya koyarak, gerek AİHM'in gerekse diğer mahkeme kararlarının ya da idari tasarrufların Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanun olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir:

“Başvuru konusu olayda başvurucunun başörtüsü ile Üniversiteye devam etme talebi, kamu gücünü kullanan makamlar tarafından AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları ile AİHM'in Leyla Şahin/Türkiye kararına ve bu kararlara dayanılarak çıkarılan bazı idari düzenleyici işlemlere istinaden engellenmiştir.

Yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde başvurucunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran, Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

⁹⁸ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, T. 19/12/2013, B.N. 2013/2187, prg. 36, RG, 7.1.2014. Aynı yönde: Tuğba Arslan kararı, prg. 87.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuni dayanağa ihtiyaç vardır. Öğrencilerin üniversite eğitimlerini başları açık olarak sürdürmeleri gerektiğine dair kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'in Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM'in dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı hâline gelen AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan kanunilik şartını taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.”⁹⁹

Görülmektedir ki AYM, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan “kanun” ibaresinin yalnızca maddi anlamda kanunu ifade etmediğini; aynı zamanda şekli anlamda kanun olarak da anlaşılması gerektiğini benimsemektedir. Bu nedenle AYM tarafından; yasama organınca “kanun” adıyla çıkarılan bir düzenleme olmadığı sürece kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanamayacağı vurgulanmıştır. Mahkeme, bu doğrultuda yaptığı değerlendirme sonucunda yükseköğretim kurumlarına başörtülü olarak devam etmek isteyen öğrencilere getirilen engellemenin kanunilik şartını sağlamadığı ve başörtüsü yasağı içeren uygulamaların hak ihlali oluşturacağı tespitinde bulunmuştur.

IV. 2022 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİ

14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinden kısa bir süre önce Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), başörtüsü veya benzeri bir ifadeye yer vermeksizin ve fakat başörtüsünü de kapsayacak şekilde bir serbestinin sağlanabilmesi için bir kanun teklifi hazırlamış ve TBMM Başkanlığına sunmuştur. Teklifin ilgili kısmı şu şekildedir: “(1) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarına bağlı olarak bir

⁹⁹ Sara Akgül kararı, prg. 111-113.

mesleği icra eden kadınlar, yürüttükleri mesleğin icrası kapsamında giyilmesi gerekli cübbe, önlük, üniforma vb. dışında kıyafet giymek ya da giymemek gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek biçimde herhangi bir zorlamaya tabi tutulamaz.”

CHP tarafından hazırlanan kanun teklifinde, hizmet veren pozisyonundaki kadınların kıyafetlerine ilişkin olarak genel bir serbesti getirilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda hizmet veren pozisyonundaki kadınların, icra ettikleri meslek dolayısıyla giymeleri gereken cübbe, önlük, üniforma gibi kıyafetler dışında bir kıyafet giymeye zorlanmaları engellenmek istenmiştir. Bu teklifte, yukarıda da belirtildiği üzere, “başörtüsü” ifadesine doğrudan yer verilmemiş olmasına rağmen teklifin ilk maddesinin başörtüsünü de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim teklifin TBMM Başkanlığına sunulması ile kamuoyunda kamuda hizmet veren kadınların başörtüsü serbestisine sahip olmasının kanuni güvenceye alınmak istendiği yönünde yorumlar yapılmıştır.

CHP tarafından hazırlanan kanun teklifine ilişkin olarak Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) yetkilileri, konunun yasal düzenlemeyle değil yapılacak bir Anayasa değişikliğiyle güvence altına alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Konuya ilişkin Anayasa değişikliği yapılması yönündeki çağrısındaki temel saikin konunun bir daha istismar edilmesinin önlenmesi olduğu Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından vurgulanmış, gerekirse Anayasa değişikliğinin referanduma da götürülebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁰

Başörtüsü özgürlüğüne ilişkin Anayasa değişikliği yapılması gerektiği yönündeki yaklaşım, Anayasa’da çeşitli değişikliklerin yapılmasını öngören bir teklifin hazırlanarak

¹⁰⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-basortusune-anayasa-degisikligi-teklifi-ihhtiyac-olursa-bu-isi-referanduma-da-goturebiliriz/2761173#>

TBMM Başkanlığına sunulmasıyla sonuçlanmıştır.¹⁰¹ Söz konusu değişiklik teklifinin ilk maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine iki yeni fıkra eklemeyi öngörmektedir. Bu maddeler ile başörtüsü özgürlüğüne anayasal güvence kazandırılması amaçlanmaktadır. Söz konusu düzenleme kapsamında yer verilen ilk fıkra hükmü şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ile kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanılması, hiçbir kadının başının örtülü veya açık olması şartına bağlanamaz.”

Anayasa değişiklik teklifinde yer alan bu düzenlemenin oldukça detaylı olması, Türkiye’de daha önce yaşanmış olan süreçlerde konuya ilişkin ortaya çıkan problemlerin doğrudan çözümünün amaçlandığını göstermektedir. Anayasa değişiklik teklifi ile; Anayasa'nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlığını taşıyan 24. maddesinde yapılmak istenen ilk değişiklik, başörtülü ya da başı açık kadınların kamusal alanda sunulan mal ve hizmetlerden herhangi bir ayrımcılığa uğramadan yararlanabilmelerinin sağlanmasına dönüktür. Diğer yandan teklifte kamusal hizmet alanında olduğu gibi özel kesim

¹⁰¹ Teklifin gerekçesi şu şekildedir: “Teklif ile, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ile kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanılmasının hiçbir kadının başının örtülü veya açık olması şartına bağlanamaması, hiçbir kadının dini inancı sebebiyle başını örtmesinden ve tercih ettiği kıyafetinden dolayı eğitim ve öğrenim, çalışma, seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma, kamu hizmetlerine girme ile diğer herhangi bir temel hak ve hürriyeti kullanmaktan ya da kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmaktan hiçbir surette yoksun bırakılamaması, söz konusu sebeplerle kınanamaması, suçlanamaması, herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulamaması, bir hizmetin gereği olan kıyafet söz konusu olduğunda Devletin, başörtüsünü ve tercih edilen kıyafeti hiçbir surette engellemek kaydıyla gerekli tedbirleri alabilmesi, yalnızca kadın ve erkek olmak üzere iki farklı cinsiyetten bireylerin birbiriyle evlenerek evlilik birliğini oluşturabilmesi, bunun dışındaki hiçbir birlikteliğin evlilik birliği olarak kabul edilmemesi, düzenlemenin halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanması amaçlanmaktadır.” Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr>

tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmada da kadınların başlarının açık veya örtülü olması “olumlu veya olumsuz bir şart olarak öngörülemeyecektir”. Değişiklik teklifinin bu maddesine ilişkin gerekçede; “... *“kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanma”, Anayasada müstakil bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu yararlanma, Anayasada düzenlenen pek çok temel hak ve hürriyetin bilfiil kullanımına tekabül etmekte veya bu kullanımın tezahür biçimlerinden biri olarak kendini göstermektedir. Bu nevi bir yararlanma, temel hak ve hürriyetler blokuna sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşıdığından kadının başının açık veya örtülü olması şartına bağlanamayacak ve Anayasal temel hak ve hürriyetlerle aynı teminata sahip olacaktır.*” ifadesine yer verilmiştir. Böylelikle temel hak ve özgürlükler alanında daha önce ortaya çıkmış olan bu sorunun bir daha tekrarlanması engellenmek istenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; “Fıkra, bu haliyle hem Devlet hem de gerçek ve tüzel kişilere negatif bir yükümlülük getirmektedir.” Dolayısıyla hem devletin hem de gerçek ve tüzel kişilerin kadınların başörtülü olup olmamaları konusunda bir nevi “nötr davranma/müdahalede bulunmama yükümlülükleri” bulunmaktadır.

Teklifle Anayasa'nın 24. maddesine eklenmek istenen ikinci fıkra ise şu şekildedir: *Hiçbir kadın; din"î inancı sebebiyle başını ,örtmesi ve tercih ettiği kıyafetinden dolayı eğitim ve öğrenim, çalışma seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma, kamu hizmetlerine girme ile diğer herhangi bir temel hak ve hürriyeti kullanmaktan ya da kamu veya özel kesim tarafından sunulan mal ve hizmetlerden yararlanmaktan hiçbir surette yoksun bırakılamaz. Bu nedenle kınanamaz, suçlanamaz ve herhangi bir ayrımcılığâ tâ.bi tutulamaz Alınan veya verilen bir hizmetin gereği olan kıyafet söz konusu olduğunda Devlet, ancak dinî inancı sebebiyle kadının başını örtmesini ve tercih ettiği kıyafetini hiçbir surette engellemek ".sartıyla gerekli tedbirleri alabilir*

Anayasa'nın 24. maddesine eklenmek istenen bu madde ile "dinî inancı sebebiyle" başörtüsü kullanan kadınların eğitim ve öğrenim hakkı dahil birçok hak ve özgürlüğü, kıyafetleri nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın kullanabilmeleri sağlanmak istenmektedir. Bu açıdan ülkemizde başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda yalnızca "hizmet alan" konumunda bulunan kişilerin başörtüsü özgürlüğünü savunan anlayış da kabul görmemektedir. Diğer bir ifadeyle yalnızca hizmet alan kişilerin değil kamu hizmeti sunan kişilerin de başörtüsü özgürlüğünden yararlanabilmeleri arzu edilmiştir. Öte yandan Yükseköğretim kurumlarında uzun süre başörtüsü yasağının devam ettiği düşünüldüğünde eğitim ve öğrenim hakkına bu fıkra hükmünde bilinçli şekilde yer verildiğini söylemek yanlış olmaz. Benzer bir durum, çalışma hakkı bakımından da geçerlidir. Yine seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının fıkra hükmünde sayılmış olması ise ülkemizde daha önce yaşanan tecrübelerin tabii bir sonucudur. 1999 genel seçimleri sonrasında milletvekili Merve Kavakçı'nın yemin etmek üzere TBMM Genel Kuruluna geldiği esnada ve sonraki dönemlerde yaşanan tartışmalar bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının nedenini anlamak bakımından önemlidir. Bu ve benzeri gerekçe ve dayanaklar çerçevesinde fıkranın devamında dinî inancı sebebiyle başını örten kadınların kınanamayacağı, suçlanamayacağı ve ayrımcılığa tâbi tutulamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca teklif uyarınca bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bir hizmetten yararlanılması hallerinde giyilmesi gereken bir kıyafetin söz konusu olması durumunda "Devlet, ancak dinî inancı sebebiyle kadının başını örtmesini ve tercih ettiği kıyafetini hiçbir surette engellemek şartıyla gerekli tedbirleri" alabilme imkanına sahip olacaktır.

Yukarıda yer verilen Anayasa değişikliği teklifinde yer alan "dinî inancı sebebiyle" ifadesi muhalefet partileri tarafından eleştirilmiş ve bu ifadenin madde metninde bulunmaması

gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa değişiklik teklifinde “dinî inancı sebebiyle” ifadesine yer verilmiş olması, daha önceki dönemlerde başörtüsü yasağını savunan kişilerce ileri sürülen, başörtüsünün “siyasi simge” olarak kullanıldığı şeklindeki argümanın bertaraf edilmesine matuftur. Dolayısıyla teklifte “dinî inancı sebebiyle” ifadesine yer verilmemiş olması durumunda başörtüsü ve dinî inanç nedeniyle tercih edilen kıyafetin siyasi simge veya başka bir şekilde nitelendirilerek yasaklanmaya çalışılması söz konusu olabilecektir.

Bununla birlikte 08.04.2023 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan TBMM kararıyla 14 Mayıs 2023 tarihinde Cumhurbaşkanlığı seçimiyle birlikte yapılan 28. dönem milletvekili genel seçimi nedeniyle TBMM, 07.04.2023 tarihi itibarıyla tatile girmiştir. Bunun sonucunda TBMM İçtüzüğü’nün “Seçimlerin yenilenmesi halinde kanun tekliflerinin durum” başlıklı 77. maddesi¹⁰² uyarınca söz konusu değişiklik teklifi hükümsüz kalmıştır. Bu durumda Anayasa değişiklik teklifinin yürürlüğe girebilmesi için teklifin, 28. yasama döneminde TBMM’ye yeniden sunulması yasama süreçlerinin tamamlanmasının ardından TBMM üyelerinin en az beşte üç çoğunluğuyla ya da referanduma sunulmak suretiyle kabülüne gerekecektir.

SONUÇ

Ülkemizde, yükseköğretim kurumlarında eğitim gören öğrenciler bakımından uzun yıllar uygulanan başörtüsü

¹⁰² TBMM İçtüzüğü Madde 77- “Bir yasama döneminde sonuçlandırlamamış olan kanun teklifleri hükümsüz sayılır. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri bu kanun tekliflerini yenileyebilirler. Yenilenen kanun teklifinin tümü üzerindeki görüşmelerden sonra önceki dönemlere ait rapor ve metinler, açıkça belirtilmek kaydıyla, komisyonca benimsenebilir.”

yasağına dayanak olarak Danıştay, AYM ve AİHM kararları gösterilmiştir. Bununla birlikte mezkur yüksek yargı organlarının yasağın meşruluğuna ilişkin verdiği kararların sonuç bakımından olduğu gibi gerekçe itibarıyla de tatmin edici olmadığı ortadadır. Bu husus, hiç şüphesiz, ideolojik olarak başörtüsüne ve inançları doğrultusunda yaşamak isteyen bireylere karşı olumsuz bir tutum içinde olan yargıçların hukuku ideolojilerine feda etmelerinin bir sonucudur. Diğer yandan uygulanma gerekçeleri ve koşulları düşünüldüğünde başörtüsü yasağı, Türkiye’de siyasi şart ve gelişmelerin hukukçular vasıtasıyla kişiler üzerinde gösterdiği yansımalarını da net bir şekilde ortaya koymaktadır. Türkiye’de hukuku etkileme ve araç olarak kullanma gücünü elinde bulunduran siyaset, başka konularda olduğu gibi başörtüsü konusunda da keyfiliğe ve mağduriyete yol açmıştır. Hukukun kurumsallaşmadığı, bir kültür olarak devlet ve toplum tarafından içselleştirilemediği ülkelerde hukuk devleti olamamanın somut yansıması, en çok kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali şeklinde tebarüz eder. Hukukun üstün olduğu ülkelerde ise hukuk devleti bilinci, ilk başta ve aslında basit bir şekilde, normatif hukukun herkese eşit bir şekilde uygulanması ve bunun bir sonucu olarak da kimsenin kendisini hukukun ve dolayısıyla hukuk kurallarının üstünde görememesi olarak karşımıza çıkar.

Başörtüsü yasağı söz konusu olduğunda ülkemizde, mahkemelerin yanı sıra YÖK, ÖSYM ya da yükseköğretim kurumlarının yöneticileri kendilerini kanunun üstünde görmüştür. Böyle olunca da başörtüsü yasağı, ülkemizde aslında “Ben yaptım, oldu.” mantığıyla uygulanabilmiştir. Ya da “Ben karar verdim, oldu.” Belirtmek gerekir ki; kendini hukukun ve Anayasa’nın üstünde gören bu anlayış, Anayasa’nın 6. maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” ilkesinin açık bir şekilde ihlalinin somutlaşmasından ibarettir.

Yükseköğretim kurumlarında başörtülü öğrencilere uygulanan ve 1960'lı yıllarda başlayan yasağın hukuka aykırılığı, nihai olarak AYM tarafından 2018 yılında verilen bireysel başvuru kararıyla ortaya konulmuş ve başörtülü oldukları gerekçesiyle okula alınmayan öğrencilerin din özgürlüklerinin ve eğitim haklarının ihlal edildiği, Mahkemece tespit edilmiştir. AYM, bu kararında başörtüsü yasağına dayanak olarak gösterilen laiklik ilkesinin demokratik bir devlette din özgürlüğünü sınırlayan bir araç olamayacağını vurgulamıştır. Bunun yanında Mahkeme, bireylere din özgürlüğü sağlanmasının demokratik bir devlette olmaz olmaz derecede öneme sahip olduğunu ve bu nedenle de farklı yaşayış ve inanca sahip kişilerin bir arada yaşamalarının sağlanması bakımından laikliğin çoğulcu yorumunun kabul edilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda; devletin, insanların inanç ve yaşayış biçimleri hakkında “doğru” ya da “yanlış” şeklinde değerlendirmelerde bulunamayacağı veya belli bir yaşam tarzını, dini ya da ideolojiyi “normal” ya da “asıl” kabul edip diğer tercihleri ötekileştiremeyeceği gibi başörtüsü kullanan bireylerin bu tercihlerini hangi saikle yaptıklarına ilişkin bu kişilerin beyanlarının esas olduğu da AYM tarafından vurgulanmıştır.

AYM'nin bir diğer önemli tespiti ise temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği yönündeki Anayasal kural varlığını sürdürdüğü ve yürürlükte de başörtüsünü yasaklayan şekli anlamda bir kanun olmadığı müddetçe idari tasarruflarla, mahkeme kararlarıyla veyahut mahkeme yorumlarıyla başörtüsünün yasaklanamayacağıdır. Halbuki başörtüsü yasağı bakımından sağlanmadığı son derece açık olan kanunilik şartının neredeyse hiçbir yargı organı ya da idare tarafından dikkate alınmadığı da bir gerçektir. Kanunilik şartının idari kolluk faaliyetinin temel bir özelliği olması dikkate alındığında ise idarenin kanunda yer almayan bir zorunluluğu öğrencilere dayatmasının idare hukuku bakımından da kabul

edilemeyeceği görülür. Diğer yandan ise başörtüsü yasağı öngören idari işlemlerin; yine kanunilik şartının bir sonucu olarak yetki unsurunda fonksiyon gasbı mahiyetinde bulunan sakatlık nedeniyle yok hükmünde oldukları vurgulanmalıdır. Başörtüsü yasağının öğrenciler açısından en sık ve somut uygulanma yöntemi olan disiplin cezaları bakımından ise gerek bu cezaları veren yükseköğretim kurumlarının gerekse Danıştayın, disiplin suç ve cezalarındaki tipiklik unsurunu görmezden gelmesi, başlıca hukuka aykırılık nedeni olarak ifade edilebilir. Diğer bir deyişle başörtüsünü açıkça yasaklamayan ve başörtülü olmayı disiplin suçu olarak düzenlemeyen bir disiplin mevzuatı uygulanarak başörtülü bir öğrenciye; çağdaş görünüme sahip olmama, kurumların huzurunu bozma ya da eğitim öğretimi engelleme gibi gerekçelerle disiplin cezası verilemeyeceğinin altını çizmek gerekir. Ne var ki altı çizilmesi gereken bu husus, gerek yükseköğretim kurumları gerekse Danıştay tarafından dikkate alınmamış ve disiplin hukukundaki bu temel ilke, başörtülü öğrenciler söz konusu olduğunda yok sayılabilmektedir.

Sonuç olarak ülkemizde uygulama itibarıyla son bulmuş olan başörtüsü yasağının ilgililer bakımından hak ihlali sonucunu doğurduğunun AYM tarafından tespit edilmiş olması oldukça önemli bir aşamadır. Bununla birlikte, başörtüsünü yasaklayan hiçbir hukuki norm olmaksızın yıllarca uygulanan ve yine normatif olarak hiçbir değişiklik olmaksızın uygulamada sona eren başörtüsü yasağının ülkemizdeki siyasi şartlar ve ortam değiştiğinde veyahut hukukun bir şekilde devre dışı kaldığı bir konjonktürde tekrar gündeme gelme ihtimalinin varlığını da hesaba katmak gerekir. Bu durumda her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun eğitim hak ve özgürlüğünün engellenmesine ilişkin hükümlerinin ya da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından uygulanacak yaptırımların devreye girmesi söz konusu olabileceksede bu noktada önemli olan, yıllar sonra yeniden hukuk devletinden ve

hukukun üstünlüğünden kabuk bağlamış bir yaranın yeniden kanamaya başlaması anlamına gelecek şekilde uzaklaşması olacaktır. Bu nedenle 9 Aralık 2022 tarihinde TBMM'ye sunulan anayasa değişikliği teklifi, hem kamu gücü kullanan kişi ve kurumlar hem de özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri karşısında dinî inançları nedeniyle başlarını örten kadınların hak ve özgürlüklerinin anayasal güvenceye alınması bakımından son derece kıymetlidir. Bununla birlikte TBMM'nin 7 Nisan 2023 tarihinden itibaren tatile girmiş olması nedeniyle hükümsüz kalan söz konusu değişiklik teklifinin 28. yasama döneminde tekrar gündeme gelmesi ve kabul edilerek yürürlüğe girmesi durumunda; başörtülü kadınların maruz kaldıkları ya da kalabilecekleri her türlü ayrımcılığın önüne geçilmesi söz konusu olabileceği gibi başörtüsünün siyasi simge olduğu gerekçesiyle yasaklanmak istenmesi de kalıcı olarak engellenmiş olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, Kerem ve Onur Karahanoğulları. "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun." Hukuk ve Adalet Dergisi Yıl 1 no. 3 (Temmuz-Eylül 2004): 249-276.
- Akyılmaz, Bahtiyar. "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar." Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6 no. 2 (2002): 0-0
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Balcı, Muharrem. Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları. İstanbul: Danışman Yayınları, 1999.
- Barbarosoğlu, Fatma. "Başörtülülerin Tarihine Küçük Bir Katkı." Yenişafak Gazetesi. Erişim tarihi Şubat 1, 2023. <https://www.yenisafak.com/yazarlar/fatma-barbarosoglu/baortululerin-tarihine-kucuk-bir-katki-46735>
- Benli, Fatma. "Türkiye'de Başörtüsü Yasağı Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı" İç. Genç Hukukçular Hukuk Okumaları- Birikimler II, 231-250. İstanbul: 2006.
- Benli, Fatma. 1964-2011 Türkiye'de Ve Dünyada Başörtüsü Yasağı Kronolojisi. İstanbul: Mazlumder, 2011. Erişim tarihi Şubat 1, 2023. <https://www.mazlumder.org/fotograf/yayinresimleri/dokuman/turkiyede-dunyada-basortusu-yasagi-kronolojisi.pdf>
- Bozkurt, Burak. Danıştay Kararları Işığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

- Demir, Hande Seher. Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü. Ankara: Adalet Yayınları, 2011.
- Duman, Enis. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Feyzioğlu, Metin. “Laiklik ve Teokrasi Üzerine Bir Deneme”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 2 (1997): 157-180.
- Gemalmaz, M. Semih. Türk Kıyafet Hukuku ve Türban. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- Genç, Özge ve Ebru İlhan. Başörtüsü Yasağına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler. İstanbul: Tesev Yayınları, 2012.
- Gözler, Kemal. Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu. Bursa: Ekin Kitabevi, 1999.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku Cilt II. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- İnceoğlu, Sibel. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kaboğlu, İbrahim. “Din Özgürlüğü: Sınırı ve Güvencesi.” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 46, no. 1 (1991): 265-278.
- Kanadoğlu Korkut. “Laiklik ve Din Özgürlüğü.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 109 (2013): 353-383.
- Köküsarı, İsmail. “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu Ve Uygulaması.” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, no. 4 (2018): 807-855.

- Limoncuoğlu, S. Alp. "Türban Sorunu'nun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur Mu?" Türkiye Barolar Birliği Dergisi no. 75 (2008): 138-164.
- Okay Tekinsoy, Özge. "Kolluk Faaliyetleri." İç. İdare Hukuku, ed. Turan Yıldırım, 619-681. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Okdemir, İlkey. "Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özdemir, Halit Eyüp. İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Soysal, Mümtaz. 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.
- Şirin, Tolga. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Turhan, Mehmet. "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, (1976): 63-104.
- Ulusoy, Ali. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53. no. 4 (2004): 125-134.
- Vural, Hasan S. Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Vural, Hasan S. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü." Anayasa Yargısı 31, no. 1 (2015): 343-353.

Yanıkoğlu, Kübra. “Modernleşme Ve Kadın Bedeni Bağlamında Türkiye’de Başörtüsü Sorunu.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Yıldız, Abdulkadir. Din ve Vicdan Hürriyeti. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yüksel, İsmail. Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.kazanci.com.tr.

www.lexpera.com.tr.

www.mazlumder.org.

www.muhammedbalci.com

www.resmigazete.gov.tr.

www.tbmm.gov.tr.

SİMSARLIK SÖZLEŞMESİNDE SİMSARIN ÜCRET HAKKI

Brokers Right to Fee in the Brokerage Contract

Fatih Furkan BİLGE*

Öz

Simsarlık sözleşmesi ile simsar, bir sözleşme kurulmasına yönelik olarak aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlenir. Müvekkil, simsar tarafından gerçekleştirilen aracılık faaliyetleri sayesinde bir sözleşme kurarsa, simsar ücrete hak kazanır. Bu bakımdan simsarın ücrete hak kazanabilmesi için aracılık faaliyetinde bulunmuş olması yeterli değildir. Simsara ödenen ücret, simsarın harcadığı zamanın veya gösterdiği emeğin değil, başarılı sonucun karşılığıdır. Kurulan sözleşme, müvekkilin aradığı şartlara uygun olmalıdır. Ücret simsarlık sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Simsarlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinin her zaman ücretli yapılan bir alt türüdür. Bir sözleşmenin

* Arş. Gör., Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, furkan.bilge@balikesir.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2678-4432

Makale Gönderim Tarihi/Received: 21.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 12.06.2023.

Atıf/Citation: Bilge, Fatih Furkan. "Simsarlık Sözleşmesinde Simsarın Ücret Hakkı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 342-381.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



kurulması amacıyla gerçekleştirilen aracılık faaliyetlerinin, ücret karşılığında yapılması kararlaştırılmamışsa simsarlık sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Simsarlık sözleşmesinde ücret miktarının kararlaştırılmış olması ise zorunlu değildir.

Anahtar Kelimeler: Simsarlık Sözleşmesi, Simsarın Ücrete Hak Kazanması, Ücret Hakkının Kaybı, Aşırı Ücret.

Abstract

With a brokerage contract, the broker undertakes to act as an intermediary for the establishment of a contract. If the client concludes a contract thanks to the brokerage activities performed by the broker, the broker is entitled to a fee. In this respect, it is not sufficient for the broker to have acted as an intermediary in order to be entitled to a fee. The fee paid to the broker is not the reward for the time or effort of the broker, but for the successful result. The established contract must comply with the terms sought by the client. The wage is a mandatory element of the brokerage contract. The brokerage contract is a sub-type of the mandate contract, which is always paid. If it is not decided to carry out the intermediary activities carried out for the purpose of establishing a contract in return for a fee, the existence of a mandate contract is mentioned, not a brokerage contract. It is not obligatory for the amount of the fee to be agreed in the brokerage contract.

Keywords: Brokerage Contract, Broker's Entitlement to Fee, Forfeiture of Fee, Excessive Fee.

I. GENEL OLARAK

Simsarlık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun "*Vekâlet İlişkileri*" başlıklı dokuzuncu bölümünün üçüncü ayırımında 520 ilâ 525. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK m. 520'de simsarlık sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: "*Simsarlık*

sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” Buna göre simsarlık sözleşmesi ile simsar, bir sözleşmenin kurulması imkânını hazırlamayı veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir.¹ Müvekkil ise simsarın faaliyeti neticesinde bir sözleşme kurarsa simsara ücret ödemeyi borçlanır.² Bu kapsamda, simsarlık sözleşmesiyle başka bir sözleşmenin kurulması amaçlanır. Bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Simsarlık sözleşmesinin tarafları simsar ile müvekkildir. Simsarın, kurulmasına aracılık yaptığı sözleşmenin (esas sözleşmenin) tarafları ise müvekkil ile üçüncü kişidir. Simsar esas sözleşmenin tarafı olmadığından esas sözleşmeden doğan herhangi bir borcu da bulunmaz. Simsar sadece esas sözleşmenin kurulabilmesi amacıyla aracılık faaliyetinde bulunur ve kural olarak esas sözleşmenin kurulmasıyla da ücrete hak kazanır. Bu çerçevede simsarlık sözleşmesinin unsurları şu şekilde sıralanabilir: 1) simsarın, esas sözleşmenin kurulmasına yönelik aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlenmesi. 2) müvekkilin, simsarın gerçekleştirdiği faaliyetler sayesinde bir esas sözleşme kurması hâlinde ücret

¹ Nihat Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı* (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993), 35; Umut Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti,” *İstanbul Barosu Dergisi* 83, no. 6 (2009): 3121; Salih Şahiniz, *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi* (İstanbul: Beta Basım, 2002), 7; Ekrem Kurt, “Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri,” içinde *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt 2 (İstanbul: Beta Basım, 2010), 1429; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 504; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 147.

² Gökhan Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 39; Taşdelen, *Ticari İşler*, 35.

ödemeyi vaat etmiş olması. 3) tarafların bu hususlarda anlaşmış olmalarıdır.³

Simsar çalışmasını bağımsız olarak yürütür.⁴ Çalışma koşullarını ve zamanını müvekkiline bağlı olmaksızın kendisi belirler.⁵ Ayrıca simsar ile müvekkil arasındaki ilişki süreklilik arz etmez.⁶ Zira simsar belirli bir veya birkaç sözleşmenin yapılmasına aracılık etmek üzere görevlendirilir.⁷ Simsar, aracılık faaliyetlerini meslek edinmiş olmak zorunda değildir.⁸ Kişinin tek bir iş için aracılık faaliyetinde bulunuyor olması simsarlık hükümlerinin uygulanmasını engellemez.⁹ Bununla birlikte simsarın aracılık faaliyetlerini sürekli yapmak üzere meslek edinmiş olması da mümkündür. Bu durumda simsar, TTK m. 12'deki koşulların varlığı hâlinde tacir sayılır.¹⁰

³ Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3120; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 224; Sıtkı Akyazan, "Tellallık," *BATİDER* 6 (1973): 453.

⁴ Hüseyin Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 785; Kurt, "Tellallık," 1429.

⁵ Tamer Bozkurt, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 169.

⁶ Mustafa Çeker, "Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma," *ÇÜHFD* 1, no. 1 (2014): 14; Kurt, "Tellallık," 1429; Oruç Hamı Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 312; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 785; Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 169. Bu yönüyle simsarlık sözleşmesi, acentelikten ayrılır (Mustafa İsmail Kaya, *Acentelik Hukuku*, 1. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 50.).

⁷ Müvekkil işlerine genel olarak aracılık etmesi için simsar görevlendiremez. Zira bu durum taraflar arasındaki ilişkiyi sürekli kılacağından, simsarlığın niteliği ile bağdaşmaz; bkz: Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 36.

⁸ Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 36.

⁹ Akyazan, "Tellallık," 447; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 206.

¹⁰ Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 147.

II. SİMSARIN ÜCRET HAKKI

TBK m. 520/II gereği simsarlık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde vekâlete ilişkin hükümler uygulanır. Doktrindeki hâkim görüşe göre simsarlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin bir alt türüdür.¹¹ Kanaatimizce de simsarlık sözleşmesine ilişkin TBK m. 520/II hükmü ile simsarlık sözleşmesinin “*Vekalet İlişkileri*” başlığı altında düzenlenmiş olması göz önünde bulundurulduğunda, simsarlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin bir alt türü olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay’ın görüşü de simsarlık sözleşmesinin, vekalet sözleşmesinin bir alt türü olduğu yönündedir¹². Ancak simsarın aracılık faaliyeti maddi fiil vekaleti niteliğindedir. Zira maddi fiil vekaletinde temsilci sıfatına sahip olunmaksızın fikri veya bedensel bir iş görülür. Simsar da temsil yetkisine sahip olmayıp, sadece tarafların bir sözleşme yapmasına yönelik aracılık faaliyetinde bulunur. Dolayısıyla vekalet sözleşmesi hükümleri simsarlık sözleşmesine tamamlayıcı olarak

¹¹ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 8; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 721; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı*, 53; Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 13; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 782; Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3121; Kurt, “Tellallık,” 1431; Şaban Kayıhan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 267; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971), 312; Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 211. Aksi yönde bkz: Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184 - 551* (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1993), 748; Şakir Berki, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973), 175.

¹² YHGK, E. 2017/555, K. 2018/442, 07.03.2018.: “Simsarlık sözleşmesi vekalet sözleşmesinin, konusu belirli (akit yapma hususunda aracılık faaliyetinde bulunma) ve simsarın her zaman ücrete hak kazandığı özel bir çeşididir. Bu sebeple TBK. m.520/2 maddesinde (BK m.404/2) “simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekalet dair hükümler uygulanır” denilmiştir.” (Sinerji Mevzuat).

uygulanmalıdır¹³. Vekalet sözleşmesi hükümlerinden simsarlık sözleşmesinin niteliğine uygun düşmeyenler, ki bunlar vekalet sözleşmesinin hukuki fiillere ilişkin hükümleridir, simsarlık sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz¹⁴.

Vekalet sözleşmesinden farklı olarak ücret, simsarlık sözleşmesinin kanuni ve zorunlu unsurudur.¹⁵ Dolayısıyla aracılık faaliyetlerinin ücretsiz olarak yapılmasının kararlaştırıldığı bir sözleşme simsarlık sözleşmesi olarak değil, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilir.¹⁶ Ücretin miktarının kararlaştırılmış olması ise simsarlık sözleşmesinin objektif esaslı unsuru değildir.¹⁷ Bu nedenle tarafların ücret ödeneceğini kararlaştırmış ancak ücretin miktarı üzerinde bir anlaşma yapmamış olmaları sözleşmenin niteliğini etkilemeyecektir.

¹³ Kanun koyucunun simsarlık sözleşmesine özel hükümler getirmesinin nedeni, simsarlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinden birtakım farklı özelliklere sahip olmasıdır. Dolayısıyla öncelikle simsarlık sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak, burada hüküm bulunmayan hallerde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurulacaktır.

¹⁴ Bkz: TBK m. 509.

¹⁵ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 455; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı* 8; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı*, 53; Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 13; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3121; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 583. Uygulamada simsarın ücret alacağı için "komisyon" ifadesi sıkça kullanılmaktadır. Bunun nedeni simsarlık sözleşmesinin genellikle esas sözleşmedeki bedel üzerinden yüzde olarak kararlaştırılıyor olmasıdır. Bununla birlikte taraflar her ne kadar simsarın ücret alacağı için "komisyon" ifadesini kullanmış olsalar da sözleşmenin mahiyeti değişmeyecektir. Zira TBK m. 19 uyarınca tarafların sözleşmede yer verdikleri kavram değil, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır; bkz. Şener, *Ticari İşletme*, 310.

¹⁶ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 169; Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 168.

¹⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Boğlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 207; Kurt, "Tellallık," 1437; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 169.

A. Sımsarın Ücrete Hak Kazanmasının Şartları

1. Esas Sözleşmenin Kurulması

Kural olarak sımsarın ücrete hak kazanabilmesi için gerçekleştirdiği aracılık faaliyetleri neticesinde bir esas sözleşmenin kurulması gerekir¹⁸. Bu husus TBK m. 521/1'de

¹⁸ YHGK. E.2014/859, K.2016/428, 30.03.2016: "BK. m. 521 vd. düzenleme içinde, sımsarın ücret alacağının doğumu için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir: a) Sımsarın aracılık ettiği asıl sözleşmenin iş sahibi (vekalet veren) ile üçüncü kişi arasında kurulması gerekir. Bu şart, iş sahibinin, kendisine teklif olunan üçüncü kişilerle sözleşme yapmayı sebepsiz olarak red etmesi halinde de gerçekleşmiş sayılmalıdır. Bu konu, TBK. m. 175'in kapsamı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Fakat asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulması lazım ve yeterlidir. Ücret alacağının doğumu için, bu sözleşmenin ifa edilmesi gerekli değildir. Geciktirici şarta bağlı olarak yapılmış sözleşmelerde, şartın gerçekleşmesi beklenmelidir. Bu düzenlemeyi getiren TBK. m.521/1 hükmü, emredici değildir. Taraflar, asıl akit kurulmamış olsa bile, ücret ödenmesini kararlaştırabilecekleri gibi ücretin, sözleşmenin ifa edilmesi halinde ödeneceğini de kararlaştırabilirler. b) Asıl sözleşmenin kurulması ile sımsarın faaliyeti arasında nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. TBK. m. 521/1 bu şartı, "yaptığı faaliyet sonucunda" sözleriyle ifade etmiştir. Bu şartın aksini de kararlaştırabilirler. c) TBK. m. 523'de düzenlenen ve sımsarın ücret ve giderlere ilişkin alacağının kaybı sonucunu doğuracak durumlardan birinin gerçekleşmemesi gerekir (Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2011, s.604 vd). Somut olayda; davacı, davalı ile aralarında tellallık sözleşmesi düzenlendiğini, edimini yerine getirdiğini, davalının sözleşmeye aykırı davrandığını, komisyon ücretinin ödenmediğini, yaptığı icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline ve %40 tazminata karar verilmesini istemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere tellallık(**sımsarlık**) ilişkisi, tellal(davacı) ile iş sahibi(davalı) arasında yapılan bir sözleşme ile kurulur. Gayrimenkul tellallık sözleşmesinde taşınmaz maliklerinin imzasının bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Sımsarın aracılık ettiği asıl sözleşmenin iş sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulması ile sımsarın ücret alacağı doğar. Eldeki davada taraflar arasında 22.09.2010 tarihli "yer gösterme sözleşmesi" imzalanmış olup, davalı sözleşmedeki imzaya itiraz etmemiştir. Hal böyle olunca yerel mahkemece,

“Simsar, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla simsarın ücrete hak kazanabilmesi gerçekleştirdiği faaliyete değil, başarılı sonuca bağlıdır.¹⁹ Kural olarak esas sözleşmenin kurulması simsarın ücrete hak kazanması için yeterlidir. Ayrıca simsarın ücrete hak kazanması için esas sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmiş olması aranmaz.²⁰

Anılan hükümde geçen “ancak” ifadesi simsarın yalnızca esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanabileceği, aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı şeklinde görülse de, bizim de katıldığımız görüşe göre TBK m. 521/I hükmü emredici nitelikte değildir.²¹ Kanun koyucu “ancak” ifadesiyle, simsarın kural olarak esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanacağını öngörmüştür. Bu nedenle tarafların söz konusu hükümdeki kuralın aksini kararlaştırmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda taraflar anlaşarak simsarın ücrete hak kazanması için aranan esas sözleşmenin kurulmuş

sözleşmede belirtilen ilkeler çerçevesinde inceleme yapılarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, sırf yer göstermeye dayalı ücret talep edilemeyeceği gerekçesi ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” (Sinerji Mevzuat).

¹⁹ Neytullah Gül, “Simsarın Ücret Hakkı,” *AÜHFED* 65, no. 4 (2016): 2797; Turan Şahin, *Uygulamada Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesi* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018), 33; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 790; Çeker, “Taşınmaz Simsarlığı,” 17; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 583.

²⁰ Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3123; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 34. Bu çerçevede gayrimenkul satımına ilişkin bir sözleşmenin resmi şekilde kurulmuş olması simsarın ücrete hak kazanması için yeterli olacaktır. Ayrıca, ifaya ilişkin olması nedeniyle, tapuya tescil şartı aranmaz; bkz. Şahin, *Gayrimenkul Tellallığı*, 251.

²¹ Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2 (İstanbul: Beta Basım, 2022), 1434. Buna karşılık Gül'e göre hükümde geçen “ancak” ifadesi hükmün nispi emredici bir hüküm olmasına neden olmaktadır. Yazara göre tarafların, esas sözleşme kurulmasa bile simsarın ücrete hak kazanacağına ilişkin olarak sözleşmeye koydukları hükümler geçersiz olur; bkz. Gül, “Ücret Hakkı,” 2797.

olması şartından vazgeçebilirler.²² Bu hâlde simsar aracılık faaliyetlerini gerçekleştirmiş ancak bu faaliyetler sonucunda bir esas sözleşme kurulmamış olsa bile ücrete hak kazanır. Buna karşılık taraflar, esas sözleşmenin kurulmasını, simsarın ücrete hak kazanması için yeterli olmadığını da kararlaştırabilirler. Örneğin simsarın ücrete hak kazanmasının, esas sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilmiş olması şartına bağlanması gibi esas sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesi gereken bazı ek koşullar belirleyebilir.

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için kurulan esas sözleşme, müvekkilin aradığı şartlara sahip olmalıdır.²³ Bu

²² Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3136; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 35; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 793; Bahar Öcal Apaydın, *İstanbul Şerhi Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, ed. Rona Serozan vd. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 2275. Her ne kadar esas sözleşme kurulmamış olsa bile simsarın ücrete hak kazanacağı kararlaştırılmış olsa da müvekkil esas sözleşmeyi yapmaktan haklı nedenlerle vazgeçmişse simsar ücrete hak kazanamaz. Bu yönde: Yar. 13. HD, E.2006/9542, K.2006/14822, 13.11.2006: "BK. 405/1. maddesi gereğince kural olarak tellal yaptığı hazırlık veya icra eylediği tavassut, akdın icrasına müncer olunca ücrete hak kazanır. Bu yasal düzenleme emredici nitelikte olmadığı için taraflar bunun aksini kararlaştırabilir. Somut uyumsuzlukta da yukarıda açıklandığı üzere taraflar sözleşmenin 5. maddesinde taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılıp geçerlik kazanmasına bakılmaksızın komisyon ödemeyi kabul etmişlerdir. Ne var ki satış sözleşmesi hukukten geçerli şekilde inikat etmese dahi ücret ödeneceğinin kararlaştırılması, haklı sebepler nedeniyle satış sözleşmesinin gerçekleşmemesi halinde bu kararlaştırma alıcı açısından hukuki sonuç doğurmaz. Nitekim davalı, **tellallık** sözleşmesinin yapılmasından sonra satışa konu dairede projeye aykırı imalatlar yapıldığını, bu konuda davalar açıldığını öğrendiğini, haklı nedenlerle satış sözleşmesinden vazgeçtiğini savunmuştur... tüm dosya içeriğinden, satışa konu taşınmazda projesine aykırı imalatlar yapıldığı ve bunların yıkılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı haklı nedenlerle sözleşmeden vazgeçtiğinden davacının tellallık hizmeti için davalıdan komisyon isteme hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." (Sinerji Mevzuat)

²³ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 215; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 263.

husus, esas sözleşmenin simsarlık sözleşmesinde belirlenen hukuki nitelikte olup olmadığı değil, müvekkilin amaçladığı ekonomik menfaati elde edip etmediği esas alınarak belirlenir.²⁴ Dolayısıyla simsarlık sözleşmesinde öngörülen esas sözleşme ile fiilen kurulan esas sözleşmenin tam bir benzerlik içerisinde olması aranmaz.²⁵ Önemli olan müvekkilin, simsarlık sözleşmesi ile ulaşmak istediği ekonomik sonucu elde etmesidir.²⁶ Örneğin satım sözleşmesi kurulması amacıyla görevlendirilen simsarın faaliyeti neticesinde trampa sözleşmesi kurulmuş olması hâlinde de simsar ücrete hak kazanır.²⁷

Müvekkil esas sözleşmenin tarafı olmayabilir. Diğer bir ifadeyle müvekkil, kendisi dışında birinin esas sözleşme yapmasına aracılık etmesi için simsarla sözleşme yapmış olabilir.²⁸ Bu durumda esas sözleşmenin taraflarından birinin müvekkil olmaması simsarın ücrete hak kazanmasında bir değişiklik yaratmaz.²⁹ Simsar, aracılık faaliyetlerini yerine getirir ve simsarlık sözleşmesinde belirlenen kişinin esas sözleşme yapması sonucunu gerçekleştirirse ücrete hak kazanır.³⁰

²⁴ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 267.

²⁵ Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 36; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3123. Bu çerçevede simsarlık sözleşmesinde bir satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik aracılık yapmakla görevlendirilen simsarın faaliyetleri sonucunda bir trampa sözleşmesi kurulursa simsar ücrete hak kazanır; bkz. Sabih Arkan, *Ticari İşletme*, 210.

²⁶ Şener, *Ticari İşletme*, 331; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 791.

²⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 210.

²⁸ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 208.

²⁹ Bu yönde bkz: Yar. 3. HD, E.2008/11249, K.2008/18113, 28.10.2019 (Sinerji Mevzuat).

³⁰ Yar. 13. HD, E.2019/4728, K.2019/10641, 31.10.2019: "Mahkemece, yapılan yargılama sonucu, davalının sözleşmeye konu taşınmazın maliki olmadığı, yargılamada tanık olarak dinlenen dava dışı alıcı ... ile taşınmaz maliki davacının babası ...'nın beyanları dikkate alınarak, sözleşme imzalanmasına yönelik taşınmaz maliki tarafından davalıya verilen bir

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için esas sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir.³¹ TBK m. 27 uyarınca “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan*” esas sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğundan simsar ücrete hak kazanamayacaktır.³² Buna karşılık esas sözleşmenin geçersizliğine rağmen taraflar edimlerini ifa etmişlerse, müvekkil istediği ekonomik menfaati elde etmiş olduğundan simsar ücrete hak kazanır.³³ Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmeleri için TBK m. 520/III’te geçerlilik şartı olarak yazılı

vekalet ve yetki bulunmadığı, alıcının taşınmazı, taşınmazın maliki olan davalının babasından satın aldığı, davalının rolünün sadece taşınmazı görecektir kişiler yönünden anahtarı getirmekten ibaret olduğu gerekçesiyle ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir... Hemen belirtmek gerekir ki, tellallık sözleşmesini imzalayan kişinin malik olmak zorunluluğu yoktur. Sözleşmenin geçerlilik şartı yazılı olarak yapılmış olmasıdır. Somut olayda, sözleşmeye konu taşınmazın yine sözleşmeyi alıcı sıfatıyla imzalayan dava dışı üçüncü kişiye satıldığı ve davalı ile davacı arasında geçerli ve ayakta bulunan bir tellallık sözleşmesinin bulunduğu dikkate alındığında davacının tellallık ücretine hak kazandığı açıktır. Hal böyle olunca sözleşme içeriğinin değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” (Sinerji Mevzuat).

³¹ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 318; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 228; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 148.

³² Diğer bir görüş ise esas sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması hâlinde simsarın iyi niyetli olup olmadığı ve kesin hükümsüzlüğü bilip bilmemesine göre bir ayırım yaparak değerlendirmektedir (bkz: Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 230.) TBK m. 27/II’ye göre sözleşme hükümlerinden bir kısmı geçersiz ise sözleşme geçersiz olan hükümleriyle devam edecektir. Ancak geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağı anlaşılırsa, sözleşme tamamen kesin hükümsüz olacak ve simsar ücrete hak kazanamayacaktır; bkz. Gül, “Ücret Hakkı,” 2800.

³³ Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3124.

şekil şartı öngörülmüştür.³⁴ Bu nedenle simsarın ücrete hak kazanabilmesi için taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması ve sözleşmede her iki tarafın da imzasının bulunması gerekir.³⁵ Yine bir makamdan izin alınması gereken hâllerde, izin alınmadan yapılan esas sözleşme geçersiz olacağından simsar ücrete hak kazanamaz.³⁶

İrade bozukluğuna bağlanan hukuki sonuca ilişkin olarak iki ana teori ileri sürülmektedir. Geçersizlik teorisine göre, sözleşme başlangıçtan itibaren geçeriz olup, ancak belirli bir süre içerisinde geçersizliğin ileri sürülmemesi hâlinde sözleşme geçerli hâle gelir. İptal teorisi ise, sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğunu, iptal beyanının ileri sürülmesiyle sözleşmenin başından itibaren (geçmişe etkili olarak) geçersiz hâle geleceğini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere irade bozukluğu altında yapılan bir sözleşme, iptal hakkı bulunan tarafın vereceği karara kadar askı hâlinindedir. Geçersizlik teorisi sözleşmenin

³⁴ Şükrü Yıldız, "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçlar," *MHAD* 22, no. 3 (2016): 3048; Kurt, "Tellallık," 1437; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 783. Dolayısıyla taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmelerinin adi yazılı şekilde yapılması gerekir. Bununla birlikte esas sözleşme, simsarlık sözleşmesinin şekline tabi değildir.

³⁵ İsmail Doğanay, "Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mı'dır?," *BATİDER* 6, no. 2 (1971): 254; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 209; Çeker, "Taşınmaz Simsarlığı," 16; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 14. Yar. 13. HD, E.2004/15586, K.2005/4066, 15.03.2005: "...tellallık sözleşmesinin yazılı olması ve taraflarca imzalanmış olması şarttır. Davacının dayandığı sözleşmenin incelenmesinde sözleşmede tellal olan davacının imzasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Bu nedenle de davacı geçerli olmayan bu sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak iddiasında bulunamaz. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." Karar için bkz. Nihat Meydan ve Fadime Yapal, *Emsal Yargıtay Kararları* (İstanbul: Zigana Yayıncılık, 2014), 1001.

³⁶ Şener, *Ticari İşletme*, 326.

geçerliliğini söz konusu askı süresi içerisinde geciktirici koşula bağlı olduğunu; iptal teorisi ise sözleşmenin geçerliliğinin bozucu koşula bağlı olduğunu belirtmektedir³⁷. TBK m. 39'da "yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır." denilerek iptal hakkı bulunan (iradesi sakatlanan) tarafa bir yıl içerisinde sözleşmeyi iptal etme hakkı verilmiştir. O hâlde iptal hakkı bulunan taraf sözleşmenin geçerli hâle gelmesini istemiyorsa bir yıllık askı süresi içerisinde iptal beyanında bulunmalıdır. Sımsarlık sözleşmesi kapsamında bakıldığında, irade bozukluğu altında yapılan esas sözleşme, iptal hakkı kullanılmadıkça, geçerliliğini koruyacağından sımsar ücrete hak kazanır.³⁸ İptal hakkının kullanılması hâlinde ise sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz olur³⁹. İptal hakkının kullanılmasından önce sımsara ücretini ödemiş olan müvekkil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödemiş olduğu ücretin iadesini talep edebilir.⁴⁰ Ancak irade bozukluğu hâlinin oluşmasında müvekkilin kusurlu davranışı etkili olmuşsa ve sımsar esas sözleşme kurulurken bu durumdan haberdar değilse, irade bozukluğunun sımsara karşı ileri sürülmesi TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımını oluşturur.

Muvazaa hâlinde sımsarın ücrete hak kazanıp kazanamayacağı muvazaanın çeşitlerine göre açıklanmaktadır. Mutlak muvazaa hâlinde tarafların iradelerini yansıtan ve hüküm doğurmasını istedikleri bir esas sözleşme

³⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 472.

³⁸ Gül, "Ücret Hakkı," 2801; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3125.

³⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 121; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 476.

⁴⁰ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 233.

bulunmadığından⁴¹ simsar ücrete hak kazanamaz.⁴² Nispi muvazaa hâlinde ise TBK m. 19 gereği tarafların ortak iradeleri dikkate alınacağından tarafların iradelerine uygun olmayan görünürdeki sözleşme hüküm doğurmayacaktır⁴³. Tarafların iradelerine uygun olan gizli sözleşme ise esas ve şekil yönünden geçerli ise simsar ücrete hak kazanır.⁴⁴

Esas sözleşmenin tarafları, sözleşmenin hüküm ifade etmesini veya hükümlerinin sona ermesini koşula bağlayabilirler. Geciktirici koşul, sözleşmenin hüküm ifade etmesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olguya bağlanmasıdır⁴⁵. Geciktirici koşula ilişkin TBK m. 170'in yanında, esas sözleşmenin geciktirici koşula bağlanmasının simsarın ücret hakkına etkisi özel olarak TBK m. 521'de düzenlenmiştir. Her iki hüküm gereği esas sözleşmenin geciktirici koşula bağlanması hâlinde simsarın ücrete hak kazanması koşulun gerçekleşmesine bağlıdır⁴⁶. Geciktirici koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tamamen müvekkilin iradesine bırakılması mümkündür.⁴⁷ Müvekkil geciktirici koşul gerçekleşmeden önce simsara ücret ödemişse ve koşul gerçekleşmemişse, müvekkil ödediği ücretin iadesini sebepsiz

⁴¹ Turhan Esener, *Borçlar Hukuku*, Cilt 1 (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969), 88; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım, 2013), 106; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul, 1972), 200; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 126.

⁴² Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3125.

⁴³ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 106; Yıldırım, *Borçlar Hukuku*, 126; Esener, *Borçlar Hukuku*, 89.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 135; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 236; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 418.

⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1324.

⁴⁶ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 584.

⁴⁷ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 755; Arslanlı, *Kara Ticareti*, 215; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3126.

zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilir.⁴⁸ TBK m. 521 hükmü emredici nitelikte olmaması nedeniyle tarafların hükmünde geçen kuralın aksini kararlaştırmaları mümkündür.⁴⁹ Dolayısıyla taraflar esas sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak kurulması fark etmeksizin simsarın esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanabileceğini kararlaştırabilirler.⁵⁰ TBK m. 521/II’de sadece geciktirici koşula ilişkin bir düzenleme yapılmış, esas sözleşmenin bozucu koşula bağlı olarak kurulması hâline değinilmemiştir. TBK m. 173/II gereği bozucu koşul kararlaştırılmış bir esas sözleşme, kurulmasıyla birlikte hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Ancak koşulun gerçekleşmesiyle sözleşme hükümleri kendiliğinden ortadan kalkar⁵¹. O hâlde esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanan simsarın, bozucu koşul gerçekleşmedikçe ücrete hak kazanmasında bir değişiklik olmayacaktır. Bununla birlikte bozucu koşulun gerçekleşmesi hâlinde simsara ödenen ücretin iade edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Alman öğretisi ve uygulamasında bozucu koşul gerçekleştiğinde simsarın almış olduğu ücreti iadeye zorlanamayacağı görüşü baskındır.⁵² İsviçre öğretisindeki hâkim görüş ise simsardan, almış olduğu

⁴⁸ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 217.

⁴⁹ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 302.

⁵⁰ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki geciktirici koşul gerçekleşmeden önce simsara ücret ödenmesi, TBK m. 521’deki hükmün aksinin kararlaştırıldığı ve geciktirici koşul gerçekleşmese bile simsarın ücrete hak kazanacağı anlamına gelmeyebilir. Zira müvekkil, koşulun gerçekleştiğini düşünmesi nedeniyle simsara ücret ödemiş olabilir; bkz. Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 241.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1324.

⁵² Bkz: Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 231. Bozucu koşulun gerçekleşmesi hâlinde simsarın almış olduğu ücreti iade etmek zorunda olmadığı yönünde bkz: Arkan, *Ticari İşletme*, 211; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 793; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987), 624; Gül, “Ücret Hakkı,” 2804.

ücretin iade etmesinin istenebileceğini belirtmektedir.⁵³ Her ne kadar koşul gerçekleşmiş olsa da müvekkil, simsarlık sözleşmesinde öngörülen menfaati elde etmişse simsardan ücreti iade etmesini talep edemez.⁵⁴

TBK m. 175'te koşulun dürüstlük kurallarına aykırı olarak gerçekleşmesinin sağlanması veya engellenmesi hâline ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre örneğin, müvekkil geciktirici koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellerse koşul gerçekleşmiş sayılacağından simsar ücrete hak kazanır. Simsarın geciktirici koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı olarak sağlaması hâlinde ise koşul gerçekleşmemiş sayılacağından simsar ücrete hak kazanamayacaktır.⁵⁵

2. Esas Sözleşmenin Kurulmasına Yönelik Aracılık Faaliyetinde Bulunulması

Aracılık faaliyetinde bulunmak simsarın en önemli görevidir. TBK m. 520'ye göre simsar bu görevi iki şekilde yerine getirebilir. İlk olarak, simsar bir sözleşme kurulması imkânını hazırlamak şeklinde faaliyette bulunabilir. Buna mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ifadeye uygun olarak "*fırsat gösterme simsarı*" denilmektedir.⁵⁶ Fırsat gösterme simsarı müvekkilinin aradığı şartlarda sözleşme yapmaya istekli üçüncü kişilere ulaşır ve onları müvekkiline bildirir.⁵⁷ Bu tür simsarlık

⁵³ Bkz: Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 757; Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 231; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 318; Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 89.

⁵⁴ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 245.

⁵⁵ Bkz: Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 242–244.

⁵⁶ Gümü, *Boçlar Hukuku*, 206. Doktrinde fırsat gösterme simsarı için "*bulucu*" ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz: Hatemi, Serozan, ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 453.

⁵⁷ Kurt, "Tellallık," 1440; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 782; Bakar, *Taşınmaz Simsarlığı*, 32.

faaliyetinde simsarın gerçek anlamda bir fırsat göstermesi gerekli ve yeterli olup, onun sözleşme şartlarıyla ilgilenmesi gerekmez.⁵⁸ İkinci olarak, aracılık faaliyetlerini esas sözleşmenin kurulmasına aktif olarak katılarak yerine getiren simsara “*aracı simsar*” denilmektedir. Aracı simsar, müvekkili ile üçüncü kişinin taleplerini ortak noktada buluşturur, aralarındaki uyuşmazlıkları giderir ve sözleşme yapılması için uygun bir ortam hazırlar.⁵⁹ Aracı simsarın sözleşme görüşmelerine katılması da kararlaştırılabilir. Ayrıca doktrinde ve uygulamada bu iki simsarlık türü arasında bulunan ve “*yönlendirici simsarlık*” olarak ifade edilen bir simsarlık türünün daha bulunduğu belirtilmektedir.⁶⁰ Fırsat gösterme simsarından farklı olarak yönlendirici simsarın, aranan şartlara uygun üçüncü kişileri müvekkili ile sözleşme görüşmelerinde bulunmaya ikna etmesi gerekir.⁶¹ Kanun koyucu, simsarın ücrete hak kazanması için gerçekleştirmesi gereken faaliyetin türünün hangisi olduğu belirtmemiştir. Simsarın, faaliyetlerini fırsat gösterme simsarı mı yoksa aracı simsar mı olarak gerçekleştireceği simsarlık sözleşmesine bakılarak belirlenir. Taraflar, simsarın gerçekleştireceği aracılık faaliyetinin kapsamını belirlemediyse, sadece fırsat göstermenin yeterli olacağı şeklinde bir yorum kuralının çıkarılması mümkün değildir.⁶² Dolayısıyla simsarın ücrete hak kazanabilmesi için simsarlık sözleşmesi ile üstlendiği faaliyetin türüne göre faaliyette

⁵⁸ Şener, *Ticari İşletme*, 308.

⁵⁹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 167; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 167; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 206.

⁶⁰ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 747; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 206.

⁶¹ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 289; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 206.

⁶² Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 292. Becker ise simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılmamışsa, simsarın fırsat göstermesinin yeterli olduğunu, simsarın aracı simsar olarak görevlendirildiğini iddia eden müvekkilin bunu ispat etmesi gerektiğini belirtmektedir; bkz. Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 746

bulunması gerekir. Bu çerçevede aracı simsarın gerçekleştirmesi gereken faaliyetlerin kapsamı, fırsat gösterme simsarından daha geniş olduğundan aracı simsarın sadece fırsat göstermesi ücrete hak kazanması için yeterli olmayacaktır.⁶³ Ancak simsarın belirlenen kapsamda bir aracılık faaliyetinde bulunmasının simsarın ücrete hak kazanması için aranan bir şart olması, simsarın tek başına gerçekleştirdiği faaliyet sayesinde ücrete hak kazandığı anlamına gelmez. Zira simsar kural olarak esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanacak olup esas sözleşme kurulmadığı sürece gerçekleştirdiği çalışmanın herhangi bir önemi olmayacaktır.⁶⁴ Tarafların anlaşarak simsarın herhangi bir aracılık faaliyetinde bulunmasa bile ücrete hak kazanacağını kararlaştırmaları mümkün değildir. Bu yöndeki bir kayıt, sözleşmenin simsarlık sözleşmesi olarak değil, şarta bağlı bağışlama vaadi olarak nitelendirilmesini gerektirir.⁶⁵

3. İlliyet Bağı Bulunması

Simsarın ücrete hak kazanması için aranan bir diğer şart, gerçekleştirilen simsarlık faaliyeti ile esas sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Esas sözleşme, simsarın gerçekleştirdiği faaliyetin bir sonucu olarak kurulmuş olmalıdır. Buna karşılık simsarın ücrete hak kazanması için aranan illiyet bağı, tazminat hukuku anlamındaki illiyet bağı değildir. Simsarın ücrete hak kazanması için psikolojik illiyet

⁶³ Kurt, "Tellallık," 1440; Şener, *Ticari İşletme*, 308. Yar. 13. HD, E.2005/6219, K.2005/8082, 18.07.2005: "...sözleşme içeriğine göre taraflar arasındaki ilişki fırsat gösterici tellallığı olarak nitelendirilecek tarzda olmayıp, aracılık hizmeti vermeyi yükümlenmiş, hatta devre dışı bırakılmasını önlemek için cezai şart koymuştur. Ancak kendisi gayrimenkulü dışarıdan göstermekle yetinmiş, faaliyetini devam ettirerek gayrimenkulü gezdirip-gösterme ve kiracı ile kiralayan arasında akdi ilişkinin kurulmasına aracılık yapmamıştır." (Sinerji Mevzuat)

⁶⁴ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 245.

⁶⁵ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 279.

bağının varlığı yeterlidir.⁶⁶ Buna göre aracı simsarın, üçüncü kişinin sözleşme yapma iradesinde bir etkisinin olması gerekir.⁶⁷ Bununla birlikte üçüncü kişinin sözleşme yapma kararı vermesinde sadece simsarın rol oynamış olması gerekmez.⁶⁸ Simsarın üçüncü kişinin sözleşme yapmaya karar vermesinde az çok bir etkiye neden olması ücrete hak kazanması için yeterlidir. Fırsat gösterme simsarının ise müvekkiline daha önce sahip olmadığı bir bilgiyi vermesi, daha önce tanımadığı üçüncü kişiyi bildirmesi yeterlidir.⁶⁹

Müvekkil simsara ücret ödememek için simsarın ulaştığı üçüncü kişi ile sözleşme yapmaz, daha sonra bizzat üçüncü kişi ile iletişime geçerek esas sözleşmeyi yaparsa, illiyet bağı bulunduğundan simsar ücrete hak kazanır.⁷⁰ Benzer şekilde esas sözleşme, simsarlık sözleşmesi sona erdikten sonra kurulmuş olsa bile illiyet bağı bulunuyorsa simsar ücrete hak kazanır.⁷¹ Ancak simsarlık sözleşmesinde, simsarın ücrete hak kazanabilmesinin bir şartı olarak, esas sözleşmenin belirli bir süre içerisinde kurulması gerektiği belirlenmişse, süre

⁶⁶ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 757; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 791.

⁶⁷ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 218; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3128.

⁶⁸ Arkan, *Ticari İşletme*, 212; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 287.

⁶⁹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 219; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 791; Şener, *Ticari İşletme*, 332.

⁷⁰ Gönül Büyüknacar, "Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı," *TBB Dergisi*, no. 156 (2021): 237; Gül, "Ücret Hakkı," 2805; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 61; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 219.

⁷¹ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 211; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 261. Yar. 13. HD. E.2018/4111, K.2019/11987, 02.12.2019: "... taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin, 6098 sayılı TBK'nın 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen simsarlık sözleşmesi niteliğinde olduğu, sözleşme tarihinden 15 ay kadar sonra taşınmazın sözleşmede ismi geçen kişilere satıldığı, ancak davacının simsarlık ücretinin ödenmediği, sözleşme tarihi ile taşınmaz satış tarihi arasındaki 15 aylık sürenin makul bir süre olduğu davacının davaya konu taşınmazın satışına aracılık yaptığı ve tarafları anlaştırdığı, daha sonra davaluların davacıyı aradan çıkarmak suretiyle alıcılarla bir araya geldikleri..." (Sinerji Mevzuat).

dolduktan sonra kurulan sözleşme simsara ücret hakkı vermez. Buna karşılık müvekkil, sırf simsarı aradan çıkarmak amacıyla süre dolduktan sonra esas sözleşmeyi kurarsa simsar ücrete hak kazanır.⁷² Simsar, aracılık faaliyetleri sonucunda ulaştığı üçüncü kişinin sözleşme yapma iradesinde az çok etkili olduktan sonra müvekkil, müzakerelere bir başka simsar ile ya da bizzat devam etmiş ve ilk simsarın ulaştığı üçüncü kişiyle esas sözleşmeyi kurmuş olabilir. Böyle bir durumda ilk simsarın, üçüncü kişinin sözleşme yapma kararındaki etkisi görmezden gelinmemelidir. Dolayısıyla müvekkilin, simsarın bulunduğu üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği sözleşme görüşmelerine başka bir simsar aracılığı ile ya da bizzat devam etmesi, illiyet bağını ortadan kaldırmayacaktır. Buna karşılık esas sözleşme, tamamen müvekkilin çabası ya da sonraki simsarın aracılığı ile kurulmuşsa, ilk simsarın faaliyeti ile esas sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunduğundan bahsedilemeyecektir⁷³. Uygulamada müvekkilin simsarı aradan çıkarmasını önlemek amacıyla simsarlık sözleşmesine, esas sözleşmenin müvekkilin bir yakını tarafından yapılması hâlinde de simsarın ücrete hak kazanacağına dair kayıtlar konulmaktadır.⁷⁴

⁷² Gül, "Ücret Hakkı," 2802.

⁷³ Senai Olgaç, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akin Nevileri, Cilt 3 (Ankara: Şark Matbaası, 1969), 203.

⁷⁴ Yar. 13. HD, E.2016/22294, K.2019/3732, 21.03.2019: "Dava konusu sözleşmede sözleşme konusu dairenin sözleşme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde davacının ortağı veya idarecesi olduğu şirket, şirketin ortak olduğu kuruluşlar ya da kan ve sıhri hısımları ya da doğrudan veya dolaylı şekilde irtibatlı olduğu kişiler tarafından satın alınması halinde tellallık hizmet bedelinin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Dosya kapsamından sözleşme konusu dairenin davacının eşi tarafından sözleşme tarihinden yaklaşık yirmi gün sonra satın alındığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, sözleşmede belirtildiği üzere, davacının doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olduğu kişiler kapsamına davacının eşinin de dahil olduğu

Simsarlık sözleşmesinin hukuki niteliği simsarin gerçekleştirilmesi gereken aracılık faaliyetinin kendisi için borç ya da külfet olmasına göre değişiklik gösterir. Simsarin ediminin külfet olarak kabul edilmesi hâlinde simsarlık sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme kapsamına girer. Buna karşılık simsarin edimi borç olarak nitelendirilirse simsarlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme hâlini alacaktır. Bu husus sırf teorik bir tartışma niteliğinde değildir. Zira simsarin ediminin borç veya külfet olarak kabul edilmesi, uygulama bakımından da birçok farklılığa neden olacaktır. Bu kapsamda ortaya çıkacak farklılardan en önemlisi simsarin aktif çaba göstermekle yükümlü olup olmadığıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre simsarin gerçekleştireceği aracılık faaliyeti külfet niteliğindedir⁷⁵. Her ne kadar simsar gerçekleştirdiği aracılık faaliyeti sonucunda bir esas sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanacak olsa da simsar aktif çaba göstermekle yükümlü değildir. Müvekkil esas sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbesttir.⁷⁶ Simsar müvekkili sözleşme yapmaya zorlayamaz.⁷⁷ Müvekkilin bu hakkından feragat etmesi de mümkün değildir⁷⁸. Müvekkilin esas

gözetilmeksizin yanılığılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 tarihli bir kararında ise simsarlık sözleşmesinde geçen "...taşınmazlardan herhangi birini ben veya kan veya sihri hısımlardan biri satın aldığı takdirde ..." ibaresine eşin dâhil olmadığına ve bu nedenle taşınmazın müvekkilin eşi tarafından alınmasının simsara ücret hakkı vermeyeceğine karar vermiştir. Bkz: YHGK. E.2014/13-7, K.2015/1677, 17.06.2015. (Sinerji Mevzuat)

⁷⁵ Becker, *Borçlar Kanunu Şerhi*, 744; Turan Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 31; Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 509; Arkan, *Ticari İşletme*, 209; Bozkurt, *Tellallık*, 143; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 19.

⁷⁶ Bahar Öcal Apaydın, "İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2, no. 3 (2018): 152.

⁷⁷ Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 792; Şener, *Ticari İşletme*, 325.

⁷⁸ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 319.

sözleşmeyi kurmaması hâlinde ise simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Üstelik simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece simsar, yaptığı giderleri de talep edemez.⁷⁹ Tüm bunlarla birlikte simsarın aktif çaba göstermekle yükümlü olduğunun kabulü taraflar arasındaki menfaat dengesinin simsar aleyhine değişmesine neden olur. Dolayısıyla simsarın aracılık faaliyetinde bulunması külfet⁸⁰, simsarlık sözleşmesi ise “*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme*” niteliğindedir.⁸¹ Simsarın ediminin külfet olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, simsarın aracılık faaliyetinde bulunmaması sadece ücrete hak kazanamaması sonucunu doğurur. Taraflar simsarlık sözleşmesinde simsarın aktif çaba göstermekle yükümlü olduğunu kararlaştırabilirler. Yine münhasır simsarlık sözleşmesinde, simsarın aktif çaba göstermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir.⁸² Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan görüş, simsarın ediminin borç niteliğinde olduğunu, dolayısıyla simsarın aktif çaba göstermek zorunda olduğunu ileri sürerek simsarlık sözleşmesinin “*tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme*” olduğunu savunmaktadır.⁸³

⁷⁹ Şahin, *Gayrimenkul Tellallığı*, 216; Kurt, “Tellallık,” 1440.

⁸⁰ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 143; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 7; Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3121; Şener, *Ticari İşletme*, 309; Öcal Apaydın, *İstanbul Şerhi*, 2246. Aksi yönde bkz: Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 212; Arslanlı, *Kara Ticareti*, 209.

⁸¹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 143; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 32; Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3121; Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 510.

⁸² Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 507; Öcal Apaydın, “Çifte Simsarlık,” 154; Öcal Apaydın, *İstanbul Şerhi*, 2266.

⁸³ Arslanlı, *Kara Ticareti*, 209; Olgaç, *Akadin Nevileri*, 190; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1432; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 583. Gümüş ise aracılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinin, simsarın asli yükümü olduğunu ancak eser sözleşmesindeki eser meydana getirme borcu gibi edim yükümü niteliğinde olmadığını, dolayısıyla simsardan ediminin ifasının dava edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Gümüş, *Özel Hükümler*, 212.

Taraflar, illiyet bağı bulunmasa bile simsarın ücrete hak kazanacağını kararlaştırabilirler.⁸⁴ Bu durumda esas sözleşme, simsarın aracılık faaliyetleri sayesinde kurulmamış olsa bile simsar ücrete hak kazanır. Esas sözleşmenin kurulması ile simsarın faaliyetleri arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat yükü simsara düşer. Bununla birlikte simsarın, esas sözleşmenin kurulmasında kendi faaliyetlerinin etkili olduğunu ispat etmesi kolay değildir. Bu nedenle simsar, üçüncü kişinin sözleşme yapma iradesini etkileyecek elverişli faaliyetlerde bulunmuşsa, esas sözleşmenin kurulması ile simsarın faaliyeti arasında illiyet bağının bulunduğunu yönünde bir fiili karinenin varlığı kabul edilmelidir⁸⁵. Bu kapsamda aracı simsarın, üçüncü kişinin sözleşme yapmaya karar vermesinde objektif olarak etkili olduğunu ispat etmesi, illiyet bağının bulunduğunun kabulü için yeterlidir. Fırsat gösterme simsarının ise esas sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiyi müvekkile bildirmiş olduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, müvekkil söz konusu karinenin aksini ispat edebilir. Ayrıca simsarın, aracılık faaliyetleri sonucunda ulaştığı her üçüncü kişiyi müvekkiline bildirmek zorunda olduğu söylenemez. Buna karşılık simsarın üçüncü kişi ile gerçekleştirdiği görüşmelerin sonucu olumlu ise müvekkile bu hususu bildirmelidir⁸⁶. Zira müvekkil, esas

⁸⁴ Yavuz, *Borçlar Hukuku*,1435; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 219.

⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kabulü de bu yöndedir: "Eğer tellal, karşı taraf üzerinde etkili olamaya elverişli bir faaliyet icra etmişse, onun bu faaliyetinin öngörülen sonuca ulaştığı (esas sözleşmenin kurulmasında etkili olduğu) kabul edilmelidir, meğer ki hal ve şartlar bunun kabulüne imkan vermesin." Karar için bkz. Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 309.

⁸⁶ BGE 84 II 521: "Tellâl önceden belirtilmiş bazı fiilleri yapmak ödevi altına girmiş değildir: o belirli bir amaca yönelmiş bir faaliyette bulunmayı yüklenmiştir. Bu amaç ta vekâlet verene sözleşmeyle ilgilenen bir kimseyi göstermek ya da aracı olarak görüşmeleri yürütmektir. Tellâl faaliyettini dilediği gibi düzenleyebilir ve uygun göreceği araçlardan yararlanabilir; meselâ ilânlar yapar, istekli olabilecek kimselere adam yollar. Kural olarak,

sözleşmenin kurulması ile simsarın aracılığı arasında illiyet bağı bulunduğunu bilmelidir. Bu bilgi sayesinde müvekkil, simsara ücret ödemesi gerekip gerekmediğini bilir. Böylece müvekkil, esas sözleşme bedelini belirlerken bu hususu göz önünde bulundurur. Aksi takdirde simsar, müvekkilin esas sözleşme bedelini belirlerken simsarlık ücretini hesaba katmaması nedeniyle uğradığı zararlardan sorumlu olur.

B. Ücretin Belirlenmesi

Simsarlık sözleşmesinde ücret miktarının belirlenmiş olması zorunlu değildir. Tarafların simsara ücret ödeneceğini kararlaştırmış olmaları yeterlidir. Zira taraflarca simsarlık sözleşmesinde ücret miktarı belirlenmemişse TBK m. 522'deki tamamlayıcı kural uygulanır.⁸⁷ Anılan hükme göre, *“Ücret, belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre ödenir.”*

vekâlet verenin oyunu almak zorunda değildir. Vekâlet veren yalnız sonuçla ilgilidir. Tellâl bir ilgiliyle görüşmelere girişmiş ve yaptığı teklif reddedilmişse, vekâlet veren için önem taşımayan bu teşebbüsünü bildirmek zorunda değildir. Ancak tellâllık sözleşmesinde aksine bir şart konulmuşsa, ya da özel durumlardan dolayı tellâl susmanın vekâlet verene zarar vereceğini düşünebiliyorsa, farklı bir sonuca varılabilir. Meselâ isteklinin tellâllın teşebbüsünü açıklamadan, doğrudan doğruya vekâlet verenle temasa geçeceğini düşündürebilecek sebepler varsa, tellâllın vekâlet verene bilgi vermek ödevi vardır. Bunun gibi tellâl kendiliğinden vekâlet verene bütün teşebbüsleri hakkında bilgi vermişse, vekâlet veren tellâllın temasta bulunduğu bütün kişilerin listesini elinde bulundurduğunu düşünebilir; bu bakımdan bir unutmama ve eksiklik vekâlet vereni yanıtabilir ve tellâl için bir borca aykırılık meydana getirir. Bundan başka, faaliyetinin sonucu olumlu ise, tellâl vekâlet verene herhalde bilgi vermelidir.” Karar için bkz. Selim Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1968), 170 vd.

⁸⁷ Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3122.

Taraflar simsarlık sözleşmesinde ücret miktarını serbestçe belirleyebilirler.⁸⁸ Uygulamada genellikle simsarlık ücreti, esas sözleşme bedeli üzerinden yüzde olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte simsarlık ücretinin belirli bir miktar para olarak belirlenmesinin önünde bir engel yoktur.⁸⁹ Bunlar dışında, tarafların ücret miktarını farklı yöntemlerle belirlemeleri de mümkündür.⁹⁰ Tarafların ücret miktarını belirlemiş olmaları hâlinde artık teamüle veya tarifeye başvurulamaz.

Simsarlık sözleşmesinde ücret miktarı belirlenmemişse ilk olarak tarifelere başvurulur. TBK m. 522’de belirtilen tarifeler, resmi tarifelerdir.⁹¹ Özel tarifeler, tarafları bağlayıcı nitelikte değildir.⁹² Simsarlık sözleşmesinde ücret miktarı belirlenmemiş ve resmi bir tarife de bulunmuyorsa, ücret miktarı teamüle göre belirlenir. Bu kapsamda belirli bir bölgede, aynı veya benzer simsarlık faaliyetlerine uygulanması âdet hâline gelen ücretin tayin edilmesi gerekir.⁹³ Eğer bir teamül de bulunmuyorsa, TBK m. 522’de belirtilmemiş olmakla birlikte TMK m. 1/II gereği, ücret miktarını hâkim belirler.⁹⁴ Hâkim, herhangi bir teamül

⁸⁸ Çağlar Çağlayan, “Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması,” *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2016): 450; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 316. Ancak TTHY m. 20’de taşınmaz alım, satım ve kiralanmasına ilişkin aracılık faaliyetlerinde kararlaştırılabilecek ücret miktarına bir sınırlama getirilmiştir.

⁸⁹ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 220; Yeniocak, “Gayrimenkul Tellallığı,” 3131.

⁹⁰ Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1436; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 174.

⁹¹ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 317; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 220; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 176.

⁹² Ancak taraflar özel bir tarifenin uygulanacağını kararlaştırmış olabilecekleri gibi özel tarifenin uygulanması âdet hâline gelmiş olabilir. Bu durumlarda özel tarifeler tarafları bağlar; bkz. Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 177; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 220.

⁹³ Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 220.

⁹⁴ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 172.

bulunmadığı için davayı reddedemez⁹⁵. Hâkim ücret miktarını belirlerken simsarlık ücretinin çalışmaya değil, ortaya çıkan sonuca karşılık olarak ödendiğini göz önünde bulundurmalıdır.⁹⁶ Zira simsarlık sözleşmesinin tesadüfi karakteri nedeniyle simsarın yoğun bir çaba sarf etmemesine rağmen esas sözleşme kurulmuş olabilir.⁹⁷ Bu husus, hâkimin simsarlık ücretini düşük bir miktar olarak belirlemesini gerektirmez.⁹⁸

Müvekkil aynı işte aracılık etmek üzere aynı anda birden fazla simsar görevlendirebilir⁹⁹. Simsarlar birbirinden bağımsız olarak görevlendirilmişse, esas sözleşmenin kurulmasını sağlayan simsar ücrete hak kazanır.¹⁰⁰ Simsarlar, fırsat göstermek üzere görevlendirilmişse sözleşme kurma fırsatını ilk kez simsara bildiren simsar ücrete hak kazanır.¹⁰¹ Aracı simsarlıkta ise esas sözleşmenin kurulmasına etkisi olan simsar ücrete hak kazanır. Birden fazla simsarın etkisi bulunuyorsa etkisi olan simsarlardan her biri ayrı ayrı ücrete hak kazanır. Simsarlar birlikte hareket etmek üzere tek bir simsarlık sözleşmesiyle görevlendirilmişse müvekkil tek ücret öder.

⁹⁵ Yar. 13. HD, E.2015/15950, K.2017/6984, 08.06.2017: "...davacı ... yönünden 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 502/son maddesi dikkate alınmak suretiyle bu konuda yöresel olarak yahut kurumsal olarak uygulanması gereken bir ücret tarifesi yahut teamül olup olmadığı üzerinde durulmalı, ücret tarifesi veya teamül gereği ücret ödenmesi gerektiği takdirde davacı ... yönünden vekaleten yapılan işlemler için hakedilecek uygun ücretin tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir." (Sinerji Mevzuat).

⁹⁶ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 179.

⁹⁷ Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3122.

⁹⁸ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 761.

⁹⁹ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 320.

¹⁰⁰ Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 508; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 794; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 209; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 60.

¹⁰¹ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 752.

Simsarlar iç ilişkilerindeki anlaşmaya göre ücretten pay alırlar.¹⁰² Eğer simsarlar arasında bir anlaşma yoksa her simsar ücretten eşit oranda pay alır.¹⁰³

C. Aşırı Ücret

Simsarlık sözleşmesinde tarafların kararlaştırdıkları ücret aşırı nitelikteyse, müvekkil hâkimden aşırı ücretin indirilmesini talep edebilir. Bu husus TBK m. 525'te "*Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.¹⁰⁴ Buna göre aşırı ücretin indirilmesini talep edebilecek kişi müvekkildir. Müvekkil aşırı ücretten indirim talep etme hakkından vazgeçemez.¹⁰⁵ Müvekkilin herhangi bir talebi olmaksızın hâkim kendiliğinden ücretten indirim yapılmasına karar veremez.¹⁰⁶ Ayrıca anılan hükümde geçen "*sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa*" ifadesinden de anlaşıldığı üzere ücretin tarife veya teamüle göre belirlendiği hâllerde ücretten indirim talep edilemez.¹⁰⁷

Ücretten indirim talep edilebilmesi için edimler arasında açıkça bir orantısızlık bulunmalıdır.¹⁰⁸ Simsarın ediminin değeri belirlenirken gerçekleştirdiği faaliyet değil, bu faaliyet ile ulaşılan sonuç esas alınmalıdır. Buna göre simsarın

¹⁰² Gümüş, *Boçlar Hukuku*; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 320.

¹⁰³ Arkan, *Ticari İşletme*, 212; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 795.

¹⁰⁴ 818 sayılı eBK m.409'da aşırı ücretten indirim talep edilebilmesi, hizmet sözleşmesi ve gayrimenkul satım sözleşmesi ile sınırlandırılmıştı. Bu sınırlandırma 6098 sayılı TBK'ya alınmamıştır.

¹⁰⁵ Şener, *Ticari İşletme*, 339.

¹⁰⁶ Akyazan, "*Tellallık*," 455; Kurt, "*Tellallık*,"1439; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 221; Yeniocak, "*Gayrimenkul Tellallığı*," 3133; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 582.

¹⁰⁷ Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1438.

¹⁰⁸ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 321; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1437.

gerçekleştirdiği sonuç ile müvekkilin ödeyeceği ücret kararlaştırılmalıdır.¹⁰⁹ Dolayısıyla hâkim ücretin aşırı olup olmadığına karar verirken simsarın harcadığı emek ve zamanı esas almamalıdır.¹¹⁰ Ayrıca hâkim ücretin tamamen ortadan kaldırılmasına karar veremez.¹¹¹

Edimler arasında orantısızlık bulunup bulunmadığının tespitinde o bölgede simsara ödenmesi teamül hâline gelen ücret göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹² Ancak somut olayda simsarın ücretinin teamülü aşması haklı nedenlere dayanıyor olabilir. Örneğin, müvekkilin çok kısa bir süre içerisinde esas sözleşme kurmak istemesi, simsarın ücretinin teamül olan ücretten uzaklaşılmasını haklı kılabilir.¹¹³

TTK m. 22 ile aşırı ücretten indirim yapılmasını isteyebilecek kişilere ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre müvekkil tacirse, simsarlık sözleşmesinde belirlenen ücretin aşırı olduğu iddiasıyla bir indirim talep edemeyecektir.¹¹⁴

Müvekkilin aşırı nitelikteki simsarlık ücretini ödedikten sonra ücretten indirim talep edip indirilen miktarın kendisine iade edilmesini isteyebilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin bir hüküm TBK'da bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, müvekkil aşırı nitelikteki ücreti ödemiş olsa bile

¹⁰⁹ Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 202.

¹¹⁰ Şener, *Ticari İşletme*, 359; Yeniocak, "Gayrimenkul Tellallığı," 3122.

¹¹¹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 257.

¹¹² Arkan, *Ticari İşletme*, 213; Yaşar Karayalçın, *Ticari İşletme Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968), 509.

¹¹³ Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 765.

¹¹⁴ Müvekkil tacir olmamakla birlikte, TTK m. 19/2 gereği sözleşme kendisi için de ticari iş sayılıyorsa ücretten indirim talep edebilir. Ayrıca koşulları varsa tacir olan müvekkilin gabin hükümlerine başvurması mümkündür; bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 213.

ücretten indirim talep edebilir¹¹⁵. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise müvekkil iradi olarak ödediği ücretin aşırı olduğu iddiasıyla indirim talep edemez.¹¹⁶ Burada müvekkil, koşulları bulunuyorsa TBK m. 138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü hükümlerine başvurabilir. Federal Mahkeme ise, müvekkil ihtirazi kayıtlı ödeme yapmışsa ücretten indirim talep edebileceğini belirtmektedir.¹¹⁷ Federal Mahkeme'ye göre ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin yapılan ödeme, müvekkilin indirim talep etme hakkından vazgeçtiğini gösterir.

D. Evlenme Sımsarlığı

Evlenme sımsarlığı, bir evlilik sözleşmesinin kurulmasına yönelik ücret karşılığında fırsat göstermeyi veya aracılık etmeyi konu edinen sımsarlık türüdür.¹¹⁸ 818 sayılı eBK'daki "*Evlenme tellallığı, ücrete hak bahşetmez.*" hükmü amaca uygun¹¹⁹ olarak değiştirilmiş ve 6098 sayılı TBK m. 524'e şu şekilde alınmıştır: "*Evlenme sımsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.*"

Kanun koyucu evlenme sımsarlığını yasaklamamıştır.¹²⁰ Ücret karşılığında evlenmeye aracılık edilmek üzere bir

¹¹⁵ Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Basım, 2002), 1131; Velidedeoğlu ve Özdemir, *Borçlar Kanunu Şerhi*, 1131; Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 259.

¹¹⁶ Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 221; Şahin, *Taşınmaz Sımsarlığı*, 50; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 199; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 321.

¹¹⁷ BGE 83 II 147: "...ödeme, aşırı ücretin geri ödenmesi hakkını düşürmez; meğer ki OR. 417 / BK. 409'u bilen bir vekâlet veren tarafından, ihtirazi kayıtsız bir ödeme yapılsın ve böylece tellâhın ücreti hukukî yönden tanınmış olsun." Karar için bkz: Kaneti, *Borçlar Hukuku Kararları*, 175-178. Federal Mahkeme ile aynı yönde bkz: Gül, "*Ücret Hakkı*," 2812.

¹¹⁸ Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 31.

¹¹⁹ Bkz: Mehmet Demir, *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 102; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, 28.

¹²⁰ Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 32.

simsarlık sözleşmesi yapılabilir ve geçerli de olur. Ancak kumar ve bahisten doğan borçlar gibi evlenme simsarlığından doğan borçların da eksik borç olduğu, bu nedenle aracılık sonucunda evlilik gerçekleşse bile simsarın, ücretinin ödenmesi için alacak davası açmasının ve takip yapmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.¹²¹ Müvekkil, simsara ücret ödemişse, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödemiş olduğu ücretin iade edilmesini talep edemez.¹²²

E. Simsarın Ücret ve Gider Talep Etme Hakkını Kaybetmesi

Vekalet sözleşmesinde olduğu gibi simsarlık sözleşmesinde de taraflar arasında güven ilişkisi bulunur.¹²³ Bu nedenle simsar, aracılık faaliyetlerini müvekkilin menfaatlerini gözeterek ve dürüstlük kurallarına uygun davranarak yerine getirmelidir.¹²⁴ Bu çerçevede, kanun koyucu simsarın sadakat borcuna aykırı davranması hâlinde uygulanacak özel bir yaptırım öngörmüştür. TBK m. 523'e göre, "*Simsar, üstlendiği borcuna*

¹²¹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 394; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 148; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 210. Her ne kadar evlenme simsarlığı kanuna veya ahlaka aykırılık teşkil etmese de, kanun koyucu evlilik kurumunun kutsal nitelikte olduğunu göz önünde bulundurarak, evliliğe aracılık edilmesine karşılık ödenecek ücretin korunmasını uygun görmemiştir. Ayrıca TBK m. 605/I'de kumar ve bahisten doğan borçlar için adi borç veya kambiyo senedine dayanılarak da dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı düzenlenmiştir. Hükmün amacı kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç niteliğinin aşılmasının önüne geçmektir. Söz konusu hüküm kıyasen evlenme simsarlığından doğan borçlara da uygulanmalıdır; bkz. Ahmet Gökhan Buz, *Eksik Borçlar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 49-50.

¹²² Selahattin Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 28; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, 28; Taşdelen, *Ticari İşler Tellallığı*, 33; Gümüş, *Boçlar Hukuku*, 210; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 94.

¹²³ Kurt, "Tellallık," 1440; Öcal Apaydın, "Çifte Simsarlık," 152.

¹²⁴ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 189.

aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder.” TBK m. 523'te düzenlenen bu yaptırım, kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edememesi kuralının bir görünümü niteliğindedir.¹²⁵ Öncelikle belirtilmelidir ki, söz konusu hüküm, simsarın ücrete hak kazanmış olması hâlinde uygulama alanı bulur. Simsarın giderlerini talep etme hakkını kaybetmesi ise, ancak simsarlık sözleşmesinde giderlerin ödeneceğinin kararlaştırılmış olması hâlinde söz konusu olur.

TBK m. 523 ile simsarın sadakat borcuna aykırı davranmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır¹²⁶. Nitekim en önemli hakkı olan ücret hakkını kaybetmek istemeyen simsar daha dürüst davranmaya yönelecektir.¹²⁷

Simsarın ücret ve giderleri talep etme hakkının düşeceği ilk durum *“üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket”* etmesidir. Simsar, müvekkil dışında üçüncü kişi ile de simsarlık sözleşmesi yapabilir. Ancak simsar, diğer tarafın menfaatine hareket etmeyeceğini taahhüt etmişse veya bu husus işin niteliğinden çıkarılabiliyorsa TBK m. 523 hükmünün uygulama alanı bulur ve simsar ücret ve gider talep etme hakkını kaybeder.¹²⁸ Bu durumda simsar tarafsız davranmalı ve her iki tarafın menfaatini ortada buluşturmalıdır. Eğer taraflar arasında bir menfaat çatışması bunuyorsa simsar

¹²⁵ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 284.

¹²⁶ Simsarın ücret ve giderlerine ilişkin hakkının düşmesi, bir kanuni cezaî şarttır. Bkz: Karayalçın, *Ticari İşletme*, 510; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 322.

¹²⁷ Bilge, *Borçlar Hukuku*, 322; Karayalçın, *Ticari İşletme*, 510.

¹²⁸ Arkan, *Ticari İşletme*, 214; Bilge, *Borçlar Hukuku*, 322; Şahiniz, *Gayrimenkul Tellallığı*, 89. Buna karşılık doktrinde, diğer tarafın menfaatine hareket edilmesinin ücret hakkının kaybedilmesi sonucunu doğurması için bu durumun sadakat borcunun ağır ihlali niteliğinde olması gerektiğini, önemsiz borç ihlallerinin bu kapsama dâhil olmadığını belirten yazarlar da mevcuttur. Bkz: Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu*, 762.

bunlardan biri ile arasındaki simsarlık ilişkisini sona erdirmelidir. Aksi takdirde simsarın ücret hakkı düşer.¹²⁹

Simsarın ücret ve giderlerini talep etme hakkını kaybetmesine neden olacak ikinci hâl ise “dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü” almasıdır. Her ne kadar TBK m. 523'te ücret sözünden bahsedilse de amaçsal bir yorum yapılmalı ve herhangi bir menfaat sözü alınması da bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹³⁰ Simsarın bir menfaat sözü alması ücret hakkını kaybetmesi için yeterlidir, ayrıca menfaati elde etmiş olması aranmaz.

Simsar, esas sözleşmeye kendisi taraf olmak isteyebilir. Bu durumda simsar hem müvekkili hem de kendi menfaatine hareket etmiş olur. Ancak simsarın esas sözleşmeye taraf olması her zaman sadakat borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. Zira müvekkil esas sözleşme ile elde edeceği menfaati göz önünde bulundurur. Bununla birlikte müvekkil, esas sözleşmeye simsarın taraf olması hâlinde simsarlık ücreti ödemeyeceğini düşünerek istediği fiyattan daha düşük bir bedelle esas sözleşmeyi kurmayı kabul edebilir. O hâlde, esas sözleşmeye taraf olmak isteyen simsar, ücret hakkından vazgeçmiyorsa bu hususta müvekkili bilgilendirmelidir.¹³¹ Aksi

¹²⁹ Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 795.

¹³⁰ Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1436; Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 249.

¹³¹ Bozkurt, *Uygulamada Tellallık*, 180. JdT 1958 I 181: “Olayda, vekâlet verenin istediği fiyat elde edilemese bile, tellâla indirilmiş bir ücret verileceği vaat edilmiştir. Tellâlin temel yükümü vekâlet verene mümkün olan en yüksek fiyata satış yapma olanağını sağlamaktır. Tellâlin nesneyi vekâlet verenin belirttiği fiyattan daha aşağıya kendisinin satın almak istemesi, bu ödevle bağdaşmaz. Bu hal ve şartlar altında, nesneyi vekâlet verenin belirttiği fiyattan daha aşağısına kendisi satın almış olan tellâlin, ücrete hak kazanacağı kendiliğinden anlaşılabilir. Sözleşmeyi kendisinin yapmış olmasına rağmen, ücret talebinde bulunmak istiyorsa dürüstlük kuralına göre, vekâlet verene sözleşmenin kurulmasından önce, bunu bildirmek zorundaydı. Vekâlet verenin bu isteği bilmek konusunda

takdirde simsarlık sözleşmesinin ortadan kalktığı kabul edilerek simsarın ücret talebi reddedilmelidir.¹³²

F. Zamanaşımı

TBK m. 147/b.5'te "*ticari simsarlık ücret alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan*" alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu m. 106/II'de ticaret işleri simsarının ücret isteme hakkı bir yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştu. 6762 sayılı eTK'daki ticaret işleri simsarlığına ilişkin hükümler 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır. Ancak TBK m. 147/b.5'teki "*ticari simsarlık ücreti dışında*" ifadesinin korunması, ticari simsarlık ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi hususunda bir boşluk yaratmıştır.

6762 sayılı eTK'daki ticaret işleri simsarlığına ilişkin hükümlerin 6102 sayılı TTK ile kaldırılması nedeniyle her türlü simsarlık sözleşmesi için TBK hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda TBK m. 147/b.5'te geçen "*ticari simsarlık ücreti dışında*" ifadesinin herhangi bir anlamı kalmadığından her türlü simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır.¹³³

korunmaya değer bir menfaati vardı; çünkü bu nokta satılanı teklif edilen fiyata satmak ya da daha yüksek bir fiyat istemek konusundaki kararına etkiliydi. Bu bakımdan, tellâlin vekâlet verenle kendisinin satım sözleşmesi yapmasından sonra, (bu yöndeki isteğini bildirmeden) ileri sürdüğü ücret talebi reddedilmelidir." Karar için bkz. Kaneti, *Borçlar Hukuku Kararları*, 162.

¹³² Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 796.

¹³³ Kayıhan, *Ticari İşletme*, 269; Şahin, *Taşınmaz Simsarlığı*, 53; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 1438; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme*, 519; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme*, 150; Arkan, *Ticari İşletme*, 213. Buna karşılık doktrinde, 6102 sayılı eTK'da ticari simsarlıktan doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımı için adi simsarlığa göre daha kısa bir süre öngörülerek ticari

SONUÇ

Simsar, simsarlık sözleşmesi ile müvekkilin bir sözleşme kurması amacıyla aracılık faaliyeti gerçekleştirmeyi üstlenen kişidir. Vekâlet sözleşmesinden farklı olarak simsarlık sözleşmesinde ücret zorunlu unsurdur. Ücret simsarın en önemli hakkıdır. Kural olarak simsar, esas sözleşmenin kurulması ile ücrete hak kazanır. Bu bakımdan simsarlık ücreti, bir başarı ücretidir. Buna karşılık, esas sözleşmedeki edimlerin ifa edilmemiş olması simsarın ücrete hak kazanmasını engellemez. Simsarın ücrete hak etme zamanını düzenleyen TBK m. 521 emredici bir hüküm olmadığından söz konusu hükmün aksi kararlaştırılabilir. Bu çerçevede taraflar, simsarın ücrete hak kazanması için esas sözleşmenin kurulmuş olması şartından vazgeçebilecekleri gibi, esas sözleşmenin kurulmasının yanında bazı ek koşullar da kararlaştırabilirler. Ayrıca simsarın gerçekleştirdiği aracılık faaliyetleri, kendisi için külfet niteliğindedir. Bu nedenle simsar, müvekkilin esas sözleşme kurması amacıyla simsarlık faaliyetinde bulunmak zorunda değildir. Simsar herhangi bir aracılık faaliyetinde bulunmazsa, herhangi bir sorumluluğu doğmaz, müvekkil de simsarı ifaya zorlayamaz. Herhangi bir aracılık faaliyetinde bulunmayan simsar yalnızca ücret talep etme hakkını kaybeder.

Esas sözleşme müvekkilin aradığı şartlara sahip olmalıdır. Ancak simsarlık sözleşmesinde kurulması amaçlanan sözleşme ile fiilen kurulan sözleşmenin birebir aynı sözleşme olması aranmaz. Müvekkilin, esas sözleşme ile ulaşmak istediği

uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesinin amaçlandığı, bu nedenle bir yıllık zamanaşımına tabi olduğu görüşü de mevcuttur. Bir diğer görüş ise TBK m. 147/b.5'teki ifadeye rağmen beş yıllık zamanaşımı uygulanamayacağını, dolayısıyla TBK m. 146 kapsamında on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Murat Oruç, "Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağına Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 30 (2017): 221-236.

ekonomik menfaati elde etmiş olması simsarın ücrete hak kazanması için yeterlidir.

Simsarın bir aracılık faaliyetinde bulunmuş olması, ücrete hak kazanabilmesi için zorunludur. Herhangi bir aracılık faaliyeti gerçekleştirilmemiş olsa bile simsarın ücrete hak kazanacağını kararlaştırılması mümkün değildir. Ancak simsar, aracılık faaliyetleri sonucunda ulaştığı her üçüncü kişiyi, müvekkiline bildirmek zorunda değildir. Simsarın yükümlülüğü, aracılık faaliyetleri sayesinde olumlu sonuç elde ettiği üçüncü kişileri müvekkiline bildirmektir.

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için esas sözleşmenin kurulması ile simsarın aracılık faaliyetleri arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bununla birlikte taraflar, illiyet bağı bulunmasa bile esas sözleşmenin kurulması ile simsarın ücrete hak kazanacağını kararlaştırabilirler.

TBK m. 522'de simsarın ücretinin belirlenmesi için dereceli bir tamamlayıcı kural öngörülmüştür. Buna göre taraflar, simsarlık sözleşmesinde ücret miktarını belirlemezlerse, ücret tarifeye, tarife de bulunmuyorsa teamüle göre belirlenir. Bir teamül de yoksa, her ne kadar TBK m. 522'de belirtilmiş olmasa da, ücreti hâkim belirler. Ücreti hâkimin belirlenmesinin dayanağı TMK m. 1/II hükmüdür.

Müvekkil, simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin aşırı olduğunu ileri sürerek indirim talep etme hakkına sahiptir. Üstelik müvekkilin bu hakkından vazgeçmesi de mümkün değildir. Aşırı ücretten indirim yapılabilmesi için bu hususta bir talep bulunmalıdır. Hâkim herhangi bir talep olmaksızın kendiliğinden indirim karar veremez. Ücretin aşırı olup olmadığı belirlenirken simsarın harcadığı emek ve zaman değil, gerçekleştirilen sonuç esas alınmalıdır. Özellikle esas sözleşmenin, simsarın yoğun bir çaba göstermemesine rağmen uygun tesadüfler sonucunda kurulmuş olması ücretten indirim yapılmasını gerektirmez.

Simsar her iki taraf için de aracılık faaliyetinde bulunabilir. Bu durumda simsar bir tarafa ayrıcalık tanımamalı, her iki tarafın menfaatlerini ortada buluşturmaya çalışmalıdır. Aksi takdirde TBK m. 523 gereği simsar ücret ve gider talep etme hakkını kaybeder. Evlenme simsarlığından doğan borçlar ise eksik borç niteliğindedir. Bu nedenle ödenmesi için dava açılması ve takip yapılması; ödenmişse iadesinin talep edilmesi mümkün değildir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Akyazan, Sıtkı. "Tellallık." *BATİDER* 6 (1973): 447–462.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Arslanlı, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bakar, Gökhan. *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Becker, Herman. *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184 - 551*. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1993.
- Berki, Şakir. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Bozer, Ali, ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Büyüknacar, Gönül. "Yargı Kararları Işığında Simsarlık Sözleşmesine İlişkin Ücret Hakkı." *TBB Dergisi*, no. 156 (2021): 217–270.
- Buz, Ahmet Gökhan. *Eksik Borçlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Çağlayan, Çağlar. "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması." *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2016): 441–455.
- Çeker, Mustafa. "Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma". *ÇÜHFD* 1,

- no. 1 (2014): 13–24.
- Demir, Mehmet. *Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Doğanay, İsmail. “Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesinde, Her İki Tarafın İmzalarının Birlikte Bulunması Şart mıdır?” *BATİDER* 6, no. 2 (1971): 247–256.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Esener, Turhan. *Borçlar Hukuku I*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.
- Gül, Neytullah. “Simsarın Ücret Hakkı.” *AÜHFĐD* 65, no. 4 (2016): 2795–2820.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Boçlar Hukuku Özel Hükümler*. Cilt 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Kaneti, Selim. *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1968.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Basım, 2002.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticari İşletme Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968.
- Kaya, Mustafa İsmail. *Acentelik Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kayıhan, Şaban. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

- Kurt, Ekrem. "Tellallık (Simsarlık) Sözleşmesinin Hükümleri." *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*. Cilt 2. İstanbul: Beta Basım, 2010.
- Meydan, Nihat, ve Fadime Yapal. *Emsal Yargıtay Kararları*. İstanbul: Zigana Yayıncılık, 2014.
- Oğuzman, Kemal, ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Olgaç, Senai. *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri*. Cilt 3. Ankara: Şark Matbaası, 1969.
- Oruç, Murat. "Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağıının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, no. 30 (2017): 221–236.
- Öcal Apaydın, Bahar. "İsviçre ve Türk Hukukunda Aracı Simsarlık Sözleşmesi Bakımından Çifte Simsarlık Faaliyeti Yürütülmesinin Hüküm ve Sonuçları". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2, no. 3 (2018): 143–173.
- Öcal Apaydın, Bahar. *İstanbul Şerhi Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri*. Cilt 2. Editör Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, K. Emre Gökyayla, ve Murat Develioğlu. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Poroy, Reha, ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım, 2013.
- Şahin, Turan. *Uygulamada Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018.
- Şahiniz, Salih. *Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu - Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi*. İstanbul: Beta Basım, 2002.
- Şener, Oruç Hamı. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Taşdelen, Nihat. *Ticari İşler Tellallığı*. İstanbul: Yayımlanmamış

Yüksek Lisans Tezi, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. İstanbul, 1972.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, ve Füsun Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, ve Refet Özdemir. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987.

Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Cilt 2. İstanbul: Beta Basım, 2022.

Yeniocak, Umut. "Gayrimenkul Tellallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Tellallık Ücreti." *İstanbul Barosu Dergisi* 83, no. 6 (2009): 3119–3138.

Yıldırım, Abdulkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Yıldız, Şükrü. "Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Uyulmamasının Hukuki Sonuçlar." *MHAD* 22, no. 3 (2016): 3045–3059.

ANA HATLARIYLA ÇİFT MECLİS SİSTEMİ

A Brief Outline of Bicameralism

Abidin Kadir İnce*

Öz

Bir devlet, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel organdan oluşmaktadır. Devlet iktidarının kontrolsüz bir biçimde kullanılmasının engellenebilmesi açısından bu üç organın eşit güçte olması ideal bir durumdur ancak herkes için geçerli kurallar koyması ve üyelerinin halk tarafından seçilmesi dolayısıyla çok güçlü bir kurumsal meşruiyete sahip olması gibi nedenlerden ötürü yasama organı temel devlet organları arasında özel bir yere sahiptir. Yasama organının böylesi büyük bir güce sahip olması ve bu gücün insan hakları açısından potansiyel bir tehdit teşkil etmesi, yasama organının kuruluşuna ilişkin temel esasların neler olması gerektiği sorusuna büyük önem kazandırmaktadır. Bir parlamentonun kaç meclisten oluşması gerektiği de yasama organının kuruluşuna ilişkin söz konusu temel sorunlardan birisidir. Bir parlamentonun onlarca

* Avukat, Amasya Barosu, abidinkadirince@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7673-3222.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.10.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.03.2023.

Atıf/Citation: İnce, Abidin Kadir. "Ana Hatlarıyla Çift Meclis Sistemi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023):382-455.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



farklı meclisten oluşması teorik olarak mümkünse de dünya genelinde yasama organlarının oluşumuna ilişkin olarak iki temel sistem uygulanmaktadır. Bunlar: parlamentonun tek meclisten oluştuğu tek meclis sistemi ve iki farklı meclisten oluştuğu çift meclis sistemidir. Nitekim, ülkemizde de hem tek meclis hem de çift meclis sistemleri dönem dönem uygulanmıştır. Makalemizde ise çift meclis sistemi ana hatları itibarıyla açıklanmış ve konuya ilgi duyanların temel düzeyde bilgi edinebilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yasama Organı, Parlamento, Çift Meclis Sistemi, Birinci Meclis, İkinci Meclis.

Abstract

A state consists of three main organs, namely the legislature, the executive and the judiciary. In order to prevent unrestricted use of state power, it is ideal for these three organs to be equal in strength, but the legislature has a special place among the main state organs due to the fact that it sets the rules that apply to everyone and has a very strong institutional legitimacy due to the election of its members by people. The fact that the legislature has such great power and that this power poses a potential threat to human rights gives a great importance to the question of what should be the basic principles for the establishment of the legislature. How many chambers a parliament should consist of is also one of the main problems regarding the establishment of the legislature. Although it is theoretically possible for a parliament to consist of tens of different chambers, two basic systems are applied worldwide regarding the formation of legislative bodies. These are the unicameral system, where the parliament consists of a single chamber, and the bicameral system, where the parliament consists of two different chambers. As a matter of fact, both unicameral and bicameral systems have been applied from time to time in our country. In this article, the bicameral system is

explained in terms of its general principles and it is aimed that those who are interested in the subject can obtain basic information.

Keywords: Legislative Branch, Parliament, Bicameralism, Lower House, Upper House.

GİRİŞ

Halkın doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla devlet yönetimine katılmaları tarihte oldukça nadir rastlanan bir durumdur.¹ Bu nedenle, hem insanlık tarihi hem de ilk devletlerin ortaya çıkışı esas alındığında modern anlamda parlamentoların oldukça yeni kuruluşlar olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Nitekim, modern anlamda ilk parlamento,² mutlak monark olan krala karşı verilen uzun bir

¹ Oktay Uygun, *Demokrasi* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2017), 9; Cem Eroğul, "Siyasal Katılma," iç. *Siyaset Bilimi*, ed. Gökhan Atılğan ve E. Attila AYTEKİN (İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018), 227. Demokrasinin kısa bir tarihi için bakınız: Robert DAHL, *Demokrasi Üzerine*, çev. Betül KADIOĞLU (Ankara: Phoenix Yayınevi, 2017), 15-34. Demokrasinin tarihi ve anlamı hakkında kısa bir tahlil için bakınız: Ateş USLU, "Demokrasi," iç. *Siyaset Bilimi*, ed. Gökhan Atılğan ve E. Attila AYTEKİN (İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018), 137-151.

² Yasama organlarının temel işlevlerine bakıldığında ülkeden ülkeye birçok değişiklik olduğu görülmekle birlikte bizce demokratik anlamda bir parlamentodan bahsedebilmek için yasama organın şu üç temel işleve sahip olması gerektiğini kabul etmek gerekir: kanun koymak, yürütme organını denetlemek ve devlet bütçesini düzenlemek. Halkın seçtiği temsilcilerden oluşsa dahi söz konusu üç temel yetkiye sahip olmayan bir kurul, kendisini parlamento olarak adlandırırsa dahi demokratik devletlerdeki anlamıyla bir parlamento değildir. Bu türdeki parlamentolar ancak danışma kurulu olarak görülebilir. Demokratik anlamda bir parlamento ise bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip bir kuruldur. Benzer doğrultuda görüşler için bakınız: İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2017), 119; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 387-388; Sezgin Baş ve Nisa Özcan,

mücadelenin ardından erken modern çağda İngiltere’de³ ortaya çıkmıştır.⁴ Halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşması nedeniyle güçlü bir siyasi meşruiyete sahip olması ve hem kendisinin hem de diğer devlet organları ile kişilerin uyacağı kuralları belirlemesi, temel devlet organları arasında yaşamaya bir üstünlük sağlamış ve bu nedenle parlamentolar demokrasilerde merkezi öneme sahip kurumlar haline gelmiştir. Sahip olduğu bu önemden ötürü yasama organının oluşum ve işleyiş şeklinin belirlenmesi, insan haklarını temel değer olarak kabul eden liberal devletler açısından büyük önem arz etmektedir.

Yasama organlarının oluşumunda ise genel olarak iki farklı sistem uygulanmaktadır. Bunlar, tek meclis ve çift meclis sistemleridir.⁵ Tek meclis sistemlerinde parlamento tek

“Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 206. Parlatentonun işlevleri hakkında detaylı bilgi için bakınız: Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016), 6-10. Danışma ve karar meclisi ayrımı için bakınız: Maurice Duverger, *Siyasal Rejimler*, çev. Teoman Tunçdoğan (İstanbul: İletişim Yayınevi, 1994), 29-30.

³ Resmi adı Kuzey İrlanda ve Büyük Britanya Birleşik Krallığı olan ülke, makalemizde kısaca İngiltere olarak anılmıştır.

⁴ Türker Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlatentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2020): 449; Peri Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2008), 24; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 288.

⁵ Parlatentonun ikiden fazla meclisten oluştuğu istisnai örnekler de görülebilmektedir. Örneğin Fransa’da I. Napolyon döneminde parlamento dört meclisten oluşurken, Güney Afrika’da da 1984-1994 yılları arasında üç meclisli bir parlamento bulunmaktaydı. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 568. Günümüzde ise bu

meclisten oluşurken; çift meclis sistemlerinde ise iki farklı meclisten oluşmaktadır.⁶ Çift meclis sisteminin uygulandığı ülkelerde parlamentoyu oluşturan meclisler Avam Kamarası, Temsilciler Meclisi, Millet Meclisi, Lordlar Kamarası, Senato gibi oldukça farklı şekillerde isimlendirilmektedir. Makalede çift meclis sistemlerinde nüfus esasına göre seçilen meclis için birinci meclis; diğer meclis için ise ikinci meclis kavramı tercih edilmiştir. Ayrıca, birinci meclis üyeleri için milletvekili, ikinci meclis üyeleri için de senatör ifadesi yer yer kullanılmıştır.⁷ Dünya genelindeki uygulamalara bakıldığında çift meclis sistemini oluşturan meclisler arasında bazı farklılıklar olma eğilimi olduğu göze çarpmaktadır. Bu farklılıklardan ilki, birinci meclislerin ikinci meclislerden daha fazla üyeye sahip olmasıdır.⁸ Bu nedenle, ikinci meclisler birinci meclislerden daha küçük olma eğilimindedir. Bir diğer fark, ikinci meclis üyelerinin birinci meclis üyelerinden daha uzun süre görev yapıyor olmasıdır.⁹ Örneğin, bir senatör altı sene görev yapmak

uygulamanın pratiği bulunmamaktadır. Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 206.

- ⁶ Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 206; Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 211-212; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 568; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 833-834.
- ⁷ Parlamento ve yasama organı kavramlarını eşanlamlı olarak kullanırken, meclis kavramını genellikle parlamentoyu oluşturan kamaraları/kanatları ifade etmek için kullandığımızı da belirtmek isteriz.
- ⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 836; Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (Ankara: Yetkin Yayınevi, Tarihsiz), 86; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 210.
- ⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 836; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 86; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 209.

üzere seçilebiliyorken bir milletvekili dört sene için seçilebilmektedir. Değineceğimiz bir diğer fark ise ikinci meclisler için genellikle kısmi seçimlerin uygulanıyor oluşudur.¹⁰ Örneğin, iki senede bir yapılan seçimlerle ikinci meclis üyelerinin üçte biri yenilenebilmektedir. Bu genel eğilimler haricinde oluşum açısından olduğu gibi işleyiş açısından da birinci ve ikinci meclisler arasında farklar bulunabilmektedir. Bu farklılara ise makalenin ilerleyen bölümlerde yeri geldikçe değinilmiştir.

Çift meclis sisteminin dünya genelinde yaygın olarak rastlanılan bir sistem olduğu görülmektedir. Bu yaygınlık, İngiltere’de olduğu gibi tarihi sebeplerden, ABD’de (Amerika Birleşik Devletleri) olduğu gibi devlet şekliinden kaynaklı zorunluluklardan ve Fransa’da olduğu gibi siyasi tercihlerden kaynaklanabilmektedir. IPU (Inter-Parliamentary Union) verilerine göre 190 ülkeden 79 tanesi çift meclisli bir parlamentoya sahiptir.¹¹ Bir başka deyişle, dünya ülkelerinin yaklaşık %40’lık bir kısmı çift meclis sistemini benimsemiştir. Demokratik bir siyasal sisteme sahip ülkelerde ise bu oran daha da artmaktadır. Örneğin, Arend Lijphart’ın çalışmaları esas alındığında¹², İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1980’e kadar kesintisiz bir şekilde demokratik rejime sahip 21 ülkeden 14’ü ve 2010’lu yılların ortaları itibariyle demokratik olarak kabul edilen 36 ülkeden 23’ü çift meclisli bir parlamentoya sahiptir. Bu veriler göstermektedir ki çift meclis sistemi dünya genelinde %40’lık bir benimsenme oranına sahipken demokratik devletler baz alındığında bu oran %66’ya yükselmektedir. Küresel

¹⁰ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 836-837; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87; Baş ve Özcan, “Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” 209.

¹¹ Erişim tarihi Eylül 19, 2022, <https://www.ipu.org/national-parliaments>.

¹² Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 83; Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun (İstanbul: İthaki Yayınevi, 2016), 251.

zenginliğin %64'ünü kontrol eden¹³ G7 (Group of Seven) ülkelerinin tamamı ise çift meclisli bir parlamentoya sahiptir. Türkiye tarihine bakıldığında da çift meclis sisteminin uygulandığı dönemler olduğu görülmektedir. Osmanlı Devletinin ilk ve tek anayasası olan 1876 Anayasası, Heyeti Mebusan ve Heyeti Ayan isimli iki meclisten oluşan Meclisi Umumi adlı bir parlamento kurmuştur (md. 42). 27 Mayıs 1960 Darbesinden sonra yapılan 1961 Anayasası ise on yıllık Demokrat Parti iktidarındaki parlamentonun üstünlüğü ilkesine tepki olarak, bir denge ve fren unsuru olacağı inancıyla¹⁴ Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu isimli iki meclisten oluşan bir TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi) kurarak çift meclis sistemini geri getirmiştir (md. 63).¹⁵

Kısacası, çift meclis sisteminin dünya genelinde yaygın olarak rastlanılan bir sistem olması ve ülkemiz tarihinde de örnekleri bulunması sebebiyle makalemizde çift meclis sistemi ana hatları itibarıyla işlenmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, makalemizin ilk bölümünde çift meclis sisteminin İngiltere'de nasıl bir tarihi süreç içerisinde ortaya çıktığı ve sistemin teorik temellerinin neler olduğu ele alınmıştır. Çift meclis sistemi federalizmin zorunlu bir unsuru olsa da üniter devlet şeklini benimsemiş ülkelerde siyasi bir tercihin eseri olması nedeniyle çift meclis sisteminin bu ülkelerde benimsenip benimsenmemesi

¹³ Erişim tarihi Eylül 19, 2022, <https://tr.wikipedia.org/wiki/G7>.

¹⁴ Tunca Özgüşi, "Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri," *Türkiyat Mecmuası* 21, no. 2 (2011): 291, 299; Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş* (Ankara: İmge Yayınevi, 2011), 277; Bahri Savcı, "1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (1964), 35-36.

¹⁵ Anayasanın genel gerekçesinde bu hususta şöyle denilmektedir: "Cumhuriyet Senatosunun kurulması, demokratik düzenin bir teminatı ve memleketimizdeki siyasi buhranın hal çarelerinden biri olarak ileri sürülmüştür...Yapısındaki ve kuruluşundaki farklılıklardan dolayı [Cumhuriyet Senatosu] bir istikrar unsuru hüviyetini taşımaktadır".

gerektiği hususunda birçok tartışma yaşanmaktadır. Bu tartışmalarda çift meclis sisteminin lehinde ve aleyhinde birçok argüman ileri sürülmektedir. İkinci bölümde söz konusu argümanlar incelenmiş ve kendi görüşlerimize de yer verilmiştir. Diğer yandan, dünyada uygulanan tek tip bir çift meclis sistemi bulunmamaktadır. Bu nedenle, üçüncü ve son bölümde ise çift meclis sisteminin temel türleri incelenmiştir.

I. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN TARİHİ VE TEORİK TEMELLERİ

Çift meclis sistemi, masabaşında kurgulanarak ortaya çıkmış bir sistem değildir. Çift meclis sisteminin tarihi bir süreç içerisinde adım adım İngiltere’de ortaya çıktığı görülmektedir.¹⁶ Modern parlamentoların atası sayılabilecek Magnum Concilium (Büyük Şura) ilk başlarda krala sadece görüş bildiren bir danışma meclisiyken, Magna Carta Libertatum’un (Büyük Özgürlük Fermanı) kabulü ile birlikte kralın kendisinden rıza almaksızın vergi toplayamayacağı bir meclis haline dönüşmüştür. Magnum Concilium’un elde ettiği bu yetki, krala karşı kullanabileceği oldukça büyük bir kozdu ve nitekim tarihsel süreç içerisinde de meclis bu kozunu oldukça iyi kullanarak kralın yetkilerini kısırkken kendi yetkilerini

¹⁶ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 451-458; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 834; İlhan Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 3 (1954): 66; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 24; Kapanı, *Kamu Hürriyetleri*, 288; Hasan Tahsin Fendeoğlu, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015), 761.

artırabilmiş ve İngiltere'nin parlamentosu haline dönüşebilmiştir.¹⁷

Bu tarihsel sürece baktığımızda ilk olarak görmekteyiz ki Norman istilasının (1066) öncesinde dahi İngiltere'de bir meclis bulunmaktadır. Ülkenin ileri gelenlerinden oluşan bu meclis "Witenagemot" veya "Witan" olarak isimlendirilmekteydi.¹⁸ Krallar kanun koyma ve vergi toplama gibi önemli işlerde bu meclisin görüşüne başvurmadan iş yapmayı tercih etmemiştir. Böylelikle, İngiltere'de kralın ülkenin ileri gelenlerine danışarak iş görmesi kökeni 5. yüzyıla kadar giden bir gelenek haline gelmiş ve Witan isimli meclis modern anlamda parlamentonun çekirdeğini teşkil etmiştir.¹⁹ Norman istilasının ardından Normanlar bu geleneği devam ettirmiş ve meclisin ismi

¹⁷ Süreç hakkında detaylı bilgi için bakınız: İbrahim Çağrı Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 34, no. 2 (2015): 131-151; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 451-458; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 825-832; Kemal Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," iç. Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan 1, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009), 365-374 (www.anayasa.gen.tr/mali-hukuk.htm), Fahri Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş* (Ankara: Lykeion Yayınevi, 2020), 1-7; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 66-80.

¹⁸ Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 830; Bihterin Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no. 2 (2021): 881; Sezen Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 2 (2016): 164.

¹⁹ Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 886; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 830.

Magnum Concilium olarak değişmiştir.²⁰ Ülkenin ileri gelenlerinden oluşan Magnum Concilium bu dönemde de bir danışma meclisi hüviyetindedir.²¹

13. yüzyıla gelindiğinde feodal beyler ile kral arasında çıkan anlaşmazlıklar neticesinde yapılan savaşta kral yenilmiş ve 1215'te Magna Carta Libertatum imzalanmıştır.²² Bu belge ile birlikte soyluların, ruhbanların ve mülk sahiplerinin temsilcilerinin onayı olmadan kralın vergi toplayamayacağı kuralı kabul edilmiştir.²³ Böylelikle, İngiltere'de Magna

²⁰ Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 831; Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 164.

²¹ Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamentar Monarşinin Erken Dönemi," 886; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 761; Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 164.

²² Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamentar Monarşinin Erken Dönemi," 883-884; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 453; Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 165; Daron Acemoğlu ve James A. Robinson, *Ulusların Düşüşü*, çev. Faruk Rasim Velioğlu (İstanbul: Doğan Yayınevi, 2018), 174-175.

²³ Şeref İba, *Parlamento Hukuku* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, Tarihsiz), 4; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 826-827; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 367; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2-3; Murat Bilgin, "Parlamentar Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamentar Sistem*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2017), 190; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 761; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 453; Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 165; Acemoğlu ve Robinson, *Ulusların Düşüşü*, 174-175.

Magna Carta'nın diğer maddeleri için bakınız: Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 135.

Carta'nın kabulüyle birlikte temsilsiz vergi olmaz ilkesi kabul edilmiş ve halihazırda var olan Magnum Concilium isimli meclisin önemi bu ilkenin kabulüyle birlikte oldukça artmıştır. Magnum Concilium, Magna Carta'nın kabulüne kadar krala danışmanlık yapmakta olan ve soylu sınıftan oluşan bir meclisen, temsilsiz vergi olmaz ilkesinin kabulüyle birlikte modern parlamentoların atası sayılabilecek yetkiyi haiz niteliğe kavuşmuştur.

Magnum Concilium'a başlarda sadece soylu ve ruhban sınıf katılmaktaydı. Tarihi gelişmeler sonucunda zamanla Magnum Concilium'a her kontlukta iki şövalye ve her şehirden iki temsilci katılmaya başlamış ve böylelikle Magnum Concilium'da halk da temsil edilir hale gelmiştir.²⁴ Halkın da temsil edilmeye başlanmasıyla birlikte bu meclis, feodal bir meclis olmaktan öte ulusal bir meclis haline gelmiştir. Soylu ve ruhban sınıfla halkın temsilcilerinden meydana gelen bu Magnum Concilium'a 1295'te ise Model Parlamento ismi verilmiştir. İngiltere'de parlamentonun kuruluş tarihi olarak bu tarih kabul edilebilir niteliktedir.²⁵

²⁴ Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 368; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 827; İba, *Parlamento Hukuku*, 4; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 886-887; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 27; Bilgin, "Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere," 191; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 761; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 166; Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 137.

²⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 827; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 368; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 67-68; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 761; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 166.

1332 yılına gelindiğinde soylu ve ruhban sınıfı halkın temsilcilerinden oluşan Model Parlamento'da bir bölünme yaşanmıştır. 13. yüzyıl başlarından itibaren ruhban sınıf, Model Parlamento görüşmelerine katılmamaya başlamıştır. Soylu sınıf mensupları ise kendileri gibi asalet unvanlarına sahip olmayan halkın temsilcileriyle bir arada oturmak istememiş ve toplantılarını ayrı bir salonda yapmaya başlamıştır.²⁶ Soylu sınıf mensuplarından meydana gelen bu meclis tarihi süreç içerisinde Lordlar Kamarasını meydana getirirken; halkın temsilcilerinden oluşan meclis ise Avam Kamarasını oluşturmuştur.²⁷

Bu bölünmenin ardından gelen süreçte parlamento zamanla yetkilerini daha da artırmıştır. Kral, parlamentonun onayını almadan vergi toplayamayacağı için parlamenterlerden gelen kanun öneri dilekçeleri önem kazanmıştır çünkü dilekçeleri dikkate alınmayan parlamenterlerin bütçe hakkında olumsuz oy kullanması muhtemeldi. Bu uygulama daha sonra evrim geçirmiş ve parlamentodan gelen dilekçelere aykırı kanun yapılamayacağının 1414'te kabul edilmesiyle birlikte kral, yalnızca söz konusu dilekçeleri kabul veya ret edebilecek bir

²⁶ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 454; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 369; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 828; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 27-28; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 887; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 167.

²⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 828; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 369; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 82; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 27-28; İba, *Parlamento Hukuku*, 4; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 3-4; Bilgin, "Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere," 192; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 761; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 454; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 167.

pozisyona indirgenmiştir.²⁸ Böylelikle, parlamenterler bütçe konusunda oy verme yetkilerini krala karşı bir silah olarak kullanarak kanun koyma işlevi açısından inisiyatifin parlamentoya geçmesini sağlamıştır.

Kralın ülkeyi parlamentosuz yönetmek istemesi ve parlamentonun gittikçe güç kazanması nedeniyle kral ve parlamento arasında 1642-1649 yılları arasında bir iç savaş yaşanmış ve bu savaştan galip çıkan parlamento gücünü daha da pekiştirmiştir.²⁹ 1689 tarihli Bill of Rights ile kralın parlamentonun rızası olmaksızın kanunları ilga edemeyeceği, kanunların uygulamasını durduramayacağı, kanunları uygulama yetkisini kullanamayacağı, vergi toplayamayacağı, orduyu kullanamayacağı kabul edilmiştir.³⁰ 1701 tarihli Act of Settlement adlı belgeyle ise krala bağlı olarak çalışan kişilerin Avam Kamarası üyesi olması ve yargıçların kral tarafından

²⁸ Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 4; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 455; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 828-830; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 369-370; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 762.

²⁹ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 455-456; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 830-831; Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 889-890; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 5-6; Bilgin, "Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere," 194-195; Gözler, "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 369-371; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak 'Westminster Modeli' Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 168; Acemoğlu ve Robinson, *Ulusların Düşüşü*, 178-179; Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 142-143.

³⁰ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 465; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 831-832; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 7; Acemoğlu ve Robinson, *Ulusların Düşüşü*, 180; Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 146.

görevden alınması yasaklanmıştır.³¹ Söz konusu hukuki düzenlemelerle birlikte yasama ve yargı organları yürütme organı egemenliğinden kurtularak parlamento günümüzdeki haline oldukça benzer bir hal almıştır.³² Böylelikle, tarihi bir süreç içerisinde kralın yetkileri kısılarak kraliyet sembolik bir makama dönüştürülmüş ve parlamento sistemin kalbi haline gelmiştir.³³ Söz konusu belgelerden sonraki tarihi süreçte ise İngiltere’de parlamenter hükümet sistemi tam anlamıyla ortaya çıkmış, genel oy ilkesi kabul edilmiş ve Lordlar Kamarası güçten düşerek İngiliz Parlamentosu günümüzdeki halini almıştır.

Kısacası, 1215’te Magna Carta Libertatum’un kabulüyle birlikte kralın kendisinden rıza almaksızın vergi toplayamayacağı Magnum Concilium’a, zamanla soylu ve ruhban sınıfın yanı sıra halkın temsilcileri de katılmaya başlamış ve bu sınıfların temsilcilerinden müteşekkil haliyle 1295’te Model Parlamento diye anılmaya başlanan bu meclis, 1332’de soylu sınıf ve halk temsilcileri arasında meydana gelen kırılma sonucu, soylu sınıfın oluşturduğu “Lordlar Kamarası” ve halk temsilcilerinin oluşturduğu “Avam Kamarası” olarak ikiye

³¹ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 465; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 832; Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 146.

³² Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 466; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 832; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 7; Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 169; Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi," 146.

³³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 831-832; Bakırcı et al., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 7; Dinçkol, "İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 891-892; Bilgin, "Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere," 195; Gözler, "İngiltere’de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı," 371-372; Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 762; Acemoğlu ve Robinson, *Ulusların Düşüşü*, 180-181.

bölünmüştür. Böylelikle, modern anlamda ilk parlamento çift meclis sisteminin uygulandığı bir parlamento olarak İngiltere’de doğmuştur.³⁴ O tarihten bu yana da bu ayırım varlığını korumuştur. İngiliz parlamentosu günümüzde de Lordlar Kamarası ve Avam Kamarasından meydana gelen çift meclisli bir parlamentodur.

Öte yandan, çift meclis sistemi her ne kadar tarihi bir süreç içerisinde tedricen ortaya çıkmış bir sistem olsa da bu sistemin teorik temelleri de bulunmaktadır. Avrupa’da feodalitenin çöküşü ve kilisenin kudretini yitirmesi sonucu kendisinden başka hiçbir otorite tanımayan mutlakiyetçi devletler ortaya çıkmıştır.³⁵ Mutlakiyetçi devletlerde egemenlik hükümdarla özdeşleşmişti. Günümüz demokratik devletlerinin vazgeçilmezlerinden olan kuvvetler ayrılığı ilkesi mutlakiyetçi devletlerde tam tersinden işlemekteydi. Bir başka deyişle, mutlakiyetçi devletlerde yasama, yürütme ve yargı işlevleri hükümdarın şahsında birleşmişti ve onun tarafından kullanılmaktaydı.³⁶ Birey karşısında oldukça büyük bir güce sahip olan mutlakiyetçi devletler, bireylere devlet baskısından ve otoritesinden kaçabilecekleri bir başka otorite bırakmamıştı. Bu nedenle mutlakiyetçi devletlerin ortaya çıkışı mutlakiyetçilik

³⁴ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 449.

³⁵ Süreç hakkında detaylı bilgi için bakınız: Oktay Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltilmiş Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi," iç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*, ed. Oktay Uygun (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 48-50.

³⁶ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 189; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 451.

karşıtı hareketlerin ve fikirlerin ortaya çıkışına da sebebiyet vermiştir.³⁷

Bu fikirlerin en önemlilerinden biri Aydınlanma felsefesidir. Aydınlanma felsefesi, hayatın merkezine insanı alan ve onu temel değer olarak kabul eden bir dünya görüşüdür. Bu yönüyle Aydınlanma felsefesinin öngörmüş olduğu insan, özerk ve özgür bir varlıktır ve bu kabul, Aydınlanma düşüncesinin temel direklerinden birisidir.³⁸ İnsanın özerk bir varlık olması, birey üzerinde en büyük etkiye sahip kurum olan devlette bazı değişimleri zorunlu kılmaktadır. Bunlardan ilki, egemenliğin kaynağında meydana gelen değişimdir. Aydınlanma düşüncesi, meşruiyetini gelenekten, dinden, tanrıdan, soydan alan egemenlik biçimlerini reddeder. Aydınlanma düşüncesi için tek geçerli egemenlik biçimi, meşruiyetini devletin insan unsurundan alan bir iktidardır.³⁹

³⁷ Ömür Birler, "Liberalizm," iç. *Siyaset Bilimi*, ed. Gökhan Atılgan ve E. Atilla AYTEKİN (İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018), 300-301; Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi," 48-50.

³⁸ Aydınlanma felsefesinin makalemizin konusu itibarıyla bizi ilgilendiren yönü sadece siyasal ve sosyal yönü olması sebebiyle, Aydınlanma felsefesinin temel esasları hakkında detaylı bilgi için bakınız: Tzvetan Todorov, *Aydınlanma Zihniyeti* (İstanbul: BGST Yayınevi, 2019), 9-16; Ahmet Cevizci, *Felsefenin Kısa Tarihi* (İstanbul: Say Yayınevi, 2017), 324-326; Orhan Hançerlioğlu, *Düşünce Tarihi* (İstanbul: Remzi Yayınevi, 2019), 285-312; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi* (İstanbul, Remzi Yayınevi, 2019), 371-376; Kasım Küçükalkp ve Ahmet Cevizci, *Batı Düşüncesi: Felsefi Temeller* (Ankara: İSAM Yayınevi, 2018), 144-151; Mehmet Ali Ağaoğulları, "Aydınlanma: Düşünceler Yumağı," iç. *Batı'da Siyasal Düşünceler*, ed. Mehmet Ali Ağaoğulları (İstanbul: İletişim Yayınevi, 2015), 517-540.

³⁹ Ağaoğulları, "Aydınlanma: Düşünceler Yumağı," 537-538; Birler, "Liberalizm," 302. Egemenliğin sahibinin kim olduğu konusunda tarih boyunca ortaya atılmış çeşitli fikirler için bakınız: Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 87-95. Egemenliğin meşruluğu konusunda teokratik teoriler için bakınız: Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (Ankara: BB101 Yayınevi, 2018), 78-80.

İnsanın özerkliğinin devlet fikri üzerinde doğurduğu ikinci sonuç ise iktidarın kullanım biçimine ilişkindir. Madem ki insan özerk bir varlıktır, bunun zorunlu bir sonucu da insanın özerkliğini korumak amacıyla devlet iktidarının sınırlanması gerektiğidir. Bundan böyle devlet, insanlar üzerinde mutlak yetkilere sahip olmayacak, bireyin özerk olduğu alana müdahale edemeyecektir. Özerk alanında insan, kendi aklını kullanarak neyin iyi neyin kötü olduğuna kendisi karar vererek devlet müdahalesi olmaksızın yaşamını sürdürecektir. Toplumsal yaşam çoğulculuğa ve hoşgörüye dayalı biçimde düzenlenecektir.⁴⁰ Aydınlanma felsefesinin bir diğer yönü, doğal haklar öğretisini benimsemiş olmasıdır. Antik Yunan'dan bu yana var olan doğal hukuk düşüncesi, insanlar tarafından oluşturulan hukuktan üstün evrensel ilkelerin var olduğunu kabul etmektedir. İnsanlar tarafından oluşturulan hukuk, bu evrensel ilkelere uyduğu oranda meşru ve geçerlidir.⁴¹ Bu görüşün parçası olan fikirlerden biri de doğal haklar öğretisidir. Doğal haklar öğretisine göre tüm insanlar doğuştan mutlak ve devredilemez haklara sahiptir. Mutlak ve devredilemez bu hakların reddi, insanın insan olma niteliğinin reddedilmesidir. Aydınlanma felsefesi, doğal hukukun bu mirasını da devralmış ve tüm insanları eşit ve özgür kabul etmiştir. Devlet tarafından tanınsa da tanınmasa da herkes için geçerli, zorunlu ve devredilemez haklara tüm insanlık sahiptir. Bu düşünce ileride "insan hakları" öğretisinin kaynağını oluşturacak ve devlet iktidarını sınırlayan unsurlardan en önemlisi haline gelecektir.⁴²

⁴⁰ Birler, "Liberalizm," 302-303; Todorov, *Aydınlanma Zihniyeti*, 13-16; Cevizci, *Felsefenin Kısa Tarihi*, 326.

⁴¹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Siyasal Yayınevi, 2017), 141-143; Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı," iç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*, ed. Oktay Uygun (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 9; Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Pozitivizme Göre Adalet Kavramı," *Muhafazakar Düşünce* 4, no. 15 (2008): 78-79.

⁴² Todorov, *Aydınlanma Zihniyeti*, 15.

Aydınlanma felsefesinin bir sonucu olarak, devlet iktidarının keyfi eylemlerinden kişileri korumak ve iktidarın gücünü sınırlamak amacıyla çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden biri olan anayasalcılık akımı, devlet iktidarının sınırlanmasını ve temel hakların devlet karşısında korunmasını amaç edinmiş bir düşüncedir. Anayasalcılık düşüncesi biri geniş, diğeri ise dar olmak üzere iki manada kullanılmaktadır.⁴³ Dar manada anayasalcılığın devlet iktidarını sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak için öngördüğü araç, bir anayasa yapılmasıdır. Anayasalarda temel hak ve hürriyetler tek tek sayılacak ve iktidarın gücü de çeşitli araçlarla sınırlanarak despotizme mani olunacaktır. Bu anayasaların alelade bir kanundan farklı olması gerekmektedir. İlk olarak, anayasalar yazılı olmalıdır. İkinci olarak, anayasalar hiyerarşide kanunların üstünde olmalıdır. Bir başka deyişle, kanunlar yasama organı tarafından anayasaya uygun şekilde çıkarılmalıdır. Son olarak ise bu anayasalar kanunlardan daha zor bir şekilde değiştirilebilmeli veya bir diğeri deyişle katı olmalıdır.⁴⁴ Kısacası, dar anlamıyla anayasalcılık akımı devlet iktidarını yazılı, üstün ve katı bir anayasayla sınırlandırarak temel hakları koruma amacı gütmektedir.⁴⁵ Geniş anlamda anayasalcılık ise devlet iktidarını içten ve dıştan bir çok denetim

⁴³ Andrew Heywood, *Siyasetin Temel Kavramları*, çev. Hayrettin Özler (Ankara: Adres Yayınevi, 2015), 165.

⁴⁴ Bu katılığı sağlamanın ise birçok farklı yolu bulunmaktadır. Anayasaların nitelikli çoğunluk tarafından değiştirilebilmesi, anayasa değişikliklerinin referanduma sunulma zorunluluğu, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanması bu duruma örnek olarak verilebilir. Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2017), 36-37; Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016), 27-34; Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974), 19-20.

⁴⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 143-146; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 49.

mekanizmasıyla çevreleyerek temel hakları güvence altına almayı ifade etmektedir.⁴⁶ Bu manada anayasalcılığın ise birçok aracı bulunmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerini en iyi şekilde korumayı vaat eden bir yönetim biçimi olan anayasal demokrat bir devlet⁴⁷, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, çift meclis sistemi, federalizm, ademi merkezîyetçilik gibi araçlar geniş anlamda anayasalcılığa örnek olarak verilebilir.⁴⁸

Çift meclis sistemi de kökenlerini Aydınlanma felsefesinde ve anayasalcılık düşüncesinde bulduğumuz; temel hak ve hürriyetleri veya daha kısa bir tabirle insan onurunu devlet iktidarından korumayı amaçlayan ve bu nedenle devlet iktidarının sınırlanması için kullanılması öngörülen bir araçtır. Diğer yandan, insan hakları mücadelesinin 20. yüzyıla kadar yürütme organına karşı verilmesi sebebiyle yasama organları insan haklarının koruyucusu olarak görülmüştür⁴⁹ ancak daha sonraları yasama organlarının da insan hakları açısından zararlı eylemlerde bulunmaları ve monarkların sahip oldukları despotik eğilimlere yasama organı çoğunluklarının da sahip olabileceğinin görülmesi sebebiyle yasama organı iradesinin de

⁴⁶ Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 37-38; Andrew Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, çev. Levent Köker (Ankara: BB101 Yayınevi, 2019), 61.

⁴⁷ Demokrasinin neden en iyi yönetim biçimi olduğu hakkında detaylı bilgi için bakınız: Dahl, *Demokrasi Üzerine*, 55-72; Uygun, *Demokrasi*, 349-401.

⁴⁸ Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, 60-62; Taylan Barın, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016), 90-102. Anayasalcılık ilkesi hakkında detaylı bilgi için bakınız: Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, (Tüm Kitap); Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 37-46.

⁴⁹ Adil Özkol, "Çağdaş Parlementer Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (1969): 44; Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 51, no. 1-4 (1985): 24; Dede Kadir, "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2014): 128.

sınırlanması gerektiği görüşü doğmuştur.⁵⁰ Bu konuda en önemli araçlardan biri, yasama organı işlemlerinin anayasa yargısı tarafından denetlenmesidir.⁵¹ Diğer yandan, iki meclisten oluşan bir parlamentonun temel hakları daha iyi koruyabileceği gerekçesiyle çift meclis sistemi de bu hususta bir çare olarak ileri sürülmektedir.

II. ÇİFT MECLİS SİSTEMİ HAKKINDA OLUMLU VE OLUMSUZ GÖRÜŞLER

Çift meclis sisteminin lehinde ve aleyhinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu bölümde ilgili görüşler dört altbaşlık altında derlenmiş ve kısaca incelendikten sonra kendi görüşlerimize yer verilmiştir.

A. Çift Meclis Sisteminin Demokratik Niteliği

Sınırlı devlet iktidarı idealinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli en önemli araçlardan biri, halkın devlet yönetimine katılımıdır. Halk veya bir diğer deyişle yönetilenler, devlet yönetimine katılarak yöneticilerin icraatlarını denetleyebilecek ve böylelikle devlet iktidarı sınırlanmış olacaktır.⁵² Demokratik rejimlerde halkın devlet yönetimine katılımı ise farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Milyonlarca insandan oluşan halkın devlet yönetimine doğrudan katılabilmesi pratik nedenlerden ötürü mümkün olmadığından günümüzde halkın devlet yönetimine

⁵⁰ Recai Okandan, "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, no. 1-2 (1967): 3-5; Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi," 24; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 173; Dede, "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme," 128.

⁵¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012), 393.

⁵² Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı* (Ankara: İmge Yayınevi, 1991), 5-6; Duverger, *Siyasal Rejimler*, 11.

temsilcileri aracılığıyla katılması genel kabul görmektedir.⁵³ Bu temsilciler, belirli aralıklarla yapılan seçimler sonucunda halkın oylarıyla belirlenmektedir.⁵⁴ Yapılan seçimlerde hangi esasların uygulanacağı ise bir diğer sorun teşkil eden konudur. En çok oyu alan partinin seçimi kazanması esasına dayanan çoğunluk seçim sistemi ve partilerin aldıkları oy oranına göre temsilcilerin dağıtılması esasına dayanan nisbi seçim sistemi bu hususta uygulanan iki temel seçim sistemidir.⁵⁵ Ancak, her iki seçim sistemi de oyların parlamentoya yansımaları hususunda adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Bu noktada çift meclis sistemi önem arz etmektedir. Çift meclis sistemi aracılığıyla oyların parlamentoya daha adil bir şekilde yansımaları halkın devlet yönetimine daha etkin bir şekilde katılımı katılamayacağı tartışma konusu olmaktadır.

⁵³ Ali Fuad Başgil, *Demokrasi Yolunda*, (İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2019), 49; Barın, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, 55.

⁵⁴ Rıza Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri* (Bursa: Dora Yayınevi, 2015), 10; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 705; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Yayınevi, 2010), 288.

⁵⁵ Hikmet Sami Türk, "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih," iç. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri*, ed. Hikmet Sami Türk (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 447, 452; Kadir Candan, Mehmet Solak ve Murat Bilgin, *Dünyada Seçim Sistemleri* (Ankara: TBMM Yayınevi, 2020), 5, 34.

Bu iki temel sistem dışında bu sistemlerin çeşitli unsurlarının bir araya gelmesinden oluşan birçok karma seçim sistemi de bulunmaktadır. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 219-220; Hikmet Sami Türk, "Demokratik Rejim ve Seçim Sistemleri," iç. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri*, ed. Hikmet Sami Türk (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 485.

1. Olumlu Görüş⁵⁶

Çift meclis sistemi, tek meclis sistemine göre daha demokratiktir. Çift meclis sisteminde seçimler sonucu oluşan iki farklı meclis, tek meclis sisteminde temsil edilme şansı bulamayan çeşitli sınıfların, görüşlerin, çıkarların temsil edilmesini sağlayabilir ve böylelikle çift meclis sisteminde halk daha iyi bir şekilde temsil edilmiş olur. Ayrıca, merkezileşmenin giderek arttığı günümüz devletlerinde çift meclis sistemi yerel sorunların daha iyi bir şekilde dile getirilmesini ve çözülmesini sağlar. Kısacası, halkın daha iyi temsil edildiği bu sistemde farklı görüşlerin parlamentoya daha iyi yansımaları ve seçimlerin daha sık yapılması hem parlamentonun hem de yürütme organının halka karşı daha duyarlı hale gelmesini sağlayarak demokrasi kalitesini artırır.

2. Olumsuz Görüş⁵⁷

Çift meclis sistemi demokratik niteliği itibariyle ya gereksizdir ya da anti demokratiktir. Çift meclis sisteminde

⁵⁶ İba, *Parlamento Hukuku*, 23-24; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 842; Andrew Heywood, *Siyaset*, çev. Fahri Bakırcı (Ankara: Felix Yayınevi, 2019), 472; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 82-84; İlhan Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 3 (1955): 78-80; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 32; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 115-116; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 212.

⁵⁷ İba, *Parlamento Hukuku*, 23-24; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 841; Heywood, *Siyaset*, 472; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 90-91; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 33-34; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 114; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 212-213.

meclislerin her ikisi de halk tarafından seçilecekse bu durumda ikinci bir meclis gereksiz olacaktır çünkü iki meclis birbirinin benzeri olacaktır. Eğer ikinci meclis halk tarafından seçilmeyecekse bu durumda da sistem anti demokratik hale gelecektir çünkü halk tarafından seçilmeyip çeşitli makamlar tarafından atanan üyelerden veya iki dereceli bir seçimle dolaylı olarak halkın seçtiği temsilcilerden meydana gelen bir meclis demokratik olarak kabul edilemez. Halkın doğrudan seçtiği temsilcilerden meydana gelen birinci meclisin iradesinin halkın dolaylı olarak seçtiği veya çeşitli makamlar tarafından atanan üyelerin oluşturduğu ikinci meclisler tarafından engellenebilmesi demokratik hesap verilebilirliğe zarar verecektir. Anti demokratik yollardan oluşan ikinci meclisin demokratik niteliği haiz birinci meclisin iradesine engel olabilmesi vesayet demokrasisine⁵⁸ yol açacaktır. Öte yandan, parlamentonun temsil kapasitesinin artırılması seçim sistemi değişikliği yoluyla da sağlanabilir; bu nedenle ikinci bir meclise gerek yoktur. Ayrıca, ikinci bir meclisin kurulması daha fazla parlamenter, idari görevli, maaş yani kısacası daha fazla harcama demek olduğundan çift meclis sistemi devlet bütçesine daha fazla yük oluşturacaktır.

3. Değerlendirmemiz

Çift meclis sisteminin demokratik niteliğinin sağlıklı bir şekilde tartışılabilmesi için parlamento seçimlerinde uygulanan seçim sistemi ve seçimlerin yapıldığı tarih önem arz etmektedir. Farklı seçim sistemleriyle veya aynı seçim sistemi uygulanırsa

⁵⁸ Vesayet demokrasisi kavramını halk tarafından seçilen siyasal makamların iradesinin anti demokratik yollardan sınırlanması anlamında kullanılmaktadır. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 45; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 311-312; Serap Yazıcı, "Yeni Bir Anayasa'nın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklıktan Demokratik Temsile," iç. *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, ed. Serap Yazıcı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2012), 139.

dahi farklı tarihlerde seçilen iki farklı meclisin, demokratik temsil konusunda tek meclis sistemine göre daha avantajlı olduğu kanaatindeyiz. Farklı seçim sistemleriyle seçilmeleri halinde iki meclise farklı görüşlerin yansiyabileceği aşikardır. Birinci ve ikinci meclislerin seçimlerinin aynı tarihte ve aynı seçim usulüyle yapılması halinde ise meclislerin birbirinin kopyası olması veya büyük oranda benzeşmesi büyük bir ihtimaldir. Bu nedenle olumsuz görüşün ifade etmiş olduğu üzere ikinci meclisin birinci meclisin benzeri olacağı fikrinde doğruluk payı bulunmaktadır. Her iki meclisin seçimlerinde aynı seçim sistemi uygulansa dahi bu seçimlerin farklı tarihlerde yapılması halinde ise ikinci meclisin gereksiz olmayacağını düşünmekteyiz çünkü bu durumda iki seçim dönemi arasındaki kamuoyu değişiklikleri parlamentoya yansiyabilecektir. Diğer yandan, ikinci meclislerde kısmi seçim usulü de uygulanmaktadır. İki veya üç senede bir kısmi seçim yapılması, birinci meclislerin yasama dönemlerine göre daha kısa olan bu süre içerisinde halk iradesinin meclise daha dinamik bir şekilde yansımını sağlayabilir. İkinci meclis üyelerinin iki dereceli bir seçimle seçilmeleri veya bir makam tarafından atanmaları halinde oluşacak olan meclisin anti demokratik niteliği hususunda ise olumsuz görüşe katılmaktayız. Bu şekilde iki dereceli bir seçimle seçilen ya da atanan üyelerin ikinci meclisin üye kompozisyonunda büyük bir yer kaplaması bizce demokrasi teorisiyle bağdaşmaz niteliktedir. Üye kompozisyonu açısından anti demokratik nitelikteki ikinci meclise birinci meclisle eşit yetkiler tanınması veya ikinci meclisin yasama işlevi açısından önemli yetkilere sahip olması, siyasal rejimin bir vesayet demokrasisine dönüşmesine sebebiyet verebilecek nitelikte bir uygulamadır.

B. Çift Meclis Sisteminin Yasama İşlevine Etkisi

Yasama organları, yasama işlevini genelde kanun koyma şeklinde yerine getirirler. Kanun, soyut olarak düzenlenmiş ve

herkes için geçerli olacak şekilde sürekli uygulanmak üzere yasama organı tarafından anayasanın belirlediği usuller çerçevesinde çıkarılan hukuki bir işlem türüdür.⁵⁹ Kanun koyma kavramı ise parlamentonun yeni bir kanun ihdas edebilmesini, yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapabilmesini ve istediği kanunu yürürlükten kaldırabilmesini ifade etmektedir. Kanunlarla herkes için geçerli olacak şekilde kurallar koyulabilmesi sebebiyle parlamentonun bu işlevinde uygulanacak kuralların belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, yasama organı tarafından yapılan her hukuki işlem kanun değildir. Parlamentonun bir başka hukuki işlem türü parlamento kararlarıdır. Parlamento kararlarını, yasama organının kendi iç yapısına, işleyişine ve diğer temel devlet organları olan yürütme ve yargıya ilişkin olarak aldığı kararlar olarak tanımlayabiliriz.⁶⁰ Yasama organının kendi iç yapısı ve işleyişine ilişkin olarak aldığı kararlara, içtüzük yapımını ve milletvekillerinin

⁵⁹ Şeref İba, "Yasama Tarihimize Kanunların Ayıklanmasına Yönelik Çalışmalar Üzerine," iç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010), 483. Kanun kavramının içeriğinden hareketle tanımlanmasına kanunun maddi tanımı, yasama organının iradesinin esas alınarak tanımlanmasına ise kanunun şekli tanımı denilmektedir. Kanunun maddi tanımı için bakınız: Şeref İba, "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine," iç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010), 346; İba, *Parlamento Hukuku*, 55; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 906; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 121. Kanunun şekli tanımı için bakınız: İba, "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine," 345-346; İba, *Parlamento Hukuku*, 55; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 906.

⁶⁰ Parlamento kararları hakkında detaylı bilgi için bakınız: Ergun Özbudun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 36, no. 1 (1979): 3-26; Şeref İba, "Türk Parlamento Hukukunda 'Yasama İşlemi' ve 'Karar' Kavramları," iç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010), 457-482.

dokunulmazlıklarının kaldırılmasını; yürütme organıyla ilişkili olarak aldığı kararlara, parlamenter hükümet sistemlerinde yapılan güvenoylamalarını; yargı organıyla ilişki olarak aldığı kararlara ise yüksek mahkemelere üye seçimini örnek olarak verebiliriz. Çift meclis sisteminin bu husustaki önemi parlamento tarafından yapılan hukuki işlemlerin iki ayrı meclisin denetiminden geçmesi sayesinde daha kaliteli hale gelip gelmeyeceği sorusundan kaynaklanmaktadır.

1. Olumlu Görüş⁶¹

Çift meclis sisteminde yasama faaliyetleri daha kaliteli bir şekilde yerine getirilebilir. Birinci meclisin gözden kaçırdığı veya ihmal ettiği hususların ikinci meclis tarafından denetlenerek düzeltilmesi, yasama faaliyetlerinin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlar. Örneğin, birinci meclisin kabul ettiği bir kanun teklifinin kanun yapım tekniği açısından sahip olduğu çeşitli bozuklukların neden olabileceği sorunlar, ikinci meclisin kanun yapım sürecinde söz sahibi olması halinde engellenebilir. Diğer yandan, birinci meclisin kabul ettiği kanunlardaki anayasaya aykırılıklar da ikinci meclis tarafından ayıklanabilir veya teklifin kanunlaşmasına mani olunabilir. Böylelikle, anayasa mahkemelerine daha az başvurulma ihtiyacı duyulur. Çift meclis sisteminin yasama sürecine bir diğer katkısı ise kanun tekliflerinin tartışılması ve görüşülmesine daha iyi bir ortam sağlayacak olmasıdır. Kanun tekliflerinin ikinci mecliste

⁶¹ İba, *Parlamento Hukuku*, 24; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 843; Heywood, *Siyaset*, 472; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 87-89; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1955): 86-88; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 31; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 115; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 287-288; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 211.

de görüşülecek olmasının birinci meclis tarafından bilinmesi, kanun tekliflerinin hazırlanması ve kabulünde birinci meclisi daha temkinli ve rasyonel hale getirir. Kanun tekliflerinin iki farklı mecliste görüşülecek olmasının bir diğer yararı ise tekliflerin daha derinlemesine görüşülecek olması sebebiyle halkın da ilgili kanun teklifi hakkında daha fazla bilgiye erişme imkanına sahip olacak olmasıdır. Kısacası, kanun tekliflerinin anayasaya uygunluğunu denetleyerek ve bir kanunun iki farklı meclisin denetiminden geçmesini sağlayarak, ikinci meclisler hem kanunların daha iyi yapılmasını hem de anayasal düzenin istikrarını sağlayabilir.⁶²

2. Olumsuz Görüş⁶³

Çift meclis sisteminde yasama faaliyetleri yavaşlar veya tıkanabilir. Çift meclis sisteminde yasama faaliyetlerinin tek

⁶² Nitekim bu husus eski başbakanlarımızdan Bülent Ecevit tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *“Ben Cumhuriyet Senatosu Büyük Millet Meclislerinde de çalıştım ve Cumhuriyet Senatosunun rejime, yasama çalışmalarına ne kadar olumlu katkıları olduğunu yaşayarak gördüm. Genellikle, bizde bazı yasalar, adeta gözden kaçırılmak istenirmiş gibi aceleyle getirilir ve toplum, kamuoyu, o yasalardan bazılarındaki sakıncaları sonradan fark eder, tepkisini gösterir; fakat Cumhuriyet Senatosu varken, bu durumlarda, biz milletvekilleri olarak Senatoya başvururduk, ‘şurada bir yanlışlık yapmışsınız, bir hata yapmışsınız; eğer kabul ederseniz, siz lütfen bunu düzeltin’ derdik...Senato, eğer gerekli görürse ilgili düzenlemeyi yapardı...Böylelikle cumhurbaşkanlarının veto yetkilerini kullanmalarına...ve meclisten çıkan yasalar aleyhinde Anayasa Mahkemesine başvurulmasına da şimdikinden çok daha az gereksinme duyulurdu”*. Aktaran: Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 305-306; İba, *Parlamento Hukuku*, 26-27.

⁶³ İba, *Parlamento Hukuku*, 24; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 841-842; Heywood, *Siyaset*, 472-474; Arsel, *“Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler,”* (1954): 91-92; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 33; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 114; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370; Baş ve Özcan, *“Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,”* 212.

meclis sistemine göre oldukça karmaşık olması en başta kanun yapım süreci olmak üzere yasama faaliyetlerini oldukça yavaşlatacaktır. Oysaki günümüzün teknoloji toplumlarında yasama faaliyetlerinin hızlı işlemesi gerekmektedir. Öte yandan, birinci ve ikinci meclislere farklı siyasal çoğunlukların hakim olması halinde yasama faaliyetleri sadece yavaşlamakla kalmayıp aynı zamanda tıkanma tehlikesine de sahiptir. Nitelikli çoğunluk gerektiren yasama işlemi sayısı ne kadar çoksa veya gereken nitelikli çoğunluğun miktarı ne kadar yüksekse sistemin tıkanma ihtimali de o denli artacaktır. Örneğin, anayasa değişikliği için her iki meclisin de nitelikli çoğunluğunun oyunun gerektiği bir sistemde farklı siyasi görüşlere sahip çoğunlukların ortak bir paydada buluşması oldukça zor olacaktır. Böyle bir sistemde gerekli kanunların ve anayasa değişikliklerinin yapılması oldukça zordur. Diğer yandan, çift meclis sisteminde bir tıkanma veya herhangi bir olumsuz durum yaşandığında sorumlunun kim olduğu da belirsizleşecektir. Böyle bir sistemde sorumluluk doğurucu herhangi bir durumda iki meclisin de birbirini suçlaması olasıdır.

3. Değerlendirmemiz

Çift meclis sisteminin yasama faaliyetlerine katkısı konusunda hem olumlu görüşün hem de olumsuz görüşün doğru yanları olduğunu düşünmekteyiz. İki meclisin de eşit yetkilere sahip olduğu bir sistemde birinci meclisin geçirmek istediği bir kanun teklifi ikinci meclis tarafından reddedilebilir. Farklı siyasi görüşlerin çoğunluğu oluşturduğu bir çift meclis sisteminde bu ihtimal daha da kuvvet kazanmaktadır. Bu nedenle, olumsuz görüşün ifade etmiş olduğu üzere çift meclis sisteminin yasama faaliyetlerini yavaşlatacağı veya tıkayabileceği ihtimali gerçek bir olasılık olarak belirmektedir. Ancak, yasama faaliyetlerinin yavaşlamasının veya tıkanmasının başlı başına kötü bir şey olmadığını da bu noktada

belirtmek gerekir. Yasama faaliyetlerinin yavaşlaması, faaliyetlerin daha kaliteli hale gelmesi için ödenmesi gereken bir bedeldir ve bu nedenle hızın kesinlikle iyi bir şey olduğunu söyleyebilmek bizce mümkün değildir. Diğer yandan, gerekli durumlarda çift meclis sistemlerinde de oldukça hızlı karar⁶⁴ alınabilmektedir. Yasama faaliyetlerinin tıkanması argümanına gelindiğinde ise bu argümanın bazı açılardan çelişki barındırdığı görülmektedir. Şöyle ki, yasama faaliyetlerinin tıkanmış olduğundan bahsedebilmek için gerekli bir kararın alınamamış olması gerekir. Oysaki neyin gerekli olup olmadığının belirlenmesinde objektif bir kriter bulunmamaktadır ve ikinci meclisler bu hususta da denetim yapmakla yetkilidir. Bu nedenle, ikinci meclisin bir kararı gerekli görmemesi sebebiyle almaması halinde sistemin tıkanmış olduğundan bahsetmek objektif bir temele oturtulabilecek bir iddia gibi görünmemektedir. Kısacası, tıkanma argümanı bir kararın alınmasının gerekli olduğunu baştan varsaymakta ve neyin gerekli olup olmadığı hususunda karar vermeye yetkili olan ikinci meclis bu kararı almazsa sistemin tıkanmış iddiasında bulunmaktadır. Bu nedenle de bizce çelişkiye düşmektedir. Bu argüman yalnızca anayasanın yapılmasını emrettiği bir hususta karar alınamaması durumunda geçerli sayılabilir ancak bu durumda dahi neyin gerekli olduğunu varsaydığımızı göre sistemi tıkayanın ikinci meclis değil birinci meclis olduğunu iddia edebilmek mümkün olabilecektir. Sadece, halkın iradesi ile ikinci meclisin iradesinin uyuşmadığı bir durumda bizce tıkanmadan bahsedilebilir ancak bu ise hem tespit edilmesi çok zor bir durumdur hem de bu anlamda tıkanıklık tek meclis sistemlerinde görülebileceği gibi çift meclis sistemlerinde birinci meclis tarafından da yaratılabilir. Özetle, ikinci meclisin yasama faaliyetlerini yavaşlatabileceği ve tıkeyebileceği iddiasına oldukça temkinli yaklaşmak gerekir.

⁶⁴ Karar kavramını bu noktada tüm yasama faaliyetlerini kapsayacak şekilde kullanmaktayız.

Öte yandan, işbirliği içerisinde çalışan iki farklı meclisin yasama faaliyetlerini daha kaliteli hale getireceği de yadsınmaz bir gerçektir. Bu nedenle olumlu görüşün de doğru yanları bulunmaktadır. Sonuç olarak, çift meclis sisteminin yasama faaliyetlerine gerçek manada bir kalite katabilmesinin iki meclis arasındaki işbirliği ve uzlaşma kültürüne bağlı olduğu kanısındayız. Teorik olarak var olan bu ihtimaller, çift meclis sisteminin uygulandığı ülkenin siyasi kültürüne göre olumlu veya olumsuz bir özelliğe dönüşecektir.

C. Çift Meclis Sistemi ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Devlet iktidarının ülke sınırları içerisindeki en üstün iktidar olmasını ifade eden egemenlik, devletin kurucu unsurlarından birisidir.⁶⁵ Devletin kişileri yargılaması, ceza vermesi, vergi toplaması, savaş kararı alması ve para basması gibi hususlar egemenlik unsurundan kaynaklanmaktadır.⁶⁶ Devlet iktidarının en üstün iktidar olması sebebiyle kişiler karşısında sahip olduğu bu büyük gücün sınırlanması amacıyla çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Bu fikirlerden biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre egemenlikten doğan yetkiler tek bir organ tarafından değil üç ayrı organ tarafından kullanılmalıdır.⁶⁷ Bu organlar ise yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. Bu organların görev ve yetkilerini en kısa tabirle anlatacak olursak: yasama organı, herkes için geçerli kurallar koyar; yürütme organı, yasama organı tarafından konulan kuralları uygular ve yargı organı, kuralların konuluşunda ve uygulanışında ortaya çıkan

⁶⁵ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 77-84; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 496-503.

⁶⁶ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 79; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 498.

⁶⁷ Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 15; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 198; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 285; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 199.

uyuşmazlıkları çözer.⁶⁸ Kısacası, bir devlet organının başka bir devlet organı tarafından sınırlanarak özgürlüklerin güvence altına alınması kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel amacıdır.⁶⁹ Egemenlikten doğan yetkiler üç farklı organ tarafından kullanıldığı gibi bu organlar da kendi içerisinde ayrılabilir. Nitekim, çift meclis sistemini benimsemiş ülkelerde yasama işlevi iki farklı meclisten oluşan parlamentolar tarafından kullanılmaktadır. Bu açıdan, yasama işlevinin iki farklı meclisten oluşan bir parlamento tarafından yerine getirilmesinin uygunluğu tartışma konusudur.

1. Olumlu Görüş⁷⁰

Devlet iktidarını kullanan organların birbirinden ayrılması gibi üç temel devlet organından biri olan yasama organının da kendi içerisinde iki farklı meclise ayrılması kuvvetler ayrılığı ilkesine daha uygundur. Bazı modern demokratik devletlerde yürütme organı bir tarafta devlet başkanından diğer yanda ise bakanlar kurulundan oluşan çift kanatlı bir yapıya sahip olabilmektedir. Nitekim yargı organı da ülke geneline yayılmış

⁶⁸ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 223; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 892; Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, 4.

⁶⁹ Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 61, no. 3 (2006): 155; Uygun, *Demokrasi*, 121-122; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 40; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 285; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 200.

⁷⁰ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 842-843; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 82, 85, 87; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1955): 75-76, 80-81; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 30-32, 44-45; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 115; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 287; İba, *Parlamento Hukuku*, 24; Heywood, *Siyaset*, 472; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 369-370; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 211.

mahkemelerden oluşmaktadır. Bu nedenle, yasama organının da kendi içerisinde ikiye ayrılmasının kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişir bir yanı da bulunmamaktadır. Oluşum açısından olduğu gibi işleyiş açısından da çift meclis sistemi kuvvetler ayrılığı ilkesine daha uygundur. Yasama organının da kendi içerisinde iki farklı meclisten oluşması, birinci meclisin yetki aşımına varan faaliyetlerine ikinci meclis tarafından mani olunarak sistemin dengelenmesini sağlayabilir. Özellikle tek meclisli sistemlerde meclisin kendisini milli iradenin tezahürü olarak görmesi despotik davranışlarda bulunmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu despotik eğilim, insan hakları açısından büyük bir tehlike teşkil etmektedir çünkü çoğunluğun azınlık üstündeki despotluğunun yarattığı etki de bir monarkın despotluğunun yarattığı etkiye eşdeğer hatta kimi zaman daha şiddetli olabilmektedir.⁷¹ Öte yandan, parlamento çoğunluğunun ve yürütme organı mensuplarının aynı partiden olması, aynı zamanda parlamento çoğunluğunu oluşturan partinin lideri ve ileri gelenlerinden oluşan yürütme organını despotik eğilimler içerisine sokabilmektedir. İkinci bir meclisin var olduğu çift meclis sisteminde birinci meclisin ve yürütme organının bu despotik eğilimlerine ikinci meclis tarafından engel olunabilir ve böylelikle yürütme organının parlamento üzerinde hakimiyet kurmasına mani olunmuş olunur.

⁷¹ Bu noktada John Stuart Mill'in şu sözü oldukça anlam kazanmaktadır: *"Toplum, yanlış kararlar verdiğinde ya da karışmaması gereken şeylere karıştığı takdirde en büyük siyasal despotizmden daha ürkütücü bir toplumsal despotizme imza atar. Toplum, devlet kadar fiziksel anlamda ağır ve alışlagelmiş cezalar vermese de toplumsal despotizm hayatın en küçük ayrıntısına kadar nüfuz ederek bireyin ruhuna işler ve kaçış yolu bırakmaz. Bu açıdan, yöneticilerin despotizmine karşı önlemler almak yeterli değildir, aynı zamanda toplumdaki hakim görüşün yaratacağı diktaya karşı da korunmak gereklidir"*. John Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine*, çev. Seyit Berkay Tartıcı (İstanbul: Karbon Kitaplar, 2020), 9.

2. Olumsuz Görüş⁷²

Egemenlik bazı düşünürler tarafından tek, bölünemez, sınırlanamaz ve mutlak nitelikte görülmektedir. Bu düşünürler, egemenliğin tekliği ve bölünmezliğine aykırı düşmesi sebebiyle çift meclis sistemine karşıdır. Tek ve bölünemez nitelikte olmasından ötürü egemenliğin ancak tek bir meclis tarafından kullanılabilmesi fikrindedirler. Nitekim, bu kanıdaki düşünürlerden biri olan Emmanuel Sieyes'e göre milli iradeyi ikiye bölmesi nedeniyle çift meclis sistemi kabul edilemez nitelikte bir sistemdir.

3. Değerlendirmemiz

Günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesi demokratik sistemlerin vazgeçilmezlerinden biri olarak görülmektedir. Bu nedenle çift meclis sistemine egemenliğin tekliği ve bölünmezliği fikrinden hareketle karşı çıkmanın modern devletler açısından geçerli bir argüman oluşturmadığı kanısındayız. Diğer yandan, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabulünün çift meclis sistemini zorunlu kılmadığını da belirtmek gerekir. Danimarka, İsveç ve Norveç gibi günümüzde tek meclis sistemini benimsemiş birçok demokratik ülke de bulunmaktadır. Bu nedenle kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı bir ülkede parlamento çift meclisten oluşabileceği gibi tek meclisten de oluşabilir. Çift meclis sistemi ve kuvvetler ayrılığı ilkesine salt bu açıdan bakıldığında çift meclis sistemi bir zorunluluktan ziyade siyasi bir tercihten kaynaklanmaktadır. Ancak bu hususta olumlu görüşün ifade etmiş olduğu üzere iki farklı meclisin birbirini dengeleyebileceği ihtimali de gözardı edilmemesi gereken bir iddidir. Çift meclis sisteminde birinci

⁷² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 842; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 73, 90; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 34; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 114; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370.

meclisin aşırılıkları ikinci meclis tarafından törpülenebilir ve böylelikle sistemin dengelenmesi sağlanarak çoğunluğun tiranlığına engel olunabilir.

D. Çift Meclis Sisteminin Yürütme ve Yasama Organlarının İstikrarına Etkisi

Yasama organının temel işlevlerinden biri de yürütme organını denetlemektir. Hükümet sisteminin şekline ve ülkelerin siyasi tercihlerine bağlı olarak yasama organının yürütme organını denetleme araçları da değişebilmektedir. Soru sorma, genel görüşme, meclis araştırması ve soruşturması gibi araçlar yasama organlarının bu konuda genellikle sahip olduğu temel yetkililerdir.⁷³ Öte yandan, parlamenter hükümet sistemini benimsemiş devletlerde bakanlar kurulu yasama organının güvenine dayalı olarak iş görebildiğinden yasama organı güvensizlik oyu vererek mevcut bakanlar kurulunu düşürebilir ve yerine yeni bir bakanlar kurulu kurabilir.⁷⁴ Yasama organının yürütme organını denetleme açısından sahip olduğu bir diğer önemli yetki ise devlet bütçesini düzenleme yetkisidir. Yasama organı bu işlevini bütçe kanunu aracılığıyla yerine getirir. Bütçe kanunu, devletin gelir ve giderlerini düzenleyen ve bir sene

⁷³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 944; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 367-370; Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, 8.

⁷⁴ Halit Tunçkaşık, "Parlamenter Sistem: Teori, Pratik ve Tartışmalar," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2017), 1; Hakan Özdemir, *100 Soruda Hükümet Sistemleri* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 14.

Başkanlık hükümet sistemini benimsemiş devletlerde ise başkan yasama organının güvenine dayanmadığı için bu ülkelerde başkanın izlemiş olduğu politika nedeniyle yasama organı tarafından görevden alınabilmesi mümkün değildir. Halit Tunçkaşık, "Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik ve Tartışmalar," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2017), 1; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 146.

boyunca geçerli olmak üzere çıkarılan özel nitelikte bir kanundur.⁷⁵ Bütçe kanunu yasama organı tarafından kabul edilmeden yürütme organının harcama yapamaması ve bu nedenle iş göremez duruma gelmesi nedeniyle bütçe kanununu kabul yetkisi yasama organının yürütme organını denetlemesi açısından oldukça önemli bir yetkidir.⁷⁶ Örneğin, devlet organlarının birbirini dengelemesi ve frenlemesi esası üzerine kurulu bir başkanlık sistemine sahip olan ABD’de parlamento bütçe kanununu kabul etmezse başkan iş göremez hale gelmekte ve bütçe kanununu kabul etmeleri için parlamenterlerin isteklerini dikkate almak zorunda kalmaktadır.⁷⁷ Parlamenter hükümet sistemlerindeyse bütçe kanununun parlamento tarafından reddedilmesi bakanlar kurulunun istifa etmesini gerektirecek derecede önemli bir olaydır çünkü parlamento bütçe kanununu reddederek bakanlar kuruluna bir nevi güvensizlik oyu vermiş olmaktadır.⁷⁸ 1965 yılı bütçe görüşmelerinde bütçe kanunu kabul edilmeyen

⁷⁵ Şeref İba, “TBMM Bütçe Maratonu ve Rekorları Üzerine 10 Saniye/Karar Hızıyla (2 Saat 57 Dakikada 1006 Karar) Oylama, Birleşim ve Konuşma Uzunluğu Rekorları ve Süzgeç Madde Uygulaması,” iç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010), 443-445; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 962; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 387.

⁷⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 962; Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi, Başkanlık Sistemi Mi, Yoksa Neverland Sistemi Mi,” iç. *Elveda Anayasa*, ed. Kemal Gözler (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 67.

⁷⁷ Akın Türer ve Ercan Çeliker, “Federal Bütçenin Kongrede Görüşülmesi,” iç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 281-282; Konur Alp Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Yayınevi, 2017), 70-73; Murat Bilgin ve Hüdaî Şencan, “Kongrenin Denetim Araçları,” iç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 198.

⁷⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 963.

İnönü hükümetinin istifa etmesi bu duruma örnek olarak verilebilir.⁷⁹ Yürütme organının yaptığı atamaların ve uluslararası antlaşmaların yasama organının onayına tabi olması ve yasama organının rızasını almaksızın yürütme organının olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş ilan edememesi gibi bazı ülkelerde görülen durumları da yasama organının yürütme organı üzerinde sahip olduğu diğer denetim araçlarına örnek olarak saymak mümkündür.⁸⁰ Görüldüğü üzere ülkeyi yönetmekle görevli olan ve bu görev nedeniyle birçok önemli yetkiye sahip olan yürütme organının alacağı kararlar devletin geleceği açısından büyük önem arz etmektedir. Sahip olduğu bu büyük önem nedeniyle halkın temsilcilerinden oluşan yasama organı yürütme organını denetlemekte ve bu denetim esnasında sorunlar çıkabilmektedir. Hazırladığı bütçe kanunu parlamento tarafından kabul edilmeyen yürütme organı iş göremez hale gelebilmekte veya parlamenter hükümet sistemlerinde sık sık bakanlar kurulu düşürülmesi neticesinde hükümet istikrarsızlıkları yaşanabilmektedir. Bu sorunlar neticesinde ise ülke istikrarlı bir hükümetten mahrum kalabilmekte ve sık sık parlamento seçimlerinin yenilenmesi yoluna başvurulabilmektedir. Bu nedenle, çift meclis sisteminin yürütmenin denetimi konusunda daha elverişli olup olmadığı önemli bir tartışma konusudur. İkinci bir meclisin varlığının hükümet istikrarına katkıda bulunup bulunmayacağı önem arz etmektedir.

Öte yandan, yasama organının devamlılığı noktasında da çift meclis sistemi önem kazanmaktadır. Halk tarafından seçilen kişilerin ömür boyu görev yapması demokrasiyle bağdaşmaz

⁷⁹ Suavi Aydın ve Yüksel Taşkın, *1960'tan Günümüze Türkiye Tarihi* (İstanbul: İletişim Yayınevi, 2018), 133; Mehmet Ali Birand, Can DüNDAR ve Bülent Çaplı, *12 Mart* (İstanbul: Can Yayınevi, 2016), 138-141; Feroz Ahmad, *Demokrasi Sürecinde Türkiye*, çev. Ahmet Fethi (İstanbul: Hil Yayınevi, 2020), 227.

⁸⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 387.

niteliktedir çünkü böyle bir durumda egemenliğin halka ait olması ilkesi sözde kalmış olacaktır.⁸¹ Bu nedenle, yasama organı üyelerinin veya bir diğer deyişle parlamenterlerin halk tarafından seçilmesi, demokrasi için gerekli bir şart olsa da yeterli değildir. Demokratik bir siyasal rejimden bahsedilebilmesi için seçilen bu temsilcilerin belirli zaman aralıklarıyla yenilenmesi gerekmektedir. Bu süre demokratik devletlerde genellikle dört veya beş sene olarak uygulanmaktadır.⁸² Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, çift meclis sisteminin uygulandığı ülkelerdeki genel bir eğilim ikinci meclislerin birinci meclislerden daha uzun süre görev yapmasıdır.⁸³ Örneğin, 1961 Anayasası döneminde milletvekilleri dört sene görev yaparken senatörler altı sene görev yapmaktaydı (md. 69/1, 73/1). Bu konuda tartışma yaratan husus ise ikinci meclislerin birinci meclislerden daha uzun süre görev yapması nedeniyle kısmi olarak yasama organının devamlılığının sağlanmasının gerekli olup olmadığıdır.

1. Olumlu Görüş⁸⁴

Her hükümet sisteminde yasama ve yürütme organı arasında zaman zaman çeşitli sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunlar bazen krizlere de yol açabilmektedir. Çift meclis

⁸¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 705; Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 10.

⁸² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 705.

⁸³ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 84; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 209-210; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 836.

⁸⁴ İba, *Parlamento Hukuku*, 23-24; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 843-844; Heywood, *Siyaset*, 472; Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler," (1954): 86; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 31-32; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 370; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 212.

sisteminde ikinci meclis, yasama ve yürütme organları arasında çıkan bu sorunları çözüme arbuluculuk vazifesi görerek sorunların çözümüne katkıda bulunabilir. Böylelikle ikinci meclisler sistemin istikrarına katkıda bulunmuş olur. Diğer yandan, tek meclis sistemlerinde yasama döneminin bitimiyle birlikte tamamen veya büyük oranda yeni bir meclis işbaşı yapabilmektedir. Bu ise kamuoyundaki değişikliklere bağlı olarak oldukça radikal değişimlere sebebiyet verebilir. İkinci bir meclisin varlığı bu radikal değişimlerin daha yumuşak gerçekleşmesini sağlayabilir. Tek meclis sisteminde yasama döneminin bitimiyle birlikte yapılan seçimler sonucunda tamamen yeni üyelerden oluşan bir meclisin göreve gelmesi mümkünken; çift meclis sisteminde ikinci meclislerin, birinci meclislerin yasama dönemlerine nazaran daha kısa sürelerde yapılan kısmi seçimlerle sürekli olarak yenilenmesi ve ikinci meclisi oluşturan üyelerin tek bir seçimle topyekün değiştirilmesinin mümkün olmaması, ikinci meclislerde birinci meclislerde var olan anlamıyla bir yasama dönemi kavramının bulunmamasına sebebiyet vermektedir. Bu ise kamuoyunda meydana gelen değişimlerin meclis üye kompozisyonuna birden bire yansımaya mani olarak hem dönemler arasında daha yumuşak bir geçiş sağlamak hem de yasama organının üye kompozisyonunda kısmi bir devamlılık sağlamaktadır. Bundan ötürü, ikinci bir meclisin varlığı sistemin istikrarı ve devamlılığına katkıda bulunmaktadır.

2. Olumsuz Görüş⁸⁵

Yasama ve yürütme organları arasındaki uyumsuzluklarda ikinci meclisin sorunlara daha iyi çözümler getirebileceğinin bir garantisi yoktur. Tam aksine ikinci meclis, yasama ve yürütme arasında var olan sorunların daha da karmaşıklaşmasına ve zorlaşmasına da sebebiyet verebilir. Diğer yandan, güçlü iki

⁸⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 841-842; Heywood, *Siyaset*, 472.

meclisin varlığı yasama organını yürütme organına hakim hale getirerek hükümetin hareketsiz kalmasına ve siyasi istikrarsızlığa da sebebiyet verebilir. Örneğin, parlamenter hükümet sistemine sahip bir ülkede bakanlar kurulunun hem birinci hem de ikinci meclise karşı sorumlu tutulması halinde şayet iki meclise farklı siyasi çoğunluklar hakimse bakanlar kurulu iş göremez hale gelebilir. Böyle bir durumda, bakanlar kurulu güvensizlik oyu almamak için farklı siyasi çoğunlukların karşıt isteklerini yerine getirmeye çalışarak yasama organının emrinde çalışan bir kurula dönüşür ve özerk olan varlığını kaybeder. Bakanlar kurulu her iki meclisin taleplerini dikkate almak istemezse meclislerden biri tarafından sürekli düşürülerek hükümet istikrarsızlığına sebebiyet verilebilir. Çift meclis sisteminin yasama organı istikrarına etkisi noktasında ise kamuoyundaki değişikliklerin parlamentoya birden bire değil de yumuşak bir şekilde yansması için makul bir gerekçe bulunmadığını belirtmek gerekir. Halkın görüşü değişmişken halkın eski görüşlerini yansıtan üyelerin parlamentoda bulunması için bir neden yoktur.

3. Değerlendirmemiz

Yasama ve yürütme organları arasında çıkabilecek sorunlarda ikinci meclisin sorunun çözümüne katkısı noktasında hem olumlu görüşün hem de olumsuz görüşün ifade etmiş olduğu fikirlerde doğruluk payı olduğu kanısındayız. İki görüşün de ifade etmiş olduğu hususların uygulamada gerçekleştirilme ihtimali bulunmaktadır. Bu görüşlerin haklılık payı, parlamenterlerin tutumuna bağlıdır. Çift meclis sisteminin yasama organının devamlılığını kısmi olarak sağladığı ise bir hakikattir ancak bu devamlılığın gerekli olup olmadığı konusunda kesin bir yargıya varabilmek bizce mümkün değildir. Kamuoyundaki değişimlerin meclis üye kompozisyonuna birden bire ve toptan yansması veya bu yansımının kısmi seçimlerle yenilenen ikinci bir meclisin

varlığıyla yumuşatılması siyasi birer tercih olup birinin diğerinden daha iyi olduğunu kesin bir şekilde iddia edebilmek mümkün görünmemektedir.

III. ÇİFT MECLİS SİSTEMİ TÜRLERİ

Çift meclis sistemi her ülkede aynı şekilde uygulanmamaktadır. Meclislerin siyasi niteliği, üyelerinin seçim şekilleri ve yasama işlevinin yerine getirilmesinde sahip oldukları ağırlık bakımından parlamentoyu oluşturan meclisler farklı özelliklere sahip olabilmektedir. Bu nedenle çift meclis sistemlerini sınıflama ihtiyacı doğmaktadır. Bu bölümde iki ana başlık altında çift meclis sistemlerinin temel türleri incelenmiştir.

A. Siyasi Niteliği Açısından Çift Meclis Sistemi Türleri

Bazı ülkelerde siyasal sistemin zorunlu bir unsuru olmasından ötürü, bazı ülkelerde ise siyasi bir tercihten kaynaklı olarak çift meclis sistemi uygulanmaktadır. Bununla birlikte, siyasi bir tercihten ötürü çift meclis sisteminin uygulandığı ülkelerde de bu tercih birçok farklı sebebe dayanmaktadır. Bu kısımda ise bir zorunluluğun eseri olan federal çift meclis sistemi ile siyasi tercihlerin eserleri olan demokratik, aristokratik ve korporatif çift meclis sistemleri sırasıyla incelenmiştir.

1. Federal Çift Meclis Sistemi

Üniter devlet⁸⁶, devletin kurucu unsurlarından biri olan egemenliğin ülke genelinde tek kabul edildiği ve egemenliği kullanan organların hukuksal dayanağının bu tekil egemenlik

⁸⁶ Bu devlet şekline öğretide tek devlet, tek yapılı devlet, basit devlet gibi isimler de verilmektedir.

olduğu devlet şeklidir.⁸⁷ Bu nedenle, üniter devletlerde hukuki ve siyasal örgütlenme tektir.⁸⁸ Günümüzden Fransa, İtalya, Japonya ve Türkiye bu devlet şekline örnek olarak verilebilir. Federasyon devlet şekli⁸⁹ ise birden fazla bölgenin iç egemenlik yetkileri mahfuz kalmak üzere biraraya gelmesiyle oluşan birleşik bir devlet tipidir.⁹⁰ Federasyon, ülke çapında yetkili olan federal bölgeden ve biraraya gelerek federasyonu oluşturan federe bölgelerden oluşmaktadır.⁹¹ Federasyonlarda dış egemenliğe bağlı yetkileri kullanan ve uluslararası kişiliği olan tek bir bölge vardır o da federal bölgedir.⁹² Federe bölgelerin her biri iç egemenliğe sahiptir fakat dış egemenliğe bağlı yetkileri yoktur ve bu konuda federal bölgeye bağlıdır. Federe bölgelerin her birinin kendine ait yasama, yürütme ve yargı organları da

⁸⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 542-543; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 267-268; Faruk Bilir ve Murat Yanık, *Sorularla Anayasa Hukuku* (İstanbul: Der Yayınevi, 2013), 11; Oktay Uygun, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme," iç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*, ed. Oktay Uygun (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 647-648.

⁸⁸ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 60; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 267-268.

⁸⁹ Federasyonun ülke çapında yetkili unsuru olan federal bölgeye nispetle federasyon devlet şekline federal devlet de denilmektedir.

⁹⁰ Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 294; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 555; Bilir ve Yanık, *Sorularla Anayasa Hukuku*, 11-12.

⁹¹ Oktay Uygun, "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi," iç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*, ed. Oktay Uygun (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 601-602; Oktay Uygun, "Federalizm ve Bölgesel Özerklik Tartışmaları," iç. *Demokratik Anayasa*, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (İstanbul: Metis Yayınevi, 2012), 93; Uygun, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme," 647; Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 70; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 555.

⁹² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 555; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 301.

bulunmaktadır.⁹³ Federal ve federe bölgeler arasındaki yetki paylaşımı ise anayasayla güvence altına alınmıştır.⁹⁴ Federasyon devlet şeklini haiz devletlere ABD, Almanya, İsviçre, Kanada ve Rusya örnek olarak verilebilir.

Çift meclis sistemi açısından bu iki devlet şekli incelendiği zaman görülmektedir ki üniter bir devlet tek meclis veya çift meclis sistemlerinden birini tercih edebilir. Üniter devletlerde bu iki meclis sisteminden birinin benimsenmesi siyasi bir tercihten ibarettir.⁹⁵ Nitekim günümüzde üniter olup tek meclise sahip olan Türkiye gibi ülkeler olduğu gibi üniter olduğu halde çift meclis sistemini benimsemiş Fransa gibi ülkeler de bulunmaktadır. Çift meclis sisteminin lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler üniter devletler açısından önem arz etmektedir çünkü bu devlet şeklinde çift meclis sisteminin benimsenmesi bir zorunluluk değil siyasi bir tercihin eseridir. Federasyonlarda ise federal bölge ve federe bölgeler arasındaki yetki paylaşımının anayasayla yapılmış olmasının bir güvence teşkil etmesi ancak yasama faaliyetlerine federe bölgelerin katılmasıyla gerçek bir güvence niteliğine kavuşabilir. Bundan ötürü de federasyonlarda çift meclis sistemi zorunlu bir unsurdur.⁹⁶ Federasyonlarda çift meclisli parlamentoların bir

⁹³ Uygun, "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi," 602; Uygun, "Federalizm ve Bölgesel Özerklik Tartışmaları," 93-94; Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 70; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 559; Bilir ve Yanık, *Sorularla Anayasa Hukuku*, 12.

⁹⁴ Uygun, "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi," 602; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 555; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 302; Bilir ve Yanık, *Sorularla Anayasa Hukuku*, 12.

⁹⁵ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 21, 30, 53-54; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 230.

⁹⁶ Bülent Yavuz ve Mahmut Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2012): 222;

kanadı federasyonun tüm halkını temsil eden üyelerden oluşurken; diğer kanadı, federe bölgelerin halklarını temsil eden üyelerden oluşmaktadır.⁹⁷ Kısacası, üniter devlet şeklini haiz bir devlet tek meclis veya çift meclis sistemi yönünde tercihte bulunabilirken; federasyon devlet şeklini haiz devletlerde çift meclis sisteminin benimsenmesi bu devlet şeklinin yapısından kaynaklı bir zorunluluktur.

Federal çift meclis sistemlerinde ikinci meclis genellikle her federe bölgeden eşit sayıda gönderilen üyelerden oluşmaktadır.⁹⁸ Örneğin, ABD’de nüfusuna ve coğrafi büyüklüğüne bakılmaksızın her federe bölge Senatoya iki temsilci göndermektedir.⁹⁹ Bununla birlikte, federe bölgelerin ikinci meclise nüfuslarıyla orantılı olarak katıldığı ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin, Almanya’da ve İsviçre’de durum böyledir. Almanya’da eyaletler nüfus miktarlarına bağlı olarak

Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 301; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 272; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 149; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 175.

Bununla birlikte Irak, Birleşik Arap Emirlikleri ve Venezuela gibi çift meclis sistemini benimsemeyen ancak aynı zamanda federasyon devlet şeklini haiz devletlerin bulunduğu da belirtmek gerekir ancak bu durum federasyon devlet şekline bir sapmayı ifade etmektedir. Baş ve Özcan, “Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” 206-207; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 132.

⁹⁷ Federe bölge parlamentoları ise çift meclisli olmak zorunda değildir. Nitekim, tek meclisli parlamentoya sahip birçok federe bölge bulunmaktadır. Örneğin, ABD’nin bir federe bölgesi olan Nebraska eyaleti tek meclisli bir parlamentoya sahiptir. Baş ve Özcan, “Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” 207; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku* (İstanbul: Filiz Yayınevi, 1969), 787.

⁹⁸ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 28; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 301; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 175.

⁹⁹ Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” 39; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 160.

üç ila altı arasında değişen sayıda üyeyi ikinci meclise yollamaktadır.¹⁰⁰ İsviçre’de ise tam kantonlar (eyaletler) ikinci meclise iki üye gönderirken yarım kantonlar bir üye göndermektedir.¹⁰¹

Son olarak, federal çift meclis sisteminin tarihine bakmak gerekirse; tarihteki ilk federal devletin ABD olması¹⁰² sebebiyle federal çift meclis sisteminin de ilk kez ABD’de ortaya çıktığını söyleyebilmek mümkündür. ABD Anayasasının yapılması esnasında parlamentonun oluşumuna ilişkin olarak iki farklı öneri ileri sürülmüştür. Virginia Planına göre federal parlamento iki farklı meclisten oluşmaktaydı ve birinci meclis üyeleri nüfus miktarları gözönüne alınarak doğrudan halk tarafından seçilirken, ikinci meclis ise yine nüfusları gözönüne alınarak eyaletler tarafından gönderilecek üyelere oluşmaktaydı.¹⁰³ Nüfus olarak kalabalık eyaletlerin hem birinci mecliste hem de ikinci mecliste çoğunluğu elde etmesine imkan sağlayan bu önerinin büyük eyaletlerin lehinde olduğu görülmektedir. İkinci plan ise New Jersey Planıdır. Bu plana göre federal parlamento her eyaletin eşit sayıda üye gönderdiği tek bir meclisten oluşmaktadır.¹⁰⁴ Bu öneri ise eyaletlerin nüfuslarını hiç dikkate almayarak her birine eşit statü tanımakta ve böylelikle ufak eyaletlerin artık temsiline imkan

¹⁰⁰ Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 124; Kadir Candan, “Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamenter Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti,” iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Yayınevi, 2017), 51. Örneğin, Bayern eyaleti ikinci meclise altı üye gönderirken Saarland eyaleti üç üye göndermektedir.

¹⁰¹ Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 288.

¹⁰² Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2017), 258; Heywood, *Siyaset*, 561; Heywood, *Siyasetin Temel Kavramları*, 331.

¹⁰³ Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 168; Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” 31.

¹⁰⁴ Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” 32; Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 168.

tanılmaktadır. ABD Anayasasının yapımında ise her iki plan da etkili olmuş ve birinci meclis olan Temsilciler Meclisinin nüfusları esas alınarak doğrudan halk tarafından seçilen üyelerden oluşması öngörülmüşken, ikinci meclis olan Senatonun ise her eyaletin göndereceği iki üyeden oluşması öngörülmüştür.¹⁰⁵ Her iki öneri arasında bir denge kurmuş olması nedeniyle ABD Anayasası “büyük uzlaş” olarak da anılmaktadır.¹⁰⁶

2. Demokratik Çift Meclis Sistemi

Demokratik çift meclis sistemi, ikinci meclis üyelerinin tamamının veya büyük çoğunluğunun halk tarafından seçildiği çift meclis sistemi türüdür. Demokratik devletlerde yasama organı üyelerinin halk tarafından seçilmelerinde farklı sistemler uygulanmaktadır.¹⁰⁷ Seçme ve seçilebilme şartları, seçimlerin kaç yılda bir yapılacağı, seçimlerin yapılmasına ilişkin kurallar, seçimlerin yargısal denetimi ve seçmenlerin vermiş olduğu oyların ne şekilde parlamentoya yansıtılacağı gibi hususlar ülkeden ülkeye değişmektedir. Öte yandan, seçim sistemleri bir yanda olabildiğince çok partinin parlamento kompozisyonunda yer almasını sağlamaya çalışan temsilde adalet ilkesi, diğer yanda ise parlamentoya olabildiğince az parti girmesini sağlayarak parlamentonun ve hükümetin yani yönetimin istikrarını hedefleyen yönetimde istikrar ilkesi gibi birbiriyle tamamen zıt iki ilkeyi bağdaştırmaya çalışan hukuk

¹⁰⁵ Anayasanın ilgili kısımları şöyledir: “*Temsilciler Meclisi her eyaletin halkı tarafından iki yılda bir seçilen üyelerden oluşacak ve...temsilciler ve doğrudan alınan vergiler, bu Birliğe dâhil olan eyaletler arasında...kendi nüfuslarına göre dağıtılacaktır...Birleşik Devletler Senatosu, her eyalet (yasama meclisi) tarafından altı yıl için seçilecek ikişer Senato üyesinden oluşacak; ve her Senatörün bir oyu bulunacaktır*”.

¹⁰⁶ Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” 32-33; Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 168-169.

¹⁰⁷ Candan, Solak ve Bilgin, *Dünyada Seçim Sistemleri*, 1.

kurallarıdır.¹⁰⁸ Bu iki ilkeyi uzlaştırmamanın kesin bir yolu olmadığı için demokratik olarak kabul edilen ülkelerde çeşitli seçim sistemleri uygulanmaktadır.

İkinci meclis üyelerinin belirlenmesinde ise birinci meclislerin oluşumundan ayrılan bazı yönler bulunabilmektedir. Bazı ülkelerde senatörler seçimle değil; atamayla veya doğrudan ikinci meclis üyesi olmaktadır. Ayrıca bu senatörlerden bazıları ömür boyu ikinci meclis üyeliği yapmaktadır. Örneğin, ABD¹⁰⁹, Romanya¹¹⁰, Japonya¹¹¹ ve Polonya'da¹¹² ikinci meclis üyelerinin tamamı doğrudan halk tarafından seçilmekteyken; İrlanda'da on biri başbakan tarafından¹¹³; İtalya'da beşi ömür boyu üyelik yapmak üzere cumhurbaşkanı tarafından¹¹⁴; Almanya'da ise senatörlerin tamamı eyalet hükümetleri tarafından atanmaktadır.¹¹⁵ 1913 yılına kadar ABD'de de ikinci meclis üyeleri eyalet yasama

¹⁰⁸ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 220; Türk, "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih," 445-446.

¹⁰⁹ Koçak, "ABD Başkanlık Sistemi: 'Ayrı' ama 'Birlikte' Çalışan Organlar," 39.

¹¹⁰ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 61.

¹¹¹ Hüdai Şencan, "Japonya Hükümet Sistemi: Yarışan Partiler Değişmeyen İktidar," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Yayınevi, 2017), 304.

¹¹² Kadir Candan, "1989 Sonrası Doğu Bloku Ülkelerinde Demokratikleşme Süreci: Polonya Cumhuriyetinde Yarı-Başkanlık Sisteminin Dönüşümü," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Yayınevi, 2017), 116.

¹¹³ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 106.

¹¹⁴ Mehmet Solak, "İstikrarsız Hükümetler ve Sürekli Reform Arayışı: İtalya'da Parlamenter Sistem," iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Yayınevi, 2017), 242.

¹¹⁵ Candan, "Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamenter Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti," 51.

meclisleri tarafından atanmışlardır.¹¹⁶ Atanan üyeler olduğu gibi doğrudan ikinci meclise üye olan doğal üye statüsünde kişiler de bulunmaktadır. Örneğin, İtalya’da eski cumhurbaşkanları ikinci meclisin doğal üyesidir.¹¹⁷ 1961 Anayasasına göre eski cumhurbaşkanlarının ve 27 Mayıs Darbesini gerçekleştiren Milli Birlik Komitesi üyelerinin doğal üye sayılmaları da bu duruma bir diğer örnektir. İkinci meclis üye kompozisyonunun oluşumunda değineceğimiz diğer bir durum ise bazı senatörlerin iki dereceli bir seçimle belirleniyor olmasıdır. Örneğin, İspanya’da ikinci meclis üyelerinin bir kısmı özerk topluluklar tarafından dolaylı olarak seçilmektedir.¹¹⁸ Günümüz Fransa’sında da senatörler iki dereceli bir seçimle seçilmektedirler.¹¹⁹

Senatörlerin halk tarafından doğrudan seçilmeyip çeşitli yollarla ikinci meclis üyesi olmaları, ikinci meclislerin demokratik meşruluklarına zarar vermektedir. İkinci meclis üyelerinin anti demokratik yollardan seçimi, ikinci meclislerin sahip oldukları yetkilerin meşruluğunu da tartışmalı hale getirmektedir. Halk tarafından seçilmeyen kişilerin halk iradesini temsil eden parlamentolarda yer alması bizce demokrasi ile bağdaşmaz niteliktedir. Bu nedenle atama yoluyla

¹¹⁶ Kasım Erdem, “Anayasal Organlar ve Kuvvetler Ayrılığı,” iç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 4; Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: ‘Ayrı’ ama ‘Birlikte’ Çalışan Organlar,” 40.

¹¹⁷ Solak, “İstikrarsız Hükümetler ve Sürekli Reform Arayışı: İtalya’da Parlamenter Sistem,” 242.

¹¹⁸ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 120.

¹¹⁹ Baş ve Özcan, “Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” 214; Fatih Çağrı Ocaklı et al., *Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 8; Hüdayi Şencan, “Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi,” iç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi*, ed. Havvana Yapıcı Kaya (Ankara: TBMM Basımevi, 2014), 61.

ve doğal üye olarak senatör olacak üyelerin miktarının asgari düzeyde tutulması gerekir. İkinci meclis üyelerinin tamamının veya büyük çoğunluğunun anti demokratik yollardan senatör sıfatını kazanması vesayet demokrasisine yol açabilecek nitelikte bir uygulamadır.

Hem üyelerinin büyük çoğunluğunun halk tarafından seçiliyor olması nedeniyle demokratik bir çift meclis sistemi olması hem de halk tarafından seçilmeyen üyeleri de bünyesinde barındırmasından ötürü vesayetçilik eleştirilerine maruz kalması nedeniyle 1961 Anayasasının kurmuş olduğu TBMM bu konuda güzel bir örnektir. 1961 Anayasasına göre TBMM, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan oluşmaktadır (md. 63/1). Millet Meclisi halk tarafından seçilen dört yüz elli milletvekilinden oluşmaktadır (md. 67). Cumhuriyet Senatosu ise halk tarafından seçilen yüz elli senatör, cumhurbaşkanı tarafından atanan on beş senatör ile doğal senatörler olan eski cumhurbaşkanları ve 27 Mayıs Darbesini gerçekleştiren Milli Birlik Komitesi üyelerinden meydana gelmektedir (md. 70). Görüldüğü üzere Cumhuriyet Senatosunun büyük bir çoğunluğu halk tarafından seçilen senatörlerden oluşmaktadır. Bu nedenle 1961 Anayasasının kurmuş olduğu TBMM, bizce demokratik çift meclis sisteminin bir örneği olarak sayılabilir. Cumhurbaşkanıya tanınan az sayıda üye atama yetkisi ve eski cumhurbaşkanlarının doğal üye sayılmaları ise demokratik devletlerde de görülebildiğinden bizce ikinci meclisin demokratik niteliğine zarar vermemektedir. 1961 Anayasasının kurmuş olduğu ikinci meclisin demokrasi teorisi açısından sorun yaratan ve vesayetçilik eleştirilerine sebep olan yönü, darbeci subayların Cumhuriyet Senatosunun doğal üyeleri haline getirilmiş olmasıdır. Hiçbir temsili niteliğe sahip olmayan ve Cumhuriyet Senatosunda bulunmalarında bir kamu yararı da olmayan bu üyelerin varlığı genel oya güven duyulmadığını göstermesi

nedeniyle demokrasi teorisiyle uyumsuzluk içindedir.¹²⁰ Ordu mensuplarının yasama organına katılarak sivil yönetim üzerinde söz sahibi olması vesayetçi bir nitelik taşımaktadır.¹²¹ Nitekim bu üyelerin varlığı 1961 Anayasası döneminde de eleştiri konusu olmuş ve Cumhuriyet Senatosunun meşruiyetine zarar vermiştir.¹²²

3. Aristokratik Çift Meclis Sistemi

Doğrudan veya dolaylı olarak halk tarafından seçilmeyen ve kalıtım veya atama yoluyla senatör sıfatını kazanan üyelerden oluşan ikinci bir meclisin bulunduğu parlamento oluşum sistemine aristokratik çift meclis sistemi denilmektedir.¹²³ Üyelerinin halk tarafından seçilmemesi nedeniyle demokratik meşruiyetten yoksun olan bu çift meclis sistemi türü, demokrasi ile bağdaşmaz niteliktedir. Seçimle gelmeyen üyelerden oluşan ikinci meclise birinci meclisle eşit veya benzer yetkilerin tanınması ise sistemin anti demokratik niteliğini daha da pekiştirmektedir.

Aristokratik çift meclis sisteminin günümüzdeki örneklerinden biri İngiltere'dir. Daha önce de belirttiğimiz üzere İngiliz Parlamentosu, Avam Kamarası ve Lordlar

¹²⁰ Soysal, *Anayasaya Giriş*, 278; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (İstanbul: Yapı Kredi Yayınevi, 2019), 399; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 45; Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (Ankara: Liberte Yayınevi, 2009), 116.

¹²¹ Serap Yazıcı, "Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Yetki ve Ayrıcalıkları: Sivilleşmeye Yönelik Anayasal ve Yasal Reformlar," iç. *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, ed. Serap Yazıcı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2012), 83.

¹²² Tunca Özgişi, *Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosu* (Ankara: TBMM Basımevi, 2012), 71-74; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1974), 234; Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye," 241.

¹²³ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 367.

Kamarasından oluşmaktadır. Avam Kamarası üyeleri halk tarafından seçilmektedir.¹²⁴ Lordlar Kamarası ise seçimle gelmeyen üyelerden oluşmaktadır. Yüksek din görevlilerinden oluşan ruhani lordlar, taç tarafından verilen ve altsoya intikal edebilen kalıtsal lordlar ve yine taç tarafından verilen ancak kalıtsal lordlardan farklı olarak soyluluk unvanları miras bırakılmayan ömür boyu lordlar, Lordlar Kamarasını oluşturan temel gruplardır.¹²⁵ Parlamantonun Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası olarak ikiye ayrıldığı ilk dönemlerde Lordlar Kamarası daha güçlü bir konumdayken İngiltere’de demokratik sistemin gelişmesine paralel olarak Lordlar Kamarası anti demokratik yapısı nedeniyle zamanla gücünü kaybetmiştir.¹²⁶ Günümüzde Lordlar Kamarası istemediği bir kanunun çıkmasına engel olamamakta, yalnızca kanunun çıkmasını bir

¹²⁴ Beyhan Kaptıkaçtı Kayatekin, Ercan Çeliker, Duygu Öksüz, Mehmet Burak Ünal ve Şeyma Seçilmiş, *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 6; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 470; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 139.

¹²⁵ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 367-368; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 145; Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 67-68; Kaptıkaçtı et al., *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, 5-6; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 476-479.

¹²⁶ Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 450; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 146; Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 63-66; Dinçkol, "İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi," 887.

süre için geciktirebilmektedir.¹²⁷ Bu nedenle uygulamada İngiliz sistemi tek meclis sistemi gibi işlemektedir.¹²⁸

Aristokratik çift meclis sistemine tarihimizden bir örnek ise Osmanlı Devletinin ilk ve tek anayasası olan 1876 Anayasasının Meclisi Umuminin bir kanadı olarak kurmuş olduğu Heyeti Ayan'dır (md. 42). Halkın saygısına layık ve devlet işlerinde övülesi işler yapmış olan bakan, vali, ordu komutanı, elçi, patrik gibi kişilerin Heyeti Ayan üyesi olabileceğinin anayasada ifade edilmiş olması atanacak kişilerin toplumun üst tabakasından olması şartı arandığını göstermektedir (md. 61-62). Öte yandan, atamalar halk tarafından seçilmemiş bir kişi olan padişah tarafından yapılmakta ve Heyeti Ayan üyeliği ömür boyu sürmektedir (md. 60, 62). Kısacası, Lordlar Kamarasına benzer olarak atanacaklarda toplumun üst tabakasından olma şartının aranması ve atamaların demokratik anlamıyla halkı temsil niteliği bulunmayan hükümdar tarafından yapılması bizce Heyeti Ayanın da aristokratik bir meclis olduğunu göstermektedir. Bu durum ise Osmanlı Parlamentosu olan Meclisi Umumiyyi aristokratik çift meclis sistemleri sınıfına sokmaktadır. Kanun yapım sürecinde (md. 53-55) ve anayasa değişikliklerinde (md. 116) Heyeti Ayanın Heyeti Mebusan ile eşit yetkili kılınmış olması 1876 Anayasasının kurmuş olduğu siyasal sistemin anti demokratik niteliğini pekiştirmektedir.

¹²⁷ Kaptıkaçtı et al., *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, 6; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 147; Bilgin, "Parlamentar Sistem'in Doğduğu Ülke: İngiltere," 208; Ertaş, "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci," 487; Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 178.

¹²⁸ Kama, "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme," 178.

4. Korporatif Çift Meclis Sistemi

Korporatif çift meclis sistemlerinde ikinci meclis, meslek gruplarının veya bazı toplumsal sınıfların temsil edilmesini sağlama amacıyla kurulmaktadır.¹²⁹ Korporatif nitelikte olan bir mecliste hangi mesleki ve toplumsal kategorilerin temsil edileceği, temsil edilecek kategorilere verilecek üye sayısının nasıl belirleneceği ve üyelerin seçiminde siyasi partilerin etkisinden nasıl korunulabileceği bu sisteme yöneltilen temel eleştirilerdir.¹³⁰ Öte yandan, söz konusu üyelerin kendi mesleki ve toplumsal kategorilerinin çıkarlarını kamu yararına öncelermeleri de pek muhtemeldir. Halkı temsil niteliği bulunmayan üyelerden oluşan ikinci meclisin birinci meclis karşısında önemli yetkilere sahip kılınmasının siyasi meşruiyetini sağlayabilmek de bir diğer sorundur. Kısacası, bazı toplumsal grupları halk iradesi üzerinde demokratik olmayan yollardan söz sahibi kılması nedeniyle bu sistemin demokrasiyle uyuşmadığı kanaatindeyiz. Bu sistemin günümüzde pek bir örneği bulunmamakla birlikte 1923 Romanya Anayasası, 1927 Yunanistan Anayasası ve 1953 Yugoslavya Anayasasının kurmuş olduğu çift meclis sistemleri geçmişten birer örnek olarak verilebilir.¹³¹

İrlanda, bu sisteme sahip olan günümüzdeki nadir örneklerden biridir.¹³² İrlanda Parlamentosu, Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşmaktadır. Temsilciler Meclisi, halk tarafından

¹²⁹ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 28; Ayferi Göze, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 162-165; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 369; Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1981), 268.

¹³⁰ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 108.

¹³¹ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 28-29; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 369; Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, 268.

¹³² Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 28; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 369.

seçilen üyelerden oluşmaktayken; Senato, üçü İrlanda Ulusal Üniversitesi, üçü Dublin Üniversitesi, kırk üçü çeşitli meslek grupları tarafından seçilen ve on bir tanesi de başbakan tarafından atanan toplam altmış üyeden oluşmaktadır.¹³³ Senatonun Temsilciler Meclisi karşısında hiçbir etkin yetkiye sahip olmayışı¹³⁴ Senatonun anti demokratik yapısı göz önüne alındığında oldukça olumlu bir gelişmedir. Bu nedenle İrlanda'daki sistemin de İngiltere'dekine benzer olarak tek meclis sistemi gibi işleyen bir çift meclis sistemi olduğunu söyleyebilmek bizce mümkündür.

Tarihimizde korporatif nitelikte bir çift meclis sistemi kuran bir anayasa olmamakla beraber bu sisteme benzer bir çift meclis sistemi kuran ve Kurucu Meclis tarafından hazırlanan 1961 Anayasasına temel alınan önemli bir anayasa tasarısı bulunmaktadır.¹³⁵ 27 Mayıs Darbesini gerçekleştiren Milli Birlik Komitesine bağlı olarak çalışan ve hukukçu öğretim üyelerinden oluşan anayasa komisyonunun hazırlamış olduğu anayasa tasarısında korporatif benzeri bir çift meclis sistemi kurulmaktaydı. Tasarıya göre TBMM, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu isimli iki meclisten müteşekkildi (md. 60/1). Millet Meclisi üyeleri halk tarafından seçilmekteydi (md. 65). Cumhuriyet Senatosu ise doğal, seçilmiş ve atanmış olmak üzere üç grup senatörden oluşmaktaydı (md. 69/1). Eski cumhurbaşkanları, yedi yıl Anayasa Mahkemesi başkanlığı yapmış kişiler ve darbeyi gerçekleştiren Milli Birlik Komitesi üyeleri Cumhuriyet Senatosunun doğal üyeleridir (md. 70,

¹³³ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 369; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 209; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 106.

¹³⁴ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 108-109; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 216-217.

¹³⁵ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 29-30.

geçici md. 1/1). Seçilmiş üyeler her beş yüz bin vatandaşa bir senatör düşecek şekilde halk tarafından seçilmektedir (md. 72/1). Atanmış üyeler ise iki temel gruptan oluşmaktadır. İlk grup, on beş kişi olup bunlar cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (md. 71). Atanmış üyelerin ikinci grubunu oluşturan ve Cumhuriyet Senatosuna korporatif benzeri bir yapı kazandıran grup ise seksen beş üyeden oluşmakta olup bu üyeler yüksek mahkemeler, Askeri Şura, üniversiteler, meslek teşekkülleri ve odalar gibi çeşitli kurumlar tarafından seçilmektedir (md. 73-74). Yaklaşık yüz seksen üyeden meydana gelen Cumhuriyet Senatosunun yaklaşık yüz otuz üyesinin seçimle göreve gelmemesi ve bu yüz otuz kişiden seksen beşinin de korporatif nitelikte oluşu, ikinci meclise tanınan önemli yetkiler de göz önüne alındığında hem tasarımı hazırlayan komisyondaki bazı üyeler tarafından hem de kamuoyundan oldukça eleştiri almıştır.¹³⁶

B. Meclislerin Birbirleriyle İlişkileri Bakımından Çift Meclis Sistemi Türleri

Sistemi oluşturan meclislerin üye kompozisyonlarına ve yasama faaliyetlerindeki konumlarına bakarak da çift meclis sistemlerini sınıflamak mümkündür. Bu doğrultuda, bu kısımda çift meclis sistemlerinin türleri incelenmiştir.

¹³⁶ 1961 Anayasasının Cumhuriyet Senatosuyla alakalı maddelerinin gerekçesinde ise şöyle denilerek Millî Birlik Komitesine bağlı olarak çalışan komisyonun benimsemiş olduğu korporatif çift meclis sistemi reddedilmiştir: “*Hemen işaret edelim ki demokratik ve kamu oyuna dayanan bir rejimde, bir sınıfın veya zümrenin ayrı bir temsile sahibolmasına ve genel oydan gelen veya genel oyun tasvibini kazanmış siyasi tercihlerin karşısında başka bir siyasi tercihin konulmasına imkan yoktur. Anayasanın egemenliğin kullanılmasına veya devlet idaresine, bir sınıf veya zümrenin bu sıfatla iştirakini meneden üçüncü maddesi bunu amir bulunmaktadır. Bu sebeple İstanbul tasarısının zümre ve korparosyon esasına dayanan ikinci meclisi kabul edilmemiştir*”.

1. Uyumlu ve Uyumsuz Çift Meclis Sistemleri

Uyumlu ve uyumsuz çift meclis sistemi ayrımı her iki meclisin üye kompozisyonları esas alınarak yapılmaktadır. Her iki meclise de aynı siyasal çoğunluk hakimse uyumlu çift meclis sisteminden; farklı siyasal çoğunluklar hakimse uyumsuz çift meclis sisteminden bahsedebilmek mümkündür.¹³⁷ Meclislere hakim olacak siyasal çoğunlukların belirlenmesinde seçim sistemi ve seçim günü büyük önem arz etmektedir. Aynı seçim sistemiyle aynı zamanda seçilen iki meclis, büyük ihtimal birbirine oldukça benzer nitelikte ve dahi birbirinin kopyası olabilecektir. Örneğin, her iki meclisin seçimlerinin aynı günde listeli çoğunluk sistemiyle yapılması halinde durum böyledir. Aynı seçim sistemiyle farklı zamanlarda seçilen iki meclise ise farklı siyasal çoğunlukların hakim olabilebilmesi daha muhtemeldir çünkü değişen siyasal koşullar meclislere farklı şekilde yansıyabilecektir. Uyumsuz bir çift meclis sistemi açısından bizce en önemli unsur ise uygulanan seçim sistemidir. Farklı seçim sistemleriyle seçilen iki meclise farklı çoğunlukların hakim olabilmesi çok olasıdır. Seçimlerin farklı tarihlerde yapılması halinde zikretmiş olduğumuz sebepten ötürü bu olasılık daha da artmaktadır. Örneğin birinci meclis için yapılan seçimlerde nisbi seçim sistemi uygulanırken ikinci meclis için yapılan seçimlerde tek turlu dar bölge çoğunluk sistemi uygulanıyorsa uyumsuz bir çift meclis sisteminin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir.

Her iki meclise aynı siyasal çoğunlukların hakim olması halinde iki meclis birbirinin kopyası niteliğinde olacağından uyumlu çift meclis sistemlerinde ikinci meclisin varlığı sorgulanır hale gelecektir. Örneğin, Romanya’da her iki meclisin de nisbi temsil sistemiyle aynı zamanda ve dört seneliğine seçiliyor olması ikinci meclisin gerekliliği üzerine tartışmalara

¹³⁷ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 88; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 244-245.

sebebiyet vermiştir.¹³⁸ Etkin bir çift meclis sisteminden bahsedebilmek için iki meclise farklı siyasal çoğunlukların hakim olması veya bir başka deyişle çift meclis sisteminin uyumsuz nitelikte olması gerekmektedir¹³⁹ çünkü aynı siyasal çoğunluğun hakim olduğu iki meclisin birbirlerinden farklı davranabilmesi pek muhtemel değildir. Bu nedenle, uyumlu çift meclis sistemlerinde iki meclis birbirine oldukça benzer olduğundan ikinci meclisin birinci meclis karşısında bir denge ve fren unsuru olabilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Hem uyumlu hem uyumsuz çift meclis sistemine ülkemizden örnek vermek mümkündür. Daha önce de belirtildiği üzere 1961 Anayasası TBMM'yi çift meclisli olarak kurmuştur. Anayasada meclislerin seçiminde uygulanacak seçim sistemine dair bir hüküm bulunmamaktadır. 1961 Anayasasını yapan Kurucu Meclis tarafından hazırlanan 24.05.1961 tarih ve 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu¹⁴⁰ ve 25.05.1961 tarih ve 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu¹⁴¹ ise uyumsuz bir çift meclis sistemi için elverişli bir zemin hazırlayan kanunlardır. Bu kanunlara göre Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde listeli çoğunluk seçim sistemi, Millet Meclisi seçimlerinde ise nisbi seçim sistemi uygulanacaktır.¹⁴² Nitekim, bu seçim sistemleriyle yapılan seçimler sonucunda Millet Meclisine Cumhuriyet Halk Partisi

¹³⁸ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 61-63.

¹³⁹ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 63; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 231.

¹⁴⁰ RG. 30.05.1961, S. 10815.

¹⁴¹ RG. 30.05.1961, S. 10815.

¹⁴² Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 237; Ergun Özbudun, *Türkiye'de Parti ve Seçim Sistemi* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2016), 109; Ergun Özbudun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no. 1 (1995): 528; Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye," 229.

hakim olurken Cumhuriyet Senatosunda çoğunluğu Adalet Partisi ele geçirmiştir.¹⁴³ Daha sonra 17.04.1964 tarih ve 447 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanununun Değiştirilmesine Dair Kanun¹⁴⁴ ile Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde uygulanacak seçim sistemi değiştirilerek nisbi seçim sisteminin uygulanması öngörülmüş ve böylelikle her iki meclisin seçim sistemi aynı hale getirilmiştir.¹⁴⁵ Bu tarihten itibaren yapılan seçimlerde ise her iki meclise de genellikle aynı siyasal çoğunluk hakim olmuştur.¹⁴⁶ Kısacası, 1961 Anayasasının kurmuş olduğu çift meclisli parlamento başlarda uyumsuz çift meclis sistemine örnek teşkil ederken 1964 yılında seçim sisteminde yapılan değişiklik sonrasında uyumlu çift meclis sisteminin bir örneği haline gelmiştir.

2. Simetrik ve Asimetrik Çift Meclis Sistemleri

Çift meclis sistemine ilişkin önemli sorunlardan birisi de ikinci meclislere hangi yetkilerin ne şekilde tanınacağıdır. Halk tarafından doğrudan seçilen üyelerden meydana gelen birinci meclislerin sahip olduğu yetkiler, demokratik devletlerde büyük oranda benzeşmektedir. İkinci meclislere tanınan yetkiler ise ülkeden ülkeye değişmekte olup kimi ülkelerde ikinci meclisler birinci meclisin sahip olduğu tüm yetkilere sahip tam bir yasama organı görünümündeyken kimi ülkelerde ise birinci meclise nazaran neredeyse hiçbir etkin yetkiye sahip olmayan bir nevi danışma veya tavsiye kurulu niteliğinde bir organ görünümündedirler. Bu nedenle çift meclis sistemleri sahip

¹⁴³ Aydın ve Taşkın, *1960'tan Günümüze Türkiye Tarihi*, 99.

¹⁴⁴ RG. 22.04.1964, S. 11689.

¹⁴⁵ Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye," 229; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 228.

¹⁴⁶ Yavuz ve Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye," 240; Baş ve Özcan, "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği," 229.

oldukları yetkiler bakımından simetrik ve asimetrik çift meclis sistemleri olarak sınıflanmaktadır.

Simetrik çift meclis sistemi, birinci ve ikinci meclislerin eşit yetkilerle donatıldığı çift meclis sistemi türüdür. Bu sistemde ikinci meclisler birinci meclislerin sahip olduğu yetkilere sahiptir.¹⁴⁷ Örneğin, birinci meclislerin yetkileri arasında bulunan kanun yapmak, bütçe kanunu kabul etmek veya hükümeti denetlemek gibi üç temel yasama işlevi konusunda ikinci meclisler de eşit söz sahibidir. Simetrik çift meclis sistemlerinde birinci meclislerin, ikinci meclislerin rızasını almaksızın yetkilerini kendi başına kullanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle iki meclis de yetkilerini kullanırken birbirlerinin rızasını almak ve birbirleriyle uzlaşmak zorundadır. Örneğin, ABD'nin çift meclisli parlamentosu simetrik çift meclis sisteminin örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁸ ABD'de kanunların ve anayasa değişikliklerinin kabulünde iki meclis de eşit yetkilere sahiptir.¹⁴⁹

Asimetrik çift meclis sistemi, birinci ve ikinci meclislerin eşit yetkilerle donatılmadığı çift meclis sistemi türüdür. Bu sistemde ikinci meclisler birinci meclislerin sahip olduğu yetkilerden daha az yetkiye sahiptir. Simetrik olmayan her çift meclis sistemi, asimetrik bir çift meclis sistemi olsa da asimetrik çift meclis sistemleri sınıfı geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu nedenle bu sınıflama içerisinde ikili bir ayırım yapma gereği doğmaktadır. Bu yelpaze içerisinde bazı asimetrik çift meclis sistemlerinde ikinci meclisler birinci meclisler karşısında önemli

¹⁴⁷ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 51; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87-88; ; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243-244.

¹⁴⁸ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 162-163; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243-244.

¹⁴⁹ Erdem, "Anayasal Organlar ve Kuvvetler Ayrılığı," 7; Mehmet Solak, "Anahatlarıyla Kanun Yapım Süreci," iç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Basımevi, 2019), 86-89.

yetkilere sahiptir. Bu tarz bir yapılanmaya sahip çift meclis türüne ılımlı asimetrik çift meclis sistemi denilmektedir.¹⁵⁰ Örneğin, Almanya ılımlı asimetrik bir çift meclis sistemine sahiptir.¹⁵¹ Almanya'daki çift meclis sisteminde bakanlar kurulunun sadece birinci meclise karşı siyasi sorumluluğu bulunmaktadır. Her kanun ikinci meclisin onayına tabi değildir ve bu nedenle bazı konularda birinci meclis ikinci meclisin iradesine rağmen kanun çıkarabilmektedir. Diğer yandan, anayasa değişiklikleri konusunda her iki meclis de eşit yetkilere sahiptir.¹⁵² Bazı asimetrik çift meclis sistemlerinde ise ikinci meclisin birinci meclis karşısında sahip olduğu neredeyse hiçbir önemli yetki bulunmamaktadır. Asimetrik çift meclislerinin bu türüne ise aşırı asimetrik çift meclis sistemi denilmektedir.¹⁵³ Aşırı asimetrik çift meclis sisteminde ikinci meclisler oldukça işlevsizdir. Bu sistemde ikinci meclisler daha çok bir tavsiye veya danışma kurulu niteliğindedir. Her konuda son söz sahibinin birinci meclis olması, aşırı asimetrik çift meclis sisteminin tek meclis sistemine benzer bir şekilde işlemesine sebebiyet vermektedir. Bu türdeki asimetrik çift meclis sistemine örnek olarak çift meclis sisteminin doğduğu ülke olan İngiltere'nin günümüzdeki halini örnek olarak verebiliriz. Günümüzde ikinci meclisin birinci meclis karşısında neredeyse hiçbir önemli yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlar kurulunun ikinci meclis karşısında bir sorumluluğu bulunmamakta ve birinci meclisin kabul etmiş olduğu kanunları ikinci meclis

¹⁵⁰ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 51; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87-88; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243-244.

¹⁵¹ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 176-178; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87-89; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243-244.

¹⁵² Candan, "Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamenter Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti," 42, 48-49.

¹⁵³ Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 51; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 87-89; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243-244.

engelleyememektedir. Yalnızca kanunların kabulünü geciktirebilmesini sağlayabilecek bazı yetkilere sahiptir.¹⁵⁴

3. Güçlü, Güçsüz ve Zayıf Çift Meclis Sistemi Türleri

Güçlü ve güçsüz çift meclis sistemleri, meclislerin uyumlu olup olmamalarına ve yetki bakımından simetrik ve asimetrik oluşlarına göre belirlenmektedir. Güçlü çift meclis sistemleri iki meclisin hem uyumsuz hem de simetrik veya ılımlı asimetrik olduğu çift meclis sistemi türüken; iki meclisin hem uyumlu hem de aşırı asimetrik olduğu sistemler ise güçsüz çift meclis sistemlerinin tipik örneğidir.¹⁵⁵ Güçlü ve güçsüz çift meclis sistemleri dışında kalan parlamentoları ise zayıf çift meclis sistemi olarak nitelemek mümkündür.¹⁵⁶ Örneğin, uyumsuz ancak aşırı asimetrik olan parlamentolar, uyumlu-aşırı asimetrik çift meclis sistemlerinden bir kademe daha güçlü olmakla birlikte uyumsuz-simetrik/ılımlı asimetrik yapıdaki parlamentolardan oldukça güçsüz konumdadır.

Güçlü çift meclis sistemlerine örnek olarak ABD verilebilir. ABD Parlamentosu, birinci ve ikinci meclisin seçimlerinde farklı sistemler uygulandığı için uyumsuz, iki meclis eşit yetkilere sahip olduğu için de simetrik yapıda bir çift meclis sistemidir. Bu nedenle de ABD Parlamentosu güçlü çift meclis sisteminin örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir. İrlanda Parlamentosu ise güçsüz çift meclis sistemine örnek olarak verilebilir çünkü bu parlamento, her iki meclise de benzer siyasal çoğunlukların hakim olması sebebiyle uyumlu ve ikinci meclisin sahip olduğu yetkiler bakımından oldukça işlevsiz olması sebebiyle de aşırı asimetrik yapıdadır. İngiltere ise zayıf

¹⁵⁴ Kaptıkaçtı et al., *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, 6; Uran, *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, 147; Bilgin, "Parlamente Sistemi Doğduğu Ülke: İngiltere," 208.

¹⁵⁵ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 89; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243.

¹⁵⁶ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, 89; Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 243.

çift meclis sisteminin bir örneğidir. İngiltere’de Avam Kamarası halk tarafından seçilen üyelerden oluşmaktayken, Lordlar Kamarası aristokratik bir yapıya sahiptir. Bu nedenle İngiliz Parlamentosu uyumsuz niteliktedir ancak Lordlar Kamarasının işlevsel hiçbir yetkiye sahip olmaması nedeniyle de parlamento aşırı asimetrik yapıdadır.

SONUÇ

Mutlak monark olan krala karşı verilen uzun bir mücadelenin ardından ilk kez İngiltere’de doğan modern anlamda parlamentolar kanun koyma, yürütme organını denetleme ve devlet bütçesini düzenleme yetkileri başta olmak üzere sahip olduğu büyük güç nedeniyle günümüz demokrasileri açısından son derece önemli bir yere sahiptir. Böylesi önemli yetkilere sahip bir kuruluşun kaç meclisten oluşması gerektiği günümüzde halen tartışma konusu olmaya devam etmekle birlikte dünya genelinde bu konuda tek meclis sistemi ve çift meclis sistemi olmak üzere iki temel sistemin uygulandığı görülmektedir. Ancak, öncelikle belirtmek gerekir ki hem tek meclis sistemi hem de çift meclis sistemi demokratik sistemlerdir. Günümüzde demokratik olarak kabul edilen devletlerden bazıları tek meclisli iken bazıları da çift meclisli parlamentolara sahiptir. Örneğin Finlandiya, İsveç ve Yeni Zelanda tek meclisli bir parlamentoya sahipken; ABD, Fransa ve İngiltere çift meclisli parlamentolara sahiptir.

Federal devlet şeklini benimsemiş ülkeler açısından sistemin zorunlu bir unsuru olan çift meclis sistemi, diğer devletler açısından farklı gerekçelerle benimsenmektedir. Söz konusu ülkelerde çift meclis sisteminin bir zorunluluk teşkil etmemesi nedeniyle çift meclis sisteminin uygulanıp uygulanmaması gerektiği konusunda birçok tartışma yaşanmaktadır. Bu tartışmalarda çift meclis sisteminin lehinde ve aleyhinde birçok görüş ileri sürülmektedir. Çift meclis sisteminin lehinde ileri sürülen argümanlar çift meclis

sisteminin temsilde adalet ilkesini sağlayarak demokrasiyi daha kaliteli bir hale getireceği, kanun yapım süreci başta olmak üzere yasama faaliyetlerine kalite ve şeffaflık katacağı, sınırlı devlet iktidarı idealinin gerçekleştirilmesi açısından tek meclis sistemine nazaran daha elverişli bir sistem olduğu, yasama ile yürütme organları arasında çıkacak uyuşmazlıklarda bir denge unsuru olacağı ve yasama organının devamlılığı hususunda bir istikrar unsuru olacağı argümanları üzerine kuruludur. Çift meclis sisteminin aleyhinde ileri sürülen görüşler ise doğal olarak sistemin lehinde ileri sürülen görüşlerin karşılığı üzerine kuruludur. Bu görüş ise çift meclis sisteminin demokratik açıdan gereksizliğine, yasama faaliyetlerini yavaşlatabilme ve tıkayabilme ihtimaline ve siyasal sistemi dengelemek bir yana sorunların kaynağı haline gelebileceğine dikkat çekmektedir. Çift meclis sisteminin lehinde ve aleyhinde ileri sürülen bu görüşlerin birçoğunda doğruluk payı bulunduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu sistemlerden birinin diğerinden mutlak bir şekilde daha başarılı veya üstün bir sistem olduğunu iddia edebilmek mümkün gözükmemektedir. Bu sistemlerin başarıyla işleyebilmesi hukuk kurallarının ötesinde birçok farklı etmene bağlıdır. Bu nedenle bazı ülkelerde tek meclis sistemi başarıyla işlerken bazılarında da çift meclis sistemi başarıyla işlemektedir.

Öte yandan, çift meclis sisteminin farklı ülkelerde farklı şekillerde uygulandığı görülmektedir. Federasyon devlet şeklini benimsemiş devletlerde çift meclis sistemi zorunlu bir unsurdur çünkü ikinci meclis aracılığıyla federe bölgeler devlet yönetimine katılmakta ve böylelikle federal ve federe bölgeler arasındaki yetki paylaşımı bir güvenceye bağlanmaktadır. Öte yandan, çift meclis sistemi çeşitli saiklerle üniter yapıya sahip devletler tarafından da benimsenebilmekte ve bu amaçla demokratik, aristokratik ve korporatif nitelikte ikinci meclisler oluşturulabilmektedir. Aristokratik ve korporatif nitelikteki çift

meclis sistemlerinin demokrasi teorisiyle uyumsuz bir nitelikte olması sebebiyle günümüzde pek bir örneği bulunmamaktadır.

Çift meclis sistemini benimsemiş devletlerde meclisler birbirleriyle ilişkileri bakımından da çeşitli şekillerde oluşturulabilmektedir. Üye kompozisyonları bakımından bazı ülkelerdeki çift meclisler birbirinin kopyası niteliğindedir ve bu nitelikteki sistemlere uyumlu çift meclis sistemleri denilmektedir. İkinci meclisin birinci meclisle büyük oranda benzeşmesi nedeniyle uyumlu bir çift meclis sisteminin siyasal sistem açısından bir denge ve fren unsuru olabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Üye kompozisyonlarının farklı siyasal çoğunluklardan oluştuğu uyumsuz çift meclis sistemleri bu açıdan daha elverişli görünmektedir. Çift meclis sistemlerine meclislerin sahip olduğu yetkiler açısından bakıldığında ise ikinci meclisler kimi devletlerde birinci meclisler kadar güçlüyken kimi devletlerde ise ikinci meclisin hiçbir önemli yetkisi olmaması nedeniyle sistem tek meclis sistemi gibi işlemektedir. İkinci meclislerin birinci meclislerle aynı yetkilere sahip olduğu simetrik çift meclis sistemlerinde yasama faaliyetleri iki meclisin de rızasıyla gerçekleşmektedir. İkinci meclislerin birinci meclislerle aynı yetkilere sahip olmadığı çift meclis sistemi türü ise asimetrik çift meclis sistemidir. Bu asimetrik yapı, ikinci meclisin birinci meclis karşısında önemli yetkilere sahip olduğu ılımlı asimetrik şekilde olabileceği gibi ikinci meclisin birinci meclis karşısında neredeyse hiçbir etkin yetkiye sahip olmadığı aşırı asimetrik yapıda da olabilmektedir. Çift meclis sisteminin siyasal sistem açısından bir anlam ifade edebilmesi için sistemin simetrik ya da ılımlı asimetrik yapıda olması gerektiği kanaatindeyiz. Aşırı asimetrik yapıdaki bir çift meclis sisteminin bir danışma kurulu olmaktan öteye geçebilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author stated that he did not receive financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Daron ve James A. Robinson. *Ulusların Düşüşü*. Çeviren Faruk Rasim Velioglu. İstanbul: Doğan Yayınevi, 2018.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali. "Aydınlanma: Düşünceler Yumağı." İç. *Batı'da Siyasal Düşünceler*. Editör Mehmet Ali Ağaoğulları. 517-540. İstanbul: İletişim Yayınevi, 2015.
- Ahmad, Feroz. *Demokrasi Sürecinde Türkiye*. Çeviren Ahmet Fethi. İstanbul: Hil Yayınevi, 2020.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Arsel, İlhan. "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 3 (1954): 60-104.
- Arsel, İlhan. "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 3 (1955): 59-99.
- Arslan, Rıza. *Demokratik Yönetim Sistemleri*. Bursa: Dora Yayınevi, 2015.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Aydın, Suavi ve Yüksel Taşkın. *1960'tan Günümüze Türkiye Tarihi*. İstanbul: İletişim Yayınevi, 2018.
- Bakırcı, Fahri, Ömer Faruk Gençkaya, Ozan Ergül, Abbas Kılıç, Gündüz Alp Aslan, Salim Işık ve İsmail Yüksel. *Parlamento Hukukuna Giriş*. Ankara: Lykeion Yayınevi, 2020.
- Barın, Taylan. *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016.
- Baş, Sezgin ve Nisa Özcan. "Avrupa ve Ortadoğu Uygulamaları Perspektifinden Çift Meclis Sisteminin Türkiye Açısından

- Uygulanabilirliği." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 203-236.
- Baş, Sezgin. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016.
- Başgil, Ali Fuad. *Demokrasi Yolunda*. İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2019.
- Bilgin, Murat ve Hüdaî Şencan. "Kongrenin Denetim Araçları." İç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Editör Semra Gökçimen. 177-209. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Bilgin, Murat. "Parlamentar Sistem'in Doğduğu Ülke: İngiltere." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamentar Sistem*. Editör Semra Gökçimen. 183-229. Ankara: TBMM Basımevi, 2017.
- Bilir, Faruk ve Murat Yanık. *Sorularla Anayasa Hukuku*. İstanbul: Der Yayınevi, 2013.
- Birand, Mehmet Ali, Can Dündar ve Bülent Çaplı. *12 Mart*. İstanbul: Can Yayınevi, 2016.
- Birler, Ömür. "Liberalizm." İç. *Siyaset Bilimi*. Editör Gökhan Atılgan ve E. Attila Aytekin. 299-313. İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018.
- Candan, Kadir, Mehmet Solak ve Murat Bilgin. *Dünyada Seçim Sistemleri*. Ankara: TBMM Yayınevi, 2020.
- Candan, Kadir. "1989 Sonrası Doğu Bloku Ülkelerinde Demokratikleşme Süreci: Polonya Cumhuriyetinde Yarı-Başkanlık Sisteminin Dönüşümü." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi*. Editör Semra Gökçimen. 103-181. Ankara: TBMM Yayınevi, 2017.
- Candan, Kadir. "Koalisyon Kültürüne Dayalı Bir Parlamentar Sistem Örneği: Almanya Federal Cumhuriyeti." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamentar Sistem*. Editör Semra Gökçimen. 33-98. Ankara: TBMM Yayınevi, 2017.

- Cevizci, Ahmet. *Felsefenin Kısa Tarihi*. İstanbul: Say Yayınevi, 2017.
- Dahl, Robert. *Demokrasi Üzerine*. Çeviren Betül Kadıoğlu. Ankara: Phoenix Yayınevi, 2017.
- Dede, Kadir. "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2014): 125-148.
- Dinçkol, Bihterin. "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no. 2 (2021): 877-897.
- Duverger, Maurice. *Siyasal Rejimler*. Çeviren Teoman Tunçdoğan. İstanbul: İletişim Yayınevi, 1994.
- Erdem, Kasım. "Anayasal Organlar ve Kuvvetler Ayrılığı." İç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Editör Semra Gökçimen. 1-13. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*. Ankara: Siyasal Yayınevi, 2010.
- Erdoğan, Mustafa. *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*. Ankara: Liberte Yayınevi, 2009.
- Erkul, İbrahim Çağrı. "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi." *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 34, no. 2 (2015): 131-151.
- Eroğul, Cem. "Siyasal Katılma." İç. *Siyaset Bilimi*, Editör Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin. 227-237. İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018.
- Eroğul, Cem. *Anayasayı Değiştirme Sorunu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974.
- Eroğul, Cem. *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*. Ankara: İmge Yayınevi, 1991.
- Ertaş, Türker. "Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel-Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı

ve Kanun Yapım Süreci." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2 (2020): 447-499.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.

Gökberk, Macit. *Felsefe Tarihi*. İstanbul: Remzi Yayınevi, 2019.

Göze, Ayferi. *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

Gözler, Kemal. "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 61, no. 3 (2006): 131-166.

Gözler, Kemal. "Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi, Başkanlık Sistemi Mi, Yoksa Neverland Sistemi Mi." İç. *Elveda Anayasa*. Editör Kemal Gözler. 43-80. Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.

Gözler, Kemal. "İngiltere'de Parlamento Nasıl ve Neden Ortaya Çıktı: Mali Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme." İç. *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan* 1. 365-374. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009. (www.anayasa.gen.tr/mali-hukuk.htm).

Gözler, Kemal. "Tabii Hukuk ve Pozitivizme Göre Adalet Kavramı." *Muhafazakar Düşünce* 4, no. 15 (2008): 77-90.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Cilt 1. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.

Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.

Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.

Gülgeç, Yahya Berkol. *Normlar Hiyerarşisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2016.

Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Yayınevi, 2017.

Hançerlioğlu, Orhan. *Düşünce Tarihi*. İstanbul: Remzi Yayınevi, 2019.

Heywood, Andrew. *Siyaset*. Çeviren Fahri Bakırcı. Ankara: Felix Yayınevi, 2019.

- Heywood, Andrew. *Siyasetin Temel Kavramları*. Çeviren Hayrettin Özler. Ankara: Adres Yayınevi, 2015.
- Heywood, Andrew. *Siyasi İdeolojiler*. Çeviren Levent Köker. Ankara: BB101 Yayınevi, 2019.
- İba, Şeref. "TBMM Bütçe Maratonu ve Rekorları Üzerine 10 Saniye/Karar Hızıyla (2 Saat 57 Dakikada 1006 Karar) Oylama, Birleşim ve Konuşma Uzunluğu Rekorları ve Süzgeç Madde Uygulaması." İç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*. Editör Şeref İba. 439-455. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010.
- İba, Şeref. "Türk Parlamento Hukukunda 'Yasama İşlemi' ve 'Karar' Kavramları." İç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*. Editör Şeref İba. 457-482. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010.
- İba, Şeref. "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine." İç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*. Editör Şeref İba. 343-371. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010.
- İba, Şeref. "Yasama Tarihimize Kanunların Ayıklanmasına Yönelik Çalışmalar Üzerine." İç. *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*. Editör Şeref İba. 483-489. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, 2010.
- İba, Şeref. *Parlamento Hukuku*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, Tarihsiz.
- Kaboğlu, İbrahim. *Anayasa Hukuku Dersleri*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2017.
- Kama, Sezen. "Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 2 (2016): 161-201.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.

- Kapani, Münci. *Politika Bilimine Giriş*. Ankara: BB101 Yayınevi, 2018.
- Kaptıkaçtı Kayatekin, Beyhan, Ercan Çeliker, Duygu Öksüz, Mehmet Burak Ünal ve Şeyma Seçilmiş. *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Koçak, Konur Alp. "ABD Başkanlık Sistemi: 'Ayrı' ama 'Birlikte' Çalışan Organlar." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi*. Editör Semra Gökçimen. 21-81. Ankara: TBMM Yayınevi, 2017.
- Küçükalp, Kasım ve Ahmet Cevizci. *Batı Düşüncesi: Felsefi Temeller*. Ankara: İSAM Yayınevi, 2018.
- Lijphart, Arend. *Çağdaş Demokrasiler*. Çeviren Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. Ankara: Yetkin Yayınevi, Tarihsiz.
- Lijphart, Arend. *Demokrasi Modelleri*. Çeviren Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun. İstanbul: İthaki Yayınevi, 2016.
- Mill, John Stuart. *Özgürlük Üzerine*. Çeviren Seyit Berkay Tartıcı. İstanbul: Karbon Kitaplar, 2020.
- Ocaklı, Fatih Çağrı, Hakan Palabıyık, Mehmet Solak, Ayşen Atlay ve Mert Can Selver. *Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Okandan, Recai. "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, no. 1-2 (1967): 3-21.
- Özbudun, Ergun. "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İhtüzükleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 36, no. 1 (1979): 3-26.
- Özbudun, Ergun. "Seçim Sistemleri ve Türkiye." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no. 1 (1995): 521-539.
- Özbudun, Ergun. *Anayasalcılık ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2017.

- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.
- Özbudun, Ergun. *Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2016.
- Özdemir, Hakan. *100 Soruda Hükümet Sistemleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Özgişi, Tunca. “Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosunun Yeri.” *Türkiyat Mecmuası* 21, no. 2 (2011): 291-323.
- Özgişi, Tunca. *Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosu*. Ankara: TBMM Basımevi, 2012.
- Özkol, Adil. “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (1969): 43-76.
- Savcı, Bahri. “1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (1964): 11-36.
- Solak, Mehmet. “Anahatlarıyla Kanun Yapım Süreci.” İç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Editör Semra Gökçimen. 85-89. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Solak, Mehmet. “İstikrarsız Hükümetler ve Sürekli Reform Arayışı: İtalya’da Parlamenter Sistem.” İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*. Editör Semra Gökçimen. 233-277. Ankara: TBMM Yayınevi, 2017.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1974.
- Soysal, Mümtaz. *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmge Yayınevi, 2011.
- Şencan, Hüdayi. “Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi.” İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi*.

- Editör Havvana Yapıcı Kaya. 29-98. Ankara: TBMM Basımevi, 2014.
- Şencan, Hüdai. "Japonya Hükümet Sistemi: Yarışan Partiler Değişmeyen İktidar." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*. Editör Semra Gökçimen. 281-326. Ankara: TBMM Yayınevi, 2017.
- Tanilli, Server. *Devlet ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1981.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınevi, 2019.
- Teziç, Erdoğan. "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 51, no. 1-4 (1985): 23-43.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Todorov, Tzvetan. *Aydınlanma Zihniyeti*. İstanbul: BGST Yayınevi, 2019.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınevi, 1969.
- Tunçkaşık, Halit. "Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik ve Tartışmalar." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi*. Editör Semra Gökçimen. 1-18. Ankara: TBMM Basımevi, 2017.
- Tunçkaşık, Halit. "Parlamenter Sistem: Teori, Pratik ve Tartışmalar." İç. *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*. Editör Semra Gökçimen. 1-30. Ankara: TBMM Basımevi, 2017.
- Türer, Akın ve Ercan Çeliker. "Federal Bütçenin Kongrede Görüşülmesi." İç. *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*. Editör Semra Gökçimen. 253-282. Ankara: TBMM Basımevi, 2019.
- Türk, Hikmet Sami. "Demokratik Rejim ve Seçim Sistemleri." İç. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukukununun Temel Sorunları ve Çözüm*

- Önerileri*. Editör Hikmet Sami Türk. 484-517. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Türk, Hikmet Sami. "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih." İç. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukukununun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri*. Editör Hikmet Sami Türk. 443-483. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Uran, Peri. *Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2008.
- Uslu, Ateş. "Demokrasi." İç. *Siyaset Bilimi*. Editör Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin. 137-151. İstanbul: Yordam Yayınevi, 2018.
- Uygun, Oktay. "Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi." İç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*. Editör Oktay Uygun. 45-83. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Uygun, Oktay. "Federalizm ve Bölgesel Özerklik Tartışmaları." İç. *Demokratik Anayasa*. Editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi. 91-139. İstanbul: Metis Yayınevi, 2012.
- Uygun, Oktay. "İnsan Hakları Kuramı." İç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*. Editör Oktay Uygun. 3-44. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Uygun, Oktay. "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme." İç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*. Editör Oktay Uygun. 639-664. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Uygun, Oktay. "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi." İç. *Kamu Hukuku İncelemeleri*. Editör Oktay Uygun. 599-636. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Uygun, Oktay. *Demokrasi*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2017.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2017.

Yavuz, Bülent ve Mahmut Bülbül, "Çift Meclis Sistemi ve Türkiye." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2012): 217-260.

YAZICI, Serap. "Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Yetki ve Ayrıcalıkları: Sivilleşmeye Yönelik Anayasal ve Yasal Reformlar." İç. *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*. Editör Serap Yazıcı. 79-115. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2012.

YAZICI, Serap. "Yeni Bir Anayasa'nın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Demokratik Temsile." İç. *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*. Editör Serap Yazıcı. 117-208. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, 2012.

GENEL AHLAK BAĞLAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

Denial of Access in the Context of Public Morality

Melisa Seval MERAY*

Öz

Ahlak yüzyıllar boyunca filozoflar tarafından tartışılmış bir kavramdır. Platon gibi düşünürlerce mutluluğa ulaşmak için gerekli olduğuna inanılan ahlakı, Nietzsche gereksiz bulmuştur. Hala tam olarak üzerinde anlaşılmış bir ahlak tanımı bulunmamakla birlikte ahlak; "bir toplumun veya bir bireyin inandığı neyin doğru veya yanlış olduğu ile ilgili kurallar ve değerlerin bütünüdür" şeklinde tanımlamak mümkündür. Ahlak tek bir birey tarafından da kabul edilip inanılabilecek değerlerden oluşmaktayken genel ahlak; bir toplumda veya bir grup içinde ortak olarak kabul edilen ve genel olarak kabul gören doğru ve yanlış kuralları ve değerleri ifade etmesiyle ahlaktan ayrılır. Birçok ülke kanunlarında genel ahlak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı nedenlerden biri olarak kabul

* Avukat, Ankara Barosu Üyesi, melisasevalmeray@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0490-5240

Makale Gönderim Tarihi/Received: 04.04.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.05.2023.

Atıf/Citation: Meray, Melisa Seval. "Genel Ahlak Bağlamında Erişimin Engellenmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 456-486.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



edildiği gibi bazı fiillerin genel ahlaka aykırılığı nedeniyle cezalandırılabilmesi de mümkündür. Gelişen teknoloji ve dünya düzeni neticesinde internet ortamında birçok suç işlenebilmekte; suç kapsamında olmasa bile genel ahlaka aykırı içerikler internette kolaylıkla paylaşılabilir. Devletlerin koruyucu ve düzen sağlayıcı yönleri göz önüne alındığında; düzeni bozan genel ahlaka aykırı içeriklerin paylaşıldığı internet ortamını kontrol etmesi ve gerektiğinde müdahale etmesi devletin sorumluluğu kapsamındadır. Bu çalışma kapsamında internet ortamındaki hak ihlallerine ve suçlara bir müdahale yöntemi olan erişimin engellenmesinin genel ahlak ile olan ilişkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ahlak, Genel Ahlak, Erişimin Engellenmesi, Müstehcenlik, Fuhuş, Kumar, Reklam

Abstract

Morality is a concept that has been discussed by philosophers for centuries. Nietzsche found morality, which was believed to be necessary to achieve happiness by thinkers like Plato, unnecessary. Although there is still no fully agreed definition of morality; It is possible to define it as "the set of rules and values about what a society or an individual believes is right or wrong". While morality consists of values that can be accepted and believed by a single individual, general morality; It differs from morality in that it expresses the right and wrong rules and values that are accepted and generally accepted as common in a society or a group. In the laws of many countries, general morality is accepted as one of the reasons limiting fundamental rights and freedoms, and it is also possible for some acts to be punished because of their violation of general morality. As a result of the developing technology and world order, many crimes can be committed in the internet environment; Even if it is not within the scope of crime, content contrary to general morality can be easily shared on the internet.

Considering the protective and regulatory aspects of the states; It is the responsibility of the state to control the internet environment where content that violates the general morality is shared and to intervene when necessary. Within the scope of this study, the relationship between the prevention of access, which is an intervention method to violations of rights and crimes in the internet environment, and general morality will be evaluated.

Keywords: Morality, Public Morality, Denial of Access, Obscenity, Prostitution, Gambling, Advertising

GİRİŞ

Bilgiye ulaşımın tek tık kadar uzakta olduğu 21. yüzyılda internet eğitimin, iletişimin, alışverişin ve daha birçok işlemin kolaylıkla yürütüldüğü bir sistem olarak kullanılmaktadır. Her geçen gün eklenen bir yenilikle insan hayatı internet ortamında yeni bir boyut kazanmaktadır. Birçok işlemin gerçek dünyadan sanal dünyaya taşınması gibi birçok suç da artık sanal dünyada işlenebilecek bir hal almıştır. Suç oluşturma dahi internet ortamında pek çok ihlal kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca bu gerçekleştirilen ihlallere ve işlenen suçlara erişim de tıpkı internetin diğer birçok kısmına olduğu gibi oldukça kolaydır. İnternetin bu denli kolaylık sağlayan bir araç olması insanların işini birçok yönden kolaylaştırırken diğer yandan topluma pek çok açıdan tehdit oluşturmaktadır. Bunlardan biri de internetin toplumun ahlak anlayışına verdiği zarardır.

Arapça huy anlamına gelen ahlak, toplumun ya da bireylerin iyi-kötü, doğru-yanlış diye nitelendirdikleri değerler bütünü olarak tanımlanabilir.¹ Ahlakı insanın ne şekilde davranmasına yönelik fikir veren bir rehber olarak

¹ Coşkun Can Aktan, "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş," *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 1, no. 1 (2009): 39.

değerlendirmek de mümkündür. Çünkü ahlak kurallarını oluşturan değerler sayesinde insanlar birbirleriyle olan ilişkilerini nasıl yürüteceklerini ahlak kuralları ile belirlerler. Genel ahlak ise toplumun bir kesimi ve bireylerce değil toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olan ahlak kurallarını ifade eden bir kavramdır. Genel ahlak kuralları bir toplumun dini veya felsefi görüşleri neticesinde ortaya çıkmış kurallardan oluşabilir. Zamanla bu kurallar hukuk kuralları olarak da kabul edilebilirler. Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere birçok ülke kanunlarında genel ahlaka yer verilmiş ve böylece genel ahlak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sebeplerinden biri olarak hukuk sistemlerinde yerini almıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da genel ahlak bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedeni olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda da genel ahlaka aykırı bazı haller suç olarak düzenlenmiştir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun adından da anlaşılacağı üzere internet ortamına ilişkin suçları önlemek amacıyla gütmemektedir. Bu kanunda internet ortamında genel ahlaka aykırı olarak işlenen fiillere ilişkin nasıl bir yol izleneceğine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu kanunun 8. maddesinde düzenlenen bazı katalog suçlar Türk Ceza Kanunu'ndaki genel ahlaka aykırı suçlardır. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen erişimin engellenmesi kararı bu kanun kapsamındaki genel ahlaka aykırı olarak yapılan ticari reklamlara ilişkin olarak verilebilecek bir karardır.

Bu çalışmada öncelikle ahlak, genel ahlak kavramları tanımlanarak ahlak-hukuk ve ahlak-etik ilişkileri değerlendirilecektir. Ardından erişimin engellenmesi kurumu ile ilgili kavramlar ele alındıktan sonra genel ahlak bağlamında erişimin engellenmesi halleri incelenecektir. Makale ile erişimin

engellenmesi kararı verilebilen genel ahlaka aykırı hallerin net bir şekilde ortaya koyulması amaçlanmıştır.

I. AHLAK NEDİR?

Türk Dil Kurumu'nun (TDK) bir topluluktaki bireylerin uymak zorunda oldukları kurallar ve davranış biçimleri olarak tanımladığı² ahlak; Yeni Rehber Ansiklopedisi'nde zorlamadan meydana gelen insanın sözleri, huyu ve tabiatı olarak tanımlanmıştır.³ Özekes, toplum içinde yaşayan kimselerin bazı ortak değerlere sahip olduğunu belirterek bu değerler sisteminde insan davranışları hakkında "doğru" veya "yanlış" olarak yapılan değerlendirmeleri "ahlak" olarak nitelendirmiştir.⁴

Aktan, ahlakı iyi, kötü ya da doğru, yanlış olarak nitelendirilen insan ilişkilerindeki değer yargıları olarak tanımlamıştır.⁵ Adalı'nın ahlak tanımı ise "toplumun çoğu kesimi tarafından doğru olduğu benimsenmiş olan ilke, kural ve değerler" şeklindedir.⁶ Tüm bu farklı ahlak tanımlarından yola çıkılarak ahlak kısaca; "İyi veya kötü, doğru veya yanlış davranış arasındaki ayrım" şeklinde tanımlanabilir.

Ahlak kuralları ise insanların davranışlarının doğru ve yanlış olarak nasıl değerlendirileceği konusundaki kurallardır. Bunlar, toplumun genel olarak kabul ettiği değerler ve normlar temelinde oluşur ve insanların birbirlerine ve toplumun diğer

² "Ahlak," TDK, erişim tarihi Ocak 13, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=ahlak>.

³ "Ahlak," *Yeni Rehber Ansiklopedisi*, Cilt 1 (İstanbul: İhlas Gazetecilik, 1993), 252.

⁴ Muhammet Özekes, *Sorular / Şemalar / Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin, 2016), 71.

⁵ Aktan, "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş," 37.

⁶ Eşref Adalı, *Bilişim Etiği ve Hukuku* (İstanbul: İTÜ Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi Yayını, 2017), 5.

bireylerine saygı duymalarını sağlamak için kullanılırlar. Ahlak kuralları, farklı kültürlerde ve zamanlarda değişebilir, ancak genellikle insanların hayatlarının kalitesini arttırmak, insanların birbirlerine ve topluma zarar vermemelerini sağlamak ve insanların birbirlerine saygı duymalarını teşvik etmek amacıyla taşınırlar.⁷ Aktan ise ahlak kurallarını belirli bir kişi ya da grup için, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde geçerli olan değer yargıları olarak tanımlamıştır.⁸ Ahlak kurallarına uymamanın maddi bir yaptırımını olmamakla birlikte kişinin vicdanı ve toplumdaki kişinin dışlanması gibi manevi yaptırımlardan söz etmek mümkündür.⁹

A. Bazı Düşünürlerin Ahlak Tanımları

Genellikle ahlak; merhamet, adalet ve başkalarının refahı ile ilgilenecek bir kavram olarak nitelendirilebilir. Ancak farklı kültürlerin ve toplumların; dini inançlarına, kültürel geleneklerine ve bireysel bakış açılarına bağlı olarak ahlak değişik biçimlerde tanımlanabilir. Yüzyıllardır filozoflar, psikologlar ve ilahiyatçılar tarafından incelenen çok yönlü ve karmaşık bir kavram olan ahlak, düşünürler tarafından da farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Platon, ahlakın temelini iyilik idesinin ya da üstün iyiliğin oluşturduğunu belirtmiştir. Ona göre iyi idesi doğruluğun ve bilginin kaynağını oluşturmaktadır ve Platon, kişinin amacının iyi idesinin peşinden gitmek olduğunu savunmaktadır. Bu

⁷ "Ethics | Definition, History, Examples, Types, Philosophy, & Facts | Britannica," erişim tarihi Ocak 13, 2023, <https://www.britannica.com/topic/ethics-philosophy>.

⁸ Aktan, "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş," 40.

⁹ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, Cilt 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 2.

şekilde insanların mutluluğa ulaşacağına inanmaktadır.¹⁰ Platon, değişimin varlığını kabul etmekle birlikte doğru olanın her yerde aynı olduğunu belirtmiş ve toplumda herkesin kabul ettiği evrensel ahlak yasalarının varlığını kabul etmiştir.¹¹

Thomas Hobbes, ahlakın insanların kendilerini koruma amacıyla oluşan sosyal anlaşmalar sonucu ortaya çıktığını öne sürmüştür. Hobbes'a göre insanlar doğal durumda birbirleriyle savaş halindedir ve bu nedenle sosyal anlaşmalar yapmaları gerekir. Böylece, insanlar kendilerini koruma amacıyla bir hükümet kurarlar ve bu hükümetin yasalarına uymakla yükümlü olurlar. Hobbes, ahlakın bu sosyal anlaşmalar sonucu ortaya çıkan yasalarla hükümet kurallarının uyuşması olduğunu düşünmektedir.¹²

Immanuel Kant daha önceki filozoflardan farklı bir şekilde ahlak kavramı ile Tanrı'nın varlığını temellendirmeye çalışmıştır.¹³ Kant, ahlakı "rasyonel bir yükümlülük" olarak tanımlar. Ona göre, ahlak kuralları rasyonel bir düşünce yoluyla ortaya çıkar ve insanların rasyonel doğaları gereği bu kurallara uymaları gerekir. Kant'ın ahlak felsefesinin en önemli özelliklerinden biri de "Kategorik Emir" kavramıdır. Bu kavram, insanların rasyonel yükümlülükleri yerine getirmek için kendilerine ve başkalarına uymaları gereken kesin bir kural olarak tanımlanır. Bu kurallara uyarken kişinin kendi öz yargılarının yanı sıra başkalarının öz yargılarını da dikkate

¹⁰ Ahmet Kızılkurt, "Bireysel ve Toplumsal Ahlak Anlayışı (Platon ve Farabi Karşılaştırılması)," *Genç Mütefekkirler Dergisi* 3, no. 2 (25 Aralık 2022): 341.

¹¹ Kızılkurt, "Bireysel ve Toplumsal Ahlak Anlayışı (Platon ve Farabi Karşılaştırılması)," 348.

¹² Hümeýra Karagözođlu, "'Homo Homini Lupus': Thomas Hobbes' un Ahlak Felsefesi Üzerine," *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 31 (2006): 242.

¹³ Aziz Sekman, "Kant'ın Ahlak Delili," *İnönü Üniversitesi Kültür ve Sanat Dergisi* 3, no. 2 (25 Aralık 2017): 58, <https://doi.org/10.22252/ijca.365263>.

almasını gerektirir.¹⁴ “Sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkasına yapma” fikri Kant’ın ahlak anlayışının temelinde yer alır.¹⁵

Platon ile benzer bir şekilde ahlak tanımı yapan Farabi mutluluğu en büyük amaç ve iyilik olarak betimlemiştir. Ancak ona göre mutluluk tesadüfi olarak kazanılan bir şey değildir. Farabi’ye göre mutluluk ahlaki ve akli erdemlerle kazanılır.¹⁶ Farabi de Platon gibi evrensel ahlak kurallarının varlığını kabul etmektedir.¹⁷ Ayrıca Farabi; ahlak ve siyasetin insanın mutluluğunu sağlamaktaki birbirini tamamlayıcı araçlar olduğu fikrindedir.¹⁸

Nietzsche, ahlakı belirli bir zümrenin ahlakı olarak değerlendirmiş ve asıl ahlakın ahlak ile ahaksızlık arasındaki değerlendirmeden doğacağını savunmuştur.¹⁹ İnsanın doğal bir varlık olduğunu ve insanın erdemliliği kadar erdemsizliğinin de normal olduğunu savunan Nietzsche ahlaki normların gereksiz olduğunu belirtmiştir.²⁰ O, ahlak kurallarının insanların yaratıcılığını ve özgürlüğünü kısıtladığını iddia eder ve bireyin özgür iradesinin önemsendiği bir ahlak sistemi önerir.

¹⁴ Oktay Uygun, “Immanuel Kant ve Ahlakın Temel İlkesi,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (15 Ekim 2021): 1454.

¹⁵ Aktan, “Ahlak ve ahlak felsefesine giriş,” 46.

¹⁶ Kızılkurt, “Bireysel ve Toplumsal Ahlak Anlayışı (Platon ve Farabi Karşılaştırılması),” 342.

¹⁷ Yavuz Güloğlu, “Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2020): 3.

¹⁸ Kızılkurt, “Bireysel ve Toplumsal Ahlak Anlayışı (Platon ve Farabi Karşılaştırılması),” 356.

¹⁹ Yusuf Çifci, “Ahlak ve Ahaksızlık Arasında Nietzsche,” *PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, no. 1 (2016): 71.

²⁰ Aktan, “Ahlak ve ahlak felsefesine giriş,” 46.

B. Ahlak – Etik Arasındaki İlişki

Kökeni ethos olan ve Yunanca gelenek, karakter, alışkanlık anlamına gelen etik²¹, TDK tarafından töre bilimi, ahlakla ilgi ve bazı mesleklerde kişilerin uyması ya da kaçınması gereken davranışlar olarak tanımlanmıştır.²² Özel, doktrinde yer alan farklı etik tanımlarından yola çıkarak etiği belirli meslek çalışanlarının mesleklerini yaparken uymaları gereken ilkeler olarak tanımlamıştır.²³ Etik; bireyle toplum ve bireyle birey arasındaki ilişkileri belirleyen kuralları, töreleri ve değerleri inceleyen bir felsefe alanıdır.²⁴ Aktaş da etiğin insan davranışlarındaki doğru ile yanlışını inceleyen bir felsefe dalı olduğunu düşünmektedir.²⁵ Tüm bu tanımlar çerçevesinde etiği; neyin doğru ve yanlış, neyin iyi ve kötü olduğunu ve insanların nasıl davranması gerektiği ile ilgili soruları inceleyen; ahlaki ilke ve değerlerle ilgilenen felsefe dalı olarak tanımlamak mümkündür.

Günlük hayatta etik ve ahlak kelimeleri birbirleri yerine kullanılabilirler. Fakat ahlak fiilen yaşanan bir olguyu ifade ederken etik, bu olguyu ele alan, inceleyen, eleştiren felsefi disiplin olarak tanımlanabilir.²⁶ Bir başka tanıma göre ise ahlak, bireylerin toplumdaki ilişkilerini tanımlayan, düzenleyen ve inceleyen kurallardan oluşurken etik, bu ilişkileri oluşturan

²¹ Çağatay Üstün, "Etik ve Ahlak Konusuna Genel Bakış," *Hemşirelikte Etik* (İzmir: Ege Üniversitesi Basımevi, 2015), 2.

²² "Etik," TDK Sözlük, erişim tarihi Ocak 16, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=etik>.

²³ Kadir Can Özel, "Etik ve Etik-Hukuk Arasındaki İlişki," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33 (2018): 689.

²⁴ Adalı, *Bilişim Etiği ve Hukuku*, 3.

²⁵ Kadir Aktaş, "Etik-ahlâk ilişkisi ve etiğin gelişim süreci," *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 1, no. 2 (2014): 31.

²⁶ Doğan Özlem, *Etik-ahlak felsefesi* (İstanbul: Notos Kitap Yayıncılık Eğitim Danışmanlık ve Sanal Hizmetler Tic. Ltd. Şti., 2010), 18.

kuralları ve töreleri araştıran felsefe dalıdır.²⁷ Özetle etik ve ahlak birbirleriyle ilişkili kavramlar olmakla birlikte etik, ahlakı inceleyen felsefe dalı iken ahlak; doğru ve yanlış davranışa ilişkin ilke ve değerleri ifade etmektedir.

C. Ahlak – Hukuk Arasındaki İlişki

Özekes hukuku bireylerin birbirleriyle, bireylerin toplumla ya da toplumların toplumlarla kurdukları ilişkileri düzenleyen maddi yaptırımı olan kurallar bütünü olarak tanımlamıştır.²⁸ Hukuk, adaleti sağlamaya çalışmanın yanı sıra düzen, hakkaniyet ve mülkiyet gibi değerleri de korumaya çalışmaktadır²⁹ ve bunu yaparken insan fiillerinin dış dünyaya yansıyan somut yönleriyle ilgilenmektedir.³⁰

Ahlak ile hukuk bazı yönlerden birbirlerine benzeyen kavramlar olmakla birlikte bazı yönleriyle birbirlerinden farklıdırlar. Ahlak iyiye ve doğruya ulaşmayı hedeflerken hukukun amacının adaleti sağlamak olması bu farklardan biridir.³¹ Bir diğer fark hukuk kurallarına uymamanın maddi bir yaptırımı olması iken ahlaki davranmamanın maddi bir yaptırımı olmamakla birlikte kınanma, vicdani olarak rahatsız olma gibi yaptırımlara sahip olmasıdır.³² Ayrıca hukuk kuralları

²⁷ Adalı, *Bilişim Etiği ve Hukuku*, 33-34.

²⁸ Özekes, *Sorular / Şemalar / Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi*, 48.

²⁹ Güloğlu, "Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi," 8.

³⁰ Ümmühan Ark, "Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında Divan-ı Hikmet," *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, no. Özel Sayı 1 (2016): 258

³¹ Zeynep Üskül Engin, "Toplumsal Ahlak ve Hukukun Kesiştiği Noktada Kadın Sorunsalı," *İHFSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014), 123.

³² Ark, "Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında," 2.

genellikle yazılı olmasına rağmen ahlak kuralları kişilerin içselleştirdikleri yazılı olmayan kurallardan oluşmaktadır.³³

Diğer yandan hem ahlak kuralları hem de hukuk kuralları düzeni sağlayarak insanın mutluluğa ulaşmasını amaçlamaktadır.³⁴ Bu kapsamda bazı kuralların hem ahlak kuralı hem de hukuk kuralı olabilmesi mümkündür. Örneğin hırsızlık fiili ahlaken yanlış bir fiil olmanın yanında hukuk tarafından da yasaklanmış ve müeyyidesi olan bir eylemdir. Bu anlamda hukuka bir yönüyle ahlakın soyut ilkelerini somutlaştıran bir alan denilebilmesi mümkündür.³⁵ Ancak her ahlak kuralının hukuk tarafından düzenlenmiş olması söz konusu olmadığı gibi bazı hukuk kurallarının ahlak kurallarıyla çelişebildiği durumlar da söz konusu olabilmektedir.³⁶ Zira ahlak bölgeden bölgeye değişebildiği gibi dönemden döneme ve hatta aynı yerde aynı dönemde yaşayan kişiden kişiye bile değişebilmektedir.

Özetle ahlak ve hukuk arasındaki ilişki için genel olarak yasalar, bir toplumun toplu olarak üzerinde anlaşmaya vardığı ahlaki ilkelerin ve değerlerin resmileştirilmesidir denilebilir. Yasalar, davranışları düzenlemek ve vatandaşları korumak için bir hükümet veya başka bir makam tarafından oluşturulur ve uygulanır. Bununla birlikte, tüm yasalar ahlaki ilkelere dayanmaz ve tüm ahlaki ilkeler yasalara göre kodlanmaz. Ek olarak, yasaların bireylerin kişisel ahlaki inançlarıyla çeliştiği durumlar olabilir.

³³ Aktan, "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş," 53.

³⁴ Abdulkadir Yıldız, *Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki, Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı*, ed. Nihat Erdoğan, Ömer Torlak, Kübra Bilgin Tiryaki, (İstanbul: İGİAD Yayınları, 2018), 373.

³⁵ Güloğlu, "Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi," 8.

³⁶ Yıldız, "Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki," 374-75.

D. Genel Ahlak

Genel ahlak, ahlaktan farklı olarak belirli bir zamanda bir ülkede toplum üyelerinin çoğu tarafından benimsenen etik kuralları ifade etmektedir.³⁷ Anayasa Mahkemesi genel ahlakı belli bir zamanda bir toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan ahlak kuralları olarak tanımlamıştır.³⁸ Eski Yunanlılar bilgelik, ölçülülük ve doğruluk gibi erdemleri her yerde kabul ettiklerinden genel ahlak ilkeleri olarak belirlemişlerdir.³⁹ Özetle genel ahlakı, insanların toplum içinde yaşarken nasıl davranması gerektiği konusunda ortak bir anlayış şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu anlayış, insanların birbirlerine karşı dürüst, saygılı ve adil olmasını, insan haklarını koruyan bir davranış sergilemesini ve toplumun genel iyiliği için çalışmasını öngörür.

Genel ahlak kavramı hukuk sistemlerinde yerini almış bir kavramdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁴⁰ de dahil olmak üzere birçok hukuk düzenince genel ahlak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir.⁴¹ Türk Hukukunda da genel ahlak Anayasa'da bazı

³⁷ Oya Aydın, "Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik," *Mülkiye Dergisi* 37, no. 4 (2013): 139.

³⁸ Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Nedeni Olarak Genel Ahlak," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 34.

³⁹ Aktan, "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş," 57.

⁴⁰ Madde 10: "... 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

⁴¹ Aydın, "Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik," 140.

temel hak ve özgürlüklerin sınırlayıcısı olarak düzenlenmiştir.⁴² Ayrıca, Türk Ceza Kanunda (TCK) "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" başlıklı bir bölüm altında bazı suçların doğrudan genel ahlaka aykırılıkları nedeniyle cezalandırılma yoluna gidilmiştir.

II. ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

A. Tanım

Erişim 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınları Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un (5651 s. Kanun) Tanımlar başlıklı 2. Maddesinin 1/e bendinde "*Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını ... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkılarak erişimin engellenmesini; bir kullanıcının belirli bir internet sitesine girmesine ya da bu siteye erişmesine engel olan hal olarak tanımlamak mümkündür.

Genellikle bir yönetim tarafından uygulanan erişimin engellenmesi internet ortamında işlenen suçlarla mücadele amacıyla uygulanan bir tedbirdir.⁴³ Anayasa m. 26'da düzenlenen Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti ile çatışan erişimin engellenmesi kurumu bu hürriyetin sınırlanma sebeplerinden olan suç işlenmesinin önlenmesi kapsamında değerlendirildiğinde bir aykırılık nedeni oluşturmamaktadır. Erişimin engellenmesi, alan adından, IP adresinden ve URL'den erişimin engellenmesi olmak üzere üç farklı şekilde gerçekleştirilebilecek bir uygulamadır.

⁴² Madde 141: "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir...*"

⁴³ Bülent Kent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 51.

B. Erişimin Engellenmesinin Hukuki Niteliği

Erişimin engellenmesi genellikle konusu suç teşkil eden fiillerin internet ortamında yapılması nedeniyle uygulanan bir tedbirdir. Cezai bir yaptırım olmayan erişimin engellenmesi kararı idari ve yargısal olarak verilebilmektedir.⁴⁴ Erişimin engellenmesi 5651 s. Kanun ile düzenlenmiştir. Koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararını soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme verir. İdari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararlarını ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı (BTK Başkanı) verir.⁴⁵

C. Erişimi Engelleme Yöntemleri

1. Alan Adından Erişimin Engellenmesi

Alan adı (Domain Name), internet sitelerine girmek için kullanılan adreslerdir. Bir alan adı yalnızca bir kere alınabilir. Her internet sitesinin sahip olduğu bir alan adı vardır. Alan adından erişimin engellenmesi ilgili alan adına sahip siteye erişimi tamamen engellemektedir. Dolayısıyla erişimi alan adından engellenen bir siteye giriş mümkün olmamaktadır.⁴⁶ Konusu suç teşkil eden içeriğin bir internet sitesinde paylaşılmasından sonra o internet sitesine ait alan adı engellendiğinde bu alan adına sahip internet sitesindeki konusu suç teşkil etmeyen diğer içeriklere de erişim mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu yöntemle yapılacak bir erişimin engellenmesi hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir.

⁴⁴ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 56.

⁴⁵ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 127-28.

⁴⁶ Doğan Kılınc, "Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta internet sitelerine erişimin engellenmesi ve ifade hürriyeti," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2010): 408.

2. IP Adresinden Erişimin Engellenmesi

IP adresi internet protokol standartlarına göre verilmiş sayılardan oluşan ve ağların birbirlerine bağlanarak iletişim kurmalarını sağlayan adresler olarak tanımlanabilir.⁴⁷ IP adresine ait numaraların akılda tutulması zor olacağından her IP adresine karşılık gelen alan adları kullanılmaktadır.⁴⁸ Bir IP adresinde farklı alan adları yer alabilir ve IP adresinden erişimin engellendiğinde o IP adresinde yer alan bütün alan adlarına erişim engellenmiş olacaktır.⁴⁹ Bu yöntemle erişimin engellenmesi uygulandığı durumda, aynı IP adresinde yer alan diğer alan adlarına sahip sitelerde, herhangi bir suça ilişkin içerik bulunmasa da o sitelere de artık erişim mümkün olmayacağından bu yöntemin de hakkaniyetli olduğundan söz edilemez. Ancak basit bir yöntem olması ve ek bir donanım gerektirmemesi nedeniyle devletler genellikle bu yöntemi tercih etmektedirler.⁵⁰

3. URL Adresinden Erişimin Engellenmesi

URL Adresi 5651 s. Kanun m. 2/1-p' de "*İlgili içeriğin internette bulunduğu tam adresini ... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yöntem ile ilgili internet sitesinde yer alan ve sadece konusu suç teşkil eden içeriğe erişim engellendiğinden diğer iki yöntemle göre hakkaniyetli ve ölçülü kabul edilebilir. Fakat bu yöntem zor ve maliyetli bir yöntemdir.⁵¹ Yine de 5651 s. Kanun m. 8/17' de belirtildiği üzere öncelikli olan yöntem URL Adresinden erişimin engellenmesi yöntemidir.

⁴⁷ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 28.

⁴⁸ Kılınç, "Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta internet sitelerine erişimin engellenmesi ve ifade hürriyeti," 408.

⁴⁹ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 63.

⁵⁰ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 63.

⁵¹ Kılınç, "Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta internet sitelerine erişimin engellenmesi ve ifade hürriyeti," 409.

4. Erişimin Engellenmesi – İçeriğin Yayından Çıkarılması Farkı

5651 s. Kanununun 2/1-ö maddesinde içeriğin yayından çıkarılması; “İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Erişimin engellenmesinden farklı olan içeriğin yayından çıkarılması sonucunda ilgili içeriğe artık hiçbir yerden erişim mümkün olmayacaktır. Ancak erişimin engellenmesi ile ilgili içeriğin sadece ülkemizde erişimi engellendiğinden diğer ülkelerde o içeriğe erişim devam edecektir. Erişimin engellenmesi kararını ilgili içerik ve yer sağlayıcı ile birlikte erişim sağlayıcıları yerine getirir. İçeriği yayından çıkaranlar kanun tanımından da anlaşılacağı üzere ilgili içeriği oluşturan içerik sağlayıcı ya da o içeriğin yayınlanmasına yer sağlayan yer sağlayıcılardır.⁵²

III. GENEL AHLAK BAĞLAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

A. 5651 Sayılı Kanun Madde 8’de Düzenlenen Haller

5651 s. Kanun kapsamında doğrudan genel ahlaka ilişkin erişimin engellenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanunda düzenlenen bazı erişimin engellenmesi halleri genel ahlak kapsamına giren haller olduğundan kanunun üstü kapalı bir şekilde de olsa genel ahlaka aykırı internet içeriklerine yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmesine cevaz verdiği çıkarımı yapılabilir. 5651 s. Kanununun 8. Maddesinde TCK’da atıf yapılarak bazı katalog suçlar sayılmış ve bu suçların internet ortamında işlenmesi halinde ilgili içeriğin yayından çıkarılmasına ve/veya bu içeriğe

⁵² İsmail Demez, “Kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet sitelerine erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılmasında görev ve yetki sorunu,” *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021), 340.

erişimin engellenmesine karar verileceği düzenlenmiştir. TCK'da "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen müstehcenlik, fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçları da bu maddede sayılan katalog suçlardandır. Bu başlık altında bu suçlar incelenecektir.

1. Müstehcenlik (TCK m. 226)⁵³

TDK müstehceni yakışıksız, açık saçık, edebe aykırı olarak⁵⁴; müstehcenliği ise müstehcen olma durumu olarak tanımlamıştır.⁵⁵ Müstehcenlik kavramının net bir tanımının

⁵³ **Madde 226-** “(1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren, e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, f) Bu ürünlerin reklamını yapan, Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayım yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayım yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.”

⁵⁴ “Müstehcen,” TDK Sözlük, erişim tarihi Ocak 17, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=mustehcen>.

⁵⁵ “Müstehcenlik,” TDK Sözlük, erişim tarihi Ocak 17, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=mustehcenlik>.

yapılması zordur. Bu kavram bölgeden bölgeye değişebileceği gibi dönemden döneme de değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla öğretide müstehcenliğin tanımını yapmaktan ziyade hangi fiillerin müstehcen olduklarının belirlenmesi yolu tercih edilmiştir. Bu kapsamda Soylasan; müstehcen fiillerin bireyin cinsel duygularını yaraladığını ifade ederek bu tür fiillerin kişiyi cinsel ilişkiye tahrik ettiğini belirtmiştir.⁵⁶

5237 sayılı TCK müstehcenliği suç olarak düzenlemiştir ancak müstehcenliğin ne olduğuna dair kanun metninde bir tanımlama yapmamıştır. Bu nedenle de belirlilik ilkesine aykırılık söz konusudur ve uygulamada neyin müstehcenlik suçu oluşturduğuna dair karışıklıklar olmaktadır.⁵⁷ 765 sayılı mülga Ceza Kanununda ise müstehcenlik “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar” olarak tanımlanmıştır.⁵⁸ Yargıtay müstehcenliği pornografiyi de içine alan geniş bir kavram olarak kabul etmiştir ve müstehcenlik suçu ile korunmak istenenin toplumun ar duyguları da denilen genel ahlak olduğunu belirtmiştir.⁵⁹

TCK m. 226’da düzenlenen müstehcenlik suçunun 1. Fıkrası ile;

- ✓ Çocukların müstehcen içeriklere maruz bırakılması,
- ✓ Müstehcen içeriklerin kendilerine mahsus yerler

haricinde satışı, reklamı, dağıtımı,

2. fıkrası ile;

⁵⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yerkin Yayınları, 2018), 571.

⁵⁷ Cankat Taşkın, *İnternete Erişim Yasakları* (Ankara: Seçkin, 2016), 213.

⁵⁸ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumla Karşı Suçlar* (Ankara: US- A Yayıncılık, 2017), 329.

⁵⁹ Yar. CGK, E.2014/603, K.2015/66, 24.03.2015, erişim, Mayıs 30, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2014-603-k-2015-66-t-24-3-2015>

✓ Müstehcenlik barındıran içeriklerin basın yayın yoluyla yayınlanması,

3. fıkrası ile;

✓ Müstehcen içeriklerin çocuklar kullanılarak oluşturulması,

4. fıkrası ile;

✓ Müstehcen içerikler oluşturulurken şiddet kullanılması, hayvanlarla ya da ölmüş insan bedenleriyle doğal olmayan şekillerde yapılan cinsel davranışlarla oluşturulması,

Yasaklanmıştır. Maddenin 5,6 ve 7. Fıkraları ile suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir.⁶⁰

Bahsi geçen fıkralardaki suçların her birinin bugünün teknolojisiyle değerlendirildiğinde internet ortamında işlenmesi mümkündür. Her ne kadar suçu işleyen kişi TCK m. 226 kapsamında cezalandırılabilir olsa da internet ortamında işlemiş olduğu bu suçun izlerinin de internet aleminde kaldırılması gerekmektedir. Aksi halde kişi cezalandırılmış olsa da suç konusunu oluşturan fiil –müstehcen içerikler- internet ortamında var olmaya ve erişilebilir olmaya devam edecektir. Bu noktada devreye 5651 s. Kanun m. 8 girecektir.⁶¹ Madde 8 kapsamında internet ortamında işlenen bir müstehcenlik fiili için kanun koyucu iki ihtimal öngörmüştür. Bunlar ilgili içeriğin yayından kaldırılması veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesidir. Sonuç olarak genel ahlaka aykırı bir fiil olan müstehcenlik fiilinin TCK m. 226'da düzenlenen şekillerden biriyle suç oluşturacak şekilde internet ortamında işlenmesi

⁶⁰ Hasan Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2 (Ankara: Seçkin, 2017), 2043-2052.

⁶¹ MADDE 8- "(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; ... 5) Müstehcenlik (madde 226) ..."

halinde TCK kapsamında verilecek cezanın yanında ilgili içerik yayından çıkarılacak veya bir tedbir niteliğini haiz olan ilgili içeriğe erişimin engellenmesine karar verilecektir.

2. Fuhuş (TCK m. 227)⁶²

TDK'nin toplum kurallarına uymayan şekilde bir ya da birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma⁶³ olarak tanımladığı fuhuş Soyaslan; menfaat karşılığı cinsel ilişki şeklinde tanımlamıştır.⁶⁴ Fuhuş Yargıtay, "bir kadının bir çıkar karşılığında vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etmesi ve bu şekilde cinsel ilişkide bulunması" şeklinde

⁶² **Madde 227-** "(1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. (2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır. (3) Fuhşu kolaylaştırmak veya fuhşa aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünleri veren, dağıtan veya yayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz gündən iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. (5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir."

⁶³ "Fuhuş," TDK Sözlük, erişim tarihi Ocak 18, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=fuhus>.

⁶⁴ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 583.

tanımlamıştır.⁶⁵ 5237 sayılı TCK'da tıpkı müstehcenlik gibi fuhşun da tanımı yapılmamıştır. Zaten TCK m. 227'de düzenlenen suçta konu fiil de fuhuş değil fuhşa teşvik ve fuhşun yapılmasının kolaylaştırılmasıdır.⁶⁶

Hükmün birinci fıkrasında çocuğu, ikinci fıkrasında ise bir kimseyi fuhşa teşvik etmek suç olarak düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada fuhşu kolaylaştırmak amacıyla hazırlanmış yazı ve görüntüleri dağıtmak; dördüncü, beşinci ve altıncı fıkrada ise suçun ağırlaştırıcı halleri düzenlenmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla madde metninden anlaşılacağı üzere TCK m. 227 kapsamında fuhuş fiilini işleyen kimseye karşı bir yaptırım öngörülmemiş; fuhşa teşvik eden, fuhşu kolaylaştıran ve fuhşa yönelik yazı ve görüntüleri yayan kimseler için cezai yaptırım öngörülmüştür.

Fuhuş teşvik amacıyla hazırlanan bir görüntünün internette paylaşılması halinde bu fiili işleyen kimse TCK m. 227/3 kapsamında cezalandırılacaktır. Ayrıca bu suç internet ortamında işlendiği için söz konusu suça ilişkin görüntüye erişimin kaldırılması da gerekecektir. TCK m. 227 kapsamında düzenlenen fuhuş suçu 5651 s. Kanun m.8'de düzenlenen katalog suçlar arasında da var olduğundan suçu işleyen kimseye verilecek cezanın yanında internetteki bu içeriğin yayından kaldırılmasına ya da bu içeriğe erişimin engellenmesine de karar verilecektir.

⁶⁵ Hamide Zafer, "Fuhuş Suçu (TCK m. 227)," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 21, no. Özel Sayı, (2019): 3160.

⁶⁶ Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 892.

⁶⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 354.

3. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama (TCK m. 228)⁶⁸

TDK kumarı “*ortaya para koyularak oynanan talih oyunu*” olarak tanımlamıştır.⁶⁹ 5237 sayılı Kanununun 228. Maddesinin 6. Fıkrasında “*kazanç amacıyla icra edilen ve kar ile zararın talihe bağlı olduğu oyunlar*” olarak tanımlanan kumar; mülga 765 sayılı kanunda “*Ceza kanununun tatbikında kumar, kazanç kasdiyle icra kılınıp kar ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁰

Kumarın sosyal bakımdan büyük tehlike arz etmesi ve sebep olabileceği sonuçlar göz önünde bulundurularak bu suç düzenlenmiştir.⁷¹ Kanun hükmü çerçevesinde kumar oynayanlar değil kumar oynanmasına yer ve imkân sağlayanların cezalandırılması öngörülmüştür. Genellikle herkesin kolayca erişebileceği yerlerde talih oyunları yasak olmakla birlikte kanunlarla Milli Piyango, Spor Toto-Loto gibi bazı talih oyunlarına izin verilmiştir.⁷²

⁶⁸ **Madde 228-** “(1) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.⁸³ (2) Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır. (3) Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (4) Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (6) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.”

⁶⁹ “Kumar,” TDK Sözlük, erişim tarihi Ocak 18, 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=kumar>.

⁷⁰ Beşir Babayiğit, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Fiilleri,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 34 (2018): 285.

⁷¹ M. Emin Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Hukuk Yayınları Dizisi 2027 (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 275.

⁷² Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 581.

Maddenin birinci fıkrası kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu; ikinci fıkrası çocukların kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu düzenlemiştir. Üçüncü fıkarda ise bilişim sistemleri kullanılarak kumar oynanmasına yer ve imkân sağlama suçu ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Dördüncü fıkarda bir diğer ağırlaştırıcı hal, beşinci fıkarda tüzel kişilere ilişkin hükümler düzenlenmiş ve son fıkarda da kumarın ne olduğunun tanımı yapılmıştır.⁷³

Bir internet sitesinin yasal olmayan bir şekilde kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması halinde söz konusu fiil TCK m. 228/3'te düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bahsi geçen fiil ayrıca 5651 s. Kanun m. 8/1-a-7 kapsamında internet ortamındaki kumar oynanması için hazırlanmış olan içeriğin yayından kaldırılması ya da bu içeriğe erişimin engellenmesi halini de doğurmuş olacaktır.

B. 6502 Sayılı Kanunda Yer Alan Düzenleme

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (6502 s. Kanun) madde 77/12-g'de yer alan erişimin engellenmesine karar verilebilecek haller kapsamına genel ahlaka aykırı ticari reklam da dahil edilmiştir.⁷⁴ Ticari reklam 6502 s. Kanun madde 61/1'de *“ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek*

⁷³ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, 362.

⁷⁴ *“... (12) Bu Kanununun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında ... g) ... Bu cezalarla birlikte aykırılığın internet ortamı üzerinde gerçekleştirilmesi hâlinde, ihlalin gerçekleştiği yayım, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Reklam Kurulu tarafından karar verilebilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. ...”*

amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun 61. maddesinin 2. fıkrasında ticari reklamların genel ahlaka uygun olarak yapılabilecekleri hüküm altına alınmıştır.⁷⁵ Genel ahlaka aykırı olarak ticari reklam yapanlara ilişkin cezai ve idari yaptırımlar 6502 s. Kanun m. 77/12’de düzenlenmiştir. Bu cezai yaptırımların yanında maddenin g bedinde aykırılık internet ortamında gerçekleştirilmişse Reklam Kurulu tarafından ilgili içeriğe erişimin engellenmesine karar verileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda müstehcenlik barındırmamakla beraber kadının cinsel obje olarak kullanıldığı internet ortamında yayınlanan bir ticari reklama genel ahlaka aykırılık teşkil etmesi nedeniyle 6502 s. Kanun m. 77/12-g hükmü uyarınca erişimin engellenmesine karar verilebilecektir.

SONUÇ

Genel ahlak toplumun çoğunluğu tarafından kabul görmüş iyi ve kötüye ilişkin değerler olarak tanımlanabilir. Genel ahlakı oluşturan kuralların bazıları toplumun çoğunluğu tarafından benimsendiği için zamanla hukuk kuralı haline gelebilirler. Örneğin iftira fiili toplumlar tarafından ahlaka aykırı bir fiil olarak kabul edilmekte ve hukuk kuralları da iftirayı yasaklamaktadır.

İnternetin hayatın her alanına girmesiyle birlikte artık birçok ihlal de internette gerçekleştirilebilir. Gerçek hayatta yapılan genel ahlaka aykırı müstehcenlik, fuhuş gibi suçlar TCK kapsamında cezalandırılacaktır. Aynı suçlar internet ortamında işlenmeleri halinde de ilgili TCK hükümleri kapsamında cezai yaptırım uygulanacaktır. Ancak internette yapılan bir paylaşım saniyeler içinde dünyanın diğer ucuna

⁷⁵ “... (2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. ...”

ulaşabildiği gibi böyle bir suçu işleyen kişi cezalandırılmış olsa da bu suçun konusu olan eylem internet ortamında var olmaya ve yayılmaya devam edebilecektir. Bu noktada kanun koyucu 5651 s. Kanun m. 8 ile genel ahlaka aykırı; müstehcenlik, fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçlarının internet ortamında işlenmesi halinde bu içeriklerin yayından çıkarılacağını ve/veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi kararı verileceğini düzenlemiştir. Ancak bu noktada şöyle bir sorun karşımıza çıkmaktadır: Şayet internette genel ahlaka aykırı fakat konusu suç teşkil etmeyen bir içerik paylaşılsa bu durumda bu içeriğe erişimi engellemeye yönelik kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından bu içerik internet ortamında kalmaya devam mı edecektir? Bu noktada kanunda bir boşluk olduğu sonucuna varılabilir.

Bir diğer genel ahlaka aykırılık sebebiyle erişimin engellenmesi kararı verilebilecek durum 6502 s. Kanunda düzenlenmiştir. Bu kanunda bir sınırlama yapılmaksızın genel ahlaka aykırı olan ve internet ortamında yayınlanan ticari reklamlara tıpkı 5651 s. Kanunda olduğu gibi imkanlar el veriyorsa URL'den aksi halde alan adından erişimin engelleneceği düzenlenmiştir.

Sonuç olarak içeriği muğlak olan genel ahlak kavramı kanunlar kapsamına alınarak bazı hallerde sınırlandırma bazı hallerde cezalandırma sebebi olarak kabul edilmiştir, ancak gelişen teknolojiye bağlı olarak internet ortamında genel ahlaka aykırı bir içeriğin yayınlanması hali net bir şekilde kanunlarda hüküm altına alınamadığından kanuni bir boşluk söz konusudur. Toplumsal düzenin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilebilecek olan genel ahlakın internette de korunması amacıyla sadece ceza kanunundaki suçlara yapılan atfın yeterli olmadığı; özellikle gençlerin ve çocukların internetteki genel ahlaka aykırı içeriklere karşı daha efektif bir şekilde korunabilmesi amacıyla kapsayıcı "genel ahlak kapsamında

erişimin engellenmesi" hükmünün uygulamaya konulması 5651 s. Kanunun amacı kapsamında daha isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether she received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Adalı, Eşref. *Bilişim Etiği ve Hukuku*. İstanbul: İTÜ Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi Yayını, 2017.
- TDK Sözlük. "Ahlak." Erişim tarihi Ocak 13, 2023. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=ahlak>.
- "Ahlak." *Yeni Rehber Ansiklopedisi*. C. 1. İstanbul: İhlas Gazetecilik, 1993.
- Aktan, Coşkun Can. "Ahlak ve ahlak felsefesine giriş." *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 1, no. 1 (2009).
- Aktaş, Kadir. "Etik-ahlâk ilişkisi ve etiğin gelişim süreci." *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 1, no. 2 (2014): 22-32.
- Ark, Ümmühan. "Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında Divan-ı Hikmet." *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, no. Özel Sayı 1 (2016): 256-268.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, ve Kerim Çakır. *Gerekçeli Ceza Kanunları*. Hukuk Yayınları Dizisi 2027. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydın, Oya. "Genel Ahlak, Hukuk ve Cinsellik." *Mülkiye Dergisi* 37, no. 4 (2013): 139-148.
- Babayiğit, Beşir. "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 34 (2018): 283-315.
- Bulut, Nihat. "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Nedeni Olarak Genel Ahlak." *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 29-42.
- Çıfci, Yusuf. "Ahlak ve Ahlaksızlık Arasında Nietzsche." *PESA Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, no. 1 (2016): 65-73.
- Demez, İsmail. "Kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet sitelerine erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılmasında görev ve yetki sorunu." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 338-429

Dural, Mustafa, ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. Cilt 1. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

“Ethics | Definition, History, Examples, Types, Philosophy, & Facts | Britannica.” Erişim tarihi Ocak 13, 2023. <https://www.britannica.com/topic/ethics-philosophy>.

TDK Sözlük. “Etik.” Erişim tarihi Ocak 16, 2023. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=etik>.

Engin, Zeynep Üskül. “Toplumsal Ahlak ve Hukukun Kesiştiği Noktada Kadın Sorunsalı”. İHFSA – Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi. haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye. 123–137. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014

TDK Sözlük. “Fuhuş.” Erişim tarihi Ocak 18, 2023. [https://sozluk.gov.tr/?kelime=fuhuş](https://sozluk.gov.tr/?kelime=fuhus).

Gerçeker, Hasan. *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 2. Ankara: Seçkin, 2017.

Güloğlu, Yavuz. “Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2020): 1-18.

Hafızoğulları, Zeki, ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*. Ankara: US- A Yayıncılık, 2017.

Karagözoğlu, Hümeýra. “‘Homo Homini Lupus’: Thomas Hobbes’ un Ahlâk Felsefesi Üzerine”. *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 31 (2006): 215-242.

Kent, Bülent. *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Kılınç, Doğan. “Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta internet sitelerine erişimin engellenmesi ve ifade hürriyeti.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (2010): 407-54.

- Kızılkurt, Ahmet. "Bireysel ve Toplumsal Ahlak Anlayışı (Platon ve Farabi Karşılaştırılması)." *Genç Mütefekkirler Dergisi* 3, no. 2 (25 Aralık 2022): 338-61.
- TDK Sözlük. "Kumar." Erişim tarihi Ocak 18, 2023. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=kumar>.
- TDK Sözlük. "Müstehcen." Erişim tarihi Ocak 17, 2023. [https://sozluk.gov.tr/?kelime=müstehcen](https://sozluk.gov.tr/?kelime=mustehcen).
- TDK Sözlük. "Müstehcenlik." Erişim tarihi Ocak 17, 2023. [https://sozluk.gov.tr/?kelime=müstehcenlik](https://sozluk.gov.tr/?kelime=mustehcenlik).
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özekes, Muhammet. *Sorular / Şemalar / Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Özel, Kadir Can. "Etik ve Etik-Hukuk Arasındaki İlişki." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33 (2018): 685-708.
- Özlem, Doğan. *Etik-ahlak felsefesi*. İstanbul: Notos Kitap Yayıncılık Eğitim Danışmanlık ve Sanal Hizmetler Tic. Ltd. Şti., 2010.
- Sekman, Aziz. "Kant'ın Ahlak Delili." *İnönü Üniversitesi Kültür ve Sanat Dergisi* 3, no. 2 (2017): 58-61. <https://doi.org/10.22252/ijca.365263>.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Taşkın, Cankat. *İnternete Erişim Yasakları*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Uygun, Oktay. "Immanuel Kant ve Ahlakın Temel İlkesi." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (15 Ekim 2021): 1439-54.
- Üstün, Çağatay. "Etik ve Ahlak Konusuna Genel Bakış." *Hemşirelikte Etik*. İzmir: Ege Üniversitesi Basımevi, 2015.

Yıldız, Abdulkadir: Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki, Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı, Editörler: Nihat Erdoğan, Ömer Torlak, Kübra Bilgin Tiryaki, İGİAD Yayınları, 2018.

Zafer, Hamide. "Fuhuş Suçu (TCK m. 227)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan* 21 (2019): 3157-3183.

MADEN İŞLETMELERİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMADIĞINA DAİR TESPİT DAVASININ HUKUKİ YARARI- KARAR İNCELEMESİ

The Legal Interest of the Declaratory Action of the Non-Taking of Occupational Health and Safety Measures in Mining-A Review of Judgment

Rumeysa ÇEVİK*

Öz

Maden işletmeleri iş kazalarının en sık meydana geldiği sektörlerin başında gelmektedir. Bu nedenle işçilerin tehlikelerden arındırılmış, güvenli ve sağlıklı bir ortamda çalışabilmesinin amaçlandığı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, maden işletmelerinde ayrı bir önem taşımaktadır. Çalışmada ele alınan Yargıtay kararında maden işyerinde kuyu giriş ve çıkış

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, rumeysa.koseoglu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7263-3523.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.04.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.06.2023.

Atıf/Citation: Çevik, Rumeysa. "Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmadığına Dair Tespit Davasının Hukuki Yararı- Karar İncelemesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 487-540.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



kapılarının kilitlemesi uygulamasının iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılığının tespitine ilişkin bir dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, bu uygulamanın iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratmadığı sonucuna vararak davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını eksik inceleme nedeniyle bozmuştur. Çalışmamızda öncelikle davaya konu olan olayda iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uygun hareket edilip edilmediği mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmektedir. Ardından, incelemenin asıl konusunu oluşturan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığına ilişkin açılan tespit davasının hukuki yararı üzerinde durulmaktadır. Son olarak, işçi sendikasının davayı açmaktaki ehliyeti ve topluluk davasına ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş Sağlığı ve Güvenliği, Maden İşletmesi, Tespit Davası, Hukuki Yarar, Topluluk Davası

Abstract

Mining is one of the sectors that occupational accidents occur most frequently. For this reason, occupational health and safety measures which aim to ensure that workers can work in a safe and healthy environment that is free from hazards have great importance in the mining industry. In the Court of Cassation decision that is discussed in this study, a lawsuit has been filed regarding the determination of the violation of the occupational health and safety provisions of the locking of the mine shaft entrance and exit doors in the mine. The court of first instance concluded that the locking of the mine shaft entrance and exit doors did not pose a danger in terms of occupational health and safety and decided to the dismissal of an action. However, the Court of Cassation made an annulment decision to the first instance court due to an incomplete examination. In this study, firstly, whether it has been acted in accordance with the occupational health and safety provisions in the event

subject to the case is examined within the framework of the provisions of the legislation. Then, emphasis is put on the legal interest of the detection of the violation of occupational health and safety provisions, which is the main focus of the study. Finally, explanations are made on the trade union's capacity and the group action.

Keywords: Occupational Health and Safety, Mining, Declaratory Action, Legal interest, Group action.

**I. İNCELEME KONUSU KARAR: 22. HUKUK DAİRESİ E.
2017/6149 K. 2017/5504 T. 20.3.2017**

“DAVA: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası ile Genel Maden İşçileri Sendikası arasında Türkiye Taşkömürü Kurumu işyerleri için 25. Dönem Toplu İş Sözleşmesinin akdedildiğini, Toplu İş Sözleşmesinin 28. maddesine göre davalının iş sağlığı ve güvenliği konusunda ilgili mevzuat hükümlerinin gereğini yapmak zorunluluğu bulunduğunu, Türkiye Taşkömürü Kurumuna bağlı ... İşletme Müdürlüğü kuyu giriş ve çıkış kapılarının kilitli olduğunu, bu sebeple çalışanların acil durumlarda mağdur olduklarını, geçmişte yaralı işçinin dışarı çıkartılması esnasında anahtar bulunamadığından kilidin kırılmak zorunda kalındığını, 24.03.2011 tarihinde pano üretim işçisi Yener Kocaman'ın kazalı olarak çıktığı ocağın kapılarının kilitli olması sebebiyle turnikeleri dolaşarak ambulansa ulaştığı yönünde sendika üyelerinin konuyu sendikaya şikayet etmeleri üzerine, olası riskleri önlemek, çalışanların moral motivasyonunu ve verimli çalışmayı artırmak için ilgili tüzük ve yönetmelikler doğrultusunda gerekli önlemlerin alınmasının, davalıdan 25.03.2011 tarihli yazı ile

talep edildiğini, davalının kanuna ve yönetmeliğe aykırı kapı kilitleme uygulamasını sürdürdüğü için müvekkili sendikanın 06.02.2014 tarihli yazı ile konuyu tekrar davalıya bildirerek 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili yönetmelikler çerçevesinde gerekli önlemlerin alınmasını istediğini, davalının 10.02.2014 tarihli cevabi yazısında, “kapılar kilitlenmemekte,” “işçilerimize herhangi bir psikolojik taciz söz konusu değildir” ifadeleri ile olumsuz yanıt verdiğini, oysa davalının 08.04.2011 tarihli yazısında “...işçilerimizin ocağa giriş ile çıkış saatleri öncesi 30 dakikalık sürede kuyu giriş ve çıkışlarındaki kapılar kapatılarak...” ibaresinin kapıların kilitlendiğinin kanıtı olduğunu, müvekkili sendikanın, 14.02.2014 tarihli yazısı ile ... Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne, kuyu giriş ve çıkış kapılarının kilitlenmesi uygulamalarının kanun ve yönetmelikler çerçevesinde incelenerek gerekli önlemlerin alınması ve sonuçtan sendikaya bilgi verilmesinin istenildiğini,

Maden İşyerlerinde İş sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 13/5. maddesinin “Acil çıkış kapıları kilitli olamaz. Acil çıkış yolları ile buralara açılan yol ve kapılarda çıkışı zorlaştıracak hiçbir engel bulundurulamaz.” hükmünü amir olduğunu, davalının, ... İşletme Müdürlüğü kuyu giriş ve çıkış kapılarını halen kilitlediğini ileri sürerek davalının ... İşletme Müdürlüğü kuyu ve çıkış kapılarını kilitlemesinin kanuna ve yönetmeliğe aykırı olduğunun tespitiyle kapı kilitlerinin kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

DAVALI CEVABININ ÖZETİ:

Davalı vekili, davacı sendikanın dava açmakta hukuki yararı bulunmadığını, kuyu ve çıkış kapılarının kilitlenmesinin kanuna ve yönetmeliğe aykırı olduğunun tespiti ve kapı kilitlerinin kaldırılması talebi yönünden mahkemenin inceleme ve hüküm verme yetkisinin bulunmadığını, müvekkili kurumun zaten iş müfettişlerince altı ayda bir denetlendiğini, davanın öncelikle hukuki yarar yokluğundan reddi gerektiğini, müvekkili kurum uygulamalarının tamamen iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olduğunu, müesseseye giriş ve çıkışlarda, işçilerin lambahaneden gelip kafese

bindiği ve ocak çıkışlarında ise kafesten çıkıp turnikeler yoluyla lambahaneye yönlendirildiğini, dolayısıyla iddia edildiği gibi kapıların kilitlenmediğini, işyerinde kazalanan ve ocak dışına çıkan işçilerin turnikelerden dışarı çıkmadığını, kafesin alt platformundan dışarı çıkarak ambulansla hastaneye sevk edildiğini, müessesenin davacı sendikaya gönderdiği 08.04.2011 tarihli yazıda yer alan “işçilerimizin ocağa giriş ve çıkış saatleri öncesi 30 dakika süreyle kuyu giriş ve çıkış kapılarının kapatıldığı” ibaresinin alt kafesten de insan naklinin yapıldığı zamanki eski bir uygulama olduğunu ve bu uygulamadan vazgeçildiğini, kesinlikle ocağın giriş ve çıkışlarına kilit vurulmadığını, müessese olarak yapılan uygulamanın kafesten ocak dışına çıkan işçilerin turnikeden geçtikten sonra lambahaneye yönlendirilmesi ve lambahaneye gitmeden dışarıya çıkmasını önlemek olduğunu, diğer yönden kurum tarafından yayımlanan genelge gereği işe giriş ve çıkışların bilgisayar ortamında izlenmesi için personelin kartlarını cihaza okutması gerektiğini, bu uygulamadan amacın ise ocağa giren ve ocaktan çıkan işçilerin direkt olarak kart okuma cihazlarına yönlendirilmesi, kart okuttuktan sonra dışarı çıkmak isteyen ve dışarıdan gelip kart basmak isteyen işçilerin kart basmasının önlenmesi olduğunu, yapılan uygulamanın iş sağlığı ve güvenliği açısından mahzur teşkil etmediği yönünden rapor tanzim edildiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

MAHKEME KARARININ ÖZETİ:

Mahkemece, işçilerin madene turnike ve kafes sistemi ile inmekte olup çıkışın da aynı sistemle sağlandığı, kilitlenen kapıların işçilerin kafese ulaşmasını engelleyen bir durumu bulunmayıp zaten yer altından yer üstüne kafes olmadan çıkılmadığı, güvenliğin bulunduğu bölümün giriş ve kilitli kapılara çok yakın mesafede olup kapıların açılmasında gecikme yaşanmasının düşük bir ihtimal olduğu, hasta ve kazazede tahliyesinin vardiya giriş ve çıkışından yapılmayıp alt kafesten yapıldığından bu durumda da kilitli kapıların herhangi bir sorun yaratmadığını, ayrıca kilitlenen kapıların vardiya giriş ve çıkışını sağlayan kapılara bitişik olup bu

kapıların acil çıkış kapısı olarak değerlendirilmesinin de mümkün olmadığı hususları belirtilmiş ve bu gerekçeler yanında davalı tarafın kapıların kilitlenmesinin nedenini vardiya bitmeden çıkışların engellenmesi olarak açıkladığı, bu durumu sağlayacak yöntemlerin bulunabileceği, yer altı çalışma koşulları ve ülkemizde yaşanan maden kazaları dikkate alındığında iş verimi ve mesainin tamamlanmasının sağlanması için kapıların kilitlenmesi yerine numaralı baret kullanımı ya da yer altında mesai denetimini sağlayacak çalışan ve çalışmayan işçiyi belirleyecek tedbirlerin alınması gerektiği, yer altı çalışma koşullarının çalışanların psikolojisi üzerinde olumsuz etki yarattığı, yer üstünde çalışan bir işçi için önemli olmayan bir durumun yer altı çalışanı yönünden önemli olabileceğinin açık olduğu hususları da ifade edilerek kilitleme işleminin iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratmadığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

GEREKÇE:

I-)Hukuki Dayanaklar

Toplumun tüm bireylerinin yararlandığı sanayileşmenin ve teknolojik gelişmelerin bedelini çalışanlara ödetmeme kaygısı, çağdaş toplumların başlıca amaçlarından birini oluşturur. Bu nedenle, iş hukukunun en önemli amacı her şeyden önce işçilerin yaşamlarını ve beden bütünlüklerini korumak olmuştur (SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 661).

Hukukumuzda, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeler 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 77 vd. maddelerinde yer almakta iken, halihazırda, kapsamı genişletilmiş şekilde ve 30.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda müstakil bir yasal düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Nitekim, 2. maddede, kanunun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm

çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı ifade edilmiş, aynı maddenin devamında istisnalar belirtilmiştir.

6331 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, işyerlerindeki çalışma şartlarının çalışanlar üzerindeki sağlık ve güvenlikle ilgili olumsuz etkilerini en aza indirecek şekilde işyerinin tasarımı, iş ekipmanları, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçimi gibi hususlara özen gösterilerek işin çalışanlara uyumlu hale getirilmesi, teknik gelişmelere uyum sağlanması, tehlikeli olanların, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanlarla değiştirilmesi, teknolojinin, iş organizasyonunun, çalışma şartlarının, sosyal ilişkilerin ve çalışma ortamı ile ilgili diğer faktörlerin etkilerini kapsayan genel bir önleme politikasının geliştirilmesi, toplu korunma önlemlerine, kişisel korunma önlemlerine göre öncelik verilmesi, çalışanlara uygun talimatların verilmesi gibi genel prensipler esas alınarak kanunun hazırlandığı ifade edilmiştir.

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde, işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu çerçevede mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapacağı belirtilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesinde yer alan "Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır" düzenlemesiyle ortaya konulmuştur. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de, Sözleşmeye taraf devletlerin, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkını kabul ettiği ve bu hakkın özellikle güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını güvence altına aldığı hususu ifade edilmiştir.

Anayasamızın 49. maddesine göre “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemek üzere gerekli tedbirleri alır. Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri alır.”

İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı ILO Sözleşmesinin dördüncü maddesinin birinci fıkrasında, her üyenin, ulusal koşullar ve uygulamaya göre, iş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamına dair tutarlı bir ulusal politika geliştireceği, uygulayacağı ve periyodik olarak gözden geçireceği hususu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de “Bu politikanın amacı, işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önlemek olacaktır.”

155 Sayılı ILO Sözleşmesinin 8. maddesinde de, her üyenin, yasa veya yönetmelik çıkarmak suretiyle veya ulusal şartlarına ve uygulamasına uygun diğer bir yöntemle, Sözleşmenin 4. maddesine etkinlik kazandırmak için gerekli önlemleri alacağı hususu belirtilmiş, Sözleşmenin 9. maddesinde de iş sağlığı ve güvenliği ve çalışma ortamına dair ilgili mevzuatın uygulanmasının uygun ve yeterli bir denetim sistemi ile güvence altına alınacağı ifade edilmiştir.

Madenlerde Güvenlik ve Sağlıkla ilgili 176 Sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesinin 1. fıkrasında da, işverenlerin, kendi denetimleri altındaki madenlerde güvenlik ve sağlık risklerini ortadan kaldırmak ya da asgari düzeye indirmek için gerekli tüm önlemleri alacakları belirtilmiştir. Yine aynı maddede, “mümkün olduğu her durumda ve yer altındaki her çalışma mahalli için her biri yüzeye ulaşmak için farklı yollarla bağlantılı iki çıkış bulundurulması” ve “işçilerin güvenliği ve sağlığı açısından ciddi bir tehlike ortaya çıktığında faaliyetlerin durdurulmasını ve işçilerin güvenli bir yere tahliyesinin sağlanması” hususlarının işverenlerce gözetilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 5. maddesinde ise işverenin genel yükümlülükleri belirtilmiş ve aynı yönetmeliğin “Asgari sağlık ve güvenlik gerekleri” başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında da “İşveren, eklede belirtilen hususların işyerinin, yapılan işin, şartların veya özel bir riskin gerektirdiği tüm durumlarda uygulanmasını sağlar” düzenlemesi yer aldıktan sonra faaliyetin niteliğine göre tanzim edilen ekli listelerde asgari tedbirler yer almıştır. Buna göre Ek-1 Sayılı listenin 13.2. maddesine göre “Acil çıkış yolları doğrudan dışarıya veya güvenli bir alana veya toplanma noktasına veya tahliye noktasına açılır ve çıkışı önleyecek hiçbir engel bulunmaz.” Yine aynı listenin 13.5. maddesine göre de “Acil çıkış kapıları kilitli olmaz. Acil çıkış yolları ve kapıları ile buralara açılan yol ve kapılarda çıkışı zorlaştıracak hiçbir engel bulundurulmaz.”

İşyerinde yürürlükte bulunan 25. dönem işletme toplu iş sözleşmesinin 28. maddesine göre de “İşveren; İş Sağlığı ve İş Güvenliğini koruma yönünden Anayasanın ve konu ile ilgili bütün Yasa, Tüzük, Yönetmelik ve Talimatnamelerin ilgili hükümlerine koşulsuz uymak ve uygulamak zorundadır... İşveren 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4, 19, 30. maddelerinde belirtilen konularda gerekli önlemleri almak zorundadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları konusunda ilgili mevzuat hükümlerinin gereği yapılır.”

II-Hukuki Yarar

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasına göre “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden

doğan diğer hakları saklıdır.” Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de “Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”

Diğer taraftan 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 24. maddesinin 2. bendinde işçinin haklı fesih halleri düzenlenirken (f) bendinde son cümle olarak, “yahut çalışma şartları uygulanmazsa” şeklinde ifadeye yer verilerek çalışma koşullarının uygulanmaması, işçinin haklı fesih nedenleri arasında yerini almıştır.

Somut uyuşmazlıkta, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemelere aykırılık iddiası ile dava açılmış olmakla, yukarıda belirtilen hükümler karşısında davacının hukuki yararı bulunduğu hususu tartışmasızdır.

III-Dava Ehliyeti

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 2/1-ğ maddesinde tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak tanımlanan sendikaların amacı ise, yine aynı maddede, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak olarak ifade edilmiştir. Anayasamızın 51. maddesi de aynı doğrultudadır.

6356 Sayılı Kanun’un 26. maddesinde de, sendikaların, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen dava açmak ve bu sebeple açılmış davada davayı takip yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Anılan durumda sendikaların kolektif nitelikli bir temsili söz konusudur (ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s.225).

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Topluluk Davası” başlıklı 113. maddesine göre de “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

Bu açıklamalara göre, inceleme konusu davada da işveren uygulamasının mevzuata aykırı olduğunun tespiti talep edildiğinden, sendikanın dava ehliyeti bulunduğu açıktır.

IV-Değerlendirme

Somut uyuşmazlıkta davacı sendika vekili, davalıya bağlı maden işyeri niteliğindeki ... İşletme Müdürlüğünde kuyu giriş ve çıkış kapılarının kilitlendiği iddiasıyla bu durumun kanuna ve yönetmeliğe aykırı olduğunun tespitiyle kapı kilitlerinin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiş, davalı işveren ise kapıların kilitlenmediğini ve iş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir uygulama bulunmadığını savunmuştur. Mahkemece yukarıda belirtilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır.

Yargılamada dinlenen davacı tanıkları, kuyu giriş ve çıkışlarında yer alan kapıların kilitlendiğini, söz konusu kapıların sadece acil giriş ve çıkışlarda kullanıldığını, acil durum esnasında ise güvenlik görevlisi aracılığı ile kapıların açıldığını beyan etmişlerdir. Dava dilekçesi ekinde de, kilitli kapıların fotoğrafları sunulmuştur.

İşveren tarafından yazılan 08.04.2011 tarihli yazıda da ocağa giriş saati ile çıkış saatleri öncesinde 30 dakikalık sürede kuyu giriş ve çıkışlarındaki kapıların kapatıldığı hususu belirtilmiştir. Keşif mahallinde de kilitli kapıların müşahade edildiği anlaşılmış, davalı vekili söz konusu uygulamanın tamamen personel takip sistemi ile ilgili olduğunu, acil durumlarda kilitli kapıların seri halde açılabilmesini beyan ettiği görülmüştür. Tüm bu tespitler karşısında, uyuşmazlık konusu kapıların kilitlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim mahkemece de, kapıların kilitlendiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, uygulamanın, iş sağlığı ve güvenliği yönünden tehlike teşkil edip etmediği ile yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olup olmadığı hususunun, hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespiti gereklidir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun resmi verilerine göre, ülkemizde 2014 yılında gerçekleşen iş kazası sayısı 221.366 dır ve bu kazalarda 1.626 sigortalı hayatını kaybetmiştir. 2015 yılında ise gerçekleşen işkazası sayısı 241.547 dir ve bu kazalarda 1.252 sigortalı hayatını kaybetmiştir. Ülkemizdeki iş kazası sayısı ile bu kazalarda hayatını kaybeden ve yaralananların sayısının fazlalığı, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemelere riayetin önemini çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim iş sağlığı ve güvenliğinin belirgin özelliği, onun önleyici fonksiyonunda yatar (... , ...: İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, ... 2013, s.20). Öte yandan, maden işyerlerinin “çok tehlikeli” sınıfta yer alması da konunun önemini daha da artırmaktadır.

Bütün bu açıklamalar karşısında, mahkemece, iş güvenliği uzmanlarından oluşan üçlü bilirkişi heyeti oluşturulması, maden işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine riayet etmenin hayati öneminin nazara alınması, uyuşmazlık konusu işyerindeki işçi sayısı ile vardiya giriş çıkışlarındaki toplam işçi sayısının tespiti ile bu husus gözetilerek muhtemel iş kazaları durumunda söz konusu kapıların kilitli olmasının iş sağlığı ve güvenliğine aykırı olup olmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yargılama sonucunda sadece tespit hükmü kurulması gerektiği, “kilitlerin kaldırılması” talebinin de reddedilmesi gerektiği de ifade edilmelidir.

Anılan hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgiliiye iadesine, 20.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

II. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

A. Karar Özeti

1. Dava konusu olayda, maden ocağının kapılarının kilitli olması ve acil durumlar için çıkışa elverişli olmaması nedeniyle işçiler tarafından işçi sendikasına şikâyette bulunulmuş, sendika gerekli önlemlerin alınmasını işverenden talep etmiştir. Nitekim geçmişte işverenin mevcut uygulamasının iş kazası geçiren bir işçinin ambulansa ulaşmasını geciktirdiği de görülmüştür. İşverenin yapılan uyarıları dikkate almaması üzerine, işçi sendikası bir kez daha kuyu giriş ve çıkış kapılarının kilitlenmesi uygulamasının hukuka aykırı olduğunu, kapı kilitlerinin kaldırılması gerektiğini işverene bildirmiştir. Kilitleme işleminin ikazlara rağmen devam etmesi üzerine işçi sendikası tarafından mevcut durumun kanuna ve yönetmeliğe aykırı olduğunun tespitiyle kapı kilitlerinin kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

2. Davalı vekili, öncelikle hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerektiğini, işyerinin işyeri müfettişlerince düzenli bir şekilde denetlendiğini, mevzuata ve iş güvenliğine aykırı bir durumun mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu giriş çıkışları kilitleme uygulamasının ise işçilerin giriş çıkışlarını kontrol etme amacı taşıdığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

3. Yerel mahkeme ise kilitleme işleminin iş sağlığı ve güvenliği yönünden tehlike yaratmadığı kanaatine vararak davanın reddine karar vermiştir.

4. Davacı işçi sendikası vekili kararı temyiz etmiş, Yargıtay özel dairesi ise yerel mahkemenin kararını eksik inceleme üzerine vermesi gerekçesiyle hatalı bularak bozmuştur.

5. Yargıtay özel dairesinin olayın esasına ilişkin yaptığı açıklamalarda mevzuatta düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği hükümleri ışığında değerlendirmelerde bulunduğu

görülmektedir. Üst derece mahkemesi davacının dava açmakta hukuki yararı olduğu yönünde karar vermiştir. Zira mahkeme kararıyla birlikte işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir, çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle fesih hakkına başvurabilirler. Sendikanın dava ehliyeti hususunda ise Yargıtay, kollektif dava ehliyeti ve topluluk davası çerçevesinde bir değerlendirme yaparak sendikanın dava ehliyetinin olduğu yönünde bir karara ulaşmıştır.

B. Karara İlişkin Hukuki Değerlendirmeler

1. Genel Olarak İş Sağlığı ve Güvenliğinin Önemi

İş sağlığı ve güvenliği hukukunun amacı maddi ve manevi risklerden arındırılmış, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının oluşturulmasıdır.¹ Nitekim iş hukukunun en temel amacı ve çıkış noktası da işçilerin yaşamlarını ve beden bütünlüklerini korumak üzerinedir. Belirtilen nedenle, çalışma ortamının insanileşmiş, insan onuruna uygun bir yapıya bürünmesi büyük önem taşır.²

1982 Anayasasında iş sağlığı ve güvenliği hakkına dayanak oluşturabilecek çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu hükümlere sosyal devlet ilkesini ele alan Anayasanın 2. maddesi, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesi, çalışma koşullarını ve dinlenme hakkını düzenleyen

¹ Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 6; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 171; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 396; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 7

² Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittir Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2014), 1349.

50. maddesi ve sosyal güvenlik hakkını ele alan 60. maddesi örnek olarak gösterilebilir.³

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun esas gayesi tazminat sorumluluğuna başvurmaktan ziyade önleme kültürünü oluşturmak üzerinedir.⁴ Bir başka deyişle, iş kazası ve meslek hastalıklarının olumsuz sonuçlarının giderilmesinden çok, söz konusu riskleri önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmalıdır.⁵ Gerçekten, çoğu zaman, alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin maliyetinin iş kazalarının ve meslek hastalıklarının işverene yüklediği maliyetin yanında oldukça düşük olduğu da görülmektedir.⁶ Belirtilen nedenle, işçilerin işyerinde kaza geçirmeden ve sağlıkları bozulmadan önce riskli durumların ortaya konulması, hastalanan veya kaza geçirenlerin tedavi edilmesinden daha öncelikli ve önemli

³ Levent Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku ve Alt İşverenlik* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013), 24 vd.

⁴ Salih Dursun, *İş Güvenliği Kültürü* (İstanbul: Beta, 2012), 31; Kamil Orhan, "İş(çi) Sağlığını ve Güvenliğini Etkileyen Sosyo-Kültürel Faktörler," iç *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 95; İbrahim Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluk* (Ankara: Seçkin, 2015), 41; Fatih Yılmaz, "Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri," *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, no. 6 (2013), 45; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1350; güvenlik kültürüne ilişkin tanımlar için bkz. Dursun, 33-34.

⁵ Mahmut Kabakçı, *Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu*, (İstanbul: Beta, 2009), 58 vd.; Aydın Başbuğ, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı ve Geliştirilmesi," iç *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları* ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut (Ankara: Seçkin, 2016), 26; Kadir Arıcı, *İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri* (Ankara: Tes-İş Eğitim Yayınları, 1999), 221.

⁶ Başbuğ ve Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 396; iş kazaları ve meslek hastalıklarının toplam maliyeti toplam gayri safi milli hasılların %1'i ile %3 arasında değişmektedir. Bkz. Celal Tozan, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığı Uygulamaları* (Ankara: Türk Metal Sendikası Yayınları, 2011), 18.

olmalıdır. 6331 sayılı Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının n bendinde de önleme kavramı “Önleme: İşyerinde yürütülen işlerin bütün safhalarında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak için planlanan ve alınan tedbirlerin tümünü” hükmü ile açıklanmıştır. Böylece, iş sağlığı ve güvenliği hukuku açısından temel ve hedef kabul edilen en önemli kavramının önleme üzerine olduğu söylenebilmektedir.⁷ İş sağlığı ve güvenliğinde modern yaklaşım bağlamında da işyerlerinde mevcut risklerin ortadan kaldırılarak çalışma güvenliğinin sağlanması en başat ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸ Nitekim, bu anlayış çerçevesinde Kanun genel bir önleme ve koruma yöntemi benimsemektedir.⁹

İş sağlığı ve güvenliği, işçinin işin yürütülmesi sırasında karşı karşıya kaldığı risk ve tehlikelerin, işçi sağlığına zarar verecek durumların bertaraf edilmesini ifade eder.¹⁰ Bir başka deyişle, henüz bir zarar meydana gelmeden iş sağlığı ve güvenliği mekanizmalarının hayata geçirilmesi temel gayedir. Böylece, işyerinde meydana gelebilecek tehlikelerin ortadan kaldırılması, var olan risklerin belirlenerek yok edilmesi ve ortaya çıkabilecek zararların asgari düzeye indirilmesi amaçlanır. Nihai olarak, çalışanların sağlığını korumak için bir dizi önlemler bütünü iş sağlığı ve güvenliği olarak

⁷ Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 97; Sümer, *İş Hukuku*, 71; Teoman Akpınar, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Ankara: Ekin Basın Yayım, 2018), 35.

⁸ İsa Karakaş, *Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı* (Ankara: Seçkin, 2013), 234; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 7.

⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 1350.

¹⁰ Aydın Başbuğ, *İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği* (Ankara: Şeker-İş, 2013), 16-17; Cem Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği*, (İstanbul: Beta, 2013), 8; Selim Gündüz, *4857 Sayılı İş Kanunu Döneminde İşveren ve İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Görev Ve Sorumlulukları* (İstanbul: Hiperlink, 2019), 34-35; Öner Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 351; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 1350; Karakaş, *Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı*, 47; Başbuğ ve Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 396; Arıcı, *İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri*, 51-52.

tanımlamak da mümkündür¹¹. Nitekim ancak bu şartlar altında çalışan bir işçinin motivasyonunun ve veriminin yüksek olması, kişisel ve toplumsal huzur ve mutluluğun sağlanması beklenebilir¹². İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında işverenlerin yanında sendikalara da büyük görevler düşmektedir.¹³ Özellikle iş güvenliği ve kültürünün yerleşmesi, var olan önlemlerin doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesinde sendikaların işlevi büyüktür.

İşverenin iş sağlığı güvenliği önlemleri alma borcu işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamında yer alır.¹⁴ Yaptıkları

¹¹ Atanur Karaahmetoğlu, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Bağlamında Soma Madenlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi," *Siyaset Konfersansları Dergisi*, no. 76 (2019): 94.

¹² E. Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2018), 378; İlknur Kılıç, *İş Sağlığı ve Güvenliği* (Bursa: Dora Yayıncılık, 2018), 8; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 10.

¹³ Levent Akın, "Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı," *Çalışma ve Toplum Dergisi* 34, no. 3 (2012): 103; Arslan, 772; Suat Uğur ve Özgür Topkaya, "Kömür Madencilği Sektörü ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 176 Sayılı Sözleşmesi ile Bu Sektöre Yönelik Yürürlüğe Konan İş Sağlığı ve Güvenliği Düzenlemeleri," *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 3 (2015): 254.

¹⁴ Sarper Süzek, *İş Güvenliği Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 1985), 176; Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, (İstanbul: Beta, 2015), 12; Şeyma Akkoşoğlu, "İşçi ve İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin İş Sözleşmesine Etkisi," *iç Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 232; Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 90; Sümer, *İş Hukuku*, 174; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 117; Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 376; Kılıç, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 103; Atanur Karaahmetoğlu, "Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler," *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Bursa: 2019), 148, nitekim, gözetme borcu dar ve teknik anlamda, işçinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verebilecek risklere karşı önleyici tedbirleri alma borcu olarak tanımlanmaktadır. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 1351.

iş dolayısıyla oluşabilecek tehlike ve risklere karşı işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak işveren açısından temel bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar.¹⁵ İşveren işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyerinde meydana gelmesi muhtemel tehlikelere karşı korumaya çalışır. Böylece, işverenin iş sağlığı ve güvenliği sisteminin oluşturulmasında ve uygulanmasında en temel görevi üstlendiği söylenebilir.¹⁶

İşveren iş sağlığı ve güvenliği için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü kılınmıştır (TBK m.417/II, İSGK, m.4).¹⁷ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İşverenin Genel Yükümlülükleri başlıklı m. 4/1'de "*İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun*

¹⁵ Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 91; Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 40; Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 98; Başbuğ, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 33.

¹⁶ Atanur Karaahmetoğlu, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Bağlamında Soma Madenlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi," 101; Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 149; Kılıç, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 88; Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 408; Arslan, 775.

¹⁷ 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda "*Her İşveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmaya yükümlüdür*" hükmü yer almaktaydı (m.73). 4857 sayılı Kanunda ise "*İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler*" olarak düzenlenmişti (m.77). Geniş bilgi için bkz. Can Tuncay, "Avrupa Birliğine Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler," (İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, İstanbul, 2004), 38 vd.; Nurşen Caniklioğlu, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü (Meslek Hastalıkları ve İş Kazaları Sempozyumu, İstanbul 2004), 47 vd.

hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.” düzenlemesine yer verilmiştir. Hüküm uyarınca işveren bilimsel ve teknik ilerlemelerle ortaya çıkan tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü kılınmış bulunmaktadır.¹⁸ İşveren, çalışanın vücut bütünlüğünü ve beden sağlığını korumak için azami dikkat ve özeni göstermelidir, madde kapsamında öngörülen yükümlülükler ise emredici mahiyettedir.¹⁹

Anılan hükme paralel bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde yer almaktadır. “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür*”. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun hukuki dayanağının yukarıda belirtilen hükümler olduğunu söylemek mümkündür. Hükümlerde yer alan “her türlü önlem”

¹⁸ Murat Demircioğlu, Doğan Korkmaz ve Hasan Ali Kaplan, *Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 69; Mustafa Topaloğlu, “Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinden Doğan Hukuki Sorumluluk” (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, Adana: 2-3 Kasım, 2017), 18; Murat Özveri, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (İstanbul: Birleşik Metal İş Yayınları, 2015) 77; Saim Ocak, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Tarafalara Getirdiği Yükümlülükler,” (İş Sağlığı Güvenliği’ne Hukuki Bakış Paneli, Tebliğler ve Görüşler, İstanbul: 2012), 120 vd.; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 101; Gaye Baycık, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri* (Ankara: Yetkin, 2006), 103; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 118; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 1350; “...işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır.” Yar. 10. HD, E. 2019/625, K. 2019/3855, 25.04.2019; Yar. 10. HD, E. 2015/19334, K. 2017/9389, 28.12.2017; Yar. 10. HD, E. 2015/5373, K. 2016/7855, 10.05.2016 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁹ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 173; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 1351.

ifadesi ile iş sağlığı ve güvenliğinde alınması gereken önlemler dinamik yapıya kavuşturulmuş olmaktadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesinde "*İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur: a) Risklerden kaçınmak... e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek*" düzenlemesine yer verilmiştir. İSGK m. 6 hükmü ise işin tehlike sınıfına göre işverene bazı ek yükümlülükler yüklemiş durumdadır. Ayrıca anılan Kanun'un 10. maddesi kapsamında işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Risk değerlendirmesi risklerin tespiti, derecelendirilmesi ve kontrol edilmesi için yapılan çalışmalar bütünüdür. Risk değerlendirmesi sayesinde oluşabilmesi mümkün ve muhtemel risklerin henüz gerçekleşmeden önlenmesi sağlanır.²⁰ Bu yüzden denilebilir ki, modern önleyici iş güvenliği yaklaşımında risk değerlendirmesinin önemi oldukça büyüktür. Zira söz konusu uygulama iş sağlığı ve güvenliği hukukunun önleyici yaklaşımının da bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹

²⁰ Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 100; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 645; Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 152.

²¹ Ayrıca işverenin acil durumlara ilişkin yükümlülükleri ve tahliye yükümlülüğü 6331 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. m.11 uyarınca "(1) İşveren; a) Çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alır. b) Acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri yapar, acil durum planlarını hazırlar. c) Acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu

İşverenin yükümlülükleri kapsamında alması gereken önlemlerden bir diğeri de İSGK m. 11'de düzenleme altına alınan acil durum planları, yangınla mücadele ve ilk yardıma ilişkindir. Maddenin ilk fıkrasına göre *“İşveren; a) Çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alır.”*

İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı ILO Sözleşmesinin dördüncü maddesinin birinci fıkrasında da benzer şekilde, her üyenin, ulusal koşullar ve uygulamaya göre, iş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamına dair tutarlı bir ulusal politika geliştireceği, uygulayacağı ve periyodik olarak gözden geçireceği hususu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de *“Bu politikanın amacı, işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önlemek olacaktır.”*

a. Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Önemi ve Karara Konu Olayda Alınması Gereken Önlemler

Madencilik gerek Dünyada gerek Türkiye’de en tehlikeli işkolları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, kaza ve ölüm riskleri de oldukça yüksektir. İşyeri İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sınıfları Listesi Tebliğine bakıldığında da madencilik ve taş ocakçılığının çok tehlikeli sınıfta yer aldığı

konularda eğitimli yeterli sayıda kişiyi görevlendirir, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırır ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlar. ç) Özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapar”.

görülmektedir.²² Şüphesiz, bu durumun nedeni madenciliğin birçok riski bünyesinde barındırmasıdır. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği hukukunun gelişiminde madencilik sektörünün yadsınamaz bir yeri bulunmaktadır.²³

Bilim ve teknoloji günden güne gelişmekle birlikte, madencilik sektöründe kaza ve ölümlerin az yaşandığı bir dönem söz konusu değildir. Bu nedenle, madencilik en tehlikeli işkollarından biri olma vasfını halen devam ettirmektedir.²⁴ Kömür madenciliği işçi sayısı başına düşen kaza ve ölüm sıralamasında diğer sektörlere göre ön sırada yer almaktadır.²⁵ Nitekim Türkiye İstatistik Kurumu'nun yapmış olduğu araştırma da Türkiye'de en çok iş kazasının yaşandığı sektörün

²² RG. 13.8.2018, S. 27417.

²³ Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 377; Suat Uğur ve Özgür Topkaya, "Kömür Madenciliği Sektörü ve Uluslararası Çalışma Örgütü' nün 176 Sayılı Sözleşmesi ile Bu Sektöre Yönelik Yürürlüğe Konan İş Sağlığı ve Güvenliği Düzenlemeleri" *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 3 (2015): 242

²⁴ Ebru Kaya, "Maden Kazaları," *Çalışma Ortamı Dergisi* 14 (Temmuz-Ağustos 2016), TMMOB Maden Mühendisleri Odası, *Madencilikte Yaşanan İş Kazaları Raporu 2010-2020* (2021), 1; Gökhan Aydın ve İzzet Karakurt, "Yeraltı Maden İşletmeciliğinde Sağlık ve Güvenlik Sorunları," *Teknik Bilimleri Dergisi* 11, no. 1 (2021): 1; Harun Serdar Akyel, "6331 Sayılı Kanun Kapsamında Yeraltı Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri ile İdari Yaptırımlar," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: 2020), 17.

²⁵ TMMOB Maden Mühendisleri Odası, *Madencilikte Yaşanan İş Kazaları Raporu*, Haziran 2010; Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 111-117; H. Nüvit Gerek, "Yeraltı Maden İşletmelerinde Çalışanlarla İlgili Yeni Düzenlemelerin Düşündürdükleri," *Kamu-İş* 14, no. 2 (2015): 1; Türkiye Barolar Birliği, *Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor*; TBB. Ya. No. 288, Ankara, 61; Özcan Öney, Selçuk Samanlı ve Sümeyye Özmen, "Madencilik Sektöründeki Ölümlü İş Kazalarını İş Analizi," *Karaelmas İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi* 2, no.2 (2018): 54.

maden ve taş ocakçılığı olduğunu gözler önüne sermiştir.²⁶ Küresel bazda olaya bakıldığında ise ülkemizin maden kazaları sonucu yaşanan ölümlerde Dünyada ilk sıralarda yer aldığı görülmektedir.²⁷ İş güvenliği tedbirlerine riayet edilmemesi ve denetim mekanizmalarının yetersizliği kazaların meydana gelmesine sebep olmaktadır.²⁸ Böylece yaşanan maden kazaları incelendiğinde kazaların birçoğunun esasında önlenmesi mümkün risklerin bertaraf edilmemesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.²⁹ Sosyal Güvenlik Kurumu verileri ele alındığında ise 2010-2019 yılları arasında 2.360.472 sigortalının iş kazası geçirmiş olduğu ve bu iş kazalarının 13.852'sinin ölümlerle sonuçlandığı görülmektedir. Madencilik sektörüne ilişkin istatistikler incelendiğinde 115.950 sigortalının iş kazası geçirdiği, bu iş kazalarında ise 1042 maden işçisinin hayatını kaybettiği kaydedilmiştir.³⁰ Bu veriler ışığında madencilik sektöründe meydana gelen kazaların tüm sektörlerdeki toplam

²⁶ Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor, 62; Beril Bayraktar, Hakan Uyguçgil ve Adnan Konuk, Türkiye Madencilik Sektöründe İş Kazalarının İstatistiksel Analizi (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2017, 02 – 03 Kasım, Adana), 152.

²⁷ Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor, 63.

²⁸ Geniş Bilgi İçin bkz. Sadettin Orhan, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Denetim Modelleri," iç *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016)299 vd.; Fuat Bayram, *Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi* (İstanbul: Beta, 2008), 14 vd.; Kabakçı, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 361 vd.; Gündüz, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 120 vd.

²⁹ Madencilikte Yaşanan İş Kazaları Raporu (2010-2020), Mart 2021, 19; Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor, 66; Gerek, "Yeraltı Maden İşletmelerinde Çalışanlarla İlgili Yeni Düzenlemelerin Düşündürdükleri," 2.

³⁰ Madencilikte Yaşanan İş Kazaları Raporu (2010-2020), Mart 2021, 7.

kaza sayısına oranının %10 olduğu,³¹ ölümlü iş kazalarının ise 1/3'ünün madencilik sektöründe meydana geldiği görülmektedir.³² Dolayısıyla madencilik sektöründe iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ciddi nitelikte ve üst düzeyde olması oldukça önem taşır.³³ Madencilik sektöründe iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarını iyileştirmeye yönelik birçok mevzuat değişiklikleri yapılmakta, ne yazık ki bu düzenlemeler genellikle meydana gelen maden kazalarından sonra olmaktadır.³⁴

Madenlerde meydana gelen kaza ve ölüm nedenleri incelendiğinde özellikle havalandırma sistemindeki sorunların, kaçış yolları yetersizliğinin kazaların altında yatan başlıca neden olduğu görülmektedir.³⁵ Madenler, açık ocak ve yer altı ocak sistemi olmak üzere temelde iki yöntemle üretilmektedir. Her iki yöntem de ciddi riskleri bünyesinde barındırır da yeraltı madenciliğinde ortaya çıkan tehlikelerin daha fazla olduğunu, iş sağlığı ve güvenliği açısından ayrı bir önem arz ettiğini

³¹ Serdar Yaşar, Serkan İnal, Özüm Yaşar ve Serkan Kaya, "Türkiye'de Meydana Gelen Maden Kazalarının İstatistiksel Olarak İncelenmesi," (Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2015, 21-22 Aralık, Adana), 25.

³² Beril Bayraktar, Hakan Uyguçgil, Adnan Konuk, "Türkiye Madencilik Sektöründe İş Kazalarının İstatistiksel Analizi," (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2017, 02 - 03 Kasım, Adana), 153.

³³ Bayraktar, Uyguçgil ve Konuk, "Türkiye Madencilik Sektöründe İş Kazalarının İstatistiksel Analizi," 154.

³⁴ Gerek, "Yeraltı Maden İşletmelerinde Çalışanlarla İlgili Yeni Düzenlemelerin Düşündürdükleri," 4; Uğur ve Topkaya, "Kömür Madenciliği Sektörü ve Uluslararası Çalışma Örgütü' nün 176 Sayılı Sözleşmesi ile Bu Sektöre Yönelik Yürürlüğe Konan İş Sağlığı ve Güvenliği Düzenlemeleri," 242-243; Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 181.

³⁵ Selin Arslanhan ve Hüseyin Ekrem Cünedioğlu, *Madenlerde Yaşanan İş Kazaları ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme* (TEPAV Değerlendirme Notu, 2010), 5.

belirtmek gerekir.³⁶ Belirtilen nedenlerle, madencilik sektörünün risklerin değerlendirilmesi ve kaza önleme çalışmalarına öncelik verilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.³⁷

Konuya ilişkin ülkemizde 2014 yılında kabul edilen 176 sayılı³⁸ Madenlerde Güvenlik ve Sağlık başlıklı ILO sözleşmesinin de incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu sözleşme madencilik sektörüne ilişkin detaylı koruyucu ve önleyici düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır.³⁹ Belirtmek gerekir ki, sözleşmedeki birçok hüküm esasında mevzuatlarımızda yer alan hükümlerle paraleldir. Ancak madenlerde iş sağlığı ve güvenliğinin uluslararası bir denetime kavuşması açısından anılan Sözleşmenin önemi büyüktür.⁴⁰ Ne var ki, nihai çözüm mevzuat düzenlemelerinden ziyade toplumda iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşturulması noktasında toplanmaktadır.⁴¹

³⁶ Aydın ve Karakurt, "Yeraltı Maden İşletmeciliğinde Sağlık ve Güvenlik Sorunları," 1; Özcan Öney, Selçuk Samanlı ve Sümeyye Özmen, "Madencilik Sektöründeki Ölümlü İş Kazalarını İş Analizi," *Karaelmas İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi* 2, no. 2 (2018): 54; Eskikaya, Maden Kazalarını En Aza İndirmek İçin Çözüm Önerileri, 39.

³⁷ Karaahmetoğlu, *Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler*, 149.

³⁸ RG. 12.12.2014, S. 29203; sözleşmenin kabul edilmesi nedenlerinin başında yine şüphesiz, maden işyerlerinin ülkemizde en çok iş kazası meydana gelen yerlerden biri olması gelmektedir. Bkz. Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 47.

³⁹ Barış Öztuna, "176 Sayılı Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Hakkında ILO Sözleşmesi ile 6552 Sayılı Kanunun Madencilik Sektöründe Çalışma Hayatı Kalitesi Üzerine Etkileri," *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 3 (2015): 277.

⁴⁰ Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor, 73; Gerek, 10; Selek, 269.

⁴¹ Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 20; Uğur ve Topkaya, "Kömür Madenciliği Sektörü ve Uluslararası Çalışma Örgütü' nün 176 Sayılı Sözleşmesi ile Bu Sektöre Yönelik Yürürlüğe Konan İş Sağlığı ve Güvenliği Düzenlemeleri,"

Sözleşmenin başlangıç kısmında “Madencilik faaliyetleri nedeniyle işçilerin ve halktan kişilerin maruz kalabilecekleri ölümlerin, yaralanmaların ya da hastalıkların veya çevreye verilebilecek zararın önlenmesi gerekliliği” nden yola çıkılarak sözleşmenin hazırlanıldığı ifade edilmiştir. Madende engelleyici ve koruyucu önlemler başlıklı 3. bölümün 6. maddesinde ise işverenin sorumluluklarına yer verilmektedir. Maddeye göre “İşveren, Sözleşme’nin bu Bölümü kapsamındaki engelleyici ve koruyucu önlemleri alırken riski de değerlendirecek; neyin akla yatkın, yapılabilir ve uygulanabilir olduğunu dikkate alarak, alandaki örnek uygulamalara bakarak ve gerekli titizliği göstererek bu konuyu aşağıda belirtilen öncelik sırasına göre ele alacaktır: (a) riskin ortadan kaldırılması; (b) riskin kaynağında kontrol altına alınması; güvenli çalışma düzenlemeleri dahil olmak üzere çeşitli yollarla riskin asgariye indirilmesi ve (d) risk varlığını sürdürüyorsa kişisel koruyucu donanım kullanılmasının sağlanması.”.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. madde hükmüne paralel nitelikte olan 7. madde ise “İşverenler, kendi denetimleri altındaki madenlerde güvenlik ve sağlık risklerini ortadan kaldırmak ya da asgari düzeye indirmek için gerekli tüm önlemleri alacaklar ve özellikle aşağıdaki hususları gözeteceklerdir” ifadelerine yer vererek işvereni gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü kılmış durumdadır. Bu kapsamda işveren ortaya çıkabilecek riskleri değerlendirmeli ve riskleri makul düzeyde engelleyecek davranışlarda bulunmalıdır.⁴² Maddenin özellikle d bendinde yer alan “Mümkün olduğu her durumda ve yer altındaki her çalışma mahalli için her biri yüzeye ulaşmak için farklı yollarla bağlantılı iki çıkış bulundurulması” düzenlemesi ise konumuz bağlamında göz önünde bulundurulmadır. Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği’nde de benzer bir düzenlemeye yer

253; Hasan Selçuk Selek, *İş Sağlığı ve Güvenliği Temel Konular* (Ankara: Seçkin, 2020), 269.

⁴² Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 49.

verilmiştir. Anılan yönetmeliğin m.13/2-c Ek-3'te yer alan 13.2'de "Tüm yeraltı çalışmalarında, çalışanların kolayca ulaşabileceği, birbirinden bağımsız ve güvenli yapıda en az iki ayrı yoldan yerüstü bağlantısı bulunur." hükmü yer almaktadır.

Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde ise "9.2. Acil çıkış yolları ve kapıları doğrudan dışarıya veya güvenli bir alana veya toplanma noktasına veya tahliye noktasına açılacak ve çıkışı önleyecek hiçbir engel bulunmayacaktır. 9.3. Acil çıkış yolları ve kapılarının sayısı, boyutları ve yerleri yapılan işin niteliğine, işyerinin büyüklüğüne ve çalışanların sayısına uygun olacaktır. 9.4. Acil çıkış kapıları dışarıya doğru açılacaktır. Acil çıkış kapıları; acil durumlarda çalışanların hemen ve kolayca açabilecekleri şekilde olacaktır. 9.5. Acil çıkış kapıları kilitli olmayacaktır. Acil çıkış yolları ve kapıları ile buralara açılan yol ve kapılarda çıkışı zorlaştıracak hiçbir engel bulunmayacaktır." düzenlemesine yer verilmek suretiyle acil çıkış kapılarının kilitli olamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.⁴³

⁴³ Yeraltı ve yerüstü maden işletmeleri ile bunların yerüstü tesislerinde uygulanacak asgari genel hükümler Yönetmelik ekinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Belirtilen kapsamda iş organizasyonu ve çalışma yöntemi iş güvenliğini sağlayacak şekilde olmalı, işyerinin merdivenleri, yükleme platform ve rampaları da dahil bütün ulaşım yolları güvenli olmalı; araç yolları ve geçişler işaretlenmelidir. Açık çalışma yerleri, yollar ve işçilerin kullandığı diğer açık alanlar, yaya ve araç trafiğinin güvenli bir şekilde yapılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmeli ve gün ışığının yeterli olmadığı hallerde uygun şekilde aydınlatma sağlanmalıdır. Hafriyat dökme yerleri ve atık sahaları güvenli, sağlam ve dayanıklı olmalıdır. Yine açık çalışma mahallerinde işçilerin, olumsuz hava koşullarından, cisim düşmelerinden gürültüden, gaz, buhar, toz gibi zararlı dış etkilere korunmasına yönelik tedbirler alınmalıdır. İşyerindeki tehlikeli alanlar da işaretlenmeli; görevli olmayan kişilerin bu alanlara girmesi uygun araç ve gereçlerle engellenmeli; girme yetkisi olan kişilerin ise korunması için uygun önlemler alınmalıdır. "Tehlike durumunda, çalışanların derhal ve güvenli tahliyesini mümkün kılacak nitelikte, kolay erişilir, dışa açılır, engelsiz, kilitsiz, aydınlatılmış, işaretlenmiş, yeterli sayı ve boyutta kaçış

Böylece mevzuat kapsamında işverene getirilen en büyük yükümlülüğün maden işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin risklerin ortadan kaldırılması yahut en aza indirilmesi olduğu söylenebilir.⁴⁴ Yeraltı maden işyerlerinde en az iki yoldan yerüstü bağlantısı bulunması gereği hayati bir kuraldır. Bu durum özellikle acil durumlarda işçilerin ocağın tahliye edilmesi açısından önem taşır. İki yolun bulunması asgari bir kural olup ocağın niteliğine göre daha fazla yerüstü bağlantısı bulunması da imkân dahilindedir.⁴⁵

Sözleşmenin 13. maddesinde ise işçilerin hakları ve görevleri düzenlenmiş ve işçilerin kazaları tehlikeli olayları ve olası tehlikeleri işverene ve yetkili mercie bildirmekle ve güvenlik ve sağlık açısından kaygı duyulmasına neden olacak bir durum varsa, işveren ve yetkili merciden denetim ve

*yolları ve imdat çıkışları; kolay erişilir ve işaretli kurtarma ekipmanları bulunmalıdır". Çalışma şartlarının gerektirdiği her yerde kolay erişilir, işaretli ve işin özelliğine uygun ilk yardım ekipmanları ile işyerinin büyüklüğü, işin niteliği ve kaza riskine göre ilk yardım talimatı bulunan ve gerekli ilk yardım ekipmanı ile donanımlı ve işaretli bir ya da daha fazla ilk yardım odası tesis edilmelidir. İş sağlığı ve güvenliği açısından (mümkün olduğunca doğal) ve güvenli bir aydınlatma sistemi tercih edilmelidir. Kadınlar ve erkekler için ayrı soyunma yerleri ve elbise dolapları; yapılan işin veya sağlıkla ilgili nedenlerin gerektirmesi halinde kadın ve er kek işçiler için ayrı, uygun ve hijyenik duş tesisleri (duş tesisi gerektirmeyen işlerde lavabolar); çalışma yerlerine, dinlenme odalarına, soyunma yerlerine, duş ve yıkanma yerlerine yakın yerlerde yeterli sayıda erkek ve kadın işçiler için ayrı tuvalet ve lavabo bu işyerlerinde bulunması gerekli olan sıhhi tesislerdir. İş ekipmanları kullanım talimatları ile kontrol ve bakım planları hazırlanmalı, patlama ve zarlı gazlardan korunma planları ile yangından korunma planları yapılmalıdır. Bkz. Bayram, *Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi*, 163 vd.*

⁴⁴ Gerek, "Yeraltı Maden İşletmelerinde Çalışanlarla İlgili Yeni Düzenlemelerin Düşündürdükleri," 10.

⁴⁵ Nuri Ali Akçın ve Vedat Didari, "Maden İşyerlerinde Acil Durdurmayı Gerektiren Durumların Değerlendirilmesi ve Öneriler," (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2017, 2-3 Kasım, Adana), 68.

araştırma yapılmasını talep etme ve yaptırmakla işçiler görevli kılınmışlardır.

Maden işyerlerine ilişkin yukarıdaki hükümler incelendiğinde somut olayda belirtilen mevzuat hükümlerine açık bir aykırılık olduğu görülmektedir. Özellikle “Acil çıkış yolları ve kapıları ile buralara açılan yol ve kapılarda çıkışı zorlaştıracak hiçbir engel bulunmayacaktır.” yönetmelik hükmü giriş ve çıkış kapılarının kilitlenmesi uygulamasının hukuka aykırılığına dayanak teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ile yükümlü olduğundan yukarıda açıklanan genel hükümlere de açık bir aykırılık söz konusudur.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Aykırılığın Tespitinin Hukuki Yararı

Dava açılmak suretiyle mahkemeden hukuki koruma talep edilir. Hukuki korumaya ihtiyaç duyan tarafın hukuki yararından da söz edilir. Öte yandan, hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, dava açan hak sahibiyle ilgili olmalı ve dava açıldığı anda hukuki yarar halen mevcut olmalıdır.⁴⁶ HMK m. 114/1-h hükmünde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartı olarak düzenlenmektedir. Yargıtay kararlarında hukuki yarar benzer şekilde, “Dava açmaktaki hukuki yarar; hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halen mevcut bulunmalıdır. Ayrıca açılacak davanın ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir. Bir kimsenin hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukuki yararın olduğundan söz edilebilir. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukuki yarardan söz edilemez.” ifadeleriyle açıklanmaktadır.⁴⁷

⁴⁶ Pekcanıtez Usul, *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 947.

⁴⁷ Yar. 9. HD. E. 2019/6625 K. 2019/18225, 16.10.2019 (Çalışma ve Toplum).

İşçi sendikasının söz konusu davayı açmakta hukuki yararı vardır. Zira dava sonucunda alınacak tespit hükmü ile birlikte işçilerin hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarardan faydalanma imkanları da doğmuş olacaktır. Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırılık devam ettiğinden meşru yarar halihazırda devam da etmektedir.

a. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde işçiler, şartlarının bulunması halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilirler.⁴⁸ Esasında çalışmaktan kaçınma hakkı henüz bir iş kazası meydana gelmeden çalışanların korunmasını amaçlayan, iş sağlığı ve güvenliği hukukunun önleyici boyutuyla yakından ilişkili bir haktır.⁴⁹ Bu sayede, işçilerin iş sözleşmesini feshetme hakkına başvurmadan önce başka bir hakka daha sahip olurlar.

⁴⁸ Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu hak, mücbir sebepten kaynaklanan ifa imkansızlığı, ödemezlik def'i, işverenin temerrüdü, temel güvenlik hakkı veya zaruret hali gibi çeşitli nitelendirmelere tabi tutulmuştur. Bu hakkın Türk hukuku bakımından alacaklının temerrüdü niteliğinde değerlendirilmesi daha isabetlidir. Çünkü, çalışmaktan kaçınılan dönemde işçinin ücret ve diğer hakları saklıdır. Bir diğer görüşe göre ise, 6331 sayılı Kanun özel bir hükümlerle çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyip ayrıca re'sen kaçınma hakkına da yer verdiği için artık TBK m. 408'in uygulanma olanağı ortadan kalkmıştır. Bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 1376.

⁴⁹ Akın, Levent, "Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar," Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği (İstanbul: Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, 2011), 30; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 203.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 134. maddesine göre ciddi ve yakın⁵⁰ tehlikenin varlığı halinde gerekli diğer şartların da bulunması halinde işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Nitekim, 155 sayılı ILO sözleşmesinin 13. maddesinde de *"Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır."* ifadelerine yer verilmiştir.

6331 sayılı Kanunda çalışanlara tanınan çalışmaktan kaçınma hakkına iki halde başvurulabilir. İlk hal, iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işverenin vereceği karar ile, diğer hal ise ciddi ve yakın tehlike arz eden durumu çalışanın re'sen takdir etmesi üzerinedir.

İlk halde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı ve iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurulması gerekmektedir. Şayet kurul bulunmuyorsa bu durumda başvuru işverene yapılmalıdır. İş sağlığı ve güvenliği kurulu ciddi ve yakın tehlikenin varlığını tespit etmesi üzerine işçinin talebi yönünde karar verebilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı süre zarfında ise ücret ve diğer hakları saklıdır.⁵¹ Bir başka deyişle, çalışanın iş görme

⁵⁰ Doktrinde ciddi ve yakın ifadesi yerine yaşamsal veya acil ifadesinin kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 408; Gaye Baycık, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler," *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2013): 117.

⁵¹ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 206; Kılıç, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 168; iş sağlığı ve güvenliği kurulu kararı ile çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcut olması, ciddi ve yakın tehlikenin tespit edilmiş olması, gerekli önlemlerin alınmamış olması ve işin durdurulmamış olması gerekir. İşçinin re'sen çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için ise, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olması, işin durdurulmamış olması, işverenin haberdar edilmesi, kaçınmanın başkası aleyhine ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmaması gerekir.

borcu dışındaki borçları ve işverenin yükümlülükleri çalışmaktan kaçınılan sürede aynen devam etmiş olur. Çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı gerekli önlemler alınana kadar devam eder, ciddi ve yakın tehlike ortadan kalktıktan sonra ise işçinin tekrar çalışmaya başlaması gerekir.⁵²

İkinci halde ise, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda kurula başvurmaksızın çalışanlara işyerini ve tehlikeli bölgeyi terk etme imkânı tanınmıştır. Nitekim, İSGK m. 13/3 hükmüne göre *“Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”*

Tespit hükmünün varlığı ile işçilerin inisiyatif alıp İSGK m. 13/3 hükmüne başvurabilmeleri kolaylaşmış olacaktır. Zira iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin teknik yönü işçilerin her zaman bu konuda doğru bir değerlendirme yapmalarını mümkün kılmaz. Tespit hükmü ile bir nevi bu değerlendirmeyi hâkim yapmış olacaktır. İşçiler ise tespit hükmünü dayanak göstererek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.

b. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulmaması halinde işçilere tanınan bir diğer hak iş sözleşmesini fesih hakkıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasında bu durum *“İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.”* ifadeleriyle açıklanmaktadır. O halde işçiler, fıkra uyarınca taleplerine rağmen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde

⁵² Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 408.

iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilirler.⁵³ Tespit hükmü ile birlikte işçilerin taleplerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı ispatlanmış olacaktır. Bu sayede, işçilerin iş sözleşmesini haksız feshettiğine yönelik işverenlerin iddiaları da ortadan kalkacaktır. İş Kanunu'na tabi işçiler, İşK m. 24/I-a "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa" yahut İşK. m. 24/II-f'de düzenlenen "çalışma şartları uygulanmazsa"⁵⁴ bentleri uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

Çalışma şartları Yargıtay kararlarında, "Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma şartları meydana gelir. Çalışma şartlarını belirleyen kaynaklarda bu şartlar bazen emredici olarak düzenlenmiş olup, işçi aleyhine olarak değişikliğe

⁵³ Süzek, *İş Hukuku*, 911; işçilerin söz konusu durumda iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması ise gerekli değildir. Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 408.

⁵⁴ Gülsevil Alpagut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçinin Hak ve Yükümlülükleri," (Meslek Hastalıkları ve İş Kazaları Sempozyumu, İstanbul, 2004), 40; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 182; Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 466; "Tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, çalışma şartlarının iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun olmadığı, devir öncesi devam eden olumsuz işyeri çalışma koşullarının devir sonrasında da devam ettiği, işyerinde sağlıklı çalışma koşullarının sağlanmadığı, davacı feshinin bu sebeplerle haklı nedene dayandığı anlaşılmalı kadem tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yar. 22, HD, E. 2017/20315, K. 2019/3657, 19.02.2019; "işyerinin çalışma koşullarının ağır olduğu, yeterli ısınmadığı mahkemenin de kabulündedir. Tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, çalışma şartlarının iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun olmadığı, devir öncesi devam eden olumsuz işyeri çalışma koşullarının devir sonrasında da devam ettiği, işyerinde sağlıklı çalışma koşullarının sağlanmadığı, davacı feshinin bu sebeplerle haklı nedene dayandığı anlaşılmalı kadem tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yar. 22. HD, E. 2017/20315, K. 2019/3657, 19.02.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

*gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün değildir*⁵⁵ şeklinde ifade edilmektedir. Böylece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olmayan koşullarda çalışan işçi, çalışma koşullarına uyulmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. İşçinin haklı nedenle fesih hakkı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı müddetçe devam eder, altı iş günlük hak düşürücü sürenin işleme söz konusu olmaz.⁵⁶

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçiler iş sözleşmesini feshetme hakkından yararlanabilirler. Tespit hükmü ile birlikte ise iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin bir dayanağı olmuş olacak, işverenin işçinin fesih hakkının mevcut olmadığına ilişkin iddiaları dikkate alınmayacaktır.

c. İşveren Temerrüdüne İlişkin Hüküm Çerçevesinde Ücret Talebi

Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde işverenin iş görme edimini kabulde temerrüde düşmesi hali düzenlenmiştir. *"İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez"*. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması işverenin bir katılma fiilidir. Böylece, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işveren kabulde temerrüde düşmüş olacaktır.⁵⁷ Her ne kadar, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin daha yeni bir kanun olan İş Sağlığı ve Güvenliği

⁵⁵ Yar. 9. HD, E. 2021/453, K. 2021/7352, 01.04.2021; Yar. 9. HD, E. 2017/18323, K. 2020/14898, 05.11.2020; Yar. 22. HD, E. 2017/3057, K. 2020/8621, 02.07.2020; Yar. 22. HD, E. 2017/27815, K. 2020/3616, 27.02.2020 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁶ Baycık, *Maden İşçileri*, 175; Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 409; Kılıç, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 169.

⁵⁷ Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, 491.

Kanunu hükmü karşısında uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmekteyse de⁵⁸ İSGK m. 13'teki haklarının yanı sıra işçi, genel hüküm mahiyetinde olan TBK m. 408 hükmüne de başvurabilmelidir. Nitekim Yargıtay da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulmadığı takdirde işverenin temerrüdü hükümlerinden yararlanılabileceğine yönelik karar vermiştir.⁵⁹ İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığına ilişkin tespit hükmü ile birlikte işverenin hazırlık fiillerinden olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı hüküm altına alınmış olacak ve işveren TBK m. 408 hükmüne işverenin aksi yönde iddialarını bertaraf edecek şekilde başvurabilecektir.

d. Tespit Hükümünün Dikkate Alınmaması Sonucu Bir İş Kazası Meydana Gelmesi

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı takdirde bir iş kazasının meydana gelme ihtimali oldukça yüksektir. Önlemlerin alınmadığına ilişkin tespit hükmünün de varlığı halinde işverenin hukuki ve cezai sorumluluklarının nasıl belirleneceği incelenmesi gereken bir diğer önemli husustur.

i. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Belirlenmesi

Gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle bir zarara uğrayan işçi veya diğer hak sahipleri, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan maddi zararlarıyla, manevi zararlarını işverenden talep etme hakkına

⁵⁸ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2019), 910.

⁵⁹ "İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçi, işveren aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir...Ayrıca bu borcun yerine getirilmemesi, işverenin kendisine düşen ifa hazırlıklarını yapmamış olması nedeniyle onun alacaklının temerrüdü durumuna düşmesine yol açabilir." Yar. 9. HD, E. 2009/42452, K. 2012/3132, 13.02.2012; Yar. 9. HD, E. 2010/15688, K. 2010/38732 20.12.2010 (Kazancı İçtihat Bankası).

sahip olurlar.⁶⁰ İş kazası sonucunda işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi durumunda zararların tazmini sözleşmeye aykırılık hükümlerince giderilir.⁶¹ İşverenin meydana gelen zararları giderme yükümlülüğü işçiyi gözetme borcundan doğar.⁶² İşçinin manevi tazminat talep etme hakkı TBK m. 56 hükmünce saklıdır.⁶³

Bireysel iş hukuku açısından iş kazasında işverenin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için meydana gelen kaza ve yürütülen iş arasında uygun illiyet bağının varlığı aranır. Bunun yanı sıra işverenin iş güvenliği tedbirlerini yeterince veya hiç almamış olması nedeniyle kusurlu olması⁶⁴, işçinin ise bu kaza

⁶⁰ Mustafa Topaloğlu, "Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinden Doğan Hukuki Sorumluluk," (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2017, 02 – 03 Kasım, Adana), 26; Başbuğ ve Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 491; geniş bilgi için bkz. Mesut Balcı ve diğerleri, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Davaları*, (Ankara: Yetkin, 2019), 17 vd.

⁶¹ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 209.

⁶² Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku*, 405; Zübeyde Başboğa Şahbaz, *İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesaplanmasına İlişkin Esaslar* (İstanbul: Beta, 2010), 39; Arıcı, *İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri*, 103.

⁶³ "İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçi, işveren aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bunun yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 46 ve 47.maddeleridir. İşverenin işçiyi koruma borcu kapsamındaki, ihmali ya da kusurlu davranışı, bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması ya da bunu istememekle birlikte önlemek için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, başka bir deyimle alınması gereken iş güvenliği önlemlerini almaması biçiminde ortaya çıkar. İşverenin gözetme ve koruma borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, işçi maruz kaldığı zarar durumuna göre, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilir." Yar. 9. HD, E. 2009/42452, K. 2012/3132, 13.02.2012; Yar. 9. HD, E. 2010/15695, K. 2010/38739, 20.12.2010 (Kazancı İctihat Bankası)

⁶⁴ "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. ve 5. maddeleri ile bunu uygun olarak çıkarılan iş güvenliği yönetmelikleri hükümleri, işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple

sonucunda bedensel veya ruhsal bir zarara uğramış olması gerekir.⁶⁵ İş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir şekilde giriş ve çıkış kapılarını kilitleme uygulaması devam edilir ve bu nedenle bir iş kazası meydana gelirse, işverenin kusurunun varlığından söz edilir. Tespit hükmünün varlığı ise bu durumda kusurun derecesinin belirlenmesinde önemli rol oynar. Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliğine aykırı uygulamayı mahkemenin tespit hükmüne rağmen devam ettiren işverenin artık ağır kusurundan söz etmek yerinde olur.

Madencilik faaliyeti söz konusu olduğunda TBK m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğundan da bahsetmek gerekecektir. TBK m. 71/2 hükmü önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin *“Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.”* ifadelerine yer vermektedir. Düzenlemede yer alan tanımdan yola çıkılarak madencilikğin önemli ölçüde tehlike arz eden işler arasında yer alabileceği söylenebilir. Tehlike sorumluluğu söz konusu olduğunda,

mevzuatta yer alan teknik iş güvenliği kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak, işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır. Öte yandan, objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez. Çünkü, bu halde dahi işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır.” Yar. 21. HD, E. 2016/4530, K. 2018/1135, 13.02.2018; Yar. 21. HD, E. 2016/12487, K. 2018/1063, 12.02.2018; Yar. 21. HD, E. 2015/15623, K. 2015/18974, 22.10.2015 (Kazancı İçtihat Bankası)

⁶⁵ Topaloğlu, “Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinden Doğan Hukuki Sorumluluk,” 20.

önemli ölçüde tehlike yaratan bir işletmenin faaliyetinden bir zarar doğduğunda işletme sahibi ve varsa işleyen meydana gelen zarardan kusursuz sorumlu olacaktır. Bu kapsamda, kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, işverenin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir. Ancak işveren illiyet bağının kesildiği iddiasıyla sorumluluktan kurtulabilir.⁶⁶

ii. İşverenin Cezai Sorumluluğu

İşverenlerin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almaması sonucunda bir iş kazası meydana gelirse, hukuki sorumluluklarının yanında cezai sorumlulukları da bulunur. Suçun manevi unsurunun tespiti açısından somut olayda basit taksir mi, bilinçli taksir mi yoksa olası kast mı bulunduğu belirlenmesi gerekir. Basit taksir ile bilinçli taksir kavramlarını ayırt etmek için öngörme unsurundan yararlanır. Zira basit taksirde öngörülebilirlik unsurundan söz edilemez.⁶⁷ Basit

⁶⁶ Tehlike sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Korkusuz, Halit, "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15-16, no. 22-23-24-25 (2011), 89 vd.

⁶⁷ "Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırdedici ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir hâlinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü hâlde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü hâlde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlikelilik hâli, bunu öngörememiş olan kimsenin tehlikelilik hâli ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür." Yar. CGK E. 2019/1314, K. 2021/373, 09.09.2021 (Kazancı İçtihat Bankası); olası kast failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını kabullenmesi halinde, muhtemel ya da olası kasttan (gayri muayyen, dolayısıyla, belirli olmayan kast, do/us eventualis) bahsedilir. Diğer bir ifadeyle hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngören

taksirli suçlarda, gerek icrai, gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasına rağmen fail tarafından öngörülemediği olması gerekir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemez bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁶⁸

Bilinçli taksir, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle neticenin öngörülmüş olmasına rağmen gerçekleşmesinin istenmemesidir. Bir başka deyişle, bilinçli taksirde tehlike bilinmekte ancak sonucun meydana gelmemesi için gerekli tedbirler alınmamaktadır.⁶⁹ O halde, işveren iş kazasının meydana gelebileceğini öngörmesine ancak kazanın meydana gelmesini istememesine rağmen gerekli tedbirleri almazsa iş kazasına bilinçli taksirle sebebiyet verir.⁷⁰ Belirtmek

failin, söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmaması, "olursa olsun" demesi, olası kastın varlığını gösterir. Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2020), 399; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 172; Erdoğan, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 150 vd.

⁶⁸ Yar. CGK. E. 2019/1314, K. 2021/373, 09.09.2021; Yar. CGK. E. 2018/1212, K. 2021/21, 04.02.2021; Yar. 12. CD, E. 2021/744, K. 2021/307, 18.01.2021 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁹ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 242.

⁷⁰ Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku*, 454; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku*, 233; Akın, *Çimento Sektörü*, 127; Nuray Kovancı, "İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşverenin Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 11 (2018): 277; "...saniğin kusurlu eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, devraldığı ocaktaki yangın riskinin yüksek olduğunu bildiği, buna rağmen ocaktaki üretim miktarına odaklanarak üretilen ... miktarını 2.5 katına çıkarılmasını sağladığı, ocaktaki riski bizzat artıran eylemlerine karşılık, iş güvenliği önlemleri ve ocağın alt yapısının iyileştirilmesine ilişkin herhangi bir girişimde bulunmadığı, bilinçli taksir uygulamasına konu edilen S panosunda ikinci hava galerisinin yapılması hususunun öngörülebilir neticeyi engelleyici tedbirlerden yalnızca biri olduğu ve suçun manevi unsurunun belirlenmesinde tek başına ele

gerekir ki, iş kazalarının birçoğunda işveren veya işveren vekillerinin sonucu öngördükleri ancak gereken önlemleri almadıkları görülmektedir.⁷¹

Bilinçli taksir ile olası kastta sonucu öngörme ortak nokta olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle, olası kastın bilinçli taksirden ayrılan yönleri ele almak önem taşır.⁷² Nitekim TCK m. 21/2 hükmünde olası kast “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi” olarak tanımlanmaktadır. Hükme göre olası kastta iradi hareketinin neticesini öngören kişi hareketinin sonuçlarını göze

almamayacağı, bunun dışında yukarıdaki bölümde aktarıldığı üzere, her biri ayrı ayrı öngörülen neticenin ortaya çıkmasını önleyici güce sahip tedbirlerin sanık tarafından bilinmesine rağmen bir yönetim politikası olarak gerçekleştirilmediği, böylelikle devraldığı ocaktaki yangın riskinin yüksek olduğunu bilerek ocakta havalandırmaya dair gerekli teknik alt yapıyı oluşturmadan, havalandırmaya hususunda yatırım yapmadan ve iş güvenliği önlemleri almadan, aynı havalandırma planı üzerinden salt mekanizasyona dayalı üretimde ısrar ederek üretimin artırılmasını hedefleyen, üretim zorlaması olarak adlandırılan kusurlu hareketi; aldığı karar, verdiği talimat ve oluşturduğu işletme politikası ile bizzat ortaya çıkaran sanığın eyleminde bilinçli taksirin koşullarının oluştuğunun gözetilmeksizin basit taksir hükümleri gereği mahkumiyetine karar verilmesi...” Yar. 12. CD, E. 2021/744, K. 2021/307, 18.01.2021 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷¹ Kovancı, “İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşverenin Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi,” 284.

⁷² “Öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen neticenin meydana gelmesinin engellenmediği ahvalde bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, failin neticeyi istememekle beraber neticenin meydana gelmesinin muhtemel olduğunu bilmesine rağmen duruma kayıtsız kalarak hareketini sürdürmek suretiyle muhtemel neticeyi kabullenmesi durumunda olası kast, failin neticeyi öngörmesine rağmen becerisine, şansına, tecrübesine ya da başka bir etkene güvenip neticenin meydana gelmeyeceğine inanarak gerektiğinde muhtemel neticenin gerçekleşmemesi için gerekli önlemleri de almak suretiyle hareketini sürdürmesi hâlinde ise bilinçli taksir söz konusu olacaktır.” Yar. CGK E. 2019/1-314, K. 2021/373, 09.09.2021 (Kazancı İçtihat Bankası); bkz. Erdoğan, 165 vd.

almaktadır.⁷³ Olası kast söz konusu olduğunda artık kazadan bahsedilemeyeceğini, ancak iş sağlığı ve güvenliği anlamında bir iş kazasının söz konusu olabileceğini ileri süren bir görüşe karşılık⁷⁴; Yargıtay ve doktrinde hâkim görüş olası kastla iş kazası meydana gelebileceği yönündedir.⁷⁵ Gerçekten, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini bilerek yerine getirmemiş olması ve hareketinin sonuçlarını göze alması durumunda bir kaza meydana gelirse artık olası kasttan bahsetmek gerekir.

Olası kastın iş sağlığı ve güvenliği hukuku açısından gündeme gelme ihtimalinin zayıf olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Zira işverenlerin işçilerin maruz kalacakları tehlikeleri öngördükten sonra söz konusu durumun sonuçlarını göze alması çok mümkün gözükmemektedir. İşverenin bilinçli taksirli olduğunun kabulü yetenek ve deneyiminin kazanın gerçekleşmeyeceğine yönelik inancının haklı göstermesine bağlı olduğundan aksi durumda olası kastın kabulü gerekir.⁷⁶

Giriş ve çıkış kapılarının kilitlenmesinin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı olduğunun mahkemece tespit edilmesinin ardından, bu uygulama nedeniyle bir iş kazası meydana gelirse kanaatimce, artık işverenin olası kastından söz etmek gerekir. Zira işveren muhtemel iş kazasının meydana gelmesine kayıtsız kalmış, neticeyi kabullenmek suretiyle gerekli önlemleri almamıştır. Tespit hükmüne değer verilmeli, işverenin basit taksirinden ve bilinçli taksirinden söz edilmemelidir.

⁷³ Levent Akın, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu," *TİSK Akademi* 1 (2008), 218; Akın, *Çimento Sektörü*, 127; Özveri, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve İş Cinayetleri*, 148.

⁷⁴ Çetin Arslan, "Maden İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşveren ve İşveren Vekilinin Cezai Sorumluluğu," (Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 2-3 Kasım, Adana), 5.

⁷⁵ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 244; Yar. 12. CD, E. 2012/21104, K. 2013/25712, 14.11.2013.

⁷⁶ Akın, "Cezai Sorumluluk," 219.

3. Topluluk Davası ve Kollektif Hukuki Menfaat

Her ne kadar medeni usul hukukunda davada hukuki menfaat denildiğinde genellikle bireysel hukuki menfaat akla gelse de sendikaların temsil ettiği topluluğun kollektif hukuki menfaatlerini koruma görevi bulunmaktadır. Kollektif hukuki menfaat, birçok kişiden oluşan topluluğa ait menfaati ifade eder. Bir başka deyişle, sadece belirli bir üyesini yahut bizzat sendikayı ilgilendirmeyen uyuşmazlıktaki dava hakkı kollektif dava menfaati olarak nitelendirilir.

Kuruluşlar çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen davacı veya davalı olabilmektedirler. Böylece kuruluşlar anonim ve kollektif nitelikli bir temsille çalışma hayatının ortak çıkarlarını, kollektif yararlarını korumaya çalışmaktadırlar. Bu nedenle bu nitelikteki davalarda işçilerin ve işverenlerin yazılı başvurularına ve temsil yetkisine ihtiyaç duyulmamaktadır.⁷⁷ Zira sendika ve konfederasyonların uyuşmazlığa taraf olmasını sağlayan temsil yetkisi kanundan doğmaktadır. Böylece herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmamaktadır.⁷⁸

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi "Topluluk Davası" adı verilen bir dava türü öngörmektedir. Düzenlemeye göre "*Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.*". Hükmün kapsamında yer alan sendikalar da topluluk davası açabilecektir.

Yargılama hukukunda dava açılabilmesi için davacının hukuki yararının bulunması gerekir. Zira hukuki yararın varlığı

⁷⁷ Sümer, *İş Hukuku*, 209.

⁷⁸ Ünal Narmanlıoğlu, *Toplu İş İlişkileri* (İstanbul: Beta, 2016), 254.

dava şartları arasında yer alır. Esasında davacının başka bir kimsenin hukuki yararının korunması için açtığı dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Söz konusu kuralın istisnasını ise, dernek, sendika gibi tüzel kişilerin üyelerinin menfaatini korumak için açtıkları topluluk davası oluşturur.⁷⁹ Topluluk davası, tek tek bireyler yerine bir grubun hukuki yararı sebebiyle, o grup adına onların temsilcisinin dava açması ve neticede elde edilecek hükümden tüm üyelerin istifade etmesi amacını taşır. Böylece topluluk üyelerinin tek tek hak aramanın sıkıntısından kurtulmuş olmasının yanı sıra, usul ekonomisi açısından da daha uygun bir yol benimsenmiş olmaktadır.

Topluluk davasının şartlarına bakıldığında dava açanın tüzel kişi olması, tüzel kişilerin açacak olduğu davanın kurucu belgeleri çerçevesinde ve orada belirtilen amaçla sınırlı olması yani tüzel kişinin temsil ettiği kesimin menfaatlerinin korunmasına yönelik olması gerektiği görülür. Son olarak, tüzel kişi topluluk davası aracılığıyla yalnızca topluluğun haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi veya gelecekteki hak ihlallerinin önüne geçilmesini talep edebilecektir. Ne var ki, doğrudan bir hak talebinde örneğin tazminat talebinde bulunmaları mümkün olmayacaktır.⁸⁰

Kararda, sendika üyesi işçiler adına işçi sendikası tarafından açılan davanın topluluk davası niteliğinde olduğu görülmektedir. Zira işçi sendikası üyelerinin menfaatlerini korumak ve üyelerinin hukuki yararının varlığı nedeniyle tespit davası açmaktadır. İşçi sendikasının yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde topluluk davası açma hakkı bulunduğuna şüphe yoktur. Belirtilen nedenle, davalı vekilinin işçi sendikasının

⁷⁹ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Ankara, 2016), 306

⁸⁰ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 360-361.

dava ehliyetinin olmadığı yönündeki itirazı kabul edilebilir nitelikte değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 106. maddesi uyarınca tespit davası yoluyla *“Mahkemedен, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.”* Öte yandan madde devamında tespit davası açanın istisnai durumlar dışında davayı açmakta hukuken korunan güncel bir yararının bulunması gerektiği belirtilmiştir (HMK m. 106/II).

Tespit davası sonucunda verilen hüküm ile dava yoluyla ileri sürülmüş hakkın mevcut olduğu veya olmadığı tespit edilmiş olur. Hukuka aykırılığın tespit edilmesi ile birlikte, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine aykırı uygulamayı devam ettirmemesi gerekir. Zira mevcut uygulamanın mevzuata aykırı olduğu, işçilerin iş güvenliği önlemlerinin alınmadığına ilişkin itirazlarında haklı olduğu ortaya çıkmış olur.

SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırılığın tespit davasına konu olmasına ilişkin yukarıda yapılan incelemeler ışığında, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin eksik inceleme nedeniyle bozma kararının ve yaptığı hukuki değerlendirmelerin yerinde olduğu kanısındayız. Gerçekten, işveren gerek 176 sayılı ILO sözleşmesi gerek Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde yer verilmiş bulunan acil çıkış yollarını engelleyecek hiçbir engel bulunamaz kuralına açıkça aykırı davranmış bulunmaktadır. İşverenin söz konusu uygulamayı giriş ve çıkışlardaki düzenin sağlanmasına yönelik olduğu iddiası ise kabul edilir nitelikte değildir. Zira işverenin düzen sağlamak için kullanmış olduğu yöntem ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla, giriş ve çıkış kapılarının kilitletmesinin gerekli, elverişli ve orantılı bir uygulama olduğunu söylemek oldukça güçtür. İşverenin giriş çıkışların

kontrolünü sağlamak için başka yöntemlere başvurması imkân dahilindedir. Giriş ve çıkışların kilitlenmesi yoluyla işyerindeki düzenin sağlanması bu amaca yönelik belki de son çare olmalıdır.

İş sağlığı ve güvenliği hukukunun asli amacı işçilerin huzur ve güven içinde çalışabilmelerinin sağlanmasıdır. İşçilerin kapıların kilitlenmesine yönelik yapmış olduğu şikayetler göz önünde bulundurulduğunda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlandığı, huzur ve güven içinde çalışılan bir işyerinden söz etmek mümkün değildir.

Maden işyerlerinde kazaların sıklığı ve çalışma koşullarındaki güçlük de gözetildiğinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ayrı bir önem kazandığı görülmektedir. Nitekim maden işyerleri tehlike sınıfları listesine göre de çok tehlikeli sınıfta yer almaktadır. Belirtilen nedenlerle, işverenler mevzuat hükümleri çerçevesinde riskleri azaltmak ve en aza indirmek için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü kılınmışlardır.

İş sağlığı ve güvenliği hukukunun asli amacı kazayı meydana gelmeden önlemek yani proaktif bir yaklaşım üzerinedir. İşyerinde daha önce mevcut uygulama nedeniyle ambulansa geç ulaşan bir işçinin varlığı da gözetildiğinde işverenin riskleri azaltmaya ve iş kazaların önlemeye yönelik bir tavır sergilediğinden söz edilemez. Öte yandan, güvenliğin giriş kapılarına oldukça yakın bir konumda yer alması nedeniyle kitleme uygulamasının bir sıkıntı oluşturmayacağına yönelik iddia da yerinde değildir. Zira olası bir güvenliğin yetişememesi durumunda işçilerin yaşam hakkı tehlikeye girmektedir. Nitekim, Yargıtay da vermiş olduğu kararında "...işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, işverene her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri almaktan sarfınazar etmesi gerekmeyeceği gibi bir düşünce kabul

edilemez."⁸¹ ifadelerine yer vererek işverenin güvenlik işçisine güvenerek iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınamayacağını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, işverenin mevzuata aykırı bir şekilde kapıları kilitlemesi ve giriş kapılarına çok yakın bir mesafede güvenlik bulundurduğu yönündeki itirazı, kabul edilir nitelikte olmaktan uzaktır. İşverenin riskleri en aza indirme yükümlülüğü de göz önünde bulundurulduğunda, mevcut uygulamanın riskin varlığını devam ettirici, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı bir uygulama olduğu da görülmektedir.

Sendikanın temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti için dava açabilmeleri HMK m. 113 hükmü ile topluluk davası adı altında düzenlenmiştir. İşçi sendikasının bu anlamda işçilerin kilitlerin kaldırılması yönündeki taleplerinin hukuka uygunluğunun tespiti amacıyla işverene dava açabilmeleri mümkündür. Bu nedenle davalının davacı tarafın dava ehliyetinin bulunmadığı yönündeki iddiası kabul edilemez.

Mahkemece işverenin kapıları kilitlemesi uygulamasının hukuka aykırılığının tespiti işçiler açısından birçok hukuki yararı bünyesinde bulundurur. İşçiler bu kararlar birlikte, iş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir uygulamanın varlığı tespit edildiğinden İSGK m. 13/3 kapsamında re'sen çalışmaktan kaçınma hakkını diğer şartların varlığı halinde mahkeme hükmüne dayanarak kullanabilirler. Zira mahkemenin tespit hükmü, söz konusu düzenleme kapsamındaki ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığına dayanak teşkil edebilir. İşveren ise bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle işçilerin sözleşmelerini haklı nedenle feshedemez. Öte yandan, işçiler tespit hükmüne dayanarak çalışma

⁸¹ Yar. 10. HD, E. 2020/9840, K. 2021/8335, 15.6.2021; Yar. 10. HD, E. 2020/6368, K. 2021/2078, 23.02.2021; Yar.10. HD, E. 2020/1740, K. 2021/114, 12.01.2021 (Kazancı İçtihat Bankası).

koşullarının oluşmaması nedeniyle iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilirler. Belirtmek gerekir ki, anılan hakların şartlarının oluştuğunu düşünen işçi her zaman çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri teknik bir nitelik taşıdığından işçinin bu konuda yanılma ihtimali her zaman vardır. Şayet işçi bu konuda yanlış bir değerlendirme yaparsa, bir de yaptığı hatalı değerlendirmenin hukuki sonuçlarına katlanmak durumunda kalır. Belirtilen nedenle, kapıların kilitlenmesinin hukuka aykırılığının tespiti işçilerin yanılma paylarını da ortadan kaldırıcı niteliktedir.

Tespit hükmüne rağmen işverenin giriş ve çıkışlardaki kilitleri kaldırmayarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı davranışına devam etmesi ve bu nedenle bir iş kazasının meydana gelmesi mümkündür. Bu durumda işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelir. Cezai sorumlulukta ise işverenin basit taksirinden söz etmek artık mümkün olmayacaktır. Zira, mahkemenin uygulamanın iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı olduğuna yönelik tespit hükmüyle birlikte artık neticenin öngörülebilir olduğundan söz edilebilecektir. Bu nedenle, işverenin bilinçli taksirinden yahut olası kastından söz etmek gerekecektir. İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alması yönünde birçok kez uyarılan işverenin, mahkemenin de bu yönde bir tespit hükmünün varlığı göz önünde bulundurulduğunda kanaatimce, meydana gelen bir iş kazasından olası kastla sorumlu olacağının kabulü gerekir⁸².

⁸² Nitekim Yargıtay benzer bir durumda "...fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini

Hukuki sorumluluk açısından ise işverenin tespit hükmüne uymaması nedeniyle meydana gelen kazadan ağır kusurlu olduğu kabul edilerek işçilerin maddi ve manevi tazminat talepleri karşılanmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether she received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author stated that there is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, "olursa olsun" düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, .. Kanuna aykırı olup...sanıkların kazanılmış hakkı saklı tutularak isteme uygun olarak BOZULMASINA" yönelik karar vermiştir. Yar. 12. CD, E. 2012/21104, K. 2013/25712, 14.11.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

KAYNAKÇA

- Akcın, Nuri Ali ve Vedat Didari. "Maden İşyerlerinde Acil Durdurmayı Gerektiren Durumların Değerlendirilmesi ve Öneriler." Adana: Uluslararası Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu'2017, 2-3 Kasım.
- Akın, Levent. "Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar." *Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği*, İstanbul: Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, 2011.
- Akın, Levent. "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu." *TİSK Akademi* 1, 2008: 210-231.
- Akın, Levent. "Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı." *Çalışma Ve Toplum Dergisi* 34, no. 3, 2012: 101-124.
- Akkoşoğlu, Şeyma. "İşçi ve İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin İş Sözleşmesine Etkisi." *İç Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akpınar, Teoman. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. Ankara: Ekin Basın Yayım, 2018.
- Akyel, Harun Serdar. "6331 Sayılı Kanun Kapsamında Yeraltı Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri ile İdari Yaptırımlar" Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2020.
- Alpagut, Gülsevil. "İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçinin Hak ve Yükümlülükleri" Meslek Hastalıkları ve İş Kazaları Sempozyumu, İstanbul, 2004.
- Arıcı, Kadir. *İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri*. Ankara: Tes-İş Eğitim Yayınları, 1999.
- Arslan, Çetin. "Maden İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşveren ve İşveren Vekilinin Cezai Sorumluluğu." Adana: Uluslararası Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu'2017, 2-3 Kasım.

- Arslan, Selin ve Hüseyin Ekrem Cünedioğlu. *Madenlerde Yaşanan İş Kazaları ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme.* (TEPAV Değerlendirme Notu, 2010).
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çetin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler.* Ankara: Adalet, 2020.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku.* Ankara: Yetkin, 2018.
- Atanur Karaahmetoğlu. "Maden İşçilerinin Çalışma Koşulları ve Madenlerde Alınması Gereken Önlemler." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa: 2019.
- Aydın, Gökhan ve İzzet Karakurt, "Yeraltı Maden İşletmeciliğinde Sağlık ve Güvenlik Sorunları." *Teknik Bilimleri Dergisi* 11, no. 1 (2021): 1-12.
- Aydınlı, İbrahim. *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk.* Ankara: Seçkin, 2015.
- Balcı, Mesut, Birol Soner, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener. *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Davaları.* Ankara: Yetkin, 2019.
- Baloğlu, Cem. *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği.* İstanbul: Beta, 2013.
- Başboğa Şahbaz, Zübeyde. *İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesaplanmasına İlişkin Esaslar.* İstanbul: Beta, 2010.
- Başbuğ, Aydın ve Mehtap Yücel Bodur. *İş Hukuku.* İstanbul: Beta, 2021.
- Başbuğ, Aydın. "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkı ve Geliştirilmesi." iç. *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları* ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut. Ankara: Seçkin, 2016.
- Başbuğ, Aydın. *İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği.* Ankara: Şeker-İş, 2013.

- Baycık, Gaye. "Çalışanların İş Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler." *Ankara Barosu Dergisi* 3, 2013.
- Baycık, Gaye. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Bayraktar, Beril, Hakan Uyguçgil ve Adnan Konuk. "Türkiye Madencilik Sektöründe İş Kazalarının İstatiksel Analizi" Adana: Uluslararası Maden İşletmelerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu'2017, 2-3 Kasım.
- Bayram, Fuat. *Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi*. İstanbul: Beta, 2008.
- Demircioğlu, Murat, Doğan Korkmaz ve Hasan Ali Kaplan. *Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Dursun, Salih. *İş Güvenliği Kültürü*. İstanbul: Beta, 2012.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Esra Başkan. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Gerek, H. Nüvit. "Yeraltı Maden İşletmelerinde Çalışanlarla İlgili Yeni Düzenlemelerin Düşündürdükleri." *Kamu-İş* 14, no. 2 (2015): 1-27.
- Gündüz, Selim. *4857 Sayılı İş Kanunu Döneminde İşveren ve İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Görev Ve Sorumlulukları*. İstanbul: Hiperlink, 2019.
- Kabakçı, Mahmut. *Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu*. İstanbul: Beta, 2009.
- Karaahmetoğlu, Atanur. "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Soma Madenlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi." *Siyaset Konfersanları Dergisi*, no. 76 (2019): 89-128.
- Karakaş, İsa. *Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı*. Ankara: Seçkin, 2013.

- Kılıkş, İlknur. *İş Sağlığı ve Güvenliği*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2018.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittir Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *Toplu İş İlişkileri*. İstanbul: Beta, 2016.
- Nurşen Canıklıoğlu, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü." Meslek Hastalıkları ve İş Kazaları Sempozyumu, İstanbul, 2004.
- Ocak, Saim. "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler". İş Sağlığı Güvenliği'ne Hukuki Bakış Paneli, Tebliğler ve Görüşler, İstanbul: 2012.
- Orhan, Kamil. "İş(çi) Sağlığını ve Güvenliğini Etkileyen Sosyo-Kültürel Faktörler." *İç Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Orhan, Sadettin. "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Denetim Modelleri" *İç. Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları*, ed. Aydın Başbuğ ve Mehmet Bulut. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Öney, Özcan, Selçuk Samanlı ve Sümeyye Özmen. "Madencilik Sektöründeki Ölümlü İş Kazalarını İş Analizi." *Karaelmas İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi* 2, no.2 (2018): 53-61.
- Özdemir, Erdem. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Öztuna, Barış. "176 Sayılı Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Hakkında ILO Sözleşmesi ile 6552 Sayılı Kanunun Madencilik Sektöründe Çalışma Hayatı Kalitesi Üzerine Etkileri." *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 3 (2015).

- Özveri, Murat. *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve İş Cinayetleri*. İstanbul: Birleşik Metal İş Yayınları, 2015.
- Pekcanitez Usul. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Sarıbay Öztürk, Gizem. *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*. İstanbul: Beta, 2015.
- Selek, Hasan Selçuk. *İş Sağlığı ve Güvenliği Temel Konular*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitapevi, 2018.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Süzek, Sarper. *İş Güvenliği Hukuku*. Ankara: Savaş Kitapevi, 1985.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul, Beta, 2019.
- TMMOB Maden Mühendisleri Odası, Madencilikte Yaşanan İş Kazaları Raporu (2010-2020), Mart 2021.
- Topaloğlu, Mustafa. "Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinden Doğan Hukuki Sorumluluk." Adana: Uluslararası Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu' 2017.
- Tuncay, Can. "Avrupa Birliğine Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler." İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, İstanbul, 2004.
- Türkiye Barolar Birliği. *Soma Maden Faciası Benzeri Kazaların Önlenmesine Yönelik Sistem ve Temel Mevzuat Önerileri Hakkında Rapor*. Ankara: TBB. Ya. No :288, 2014.
- Uğur, Suat ve Özgür Topkaya, "Kömür Madenciligi Sektörü ve Uluslararası Çalışma Örgütü' nün 176 Sayılı Sözleşmesi ile

Bu Sektöre Yönelik Yürürlüğe Konan İş Sağlığı ve Güvenliği Düzenlemeleri" *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi* 3 (2015).

Yaşar, Serdar, Serkan İnal, Özüm Yaşar ve Serkan Kaya, "Türkiye'de Meydana Gelen Maden Kazalarının İstatistiksel Olarak İncelenmesi." Adana: Maden İşletmelerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu'2015, 21-22 Aralık.

Yılmaz, Fatih. "Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri" *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, no. 6, 2013: 44-69.

Çeviri/ Translation

DOI: 10.47136/asbuhfd.1277123

ÇOCUK HAKLARI, ÇATIŞMA VE ULUSLARARASI CEZA ADALETİ

Child Rights, Conflict, and International Criminal Justice

Diane Marie Amann*

Çev. Neyire Akpınarlı**

Çev. Mustafa Berk Arslan***

Özet

Bu çalışma, Prof. Diane Marie Amann'ın "Çocuk Hakları ve Uluslararası Ceza Adaleti" başlıklı konuşmasının transkript ve tercümesini içermektedir. Konuşma, Birleşmiş Milletler'in

* Transkript edilen ve çevirisi yapılan konuşmanın aslı için bkz. Diane Marie Amann, Child Rights, Conflict, and International Criminal Justice, from from the website of the United Nations Audiovisual Library of International Law: //legal.un.org/avl/lis/Amann_HR.html

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktor Öğretim Üyesi, neyire.akpinarli@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0793-9216

*** Yüksek Lisans Öğrencisi, mustafaberk.arslan2@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9708-9782

Makale Gönderim Tarihi/Received: 28.12.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2023.

Atıf/Citation: Amann, Diane. Çev. Neyire Akpınarlı ve Mustafa Berk Arslan. "Çocuk Hakları, Çatışma ve Uluslararası Ceza Adaleti." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2023): 541-577.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Uluslararası Hukuk Görsel ve İşitsel Kütüphanesi'nde yer alan ders serisinden alınmıştır. Bu ders serisinde yer alan konuşmalar, uluslararası hukuk alanında tanınmış hukukçular tarafından gerçekleştirilmeleri ve uzun yıllara dayanan birikimlerinin aktarılmasına imkân sunmaları nedeniyle uluslararası hukuk literatürüne önemli bir katkı sunmaktadır. Çalışma, Diane Marie Amann'ın konuşmasını Türkçe literatüre kazandırma amacıyla yapılmıştır. Bunun ile birlikte konuşmanın transkripti ve tercümesinin uluslararası hukuk İngilizce-Türkçe alan diline katkı da bulunması hedeflenmiştir.

Amann, "Çocuk Hakları, Çatışma ve Uluslararası Ceza Yargılaması" başlıklı konuşmasında uluslararası çocuk hukuku ile özellikle savaş ve çatışma durumlarında çocuklara karşı işlenen ve çocukların maruz kaldığı suçlarla mücadeleye yönelik uluslararası çabalar arasındaki etkileşimleri incelenmiştir. Konuşmacı, önce 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabulüne kadar olan süreci özetlemiş, ardından uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunda çocuklara dair düzenlemelere yoğunlaşmıştır. Son olarak gerek uluslararası düzenlemeler gerekse uygulamalar çerçevesinde çocuklara karşı işlenen ve çocukları etkileyen uluslararası suçların önlenmesi ve cezalandırılması yoluyla çocuk haklarının güvence altına alınmasına yönelik çabalar değerlendirmiştir. Konuşma 2019 yılında kayıt altına alınmıştır ve konuşma süresi 41 dakikadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Uluslararası Ceza Yargılaması, İnsancıl Hukuk, Çatışma, Çocukları etkileyen veya çocuklara karşı işlenen suçlar.

Abstract

This study includes the transcript and translation of Diane Marie Amann's speech titled "Children's Rights and International Criminal Justice". The speech is taken from the lecture series in the United Nations' Audio-Visual Library of

International Law. The speeches in the lecture series make an important contribution to the international law literature, as they are delivered by well-known lawyers in the field of international law and allow the transfer of their long-standing knowledge. The study was carried out in order to bring Diane Marie Amann's speech to Turkish literature. In addition to this, it is aimed that the transcript and translation of the speech will contribute to the English-Turkish language of international law. In her speech titled "Children's Rights, Conflict and International Criminal Justice", Amann examined the interactions between international children law and international efforts to combat crimes against and exposed to children, especially in situations of war and conflict. The speaker first summarized the process up to the adoption of the 1989 Convention on the Rights of the Child, and then focused on the regulations regarding children in international humanitarian law and international criminal law. Finally, it is evaluated the efforts to secure children's rights through the prevention and punishment of international crimes committed against and affecting children within the framework of both international regulations and practices. The speech was recorded in 2019 and its duration is 41 minutes.

Keywords: Children rights, international Criminal Justice, humanitarian law, conflict, international crimes committed against and affecting children.

I. Transkript Edilmiş Metnin Çevirisi

Merhaba, benim adım Diane Marie Amann. Emily ve Ernest Woodruff Uluslararası Hukuk Kürsüsündeyim ve Georgia Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dean Rusk Uluslararası Hukuk Merkezi eş direktörüyüm. Bugün sizinle çocuk hakları, çatışma ve uluslararası ceza yargılaması konusunda konuşmaktan büyük mutluluk duyuyorum.

Çocuklar silahlı çatışma ve diğer aşırı şiddetin var olduğu savaş zamanında benzersiz zararlara maruz kalmaktadırlar. Bu dönemlerde onlar ister bebek ister küçük çocuk veya genç olsunlar, en savunmasız kişiler arasındadırlar. Çocuklar beslenme, bakım ve barınma nedeniyle doğal olarak yetişkinlere bağımlıdırlar, bu nedenledir ki ebeveynlerinin veya diğer yasal temsilcilerinin öldürülmesi özellikle onları daha fazla etkilemektedir. Aynı şey, evlerinin yıkılması veya çevrelerinden uzaklaştırılmaları, eğitim ve sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçlardan yoksun bırakılmaları bağlamında geçerlidir. Çocukların kendileri de elbette bu şiddet ortamında öldürülebilmekte, hayatta kalanlar ise bir şekilde yaşamda var olma mücadelesi vermektedirler. Bazı çocuklar ise insan ticareti veya başka bir çeşit sömürüye kurban gitmektedir. Bazıları, çatışmaya dahil olmalarının gerektiği ve dahası cinsel ya da başka türlü fiziksel saldırılara maruz kaldıkları silahlı grupların eline geçebilmektedirler. Soykırım" (genocide) terimini bulan hukukçu Raphael Lemkin, "*çocuk mağdurun kalıcı psikolojik yaralanması ve normal gelişiminin durdurulması soykırımın belki de en şok edici ve trajik sonucudur*" demektedir. Lemkin'in gözlemi, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu gibi diğer uluslararası suçları da kapsamaktadır.

"Çocuk Hakları, Çatışma ve Uluslararası Ceza Yargılaması" başlıklı bu konuşma, uluslararası çocuk hukuku ile çocuklara karşı işlenen ve çocukların maruz kaldığı suçlarla mücadeleye dair uluslararası çabalar arasındaki etkileşimleri inceleyecektir. Bu alandaki iki dönüm noktası olaya işaret eden bu ayda, bu konuşmayı yapmak benim için özel bir onurdur. Birincisi, bu ay Birleşmiş Milletler'in bir üye devleti dışında bütün üyelerinin taraf olduğu kapsamlı bir anlaşma olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 30. yıl dönümü olmasıdır. İkincisi, yine bu ayda, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından bir savaş ağasına, çocuk askerlerin silah altına alınması ve kullanılması, silahlı grubuna dahil bazı çocuklara tecavüz edilmesi ve onların

cinsel köleleştirilmesi de dahil olmak üzere, bir dizi suçtan hüküm giydirilerek otuz yıl hapis cezası verilmesidir. Bu yıldönümü ve UCM'nin hükmü, bu konuşma için referans niteliği taşımaktadır. Öncelikle, 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulüne yol açan gelişmelerin ve çocuk haklarının üzerinde duracağım. Ardından, birbiriyle bağlantılı iki hukuk alanı olan uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanındaki paralel gelişmeleri anlatacağım. Çocuk hakları sözleşmesi ve başta UCM Roma Statüsü olmak üzere diğer belgelerin ilgili hükümlerini inceledikten sonra, çocuklara karşı işlenen ve çocukları etkileyen uluslararası suçların önlenmesi ve cezalandırılması yoluyla çocuk haklarının güvence altına alınmasına yönelik çabaları değerlendirerek konuşmamı sonlandıracağım.

İzninizle, 1989'dan önce çocuk haklarındaki gelişmelere dair konu ile başlayayım. Çocukları en kötü savaş istismarlarından koruma normunun etkileyici bir geçmişi bulunmaktadır. Hugo Grotius, 1625 yılındaki "Savaş ve Barış Yasası" isimli incelemesinde, antik Romalı filozof Seneca'nın çok uzun zaman önce savaşın yürütülmesiyle ilgili olarak "*çocuğu yaşından, kadını cinsiyetinden dolayı mazur görün*" dediğini belirtmektedir. Bu sözün geçmişi birinci yüzyıla dayanıyor olsa da çocuğun koruması normunun uluslararası ceza hukuku sözleşmelerinde yer alması için neredeyse bin yıl geçmesi gerekecekti. Nitekim, uluslararası çocuk hakları genel olarak 20.yüzyıla kadar tanınmamıştı bile. Bu tür ilk tanımlar, devletlerin Milletler Cemiyeti olarak bilinen uluslararası örgütü kurdukları I. Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir. 1924'te Cemiyet Genel Kurulu, "*bütün ulusların erkek ve kadınlarının insanlığın en iyisini çocuğa borçlu olduğunu*" deklere eden, çocukların tüm temel ihtiyaçlarının karşılanmasını, sıkıntılı zamanlarda yardım alan ilk kişiler olmalarını, her türlü sömürüye karşı korunmalarını temin etmeyi görev olarak kabul ettikleri Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nin kabul etmişlerdir.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra, Milletler Cemiyeti'nin yerini yeni bir uluslararası örgüt olan Birleşmiş Milletler almıştır. BM, ivedilikle ve tüm belgelerinde olmamakla birlikte, çocuklar hususunu ele almıştır. Gerçekte, kuruluş antlaşması olan 1945 Birleşmiş Milletler Şartı çocuklara dair hiçbir ifade içermemekteydi. Ancak, 1948'de BM Genel Kurulu, çocuk haklarını ve korumasını geliştirmeye yardımcı olan iki belgeyi onaylamıştır. Biri, bu konuşmada daha sonra değineceğim Lemkin'in katkıda bulunduğu Soykırım Sözleşmesidir. Diğeri, çocuklara dair bir dizi atıf içeren İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgede düzenleme *“anne ve çocuk özel ihtimam ve yardım görme hakkına sahiptir”* ile başlamış ve *“bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğmuş olsalar da aynı sosyal korumadan yararlanır”* ile bitirilmiştir. Açıkça güvence altına alınan korumalar arasında eğitim hakkı da bulunmaktadır ve ayrıca bu hakkın en azından ilk ve temel safhalarda ücretsiz olarak sağlanması öngörülmüştür.

On yıl sonra, 1959'da Genel Kurul, yeni bir çocuk hakları bildirgesini kabul etmiştir. Bu bildirge çocuk ve anne için yine özel korumalar talep etmiş ve çocuğun eğitim hakkını da savunmuştur. Ayrıca, çocuğun sağlığına, eğitimine ve esenliğine engel olan çocuk işçiliğini yasaklamıştır. 1959 Bildirgesi ayrıca çocukların yardım için ilk sırada olmasını zorunlu kılmış ve çocukların sömürüye karşı korunması gerektiğini vurgulamıştır. Son olarak, Bildirge, çocuğun *“anlayış, hoşgörü, insanlar arası dostluk, barış ve evrensel kardeşlik ortamında, enerji ve yeteneklerinin diğer insanların hizmetine sunması gerektiği bilinciyle yetiştirilmesi”* gerektiğini ilan etmiştir. BM Genel Kurulu 1974'te bir başka bildirgeyle devam etmiştir. Bu bildirge ise özellikle acil ve silahlı çatışma zamanlarında çocukları ve kadınları korumayı amaçlamaktadır.

Şimdi, hepsi birlikte ele alındığında, bu bildirgeler önemli bir ahlaki ağırlık taşımakta idi. Başka bir deyişle, bunların önemli bir anlamı bulunmaktaydı ancak devletler bunlara

uluslararası hukuktan kaynaklı uymak zorunda değildi ve ne devletlerin ne de insanların bildirge hükümlerini ihlal etmekten sorumlu tutulması mümkündü. Bu durum 20 Kasım 1989'da BM Genel Kurulu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi kabul ettiğinde değişmeye başlamıştır. Bu sözleşme hemen ertesi yıl yürürlüğe girmiş, zamanla, bir dizi gelişme ile de güçlendirilmiştir. Bunlardan biri, Sözleşme'nin izleme organı olan Çocuk Hakları Komitesi'nin çalışmalarıdır. Diğer, sözleşmeye eklenen isteğe bağlı üç protokolün veya bağlı anlaşmaların yürürlüğe girmesidir. Bir diğeri ise 1990 Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı ve ayrıca 2000 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi bölgesel belgeler uyarınca yapılan çalışmalardır.

1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kendisine gelince, bugün Amerika Birleşik Devletleri hariç tüm BM üye devletleri, Vatikan, Filistin Devleti de dahil olmak üzere sözleşmenin 196 tarafı vardır. Sözleşme, neredeyse evrensel olarak kabul görmesi ve kapsamlı içeriği sayesinde, son 30 yıl boyunca çocuk hakları ve çocukların korunmasına ilişkin önde gelen küresel bir sözleşme olarak hizmet etmiştir. Bu nedenle, 1989 Sözleşmesi'nde devletler, daha önceki bildirimlerde vaat ettikleri özel bakım ve desteği çocuklara sağlamakla kendilerini yükümlü kılmışlardır. Çocuk Hakları Komitesi, Sözleşme'nin 54 maddesini dört genel ilkeye ayırmıştır. Belirtmek gerekirse, bunlardan birincisi, ayırım gözetmeme, yani devletler hiçbir ayırım gözetmeksizin çocuk haklarını korumalı ve sağlamalıdır. İkincisi, üstün yarar, yani devletler, çocuğu etkileyen tüm eylemlerde çocuğun üstün yararını birincil değer olarak ele almalıdır. Üçüncüsü, hayatta kalma, yani devletler, çocuğun doğuştan gelen yaşama ve hayatta kalma haklarını sağlamalıdır. Dördüncüsü, katılım veya bazen buna "temsiliyet" denilmekte, yani devletler, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini özgürce ifade etme hakkını çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre sağlamalıdır.

Birazdan Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuklara ve silahlı çatışmalara ilişkin birkaç hükmünden bahsedeceğim. Ancak önce, ilgili alt dallar olan- uluslararası insancıl hukuka ve uluslararası ceza hukukuna ilişkin bazı hukuki gelişmelerin izini sürmeme izin verin. Birinci Dünya Savaşı Avrupa'da patlak verdiğinde bile, eleştirmenler bu savaşın savunmasız kişilere özgü verdiği zararın altını çizmiştir. 1915'te, daha sonra Nobel Barış Ödülü'nü kazanacak olan Jane Addams, tüm kadınlar adına, bu tür bir zarara rıza göstermeyi reddetmiştir. Kadınların özellikle çocukların geleceği konusunda endişeli olduğunu yazan Addams, *"Savaşın üzerimize yüklediği yaralı ve sakat erkeklerin, yoksulluk çeken kadınların ve yetimlerin yükünü protesto etmemeye artık tahammül edemeyiz"* uyarısında bulunmuştur.

Bununla birlikte, bu yüce ideallerin uluslararası ceza hukukunun yasaklarına çevrilmesi için başka bir dünya savaşı gerekecekti. O zaman bile süreç yavaştı, örneğin 1940'ların ortalarındaki Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemelerin statülerinde çocuklardan söz edilmemiştir. Bununla birlikte, bunlar ve II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan diğer mahkemelerde verilen kararlar, savaşta acı çeken çocukların tarihsel kayıtlarını oluşturmuş ve böylece daha sonraki gelişmeler için zemin hazırlamıştır. Bir başka gelişme de 1949'da devletlerin savaşta mağdurların korunması için Cenevre Sözleşmelerini kabul etmeleriyle gerçekleşmiştir. Bu dört sözleşmenin sonuncusu, silahlı çatışma sırasında ve işgal altında bebeklerin ve diğer çocukların teşhisinin, eğitiminin, sağlığının ve esenliğinin teminini amaçlayan çok sayıda hüküm içermektedir. Üzerinde duracağım üzere, söz konusu rejim 1977'de Cenevre Sözleşmelerine iki protokol daha eklenerek güçlendirilmiştir.

1990'ların başında, Nürnberg sürecinden on yıllar sonra devletler, uluslararası ceza sorumluluğunu, uluslararası suçları özellikle soykırım, savaş suçlarını ve insanlığa karşı suçları önleme ve cezalandırma aracı olarak yeniden gündeme

getirmişlerdir. Ruanda ve Eski Yugoslavya ile ilgili ilk uluslararası ceza mahkemeleri, cinsel şiddet ve cinsiyete dayalı şiddet konusunda içtihatlarla öncülük etmiştir. Bununla birlikte, (bu mahkemeler) çocuklara karşı işlenen veya çocukları etkileyen suçlar üzerinde durmamışlardır. Ancak bu durum, 1996'da Grasa Michelle tarafından BM raporunun yayınlanması ve başta Batı Afrika, Asya ve Latin Amerika olmak üzere dünya genelinde savaflara yardım eden küçük çocukların yaygınlığına ilişkin haber raporlarının eşlik etmesiyle birlikte değişmeye başlamıştır.

UNICEF gibi uluslararası kuruluşlar, çocuk alanında çeşitli gruplar oluşturmak üzere sivil toplum örgütleriyle bir araya gelmiştir. Bu savunma ittifakı, çocuklar ile ilgili özel hükümlerin iki önemli uluslararası ceza hukuku belgesine dahil edilmesini teşvik etmeye yardımcı olmuştur. Birincisi 1998 Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve ikincisi 2002 Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'dür. Her iki statü de çocukların silahlı kuvvetlerde ve silahlı gruplarda gönüllü ya da zorunlu silah altına alınması ve kullanılmasıyla ilgili savaş suçu kovuşturmalarına yetki vermiştir. Dahası, Sierra Leone Özel Mahkemesi kız çocuklarının istismarının ve kaçırılmasının cezalandırması ile yetkilendirilmiştir. Mahkeme 15 yaşına kadar olan kişileri kovuşturma yetkisine sahip olmasına rağmen hiçbir çocuk bu mahkeme tarafından yargılanmamıştır.

"Bu yüzyıl boyunca milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin insanlığın vicdanını derinden sarsan, hayal edilemez vahşetin kurbanı olduğunun bilincinde" ifadeleri ile küçüklere yönelik endişenin kendini önsözde sergilediği Roma Statüsüne gelince, taslağı hazırlayanlar UCM'yi *"mevcut ve gelecek nesiller adına"* kurduklarını ilan etmişlerdir. Statü, taraf devletlerin kadınlara ve çocuklara yönelik şiddet konusunda hukuki deneyime sahip yargıçların görevlendirilmesi ihtiyacının dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca, UCM savcısına, çocuklara yönelik şiddet de dahil olmak üzere belirli konularda hukuki

deneyime sahip özel danışmanlar atama yetkisi de vermektedir. Ek hükümler, UCM yetkililerine çocuk mağdurların ve çocuk tanıkların ihtiyaçlarını karşılama talimatı vermiştir.

Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'nün aksine, Roma Statüsü, UCM'nin atılı suçun işlendiği sırada 18 yaşın altında olan herhangi bir kişiyi kovuşturmasını yasaklamıştır. Çocuklara verilen zararlar ilgili endişeler, en belirgin şekilde UCM'nin yargı yetkisi içindeki suçların sıralamasında ortaya çıkmaktadır. İlk çekirdek suç olan soykırım, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ndeki tanımın aynısıdır. Buna göre, Roma Statüsü ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen hem grup içinde doğumları önlemeye yönelik önlemler almayı hem de grup içindeki çocukları zorla bir başka gruba nakletmeyi düzenlemektedir. İkinci temel suç olan insanlığa karşı suçların çocuklara özgü bir bileşeni çocuk ticaretiydi ve herhangi bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiğinde köleleştirmeye eş sayılmaktadır. Sanığın, mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle, uluslararası hukuka aykırı olarak kasten ve ağır biçimde temel haklarından yoksun bırakma eylemi gerçekleştirdiğinin iddia edilmesi halinde, insanlığa karşı suçlardan zulüm suçlaması da aynı şekilde çocuğa özgü olabilmektedir. Ayrıca Roma Statüsü'nün önsözünde çocukları ve gelecek nesilleri ciddi şekilde etkileyen çok sayıda suç sıralanmıştır. Bunlar arasında cinsel kölelik, zorla hamilelik ve zorla kısırlaştırma insanlığa karşı suçlar veya savaş suçları olarak ve okullara ve hastanelere yapılan saldırılar ise savaş suçları olarak sayılabilir. Son olarak, Roma Statüsü, Sierra Leone'deki muadili gibi, çocukları zorunlu veya gönüllü askere alma, askere yazılma veya onları çatışmalara aktif olarak katılmaya zorlamak gibi savaş suçlarına kovuşturma ve cezalandırma yetkisi vermiştir. Sierra Leone Statüsü'nde suçun, zorla askere alma, yazılma ve kullanma yerine askere alma ve

kullanma olarak biraz farklı ifade edildiğini söylemeliyim. Tüm bu gelişmeler göz önüne alındığında, belirgin bir şekilde 2000 sonrası uluslararası ceza hukukunda çocuklara karşı işlenen ve çocukları etkileyen suçların öne çıkması biraz sürpriz olmuştur. Bunu birazdan inceleyeceğiz ama önce temel antlaşmalar olan 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 1998 Roma Statüsü'nün temel hükümlerine bakalım.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, silahlı çatışmanın özel bağlamına iki madde hasretmiştir. 39. madde çatışma sona erdikten sonra çocuğun iyileştirilmesini öngörmektedir. Maddede *“Taraf Devletler, her türlü ihmâl, sömürü ya da suiistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.”* denilmektedir. 38. madde ise, savaş devam ederken çocuğu korumayı amaçlamaktadır. Madde şunları öngörmüştü. Birinci fıkrada *“Taraf Devletler, silahlı çatışma halinde kendilerine uygulanabilir olan uluslararası insancıl hukukun, çocuklara ilişkin kurallarına uymak ve uyulmasını sağlamak yükümlülüğünü üstlenirler.”* İkincisi olarak, *“Taraf Devletler 15 yaşından küçüklerin çatışmalara doğrudan katılmaması için uygun olan bütün önlemleri alırlar.”* Üçüncü olarak, *“Taraf Devletler, özellikle 15 yaşına gelmemiş çocukları askere almaktan kaçınırlar. Taraf Devletler, 15 ila 18 yaş arasındaki çocukların silah altına alınmaları gereken durumlarda, önceliği yaşça büyük olanlara vermek için çaba gösterirler.”* Dördüncü olarak, *“Silahlı çatışmalarda sivil halkın korunmasına ilişkin uluslararası insancıl hukuk kuralları tarafından öngörülen yükümlülüklerine uygun olarak, Taraf Devletler, silahlı çatışmadan etkilenen çocuklara koruma ve bakım sağlamak amacıyla mümkün olan her türlü önlemi alırlar.”*

Bu ifadelerle sözleşme, halk dilinde “çocuk asker” olarak bilinen olguyu kınayan ilk çocuk hakları belgesi olmuştur. Bununla birlikte, kapsamı sınırlıydı, yani devletin çocukların askere alınmasına izin vermeme yükümlülüğü, yalnızca devletin kendi silahlı kuvvetlerini kapsamaktaydı. Bu nedenle, sözleşmeye göre devletler çocukları, kendi toprakları içinde faaliyet gösterebilecek isyancı gruplar tarafından askere alınmasından korumakla yükümlü değildi. Bu, 1997 yılında ilan edilen, Cenevre Sözleşmelerinin, sözleşmenin kendisi gibi Uluslararası Kızılhaç Komitesi himayesinde kabul edilen, iki ek protokolü ile biraz çelişmekteydi. Devletler arasındaki çatışmalara ilişkin Birinci Ek Protokol'ün 77.2. maddesinde, uluslararası çatışmadaki tarafların; 15 yaşını doldurmamış çocukların çatışmalarda doğrudan yer almamaları için mümkün olan tüm önlemleri almaları ve özellikle de onları silahlı kuvvetlerine almaktan kaçınmaları gerektiğine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. Bu ifade 38. maddeden biraz farklıdır ve aslında Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki benzer hükümden daha geniş olarak yorumlanabilir.

Daha geniş olanı, iç silahlı çatışmaları veya iç savaşları kapsayan İkinci Ek Protokol idi. İkinci Ek Protokol, bakım ve yardım kapsamında çocuklara belirli açık güvenceler içermektedir. İlk olarak, madde 4.3/c'de “15 yaşını doldurmamış çocukların ne silahlı kuvvetlere ne gruplara alınmalarına ne de çatışmalara katılmalarına izin verilir.” İkincisi, madde 4.3/d' de “Bu maddenin 15 yaşını doldurmamış çocuklara getirdiği özel koruma alt paragraf c hükümlerine rağmen, çatışmalara doğrudan katılmaları ve yakalanmaları durumunda kendilerine uygulanacaktır.” İkinci Ek Protokol 'ün askere alma yasağının silahlı gruplara ve silahlı kuvvetlere kadar genişletilmesi hem net hem de çocukları kullanma yasağıyla açık bir şekilde bağlantılı olmuş; özel korumaları ifade etmesi de çocukların ihtiyaçlarına daha fazla dikkat gösterilmesini vaat etmiştir.

Şimdi, bu özel hükümlerle ilgili başka bir noktayı gündeme getirmek için biraz yaş meselesinden bahsetmek istiyorum. 1989 Sözleşmesi, en yüksek yarar için bir çocuğun 18 yaşın altındaki herkes olduğunu öngörmüştür; ancak çocuk askerliğine karşı özel koruma amacıyla, yaş sınırını 15 yaşın altına düşürmüştür. Aynısı her iki ek protokol için de geçerlidir, ancak belirttiğimiz gibi, 15 ila 18 yaş arasındaki çocukların silah altına alınmasıyla ilgili olarak, İkinci Ek Protokol, taraf devletlerin yaşı büyük olanları silah altına alma sırasında öncelik vermesini gereklilik haline getirmiştir. Buna rağmen, sivil toplumdaki birçok kişi, anlaşmalar müzakere edilip kabul edilirken bile, alt yaş sınırını eleştirmiştir. Sözleşme'nin kabul edilmesini takip eden yıllarda, 1990 Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Sözleşmesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından ilan edilen 1999 tarihli En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi'nin de aralarında bulunduğu diğer çocuk hakları antlaşmaları, silah altına almak için yaş sınırını 15 değil 18 olarak belirlemiştir. Yükseltmiş 18 yaş alt sınırı, nihayetinde, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2000 tarihli Çocukların Silahlı Çatışmalara Katılmasına Dair İhtiyari Protokolü vesilesiyle Sözleşme rejimine girmiştir. Bununla birlikte, OPAC olarak bilinen bu Protokol, Sözleşme'nin kendisinden daha az bir onaya sahiptir. Ayrıca, hem Sierra Leone Özel Mahkemesi Tüzüğü'nde hem de UCM'nin Roma Tüzüğü'nde 15 yaş altı yaş sınırı korunmuştur, yani her ikisi de 15 yaşından küçük çocukların askere alınmasını ve kullanılmasını bir savaş suçu olarak öngörmüştür. Bu alt yaş (sınırı), çocuk teriminin 18 yaşının altındaki birini ifade ettiğine ilişkin genel uluslararası hukuk anlayışına bir istisna olarak ancak belirli alanda geçerlidir ve Roma Statüsü rejiminde bile uygulanmaktadır. Örneğin, soykırım maddesinin hükümlerinden birinin çocukların bir gruptan diğerine zorla nakledilmesini yasakladığından bahsetmiştik. Söz konusu hükümde, çocuğun 18 yaşın altındaki herkes anlamına geldiği anlaşılmaktadır ve bu, çocuk askerlikle ilgili bu savaş suçu

dışında, çocuklardan bahsedildiğinde Statü genelinde geçerlidir.

Şimdi tüm bunları göz önünde bulundurarak, uluslararası ceza hukuku kurumlarının, kişileri, çocuk askerlik suçundan ve çocuklara yönelik diğer uluslararası suçlardan sorumlu tutma çabalarına bir göz atalım. Çocuk askerliğe karşı cezai yasak, Sierra Leone Özel Mahkemesinin ilk imtihanından geçmeyi başarmıştır. “Savcı v. Norman” adlı davada sanık eski bir hükümet bakanıydı ve 15 yaşın altındaki çocukları hükümet yanlısı milislere katmak için silah altına almak veya kullanmakla suçlanmaktaydı. Savunmasında, bu tür davranışların uluslararası teamül hukukuna göre suç olmadığını ve bu nedenle bunun için kovuşturulamayacağını iddia etmiştir. Mahkemenin dört üyeli Temyiz Dairesi, bir yargıcın muhalefetine karşın aksi yönde karar vermiştir. Bunu yaparken, bu belirli yasağı uluslararası örfi hukukun bir normu olarak teyit etmiştir. 2004 yılında bu gerçekleştiğinde, bir yorumcu, bunu “*çocuklarla ilgili suçlar konusunu ciddiye almak ve bu tür ihlallerden sorumlu olanları kovuşturmak, hem suçlunun cezalandırılmasını zorunlu kılmak hem de başkalarına caydırıcılık mesajı göndermek*” eğiliminin başlangıcı olarak görmüştür.

Bununla birlikte, Özel Mahkeme’de müteakip kovuşturma çabaları farklı sonuçlarla karşılaşmıştır. Erken dönem UCM’nin kovuşturmalarında da çocuk askerlik suçlarına çok önem verilmiştir. UCM’de karara bağlanan ilk dava olan “Savcı v. Lubanga”da sanık milis liderleri yalnızca çocuk askerlik suçlamalarıyla yargılanmıştır. Çocuklara yönelik bu odaklanma elbette önemlidir. Bunun ile birlikte kurban gruplarını temsil eden sivil toplum kuruluşları da dahil olmak üzere bazı gözlemciler, cinsel ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet de dahil olmak üzere tüm diğer iddia edilen suçları dışlayarak çocuk askerliğine odaklanma kararını eleştirmişlerdir. Lubanga ayrıca çocuklara karşı işlenen ve çocukları etkileyen suçların kovuşturulmasındaki zorluklara da işaret etmiştir. Davanın

sonunda, UCM Dava Dairesi, bir zamanlar çocuk asker olduklarını söyleyen tüm tanıkların ifadesini reddetmiştir. İspat sorunları, bu suçla ilgili sonraki iki UCM kovuşturmasında da devam etmiştir. Aslında, birbirini takip eden bu iki davada sanıklar çocuk asker suçlamalarından beraat etmişlerdir. Ancak Lubanga, kısmen iki uzman tanığın ifadesine ve ayrıca çocuk savaşçılarla çalışmış eski BM yetkilisinin ifadesine dayanarak mahkûm edilmiştir. Dava Dairesi için ikna edici olan nihai bir kanıt, mahkemece sanığın bir eğitim kampında konuştuğu sırada, mahkeme heyetinin “açıkça 15 yaşından altındaki askerler” olarak kabul ettiği kişiler, deyim yerindeyse bir “falanj”, tarafından korunduğu videonun izlenmesiydi. Mahkeme sadece bu videoya bakarak onların 15 yaşından küçük olduklarını belirleyebilmiştir.

Temyiz Dairesi bu mahkumiyeti onamıştır. Bunu yaparken, savaş suçları hükmüne ilişkin bazı belirsiz konulara açıklık getirmiştir. Yaptığı şey, askere alınma ve yazılma arasındaki farkı tanımlamaktı ve dayandığı şey, zorunlu askerliğin bir mecburiyet veya zorlama unsuru taşıdığı, ancak yazılmada bunların söz konusu olmadığıydı. Bu bir ikilem teşkil etmekteydi çünkü savunma, çocukların bir kısmının milis kuvvetlerine katılmak için gönüllü olduğunu iddia etmişti ve temyiz dairesi bu bağlamda çocuğun iddia edilen rızasının konu dışı olması nedeniyle dikkate alınmadığını, onları milis kuvvetlerine kabul etmek için failin eyleminin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Esasen biz Roma Statüsü ve genel olarak uluslararası ceza hukukunun, çocukların rıza göstermesini engellediğini görüyoruz. Bir çocuğun buna rıza göstermesi mümkün değildir. Bu tıpkı yasanın, istekleriniz ve duygusal gelişim aşamalarınız ne olursa olsun “15 yaşın altındaysanız araba kullanamazsınız” dediği gibi bir ayrımdır ve bu, bu davada çok önemli bir karardır.

Bir diğer çok önemli karar, çatışmalara aktif olarak katılmaları bağlamında çocukların kullanma suçunu ele

almıştır. Dava Dairesi yargıçlarından biri, bu “kullanma” kelimesinin yalnızca, silahın tutulması ve ateşlenmesi gibi tehlike durumunda destekleyici rolleri değil, aynı zamanda savaş alanından çok daha uzaktaki bir milis içinde meydana gelen eylemleri de kapsadığını iddia etmiştir. Yargıç, aslında milislerdeki çocukların maruz kaldığı cinsel şiddet ve diğer kötü muamelenin bile, çatışmalara aktif olarak katılmak kavramının bir parçası olduğu görüşündedir. Bu şartlarda Lubanga kararında Temyiz Dairesi bu fikir ve “aktif katılım”ı, uluslararası insancıl hukukta kullanılan “çatışmalara doğrudan katılım” terimiyle eşitleyen savunma argümanına katılmamıştır. Bu görüşlerden herhangi birini almak yerine, çocukları kullanma suçu için savaş bağlantısının, yani çocuğun kullanıldığı faaliyet ile failin silahlı kuvvetinin veya grubunun katıldığı çatışma arasındaki ilişkinin doğrulanmasını şart görmüştür.

Temyiz Dairesi’nin cinsel şiddet ve diğer davranışları kullanma kapsamı dışında tuttuğu yorumu hem muhalif (karşı görüşlü) hâkimi hem de Lubanga Davasına aşına olan diğer birçok kişiyi endişelendirmiş ve hayati derecede rahatsız etmiştir. Dolayısıyla, bir anlamda bu tür bir vahşete maruz kalan milislerdeki çocukları, varsa, hangi yasanın koruyabileceğinin net olmadığı bir boşluk söz konusuydu ancak bu boşluk bu konuşmanın en başında bahsettiğim daha yeni sonuçlanmış dava ile doldurulmuştur. Savcı v. Bosco Ntaganda olarak adlandırılan bu davada, UCM savcısı Fatou Bensouda, yargılanmakta olan savaş aşasına karşı birden fazla suçlamada bulunmuştur. Çocuklarla ilgili olarak, suçlamalar arasında çocuk askerlik, zorla ve gönüllü askere alma ve çocukların kullanılması yer almaktadır. Ancak suçlamalar daha da ileri giderek sanığın milis kuvvetleri tarafından, kendileri de bir şekilde bu silahlı grubun parçası olan ve aynı milis kuvvetlerine dahil edilmiş olan 15 yaşından küçük çocuklara karşı işlendiğini iddia ettiği savaş suçları olan tecavüz ve cinsel köleliği de içermektedir.

Ön duruşma sürecinde buna itiraz edilmiştir. Sanık, uluslararası insancıl hukuk uyarınca bir kişinin, kendi tarafındaki, yani kendi milisleri tarafından kendisine karşı yapılan şeylerden korunmasının mümkün olmadığını savunmuştur. Ancak yargıçlar, davanın ön inceleme duruşmasında ve nihayetinde temyiz aşamasında aynı fikirde değillerdi. Onlar, uluslararası insancıl hukukun ilgili maddesi olan, kişinin, doğrudan silahlı çatışmalara aktif olarak katılmadığı sürece cinsel şiddet ve diğer vahşet eylemlerinden korunduğunu öngören Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesini uygulamışlardır. Duruşmanın sonunda sanık; çocuk askerliğinin yanı sıra milislerine dahil olan çocuklara yönelik tecavüz ve cinsel kölelik suçlarından mahkûm edilmiştir. Bu suçlar ve diğerleri için otuz yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

Ntaganda kovuşturmasının genişletilmiş kapsamı, savcılık müessesine daha geniş bir odaklanma politikasını yansıtmaktaydı. Göreve geldikten sonra savcı Bensouda- yani 2012-2014 zaman diliminden bahsediyoruz- *“silah taşımaya zorlanan çocuklara -başka bir deyişle çocuk askerlere- odaklanmanın yanı sıra silahlardan etkilenen çocuklar konusunu da ele almalıyız”*, sözü vermişti. Böylece niyeti, çocukların savaş zamanlarında nasıl acı çektiğine dair her türlü yolu incelemeye başlamak, kanıtlar desteklediğinde bu tür suçları kovuşturmaktı. Ntaganda davası bunun bir örneğiydi.

Ayrıca, 2013 yılında, savcılık müessesesi, kovuşturma için 6 stratejik hedefinden biri olarak *“çocuklara karşı işlenen suçlara özellikle ihtimam gösterilmesi”*ni belirtmiştir. 2016'da Roma Statüsü'nde listelenen çocuğa karşı işlenen ve onu etkileyen suçları ortaya koyan çocuklarla ilgili bir plan yayınlamıştır. Ayrıca, idarenin, soruşturmalarda, suçlama kararlarında, kovuşturmalarda, ceza başvurularında ve diğer faaliyetlerde çocuğun deneyim yelpazesini göz önünde bulundurma taahhüdünü dile getirmiştir.

Şimdi, uluslararası çocuk hukuku ile uluslararası ceza yargılaması arasındaki artan bağlantılara kısaca değinerek sözümü bitirmeme izin veriniz.

UCM savcılarının çocuklara ilişkin politikası, birkaç yıl boyunca Birleşmiş Milletler kurumlarındaki, akademideki ve sivil toplum kuruluşlarındaki uzmanlarla yapılan istişareler yoluyla oluşturulmuştur. 2014 yılında, kendi kurumum olan Georgia Üniversitesi'nde gerçekleşen bu tür bir istişarede, Savcı Bensouda şunları söylemiştir: *“Soruşturmalarımız ve kovuşturma çalışmalarımız sırasında etkileşimde bulunduğumuz çocukların haklarına saygı göstermeyi taahhüt ediyoruz, bunlara dinlenilme hakkı ve onların üstün yararlarının öncelikli olarak ele alınması hakkı da dahildir”*. Bu alıntıdaki ifadeler özet olup, 1989 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin genel ilkelerini kapsamaktadır. Gerçekten de savcıların çocuklarla ilgili politikası açıkça bu ilkelere dayanmaktadır. Kısacası, UCM'de çocukların savaşı olarak kullanılmasına yönelik başlangıçtaki neredeyse tekil ilgi, kaçakçılık, zorla nakil, cinsel şiddet ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, öldürme, yaralama, sevdiklerinden alıkoyma, yiyecek, barınma, sağlık hizmetlerine erişimden, kültür ve toplumdaki yoksun bırakma gibi çatışmalarda çocuklara karşı diğer suçları kapsayacak şekilde genişlemiştir.

Bu, yalnızca Çocuk Hakları Sözleşmesiyle değil, aynı zamanda bir başka önemli gelişmeyle, 1999 Güvenlik Konseyi Kararı ile temellendirilen ve Çocuklar ve Silahlı Çatışma Özel Temsilciliği tarafından desteklenmiş olan Birleşmiş Milletler Çocuklar ve Silahlı Çatışmalar Gündemi, ile de örtüşmektedir. Bu gündem, 2000'li yıllarda formüle edilen ve çocuklara yönelik 6 ağır ihlal olarak adlandırılan yasal çerçevenin temeli olmuştur. BM Özel Temsilciler Ofisi'nin dikkatini çektiği bu ağır ihlaller şunlardır; çocukların öldürülmesi ve sakat bırakılması, 18 yaşından küçüklerin -yaşa dikkat ediniz- silah altına alınması veya asker olarak kullanılması, cinsel şiddet, okullara veya hastanelere yönelik saldırılar, insani yardım erişiminin

engellenmesi ve kaçırılma. Uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukundaki kaynak materyaller göz önüne alındığında, bu listenin Roma Statüsü'nün çocuklara karşı suçların sıralamasıyla örtüşmesi şaşırtıcı olmamalıdır.

Bundan başka, insan güvenliğini sağlamaya yönelik en yeni çabalar arasında, 2015 yılında BM üye devletleri tarafından kabul edilen Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri yer almaktadır. 17. hedef, örnek olarak açlığın, yoksulluğun ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması ve aynı zamanda sağlıkta, eğitimde, çevrede iyileştirme, insanlara hayatlarında iyileştirmenin ve muhtemelen şiddeti alevleyen türde sürtüşmeleri azaltmanın yollarını sunmaktadır. Bu bağlamda *“Sürdürülebilir kalkınma için barışçıl ve kapsayıcı toplumlar tesis etmek, herkes için adalete erişimi sağlamak ve her düzeyde etkili, hesap verebilir ve kapsayıcı kurumlar oluşturmaya”* vakfedilmiş olan 16. hedef özel bir önem teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden Roma Tüzüğü'ne ve tam olarak uygulanması çocukların emniyetini güçlendirmeye katkı sunacak olan Silah Ticareti Antlaşması'na kadar uzanan araçlarımız ve ayrıca bahsettiğimiz tüm kurum ve aktörler yelpazesi kapsamında, çocuk hakları ve uluslararası ceza yargısı arasındaki köprü bu nedenle memnuniyetle karşılanmayı hak ediyor. Çocuk askerlerin yaptıklarına ilişkin uluslararası insan hakları hukukundaki kavram ile Temyiz Dairesi'nin uluslararası ceza hukukundaki uygulaması arasındaki uçurum genişlerse bu durumda bu hakların geliştirilmesi sekteye uğrama riski ile karşılaşabilir.

Bu boşlukların kapatılabileceğini gördük ve bu önem teşkil etmektedir. Ayrıca bu köprünün güçlendirilmesi diğer açılardan da iyi sonuçlar vaat etmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, çocukların silah altına alınması ve kullanılması için yaş sınırı konusundaki soruya daha fazla dikkat çekme muhtemel görünüyor ve belki bir gün UCM için Roma Tüzüğü'nde bu yaşı yükseltmeyi düşünen bir değişiklik bile görebiliriz. Çocuk

hakları ile uluslararası ceza adaleti arasında bir köprü, silahlı çatışmalardan zarar gören çocuklar için, çocukların kendilerinin de katılmasına izin verilebileceği, tazminat kararı verilmesinde yeni yollar açabilir. Son olarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin gerektirdiği gibi, çocukları görüşlerini ifade etmeye davet etmek, silahlı şiddetin çocukları nasıl etkilediğine dair anlayışı artırmaya yönelik önemli bir adım olarak görünmektedir. Teşekkür ederim.

II. Transkript Edilmiş Metin

Hello, my name is Diane Marie Amann. I'm in the Emily and Ernest Woodruff Chair in international law, and the faculty co-director of the Dean Rusk International Law Center at the University of Georgia School of Law, and very pleased today to be speaking to you on the topic of child rights, conflict, and international criminal justice.

Children endure unique harm in time of war; that is, during times of armed conflict and other extreme violence. In these times, children, whether they are infants, toddlers or teenagers are among the most vulnerable persons. Typically, children depend on adults for food, care and shelter, so that killing of their parents or other guardians affects them, especially acutely. The same is true for the destruction of their homes or displacement from their communities, as well as deprivation of basic necessities, education, and health care. Children themselves may be killed in the violence, of course, and those who survive must eke out some kind of existence. Some children fall prey to trafficking or other exploitation. Some end up in armed groups, where they may be required to take part in combat and also, where they may be subjected to sexual or other physical assaults. I'm quoting here, "the permanent psychological injury and the arrest of the normal development of the child victim is perhaps the most shocking and tragic result of genocide." The author of that quote was Raphael Lemkin, the lawyer who coined the very term "genocide". Lemkin's observation extends across other international crimes, to war crimes, crimes against humanity, and the crime aggression.

This lecture entitled child rights, conflict and international criminal justice will examine the interactions between international child law and international efforts to combat such crimes against and affecting children. It is a particular honor for me to deliver this lecture, this month, which marks two

milestone events in this area. The first is this month's 30th anniversary of the Convention on the Rights of the Child, a comprehensive treaty to which all but one member state of the United Nations belong. The second is the imposition, the same month, of the thirty-year sentence against a warlord whom the International Criminal Court convicted of a range of crimes, including the recruitment and use of child soldiers, as well as the rape and sexual enslavement of some of the children incorporated into his armed group. The anniversary, and the ICC sentencing operate as bookends for the present lecture, which will proceed as follows. First, I will trace the developments and child rights that led to the adoption of the 1989 Child Rights Convention. Next, I will describe parallel developments in two related legal fields, that of international humanitarian law and international criminal law. After looking at relevant provisions of the child rights convention and other instruments, in particular the Rome Statute of the ICC, I will conclude by evaluating efforts to ensure the rights of the child by preventing and punishing international crimes against and affecting children.

Let me begin then with a discussion of developments in child rights before 1989. The norm of shielding children from the worst war time abuses has an impressive pedigree. Hugo Grotius, in his 1625 treatise, "The law of war and peace", noted that the ancient Roman philosopher Seneca had said this very long ago about the conduct of war, "let the child be excused by his age, the woman by her sex". That quote dates all the way to the first century, but it would take almost a millennium for the child protection norm that it is set forth to be inscribed in international criminal law treaties. Indeed, even international child rights more generally were not recognized until the 20th century. Among the first such recognitions occurred after World War I, when states established the international organization known as the League of Nations. In 1924, the league's Assembly

adopted the Geneva Declaration of the Rights of the Child, which proclaimed, "men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give", accepted as their duty to assure that children receive all basic necessities that they be the first to receive relief in times of distress, and that they be protected against every form of exploitation".

After World War II, the League was replaced by a new international organization, the United Nations. The UN took up the cause of children, but not instantly and not in all documents. Indeed, its founding treaty, the 1945 Charter of the United Nations makes no mention of children. In 1948, however, the UN General Assembly endorsed two documents that helped to advance child rights and protection. One was the Convention against genocide, that Lemkin had championed, which I will discuss later in this lecture. The other was the Universal Declaration of Human Rights, which included a number of references to children. "Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance" when provision in the declaration began." This provision concluded "All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection". Among the protections that were explicitly guaranteed was the right to education, and it further provided that this education was to be provided free, at least in elementary and fundamental stages.

A decade later, in 1959, the General Assembly adopted a new declaration of the rights of the child. This instrument again urged special protections for childhood and motherhood. It too asserted the child's right to education. Furthermore, it prohibited child labor that interfered with the child's health, education, and wellbeing. The 1959 Declaration also mandated that children be first in line for relief, and insisted that children be protected against exploitation. Finally, it declared that the child "shall be brought up in a spirit of understanding, tolerance,

friendship among peoples, peace and universal brotherhood and in full consciousness that his energy and talents should be devoted to the service of his fellow-men." The UN General Assembly followed up in 1974 with yet another declaration. This one aim specifically protecting children and women in times of emergency, and armed conflict.

Now, taken together, these declarations carried significant moral weight. Put another way, they held significant expressive value, but as a matter of international law, states were not obligated to obey them, and neither states nor human beings could be held accountable for violating their provisions. That began to change on November 20th, 1989 when the UN General Assembly adopted the Convention on the Rights of the Child. That convention entered into force the very next year. Over time, it has been strengthened by a number of developments. One is the work of its monitoring body, the Committee on the Rights of the Child. Another, the entry into force of three optional protocols or side treaties to the convention. Yet another is the work done pursuant to regional instruments, such as the 1990 African Charter on the Rights and Welfare of the Child, and also the 2000 Charter of the Fundamental Rights of the European Union.

As for the 1989 Child Rights Convention itself, today it has 196 parties, including the Holy See (Vatican), the State of Palestine, and every UN member state, except for the United States of America. Because of this nearly universal acceptance, as well as the treaty's comprehensive contents, the convention was served for the last 30 years as the preeminent global charter on child rights and protection. In the 1989 Convention therefore, states obligated themselves to provide children with the special care and assistance that they promised in the earlier declarations. The Committee on the Rights of the Child has distilled the convention's 54 articles into four general principles. Paraphrased, they are, one, non-discrimination, that is, states

must protect and ensure children's rights without any kind of discrimination. Two, best interest, that is, states must treat a child's best interest as a primary consideration in all actions affecting the child. Three, survival, that is, states must ensure that a child's inherent rights to life and survival. Four, participation, or sometimes it will be called "agency", that is, states must assure the right of the child in accordance with the child's age and maturity to express the child's views freely in matters that affect him or her.

In a moment, I will discuss a few provisions of the child's rights convention pertaining to children and armed conflict. First, however, let me trace some legal developments into related subfields, international humanitarian law and international criminal law. Even when World War I raged in Europe, critics underscored the special harm that war was making upon vulnerable persons. In 1915, Jane Addams, who would later win the Nobel Peace Prize, refused on behalf of all women to consent to such harms. Writing that women were especially concerned about the future of childhood, Addams warned that "we will no longer endure without protest that added burden of maimed and invalid men and poverty-stricken women and orphans that war places upon us."

It would take yet another world conflict, however, for these lofty ideals to be translated into international criminal prohibitions. Even then, the process was slow, no mention of children was made, for example, in the mid-1940s charters of the International Military Tribunals at Nuremberg, and Tokyo. That said, the judgments produced in these and other post-World War II tribunals did establish historical records of children suffering in war, and thus set the stage for later developments. Another advance occurred in 1949 when states adopted the Geneva Conventions for the protection of the victims in war. The last of these four conventions contained multiple provisions intended to assure the identification, education, health, and

wellbeing of infants and other children during armed conflict and under occupation. As I will discuss, that regime was strengthened in 1977 with the adoption of two additional protocols to the Geneva Conventions.

In the early 1990s, decades after the Nuremberg era, states revived international criminal accountability as a means to prevent, and punish international offenses, in particular genocide war crimes, and crimes against humanity. The first International Criminal Tribunals relating to

Rwanda and the former Yugoslavia pioneered jurisprudence on sexual and gender-based violence. They did not dwell, however, on crimes against or affecting children. But that began to change as soon as 1996 with the issuance of the UN report by Grasa Michelle, coupled with news reports about the prevalence of young children who were helping to wage wars across the globe, particularly in West Africa and in Asia, and I should say, in Latin America.

International organizations like UNICEF joined up with non-governmental groups to form various children's caucuses. These advocacy coalitions helped to spur the inclusion of child specific provisions in two landmark international criminal law instruments, first, the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court, and second, the 2002 Statute for the Special Court for Sierra Leone. Both statutes authorized war crime prosecutions for the conscription, enlistment and the use of children in armed forces and armed groups. What is more, the Special Court for Sierra Leone was authorized to punish the abuse of girls and the abduction of girls. It further had the jurisdiction to prosecute persons as young as 15, although no child was ever tried by that court.

As for the Rome statute, concern for young people was manifested in its very preamble, "mindful that during this century millions of children, women, and men have been victims

of unimaginable atrocities that deeply shocked the conscious of humanity”, drafters declare that they were establishing the ICC “for the sake of present and future generations”. The body of the statute required States Parties to take into account the need to include judges with legal expertise on violence against women and children. And it further authorizes the ICC prosecutor to appoint special advisors, with legal expertise on specific issues, including violence against children. Additional provisions instructed ICC officials to accommodate the needs of child victims and child witnesses.

In contrast with the Sierra Leone Special Court Statute, the Rome Statute barred the ICC from prosecuting anyone who was under 18 at the time the alleged crime was committed. Concerns for harm to children surface most visibly in the enumeration of crimes within the jurisdiction of the ICC. The first core crime genocide carried the same definition, as in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Accordingly, the Rome Statute prescribed both imposing measures intended to prevent births within the group and forcibly transferring children of the group to another group when such acts occur with the intent to destroy and whole or in part, national ethnic or racial, or religious group. Enumerated as a child-specific component of the second core offense, crimes against humanity, was child trafficking amounting to enslavement when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population. A charge of the crime against humanity of persecution, likewise, might be child-specific if the accused were alleged to have committed the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law on account of the victim's young age. Also listed when numerous crimes that acutely affect children, or the future generations in the Rome Statute preamble invoked. These include sexual slavery, forced pregnancy and forced sterilization as crimes against humanity

or war crimes and attacks on schools and hospitals as war crimes. Finally, the Rome Statute, like its counterpart in Sierra Leone, authorized prosecution and punishment for the war crimes of conscripting or enlisting children or using them to participate in actively in hostilities. I should probably say that in the Sierra Leone's, the crime was articulated a little bit differently as recruitment and use instead of conscription, enlistment and use. Given all these developments, it is a little surprised the crimes against and affecting children figured prominently in post-2000 international criminal law. We will look at that in a moment, but first let us look at key provisions of key treaties, most notably the 1989 Child Rights Convention and the 1998 Rome Statute.

The Child Rights Convention devoted two articles to the specific context of armed conflict.

Article 39 demanded the restoration of the child after the conflict ends. It stated "states parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of the child victims of any form of neglect, exploitation, abuse, torture, or any other form of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child". Article 38, meanwhile, sought to protect the child, while the war was still going on. It provided, first paragraph "states parties undertake to respect and ensure respect for the rules of international humanitarian law applicable to them and armed conflicts, which are relevant to the child". Two, "states party shall take all feasible measures to ensure that persons who have not attained the age of 15 years do not take direct part in hostilities". Three, "state's party shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of 15 years into their armed forces, and recruiting among those persons who have attained the age of 15 years, but who have not attained the age

of 18 years, state's party shall endeavor to give priority to those who are oldest". Four, "in accordance with their obligations under international humanitarian law to protect the civilian population in armed conflicts, states parties shall take all feasible measures to ensure the protection and care of children who are affected by an armed conflict".

With these words, the convention became the first child rights instrument to condemn what is known colloquially as "child soldiery". Its scope was limited, however, that is state's obligation not to permit recruitment of children extended only to the state's own armed forces. Under the convention, therefore, states were not obliged to protect children from recruitment by rebel groups that might be operating on the state's territory. This contrasted somewhat with the two additional protocols to the Geneva Conventions adopted in 1997, which were promulgated like the conventions themselves under the auspices of the International Committee of the Red Cross. Article 77.2 of additional protocol one, which covers conflicts between states, stated that parties in international conflict shall take feasible measures in order that children who have not attained the age of 15 years do not take a direct part in hostilities, and in particular they shall refrain from recruiting them into their armed forces. That phrasing is a bit different than Article 38, and indeed may be interpreted more broadly than the similar provision in the Child Rights Convention.

Broader still was Additional Protocol two, which covers internal armed conflicts or civil wars. AP II included within the care and aid the children require certain express guarantees. First, in Article 4.3.c that "children who have not attained the age of 15 years shall neither be recruited in armed forces or groups nor allowed to take part in hostilities". And second, in Article 4.3.d, that "the special protection provided by this article to children with not attained the age of 15 years shall remain applicable to them if they take the direct partner hostilities,

despite the provisions of subparagraph c, and/or captured." AP II's extension of the recruitment ban to armed groups as well as Armed Forces, was both clear and clearly linked to the prohibition on use, and its articulation of special protections also promised more attention to children's needs.

Now, raising another point with relation to these particular provisions I'd like to talk a little bit about the issue of age. The 1989 convention provided that a child is for most purposes anyone who is under 18, but for the specific purpose of protection against child soldiery, it set the age lower at under 15. The same is true of the two additional protocols, although, as we've noted, with respect to recruiting children between 15 and 18, AP one did require States Parties to try to give priority to older recruits. Even so, many in civil society criticized the lower age threshold, even while the treaties themselves were being negotiated and adopted. And in the years after the adoption of the convention, other child rights treaties would posit not 15, but 18, as the minimum age for recruitment and use, among these were 1990 African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC) and the 1999 Convention on Worst Forms of Child Labor Convention, which was promulgated by the International Labor Organization. The higher threshold of 18, eventually entered the child rights convention regime as well, by means of the 2000 Optional Protocol to the Convention on the involvement of children in armed conflict. That treaty, known as OPAC has fewer ratification than the convention itself, however. What is more, that lower age threshold under 15 was retained in both the Statute of the Special Court for Sierra Leone and the Rome Statute to the ICC, that is, both of them prescribed recruitment and use of children under 15 as a war crime. This lower age operates in this one specific area as an exception from the general international law understanding that the term child refers to someone under 18, and that operates, even within the Rome Statute regime itself. For example, we mentioned that one

of the provisions of the genocide articles prohibits the forcible transfer of children from one group to another. In that particular provision, child is understood to mean anyone under 18, and that's true throughout the statute when children are mentioned, with the only exception of this war crime related to child soldiery.

Now with all that in mind, let us now take a look at how international criminal law institutions have endeavored to hold persons responsible for this crime of child soldiering and other international crimes against children. The criminal prohibition against child soldiering survived an early challenge in the Special Court for Sierra Leone. In a case called "Prosecutor versus Norman" the accused was a former government minister, and he was accused of the war crimes of recruiting or using children under 15 for entry into a pro-government militia. In his defense, he asserted that such conduct was not criminal under customary international law, and that therefore he could not be prosecuted for it. A four-member Appeals Chamber of the Court held otherwise over the dissent of one judge. In doing so, it confirmed this particular prohibition as a norm of customary international law. When that occurred in 2004, one commentator envisaged the beginning of a trend, "to take seriously the issue of crimes concerning children and to prosecute those responsible for such violations, both to exact retribution from the offender, as well as to send a message of deterrence to others".

That said, subsequent efforts at prosecution in the special court, met with mixed results. In the early ICC prosecutions as well, much attention was paid to child soldiering offenses. In the very first international criminal court case to reach a verdict "Prosecutor versus Lubanga", the accused militia leaders stood trial solely on child soldiering charges. This focus on children was of course significant. And yet, some observers, including non-governmental organizations that represented victim's

groups criticized the decision to focus on child soldiering to the exclusion of all other alleged crimes, including sexual and gender-based violence. Lubanga also pointed to challenges in prosecuting crimes against and affecting children. At the end of the case, the ICC Trial Chamber rejected the testimony of all the witnesses who said that they had once been child soldiers. The problems of proof continued in the next two ICC prosecutions for this crime. In fact, in those two subsequent instances, the accused were acquitted of the child soldier in charges. Lubanga, however, was convicted with his conviction resting in part on testimony from two expert witnesses, and also on testimony from the UN official who had worked with former child combatants. A final piece of evidence that was persuasive to the Trial Chamber was its own viewing of the video in which the accused had spoken at a training camp, while he was guarded by a phalanx if you will, of individuals whom the court itself, considered to be "recruits who were clearly under the age of 15". So just by looking at them, the court was able to determine that they were under 15 years old.

The Appeals Chamber upheld that conviction. In so doing, it clarified some open issues regarding the war crimes provision. One thing that it did was to define the difference between conscription and enlistment, and what it held was that conscription carried an element of compulsion, or coercion, whereas enlistment did not. That posed a bit of a dilemma because the defense had argued that some of the children had volunteered to enter the militia, and what the appeals chamber said not regard was that the alleged consent of the child was irrelevant, that it was the actions of the perpetrator to admit them into the militia that mattered. And so, in essence what we see is that the Rome Statute and international criminal law in general, bar children from consenting. It is not possible for a child to consent to this. It's a division that the law makes in the same way that the law may say, "if you are under 15 you may

not drive a car”, no matter what your wishes are, no matter what your stages of emotional development are, and so that was a very important ruling in this case.

Another very important ruling dealt with the crime of using children to participate actively in hostilities. One of the Trial Chamber judges has contended that this word of “using” encompasses not only supportive roles within the sort of danger, for instance, the actual holding and firing of a gun, but also actions that occurred within a militia that was much farther away from the battlefield. In fact, it was her opinion that even sexual violence, and other illtreatment that children within militias suffered, was itself, part of this concept of using to participate actively in hostilities. Now, the Appeals Chamber in Lubanga disagreed with that view, and also with the defense argument that would have equated “participation actively” with another term “direct participation in hostilities” that operates an international humanitarian law. Rather than take either of those choices, it held that the crime of using children requires proof of a Nexus to combat that is, a link between the activity for which the child is used and the combat in which the armed force or group of the perpetrator is engaged.

The Appeals Chamber's interpretation placed outside the purview of the using sexual violence and other conduct crucially disturbed and crucial concerned both to the dissenter, and many others who were familiar with the Lubanga Case. So, in a sense, now we had a lacuna, a space in which it was not clear what, if any, law might have protected children within militias who suffered those sorts of brutality, but that lacuna or gap was filled in the case, which has just ended, the case that I mentioned at the very beginning of this lecture. In that case, which is called “Prosecutor v. Bosco Ntaganda” ICC prosecutor Fatou Bensouda had levied multiple charges against the warlord who was standing trial. With regard to children, the charges did include child soldiering, charges of conscription and enlistment

and use of children, but they went further to include the war crimes of rape and sexual slavery, which the prosecutor allege had been perpetrated by the defendant's troops against children under 15, who themselves, somehow, were part of that armed group had been incorporated into the same militia.

That was challenged in pre-trial proceedings. The accused argued that it was not possible under international humanitarian law for a person to be protected against things that happened to him or her, that were perpetrated by members on his side, or her side, that is, members of his or her own militia. But judges both of the pre-trial and eventually the appeals level disagreed. They held the relevant provision in international humanitarian law, which is common Article three of the Geneva Conventions, protects persons from sexual violence and other brutality, whenever they are not taking an active part in hostilities. And so, at the end of the trial, the defendant was convicted of child soldiery, as well as rape and sexual slavery against children incorporated into his militia. And it was for those crimes and several others that he received a sentence of thirty years in prison.

The broader scope of Ntaganda prosecution reflected a broader focus at the office of the prosecutor. Upon taking office, prosecutor Bensouda had promised, and now we're talking in the timeframe of 2012-2014, "in addition to focusing on children who are forced to carry arms -in other words, child soldiers- we must also address the issue of children who are affected by arms". And so, her intention was to begin to look at all the ways that children suffer in time of war, within an eye to prosecuting those other crimes when the evidence supports such prosecutions, and Ntaganda case was an example of that happening.

Also, in 2013, the Office of the prosecutor raised the phrase "particular attention to crimes against children" as one of its six strategic goals for prosecution. And in 2016, it published a policy

on children, which laid out the crimes against and affecting child that are listed in the Rome Statute. And furthermore, articulated the offices' commitment to consider the spectrum of child's experiences in its investigations, in its charging decisions, in prosecutions, sentencing submissions, and other activities.

Let me now conclude by reflecting briefly on the growing linkages between international child law and international criminal justice.

The ICC prosecutors' policy on children was produced over the course of several years via consultations with experts at United Nations agencies, in academia and in non-governmental organizations. At one such consultation, occurring in 2014, at my home institution, University of Georgia, Prosecutor Bensouda said "We are also committed to respecting the rights of children with whom we interact in the course of our investigations and prosecutorial work, including the right to be heard and their right to have their best interest treated as a primary consideration". Evidence in that quotation is a succinct and embrace of the general principles of the 1989 Convention on the Rights of the Child, and indeed, the prosecutors' policy on children explicitly relies on those principles. In short, at the ICC the initial almost singular attention to the recruitment use of children as combatants has broadened to include other in conflict crimes against children, such as trafficking, forcible transfer, sexual and gender-based violence, killing, wounding, detention, deprivation of loved ones, food, shelter, health care, schools, culture and community.

This dovetails not only with the Child Rights Convention but also with another important development, the United Nations agenda on children and armed conflict anchored by a 1999 Security Council Resolution and promoted by the Office of the Special Representative on Children and Armed Conflict. This agenda turns on our legal framework formulated in the 2000s, and named the six-grave violations against children.

These grave violations, to which the UN Special Representatives' Office devotes its attention are as follows: killing and maiming of children, recruitment or use of children under 18 -note the age- as soldiers, sexual violence, attacks against schools or hospitals, denial of humanitarian access and abduction. Given that the source materials in international humanitarian and international criminal law, it should come as no surprise that this list overlaps the Rome Statute's enumeration of crimes against children.

Among the newest efforts to pursue human security, moreover, are the Sustainable Development Goals adopted by UN member states in 2015. The 17. Goals, eradication of hunger, poverty, and inequality for instance, as well as improvements in health, education, and environment offers ways to better humans' lives and presumably to reduce kinds of frictions that spark violence. Of particular interest is Goal 16, "dedicated to the promotion of peaceful and inclusive societies for sustainable development, the provision of access to justice for all and building effective accountable institutions at all levels".

Within its scope, our instruments ranging from the Child Rights Convention to the Rome statute to the Arms Trade Treaty full implementation of which would do much to improve children faith, as well as the full range of institutions and actors that we've been discussing, the bridging of child rights and international criminal justice thus deserve welcome. Its reinforcement may encounter setbacks, as occurred when that gap developed between the notion of what child soldiers did in international human rights law, and what the Appeals Chamber held in international criminal law.

We saw that those gaps can be bridged and that's important. In other respects, moreover strengthening this bridge promises very good results. To say one example, it seems likely to attract greater scrutiny to this question of the threshold age for recruitment and use of children, and perhaps one day we might

even see an amendment to the Rome statute for the ICC that considers raising that age. A bridge between child rights and international criminal justice also may open new paths to deciding reparations for children harmed by armed conflict. Reparations decisions in which the children themselves might be permitted to participate. Finally, inviting children to express their opinions, as the Child Rights Convention requires, itself seems destined to increase understanding of the many ways that armed violence affects children. Thank you.